

NAAR EEN FAMILIERECHTELIJK STATUUT VOOR DRAAGMOEDERSCHAP IN BELGIË

BIJLAGEN

LIESBET PLUYM

Proefschrift ingediend met het oog op het behalen
van de academische graad van doctor in de rechten
aan de Universiteit Gent

Academiejaar 2013-2014

Promotor: Prof. dr. Gerd Verschelden
Co-promotor: Prof. dr. Johan Erauw

INHOUDSOPGAVE

| | |
|------------------------------------------------------------------------------|----|
| BIJLAGE 1. VELDONDERZOEK NAAR DE PRAKTIJK VAN DRAAGMOEDERSCHAP IN BELGIË ..5 | |
| Titel 1. Doel | 5 |
| Titel 2. Opzet..... | 5 |
| Hoofdstuk 1. Respondenten | 5 |
| Hoofdstuk 2. Semigestructureerde interviews | 7 |
| Titel 3. Schematisch overzicht van de resultaten | 10 |
| Titel 4. Dossieranalyse Ethisch Comité UZ Gent..... | 17 |
| Titel 5. Vaststellingen | 18 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| BIJLAGE 2. OVERZICHT VAN BUITENLANDSE REGULERING INZAKE DRAAGMOEDERSCHAP . | |
| | 23 |
| Titel 1. Armenië..... | 24 |
| Titel 2. Australië..... | 25 |
| Hoofdstuk 1. Recente hervormingen | 25 |
| Afdeling 1. Australian Capital Territory (ACT): <i>Parentage Act 2004</i> | 27 |
| Afdeling 2. Western Australia: <i>Surrogacy Act 2008</i> | 28 |
| Afdeling 3. Victoria: <i>Status of Children Act 1974</i> | 29 |
| Afdeling 4. Queensland: <i>Surrogacy Act 2010</i> | 30 |
| Afdeling 5. South Australia: <i>Family Relationships Act 1975</i> | 34 |
| Afdeling 6. New South Wales: <i>Surrogacy Act 2010</i> | 34 |
| Afdeling 7. Tasmania: <i>Surrogacy Act 2012</i> | 36 |
| Hoofdstuk 2. Verhouding van de deelstatelijke regelingen tot de federale wetgeving | 37 |
| Hoofdstuk 3. Strikte voorwaarden voor het verlenen van een <i>parental order</i> | 40 |
| Hoofdstuk 4. Gevolgen | 66 |
| Hoofdstuk 5. ' <i>Discharge</i> ' van een <i>parentage order</i> | 67 |
| Hoofdstuk 6. Toegang tot informatie | 70 |
| Hoofdstuk 7. Draagmoederschapstoerisme | 74 |
| Afdeling 1. Erkenningsproblematiek..... | 74 |
| Afdeling 2. Extra-territoriale werking van een strafrechtelijk verbod | 77 |
| Hoofdstuk 8. Kritiek | 78 |
| Titel 3. Bulgarije..... | 80 |
| Titel 4. Canada | 81 |
| Hoofdstuk 1. Alberta | 81 |
| Hoofdstuk 2. Nova Scotia | 81 |
| Hoofdstuk 3. Newfoundland and Labrador | 82 |
| Hoofdstuk 4. Québec | 82 |
| Titel 5. China..... | 83 |
| Titel 6. Denemarken..... | 84 |
| Titel 7. Duitsland | 85 |
| Hoofdstuk 1. Strafbaarstelling van de tussenkomst van derden..... | 85 |
| Hoofdstuk 2. Invloed op het adoptieverzoek..... | 89 |
| Hoofdstuk 3. Draagmoederschapstoerisme | 94 |
| Afdeling 1. <i>Verfahrensrechtliche</i> erkenning van een buitenlandse <i>Entscheidung</i> | 94 |
| Afdeling 2. <i>Kollisionsrechtliche</i> erkenning van het ouderschap..... | 96 |
| Hoofdstuk 4. Wetswijziging nog niet in zicht..... | 100 |
| Titel 8. Frankrijk..... | 102 |
| Hoofdstuk 1. Ontmoedigingsbeleid..... | 102 |
| Afdeling 1. Absolute nietigheid van de overeenkomst..... | 102 |
| Afdeling 2. Strafrechtelijk verbod op bemiddeling | 105 |
| Hoofdstuk 2. Onaangepast afstammingsrecht..... | 106 |
| Hoofdstuk 3. Draagmoederschapstoerisme | 111 |
| Hoofdstuk 4. Inefficiënt ontmoedigingsbeleid | 124 |
| Hoofdstuk 5. Heropening van het debat, met voorlopig behoud van de <i>status quo</i> | 126 |
| Titel 9. Georgië..... | 134 |
| Titel 10. Griekenland..... | 135 |
| Hoofdstuk 1. Absolute erkenning van initieel wensouderschap bij hoogtechnologisch draagmoederschap..... | 136 |
| Hoofdstuk 2. Weerlegbaar wensmoederschap bij strafbaar laagtechnologisch draagmoederschap | 140 |
| Hoofdstuk 3. Strafrechtelijk verbod op niet-naleving van de wettelijke voorwaarden | 141 |
| Hoofdstuk 4. Inefficiënt controle- en sanctioneringsmechanisme?..... | 141 |
| Titel 11. IJsland..... | 143 |

| | | |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Titel 12. | India | 144 |
| Titel 13. | Israël | 147 |
| Hoofdstuk 1. | Preconceptieve goedkeuring door het Goedkeuringscomité | 151 |
| Hoofdstuk 2. | Postnatale <i>parentage order</i> | 159 |
| Hoofdstuk 3. | Voorwaardelijk bedenkrecht voor de draagmoeder | 162 |
| Hoofdstuk 4. | Genetische testen en adoptie bij draagmoederschapstoerisme | 163 |
| Titel 14. | Italië | 165 |
| Titel 15. | Kazachstan | 166 |
| Titel 16. | Mexico | 167 |
| Hoofdstuk 1. | Coahuila | 167 |
| Hoofdstuk 2. | Querétaro | 167 |
| Hoofdstuk 3. | Tabasco | 167 |
| Titel 17. | Nederland | 168 |
| Hoofdstuk 1. | Absolute nietigheid van de overeenkomst | 168 |
| Hoofdstuk 2. | Verbod op (professionele) bemiddeling | 169 |
| Hoofdstuk 3. | Beperkt gezondheidsrechtelijk kader | 171 |
| Hoofdstuk 4. | Onaangepast afstammingsrecht | 173 |
| Hoofdstuk 5. | Draagmoederschapstoerisme | 182 |
| Hoofdstuk 6. | Oproep tot <i>lex specialis</i> | 186 |
| Titel 18. | Nieuw-Zeeland | 188 |
| Titel 19. | Noorwegen | 191 |
| Titel 20. | Oekraïne | 192 |
| Titel 21. | Oostenrijk | 193 |
| Titel 22. | Portugal | 194 |
| Titel 23. | Rusland | 195 |
| Titel 24. | Slovenië | 196 |
| Titel 25. | Spanje | 197 |
| Titel 26. | Turkije | 198 |
| Titel 27. | Turkmenistan | 199 |
| Titel 28. | Verenigd Koninkrijk | 200 |
| Hoofdstuk 1. | Inleiding | 200 |
| Hoofdstuk 2. | Strafrechtelijk verbod op commercieel draagmoederschap | 202 |
| Hoofdstuk 3. | Toepassingsvoorwaarden | 205 |
| Hoofdstuk 4. | <i>Parental order</i> | 208 |
| Afdeling 1. | <i>Ratio legis</i> | 208 |
| Afdeling 2. | Voorwaarden | 211 |
| Afdeling 3. | Procedure | 218 |
| Afdeling 4. | Alternatieven | 220 |
| Hoofdstuk 5. | Interlandelijk draagmoederschap en de immigratieregels | 222 |
| Hoofdstuk 6. | Kritiek | 224 |
| Titel 29. | Verenigde Staten van Amerika | 227 |
| Hoofdstuk 1. | Inleiding | 227 |
| Hoofdstuk 2. | Alabama | 228 |
| Hoofdstuk 3. | Arizona | 228 |
| Hoofdstuk 4. | Arkansas | 229 |
| Hoofdstuk 5. | Californië | 229 |
| Afdeling 1. | Initieel wensouderschap als criterium in <i>Johnson v. Calvert</i> | 230 |
| Afdeling 2. | Initieel wensouderschap als criterium in wetgeving, ongeacht de vorm van draagmoederschap | 233 |
| Hoofdstuk 6. | Connecticut | 236 |
| Hoofdstuk 7. | Delaware | 236 |
| Hoofdstuk 8. | District of Columbia | 237 |
| Hoofdstuk 9. | Florida | 237 |
| Afdeling 1. | Bevestiging van het wensouderschap bij hoogtechnologisch draagmoederschap | 237 |
| Afdeling 2. | <i>Preplanned adoption agreement</i> | 239 |
| Hoofdstuk 10. | Illinois | 241 |
| Afdeling 1. | Vaststelling van het wensouderschap op grond van verklaringen | 242 |
| Afdeling 2. | Vereiste van hoogtechnologisch draagmoederschap | 245 |
| Hoofdstuk 11. | Indiana | 248 |
| Hoofdstuk 12. | Iowa | 248 |
| Hoofdstuk 13. | Kansas | 248 |
| Hoofdstuk 14. | Kentucky | 249 |
| Hoofdstuk 15. | Louisiana | 249 |
| Hoofdstuk 16. | Maine | 249 |
| Hoofdstuk 17. | Maryland | 250 |
| Hoofdstuk 18. | Massachusetts | 250 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Hoofdstuk 19. Michigan..... | 250 |
| Afdeling 1. Overeenstemming van het wettelijk verbod met privacyrechten..... | 252 |
| Afdeling 2. Afwezigheid van regeling voor de vaststelling van het ouderschap..... | 253 |
| Hoofdstuk 20. Minnesota..... | 255 |
| Hoofdstuk 21. Missouri..... | 255 |
| Hoofdstuk 22. Nebraska..... | 256 |
| Hoofdstuk 23. Nevada..... | 256 |
| Hoofdstuk 24. New Hampshire..... | 256 |
| Afdeling 1. Overdracht van het ouderschap naar gehuwde wensouders van hetzelfde geslacht..... | 257 |
| | 257 |
| Afdeling 2. ... tenzij de draagmoeder haar bedenkrech uitoeft..... | 260 |
| Afdeling 3. Niet-naleving van de voorwaarden of overeenkomst heeft geen gevolgen voor de overdracht van ouderschap..... | 260 |
| Hoofdstuk 25. New Mexico..... | 261 |
| Hoofdstuk 26. New York..... | 261 |
| Afdeling 1. Streng wetgeving..... | 263 |
| Afdeling 2. ... maar milde rechtspraak inzake ouderschap..... | 264 |
| Hoofdstuk 27. North Dakota..... | 266 |
| Hoofdstuk 28. Oregon..... | 266 |
| Hoofdstuk 29. Tennessee..... | 266 |
| Hoofdstuk 30. Texas..... | 267 |
| Hoofdstuk 31. Utah..... | 267 |
| Afdeling 1. Absolute erkenning van initieel wensouderschap bij hoogtechnologisch draagmoederschap..... | 269 |
| Afdeling 2. Postnatale rechterlijke bevestiging van het wensouderschap..... | 271 |
| Hoofdstuk 32. Virginia..... | 272 |
| Hoofdstuk 33. Washington..... | 272 |
| Hoofdstuk 34. Wisconsin..... | 272 |
| Titel 30. Vietnam..... | 273 |
| Titel 31. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië..... | 274 |
| Titel 32. Zuid-Afrika..... | 275 |
| Hoofdstuk 1. Absolute erkenning van initieel wensouderschap bij hoogtechnologisch draagmoederschap..... | 277 |
| Hoofdstuk 2. Bedenkrech van de draagmoeder bij laagtechnologisch draagmoederschap..... | 284 |
| Titel 33. Zwitserland..... | 287 |

BIJLAGE 1. VELDONDERZOEK NAAR DE PRAKTIJK VAN DRAAGMOEDERSCHAP IN BELGIË

Titel 1. Doel

1. Voor de uitwerking van een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap naar Belgisch recht is het onontbeerlijk om zicht te hebben op de praktijk van draagmoederschap in België. Draagmoederschap is een realiteit die, bij gebrek aan wettelijke regeling, vorm heeft gekregen op basis van criteria ingegeven door inzichten van medici en andere professionals. Een voorstel tot wettelijke regeling van het fenomeen kan dan ook niet gebaseerd zijn op louter theoretisch juridisch onderzoek.
2. De Belgische medische praktijk werd door sommige onderzoeken reeds deels in beeld gebracht¹. Teneinde een zo volledig en actueel mogelijk beeld te krijgen, werd nog een eigen veldonderzoek opgezet.

Titel 2. Opzet

Hoofdstuk 1. Respondenten

3. Er werd gekozen voor interviews met personen actief in erkende² fertiliteitscentra. Deze centra zijn de enige instellingen die de door de MBV-wet geregelde technieken zoals KI of IVF mogen toepassen (art. 3 MBV-wet). De respondenten werden gekozen in de eerste plaats om een praktische reden: niet-medisch begeleid draagmoederschap is moeilijk te onderzoeken. Het is niet te achterhalen wie een wensmoeder of een draagmoeder is. Door interviews met personen verbonden aan centra die draagmoederschap begeleiden, krijgt men ook toegang tot meerdere casussen van draagmoederschap, met verschillende modaliteiten.

¹ T. BALTHAZAR, "De rol van het ethisch comité van het ziekenhuis bij knelpunten rond medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap: een analyse aan de hand van tien jaar casuïstiek binnen het UZ Gent" in S. TACK en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 217-229; C. AUTIN, "Gestation pour autrui: expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée" in G. SCHAMPS en J. SOSSON (eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel, Bruylant, 2013, 3-15; C. AUTIN, M.L. GUSTIN en A. DELVIGNE, "In vitro fertilization surrogacy: experience of one Belgian centre", Abstracts of the 27th Annual Meeting of ESHRE, Stockholm, Sweden, 3 July - 6 July, 2011, O-200, i80-i81; K. DENYS, I. STUYVER en M. DHONT, "Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen: Medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2007, 1021-1029.

² Zie KB 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden, BS 25 maart 1999, 9.556, i.w.tr. 1 juni 1999.

Bovendien wordt een fertiliteitscentrum meestal geleid door een multidisciplinair team van artsen, verpleegsters, psychologen, etc. Opinies van deskundigen uit verschillende vakgebieden kunnen leiden tot een verscheidenheid aan inzichten.

Het opzet is bijgevolg een expertinterview³. De geïnterviewde experten zijn vanuit hun beroep goed geïnformeerd over draagmoederschap en hebben er ervaring mee.

4. Wensouders, draagmoeders en kinderen werden niet geïnterviewd. Dit vraagt om een andere aanpak. Ten eerste zou een representatieve steekproef moeten worden getrokken, wat bijzonder moeilijk is. Ten tweede is veel psychologische voorkennis en ervaring nodig. Om deze twee redenen was de uitvoering van dergelijk onderzoek onhaalbaar, voor een monodisciplinair geschoolde onderzoekster.

5. Naar de respondenten werd eerst een introductiebrief verstuurd, met de vraag of de centra reeds aanvragen tot medische begeleiding van draagmoederschap hadden ontvangen.

De centra die aangaven geen aanvragen inzake de medische begeleiding van draagmoederschap te hebben verkregen, werden niet geïnterviewd, want zij konden geen relevante informatie verschaffen, wegens geen ervaring met het fenomeen.

De respondenten die aangaven wel reeds aanvragen te hebben ontvangen, maar daar niet op ingingen, werden per brief gevraagd hun visie op toekomstige wetgeving te geven.

De centra die antwoordden dat zij draagmoederschap medisch begeleiden maakten tenslotte het onderwerp uit van een interview. Uiteindelijk werden medewerkers van 4 van de 34 centra voor medisch begeleide voortplanting geïnterviewd:

- voor de afdeling Reproductieve Geneeskunde van het UZ Gent: Isabelle Stuyver, psychologe;
- voor de dienst Reproductieve Geneeskunde van het UZ Antwerpen: prof. dr. Luc Delbeke;
- voor het Centrum voor Medisch Begeleide Voortplanting van het UMC Sint-Pieter te Brussel: dr. Candice Autin en Sarah Colman, psychologe en
- voor het Centre de Procréation Médicale Assistée van het UZ Luik (CHR de la Citadelle): prof. dr. Michel Dubois.

³ B. CAMBRÉ en H. WAEGE, "Kwalitatief onderzoek en dataverzameling door open interviews" in J. BILLIET en H. WAEGE (eds.), *Een samenleving onderzocht. Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Antwerpen, De Boeck, 2003, (315) 323.

Hoofdstuk 2. Semigestructureerde interviews

6. Er werd niet voor geopteerd om de respondenten een vragenlijst te laten invullen, maar wel om ze in persoon te interviewen. Dit liet toe om bijkomende vragen te stellen en zo meer volledige antwoorden te krijgen⁴.

Dit gebeurde aan de hand van een semigestructureerd interview: het interview werd in grote lijnen gestructureerd, maar er was toch ruimte voor de respondenten om het interview in te vullen⁵.

7. Hieronder wordt de structuur van het interview weergegeven, aan de hand van categorieën en topics.

Categorie A. Voorwaarden en procedure

Topic 1) Toepassing van draagmoederschap in het fertiliteitscentrum

- Sinds wanneer wordt draagmoederschap in het centrum toegepast als behandeling voor infertiliteit?
- Hoeveel aanvragen krijgt het centrum jaarlijks?
 - o Is dat aantal constant over de jaren heen?
 - o Zo niet, wat zou hiervoor de reden kunnen zijn?
- Hoeveel aanvragen werden er jaarlijks ingewilligd?
 - o Is dat aantal constant over de jaren heen?
 - o Zo niet, wat zou hiervoor de reden kunnen zijn?
- Hoeveel aanvragen zijn het resultaat van een doorverwijzing door een ander fertiliteitscentrum?
- Wat is het slaagpercentage van de procedure? Hoe vaak resulteert de procedure in een kind?
- Hoeveel tijd neemt één procedure gemiddeld in beslag? Hoeveel tijd verstrijkt er tussen de aanvraag en de geboorte?
- Wie draagt de kosten van de hele procedure?

Topic 2) Beslissend orgaan

- Welk orgaan neemt de beslissing om een verzoek in te willigen of te weigeren?
- Heeft dit orgaan specifieke beslissingscriteria?

⁴ R.M. LAWLESS, J.K. ROBBENOLT en Th.S. ULEN, *Empirical Methods in Law*, New York, Aspen Publishers, 2010, 80.

⁵ D. MORTELMANS, *Handboek kwalitatieve onderzoeksmethoden*, Leuven, Acco, 2007, 216.

- Wat zijn de beweegredenen om een aanvraag af te wijzen?
- Wordt er na een weigering doorverwezen naar een ander centrum?

Topic 3) Profiel van de wensouders en draagmoeder

- Worden er nationaliteitsvoorwaarden gesteld t.a.v. de wensouders en draagmoeder?
 - o Zo ja, waaruit bestaat deze nationaliteitsvoorwaarde?
 - o Zo niet, werd er al draagmoederschap medisch begeleid bij niet-Belgen?
 - Zo ja, uit welk land waren deze mensen afkomstig?
 - Wat was de reden dat zij beroep deden op een buitenlands fertiliteitscentrum en/of draagmoeder?
- Worden er vereisten gesteld inzake de burgerlijke staat van de draagmoeders?
 - o Zo ja, welke en waarom?
 - o Zo niet, waarom niet?
 - o Wordt hun eventuele partner betrokken in de procedure?
- Worden er vereisten gesteld inzake de burgerlijke staat van de wensouders?
 - o Zo ja, welke en waarom?
 - o Zo niet, waarom niet?
- Komen wensparen van hetzelfde geslacht in aanmerking als wensouders?
 - o Zo ja, sinds wanneer? Waarom?
 - o Zo niet, waarom niet?
- Worden er leeftijdsgrenzen voor de wensouders en/of draagmoeder opgelegd?
 - o Zo ja, welke en waarom?
 - o Zo niet, waarom niet?
- Moet de kindrewens van de draagmoeder volledig zijn vervuld?
 - o Zo ja, waarom wel?
 - o Zo niet, waarom niet?
- Moet de draagmoeder zelf al levende kinderen hebben gebaard?
 - o Zo ja, waarom wel?
 - o Zo niet, waarom niet?
- Worden er vereisten gesteld aan de relatie tussen de draagmoeder en wensouders? (familie, vrienden, bemiddeling door derden, ...)
 - o Zo ja, welke en waarom?
 - o Zo niet, waarom niet?
- Wordt commercieel draagmoederschap toegelaten?

- Zo ja, waarom wel?
- Zo niet, waarom niet?
- In welke gevallen wordt draagmoederschap toegelaten?
 - Waarom in deze gevallen en niet in andere?
- Welke technieken worden toegepast?
 - Wordt hoog- en/of laagtechnologisch draagmoederschap toegepast?
 - Indien slechts één van beide, waarom?
 - Zijn de partijen soms vragende partij voor laagtechnologisch draagmoederschap? Wordt hierop ingegaan?
- Van wie moeten de gameten afkomstig zijn?
 - Waarom?
 - Mag de draagmoeder haar gameten leveren? (zie ook vorige vraag)
 - Zo ja, waarom wel?
 - Zo niet, waarom niet?
 - Wordt er gewerkt met (anoniem) donormateriaal?

Topic 4) Stappen in de procedure

- Indien een verzoek wordt ingewilligd, wat zijn de volgende stappen in de procedure?
- Vindt er een psychologische screening en begeleiding van de draagmoeder en wensouders plaats?
 - Zo ja, naar wat wordt dan gepeild? Wat is de bedoeling van deze stap?
 - Vindt deze screening en begeleiding op meerdere momenten plaats, bv. voor, tijdens en/of na de zwangerschap?
- Vindt er juridische begeleiding plaats?
 - Zo ja, waarom?
 - Wanneer vindt deze plaats? Op meerdere momenten, bv. voor, tijdens en/of na de zwangerschap?
 - Welke informatie wordt gegeven? Wat zijn de aandachtspunten?
 - Worden er overeenkomsten afgesloten?
 - Zo ja, wie zijn de partijen bij deze overeenkomst?
 - Welke bedingen worden opgenomen in de overeenkomst?
 - Weet het centrum dat draagmoederschapsovereenkomsten (meestal) niet afdwingbaar zijn?
 - Zo niet, waarom niet?
- Speelt het centrum nog een specifieke rol na de geboorte?

- Zo ja, welke?
- Zo niet, waarom niet?

Categorie B. Eventuele problemen

- Heeft een draagmoeder reeds geweigerd het kind af te staan?
- Heeft een wenspaar reeds geweigerd het kind in zijn gezin op te nemen?
- Kwam er ooit al SIS-kaartfraude in het raam van draagmoederschap voor?
- Was de draagmoeder ooit al zwanger van een ander dan het bedoelde kind (bv. na gemeenschap met haar partner)?

Categorie C. Naar de toekomst – Nood aan verandering?

- Zou u iets willen veranderen aan het huidig (gebrek aan) wettelijk kader?
 - Zo ja, wat en waarom?
 - Zo niet, waarom niet?

Titel 3. Schematisch overzicht van de resultaten

8. Niet alle vragen werden door de respondenten in gelijke mate beantwoord, vaak omdat niet alle informatie beschikbaar is. De antwoorden werden geanalyseerd en hieronder schematisch gesynthetiseerd.

9. Toepassing van draagmoederschap in de Belgische fertiliteitscentra

| | UZ Gent | UZ Antwerpen | UMC Sint-Pieter Brussel | CHR de la Citadelle Luik |
|-------------------------|----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| Aanvang | / | / | 1997 | 1992 |
| Aantal aanvragen | 12 tot 20 aanmeldingen per jaar | (geen duidelijkheid over) | 104 sinds 2007 | 40 tot 60-tal |
| Resultaat | Slechts enkele aanmeldingen resulteren in een kind | Ongeveer 50% wordt ingewilligd | 42 aanvaard (23 geweigerd, 39 opgegeven) 17 voldragen zwangerschappen en 18 kinderen | Ongeveer 30 tot 40 kinderen sinds 1992 |
| Procedureduur | Vanaf intake tot geboorte: ongeveer 1,5 tot 2 jaar | Vanaf aanvraag tot start procedure: ongeveer 6 maanden | Vanaf telefonisch contact tot goedkeuring dossier: ongeveer 6 maanden | Vanaf verzoek tot start verwekking: ongeveer 10 maanden |
| Kosten | Gedragen door wensouders | Gedragen door wensouders | Gedragen door wensouders | Gedragen door wensouders |

10. Beslissend orgaan en wijze van besluitvorming

| | UZ Gent | UZ Antwerpen | UMC Sint-Pieter Brussel | CHR de la Citadelle Luik |
|------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Orgaan | Het behandelende team bereidt voor elke casus een dossier voor, waarover het Ethisch Comité zijn niet-bindend advies geeft | Alle stafleden geven een puntenscore aan een casus. Dit kan resulteren in drie mogelijkheden: dossier niet toegelaten, wel toegelaten, en in heroverweging te nemen. Het Ethisch Comité heeft in het algemeen de stelling ingenomen dat draagmoederschap kan binnen het UZ Antwerpen | Het behandelende team neemt een collegiale beslissing. Dit gebeurt bijna steeds met unanimititeit. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt een casus voorgelegd aan het Ethisch Comité | Het behandelende team neemt een collegiale beslissing. Er is een algemeen akkoord van het Ethisch Comité |
| Redenen voor weigering | <ul style="list-style-type: none"> - Niet voldoen aan profiel - Onaanvaardbare motieven van de draagmoeder - Een plotse verandering in de thuissituatie van de draagmoeder - Teveel risico's op moeilijkheden of problemen | <ul style="list-style-type: none"> - Niet voldoen aan profiel - Onaanvaardbare motieven van de draagmoeder - Druk die zou kunnen ontstaan op de draagmoeder | <ul style="list-style-type: none"> - Niet voldoen aan profiel - Te grote medische risico's voor draagmoeder, psychologische en/of sociologische fragiliteit van de draagmoeder - Onduidelijkheid omtrent het specifieke geval | <ul style="list-style-type: none"> - Niet voldoen aan profiel |

11. Profiel wens- en draagouders

| | UZ Gent | UZ Antwerpen | UMC Sint-Pieter Brussel | CHR de la Citadelle Luik |
|-------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Nationaliteits-vereiste | Enkel Belgen | Geen bijzondere voorwaarde, maar draagmoederschap moet in het land van herkomst van de draagmoeder zijn aanvaard | Geen bijzondere voorwaarde | Geen bijzondere voorwaarde. De betrokkenen dienen wel Franstalig te zijn en het centrum vermijdt gevallen waarbij problemen in het land van herkomst zouden ontstaan |
| Samenstelling wenspaar | De wensouders moeten minstens 1 jaar samen zijn en een stabiele relatie hebben. Zij dienen hetzelfde domicilie te hebben. Paren van hetzelfde geslacht komen in aanmerking | De wensouders moeten een stabiele relatie hebben. Paren van hetzelfde geslacht komen principieel in aanmerking | De wensouders moeten een stabiele relatie hebben. Paren van het mannelijke geslacht komen niet in aanmerking | De wensouders moeten een stabiele relatie van minstens twee jaar hebben. Alleenstaande vrouwen en lesbische paren komen ook in aanmerking, maar mannenparen (nog) niet |
| Burgerlijke staat draagmoeder | Geen vereiste Partner wordt betrokken in de procedure en moet akkoord gaan | Geen vereiste Partner moet draagmoederschaps-overeenkomst wel mee ondertekenen | Geen vereiste Partner moet draagmoederschaps-overeenkomst wel mee ondertekenen | Geen vereiste |
| Leeftijdsgrenzen | Overeenkomstig de MBV-wet | Geen absolute grenzen De draagmoeder is best jonger dan 35 jaar en de wensouders zijn best jonger dan 35-36 jaar | De draagmoeder dient jonger te zijn dan 40 jaar De wensmoeder dient jonger te zijn dan 43 jaar | De draagmoeder dient jonger te zijn dan 40 jaar Voor de wensouders gelden de leeftijdsgrenzen van de MBV-wet |
| Kinderwens draagmoeder | Moet vervuld zijn | Moet vervuld zijn | Moet nog niet volledig vervuld zijn | Moet vervuld zijn |

| | | | | |
|---------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Dient de draagmoeder reeds kinderen te hebben gebaard? | Minstens één kind De vorige zwangerschap moet zonder problemen zijn verlopen | Is geen vereiste | Minstens één kind | Minstens één kind |
| Relatie WO en DM | Geen bijzondere vereiste Intergenerationeel toegelaten | Geen bijzondere vereiste | Er moet een affectieve band bestaan Intergenerationeel niet toegelaten. | Draagmoeder mag niet anoniem zijn |
| Commercieel | Niet toegelaten | Niet toegelaten | Niet toegelaten | Niet toegelaten |
| Ultimum remedium | Strikt medische indicatie Paren met meerdere mislukte IVF-pogingen komen ook in aanmerking | Strikt medische indicatie Paren met meerdere mislukte IVF-pogingen komen ook in aanmerking | Strikt medische indicatie Paren met meerdere mislukte IVF-pogingen komen ook in aanmerking | Strikt medische indicatie Paren met meerdere mislukte IVF-pogingen komen niet in aanmerking |
| Mogen de wensouders reeds kinderen hebben? | Elke casus wordt afzonderlijk beoordeeld | Wensouders met kinderen worden niet principieel afgewezen, maar worden zeer streng beoordeeld | (Geen gegevens) | Wensouders met kinderen worden niet principieel afgewezen |
| Technieken | Hoogtechnologisch | Hoogtechnologisch | Hoogtechnologisch | Hoogtechnologisch |
| Oorsprong gameten | Minstens 1 wensouder moet een genetische ouder zijn Anonieme eiceldonatie is toegelaten | Beide wensouders zijn best de genetische ouders, tenzij in het geval van een medisch contra-indicatie | Beide wensouders moeten de genetische ouder zijn | Minstens 1 wensouder moet een genetische ouder zijn Eiceldonatie is toegelaten |

12. Begeleiding

| | UZ Gent | UZ Antwerpen | UMC Sint-Pieter Brussel | CHR de la Citadelle Luik |
|---------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Psychologisch | <ul style="list-style-type: none"> - Psychosociale evaluatie a.d.h.v. interview met de wensouders + de draagmoeder en haar partner afzonderlijk - Gesprek met psychiater - Doel o.m. om motivatie van de betrokkenen na te gaan | <ul style="list-style-type: none"> - Gesprek met psycholoog - Doel o.m. om na te gaan dat de betrokkenen hun geïnformeerde toestemming geven en om risico's te achterhalen | <ul style="list-style-type: none"> - Gesprek met psycholoog - Doel o.m. om na te gaan of betrokkenen hun geïnformeerde toestemming geven en om altruïstische motieven na te gaan | <ul style="list-style-type: none"> - Wensouders, draagmoeder, haar partner en hun kinderen hebben meerdere contacten met een psycholoog |
| Juridisch | <ul style="list-style-type: none"> - Juridisch advies - Intentieverklaring tussen wensouders en draagmoeder die zeer gedetailleerd hun verhouding uiteenzet - Betrokkenen worden erop gewezen dat een draagmoederschaps-overeenkomst niet bindend is | <ul style="list-style-type: none"> - Juridisch advies - Betrokkenen moeten een toestemmingsformulier ondertekenen, waarin ook informatie staat over de juridische gevolgen (o.m. met oog op adoptie) - Betrokkenen worden erop gewezen dat een draagmoederschaps-overeenkomst niet bindend is | <ul style="list-style-type: none"> - Juridisch advies - Betrokken ondertekenen een overeenkomst - Betrokkenen worden erop gewezen dat de draagmoederschaps-overeenkomst niet bindend is | <ul style="list-style-type: none"> - Juridisch advies - Verklaring op eer over altruïstisch karakter van het draagmoederschap - Draagmoederschaps-overeenkomst wordt afgesloten om verhouding tussen wensouders en draagmoeder te expliciteren, maar zonder supervisie van juristen en heeft de waarde van een <i>gentlemen's agreement</i> |

13. Problemen

| | UZ Gent | UZ Antwerpen | UMC Sint-Pieter Brussel | CHR de la Citadelle Luik |
|---------------------------------|---------|--------------|-------------------------|--------------------------|
| Weigering DM | Neen | Neen | Neen | Neen |
| Weigering WO | Neen | Neen | Neen | Neen |
| Andere genetische samenstelling | Neen | Neen | Neen | Neen |
| SIS-kaartfraude | Neen | Neen | Neen | Neen |

Titel 4. Dossieranalyse Ethisch Comité UZ Gent

14. Uit het bovenstaande schema bleek dat in het UZ Gent elke casus van draagmoederschap aan het Ethisch Comité (hierna EC) dient te worden voorgelegd. Het EC verleent dan zijn positief of negatief advies. Om ook de beslissingscriteria van dit orgaan te achterhalen, werden de beslissingen van het EC per dossier gescreend en geanalyseerd.

15. Het EC behandelde tussen 20 april 2004 en 15 oktober 2013 25 dossiers, waarvan 15 dossiers een gunstig advies verkregen, 6 een negatief en in 4 dossiers werd geen beslissing genomen, omdat het EC bijkomende onderzoeken nodig achtte en/of omdat de betrokkenen afzagen van hun voornemen.

16. Drie dossiers betroffen een wenspaar van hetzelfde geslacht. Elke casus kreeg een *gunstig* advies.

Van de 18 andere dossiers waarbij de wensparen van verschillend geslacht waren, verkregen er uiteindelijk 11 een gunstig advies. In deze gevallen bestond de medische indicatie vijfmaal uit het Mayer-Rokitansky-Küster-Hausersyndroom, driemaal uit een voorafgaande hysterectomie, éénmaal uit het ontbreken van een baarmoeder (de oorzaak werd niet verduidelijkt), éénmaal uit een uterusruptuur waardoor een zwangerschap werd afgeraden en tenslotte éénmaal een niertransplantatie waardoor een zwangerschap eveneens werd afgeraden.

17. Behalve in vier casussen, betroffen de gunstig geadviseerde gevallen steeds intrafamiliaal draagmoederschap. Vijfmaal trad de moeder van de wensmoeder op als draagmoeder, viermaal de zus van de wensmoeder en éénmaal de wettelijk samenwonende partner van de broer van de wensmoeder. In geen enkel geval was er sprake van endofamiliaal draagmoederschap bij paren van hetzelfde geslacht.

Verder was nog driemaal een vriendin van de wensouders de draagmoeder, éénmaal een nicht van een vriendin van de wensouders die in hetzelfde dorp als dat van de wensouders woonde en éénmaal een draagmoeder die de wensouders via het internet hadden ontmoet.

18. Het EC adviseerde *ongunstig* in 7 (van de 25 onderzochte) dossiers om verschillende redenen.

In de eerste plaats vormde vooral de aanwezigheid van een kind of kinderen een sterke tegenindicatie. Vóór 2009 werd in vier van de zes ongunstig geadviseerde gevallen een negatief advies verleend omdat de wensouders gezamenlijk reeds een kind hadden. Dit was ook zo in het geval waarin het gezamenlijke kind overleden was, maar de wensvader reeds een kind had uit een vorige relatie. In een casus waarbij de wensouders een kind hadden door adoptie werd wel een gunstig advies verleend. Sinds 2009 wordt iedere casus afzonderlijk beoordeeld. Het EC lijkt sindsdien een soepelere houding aan te

nemen. In twee gevallen werd een gunstig advies verleend, ondanks het feit dat de partner van de wensmoeder kinderen uit een vorige relatie had. In een derde geval, waarin de premature kinderen van de wensouders overleden waren, gaf het EC ook zijn fiat.

In één van de vier gevallen die ongunstig advies verkregen, was daarvoor een bijkomende reden. De draagmoeder had reeds vier zonen. Hierdoor droeg zij een grote verantwoordelijkheid, wat voor het EC een tegenindicatie was. Het EC vreesde ook dat de draagmoeder misschien zelf wel een dochter wou.

Een derde reden was de kwetsbaarheid van de onderlinge relatie tussen wensouders en draagmoeder. Indien deze relatie te fragiel is, zal het Comité zijn fiat weigeren (1 geval).

Ten vierde zal enige twijfel over de altruïstische motieven van de draagmoeder leiden tot een afwijzing van het dossier (1 geval).

Een laatste reden is het *ultimum remedium*-karakter van draagmoederschap. Het EC stelt draagmoederschap enkel open als laatste redmiddel. De wensouders moeten uitbehandeld zijn op het vlak van medisch begeleide voortplanting. Eiceldonatie mag bv. geen optie meer zijn (1 geval).

Titel 5. Vaststellingen

19. Niet alle centra houden consequent de aantallen aanvragen en behandelingen bij. Hierdoor is het onmogelijk om een volledig beeld te krijgen van de praktijk. Niettemin is het duidelijk dat medisch begeleid draagmoederschap weinig voorkomt. De centra merken zelf geen evolutie in het aantal aanvragen of behandelingen. Draagmoederschap zou wel meer als alternatief worden voorgesteld, maar blijft een uitzonderlijk fenomeen.

20. De selectie- en screeningsprocedures zijn strikt. De nadruk wordt gelegd op psychologische begeleiding en juridisch advies, om zo zeker te zijn dat de betrokkenen hun geïnformeerde toestemming geven.

In elk centrum verloopt er ook een zekere tijd vooraleer het orgaan met beslissingsbevoegdheid zijn beslissing neemt. Dit betekent dat de behandelingsprocedure lang en lastig is. Hierdoor blijven enkel de echt gemotiveerde kandidaat-wensouders en -draagmoeders over en is er geen ruimte voor impulsiviteit.

Deze strenge selectieprocedure ligt waarschijnlijk aan de basis van de afwezigheid van problemen. Er werd nog geen enkele weigering vastgesteld van een draagmoeder om het kind af te staan of van een wensouder om het kind in zijn gezin op te nemen, wat toch opmerkelijk is.

De artsen geven aan dat de onzekerheid waarmee de betrokkenen worden geconfronteerd, wordt veroorzaakt door het gebrekkige juridische kader en in het bijzonder door het onaangepaste afstammingsrecht.

21. Met uitzondering van het UZ Gent, waar alle beslissingen moeten worden voorgelegd voor niet-bindend advies van het EC, beslissen de behandelende teams zelf of een bepaald geval in aanmerking komt of niet. Indien er bijzonderheden of moeilijkheden zijn, wordt de casus toch voorgelegd aan het ethisch comité.

De beslissingscriteria waarop de centra zich baseren zijn steeds in evolutie. Elke casus doet nieuwe discussies en vraagstukken ontstaan. Wel zijn de criteria steeds streng. De centra hameren op een strenge selectieprocedure en trachten zoveel mogelijk risico's te vermijden. De minste twijfel leidt er toe dat een dossier wordt afgewezen.

De beslissing wordt steeds genomen vanuit het belang van het ongeboren kind. Zo zullen de centra ook de geschiktheid van de wensouders als ouders in acht nemen.

22. De beslissingscriteria van de centra verschillen op sommige punten sterk, op andere vlakken is er een consensus. Deze diversiteit laat in zekere zin *shopping* door de wensouders toe.

23. Enkel het Gentse centrum vereist dat de wensouders en draagmoeder de Belgische nationaliteit hebben en in België hun gewone verblijfplaats hebben, gelet op de moeilijkheden die anders in de adoptieprocedure zouden kunnen ontstaan.

De andere centra leggen geen strikte nationaliteitsvoorwaarde op maar hebben wel oog voor mogelijke problemen van internationaalprivaatrechtelijke aard. Zo behandelt het UZ Antwerpen geen personen met Duitse nationaliteit, gelet op het verbod op draagmoederschap in Duitsland.

Het centrum verbonden aan het UMC Sint-Pieter laat Franse wensouders wel toe als wensouders, ondanks het sterke ontmoedigingsbeleid in Frankrijk. Het centrum heeft echter nog geen weet van casussen die slecht zijn afgelopen.

24. Geen enkel centrum legt op dat een wenspaar gehuwd is. Een stabiele relatie van minstens 1 of 2 jaar volstaat. Twee van de vier centra staan recent (principeel) open voor mannelijke wensparen.

25. Draagmoederschap is enkel mogelijk voor wensouders voor wie dit fenomeen een laatste redmiddel is. Er dient dan ook een strikte medische indicatie te zijn. Zo komen vrouwen zonder baarmoeder (aangeboren of na ziekte of ongeval) in aanmerking, net als vrouwen die een aandoening hebben waardoor een zwangerschap levensgevaarlijk zou zijn voor hen of de

foetus. Over de vraag of meerdere mislukte IVF-pogingen volstaan om van draagmoederschap als *ultimum remedium* gebruik te maken, bestaat geen eensgezindheid.

Draagmoederschap op vraag van mannenparen veronderstelt natuurlijk geen medische reden, maar wel een sociale.

26. Er bestaat geen consensus over de genetische oorsprong van het kind. In elk centrum moet minstens één wensouder de genetische ouder zijn, maar het UMC Sint-Pieter vereist dat de wensouders zowel een ei- als zaadcel leveren, wat per definitie wensparen van hetzelfde geslacht en alleenstaanden uitsluit.

27. Er wordt geen enkele vereiste opgelegd wat de burgerlijke staat van de draagmoeder betreft. Wel dient haar partner te worden betrokken in de procedure en dient hij de nodige documenten mee te ondertekenen.

Dit kan moeilijkheden opleveren m.b.t. een mogelijke procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de draagmoeder, gelet op artikel 318, § 4 BW. Uit de ondertekening van de documenten moet m.i. worden afgeleid dat de echtgenoot zijn toestemming geeft tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, wat de vordering tot betwisting van zijn vaderschap *de lege lata* onontvankelijk maakt.

28. De centra begrenzen de leeftijd van mogelijke wensouders. Zo zullen steeds de leeftijdsgrenzen van de MBV-wet moeten worden nageleefd¹. Dit betekent dat enkel de wens- en draagmoeders aan een bepaalde leeftijd moeten voldoen. Indien de wensmoeder eicellen levert moet zij meerderjarig en niet ouder dan 45 jaar zijn. Aangezien bij de draagmoeder steeds een embryo zal worden ingeplant, moet ook zij meerderjarig en niet ouder dan 47 jaar zijn op ogenblik van de implantatie.

Sommige centra zijn echter nog strenger en vereisen dat beide vrouwen jonger zijn, dan hierboven vermeld. In het UZ Gent wordt ook de leeftijd van de wensvader(s) begrensd. Bovendien moeten de wensouders daar een levensverwachting hebben van minstens 18 jaar.

Intergenerationeel draagmoederschap wordt door deze leeftijdsgrenzen bemoeilijkt. Niettemin komt het voor. In het UZ Gent zijn er reeds casussen waarbij de moeder van de wensmoeder opgetreden is als draagmoeder. In het UZ Antwerpen en UMC Sint-Pieter is dit daarentegen niet toegelaten. Men wil druk op de draagmoeder ten gevolge van de sterke familiale band vermijden.

¹ Medewerkers van het UZ Gent stellen zich vragen bij de leeftijdsgrenzen van de MBV-wet en willen deze verhoogd zien: K. DENYS, I. STUYVER en M. DHONT, "Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen: Medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2007, (1021) 1022.

29. Verder worden aan de relatie tussen draagmoeder en wensouders enkel in het UMC Sint-Pieter voorwaarden opgelegd. Het centrum vereist dat er een affectieve band bestaat tussen de wensouders en draagmoeder.

In het UZ Gent werden reeds gevallen behandeld van wensparen die een draagmoeder vonden via het internet. Het draagmoederschap dient wel nog steeds altruïstisch te zijn. Geen enkel centrum aanvaardt commercieel draagmoederschap.

30. Behalve het UMC Sint-Pieter, vereisen alle centra dat de kinderwens van de draagmoeder volledig vervuld is. Dit is echter moeilijk na te gaan.

Behalve in het UZ Antwerpen, leggen alle centra op dat de draagmoeder minstens één kind heeft gebaard en dat de vorige zwangerschap goed is verlopen en er geen contra-indicaties voor een zwangerschap zijn. Het doel van deze voorwaarde is dat de draagmoeder op deze manier beter kan inschatten wat de zwangerschap voor haar zal inhouden.

31. De meeste wens- en draagouders zullen gezamenlijk een document opstellen en ondertekenen om zo ten aanzien van elkaar duidelijk te maken wat de verwachtingen zijn. Hoewel dergelijk document niet bindend is, heeft dit *gentlemen's agreement* toch veel waarde voor de betrokkenen. Er wordt op voorhand bepaald wat van elkaar mag worden verwacht en de betrokkenen houden zich in de praktijk klaarblijkelijk ook aan deze afspraken.

32. De centra hebben weinig zicht op het verdere verloop van de zwangerschap, aangezien de betrokkenen zich na de verwekking wenden tot hun eigen gynaecoloog, meestal in een ander ziekenhuis. Dit bemoeilijkt de opvolging en laat weinig ruimte voor een psychologische begeleiding na de geboorte.

33. Meerdere artsen gaven aan dat toekomstige wetgeving best niet te strikt de voorwaarden bepaalt waaraan draag- en wensouders dienen te voldoen. De wetgevende verandering moet vooral plaatsvinden op het niveau van het afstammingsrecht en minder op dat van het medisch recht. Op die manier kan de bestaande rechtsonzekerheid worden opgeheven maar wordt wel ruimte gelaten voor eventuele ontwikkelingen op medisch-wetenschappelijk vlak.

BIJLAGE 2. OVERZICHT VAN BUITENLANDSE REGULERING INZAKE DRAAGMOEDERSCHAP

1. In deze bijlage wordt een overzicht gegeven van de rechtsstelsels die wetgevend zijn opgetreden in de context van draagmoederschap. De stand van zaken is deze op 10 juni 2014. In functie van de deelvragen van dit onderzoek werden sommige stelsels nader onderzocht dan andere. Deze selectie werd in de inleiding verantwoord.

Titel 1. Armenië

2. Sinds 7 juli 2003 is draagmoederschap in Armenië wettelijk toegelaten, door de wet van 11 december 2002 op menselijke reproductieve gezondheid en reproductieve rechten¹.

Recent werd een debat geopend om de wetgeving te verstrengen².

¹ Voor meer informatie, zie EDMON MARUKYAN, *Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity. Legal Report: Armenia*, The Danish Institute for Human Rights, 2010, 11-12.

² G. ABRAHAMYAN, "Birth Rights and Concerns: Issue of surrogate birthing raises debate", *Armenia Now* 7 maart 2012.

Titel 2. Australië

Hoofdstuk 1. Recente hervormingen

3. De Commonwealth van Australië, een federale staat, is opgedeeld in zes staten (Western Australia, Victoria, Queensland, South Australia, New South Wales en Tasmania) en territoria, waarvan er drie een zelfregulerende bevoegdheid hebben, nl. Australian Capital Territory, Northern Territory en Norfolk Island. Deze negen staten en zelfregulerende territoria worden hierna de 'deelstaten' genoemd.

4. In Australië is er geen uniforme regeling voor draagmoederschap¹. Wetgeving inzake MBV, draagmoederschap en ouderschap behoort voornamelijk tot de bevoegdheid van de deelstaten².

De Australische deelstaten hebben de laatste jaren een ware transformatie ondergaan: zeven van de negen deelstaten³ evolueerden van een verbod op draagmoederschap of een ontmoedigingsbeleid, dat tot stand kwam ten gevolge van morele paniek, naar een nieuw regime van gedetailleerde regeling, met als achterliggende idee een strikt gecontroleerde tolerantie, waarbij de wensouder-kindrelatie juridisch kan worden erkend⁴.

¹ Zie STANDING COMMITTEE OF ATTORNEY'S-GENERAL AUSTRALIAN HEALTH MINISTERS' CONFERENCE COMMUNITY AND DISABILITY SERVICES MINISTERS' CONFERENCE, JOINT WORKING GROUP, *A Proposal for a National Model to Harmonise Regulation of Surrogacy*, januari 2009, <http://nt.gov.au>, 32 p.

² J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 166-167, vn. 5; D. MORGAN en R. LEE, "Assisted Conception in Common Law Jurisdictions" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (479) 503.

³ Northern Territory en Norfolk Island hebben geen specifieke wetgeving over draagmoederschap.

⁴ J. MILLBANK, "From Alice and Evelyn to Isabella: Exploring the Narratives and Norms of 'New' Surrogacy in Australia", *Griffith Law Review* 2012, (101) 102; J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 170-177. Dit gebeurde echter niet zonder kritiek: zie de commentaren van de Family Voice Australia, een Australische organisatie die christelijke waarden uitdraagt, op de wetsvoorstellen van Western Australia, Queensland en Tasmania, te raadplegen op <http://www.fava.org.au/>.

| Deelstaat | Toepasselijke wetgeving | Inwerkingtreding |
|------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|------------------|
| Australian Capital Territory | Parentage Act 2004 | 22/03/04 |
| Western Australia | Surrogacy Act 2008 (+ Human Reproductive Technology Act 1991) | 01/03/09 |
| Victoria | Status of Children Act 1974 (+ Assisted Reproductive Treatment Act 2008) | 01/01/10 |
| Queensland | Surrogacy Act 2010 | 16/02/10 |
| South Australia | Family Relationships Act 1975 | 26/11/10 |
| New South Wales | Surrogacy Act 2010 (+ Assisted Reproductive Technology Act 2007) | 01/03/11 |
| Tasmania | Surrogacy Act 2012 | 01/05/13 |

5. Deze wettelijke regelingen vertonen verschillen maar hebben tevens enkele opvallende gelijkenissen. Zo is commercieel draagmoederschap steeds verboden⁵.

Belangrijker voor dit onderzoek is echter dat alle zeven deelstaten gekozen hebben voor een bijzonder familierechtelijk systeem, gebaseerd op een postnatale *parentage order*, een vorm van wensouderadoptie: het juridisch ouderschap wordt van de draagmoeder naar de wensouders overgedragen na de geboorte. Dit is enkel mogelijk indien de rechtbank oordeelt dat alle wettelijke voorwaarden zijn voldaan. Deze voorwaarden worden hieronder toegelicht. Omwille van de grote gelijkenissen tussen de deelstaten wordt hun wetgeving samen geanalyseerd. Er is mij tot nu toe geen geval bekend waarin de *parentage order* werd geweigerd.

De staten hebben hun inspiratie gehaald uit het Britse systeem van de '*parental order*'⁶. Er werden echter verschillende procedurele en inhoudelijke vereisten aan dit systeem toegevoegd waardoor de gelijkenissen tussen het Britse kader en dit in Australië beperkt zijn⁷. Hierna volgt een uiteenzetting over de ontstaansgeschiedenis van de verschillende wetten. Daarna worden de wettelijke voorwaarden toegelicht, evenals de gevolgen van een *parentage order*. Er wordt ook stilgestaan bij de Australische reactie op draagmoederschapstoerisme.

⁵ *Infra* nr. 52.

⁶ *Infra* nr. 298 *et seq.*

⁷ J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 178-180.

Afdeling 1. Australian Capital Territory (ACT): *Parentage Act 2004*

6. Voorafgaand aan de *Parentage Act 2004*⁸ gold in het ACT de *Substitute Parent Agreements Act 1994*⁹. Deze wet verbood commerciële draagmoederschapsovereenkomsten, het bewerkstelligen van dergelijke overeenkomsten en reclame m.b.t. draagmoederschap. Draagmoederschapsovereenkomsten waren nietig en de wet bepaalde verder dat bij elke vordering of procedure m.b.t. een draagmoederschapsovereenkomst het welzijn en het belang van het kind de voornaamste overweging diende te zijn.

7. De wet bracht moeilijkheden op familierechtelijk vlak met zich mee, wat bleek uit *In the matter of an application pursuant to the Births Deaths and Marriages Registration Act 1997*. De toen van kracht zijnde *Artificial Conception Act 1985*¹⁰ vormde een hinderpaal voor de vaststelling van het juridische ouderschap in hoofde van de wensouders, ondanks dat dit de wens was van zowel wens- als draagouders, beide wensouders de genetische ouders waren en het niet betwist werd dat de inwilliging van het verzoek van de wensouders, om te verklaren dat zij de ouders van het kind waren, in zijn belang zou zijn. Artikel 5 van de *Artificial Conception Act 1985* bepaalde dat wanneer een gehuwde vrouw met toestemming van haar echtgenoot een behandeling onderging waardoor ze zwanger werd, haar echtgenoot als enige als de vader zou worden beschouwd en indien zaadcellen van een derde werden gebruikt, dat deze zou worden geacht niet de vader van het kind te zijn. Hetzelfde gold voor het moederschap bij dergelijke procedure en voor de hypothese van eiceldonatie (art. 6 *Artificial Conception Act 1985*). Deze vermoedens waren niet weerlegbaar en de Act liet geen ruimte voor het in overweging nemen van het welzijn van het kind. De draagouders waren bijgevolg de juridische ouders en de vordering werd afgewezen. De wensouders waren op adoptie van hun eigen genetische kind aangewezen¹¹.

Toch kende deze zaak alsnog een positieve afloop. Artikel 11 van de Act werd geamendeerd zodanig dat een *parentage order* door de rechtbank kon worden verleend wanneer deze van oordeel was dat de *order* in het belang van het kind was en wanneer beide geboorteouders, vrij en met volle begrip van wat er speelde, toestemden met de *order* (art. 9 *Artificial Conception Amendment Act 2000*)¹². De betrokken wensouders stelden opnieuw beroep in en uiteindelijk werden *parentage orders* verleend waardoor de

⁸ An Act relating to parentage, and for other purposes (18 februari 2004), i.w.tr. 22 maart 2004, <http://www.legislation.act.gov.au/>.

⁹ An Act to restrict the making of substitute parent agreements (sometimes called “surrogacy agreements”) and for related Purposes, van 1 november 1994, i.w.tr. 7 november 1994, opgeheven door de *Parentage Act 2004*.

¹⁰ An Act to provide for the parentage of a child conceived as the result of an artificial fertilisation procedure, and for other matters, van 7 november 1985, i.w.tr. 3 december 1986, opgeheven door de *Parentage Act 2004*.

¹¹ Re *Births Deaths and Marriages Registration Act 1997 (ACT)* [2000] ACTSC 39 (5 mei 2000).

¹² Art. 9 *Artificial Conception Amendment Act 2000*, van 28 september 2000, i.w.tr. 17 en 18 november 2000 (opgeheven).

wensouders de ouders van het kind werden en de geboorteakten overeenkomstig konden worden gewijzigd¹³.

Niettemin vormde deze zaak een verdere katalysator voor een diepgaande reflectie over belangrijke vragen rond kinderen geboren ten gevolge van draagmoederschap. Op 27 juni 2002 machtigde de *Attorney-General* de *ACT Community Law Reform Commission* om de van kracht zijnde toepasselijke wetgeving te herzien en te rapporteren over gewenste veranderingen m.b.t. de bestaande wet en toepassing ervan¹⁴.

8. Op 20 november 2003 werd de *Parentage Bill 2003* ingediend in het parlement, welke uiteindelijk de *Parentage Act 2004* werd en die o.m. een wettelijk kader voor draagmoederschap schiep. Deze wet neemt de strafbaarstellingen van de *Substitute Parent Agreements Act 1994* over, alsook de bepalingen m.b.t. de *parentage order* in de *Artificial Conception Act 1985*¹⁵.

9. Artikel 7, (1) *Parentage Act 2004* bepaalt dat een kind geboren uit een gehuwde vrouw of een vrouw in een geregistreerd partnerschap, wordt geacht het kind van deze vrouw en haar echtgenoot of geregistreerde partner te zijn. De afstamming blijft principieel afhankelijk van de geboorte: in de context van draagmoederschap blijven de draagmoeder en haar echtgenoot of partner de ouders. Hebben de wensouders gameten gedoneerd voor de verwekking van het kind, dan worden zij als gametendonoren geacht niet de ouders te zijn van het kind (art. 11 *Parentage Act 2004*)¹⁶. Bij draagmoederschap kan dit echter worden 'rechtgezet' door een *parentage order* die het ouderschap overdraagt na de geboorte, mits voldaan is aan strikte voorwaarden.

Afdeling 2. Western Australia: *Surrogacy Act 2008*

10. Voorafgaand aan de *Surrogacy Act 2008*¹⁷ kende draagmoederschap in Western Australia een problematische toepassing bij gebrek aan wettelijk kader: wensouders werden niet verhinderd een draagmoederschapsovereenkomst aan te gaan. Zij konden dit doen zonder enige begeleiding of onderzoek, dat erop gericht was dat alle betrokkenen

¹³ A.C.T. LAW REFORM COMMISSION, "Substitute Parentage Agreements: Report No. 20", Canberra, December 2003, 3.

¹⁴ A.C.T. LAW REFORM COMMISSION, "Substitute Parentage Agreements: Report No. 20", Canberra, December 2003, 3-4.

¹⁵ THE LEGISLATIVE ASSEMBLY FOR THE AUSTRALIAN CAPITAL TERRITORY, *Parentage Bill 2003: Explanatory Statement*, 2003, raadpleegbaar via www.legislation.act.gov.au/, 7-8.

¹⁶ THE LEGISLATIVE ASSEMBLY FOR THE AUSTRALIAN CAPITAL TERRITORY, *Parentage Bill 2003: Explanatory Statement*, 2003, raadpleegbaar via www.legislation.act.gov.au/, 9.

¹⁷ An Act about arrangements for surrogate births and children born under those arrangements and for related purposes, and to make related amendments to the Births, Deaths and Marriages Registration Act 1998, and the Children and Community Services Act 2004, and the Family Court Act 1997, and the Guardianship and Administration Act 1990, and the Human Reproductive Technology Act 1991, and the Interpretation Act 1984 (10 december 2008), i.w.tr. 1 maart 2009, <http://www.slp.wa.gov.au/>.

elkaar en de gevolgen van het draagmoederschap verstonden. Dit gebrek kon aanleiding geven tot geschillen. IVF kon niet worden aangewend voor draagmoederschap, waardoor enkel de laagtechnologische variant mogelijk was. Verder was er geen mechanisme dat ervoor zorgde dat de wensouders juridisch erkend werden als de ouders van het kind dat zij opvoedden. Werd het kind geboren ten gevolge van medisch begeleide voortplanting dan waren de geboorteouders de juridische ouders (art. 5-6A Artificial Conception Act 1985). De *Surrogacy Bill 2007* wenste aan deze problemen tegemoet te komen¹⁸. Het wetsvoorstel werd goedgekeurd en resulteerde in de *Surrogacy Act 2008*.

11. De draagouders zijn als geboorteouders principieel de juridische ouders, maar de wensouders kunnen sinds de *Surrogacy Act 2008* de juridische ouders worden indien hen een *parentage order* wordt verleend. Dit is enkel mogelijk indien voorafgaand aan de verwekking van het kind de draagmoederschapsovereenkomst werd goedgekeurd door de *Western Australian Reproductive Technology Council*¹⁹. Zowel voor de *parentage order*, als voor de goedkeuring van de overeenkomst, moet aan bepaalde strikte voorwaarden worden voldaan, die verder zullen worden toegelicht²⁰.

Afdeling 3. Victoria: *Status of Children Act 1974*

12. In Victoria was vóór de wijziging in 2008 van de *Status of Children Act 1974*²¹ m.b.t. draagmoederschap de *Infertility Treatment Act 1995*²² van kracht, die enkel commercieel draagmoederschap en reclame uitdrukkelijk strafrechtelijk verbood (art. 59 en 60 *Infertility Treatment Act 1995*). Altruïstisch draagmoederschap was *de facto* onmogelijk²³.

13. De *Victorian Law Reform Commission* (hierna de Commissie) kreeg de taak om de wenselijkheid en haalbaarheid van wijzigingen van de *Infertility Treatment Act 1995* en de *Adoption Act 1984* om de geschiktheidscriteria m.b.t. begeleide voortplanting en adoptie uit te breiden, te onderzoeken en daarover te rapporteren. De Commissie werd daarbij ook verzocht om de betekenis en doeltreffendheid van bepaalde wetsartikelen m.b.t. altruïstisch draagmoederschap te onderzoeken, evenals te verduidelijken hoe het juridisch statuut van een kind geboren na draagmoederschap werd ingevuld²⁴.

¹⁸ Report 12 Standing Committee on Legislation in Relation to the Surrogacy Bill 2007, 2008, <http://parliament.wa.gov.au/>, 2-6, nrs. 4.4-4.17.

¹⁹ Gevestigd overeenkomstig art. 8 van de Human Reproductive Technology Act 1991 (art. 15 *Surrogacy Act 2008*).

²⁰ *Infra* nr. 35.

²¹ *Status of Children Act 1974* zoals gewijzigd door de Assisted Reproductive Treatment Act (11 december 2008), i.w.tr. 1 januari 2010, <http://www.legislation.vic.gov.au/>.

²² *Infertility Treatment Act 1995*, No. 63, van 27 juni 1995, volledige i.w.tr. 1 januari 1998, opgeheven door de Assisted Reproductive Treatment Act 2008.

²³ Zie A.L. BURPEE, "Momma Drama: A Study of How Canada's National Regulation of Surrogacy Compares to Australia's Independent State Regulation of Surrogacy", *Georgia Journal of International and Comparative Law* 2009, (305) 314.

²⁴ Voor meer informatie zie <http://lawreform.vic.gov.au/>.

In 2007 bracht de Commissie zijn rapport over *'Assisted Reproductive Technology and Adoption'* uit. Dit stelde o.m. dat als de overheid besliste om altruïstisch draagmoederschap te blijven toelaten, het met grote zorg moest worden geregeld. Waarborgen ter bescherming van de draagmoeders, wensouders en kind waren immers noodzakelijk²⁵.

14. Verschillende concrete aanbevelingen i.v.m. draagmoederschap van de Commissie²⁶ kregen gevolg in de latere wetgeving. Zo werd de Infertility Treatment Act 1995 opgeheven door de *Assisted Reproductive Treatment Act 2008 No 76* (art. 126 Assisted Reproductive Treatment Act 2008), die tevens de *Status of Children Act 1974, No 8602* wijzigde en daarvan Part IV omvormde tot *'Status of children in surrogacy arrangements'*. Door deze wijzigingen kan sinds 1 januari 2010 een geregistreerde fertilitateitsarts de draagmoeder pas behandelen naar aanleiding van een draagmoederschapsovereenkomst als deze overeenkomst werd goedgekeurd door de *Patient Review Panel* (art. 39 Assisted Reproductive Treatment Act 2008). Opdat deze goedkeuring kan worden bekomen moet voldaan zijn aan verschillende vereisten. Uitzonderlijk kan de Patient Review Panel toch een overeenkomst aanvaarden die niet aan de voorwaarden voldoet, indien de omstandigheden uitzonderlijk zijn en het, gelet op de omstandigheden, redelijk is om de overeenkomst te aanvaarden (art. 41 Assisted Reproductive Treatment Act 2008). Bij tussenkomst van de arts kan de *parentage order* slechts worden verleend als de Patient Review Panel de overeenkomst heeft goedgekeurd (art. 22, (1), (b) Status of Children Act 1974).

15. Door de Status of Children Act zullen de draagouders op basis van wettelijke vermoedens in de eerste plaats de juridische ouders zijn. Een *parentage order* kan het ouderschap overdragen (art. 19 Status of Children Act 1974). Hierom kan worden verzocht na behandeling door een geregistreerde fertilitateitsarts, met de voorafgaandelijke goedkeuring van de Patient Review Panel wat het voldoen aan verschillende voorwaarden veronderstelt. Er kan ook om een *parentage order* worden verzocht voor een kind dat niet werd verwekt door de tussenkomst van een arts, na laagtechnologisch draagmoederschap. In dat geval dienen de partijen te voldoen aan verschillende gelijkaardige voorwaarden (art. 23 Status of Children Act 1974).

Afdeling 4. Queensland: Surrogacy Act 2010

16. Voorafgaand aan de *Surrogacy Act 2010*²⁷ was de *Queensland's Surrogate Parenthood Act 1998* van kracht, die elke vorm van

²⁵ VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, *Assisted Reproductive Technology and Adoption*, Melbourne, 2007, <http://lawreform.vic.gov.au>, 168.

²⁶ VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, *Assisted Reproductive Technology and Adoption*, Melbourne, 2007, <http://lawreform.vic.gov.au>, 159-192.

²⁷ An Act about surrogacy arrangements, to provide for the court-sanctioned transfer of parentage of children born as a result of particular surrogacy arrangements and to prohibit

draagmoederschap, zowel altruïstisch als commercieel, alsook draagmoederschapstoerisme en reclame strafrechtelijk verbod²⁸, wat volgens sommigen draconisch was²⁹. Er waren verschillende strafrechtelijke vervolgingen in de praktijk maar de straffen waren mild³⁰.

17. Later veranderde de beleidsfocus m.b.t. altruïstisch draagmoederschap, onder invloed van verschillende factoren. Ten eerste is slechts een beperkt aantal in Australië geboren kinderen beschikbaar voor binnenlandse adoptie. Dit geldt ook voor interlandelijke adoptie. Ten tweede wordt MBV steeds meer aanvaard en gebruikt. Ten derde is er een grotere sociale erkenning van de diversiteit van gezinsvormen. Ten slotte kan het gebrek aan juridische erkenning van de wensouder-kindrelatie leiden tot praktische moeilijkheden, bv. m.b.t. onderhoudsvorderingen voor het kind als de wensouders uit elkaar gaan, erfrecht of aanvragen voor een paspoort, hoewel kinderen geboren na draagmoederschap van dezelfde juridische zekerheid en bescherming dienen te genieten als andere kinderen³¹.

18. Op 14 februari 2008 stelde de Algemene Vergadering de *Investigation into Altruistic Surrogacy Committee* (hierna het Comité) aan om verschillende aspecten rond altruïstisch draagmoederschap te onderzoeken en daarover te rapporteren³². Op 8 december 2008 diende het Comité zijn rapport '*Investigation into the Decriminalisation and Regulation of Altruistic Surrogacy in Queensland*' in en deed verschillende aanbevelingen:

- altruïstisch draagmoederschap moet worden gedecriminaliseerd en het onderwerp uitmaken van een regulerend kader;
- de overheid dient o.m. in een juridisch mechanisme om het juridisch ouderschap over te dragen te voorzien;
- altruïstische draagmoederschapsovereenkomsten mogen niet afdwingbaar zijn;
- genetische verwantschap tussen wensouder en kind is niet vereist en kinderen hebben toegang tot hun oorspronkelijke geboorteakte, die ten gevolge van het juridische mechanisme werd gewijzigd, wanneer zij 18 jaar zijn of ouder³³ en

commercial surrogacy arrangements (16 februari 2010), i.w.tr. 16 februari 2010, <https://www.legislation.qld.gov.au/>.

²⁸ An Act to proscribe surrogacy in relation to child bearing and for related purposes, No 65, van 6 oktober 1988, i.w.tr. 6 oktober 1998, opgegeven door de Surrogacy Act 2010.

²⁹ Zie C. BROWN, L. WILLMOTT en B. WHITE, "Surrogacy in Queensland: Should Altruism be a crime?", *Bond Law Review* 2008, (1) 24; M. OTLOWSKI, "Re Evelyn – Reflections on Australia's First Litigated Surrogacy Case", *Medical Law Review* 1999, (38) 57.

³⁰ Zie A.L. BURPEE, "Momma Drama: A Study of How Canada's National Regulation of Surrogacy Compares to Australia's Independent State Regulation of Surrogacy", *Georgia Journal of International and Comparative Law* 2009, (305) 333-334. Zie ook Findlay and Anor and Punyawong [2011] FamCA 503 (30 juni 2011) en Dudley and Anor and Chedi [2011] FamCA 502 (30 juni 2011).

³¹ INVESTIGATION INTO ALTRUISTIC SURROGACY COMMITTEE, *Report*, Oktober 2008, Queensland Parliament, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 5-7.

³² Surrogacy Bill 2009: Explanatory Notes, <https://www.legislation.qld.gov.au>, 2.

³³ Surrogacy Bill 2009: Explanatory Notes, <https://www.legislation.qld.gov.au>, 2.

- de rol van de overheid zou erin moeten bestaan een adequaat regulerend kader te ontwikkelen³⁴.

Met zijn antwoord van 23 april 2009 op het rapport gaf de Queenslandse overheid aan deze hoofdaanbevelingen te steunen door zich te engageren om altruïstisch draagmoederschap te legaliseren en een mechanisme om het ouderschap over te dragen naar de wensouders te ontwikkelen³⁵. De overheid kondigde dan ook aan dat het een *Queensland Model for Surrogacy* zou vrijgeven waarover het publiek zijn mening kon geven. Dit model voorzag in een kader voor de wetgeving die de draagmoederschapshervormingen zou implementeren³⁶.

19. De *Surrogacy Bill 2009*, die in 2010 uiteindelijk wet werd, implementeerde de belangrijkste delen van het Queensland Model³⁷.

De belangrijkste doelstellingen van de wet zijn enerzijds specifieke aspecten van draagmoederschapsovereenkomsten regelen, nl. commercieel draagmoederschap verbieden, en in specifieke omstandigheden het mogelijk maken dat het ouderschap door de rechtbank wordt overgedragen. Anderzijds beoogt de wet procedures in te stellen om te verzekeren dat de betrokken partijen de aard en gevolgen van draagmoederschap begrijpen, alsook om het welzijn en het belang van het kind te beschermen (art. 5 Surrogacy Act 2010).

De wet stelt enkele principes voorop, waaruit een duidelijke focus op het belang van het kind blijkt. Zo is het belang van het kind, zowel m.b.t. zijn jeugd als zijn verdere leven, de voornaamste overweging. Dit in acht genomen moet de wet worden toegepast overeenkomstig een aantal principes:

- er moet zodanig worden gezorgd voor het kind dat een veilige, stabiele en vormende familie- en gezinsomgeving verzekerd is en dat openheid en eerlijkheid over de ouders van het kind wordt bevorderd, net als de ontwikkeling van het emotionele, mentale, fysieke en sociale welzijn van het kind;
- t.a.v. het kind dient eenzelfde statuut, bescherming en steun open te staan ongeacht de wijze van verwekking, het al dan niet bestaan van een genetische band tussen het kind en een partij bij de draagmoederschapsovereenkomst en de aard van de relatie tussen de wensouders;
- gezondheid en welzijn op lange termijn van de partijen bij een draagmoederschapsovereenkomst en hun families moeten worden bevorderd en

³⁴ INVESTIGATION INTO ALTRUISTIC SURROGACY COMMITTEE, *Report*, Oktober 2008, Queensland Parliament, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 30.

³⁵ A.M. BLIGH, Ministerial Statements: Altruistic Surrogacy, 23 april 2009, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 147.

³⁶ Voor meer informatie zie <http://www.cabinet.qld.gov.au/browse.aspx?category=Surrogacy>.

³⁷ Surrogacy Bill 2009: Explanatory Notes, <https://www.legislation.qld.gov.au>, 2-3; C.R. DICK, Ministerial Statements: Altruistic Surrogacy, 29 oktober 2009, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 3012.

- de autonomie van de toestemmende volwassenen over hun privéleven moet worden gerespecteerd (art. 6 Surrogacy Act 2010)³⁸.

20. Wat de afstamming betreft, vertrekt de wet van de algemene regelgeving inzake afstamming in de *Status of Children Act 1978* (art. 17 en 18 Surrogacy Act 2010). Bij draagmoederschap zal dit ertoe leiden dat in principe de draagouders de juridische ouders van het kind zullen zijn (art. 15, 17, (2), 18, (2), 19, 21, (1) en 22, (2) Status of Children Act 1978)³⁹. Dit werd door het Comité aanbevolen, omdat zo de draagmoeder wordt beschermd en een gedwongen afstand wordt vermeden⁴⁰.

Op grond van de wet en mits naleving van strikte voorwaarden, kan de rechtbank wel een *parentage order* verlenen om het ouderschap over te dragen, en op die manier praktische moeilijkheden en onzekerheden voor de betrokkenen te vermijden (art. 20 Surrogacy Act 2010)⁴¹.

21. Zoals verder zal blijken, getuigt de *Surrogacy Act 2010* van ruimdenkendheid wat betreft de personen die in aanmerking komen als wensouders: paren van hetzelfde geslacht en alleenstaanden kunnen ook verzoeken om een *parentage order* na draagmoederschap⁴².

Deze liberale houding kwam echter in het gedrang sinds 21 juni 2012, bij het debat tijdens de tweede lezing van de *Civil Partnerships and Other Legislation Amendment Bill*. Daarbij werd niet alleen de juridische erkenning van gelijkslachtige paren onder de *Civil Partnerships Act 2011* beperkt, maar gaf de Liberal National Party, met een meerderheid in het Queenslandse parlement, ook aan voorstellen te doen om de draagmoederschapswetgeving te wijzigen, zodanig dat alleenstaanden, wensparen van hetzelfde geslacht en feitelijke paren die minder dan twee jaar feitelijk samenwoonden, niet meer in aanmerking kwamen als wensouder⁴³. De voorgestelde veranderingen kwamen overeen met de amendementen die in 2009 waren voorgesteld om de *Surrogacy Bill* te wijzigen, maar niet werden aanvaard (art. 9 Family (Surrogacy) Bill 2009). Deze uitsluiting zou ook betekenen dat draagmoederschap voor deze personen, zowel in Queensland als daarbuiten, strafbaar wordt, wat problematisch is (art. 56 Family (Surrogacy) Bill 2009)⁴⁴. Deze voorgestelde wijzigingen werden bekritiseerd als niet in overeenstemming met huidige sociale houdingen, strijdig met de geest van

³⁸ Zie ook INVESTIGATION INTO ALTRUISTIC SURROGACY COMMITTEE, *Report*, Oktober 2008, Queensland Parliament, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 43.

³⁹ T. JOHNSON, "Queensland's proposed surrogacy legislation: An opportunity for national reform", *Journal of Law and Medicine* 2010, (617) 630.

⁴⁰ INVESTIGATION INTO ALTRUISTIC SURROGACY COMMITTEE, *Report*, Oktober 2008, Queensland Parliament, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 55-56.

⁴¹ Zie Surrogacy Bill 2009: Explanatory Notes, <https://www.legislation.qld.gov.au>, 10-11.

⁴² *Infra* nr. 36.

⁴³ First Session of the fifty-fourth parliament, Record of Proceedings, 21 juni 2012, 994, te raadplegen op <http://www.parliament.qld.gov.au>.

⁴⁴ P. TROWSE en M.K. SMITH, "Surrogacy laws in Queensland: one step forward and two steps back?", *The Queensland Lawyer* 2012, (123) 123-124.

antidiscriminatiewetten, en ongerechtvaardigd gelet op het welzijn van het kind⁴⁵.

Deze geplande wijzigingen kwamen er tot nu toe nog niet. Op 16 april 2013 werd aan de *Attorney-General* de vraag gesteld of het voorstel, dat nog geen wetsvoorstel geworden was, definitief op de lange baan werd geschoven. Er volgde geen sluitend antwoord⁴⁶.

Afdeling 5. South Australia: *Family Relationships Act 1975*

22. De *Family Relationships Act 1975* werd gewijzigd door de *Statutes Amendment (Surrogacy) Act 2009*⁴⁷ en een regeling voor draagmoederschap werd ingevoerd. De *Family Relationships Act 1975* bepaalde voorheen enkel dat draagmoederschapsovereenkomsten en overeenkomsten tot tussenkomst bij draagmoederschap verboden en nietig waren⁴⁸, alsook strafrechtelijk gesanctioneerd werden (art. 10 F t.e.m. 10 I oud *Family Relationships Act 1975*).

Dit is nog steeds zo in de huidige *Family Relationships Act 1975*, maar er wordt een uitzondering gemaakt voor erkende draagmoederschapsovereenkomsten (art. 10G, (4) *Family Relationships Act 1975*), in welk geval een *parentage order* kan worden verleend t.a.v. het kind geboren na draagmoederschap.

Afdeling 6. New South Wales: *Surrogacy Act 2010*

23. Voorafgaand aan de *Surrogacy Act 2010*⁴⁹ was in New South Wales enkel de *Assisted Reproductive Technology Act 2007*⁵⁰ van toepassing. Deze

⁴⁵ M.K. SMITH, L. WILLMOTT, P. TROWSE en B. WHITE, "Back to the future: Prohibiting surrogacy for singles, same-sex and shorter-term heterosexual couples in Queensland", *Journal of Law and Medicine* 2013, (638) 654.

⁴⁶ Question on Notice, No. 216, gevraagd op 16 april 2013, te raadplegen op <http://www.parliament.qld.gov.au>.

⁴⁷ An Act to abolish the legal consequences of illegitimacy under the law of this State; to invest courts of this State with power to make judgments declaratory of certain relationships; and for other purposes, zoals gewijzigd door An Act to amend the *Family Relationships Act 1975*, the *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996* and the *Assisted Reproductive Treatment Act 1988* (26 november 2009), i.w.tr. 26 november 2010, <http://www.legislation.sa.gov.au/>.

⁴⁸ Wie betaald had voor een overeenkomst tot bemiddeling bij draagmoederschap kan wel dit bedrag, als een schuld, terugvorderen van de persoon aan wie het werd gegeven: art. 10G, (3) *Family Relationships Act 1975*.

⁴⁹ An Act to recognise certain surrogacy arrangements, to prohibit commercial surrogacy arrangements and to provide for the status of children of surrogacy arrangements, and to make related amendments to other Acts, (16 november 2010), i.w.tr. 1 maart 2011, <http://www.legislation.nsw.gov.au/>.

⁵⁰ An Act relating to the regulation of assisted reproductive technology services, the registration of assisted reproductive technology service providers and the prohibition of commercial surrogacy; and for other purposes (7 december 2007), volledig i.w.tr. 1 maart 2010, gewijzigd door de *Surrogacy Act 2010*, <http://www.legislation.nsw.gov.au/>.

wet bepaalde o.m. dat commercieel draagmoederschap verboden was en draagmoederschapsovereenkomsten nietig waren.

In de Surrogacy Act 2010 werd het verbod op commercieel draagmoederschap opgenomen. De Assisted Reproductive Technology Act 2007 is in de context van draagmoederschap nog van belang voor het achterhalen van informatie over een specifiek geval van draagmoederschap⁵¹.

24. De *Surrogacy Bill 2010* werd ingediend als antwoord op een onderzoek door de overheid van altruïstisch draagmoederschap. Ze implementeert de aanbeveling van de *Legislative Council Standing Committee on Law and Justice* in zijn rapport '*Legislation on Altruistic Surrogacy in New South Wales*' van mei 2009.

Deze Commissie diende te onderzoeken welke rol de overheid van New South Wales diende te spelen bij het regelen van altruïstisch draagmoederschap in New South Wales. De Commissie moest verder nagaan aan welke criteria de partijen dienden te voldoen, welke rechten en verantwoordelijkheden zij hadden, of veranderingen aan het juridisch statuut van het kind nodig waren alsook hoe de verhouding tot de federale regering diende te zijn⁵².

De draagmoederschapswet steunt zich verder op het voorstel van de *Standing Committee of Attorney's-General Australian Health Ministers' Conference Community and Disability Services Ministers' Conference, Joint Working Group*, tot een nationaal model om de regeling van draagmoederschap te harmoniseren⁵³.

De wet moet worden toegepast vanuit het principe dat het belang van het kind geboren na draagmoederschap de voornaamste overweging is (art. 3 Surrogacy Act 2010).

25. De *Status of Children Act 1996, No. 76*, zal meestal tot gevolg hebben dat de geboorteouders, nl. de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot of partner, de juridische ouders van het kind zijn (art. 9 en 10 Status of Children Act 1996)⁵⁴. Daardoor wordt het moeilijk voor de wensouders om de volle ouderlijke verantwoordelijkheid over het kind te krijgen. Het invoeren van de *parentage order* wil voor deze problemen een oplossing bieden, zodanig dat geen adoptieprocedure⁵⁵ moet worden gevoerd of de federale Family

⁵¹ *Infra* nr. 68.

⁵² STANDING COMMITTEE ON LAW AND JUSTICE, *Legislation on altruistic surrogacy in NSW*, Sydney, 27 mei 2009, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.

⁵³ Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>. *Infra* nr. 30.

⁵⁴ Status of Children Act 1996 (20 oktober 1996), i.w.tr. 1 september 1998, <http://www.legislation.nsw.gov.au/>. Zie ook *Pj v. Docs* [1999] NSWSC 340 (6 april 1999).

⁵⁵ De beoordeling van de adoptievoorwaarden gebeurde weliswaar uitdrukkelijk los van het draagmoederschap: *Application of A and B* [2000] NSWSC 640 (7 juli 2000); *Application of D and E* [2000] NSWSC 646 (7 juli 2000).

Court niet om een tijdelijke *parental responsibility order* moet worden verzocht⁵⁶.

De *parentage order* kan slechts worden uitgesproken indien aan alle voorwaarden is voldaan. Uitzonderlijk kan de rechtbank ondanks het niet vervuld zijn van een voorwaarde toch een *order* uitspreken, wanneer deze voorwaarde geen verplichte vereiste is voor de *order* en het hof meent dat uitzonderlijke omstandigheden de *order* rechtvaardigen (Art. 18, (1) en (2) Surrogacy Act 2010)⁵⁷.

Afdeling 7. Tasmania: Surrogacy Act 2012

26. In Tasmania was vroeger de *Surrogacy Contracts Act 1993* van toepassing. Commercieel draagmoederschap en bemiddeling waren verboden en alle draagmoederschapsovereenkomsten waren nietig en niet afdwingbaar⁵⁸.

27. In 2008 werd een *Select Committee on Surrogacy* (hierna het Comité) samengesteld door de *Legislative Council* om draagmoederschap te onderzoeken en daarover te rapporteren.

Het Comité stelde verschillende problemen vast door de toenmalige restrictieve wetgeving en de plaats ervan in een moderne samenleving waar onvruchtbaarheid steeds meer voorkomt. Het merkte op dat altruïstisch draagmoederschap een uiteindelijke opheffing van de *Surrogacy Contracts Act 1993* zou vereisen en de vervanging ervan met nationaal consistente wetgeving. Het Comité deed acht aanbevelingen teneinde altruïstisch draagmoederschap vooruit te helpen in Tasmania, waaronder het juridisch erkennen van ouderschap verkregen door draagmoederschap en het opleggen van begeleiding en juridisch advies aan de betrokkenen⁵⁹.

28. In maart 2011 werd de *Surrogacy Bill 2011* ingediend in de House of Assembly⁶⁰; ze werd wet in 2012⁶¹. De wet stelt dezelfde leidende principes voorop als Queensland (art. 3 *Surrogacy Act 2012*)⁶².

⁵⁶ Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.

⁵⁷ Dit is bijvoorbeeld het geval voor de leeftijdsvereiste van de draagmoeder: uitzonderlijk mag zij 18 jaar in plaats van minstens 25 jaar zijn op ogenblik van het aangaan van de overeenkomst (art. 27, (3) *Surrogacy Act 2010*).

⁵⁸ An Act to prohibit surrogacy contracts in relation to child bearing, van 20 april 1993, i.w.tr.1 september 1993, opgeheven door de *Surrogacy Act 2012*.

⁵⁹ LEGISLATIVE COUNCIL: SELECT COMMITTEE, *Report on Surrogacy*, 2008, Parliament of Tasmania, <http://www.parliament.tas.gov.au/>, 41 p.

⁶⁰ PARLIAMENT OF TASMANIA, LEGISLATIVE COUNCIL GOVERNMENT ADMINISTRATION COMMITTEE 'A', *Inquiry Into Surrogacy Bill 2011 and Surrogacy (Consequential Amendments) Bill 2011*, 2011, <http://www.parliament.tas.gov.au/>, 15-16.

⁶¹ An Act to provide for the transfer of parentage of children in relation to whom certain non-commercial surrogacy arrangements are made before their birth, to prohibit commercial surrogacy arrangements and certain associated actions, and for related matters (26 oktober 2012), i.w.tr. 1 mei 2013, www.thelaw.tas.gov.au.

29. De draagouders blijven in de eerste plaats de ouders en hebben de verantwoordelijkheid om het kind te laten registreren in het geboorteregister (zie art. 31 Surrogacy Act 2012). Immers, op grond van het gemeen recht is de vrouw die van het kind bevalt de moeder⁶³. Pas wanneer een *parentage order* wordt verleend, zullen de wensouders de ouders zijn. Opdat dit mogelijk is, moeten strikte voorwaarden zijn vervuld.

Hoofdstuk 2. Verhouding van de deelstatelijke regelingen tot de federale wetgeving

30. In de federale wetgeving wordt verwezen naar de deelstatelijke regelingen, meer bepaald in de *Family Law Act 1975*⁶⁴. Deze wet stelt dat indien een *order* wordt verleend onder een wet van een deelstaat⁶⁵ waardoor een kind het kind wordt van een of meerdere personen, het kind ook onder de *Family Law Act 1975* het kind van die personen is.

De verhouding tot federale wetgeving blijft niettemin moeilijk omdat er geen algemene definitie van ouder of kind in de federale wetgeving bestaat en elke wet open staat voor een doelgerichte interpretatie op grond van zijn eigen bepalingen. Hierdoor kan het zijn dat de wensouders onder deelstatelijke wetgeving de juridische ouders zijn, maar onder andere, federale, wetgeving niet⁶⁶.

De *Joint Working Group van de Standing Committee of Attorney's-General Australian Health Ministers' Conference Community and Disability Services Ministers' Conference* deed in januari 2009 een voorstel tot een nationaal model om de regeling van draagmoederschap te harmoniseren⁶⁷. Het doel van het voorstel was om toe te laten dat wensouders worden erkend in Australië als de juridische ouders van het kind in plaats van de geboorteouders. De pijlers van het voorstel waren dat *parentage orders* moeten worden gemaakt in het belang van het kind, dat tussenkomst van de wet in het privéleven van personen moet worden beperkt tot een minimum

⁶² *Supra* nr. 19.

⁶³ LEGISLATIVE COUNCIL: SELECT COMMITTEE, *Report on Surrogacy*, 2008, Parliament of Tasmania, <http://www.parliament.tas.gov.au/>, 24-27.

⁶⁴ An Act relating to Marriage and to Divorce and Matrimonial Causes and, in relation thereto and otherwise, Parental Responsibility for Children, and to financial matters arising out of the breakdown of de facto relationships and to certain other Matters (12 juni 1975), i.w.tr. 5 januari 1976, <http://www.comlaw.gov.au/>.

⁶⁵ Overeenkomstig artikel 12CAA van de *Family Law Regulations 1984* zijn dit de wetten van de zeven hoger vermelde staten, m.u.v. Tasmania.

⁶⁶ J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 186.

⁶⁷ STANDING COMMITTEE OF ATTORNEY'S-GENERAL AUSTRALIAN HEALTH MINISTERS' CONFERENCE COMMUNITY AND DISABILITY SERVICES MINISTERS' CONFERENCE, JOINT WORKING GROUP, *A Proposal for a National Model to Harmonise Regulation of Surrogacy*, januari 2009, <http://www.sclj.gov.au>, 35 p.

en dat juridische geschillen tussen de draag- en wensouders moeten worden vermeden.

Dit voorstel tot een nationaal model kwam op het ogenblik dat de verschillende staten hun wetgeving inzake draagmoederschap hervormden en heeft dan ook weinig gehoor gekregen⁶⁸.

31. De *National Health and Medical Research Council* vaardigde in 2004 'Ethical guidelines on the use of Assisted Reproductive Technology in clinical practice and research' uit, die werden gewijzigd in 2007. M.b.t. draagmoederschap wordt bepaald dat commercieel draagmoederschap ethisch onaanvaardbaar is en ziekenhuizen daarbij geen rol mogen spelen. Altruïstisch draagmoederschap is controversieel en ziekenhuizen mogen het niet vergemakkelijken tenzij de nodige inspanningen werden geleverd om zeker te zijn dat de betrokkenen de ethische, sociale en juridische gevolgen begrijpen en begeleiding hebben gekregen m.b.t. de sociale en psychologische betekenis van het draagmoederschap voor het kind geboren door draagmoederschap en voor zichzelf. Ziekenhuizen mogen geen reclame maken voor draagmoederschap en ook geen vergoeding ontvangen voor diensten in het raam daarvan verleend. Er moet worden opgemerkt dat in deze richtlijnen nog wordt gesteld dat altruïstisch draagmoederschap in sommige Australische staten verboden is⁶⁹. Dit laatste is echter niet langer het geval.

32. Een bekende zaak van vóór de hervormingsgolf is *Re Evelyn*. Het betrof een geval van laagtechnologisch, altruïstisch draagmoederschap waarbij de wensvader de genetische vader was. Het kind werd geboren in South Australia, waar de draagouders woonden. De wensouders waren afkomstig van Queensland. De draagmoeder werd overeenkomstig de wetgeving van South Australia geregistreerd als de moeder van het kind en de wensvader als de vader. Na de geboorte van het kind voedden de wensouders het op in Queensland, maar na enkele maanden wenste de draagmoeder het kind terug en nam het mee naar South Australia.

De wensouders stelden vervolgens een vordering in bij de Family Court om te bekomen dat het kind bij hen zou verblijven, waarop de draagouders ook dergelijke vordering instelden. Op het ogenblik van de uitspraak in eerste aanleg verbleef het kind, nadat het was teruggebracht, reeds maandenlang bij de wensouders en was er maar beperkt contact geweest met de draagmoeder. Niettemin beval de rechter dat het kind bij de draagouders zou verblijven en dat zij de verantwoordelijkheid voor zijn dagelijkse zorgen, welzijn en ontwikkeling zouden dragen. De wensouders kregen bezoekrecht. De verantwoordelijkheid voor de zorg op lange termijn, welzijn en ontwikkeling werd gedeeld tussen de draag- en wensouders. De rechter

⁶⁸ Het diende wel als een inspiratiebron voor de Surrogacy Act 2010 van New South Wales, *supra* nr. 24.

⁶⁹ NATIONAL HEALTH AND MEDICAL RESEARCH COUNCIL, "Ethical guidelines on the use of Assisted Reproductive Technology in clinical practice and research (2007)", <http://nhmrc.gov.au>, 57, richtlijn 13.

achtte de draagmoeder beter in staat om om te gaan met de mogelijke problemen m.b.t. de afstand en haar identiteit die het kind zou kunnen ervaren tijdens de adolescentie.

De wensouders stelden hoger beroep in maar dit werd afgewezen. De Full Court oordeelde dat de rechter in eerste aanleg voorrang had gegeven aan de biologische moeder, maar dit had gedaan op grond van een evaluatie van de persoonlijke kwaliteiten van de partijen, hun capaciteiten als ouder en getuigenissen van experts. Volgens de Full Court had de Family Court de discretionaire bevoegdheid om eerder de nadruk te leggen op de problemen op lange termijn dan deze op korte termijn⁷⁰. Deze beslissing werd in de rechtsleer bekritiseerd⁷¹. De wensouders stelden tegen deze beslissing nog verschillende vorderingen in, maar deze werden telkens afgewezen.

De rechtbanken behandelden deze zaak niet als één van draagmoederschap. Dit werd door rechtsleer terecht bevonden. Doordat de rechtbank weigerde de praktijk van draagmoederschap te veroordelen, ondanks het tegengestelde wetgevende beleid, heeft de rechtbank verzekerd dat kinderen niet worden gebruikt als een instrument voor openbaar beleid⁷².

33. Na deze uitspraak en voordat staten specifieke wettelijke regelingen ontwikkelden voor draagmoederschap, werd op verschillende ogenblikken door wensouders verzocht om een '*parental responsibility order*'. Dit betrof enerzijds louter interne zaken, waarbij de wensouders de vordering instelden bij gebrek aan een wettelijke regeling voor draagmoederschap in hun deelstaat, en anderzijds zaken van draagmoederschapstoerisme waarbij om *parenting orders* werd verzocht omdat Australië de buitenlandse geboorteakten niet erkende. Op deze laatste zaken wordt verder ingegaan⁷³.

Bij de interne rechterlijke uitspraken werd de houding van *Re Evelyn* overgenomen: de vorderingen werden beoordeeld los van een oordeel over de eventuele nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst⁷⁴. In die context stelde de Family Court of Australia in *Raines and Anor and Curtin* uitdrukkelijk dat de rechtbank moet verzekeren dat zij niet wordt aangewend om aan ongeoorloofde overeenkomsten een '*rubber stamp*' te verlenen, die desgevallend niet in het belang van het kind zijn⁷⁵.

34. Er moet worden voor ogen gehouden dat de gevolgen van een *parental responsibility order* in meerdere opzichten verschillen van deze van juridisch

⁷⁰ *Re Evelyn* [1998] FamCA 2378, [1998] FamCA 55 (15 mei 1998).

⁷¹ J. MILLBANK, "Unlikely Fissures and Uneasy Resonances: Lesbian Co-mothers, Surrogate Parenthood and Fathers' Rights", *Feminist Legal Studies* 2008, (141) 161.

⁷² M. OTLOWSKI, "*Re Evelyn* – Reflections on Australia's First Litigated Surrogacy Case", *Medical Law Review* 1999, (38), 45.

⁷³ *Infra* nr. 74.

⁷⁴ *Lowe and Barry and Anor* [2011] FamCA 625 (5 augustus 2011); *Cadet and Scribe and Anor* [2007] FamCA 1498 (5 november 2007), nr. 6; *Raines and Anor and Curtin* [2007] FamCA 1295 (15 oktober 2007), nr. 3.

⁷⁵ *Raines and Anor and Curtin* [2007] FamCA 1295 (15 oktober 2007), nr. 5.

ouderschap. De eerste zijn beperkt in de tijd, nl. tot het betrokken kind 18 jaar wordt en er zijn belangrijke verschillen o.m. wat het erfrecht betreft⁷⁶.

Op dit belangrijke verschil werd ook gewezen door de rechter in de zaak *King and Tamsin*. Hij stelde dat het in het belang van het kind zou zijn dat het ook zou worden geadopteerd door de wensmoeder⁷⁷. Uit de rechtspraak blijkt verder dat draagmoederschap geen onoverkomelijk obstakel vormt voor een adoptieprocedure of de toelating daartoe⁷⁸.

Hoofdstuk 3. Strikte voorwaarden voor het verlenen van een *parental order*

35. In de zeven Australische deelstaten kan een *parentage order* pas worden verleend wanneer aan strikte voorwaarden werd voldaan. Deze worden hieronder weergegeven aan de hand van verschillende categorieën, nl. voorwaarden m.b.t. de wensouders en de draagouders, de draagmoederschapsovereenkomst, de behandelingsprocedure en het verzoek tot een *parentage order*.

⁷⁶ CHIEF FEDERAL MAGISTRATE PASCOE AO CVO, "The rise of surrogate parenting: Family law and Human rights implications in Australia and Internationally", 10 oktober 2011, <http://www.federalcircuitcourt.gov.au>, 5-6; J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 175.

⁷⁷ *Kind and Tamsin* [20085] FamCA 309 (28 april 2008), nr. 9.

⁷⁸ *Hutchens and Franz* [2009] FamCA 414 (10 mei 2009); *Blake and Anor* [2013] FCWA 1 (10 januari 2013).

36. Wensouders

| Criterion | Australian Capital Territory | Western Australia | Victoria | Queensland | South Australia | New South Wales | Tasmania |
|--------------------------------------|-------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| Burgerlijke staat | "Twee personen" ⁱ | Gehuwde of feitelijk samenlevende paren en alleenstaande vrouwen ⁱⁱ | Paren en alleenstaanden ⁱⁱⁱ | Paren en alleenstaanden ^{iv} | Gehuwde of 3 jaar ononderbroken samenlevende paren ^v | Paren en alleenstaanden ^{vi} | Paren en alleenstaanden ^{vii} |
| Samenstelling wenspaar | Gelijk en verschillend geslacht ^{viii} | Verschillend geslacht ^{ix} | Gelijk en verschillend geslacht ^x | Gelijk en verschillend geslacht ^{xi} | Verschillend geslacht ^{xii} | Gelijk en verschillend geslacht ^{xiii} | Gelijk en verschillend geslacht ^{xiv} |
| Genetische verwantschap met het kind | Minstens 1 wensouder ^{xv} | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet vereist ^{xvi} | Minstens 1 wensouder, tenzij beide wensouders onvruchtbaar zijn of er een andere medische oorzaak is ^{xvii} | Niet vereist ^{xviii} | Niet vereist ^{xix} |
| Verblijfplaats/ Leven in | Leven in ACT ^{xx} | Verblijven in WA ^{xxi} | In Victoria op ogenblik verzoek <i>order</i> ^{xxii} | Inwoners van QLD ^{xxiii} | Domicilie in SA ^{xxiv} | Leven in NSW op ogenblik hoorzitting ^{xxv} | Inwoners van Tasmania bij aangaan overeenkomst en hoorzitting ^{xxvi} |
| Indicatie | Niet bepaald | Medisch ^{xxvii} | Medisch ^{xxviii} | Medisch of sociaal ^{xxix} | Medisch ^{xxx} | Medisch of sociaal ^{xxxi} | Medisch of sociaal ^{xxxii} |
| Zorg voor het kind door WO? | Op ogenblik verzoek <i>parental order</i> ^{xxxiii} | Op ogenblik verzoek en verlenen <i>parental order</i> ^{xxxiv} | Op ogenblik verzoek <i>parental order</i> ^{xxxv} | Minstens 28 opeenvolgende dagen vóór verzoek en op ogenblik van verzoek en hoorzitting <i>parental order</i> ^{xxxvi} | Bij beide wensouders op ogenblik verzoek <i>parental order</i> ^{xxxvii} | Op ogenblik hoorzitting <i>parental order</i> ^{xxxviii} | Op ogenblik hoorzitting <i>parental order</i> ^{xxxix} |
| Afwijking mogelijk? | Niet bepaald | Ja ^{xli} | Ja ^{xlii} | Ja ^{xliii} | Ja ^{xliiii} | Ja ^{xliiv} | Ja ^{xliiv} |

-
- ⁱ Art. 24, (c) Parentage Act 2004.
- ⁱⁱ Art. 19, (1), (b) en (2) Surrogacy Act 2008.
- ⁱⁱⁱ De wet stelt hieromtrent geen voorwaarden, waaruit mag worden afgeleid dat iedereen een wensouder kan zijn, ongeacht zijn burgerlijke staat.
- ^{iv} Art. 9 Surrogacy Act 2010. Zie noot bij art. 7, (2) Surrogacy Act 2010 en Acts Interpretation Act 1954, Section 36: '*Spouse includes de facto partner and registered partner*'.
- ^v Art. 10HA, (2), (b), (iii) Family Relationships Act 1975.
- ^{vi} Art. 25 Surrogacy Act 2010 *j*^o art. 30 Surrogacy Act 2010.
- ^{vii} Art. 3, (2), (b), (iii) Surrogacy Act 2012.
- ^{viii} De wet stelt hieromtrent geen voorwaarden, waaruit mag worden afgeleid dat iedereen een wensouder kan zijn, ongeacht de samenstelling van het wenspaar.
- ^{ix} Art. 19, (1), (b) en (2) Surrogacy Act 2008.
- ^x De wet stelt hieromtrent geen voorwaarden, waaruit mag worden afgeleid dat iedereen een wensouder kan zijn, ongeacht de samenstelling van het wenspaar.
- ^{xi} Surrogacy Bill 2009: Explanatory Notes, <https://www.legislation.qld.gov.au>, 6; INVESTIGATION INTO ALTRUISTIC SURROGACY COMMITTEE, *Report*, Oktober 2008, Queensland Parliament, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 79. Zie ook art. 6 Surrogacy Act 2010 en de leidende principes.
- ^{xii} Art. 10HA, (2), (b), (iii) Family Relationships Act 1975.
- ^{xiii} De wet stelt hieromtrent geen voorwaarden, waaruit mag worden afgeleid dat iedereen een wensouder kan zijn, ongeacht de samenstelling van het wenspaar. Dit blijkt ook uit de rechtspraak, bv. Application of MM & KF re FM [2012] NSWSC 445 (4 mei 2012).
- ^{xiv} Art. 3, (2), (b), (iii) Surrogacy Act 2012.
- ^{xv} Art. 24, (d) Parentage Act 2004.
- ^{xvi} Art. 6 Surrogacy Act 2010.
- ^{xvii} Art. 10HA, (2), (b), (viii), (B) Family Relationships Act 1975 *j*^o art. 10HA, (5) Family Relationships Act 1975.
- ^{xviii} Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.
- ^{xix} Art. 3 Surrogacy Act 2012.
- ^{xx} Art. 24, (e) Parentage Act 2004.
- ^{xxi} Art. 19, (1), (a) Surrogacy Act 2008.
- ^{xxii} Art. 20, (1), (b) Status of Children Act 1974.
- ^{xxiii} Art. 22, (2), (g), (ii) Surrogacy Act 2010.
- ^{xxiv} Art. 10HA, (2), (b), (iv) Family Relationships Act 1975 en 10HB, (2), (b) Family Relationships Act 1975.
- ^{xxv} Art. 32 Surrogacy Act 2010. Een uitzondering is mogelijk. Dit gebeurde in een geval waarbij de wensouders woonden in Victoria en het kind daar ook geboren was, maar waarbij de behandeling had plaatsgevonden in New South Wales. Hierdoor konden de wensouders niet om een *parentage order* verzoeken in Victoria. De Supreme Court van NSW oordeelde dat de behandeling in NSW een uitzonderlijke omstandigheid vormde op grond waarvan kon worden afgeweken van de verblijfplaatsvereiste: C v B [2013] NSWSC 254 (27 maart 2013).
- ^{xxvi} Art. 16, (2), (g) Surrogacy Act 2012 *j*^o art. 16, (2), (j), (ii) Surrogacy Act 2012.
- ^{xxvii} Art. 19, (1), (b) en (2) Surrogacy Act 2008. Een wenspaar van verschillend geslacht moet zich in de onmogelijkheid bevinden om een kind te krijgen omwille van medische redenen andere dan omwille van de leeftijd of het moet waarschijnlijk zijn dat het kind zou worden geboren met een genetische afwijking of ziekte. Voor een alleenstaande vrouw gelden dezelfde voorwaarden, alsook de onmogelijkheid om van een kind te bevallen, om medische redenen.
- ^{xxviii} Art. 40, (1), (a) Assisted Reproductive Treatment Act 2008: De draagmoederschapsovereenkomst kan pas door de Patient Review Panel worden goedgekeurd indien het onwaarschijnlijk is dat de wensouder zwanger zou worden of in

staat zou zijn om de zwangerschap te voldragen of te bevallen. Het is ook mogelijk indien de wensouder een vrouw is en deze vrouw haar leven of gezondheid, of deze van de baby, riskeert als zij zwanger wordt, deze voldraagt of bevalt.

^{xxix} Art. 22, (2), (d) Surrogacy Act 2010 *j*^o art. 14 Surrogacy Act 2010. Daarvan is sprake wanneer er slechts één wensvader is of er twee wensvaders zijn. Het staat ook open voor wensparen van verschillend geslacht, vrouwenparen en alleenstaande vrouwen, maar daarbij moet(en) de vrouw(en) in de onmogelijkheid verkeren om een kind bij zich te verwekken wegens medische redenen, moet het onwaarschijnlijk zijn dat de vrouw het kind zal kunnen voldragen of ervan bevallen om medische redenen, moet het onwaarschijnlijk zijn dat zij de zwangerschap of bevalling zal overleven of waarschijnlijk zijn dat haar gezondheid ernstig zal worden aangetast daardoor of, indien zij toch in staat is om een kind te verwekken, moet het waarschijnlijk zijn dat het kind zal aangetast zijn door een genetische ziekte of aandoening, waarvan de oorzaak bij de moeder ligt of dat het kind de zwangerschap of geboorte niet zou overleven of zijn gezondheid daardoor ernstig zou worden geschaad.

^{xxx} Art. 10HA, (2), (b), (v) Family Relationships Act 1975: De wensmoeder is onvruchtbaar, is niet in staat om medische redenen een zwangerschap te voldragen of te bevallen of er bestaat een risico dat een ernstige genetische afwijking, ernstige ziekte, of ernstige aandoening zou worden overgedragen naar het kind of het risico bestaat dat zwanger worden of bevallen zou resulteren in fysieke schade voor de wensmoeder.

^{xxxi} Art.30 Surrogacy Act 2010. Zie opmerking bij Queensland, *supra*, nr. xxix.

^{xxxii} Art. 7 Surrogacy Act 2012 *j*^o art. 16, (2), (h) Surrogacy Act 2012. Zie opmerking bij Queensland, *supra*, vn. xxix.

^{xxxiii} Art. 26, (3), (a) Parentage Act 2004.

^{xxxiv} Art. 21, (2), (f) Surrogacy Act 2008. Deze vereiste kan worden opzijgeschoven indien de draagmoeder niet de genetische moeder is en minstens één van de wensouders de genetische ouder is (art. 21, (4) Surrogacy Act 2008).

^{xxxv} Art. 22, (1), (c) Status of Children Act 1974.

^{xxxvi} Art. 22, (2), (b) Surrogacy Act 2010.

^{xxxvii} Art. 10HB, (p), (a) Family Relationships Act 1975.

^{xxxviii} Art. 33 Surrogacy Act 2010.

^{xxxix} Art. 16, (2), (j), (i) Surrogacy Act 2012.

^{xl} Zie opmerkingen bij specifieke voorwaarden.

^{xli} Art. 41 Assisted Reproductive Treatment Act 2008. De Patient Panel Review kan ondanks het niet vervullen van een voorwaarde toch de draagmoederschapsovereenkomst goedkeuren indien er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden en het redelijk is om de overeenkomst goed te keuren.

^{xlii} De rechtbank heeft de mogelijkheid om bepaalde vereisten terzijde te schuiven. Het terzijde schuiven is enkel mogelijk in uitzonderlijke omstandigheden en voor zover dit in het welzijn en belang van het kind is (art. 23, (2) Surrogacy Act 2010). Een voorbeeld van een uitzonderlijke omstandigheid die de woonplaatsvereiste kan opzijdschuiven, is de omstandigheid dat één van de twee wensouders tijdelijk verblijft buiten Queensland om werkgerelateerde redenen, maar nog steeds in een relatie is met de andere wensouder die wel een inwoner van Queensland is (noot bij art. 23, (2), (a) Surrogacy Act 2010).

^{xliii} Art. 10HG Family Relationships Act 1975. De rechtbank heeft de uitdrukkelijke bevoegdheid toch de *parental order* te verlenen indien: (a) (i) een voorwaarde m.b.t. het draagmoederschap niet werd nageleefd; of (ii) een betrokkene een bepaalde vereiste niet redelijkerwijze kan vervullen; en (b) gelet op de omstandigheden van een specifiek geval het billijk en gepast zou zijn dat de rechtbank zijn bevoegdheid uitoefent om de betrokkene van de voorwaarde vrij te stellen, voor zover dit noodzakelijk is.

^{xliv} Art. 18, (2) Surrogacy Act 2010. De rechtbank heeft de mogelijkheid om de *parentage order* uit te spreken, ondanks het feit dat een voorwaarde niet werd nageleefd, voor zover dit geen verplichte voorwaarde is en het verlenen van de *order* door uitzonderlijke

omstandigheden wordt gerechtvaardigd. Dit is m.b.t. de wensouders mogelijk voor het motief, nl. dat er een medisch of sociale nood moet zijn, de vereiste dat het kind bij de wensouders moet leven op ogenblik van het verzoek en de verblijfplaatsvereiste.

^{xlv} Art. 16, (3) en (4) Surrogacy Act 2012. Sommige voorwaarden kunnen worden opzijgeschoven indien het verlenen van de *parentage order* in het belang is van het kind. Dit is zo voor de vereiste van een medische of sociale noodzaak, de vereiste dat het kind bij de wensouders moet leven en de verblijfplaatsvereiste.

37. Slechts twee deelstaten, waarbij één ervan dan nog een uitzondering toelaat, vereisen dat er een genetische band bestaat tussen het kind en minstens één wensouder. Voor de andere deelstaten is de wijze van verwekking irrelevant.

MILLBANK levert kritiek op het verlenen van prioriteit aan genetische relaties. Dit geeft immers aan dat het niet de wensouder is die de mogelijkheid heeft om zich het ouderschap te laten overdragen, maar wel de genetische ouder en zijn partner. Een regulerend statuut van draagmoederschap dat werkelijk waarde hecht aan de zorgrelatie van de wensouders met de betrokken kinderen, zou dergelijke beperkingen niet stellen⁸⁷. Het intentionele ouderschap is hierdoor geen aanknopingspunt.

O.m. in New South Wales werd de wijze van verwekking niet relevant geacht en dit om twee redenen. Ten eerste wou de overheid een minimum aan overheidstussenkomst in deze materie. Wetgeving kan niet voorschrijven welke vorm een gezin dient aan te nemen. Ten tweede is het zo dat daadwerkelijk kinderen worden geboren na draagmoederschap met paren van hetzelfde geslacht, alleenstaanden en ongehuwden als wensouders, waarbij de verwekking gebeurt op verschillende wijzen. Die kinderen verdienen net als andere kinderen de voordelen die volgen uit een *parentage order*⁸⁸.

38. Twee van de zeven deelstaten vereisen dat indien het gaat om een wenspaar, dit wordt gevormd door een man en een vrouw, wat volgens MILLBANK ingaat tegen een moderne benadering van het Australische familie- en relatierecht, waarbij paren en ouders van hetzelfde geslacht op gelijke voet worden geplaatst met heteroseksuele paren en dat toelaat dat ouderlijke geschiktheid waar nodig geval per geval wordt onderzocht⁸⁹.

Anderzijds komen in vijf deelstaten alleenstaande personen als wensouder in aanmerking.

39. Behalve in Australian Capital Territory, staat in de deelstaten draagmoederschap uitdrukkelijk enkel open voor wensouders die ervan dienen gebruik te maken omwille van een medische (6 deelstaten) en/of sociale nood (3 deelstaten). Draagmoederschap uit praktische, esthetische of carrièregerichte overwegingen is bijgevolg niet mogelijk. Een medische reden wordt daarbij vrij breed geïnterpreteerd in die zin dat niet vereist is dat bij de draagmoeder een baarmoeder ontbreekt. Ook andere oorzaken van in- of subfertiliteit volstaan.

⁸⁷ J. MILLBANK, "Unlikely Fissures and Uneasy Resonances: Lesbian Co-mothers, Surrogate Parenthood and Fathers' Rights", *Feminist Legal Studies* 2008, (141) 160.

⁸⁸ Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.

⁸⁹ J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 206-207.

De sociale reden is gekoppeld aan de samenstelling of burgerlijke staat van een wenspaar resp. wensouder. Hieruit blijkt dat de drie deelstaten een liberale houding aannemen t.a.v. draagmoederschap.

40. Elke deelstaat vereist – door een verblijfplaatsvereiste in te voeren – dat de wensouders enige band hebben met de deelstaat. Dit is volgens de Standing Committee of Attorney’s-General gepast, gelet op het gebrek aan uniformiteit in de voorwaarden die de verschillende deelstaten stellen⁹⁰. Op deze manier wordt *forum shopping* door wensouders uitgesloten⁹¹. Deze voorwaarde is echter niet in alle deelstaten even sterk aangezien de mogelijkheid bestaat dat vrijstelling wordt gegeven van sommige voorwaarden in uitzonderlijke omstandigheden en voor zover dit redelijk is of in het belang van het kind⁹².

41. De reden voor de vereiste dat het kind bij de verzoekers moet leven, is dat dit de bereidheid van de draagouders aantoont om het kind aan de wensouders over te dragen, alsook de bereidheid van de wensouders om het kind te aanvaarden⁹³.

Niettemin is dit een vreemde voorwaarde, aangezien voorafgaand aan de *parentage order*, de draagouders nog steeds de juridische ouders zijn. Merkwaardig is dat de feitelijke afstand van een kind door een ouder in wetgeving wordt geduld.

⁹⁰ STANDING COMMITTEE OF ATTORNEY’S-GENERAL AUSTRALIAN HEALTH MINISTERS’ CONFERENCE COMMUNITY AND DISABILITY SERVICES MINISTERS’ CONFERENCE, JOINT WORKING GROUP, *A Proposal for a National Model to Harmonise Regulation of Surrogacy*, januari 2009, <http://www.sclj.gov.au>, 14.

⁹¹ Surrogacy Bill 2009: Explanatory Notes, <https://www.legislation.qld.gov.au>, 13.

⁹² M. KEYES, “Cross-border surrogacy agreements”, *Australian Journal of Family Law* 2012, (28) 34-36.

⁹³ Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.

42. Draagouders

| Criterion | Australian Capital Territory | Western Australia | Victoria | Queensland | South Australia | New South Wales | Tasmania |
|----------------------------------|--------------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|------------------|-----------------|-----------------|---------------------------------------------------------------------------|
| Genetische verwantschap met kind | Geen van de draagouders ⁱ | Niet bepaald | Niet de draagmoeder ⁱⁱ | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald |
| Verblijfplaats | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Draagouders inwoners van Tasmania bij aangaan overeenkomst ⁱⁱⁱ |
| Eerdere bevalling | Niet bepaald | Van een levend kind ^{iv} | Van een levend kind ^v | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Van een levend kind ^{vi} |
| Afwijking mogelijk? | Niet bepaald | Ja ^{vii} | Ja ^{viii} | Ja ^{ix} | Ja ^x | Niet bepaald | Ja ^{xi} |

-
- ⁱ Art. 24, (b) Parentage Act 2004.
- ⁱⁱ Art. 40, (1), (ab) Assisted Reproductive Treatment Act 2008.
- ⁱⁱⁱ Art. 16, (2), (g) Surrogacy Act 2012.
- ^{iv} Art. 17, (a), (ii) Surrogacy Act 2008. Er kan hiervan worden afgeweken indien de Council van mening is dat daarvoor uitzonderlijke omstandigheden zijn.
- ^v Art. 40, (1), (ac) Assisted Reproductive Treatment Act 2008.
- ^{vi} Art. 16, (2), (d) Surrogacy Act 2012.
- ^{vii} Zie opmerkingen bij specifieke voorwaarden.
- ^{viii} Art. 41 Assisted Reproductive Treatment Act 2008. De Patient Panel Review kan ondanks het niet vervullen van een voorwaarde toch de draagmoederschapsovereenkomst goedkeuren indien er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden en het redelijk is om de overeenkomst goed te keuren.
- ^{ix} De rechtbank heeft de mogelijkheid om bepaalde vereisten terzijde te schuiven, in uitzonderlijke omstandigheden en voor zover dit in het welzijn en belang van het kind is (art. 23, (2) Surrogacy Act 2010).
- ^x Art. 10HG Family Relationships Act 1975. De rechtbank heeft de uitdrukkelijke bevoegdheid toch de *parental order* te verlenen indien: (a) (i) een voorwaarde m.b.t. het draagmoederschap niet werd nageleefd; of (ii) een betrokkene een bepaalde vereiste niet redelijkerwijze kan vervullen; en (b) gelet op de omstandigheden van een specifiek geval het billijk en gepast zou zijn dat de rechtbank zijn bevoegdheid uitoefent om de betrokkene van de voorwaarde vrij te stellen, voor zover dit noodzakelijk is.
- ^{xi} Art. 16, (3) en (4) Surrogacy Act 2012. Sommige voorwaarden kunnen worden opzijgeschoven indien het verlenen van de *parentage order* in het belang is van het kind. Dit geldt o.m. voor de vereiste dat de draagmoeder reeds moet bevallen zijn van een levend kind.

43. Uit het bovenstaande schema blijkt meteen dat de wijze van verwekking voor de meerderheid van de deelstaten geen rol speelt. Zowel hoog- als laagtechnologisch draagmoederschap is mogelijk. Dit is belangrijk want in de literatuur wordt toch vaak gehamerd op de belangrijke verschillen tussen beide varianten. Deze benaderingswijze heeft m.i. als sterkste punt dat geen onderscheid wordt gemaakt t.a.v. het kind naargelang met wie het een genetische band deelt.

44. Slechts één deelstaat legt een verblijfplaatsvereiste in de deelstaat zelf op aan de draagouders, i.t.t. wat voor de wensouders het geval was. Dit betekent dat de draagmoeder voor de andere deelstaten niet noodzakelijk een eigen inwoner hoeft te zijn. Dit lijkt mij vooral te getuigen van een praktische ingesteldheid: het is immers mogelijk dat iemand bereid is om draagmoeder te zijn maar niet noodzakelijkerwijze in dezelfde deelstaat of zelfs in Australië woont. Men riskeert hierdoor natuurlijk dat men als overheid de controle verliest indien het hele gebeuren plaatsvindt in het land of de (deel)staat van afkomst van de draagmoeder. Dit probleem wordt opgevangen door vereisten inzake de plaats van de draagmoederschapsprocedure. Deze wordt verder besproken⁹⁴.

45. In slechts drie deelstaten – en dan nog geenszins absoluut – wordt vereist dat de draagmoeder reeds van een levend kind bevallen is. Dit is niet gelijk te stellen met de voorwaarde dat de kinderwens van de draagmoeder volledig vervuld is. Dit is opmerkelijk, gelet op het feit dat draagmoederschap voor de draagmoeder verschillende medische risico's inhoudt en zij riskeert zelf geen kinderen meer te kunnen krijgen indien het draagmoederschap verkeerd afloopt. Bovendien werd reeds geopperd dat een vrouw die reeds zwanger is geweest zelf beter de mogelijke implicaties van een zwangerschap voor een ander zou kunnen inschatten.

⁹⁴ *Infra* nr. 50.

46. Voordat de overeenkomst kan worden aanvaard, m.o.o. een goedkeuring of het verlenen van de *parental order*, moet vaak aan allerlei voorafgaande voorwaarden worden voldaan, zoals begeleiding en juridisch advies. Deze voorwaarden worden verder toegelicht.

| Criterion | ACT | Western Australia | Victoria | Queensland | South Australia | New South Wales | Tasmania |
|------------------------------------------------------------------|--------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Geldigheid/ Afdwingbaarheid | Nee ⁱ | Nee. Uitzondering voor verplichting tot terugbetaling kosten aan draagmoeder ⁱⁱ | Ja | Nee. Uitzondering voor verplichting tot terugbetaling kosten aan draagmoeder ⁱⁱⁱ | Ja ^{iv} | Nee. Uitzondering voor verplichting tot terugbetaling kosten aan draagmoeder ^{vi} | Nee. Uitzondering voor verplichting tot terugbetaling kosten aan draagmoeder ^{vii} |
| Overeenkomst noodzakelijk voor <i>parental order</i> ? | Ja ^{viii} | Ja ^{ix} | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja |
| Vorm | Niet bepaald | Schriftelijk ondertekend door draagouders, wensouders en evt. derde donoren ^x | Niet bepaald | Schriftelijk ondertekend door draagouders en wensouders ^{xi} | Schriftelijk ondertekend door draagouders en wensouders ^{xii} | Schriftelijk ondertekend door draagouders en wensouders ^{xiii} | Schriftelijk ondertekend door draagouders en wensouders ^{xiv} |
| Goedkeuring nodig? | Nee | Door de Western Australia Reproductive Technology Council ^{xv} | Door Patient Review Panel indien een fertiliteitsarts tussenkomt ^{xvi} | Nee | Nee | Nee | Nee |
| Afwijking mogelijk? | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Ja ^{xvii} | Ja ^{xviii} | Ja ^{xix} | Ja ^{xx} |

-
- ⁱ Behalve voor het vaststellen van de omstandigheden waarin een *parentage order* kan worden verleend: THE LEGISLATIVE ASSEMBLY FOR THE AUSTRALIAN CAPITAL TERRITORY, *Parentage Bill 2003: Explanatory Statement*, 2003, raadpleegbaar via www.legislation.act.gov.au, 8.
- ⁱⁱ Art. 7 Surrogacy Act 2008.
- ⁱⁱⁱ Art. 15 Surrogacy Act 2010.
- ^{iv} Art. 10G Family Relationships Act 1975, mits het voldoen aan de voorwaarden in art. 10HA, (2) Family Relationships Act 1975.
- ^v Art. 6, (1) Surrogacy Act 2010.
- ^{vi} Art. 6, (2) *j*^o art. 5, (1), (a) Surrogacy Act 2010. De kosten die kunnen worden terugbetaald werden duidelijk in de wet omschreven: art. 7 Surrogacy Act 2010.
- ^{vii} Art. 10 Surrogacy Act 2012.
- ^{viii} Art. 24, (c) Parentage Act 2004. Deze overeenkomst kan geen ander juridisch gevolg hebben dan onder de bepalingen van de Parentage Act 2004, Division 2.5, nl. met het oog op de *parentage order*: art. 31 Parentage Act 2004.
- ^{ix} Art. 16 Surrogacy Act 2008.
- ^x Art. 17, (b) Surrogacy Act 2008.
- ^{xi} Art. 22, (2), (e), (v) Surrogacy Act 2010.
- ^{xii} Art. 10HA, (6) Family Relationships Act 1975.
- ^{xiii} Art. 23 en 34 Surrogacy Act 2010. Deze vereiste heeft tot doel de partijen te wijzen op de complexiteit en mogelijke gevolgen van de overeenkomst: Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.
- ^{xiv} Art. 16, (2), (e) Surrogacy Act 2012 bepaalt dat voor het verlenen van een *parentage order* de overeenkomst schriftelijk dient te zijn, hoewel art. 5, (6) Surrogacy Act 2012 bij de definitie van draagmoederschapsovereenkomst stelt dat de overeenkomst zowel schriftelijk als mondeling kan zijn.
- ^{xv} Art. 16 Surrogacy Act 2008 *j*^o art. 15 en 18 Surrogacy Act 2008.
- ^{xvi} *Supra* nr. 15.
- ^{xvii} De rechtbank heeft de mogelijkheid om bepaalde vereisten terzijde te schuiven. Dit is enkel mogelijk in uitzonderlijke omstandigheden en voor zover dit in het welzijn en belang van het kind is (art. 23, (2) Surrogacy Act 2010).
- ^{xviii} Art. 10HG Family Relationships Act 1975. De rechtbank heeft de uitdrukkelijke bevoegdheid toch de *parental order* te verlenen indien: (a) (i) een voorwaarde m.b.t. het draagmoederschap niet werd nageleefd; of (ii) een betrokkene een bepaalde vereiste niet redelijkerwijze kan vervullen; en (b) gelet op de omstandigheden van een specifiek geval het billijk en gepast zou zijn dat de rechtbank zijn bevoegdheid uitoefent om de betrokkene van de voorwaarde vrij te stellen, voor zover dit noodzakelijk is.
- ^{xix} Art. 18, (2) Surrogacy Act 2010. De rechtbank heeft de mogelijkheid om de *parentage order* uit te spreken, ondanks dat een voorwaarde niet werd nageleefd, voor zover dit geen verplichte voorwaarde is en het verlenen van de *order* door uitzonderlijke omstandigheden wordt gerechtvaardigd. Dit geldt voor de vorm van de overeenkomst.
- ^{xx} Art. 16, (3) en (4) Surrogacy Act 2012. Sommige voorwaarden kunnen worden opzijgeschoven indien het verlenen van de *parentage order* in het belang is van het kind. Dit geldt voor de vorm van de overeenkomst.

47. Behalve in Southern Australia en Victoria, is de draagmoederschapsovereenkomst in principe niet afdwingbaar. In Queensland werd de onafdwingbaarheid ingevoerd om gedwongen afstand en handel in vrouwen en kinderen te vermijden. De onafdwingbaarheid weerspiegelt zo de inherente risico's van draagmoederschap⁹⁵.

Niettemin is het opmerkelijk dat de ongeldige of onafdwingbare draagmoederschapsovereenkomst een essentieel criterium is voor het toekennen van de *parentage order*. Dit laatste is pas mogelijk indien de overeenkomst aan allerlei voorwaarden voldoet. De overeenkomst wordt bijgevolg aangewend met het oog op familierechtelijke gevolgen.

Hierdoor krijgt de overeenkomst slechts uitwerking binnen strikt wettelijk bepaalde grenzen en met strikt wettelijk bepaalde gevolgen. De wet laat niet toe dat de overeenkomst wordt aangewend als middel om de onderlinge verhoudingen tussen de partijen te regelen. M.i. heeft het gebruik van de overeenkomst als instrument dan nog weinig meerwaarde. Ze verwordt tot een wettelijk toetredingscontract, waarbij geen ruimte is voor de partijen om m.b.t. het draagmoederschap hun onderlinge verhoudingen vrij te regelen. Het lijkt mij beter de voorwaarden, die nu aan de overeenkomst worden vastgehaakt, in de wet zelf op te nemen.

⁹⁵ INVESTIGATION INTO ALTRUISTIC SURROGACY COMMITTEE, *Report*, Oktober 2008, Queensland Parliament, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 71.

48. Behandelingsprocedure

| criterium | Australian Capital Territory | Western Australia | Victoria | Queensland | South Australia | New South Wales | Tasmania |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Begeleiding en onderzoek door (onafhankelijke) begeleider | Ja ⁱ | Draagouders, wensouders en derde donoren, over gevolgen van de overeenkomst ⁱⁱ | Draagouders en wensouders, over sociale en psychologische gevolgen van de overeenkomst, de implicaties van het afstaan van het kind en relatie tussen de draagmoeder en het kind eens het geboren is ⁱⁱⁱ | Draagouders en wensouders, over sociale en psychologische gevolgen van de overeenkomst en over <i>parentage order</i> ^{iv} | Draagouders en wensouders, over de persoonlijke en psychologische gevolgen van de overeenkomst + verklaring begeleider dat overeenkomst niet in strijd is met welzijn van het kind ^v | Draagouders en wensouders, over de persoonlijke en psychologische gevolgen van de overeenkomst ^{vi} | Draagouders en wensouders, over de sociale en psychologische gevolgen van de overeenkomst ^{vii} |
| Onderzoek door psycholoog m.o.o. op psychologische geschiktheid voor draagmoederschap | Niet bepaald | Draagouders, wensouders en derde donoren ^{viii} | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald |
| Inwinnen juridisch advies | Niet bepaald | Draagouders, wensouders en derde donoren, over gevolgen van de overeenkomst ^{ix} | Draagouders en wensouders, over gevolgen van de overeenkomst ^x | Draagouders en wensouders, over overeenkomst en de gevolgen ^{xi} | Draagouders en wensouders over gevolgen overeenkomst ^{xii} | Draagouders en wensouders over overeenkomst en de gevolgen ^{xiii} | Draagouders en wensouders, over overeenkomst en gevolgen en over gevolgen <i>parentage order</i> ^{xiv} |

| | | | | | | | |
|------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------------------------|------------------------------------|--------------------|------------------------|----------------------|------------------------------|
| <i>Criminal records check en child inspection check</i> | Niet bepaald | Niet bepaald | Ja ^{xv} | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald |
| Onderzoek door arts m.o.o. medische geschiktheid voor draagmoederschap | Niet bepaald | Draagmoeder, wensouders en derde donoren ^{xvi} | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald | Niet bepaald |
| Toegepaste voortplantingstechniek | Hoogtechnologisch ^{xvii} | Niet bepaald | Hoogtechnologisch ^{xviii} | Geen vereiste | Niet bepaald | Geen vereiste | Geen vereiste ^{xix} |
| Plaats behandeling | In ACT ^{xx} | Niet bepaald ^{xxi} | In Victoria ^{xxii} | Niet bepaald | In SA ^{xxiii} | Niet bepaald | Niet bepaald |
| Afwijking mogelijk? | Niet bepaald | Ja ^{xxiv} | Ja ^{xxv} | Ja ^{xxvi} | Ja ^{xxvii} | Ja ^{xxviii} | Ja ^{xxix} |

-
- ⁱ Art. 26, (3), (e) en (5) Parentage Act 2004.
- ⁱⁱ Art. 17, (c), (i) Surrogacy Act 2008. Deze begeleiding moet minstens drie maanden voor de goedkeuring door de Council plaatsvinden. De rechtbank kan van deze vereisten afzien m.b.t. de draagouders (art. 21, (2), (b) en (c) Surrogacy Act 2008). Deze vereiste kan worden opzijgeschoven indien de draagmoeder niet de genetische moeder is en minstens één van de wensouders de genetische ouder is (art. 21, (4) Surrogacy Act 2008), de draagouder overleden of onbekwaam is of het voor de wensouders onmogelijk is om de draagouder te vinden, ondanks redelijke inspanningen (art. 22, (3) Surrogacy Act 2008).
- ⁱⁱⁱ Art. 40, (1), (c) en 43, (a) en (b) Assisted Reproductive Treatment Act 2008 en art. 23, (2), (b), (i) en (ii) Status of Children Act 1974.
- ^{iv} Art. 22, (2), (e), (ii) Surrogacy Act 2010.
- ^v Art. 10HA, (3) en 10HA, (2), (b), (vii) Family Relationships Act 1975.
- ^{vi} Art. 35 Surrogacy Act 2010: Alle betrokkenen moet begeleiding hebben gekregen voorafgaand aan de overeenkomst. De draagouders moeten ook begeleiding hebben gekregen na de geboorte van het kind en voorafgaand aan hun toestemming tot de *order*.
- ^{vii} Art. 16, (2), (f) Surrogacy Act 2012.
- ^{viii} Art. 17, (c), (ii) Surrogacy Act 2008. Minstens drie maanden voor de goedkeuring door de Council moet de psychologische geschiktheid in een schriftelijk rapport worden bevestigd.
- ^{ix} Art. 17, (c) Surrogacy Act 2008. Dit advies moet minstens drie maanden voorafgaand aan de goedkeuring door de Council worden gegeven. De rechtbank kan van deze vereisten afzien m.b.t. de draagouders (art. 21, (2), (b) en (c) Surrogacy Act 2008). Deze vereiste kan worden opzijgeschoven indien de draagmoeder niet de genetische moeder is en minstens één van de wensouders de genetische ouder is (art. 21, (4) Surrogacy Act 2008), de draagouder overleden of onbekwaam is of het voor de wensouders onmogelijk is om de draagouder te vinden, ondanks redelijke inspanningen (art. 22, (3) Surrogacy Act 2008).
- ^x Art. 40, (1), (d) en 43, (c) Assisted Reproductive Treatment Act 2008 en art. 23, (2), (b), (iii) Status of Children Act 1974.
- ^{xi} Art. 22, (2), (e), (i) Surrogacy Act 2010.
- ^{xii} Art. 10HA, (1) en (6), (c) Family Relationships Act 1975, en dit voorafgaand aan de overeenkomst.
- ^{xiii} Art. 36 Surrogacy Act 2010, en dit voorafgaand aan de overeenkomst.
- ^{xiv} Art. 16, (2), (a), (i) Surrogacy Act 2012.
- ^{xv} Art. 42 Assisted Reproductive Treatment Act 2008 *j*° art. 12 en 14 Assisted Reproductive Treatment Act 2008. Er werd bijvoorbeeld aan een paar, waarvan de man in het verleden was veroordeeld wegens seksueel misbruik van een minderjarige, een IVF-behandeling geweigerd: Patient Review Panel v ABY & ABZ [2012] CSCA 264 (26 oktober 2012).
- ^{xvi} Art. 17, (d) Surrogacy Act 2008. Minstens drie maanden voorafgaand aan de goedkeuring door de Council moet de medische geschiktheid in een schriftelijk rapport worden bevestigd.
- ^{xvii} Art. 24, (b) Parentage Act 2004.
- ^{xviii} Art. 40, (1), (ab) Assisted Reproductive Treatment Act 2008.
- ^{xix} De wijze waarop het kind werd verwekt, speelt geen rol bij de beoordeling van een *parentage order* (art. 23 Surrogacy Act 2012). Zie ook art. 3 Surrogacy Act 2012 voor één van de leidende principes.
- ^{xx} Art. 24, (a) Parentage Act 2004.
- ^{xxi} Zie opmerking, *infra* nr. 51.
- ^{xxii} Art. 20, (1), (a) Status of Children Act 1974.
- ^{xxiii} Art. 10HA, (2), (b), (viii) en 10HB, (2), (c) Family Relationships Act 1975.
- ^{xxiv} Zie opmerkingen bij specifieke voorwaarden.
- ^{xxv} Art. 41 Assisted Reproductive Treatment Act 2008. De Patient Panel Review kan ondanks het niet vervullen van een voorwaarde toch de draagmoederschapsovereenkomst goedkeuren indien er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden en het redelijk is om de overeenkomst goed te keuren.

^{xxvi} De rechtbank heeft de mogelijkheid om bepaalde vereisten terzijde te schuiven. Dit is enkel mogelijk in uitzonderlijke omstandigheden en voor zover dit in het welzijn en belang van het kind is (art. 23, (2) Surrogacy Act 2010).

^{xxvii} Art. 10HG Family Relationships Act 1975. De rechtbank heeft de uitdrukkelijke bevoegdheid toch de *parentage order* te verlenen indien: (a) (i) een voorwaarde m.b.t. het draagmoederschap niet werd nageleefd; of (ii) een betrokkene een bepaalde vereiste niet redelijkerwijze kan vervullen; en (b) gelet op de omstandigheden van een specifiek geval het billijk en gepast zou zijn dat de rechtbank zijn bevoegdheid uitoefent om de betrokkene van de voorwaarde vrij te stellen, voor zover dit noodzakelijk is.

^{xxviii} Art. 18, (2) Surrogacy Act 2010: De rechtbank heeft de mogelijkheid om de *parentage order* uit te spreken, ondanks het feit dat een voorwaarde niet werd nageleefd, voor zover dit geen verplichte voorwaarde is en het verlenen van de *order* door uitzonderlijke omstandigheden wordt gerechtvaardigd. Dit geldt voor de vereisten van begeleiding en juridisch advies.

^{xxix} Art. 16, (3) en (4) Surrogacy Act 2012: sommige voorwaarden kunnen worden opzijgeschoven indien het verlenen van de *parentage order* in het belang is van het kind. Dit is zo voor de vereisten inzake juridisch advies en begeleiding.

49. In vijf van de zeven deelstaten worden geen grenzen gesteld aan de technieken die kunnen worden aangewend: laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap zijn mogelijk, alsook draagmoederschap met gameten- of embryodonatie. De wet steunt op de verplichtingen van voorafgaande begeleiding en juridisch advies om eventuele moeilijkheden op te vangen⁹⁶.

50. Alle deelstaten leggen de begeleiding en onderzoek door een professionele begeleider op m.b.t. de sociale en psychologische implicaties van de draagmoederschapsovereenkomst en dit voor zowel draag- als wensouders.

In Victoria gaat het onderzoek echter nog verder. Er vindt een controle op veroordelingen wegens seksuele misdrijven plaats van het strafblad van de betrokkenen en er wordt nagegaan of er reeds problemen waren met de kinderbescherming. Dit doet verschillende vragen rijzen: is dergelijk onderzoek geoorloofd en wat dient met de opgeleverde informatie te gebeuren?

Deze controles passen binnen een onderzoek naar de geschiktheid van de wensouders als ouders en is in het belang van het kind. Is dit echter voldoende om potentiële wensouders voor de moeilijke keuze te stellen om ofwel hun privacy te laten schenden ofwel geen kinderen door draagmoederschap te krijgen?

51. Drie deelstaten, m.n. Australian Capital Territory, Victoria en South Australia, vereisen expliciet dat de behandeling m.o.o. verwekking van het kind plaatsvindt in de deelstaat zelf.

Voor Western Australia en Tasmania volgt deze voorwaarde impliciet uit de rest van de wet. Zo moet in Western Australia de draagmoederschapsovereenkomst worden goedgekeurd door de *Western Australia Reproductive Technology Council*. Deze Council dient ook een vergunning te verlenen aan de tussenkomende begeleider. Hierdoor wordt het moeilijk om de behandeling buiten Western Australia te laten plaatsvinden⁹⁷. Ook in Tasmania moet de begeleiding gebeuren door een begeleider die een vergunning verkreeg van de *Secretary of the Department of Justice van Tasmania* (art. 47 Surrogacy Act 2012 j° art. 49 Surrogacy Act 2012).

Het kind hoeft niet noodzakelijkerwijs geboren te zijn in de deelstaten zelf opdat de wetgeving van toepassing zou zijn. Er zijn in de wetten van New South Wales en Tasmania zelfs bijzondere bepalingen opgenomen voor het

⁹⁶ Surrogacy Bill 2009: Explanatory Notes, <https://www.legislation.qld.gov.au>, 8-9; INVESTIGATION INTO ALTRUISTIC SURROGACY COMMITTEE, *Report*, Oktober 2008, Queensland Parliament, <http://www.parliament.qld.gov.au>, 55. Zie art. 6 Surrogacy Act 2010 en één van de leidende principes.

⁹⁷ J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 183.

geval het kind buiten de deelstaat werd geboren (art. 38, (2) en 50 (1) Surrogacy Act 2010, resp. art. 35 en 37, (2), (b) Surrogacy Act 2012).

52. In de zeven besproken deelstaten is commercieel draagmoederschap steeds verboden⁹⁸.

Het ontvangen of geven van vergoedingen met het oog op het verkrijgen van nodige toestemmingen voor de overeenkomst of *parental order*, of overdracht van het kind is relevant voor de beoordeling van de *parentage order*⁹⁹ of kan het verlenen ervan verhinderen¹⁰⁰.

⁹⁸ Art. 41 Parentage Act 2004 (ACT); art. 8-11 Surrogacy Act 2008 (WA); art. 44-45 Assisted Reproductive Treatment Act 2008 (Vic); art. 10 en 55 t.e.m. 58 Surrogacy Act 2010 (Qld); art. 10H Family Relationships Act 1975 (SA); art. 7-10 Surrogacy Act 2010 (NSW); de belofte van de wensouders dat zij zaadcellen zullen doneren zodanig dat de partner van de draagmoeder zwanger zou kunnen worden, werd niet aangemerkt als een materieel voordeel. De rechtbank oordeelde dat beide overeenkomsten onafhankelijk van elkaar bestonden (Application MJC and CSC re EMC [2012] NSWSC 1626 (13 december 2012); art. 40 *et seq.* Surrogacy Act 2012 (Tas).

⁹⁹ Art. 26, (3), (d) Parentage Act 2004 (ACT); art. 10HB, (9), (c) Family Relationships Act 1975 (SA).

¹⁰⁰ Art. 22, (1), (d) Status of Children Act 1974 (Vic); art. 22, (2), (e), (vi) Surrogacy Act 2010 (Qld); art. 23, (1) Surrogacy Act 2010 (NSW); art. 16, (2), (a), (ii) Surrogacy Act 2012 (Tas).

53. *Parentage order*

| Criterion | Australian Capital Territory | Western Australia | Victoria | Queensland | South Australia | New South Wales | Tasmania |
|----------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Bevoegde rechtbank | Supreme Court ⁱ | Family Court of Western Australia ⁱⁱ | Supreme Court of County Court ⁱⁱⁱ | Children's Court ^{iv} | Youth Court of South Australia ^v | Supreme Court of New South Wales ^{vi} | Magistrates Court (Children's Division) ^{vii} |
| Mogelijke verzoekers | Wensouders: één of beide ^{viii} | Alleenstaande wensouder of beide wensouders samen ^{ix} | Alleenstaande wensouder of beide wensouders ^x | Eén of beide wensouder(s) ^{xi} | Eén of beide wensouder(s) ^{xii} | Eén of beide wensouder(s) ^{xiii} | Eén of beide wensouder(s) ^{xiv} |
| Tijdstip | Tussen 6 weken en 6 maanden na de geboorte ^{xv} | Tussen 28 dagen en 6 maanden na de geboorte ^{xvi} | Tussen 28 dagen en 6 maanden na de geboorte ^{xvii} | Tussen 28 dagen en 6 maanden na de geboorte ^{xviii} | Tussen 4 weken en 6 maanden na de geboorte ^{xix} | Tussen 30 dagen en 6 maanden na de geboorte ^{xx} | Tussen 30 dagen en 6 maanden na de geboorte ^{xxi} |
| Bijzondere beoordelings-criteria | Belang van het kind ^{xxii} Vrije en geïnformeerde toestemming draagouders ^{xxiii} | Belang van het kind ^{xxiv} Toestemming draagouder ^{xxv} 'Plan' ^{xxvi} | Belang van het kind ^{xxvii} Vrije toestemming draagouders ^{xxviii} | Welzijn en belang van het kind ^{xxix} Toestemming draagouders en wensouders ^{xxx} | Welzijn van het kind ^{xxxi} Vrije en geïnformeerde toestemming draagmoeder ^{xxxii} Geschiktheid wensouders als ouders ^{xxxiii} | Belang van het kind ^{xxxiv} Vrije en geïnformeerde toestemming alle betrokkenen ^{xxxv} Geschiktheid als ouders van wensouders ^{xxxvi} | Belang van het kind ^{xxxvii} Toestemming draagouders en wensouders ^{xxxviii} |
| Meerling | <i>Parental order</i> ook t.a.v. andere meerling ^{xxxix} | <i>Parental order</i> ook t.a.v. andere meerling ^{xl} | Niet bepaald | <i>Parental order</i> ook t.a.v. andere meerling ^{xli} | <i>Parental order</i> ook t.a.v. andere meerling ^{xlii} | <i>Parental order</i> ook t.a.v. andere meerling ^{xliiii} | <i>Parental order</i> ook t.a.v. andere meerling ^{xliiv} |
| Mogelijkheid tot beroep | Niet bepaald | Volgens de regels van gemeen recht ^{xlv} | Door een procespartij ^{xlvi} | Bij weigering, door draagouders en wensouders ^{xlvii} | Niet bepaald | Bij weigering, door draagouders en wensouders ^{xlviii} | Bij weigering, door draagouders en wensouders ^{xlix} |

-
- ⁱ Art. 25, (1) Parentage Act 2004
- ⁱⁱ Art. 14 Surrogacy Act 2008.
- ⁱⁱⁱ Art. 17, (3) en 18 Status of Children Act 1974.
- ^{iv} Art. 13 Surrogacy Act 2010.
- ^v Art. 10HB, (1) Family Relationships Act 1975.
- ^{vi} Art. 4, (1) Surrogacy Act 2010.
- ^{vii} Art. 4 Surrogacy Act 2012.
- ^{viii} Art. 25, (2) en 26, (3), (c) en (6) Parentage Act 2004.
- ^{ix} Art. 20, (1) Surrogacy Act 2008.
- ^x Art. 20, (1) Status of Children Act 1974.
- ^{xi} Art. 21, (3)-(6) en 37 Surrogacy Act 2010.
- ^{xii} Art. 10HB, (4) en (9), (b) Family Relationships Act 1975.
- ^{xiii} Art. 14 Surrogacy Act 2010 *j*^o art. 4, (1) Surrogacy Act 2010.
- ^{xiv} Art. 14 Surrogacy Act 2012.
- ^{xv} Art. 25, (3) Parentage Act 2004.
- ^{xvi} Art. 20, (2) en (3) Surrogacy Act 2008. Het verzoek later instellen kan mits toelating van de rechtbank, wat enkel mogelijk is in uitzonderlijke omstandigheden. Werd het kind geboren vóór de inwerkingtreding van de wet, dan kan het verzoek tot een *parentage order* worden ingesteld binnen het jaar na die datum, m.a.w. tot 1 maart 2010 (art. 20, (4) Surrogacy Act 2008).
- ^{xvii} Art. 20, (2), (a) Status of Children Act 1974. Het verzoek later instellen kan mits toelating van de rechtbank.
- ^{xviii} Art. 21, (1) en (2) Surrogacy Act 2010. Het verzoek later instellen kan mits toestemming van de rechtbank, maar deze kan enkel worden gegeven indien de rechtbank van mening is dat het gerechtvaardigd is door uitzonderlijke omstandigheden en dat het voor het welzijn en in het belang van het kind is. M.b.t. een draagmoederschapsovereenkomst aangegaan vóór de inwerkingtreding van de wet, kon het verzoek om een *parentage order* worden ingesteld binnen twee jaar na de inwerkingtreding van de Surrogacy Act 2010, m.a.w. tot 16 februari 2012 (art. 62 en 63 Surrogacy Act 2010. Zie *BLH & Anor v SJW & Anor* [2010] QDC 439 (28 september 2010)). Zie ook Surrogacy Bill 2009: Explanatory Notes, <https://www.legislation.qld.gov.au>, 16.
- ^{xix} Art. 10HB, (5) Family Relationships Act 1975. Er zijn overgangsbepalingen voorzien voor overeenkomsten aangegaan en kinderen geboren vóór de inwerkingtreding van de draagmoederschapswet. M.b.t. deze kinderen kan om een *order* worden verzocht binnen de vijftien maanden na de inwerkingtreding van de wet, dus tot 26 mei 2013. Dit is niet langer mogelijk indien het kind reeds ouder is dan 10 jaar op ogenblik van de inwerkingtreding van de Statutes Amendment (Surrogacy) Act 2010.
- ^{xx} Art. 15 Surrogacy Act 2010. Het verzoek mag worden ingesteld ongeacht of de draagmoederschapsovereenkomst werd aangegaan voor of na de inwerkingtreding van de wet. Een verzoek m.b.t. een overeenkomst die werd aangegaan vóór de inwerkingtreding van de Surrogacy Act 2010 mag niet later dan twee jaar na de inwerkingtreding ervan worden ingesteld, m.a.w. niet later dan 1 maart 2013 (bv. *Application of MM & KF re FM* [2012] NSWSC 445 (4 mei 2012), *AP & anor v RD & anor* [2011] NSWSC 1389 (17 november 2011)). De rechtbank mag echter toch ingaan op een verzoek dat later werd ingesteld indien ze van oordeel is dat uitzonderlijke omstandigheden het verzoek rechtvaardigen (art. 16 Surrogacy Act 2010). In *AB & CD v EF* [2013] NSWSC 866 (28 juni 2013) werd geoordeeld dat er inderdaad sprake was van een uitzonderlijke omstandigheid: het verzoek was slechts twee maanden te laat, terwijl de betrokken kinderen reeds jaren als deze van de wensouders werden beschouwd. Het verzoek niet ontvankelijk verklaren zou slechts onzekerheid creëren, wat net niet het doel is van de tijdslimiet. Bovendien zou anders oordelen niet in het belang zijn van de kinderen. Het begrip ‘*uitzonderlijke omstandigheden*’ wordt hier m.i. zeer ruim opgevat. In geval van dergelijk *pre-commencement surrogacy arrangement* moet het

kind jonger zijn dan 18 jaar op het ogenblik van het verzoek. De rechtbank dient rekening te houden met de wensen van het kind, voor zover het kind voldoende maturiteit daartoe heeft en de rechtbank van oordeel is dat het passend is om rekening te houden met deze wensen (art. 26 Surrogacy Act 2010).

^{xxi} Art. 15 Surrogacy Act 2012. Het verzoek kan op een latere datum toch ontvankelijk zijn indien de rechtbank dit toelaat, wat enkel mogelijk is indien uitzonderlijke omstandigheden dit rechtvaardigen en indien dit in het belang is van het kind. Een verzoek tot een *parentage order* m.b.t. een kind geboren ten gevolge van een draagmoederschapsovereenkomst, opgesteld voor de inwerkingtreding van de Surrogacy Act 2012, kan, onder eigen voorwaarden, worden ingediend tot het kind achttien jaar wordt (art. 19 t.e.m. 22 Surrogacy Act 2012).

^{xxii} Art. 26, (1), (a) Parentage Act 2004.

^{xxiii} Art. 26, (1), (b) Parentage Act 2004. Deze toestemmingsvereiste kan door de Supreme Court terzijde worden geschoven wanneer de draagouder dood of onbekwaam is of de wensouders de draagouder niet kunnen contacteren na het leveren van redelijke inspanningen (art. 26, (2) Parentage Act 2004). De rechtbank moet bij zijn beslissing tot het verlenen van een *parentage order*, elk bewijs dat in dit geval de draagouder niet langer wou dat de wensouders een *parentage order* m.b.t. het kind verkregen, indien relevant, in overweging nemen (art. 26, (3), (f) Parentage Act 2004). Een onredelijke toestemmingsweigering door de draagouders kan op grond van deze bepalingen niet zomaar opzij worden geschoven.

^{xxiv} Art. 13 en 21, (2), (g) Surrogacy Act 2008.

^{xxv} Tenzij de rechtbank van deze vereiste afziet (art. 21, (2), (c) Surrogacy Act 2008). Deze vereiste kan worden opzijgeschoven indien de draagmoeder niet de genetische moeder is en minstens één van de wensouders de genetische ouder is (art. 21, (4) Surrogacy Act 2008), wanneer de draagouder overleden of onbekwaam is of het voor de wensouders onmogelijk is om de draagouder te vinden, ondanks redelijke inspanningen (art. 21, (3) Surrogacy Act 2008).

^{xxvi} Tenzij de rechtbank toelaat dat aan de volgende vereiste niet moet worden voldaan omdat de draagouder overleden of onbekwaam is, het voor de wensouders onmogelijk is om de draagouder te vinden, ondanks redelijke inspanningen (art. 21, (3) Surrogacy Act 2008), of indien de draagmoeder niet de genetische moeder is en minstens één van de wensouders de genetische ouder is (art. 21, (4) Surrogacy Act 2008), moeten de draag- en wensouders een schriftelijk, geschikt plan zijn overeengekomen. Dit plan moet minstens bepalen wanneer het kind met de draagouders of iemand anders tijd kan spenderen of kan communiceren, en welke informatie de ene persoon aan enige andere persoon moet doorgeven. Het plan moet adequaat de rechten en verantwoordelijkheden van de partijen afwegen, het welzijn van het kind op lange termijn ter harte nemen en redelijk zijn in de omstandigheden (art. 22 Surrogacy Act 2008). Dit plan kan later worden gewijzigd (art. 30 Surrogacy Act 2008).

^{xxvii} Art. 22, (1), (a) Status of Children Act 1974.

^{xxviii} Art. 22, (1), (e) en 23 Status of Children Act 1974. De rechtbank mag de toestemmingsvereiste van de draagmoeder en haar partner opzijschuiven indien de wensouders de draagmoeder en/of haar partner, na redelijke inspanningen, niet kunnen vinden, zij overleden zijn of omdat zij in een fysieke of mentale staat zijn waardoor zij niet in staat zijn om behoorlijk te overwegen om toe te stemmen (art. 24 Status of Children Act 1974).

^{xxix} Art. 22, (2), (a) Surrogacy Act 2010. Een '*surrogacy guidance report*' moet worden opgemaakt door een onafhankelijke en gekwalificeerde begeleider waarbij deze o.m. zijn visie geeft over het verzoek om een *parentage order*, nl. of de *parentage order* in het welzijn en belang van het kind zou zijn, en dit op grond van interviews met de wens- en draagouders (art. 32 Surrogacy Act 2010).

^{xxx} Art. 22, (2), (h) Surrogacy Act 2010. De toestemmingsvereiste kan worden opzijgeschoven, maar enkel indien dat in het welzijn en belang van het kind is en er uitzonderlijke omstandigheden zijn, nl. dat de betrokkene overleden of onbekwaam is of niet kan worden gevonden door de verzoeker na redelijke inspanningen (art. 22, (3) Surrogacy Act 2010).

^{xxxii} Art. 10HB, (6) Family Relationships Act 1975.

^{xxxii} Art. 10HB, (7) Family Relationships Act 1975. Deze laatste vereiste kan worden opzijgeschoven indien de draagmoeder overleden of onbekwaam is of de wensouders de draagmoeder niet kunnen vinden na redelijke inspanningen (art. 10HB, (8) Family Relationships Act 1975).

^{xxxiii} Art. 10HB, (10) Family Relationships Act 1975.

^{xxxiv} Bij het verzoek tot een *parentage order* moet een rapport, voorbereid door een onafhankelijke begeleider, worden gevoegd. Dit rapport moet de opinie van de begeleider weergeven of de *parentage order* in het belang is van het kind, alsook de motivering voor die opinie. Uit het rapport moet ook blijken dat een aantal zaken werden onderzocht: het begrip van elke betrokkene van de sociale en psychologische implicaties van de *order*; het begrip van elke betrokkene van het principe dat openheid en eerlijkheid m.b.t. de oorsprong van het kind in het belang is van het kind; de zorgregeling voorgesteld door de verzoeker(s) m.b.t. het kind; voorgestelde contactregelingen m.b.t. het kind en zijn geboortelouders; de geschiktheid als ouders van de verzoekers; de geïnformeerde, vrije en vrijwillige toestemming van de draagouders; en tenslotte de wensen van het kind, indien de begeleider van mening is dat het kind voldoende maturiteit heeft om zijn wensen uit te drukken. Dit laatste zal slechts van toepassing zijn in gevallen waarbij de overgangsbepalingen werden toegepast, aangezien in de andere gevallen het kind maximum zes maanden oud mag zijn en dan uiteraard nog geen uitdrukking kan geven van zijn wensen (zie noot bij art. 26). Het rapport van de begeleider zal de rechtbank helpen in haar oordeel of de *order* in het belang is van het kind of niet (art. 22 Surrogacy Act 2010 *j*^o art. 17 Surrogacy Act 2010).

^{xxxv} Deze toestemming moet verder aan geen enkele formaliteit voldoen: AP & anor v RD & anor [2011] NSWSC 1389 (17 november 2011), nr. 19. De toestemming van de draagouder is een noodzakelijke vereiste, tenzij de rechtbank vaststelt dat deze geboortelouder is gestorven of onbekwaam is geworden om zijn toestemming te geven, of de geboortelouder niet kan worden gevonden na redelijke pogingen om hem te vinden (art. 31 Surrogacy Act 2010). In andere gevallen waarin de draagouder zijn toestemming weigert, kan geen *order* worden gemaakt. Dit is consistent met de bepaling dat draagmoederschapsovereenkomsten niet afdwingbaar zijn (Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>). De geïnformeerde, vrije en vrijwillige toestemming van de draagouders wordt niet voldoende aangetoond door te verwijzen naar het rapport van de begeleider, waarin wordt gesteld dat de draagouders zich vrij goed voelen bij de verwijdering van hun namen van de geboortakte en vrij geïnformeerd zijn wat betreft hun toestemming en de gevolgen ervan (AP & anor v RD & anor [2011] NSWSC 1389 (17 november 2011), nr. 20).

^{xxxvi} Art. 22 Surrogacy Act 2010 *j*^o art. 17, (3), (e) Surrogacy Act 2010.

^{xxxvii} Art. 16, (2), (k) Surrogacy Act 2012.

^{xxxviii} Art. 16, (2), (j), (iii) Surrogacy Act 2012. De rechtbank kan de *parentage order* toch verlenen zonder toestemming van een draagouder, indien de rechtbank van oordeel is dat de draagouder niet de mentale bekwaamheid daartoe heeft, overleden is, of niet kan worden gevonden na redelijke inspanningen. Dit is bovendien enkel mogelijk indien dergelijke maatregel in het belang van het kind is en indien het kind bij de verzoekende wensouder leeft (art. 16, (4) Surrogacy Act 2012).

^{xxxix} Art. 27 Parentage Act 2004.

^{xl} Art. 24 Surrogacy Act 2008.

^{xli} Art. 24 Surrogacy Act 2010

^{xlii} Art. 10HB, (17) Family Relationships Act 1975.

-
- ^{xliii} Art. 20 Surrogacy Act 2010. Er is een uitzondering in het belang van het kind mogelijk.
- ^{xliv} Art. 17 Surrogacy Act 2012: tenzij de *order* in het belang is van het kind, ook al wordt de *order* niet verleend t.a.v. de andere meerlingen.
- ^{xlv} Art. 29 Surrogacy Act 2008.
- ^{xlvi} Art. 30 Status of Children Act 1974 *j*° art. 27 Status of Children Act 1974.
- ^{xlvii} Art. 49, (1) Surrogacy Act 2010.
- ^{xlviii} Art. 48 Surrogacy Act 2010.
- ^{xlix} Art. 25 Surrogacy Act 2012.

54. Gelet op de aard van een *parentage order*, is het logisch dat in geen van de deelstaten de draagouders zelf een vordering kunnen instellen om de wensouders te dwingen tot het ouderschap. Het zijn immers de wensouders als verzoekers die het ouderschap willen verkrijgen. Een *parentage order* is maar mogelijk mits volledige, volgehouden medewerking van alle betrokkenen.

Anderzijds betekent dit wel dat wensouders die het kind niet langer wensen, hun verantwoordelijkheid kunnen ontlopen door geen vordering in te stellen, waardoor de draagouders de juridische ouders blijven. De draagouders kunnen niet door een verzoek tot *parentage order* de wensouders dwingen om de draagmoederschapsovereenkomst na te leven. Wensen zij het kind niet op te voeden, dan zullen zij het kind wellicht moeten afstaan ter adoptie.

55. In geen van de deelstaten kan onmiddellijk na de geboorte reeds een verzoek worden ingesteld. In New South Wales werd een termijn van dertig dagen ingevoerd als afkoelingsperiode voor de draagmoeder. De limiet van zes maanden dient ervoor om zekerheid te verschaffen aan de partijen, en om een zekere en stabiele leefomgeving voor de betrokken kinderen te bevorderen¹⁰¹.

56. Alle deelstaten leggen op dat een *parentage order* maar kan worden verleend indien deze in het belang van het kind is.

In Western Australia wordt het in het belang van het kind geacht dat de wensouders de ouders zijn, tenzij hiervan het tegenbewijs wordt geleverd (art. 13, (2) Surrogacy Act 2008). Zo wordt de bewijslast als het ware omgedraaid. Dit vermoeden is in overeenstemming met de hele opzet van het draagmoederschap.

Daarnaast moet ook nog een plan worden goedgekeurd door de rechtbank waarop deze zich kan steunen in zijn oordeel m.b.t. de *parentage order*. Dit plan moet minstens bepalen wanneer het kind met de draagouders of iemand anders tijd kan spenderen of kan communiceren, en welke informatie de ene persoon aan enige andere persoon moet doorgeven. Het plan moet adequaat de rechten en verantwoordelijkheden van de partijen afwegen, het welzijn van het kind op lange termijn ter harte nemen en redelijk zijn gelet op de omstandigheden. Dit plan laat ruimte voor een zekere persoonlijke invulling en contextualisering. Het geeft ook blijk van het besef dat de band tussen draagouders en kind ook na de geboorte belangrijk blijft.

57. Meerdere deelstaten hebben overgangsbepalingen voor kinderen geboren na draagmoederschap, maar vóór de inwerkingtreding van de wet. Dit maakt het mogelijk dat het statuut van deze kinderen als het ware kan worden geregulariseerd. Het draagmoederschap was voorafgaand aan de hervormingsgolf strafbaar of minstens niet geregeld. Door de overgangsbepalingen kunnen de kinderen geboren na dergelijk

¹⁰¹ Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.

draagmoederschap alsnog hun juridische afstammingsbanden in overeenstemming brengen met hun feitelijke gezinssituatie.

58. In meerdere deelstaten kan van bepaalde voorwaarden worden afgeweken, op grond van uitzonderlijke omstandigheden en/of het belang van het kind. Dit laat ruimte voor contextualisering en vermijdt een rigide houding t.a.v. een veelzijdig fenomeen. De vraag rijst echter of men hierdoor niet het risico loopt op een uitholling van de wet, zoals men in zekere mate in het Verenigd Koninkrijk ziet waar commercieel draagmoederschap, ondanks de wet, op grond van het belang van het kind geen obstakel vormt voor een *parental order*¹⁰². In de Australische deelstaten wordt dit echter vermeden door aan te duiden van welke voorwaarden wel, en van welke absoluut niet kan worden afgeweken. Commercieel draagmoederschap is hierdoor in elke deelstaat een absolute hinderpaal voor een *parentage order*.

Er moet worden opgemerkt dat de rechtbank geenszins de verplichting heeft om een uitzondering toe te laten. Bovendien is dit maar mogelijk na de geboorte. Indien de betrokkenen bij de overeenkomst op de hoogte zijn van het niet vervullen van een vereiste en toch besluiten door te gaan met de verwekking van het kind, nemen zij een groot risico.

59. In meerdere deelstaten bestaat de mogelijkheid dat de rechtbank de vereiste van toestemming door een draagouder terzijde schuift wanneer deze niet meer kan worden gevonden, overleden of onbekwaam is. Dit is m.i. belangrijk voor een efficiënte afhandeling. Indien deze uitzondering niet was bepaald, zou een procedure om een *parentage order* voor altijd kunnen geblokkeerd worden.

In Queensland hoeft zelfs het gebrek aan toestemming van een wensouder geen hinderpaal te zijn voor de *parentage order*, bv. wanneer er twee wensouders verzoeken om de *order* en één van de wensouders uiteindelijk zijn toestemming tot de *order* niet verleent omdat deze overleden is, onbekwaam is of niet meer kan gevonden worden en voor zover dit in het belang en welzijn van het kind is. M.i. staat de mogelijkheid open om een *order* ook uit te spreken t.a.v. die wensouder, wanneer het gebrek aan toestemming 'ongewild' is.

In deze deelstaat kan een *parentage order* ook worden verleend t.a.v. een wensouder die overleed vooraleer de *order* kon worden verleend. Dit is enkel mogelijk indien er sprake was van een wenspaar. De overledene kan in dat geval ook worden beschouwd als ouder van het kind (art. 37 Surrogacy Act 2010).

60. Behalve in Victoria, wordt in alle deelstaten opgelegd dat ook een *parental order* moet worden verleend t.a.v. de kinderen die uit dezelfde zwangerschap voortkomen. Hierdoor wordt vermeden dat broers en zussen verschillende ouders kennen.

¹⁰² *Supra* nr. 313.

Hoofdstuk 4. Gevolgen

61. In de verschillende deelstaten heeft het verlenen van een *parental order* tot gevolg dat de wensouders in rechte worden behandeld als de ouders van het kind, en het kind als dat van de wensouders. Het kind is niet langer het kind van de draagouders¹⁰³. De oorspronkelijke banden worden doorgeknipt. Een *parental order* heeft in die zin dezelfde gevolgen als een adoptie. Het ouderschap wordt overgedragen¹⁰⁴. Bijgevolg is een *parentage order* constitutief.

Het kind zal de naam dragen die door de bevoegde rechtbank in de *parental order* werd goedgekeurd¹⁰⁵.

¹⁰³ Art. 29 Parentage Act 2004 *j*° Adoption Act 1993 (ACT); art. 26 Surrogacy Act 2008 (WA); art. 26 Status of Children Act 1974 *j*° art. 53-58 Adoption Act 1984 No. 10150 (Vic); art. 39 Surrogacy Act 2010 (Qld); art. 10HB, (13) Family Relationships Act 1975 (SA); art. 39 Surrogacy Act 2010 (NSW); art. 26 Surrogacy Act 2012 (Tas).

¹⁰⁴ De relatie met de draagouders wordt wel nog in overweging genomen wat betreft de beoordeling van seksuele misdrijven (art. 26 Status of Children Act 1974 *j*° art. 53-58 Adoption Act 1984 No. 10150 (Vic); art. 28, (a) Surrogacy Act 2008 (WA); art. 39, (4) Surrogacy Act 2010 (Qld); art. 39, (4) Surrogacy Act 2010 (NSW), art. 26, (3) Surrogacy Act 2012 (Tas)).

¹⁰⁵ Art. 28 Parentage Act 2004 (ACT); art. 25 Surrogacy Act 2008 (WA); art. 26 Status of Children Act 1974 *j*° art. 53-58 Adoption Act 1984 No. 10150 (Vic); art. 35 Surrogacy Act 2010 (Qld); art. 10HB, (14) Family Relationships Act 1975 (SA); art. 42 Surrogacy Act 2010 (NSW).

Hoofdstuk 5. 'Discharge' van een parentage order

| | Australian Capital Territory | Western Australia | Victoria | Queensland | South Australia | New South Wales | Tasmania |
|-----------|------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Verzoeker | / | Kind 18 jaar of ouder Attorney General Chief executive officer of the department of the Public Service principally assisting in the administration of the Adoption Act 1994 of the Surrogacy Act 2008 ⁱ | Kind 18 jaar of ouder The secretary of the Department of Justice Attorney General ⁱⁱ | Kind 18 jaar of ouder Wensouders Draagouders Attorney General ⁱⁱⁱ | Chief executive of the administrative unit principally assisting in the administration of the Adoption Act 1988 Attorney General ^{iv} | Kind 18 jaar of ouder Wensouders Draagouders Attorney General ^v | Kind 18 jaar of ouder Wensouders Draagouders Attorney General ^{vi} |

| | | | | | | | |
|--------------------------------------------|---|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Gronden | / | <p><i>Parental order</i> was verkregen door fraude, dwang of ongepaste middelen</p> <p>Nodige toestemming werd verkregen door fraude, dwang of tegen materieel voordeel</p> <p>Uitzonderlijke reden^{vii}</p> <p>Indien in welzijn en belang van het kind^{viii}</p> | <p><i>Parental order</i> was verkregen door fraude, dwang of ongepaste middelen</p> <p>Nodige toestemming werd verkregen door fraude, dwang of tegen materieel voordeel</p> <p>Uitzonderlijke reden^{ix}</p> <p>Indien in belang van het kind^x</p> | <p><i>Parental order</i> was verkregen door fraude, dwang of ongepaste middelen</p> <p>Nodige toestemming werd niet verkregen of tegen betaling, beloning of een materieel voordeel</p> <p>Uitzonderlijke reden^{xi}</p> | <p><i>Parental order</i> was verkregen door fraude, dwang of ongepaste middelen</p> <p>Nodige toestemming werd verkregen door fraude, dwang of tegen materieel voordeel</p> <p>Uitzonderlijke reden^{xii}</p> <p>Indien voor welzijn en in belang van kind^{xiii}</p> | <p><i>Parental order</i> was verkregen door fraude, dwang of ongepaste middelen</p> <p>Nodige toestemming werd niet verkregen of tegen betaling, beloning, materieel voordeel</p> <p>Uitzonderlijke reden^{xiv}</p> | <p><i>Parental order</i> was verkregen door fraude, dwang of ongepaste middelen</p> <p>Nodige toestemming werd niet verkregen of door fraude, dwang of tegen materieel voordeel</p> <p>Uitzonderlijke reden^{xv}</p> |
| Gevolgen | / | <p>Alsof geen <i>parental order</i> werd verleend^{xvi}</p> | <p>Alsof geen <i>parental order</i> werd verleend^{xvii}</p> | <p>Alsof geen <i>parental order</i> werd verleend^{xviii}</p> | <p>Alsof geen <i>parental order</i> werd verleend^{xix}</p> | <p>Alsof geen <i>parental order</i> werd verleend^{xx}</p> | <p>Alsof geen <i>parental order</i> werd verleend^{xxi}</p> |
| Hoger beroep tegen weigering of toekenning | / | Niet bepaald | Niet bepaald | <p>Kind 18 jaar of ouder</p> <p>Draagouders</p> <p>Wensouders</p> <p>Attorney General^{xxii}</p> | Niet bepaald | <p>Kind 18 jaar of ouder</p> <p>Draagouders</p> <p>Wensouders</p> <p>Attorney General^{xxiii}</p> | <p>Kind 18 jaar of ouder</p> <p>Draagouders</p> <p>Wensouders</p> <p>Attorney General^{xxiv}</p> |

-
- i Art. 27, (1) Surrogacy Act 2008.
 - ii Art. 27, (1) Status of Children Act 1974.
 - iii Zie art. 45-48 Surrogacy Act 2010.
 - iv Art. 10HC, (2) Family Relationship Act 1975.
 - v Art. 43 Surrogacy Act 2010.
 - vi Art. 27 Surrogacy Act 2012.
 - vii Art. 27, (2) Surrogacy Act 2008.
 - viii Art. 27, (5), (a) Surrogacy Act 2008.
 - ix Art. 28, (1) Status of Children Act 1974.
 - x Art. 28, (2) Status of Children Act 1974.
 - xi Zie art. 45-48 Surrogacy Act 2010.
 - xii Art. 10HC, (3) Family Relationship Act 1975.
 - xiii Art. 10HC, (6), (a) Family Relationship Act 1975.
 - xiv Art. 43 Surrogacy Act 2010.
 - xv Art. 27 Surrogacy Act 2012.
 - xvi Art. 28 Surrogacy Act 2008.
 - xvii Art. 29 Status of Children Act 1974
 - xviii Zie art. 45-48 Surrogacy Act 2010.
 - xix Art. 10HC, (10) Family Relationship Act 1975.
 - xx Art. 45 Surrogacy Act 2010.
 - xxi Art. 29 Surrogacy Act 2012.
 - xxii Art. 49 Surrogacy Act 2010.
 - xxiii Art. 48 Surrogacy Act 2010.
 - xxiv Art. 30 Surrogacy Act 2012.

62. *Discharging* van een *parentage order* is een opmerkelijk systeem: indien na het verlenen van de *parentage order* blijkt dat de wet alsnog niet werd nageleefd, kan de *parentage order* ongedaan worden gemaakt.

Gelet op het feit dat overheidsactoren deze vordering kunnen instellen, lijkt dit een vorm van sanctiemechanisme te zijn. Anderzijds kunnen in sommige deelstaten ook wens- en draagouders of zelfs het kind deze vordering instellen: hebben zij de onregelmatigheid verborgen en wensen zij zich na het verlenen van de *order* te bedenken, dan hebben zij de mogelijkheid deze vordering in te stellen. Dit komt eerder onrechtvaardig over: men kan zo het sanctiemechanisme misbruiken.

Hoofdstuk 6. Toegang tot informatie

63. In de Australian Capital Territory is de regeling rond de toegang tot informatie over draagmoederschap te vinden in de adoptiewetgeving¹⁰⁶.

Het kind, zijn afstammelingen, elk van de wensouders en elk van de draagouders heeft het recht op toegang tot en het verzoeken van identificerende informatie van een draagmoederschapsgeval. Is het kind jonger dan 18 jaar, dan heeft dit geen recht op identificerende informatie, tenzij het daartoe de schriftelijke goedkeuring heeft gekregen van elke wens- en draagouder. De draag- of wensouders zullen in dat geval evenmin recht hebben op die informatie, tenzij zij daartoe de schriftelijke goedkeuring krijgen van beide wensouders, respectievelijk draagouders. De goedkeuring is niet nodig wanneer de betrokkene overleden is of niet kan gevonden worden ondanks redelijke pogingen.

Het verzoek moet gericht zijn tot de *Director-General* indien het verzoek een kopie of uittreksel van een inschrijving in het geboorteregister betreft, of tot de *Registrar-General* indien het een ander verzoek betreft. Indien de goedkeuring wordt geweigerd kan de rechtbank, indien er omstandigheden zijn die dit rechtvaardigen, een *order* verlenen die verklaart dat de betrokkene toch gerechtigd is op toegang tot en het verzoek om identificerende informatie, gespecificeerd in die *order*.

64. Zoals reeds gezegd kan in Western Australia een *parentage order* pas worden verleend wanneer de betrokkenen een bepaald 'plan' zijn overeengekomen. Dit plan kan bv. het contact tussen kind en draagouders regelen, maar ook de toegang tot informatie omtrent het draagmoederschap. Indien dit goedgekeurde plan bepaalt dat grotere of vroegere toegang tot informatie mogelijk is dan overeenkomstig de wettelijke bepalingen van de Surrogacy Act 2008, zal het plan gelden. Beperkt het plan de toegang, dan gelden de wettelijke bepalingen¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Art. 29 Parentage Act 2004 j° art. 66 *et seq.* Adoption Act 1993.

¹⁰⁷ Art. 34 Surrogacy Act 2008.

Het kind, de draag- en wensouders hebben recht op toegang tot de registratie van de *parentage order*¹⁰⁸.

Bij het verzoek om een *parentage order* of in een latere *order* kan worden gevraagd dat bepaalde personen slechts beperkte toegang tot informatie krijgen¹⁰⁹.

65. In Victoria moet de *Registrar* op grond van een verzegelde kopie van de *substitute parentage order* het draagmoederschap registreren door de bijzonderheden in te schrijven in de *Surrogacy Birth Register*. Op de oorspronkelijke geboorteakte wordt 'closed-surrogate' vermeld. Een *discharge order* annuleert de inschrijving en vermelding¹¹⁰. De toegang tot dit register wordt geregeld overeenkomstig de gewone regels van de *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996, No. 43*.

66. In Queensland kan om informatie uit het geboorteregister worden verzocht door o.m. de draagouders, de wensouders en het kind als het minstens achttien jaar oud is. Is het kind jonger dan achttien jaar, dan mag alsnog informatie worden vrijgegeven indien beide draag- en wensouders hiermee hebben ingestemd. Dergelijke toestemming is niet nodig indien de betrokkene overleden is of niet kan worden gevonden na redelijke pogingen. De *Registrar van de Births, Deaths and Marriages Registers* mag het verzoek echter afwijzen indien hij van oordeel is dat de verzoeker geen adequate reden heeft om de gevraagde informatie te verkrijgen¹¹¹.

Wanneer het meerderjarige kind een uittreksel uit zijn geboorteakte wordt verleend, zal daaraan een addendum worden gevoegd, dat stelt dat daarover bijkomende informatie beschikbaar is¹¹².

67. In South Australia geeft een uittreksel uit het geboorteregister na een *parentage order* enkel de situatie van na de *order* weer en toont het geen informatie m.b.t. een wijziging in ouderschap of naam van het kind. Een kind, voorwerp geweest van een *order*, heeft het recht op een uittreksel dat alle geregistreerde elementen weergeeft, eens het de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, net als een partij bij de draagmoederschapsovereenkomst¹¹³.

68. In New South Wales werd expliciet in de mogelijkheid voorzien van toegang tot informatie over het draagmoederschap vanuit de overtuiging dat

¹⁰⁸ Art. 38 Surrogacy Act 2008. Is één van dezen overleden, dan kunnen hun grootouders, afstammelingen of broers of zussen verzoeken om de informatie (art. 40 Surrogacy Act 2008).

¹⁰⁹ Art. 36 Surrogacy Act 2008.

¹¹⁰ Art. 19A Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996 (No. 43), <http://www.legislation.vic.gov.au/>.

¹¹¹ Art. 44, (13)-(19) Births, Deaths and Marriages Registration Act 2003, <https://www.legislation.qld.gov.au/>.

¹¹² Art. 44A Births, Deaths and Marriages Registration Act 2003.

¹¹³ Art. 22A Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996 (No. 6), <http://www.legislation.sa.gov.au/>. Zie ook art. 49A Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996.

de kinderen toegang zouden moeten hebben tot informatie over de omstandigheden van hun geboorte en genetische geschiedenis. Dit is belangrijk voor het psychologische welzijn van het kind en zijn identiteitszin, om genealogische verbijstering te vermijden. Het kan ook belangrijk zijn voor een toekomstige medische behandeling van het kind¹¹⁴. Het kader wordt enerzijds gevormd door de artikelen 54 t.e.m. 57 (*'Access to birth information'*) van de Surrogacy Act 2010 en anderzijds de artikelen 41A t.e.m. 41M (*'Information about surrogacy arrangements'*) van de Assisted Reproductive Technology Act 2007.

Het kind geboren ten gevolge van draagmoederschap en t.a.v. wie een *parentage order* werd opgemaakt, heeft, indien het achttien jaar is of ouder, het recht op ontvangst van zijn oorspronkelijke geboorteakte, waarin de namen van zijn draagouders staan vermeld¹¹⁵, en op ontvangst van zijn volledige geboorteakte, waarin de gegevens van zijn oorspronkelijke geboorteakte staan vermeld, alsook deze van de *parentage order*¹¹⁶. Is het kind jonger dan achttien jaar dan is het daar niet toe gerechtigd tenzij het de toestemming heeft van de persoon of personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid over hem hebben¹¹⁷. Het is echter nog steeds aan de *Registrar of the Births, Deaths and Marriages Registers* om te oordelen of de verzoeker om informatie wel een adequate reden heeft voor het willen van toegang tot het geboorteregister¹¹⁸. De draagmoeder en haar eventuele partner en de wensouders hebben eveneens het recht om de oorspronkelijke geboorteakte en de volledige geboorteakte te ontvangen¹¹⁹. Deze verzoeken moeten schriftelijk zijn en gericht zijn aan de *Registrar of Births, Deaths and Marriages*¹²⁰.

Indien het kind – los van deze procedure – om een uittreksel of kopie vraagt van zijn geboorteakte, dan zal deze enkel de gegevens van de *parentage order* vermelden. De geboorteakte zelf zal geen informatie inhouden die aangeeft dat het kind geboren is door draagmoederschap. Indien het kind achttien jaar of ouder is, dient de *Registrar* wel aan het certificaat een addendum toe te voegen dat aanduidt dat er bijkomende informatie beschikbaar is¹²¹. Zo wil men verzekeren dat kinderen toegang hebben tot informatie over de omstandigheden van hun geboorte, maar ook dat zij voldoende maturiteit hebben om te kunnen omgaan met enige nieuwe informatie hieromtrent¹²².

¹¹⁴ Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.

¹¹⁵ Opgemaakt overeenkomstig art. 17 Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995 (No. 62), <http://www.legislation.nsw.gov.au/>.

¹¹⁶ Opgemaakt overeenkomstig art. 17 en art. 25B *et seq.* Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995.

¹¹⁷ Art. 55, (1) en (2) Surrogacy Act 2010.

¹¹⁸ Art. 55, (3) Surrogacy Act 2010 *j*^o art. 46 Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995 (No 62).

¹¹⁹ Art. 56 Surrogacy Act 2010.

¹²⁰ Art. 57 Surrogacy Act 2010.

¹²¹ Art. 25D Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995.

¹²² Second Reading bij Surrogacy Bill 2010, te raadplegen op <http://www.parliament.nsw.gov.au>.

Daarnaast kunnen de betrokkenen ook nog informatie halen uit het centraal register, op grond van de *Assisted Reproductive Technology Act* opgesteld door de *Director-General van de Department of Health*. De bedoeling van dat centrale register is te verzekeren dat een volwassene wiens ouderschap werd overgedragen door een *parentage order*, de partijen bij een draagmoederschapsovereenkomst en de gametendonoren toegang hebben tot bepaalde informatie over het draagmoederschap, incl. identificerende informatie¹²³. In dat register moet informatie worden opgenomen over de wens- en draagouders, over personen geboren hierdoor, over de gametendonoren en over de biologische broers of zussen van personen geboren door draagmoederschap¹²⁴. Deze betrokkenen kunnen zelf ook informatie verschaffen aan de *Director-General* met het oog op registratie ervan in het Centraal register¹²⁵.

De *Director-General* moet op vraag van het volwassen geworden kind geboren na draagmoederschap, de wens- of draagouders, de gametendonor of de volwassen geworden biologische broer of zus van het kind geboren na draagmoederschap, een kopie van informatie over die persoon verschaffen. Indien de ouder van het minderjarige kind om die informatie verzoekt, moet de *Director-General* aan de ouder een kopie bezorgen. Behalve in dat geval, mag de *Director-General* geen informatie verschaffen over een andere persoon dan de verzoeker en evenmin informatie over de relatie van de verzoeker met andere personen, tenzij deze informatie oorspronkelijk werd verschaft door de verzoeker¹²⁶.

De *Director-General* heeft verder de verplichting om aan het volwassen geworden kind, geboren na draagmoederschap en t.a.v. wie het ouderschap werd overgedragen door een *parentage order*, de naam van de geboorteouder en enige andere informatie over deze persoon in het register te onthullen. Hetzelfde geldt voor de gametendonor en niet-identificerende informatie over biologische broers of zussen van het kind. Andere informatie over deze broers of zussen, waaronder identificerende informatie, kan enkel worden weergegeven in de mate dat daartoe toestemming werd gegeven door de broer of zus, wat enkel mogelijk is eens deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt¹²⁷. De draagouders en de gametendonoren hebben het recht om minstens niet-identificerende informatie over de persoon aan wie het ouderschap over het kind is overgedragen door een *parentage order* te verkrijgen. Andere informatie, waaronder identificerende, kan slechts worden verkregen in de mate dat die persoon daartoe zijn toestemming heeft gegeven.

69. In Tasmania dient de Registrar in de zin van de *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999* een '*surrogacy record*' te openen en bij te

¹²³ Art. 41D Assisted Reproductive Technology Act 2007 No 69.

¹²⁴ Art. 41B Assisted Reproductive Technology Act 2007 No 69.

¹²⁵ Art. 41C Assisted Reproductive Technology Act 2007 No 69.

¹²⁶ Art. 41E Assisted Reproductive Technology Act 2007 No 69.

¹²⁷ Art. 41F Assisted Reproductive Technology Act 2007 No 69.

houden¹²⁸. De Registrar van de rechtbank moet zo snel mogelijk een kopie van de *parentage order* of een *discharging order* versturen naar de Registrar van de registers¹²⁹.

De Registrar mag enkel een uittreksel of kopie van de inschrijving in de geboorteakte aan het kind verlenen, indien hem een relevant document m.b.t. het kind wordt voorgelegd. Indien het kind een inwoner is van Tasmania, is een verklaring ondertekend door een vergunninghoudende begeleider vereist. Is het kind geen inwoner, dan dient het een verklaring te zijn van een persoon die, volgens de Registrar, geschikt is om begeleiding m.b.t. draagmoederschapsovereenkomsten te verlenen, waarbij wordt gesteld dat het kind begeleiding heeft gekregen m.b.t. de overeenkomst. Dit document is niet nodig indien de Registrar van oordeel is dat het kind de naam van zijn draagouders kent¹³⁰.

Hoofdstuk 7. Draagmoederschapstoerisme

70. Ondanks het feit dat draagmoederschap geregeld is in zeven deelstaten vindt er draagmoederschapstoerisme door Australische wensouders plaats zowel binnen de grenzen van Australië als in het buitenland¹³¹.

Afdeling 1. Erkenningsproblematiek

71. Geen van de deelstaten behandelt de problematiek van het ouderschap van kinderen wanneer de wensouders buiten de jurisdictie reizen voor draagmoederschap¹³².

72. De situatie is des te problematischer wanneer het kinderen betreft die buiten Australië werden geboren na draagmoederschap. Zij stoten immers op problemen wanneer de wensouders met hen wensen terug te keren naar Australië. Noch onder federale, noch onder deelstatelijke wetgeving zijn de wensouders de juridische ouders van het kind, ongeacht de genetische band

¹²⁸ Art. 32 Surrogacy Act 2012.

¹²⁹ Art. 33 Surrogacy Act 2012.

¹³⁰ Art. 39 Surrogacy Act 2012.

¹³¹ M. KEYES, "Cross-border surrogacy agreements", *Australian Journal of Family Law* 2012, 28-50; A.L. BURPEE, "Momma Drama: A Study of How Canada's National Regulation of Surrogacy Compares to Australia's Independent State Regulation of Surrogacy", *Georgia Journal of International and Comparative Law* 2009, (305) 333. Zie voor een empirisch onderzoek: S. EVERINGHAM, "Use of surrogacy by Australians: Implications for policy and law reform" in A. HAYES en D. HIGGINS, *Families, Policy and the law: Selected essays on contemporary issues for Australia*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2014, 67-79.

¹³² Zie J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 190.

met het kind en ongeacht of een buitenlandse geboorteakte of rechterlijke beslissing dit anders stelt¹³³.

Artikel 8 van de *Australian Citizenship Act 2007*¹³⁴ definieert een ouder via MBV of draagmoederschap door te verwijzen naar de definities in de federale *Family Law Act 1975*. In deze wetgeving wordt het ouderschap van de wensouders gedefinieerd door de deelstatelijke wetgevingen. Uit de hogere besprekingen blijkt dat deze wetgevingen er zich niet toe lenen dat het ouderschap wordt overgedragen naar de wensouders t.a.v. een kind dat werd verwekt en/of geboren in het buitenland en zeker niet wanneer het commercieel draagmoederschap betreft.

73. Ter ondersteuning van de *Australian Citizenship Act 2007* vaardigde het *Department of Immigration and Border Protection* de *Australian Citizenships Instructions* (hierna: de Richtlijnen) uit. Artikel 19.7 betreft specifiek '*Children born overseas as a result of a surrogacy arrangement*'¹³⁵. Daarin wordt uitdrukkelijk gesteld dat met voorzichtigheid moet worden beslist in zaken die betrekking hebben op dergelijk overzees draagmoederschap, om te verzekeren dat de bepalingen van de *Australian Citizenship Act* niet worden misbruikt om adoptiewetgeving en andere wetgeving m.b.t. het welzijn van het kind te omzeilen¹³⁶.

De Richtlijnen bepalen uitdrukkelijk dat artikel 8 van de *Australian Citizenship Act* niet van toepassing is op deze gevallen. De betekenis van 'ouder' moet zijn betekenis naar gemeen recht krijgen¹³⁷.

74. Dat deze betekenis zeer moeilijk te bepalen is, blijkt uit *Re Mark*¹³⁸. Een wenspaar van twee mannen had een kind gekregen door draagmoederschap in Californië. Het kind werd door de wensvaders opgevoed en beiden zagen zichzelf als zijn vader. Het was verwekt door een anoniem gedoneerde eicel en zaadcellen van één van de wensvaders. Zij verzochten om een *parenting order*. Nadat de rechtbank had vastgesteld dat geen van de bepalingen van de federale *Family Law Act 1975* toeliet dat de wensvaders werden beschouwd als een 'ouder' in de zin van die wet, werd op grond van artikel 65G ('*Special conditions for making parenting order about whom a child lives with or the allocation of parental responsibility by consent in favour of non-parent*') geoordeeld dat het in het belang van het kind zou zijn dat de wensvaders verantwoordelijk waren voor de zorg, welzijn en ontwikkeling van het kind en dit zowel op korte als lange termijn. Daarvoor is het niet noodzakelijk dat de verzoeker een 'ouder' is.

¹³³ J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 200.

¹³⁴ *Australian Citizenship Act 2007* (No. 20), volledig i.w.tr. 1 juli 2007, <http://www.comlaw.gov.au/>.

¹³⁵ <http://www.citizenship.gov.au/pdf/acis-july-2013.pdf>, 183-186.

¹³⁶ Art. 19.7.2. *Australian Citizenship Instructions*.

¹³⁷ Art. 19.7.5. *Australian Citizenship Instructions*.

¹³⁸ *Re Mark* [2003] FamCA 822 (23 augustus 2003).

Bij zijn beoordeling moet de rechtbank overeenkomstig artikel 61DA, (1) Family Law Act 1975 het weerlegbare vermoeden toepassen dat het in belang van het kind is dat zijn ouders de gezamenlijke ouderlijke verantwoordelijkheid hebben over het kind. Op grond van artikel 61DA, (4) Family Law Act 1975 kan dit vermoeden worden weerlegd indien het bewijs wordt geleverd dat dit niet in het belang van het kind is.

In *Wilkie and Anor and Mirkja*¹³⁹, waarin om een *parenting order*¹⁴⁰ werd verzocht door een wenspaar van twee mannen m.b.t. kinderen gedragen door een Indische draagmoeder, oordeelde de rechtbank dat dit vermoeden in hoofde van de moeder wel degelijk was weerlegd. De kinderen gingen niet het voordeel genieten van een moeder te hebben, omdat zij, overeenkomstig de draagmoederschapsovereenkomst, zichzelf had uitgesloten van hun leven, en zich niet meer om hen had bekommerd sinds hun geboorte. Het was voor de rechtbank vrij duidelijk dat de kinderen wel voordeel hadden bij een opvoeding door de beide wensvaders. De *parenting order* werd in het belang van het kind geacht en uitgesproken. Zo werd ook geoordeeld in latere zaken met een Indische¹⁴¹, Thaise¹⁴² en Canadese draagmoeder¹⁴³.

Uit deze rechtspraak blijkt dat net als bij louter interne zaken, het draagmoederschap zelf geen expliciete rol speelt, maar enkel de belangen van het kind.

75. In de zaak *Ellison*¹⁴⁴, een internationale draagmoederschapszaak waarin voor het eerst een *Independent Child's Lawyer* werd aangesteld, gaf de rechter een gedetailleerd overzicht van de te nemen stappen als richtsnoer voor het nemen van beslissingen bij internationaal draagmoederschap¹⁴⁵. *Ellison* betrof een geval van hoogtechnologisch commercieel draagmoederschap in Thailand met anonieme eiceldonatie en een wenspaar van verschillend geslacht.

Overeenkomstig deze rechtspraak moeten een aantal stappen worden gevolgd:

- een Independent Children's Lawyer moet worden aangesteld om de belangen van het kind te behartigen;

¹³⁹ *Wilkie and Anor and Mirkja* [2010] FamCA 667 (9 juli 2010).

¹⁴⁰ *Supra* nr. 33.

¹⁴¹ *Fisher-Oakley and Kittur* [2014] FamCA 123 (4 februari 2014); *Ronalds and Victor* [2011] FamCA 389 (13 mei 2011).

¹⁴² *Johnson and Anor and Chompunut* [2011] FamCA 505 (30 juni 2011); *Hubert and Anor and Juntas* [2011] FamCA 504 (30 juni 2011); *Findlay and Anor and Punyawong* [2011] FamCA 503 (30 juni 2011); *Dudley and Anor and Chedi* [2011] FamCA 502 (30 juni 2011); *Dennis and Anor and Pradchaphet* [2011] FamCA 123 (22 februari 2011); *O'Connor and Kasemsarn* [2010] FamCA 987 (29 oktober 2010); *Collins and Tangtoi* [2010] FamCA 878 (9 augustus 2010).

¹⁴³ *McQuinn and Shure* [2011] FamCA 139 (15 februari 2011).

¹⁴⁴ *Ellison and Anor and Karnchanit* [2012] FamCA 602 (1 augustus 2012), nrs. 132-139.

¹⁴⁵ Gevolgd door *Mason and Mason and Anor* [2013] FamCA 424 (7 juni 2013). Zie uitgebreid hierover: P. TROWSE, "Surrogacy: competing interests or a tangled web?", *The Queensland Lawyer* 2013, 199-209.

- een attest moet worden bezorgd waaruit de persoonlijke omstandigheden van de wensouders en draagmoeder blijken en overeenkomsten omtrent de zorg van het kind;
- onafhankelijk bewijs m.b.t. de identificatie van het kind moet worden geleverd, waaronder de draagmoederschapsovereenkomst, een kopie van de geboorteakte van het kind, een ouderschapstest om na te gaan of de wensouders de genetische ouders zijn en bewijs van het Australische burgerschap van het kind indien het staatsburgerschap werd verleend;
- onafhankelijk bewijs m.b.t. de draagmoeder moet worden geleverd, waaronder een bevestiging dat zij juridisch advies en begeleiding heeft verkregen voorafgaand aan het sluiten van de draagmoederschapsovereenkomst, dat zij geïnformeerd met de overeenkomst heeft ingestemd, bewijs van de mening van de draagmoeder omtrent de *order* nadat het kind werd geboren en de relatie met het kind dat zij voorstelt, en indien het kind een visum heeft gekregen voor Australië, het bewijs dat de draagmoeder daartoe heeft meegewerkt aan de hand van een interview met immigratieambtenaren, voorafgaand aan het verlenen van het visum;
- een *Family Report* moet worden voorbereid over de aard van de relatie tussen het kind en de wensouders, de gevolgen voor het kind, een onderzoek van de geschiktheid van de wensouders en hun toewijding aan het welzijn van het kind op lange termijn, hun geschiktheid om de band tussen het kind en zijn geboorteland te bevorderen, advies m.b.t. het ontstaan van mogelijke problemen rond de identiteit van het kind en hoe deze kunnen worden opgelost, de mening van de geboortemoeder, en in het bijzonder haar toestemming tot de *parenting order*;
- verder dient nog het bewijs te worden geleverd van het juridische regime m.b.t. draagmoederschapsovereenkomsten en de rechten van de draagmoeder en haar eventuele partner of echtgenoot in het land waar de draagmoederschapsprocedure plaatsvond.

76. Commercieel draagmoederschapstoerisme heeft tot nu toe de Family Court nog niet tegengehouden om *parentage orders* te verlenen. Dit komt wellicht omdat de rechtbank voor een voldongen feit staat. Het is weinig waarschijnlijk dat een rechtbank zou besluiten dat het in belang van het kind zou zijn dat het terugkeert naar zijn geboortemoeder, die uitdrukkelijk heeft verklaard dat ze geen ouder van het kind wil zijn. Dit is nog onwaarschijnlijker telkens wanneer de draagmoeder zich buiten de jurisdictie bevindt¹⁴⁶.

Afdeling 2. Extraterritoriale werking van een strafrechtelijk verbod

77. In Australian Capital Territory, New South Wales en Queensland bestaat er een geografische link tussen de deelstaat en misdrijven die strafbaar zijn in hun toepasselijke draagmoederschapswetgeving, zoals commercieel draagmoederschap, wanneer het misdrijf werd gepleegd door

¹⁴⁶ M. KEYES, "Cross-border surrogacy agreements", *Australian Journal of Family Law* 2012, (28) 37.

een persoon die gewoonlijk een inwoner is van de deelstaat ('*Geographical nexus for offences*' (art. 45 Parentage Act 2004 (ACT), art. 54 Surrogacy Act 2010 (Qld) en art. 11 Surrogacy Act 2010 (NSW)). Waar het ook wordt gepleegd, de inbreuk zal een strafbaar misdrijf opleveren)¹⁴⁷.

78. Hierdoor worden inwoners van de deelstaat ontraden om zich naar het buitenland te begeven en daar alsnog gebruik te maken van praktijken die in hun deelstaat verboden zijn. De extraterritoriale werking wenst *forum shopping* af te raden.

MILLBANK is echter van mening dat deze bepalingen Australiërs niet zullen verhinderen om commerciële draagmoederschapsovereenkomsten in het buitenland aan te gaan. De strafbaarstellingen zouden een constructieve discussie over hoe intern recht kan worden uitgebreid of hoe internationaal draagmoederschap veiliger kan worden gemaakt, kunnen onderdrukken¹⁴⁸.

Hoofdstuk 8. Kritiek

79. Het familierechtelijk statuut van draagmoederschap in Australië wordt gekenmerkt door een gebrek aan uniformiteit: er is geen federale wetgeving en zeven van de negen deelstaten hebben een wettelijk kader, dat onderling in belangrijke en minder belangrijke mate verschilt. Deze diversiteit kan verwarrend zijn voor betrokkenen.

Wel laten alle zeven deelstaten slechts toe dat het ouderschap pas na de geboorte wordt overgedragen aan de wensouders, mits naleving van strikte voorwaarden. Van sommige voorwaarden kan worden afgeweken. Dit is echter niet mogelijk voor de vereisten inzake het altruïstische karakter van het draagmoederschap en in sommige deelstaten inzake het verschillend geslacht van het wenspaar en de gehuwde staat ervan. Door uitzonderingen toe te laten, wordt ruimte gelaten voor contextualisering en verdere belangenafweging.

Daarnaast krijgt draagmoederschap in elk van deze deelstaten slechts een zuiver intern statuut. De verwekking en behandeling moeten vaak plaatsvinden in de deelstaat zelf, en de wensouders en soms zelf de draagouders moeten inwoners zijn van die deelstaat. Een *parentage order* staat niet open voor kinderen geboren na (commercieel) draagmoederschapstoerisme.

Dit leidt MILLBANK ertoe te stellen dat de Australische benadering een manifeste mislukking is¹⁴⁹. Dit is m.i. te sterk uitgedrukt. Hoewel kritiek kan

¹⁴⁷ THE LEGISLATIVE ASSEMBLY FOR THE AUSTRALIAN CAPITAL TERRITORY, *Parentage Bill 2003: Explanatory Statement*, 2003, www.legislation.act.gov.au, 13.

¹⁴⁸ J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 197.

¹⁴⁹ J. MILLBANK, "The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?", *Melbourne University Law Review* 2011, (165) 206-207.

worden geleverd op de postnatale vaststelling van de afstammingsband, wordt draagmoederschap in Australië strikt geregeld en is een belangenafweging in zekere mate mogelijk.

Titel 3. Bulgarije

80. Draagmoederschap is sinds 2004 in Bulgarije verboden¹⁵⁰. Sinds enige tijd wordt een debat gevoerd om de wetgeving te versoepelen¹⁵¹.

¹⁵⁰ Art. 182 Bulgaars Strafwetboek en art. 5, (14) Ordonnantie nr. 28 betreffende begeleide voortplanting (20 juni 2007), te raadplegen op www.mh.government.bg/.

¹⁵¹ Zie L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 234-266.

Titel 4. Canada

81. In Canada werd in 2004 door de *Assisted Human Reproduction Act*¹⁵² commercieel draagmoederschap of bemiddeling in draagmoederschap tegen betaling verboden (art. 6, (1) – (4) Assisted Human Reproduction Act).

De wet spreekt zich niet uit over altruïstisch draagmoederschap, waardoor het impliciet aanvaard lijkt, en bepaalt uitdrukkelijk dat artikel 6 de geldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst onder het recht van een Canadese provincie niet aantast (art. 6, (5) Assisted Human Reproduction Act)¹⁵³.

Bij gebrek aan specifieke wetgeving in sommige provincies dient de rechtspraak zich uit te spreken over de familierechtelijke gevolgen van draagmoederschap. Wensouders werden verschillende malen erkend als de ouders van het kind¹⁵⁴.

Hoofdstuk 1. Alberta

82. In Alberta laat artikel 8.2 van de *Family Law Act*¹⁵⁵ toe dat de genetische wensmoeder ten vroegste 14 dagen na de geboorte van het kind om een *order* vraagt, die verklaart dat zij de moeder is van het kind en niet de draagmoeder. Deze laatste moet daarvoor haar toestemming verlenen.

Hoofdstuk 2. Nova Scotia

83. Artikel 5 *Birth Registration Regulations*¹⁵⁶ stelt de mogelijkheid van een *declaratory order*, die verklaart dat de wensouders de ouders zijn, open voor draagmoederschap.

¹⁵² An Act respecting assisted human reproduction and related research (29 maart 2004), i.w.tr. 22 april 2004, <http://laws.justice.gc.ca/eng/>.

¹⁵³ Voor een bespreking zie L. LANGEVIN, "Canada" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, 85-107; A.L. BURPEE, "Momma Drama: A Study of How Canada's National Regulation of Surrogacy Compares to Australia's Independent State Regulation of Surrogacy", *Georgia Journal of International and Comparative Law* 2009, 305-338; R. RUPARELIA, "Giving Away the "Gift of Life": Surrogacy and the Canadian Assisted Human Reproduction Act", *Canadian Journal of Family Law* 2007, 11-54.

¹⁵⁴ Zie bv. voor British Columbia: B.A.N. v J.H., 2008 BCSC 808 (23 juni 2008) en Rypkema v. H.M.T.Q. et al., 2003 BCSC 1784 (28 november 2003); voor Ontario: M.D. and J.D. v L.L., 2008 CarswellOnt 1290 (10 maart 2008) en J.R. and J.K. v L.H. and G.H., 2002, CarswellOnt 3445 (3 september 2002); voor Saskatchewan: W.J.Q.M. and L.J.E. v A.M.A. and Jane Doe, 2011, SKQB 317 (30 augustus 2011).

¹⁵⁵ Family Law Act van december 2003, i.w.tr. 1 oktober 2005, www.qp.alberta.ca/.

¹⁵⁶ Birth Registration Regulations (1989) made under Section 51 of the Vital Statistics Act, <http://www.novascotia.ca/just/regulations/regsv/visbirthreg.htm>.

Hoofdstuk 3. Newfoundland and Labrador

84. Op grond van artikel 5, (6) *Vital Statistics Act*¹⁵⁷ zal de ambtenaar van de burgerlijke stand de wensouders als de ouders registreren wanneer zij een *adoption order* hebben verkregen, overeenkomstig artikel 25 *Adoption Act*, of een *declaratory order*, die verklaart dat zij de moeder en/of vader van het kind zijn overeenkomstig artikel 6, resp. 7 *Children's Law Act*.

Hoofdstuk 4. Québec

85. Artikel 541 van het Burgerlijk Wetboek van Québec bepaalt sinds 2002 dat elke draagmoederschapsovereenkomst, laag- of hoogtechnologisch, altruïstisch of commercieel, absoluut nietig is¹⁵⁸.

In 2009 werd door de Court of Québec een adoptie na draagmoederschap door de wensmoeder geweigerd¹⁵⁹. Vijf jaar later werd door het hof van beroep te Québec daarentegen geoordeeld dat een adoptie door de wensmoeder na hoogtechnologisch draagmoederschap kon worden uitgesproken¹⁶⁰.

¹⁵⁷ An Act respecting the registration of births, marriages, deaths and other vital events (28 mei 2009), i.w.tr. 1 oktober 2009, www.assembly.nl.ca/.

¹⁵⁸ Voor een bespreking van deze wetgeving: M.-F. BUREAU en E. GUILHERMONT, "Maternité, gestation et liberté: réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois", *Revue de droit et santé de McGill* 2011, 43-74; L. LANGEVIN, "Réponse jurisprudentielle à la pratique des mères porteuses au Québec; une difficile réconciliation", *Canadian Journal of Family Law* 2010, 171-199.

¹⁵⁹ In the matter of the adoption of X, 2009 QCCQ 628 (6 januari 2009).

¹⁶⁰ A, B en C (Adoption), 2014 QCCA 1162 (10 juni 2014).

Titel 5. China

86. In China is draagmoederschap verboden door twee administratieve regels. Enerzijds zijn er de Administratieve maatregelen voor begeleide menselijke voortplantingstechnologie, uitgevaardigd door de minister van Volksgezondheid op 20 februari 2001, in werking getreden op 1 augustus 2001¹⁶¹. Deze maatregelen verbieden medische instellingen en medisch personeel om betrokken te zijn in een draagmoederschapsprocedure. Een overtreding kan leiden tot een strafsanctie.

Anderzijds zijn er de Ethische principes inzake begeleide menselijke voortplantingstechnologie en menselijke spermabanken, gewijzigd op 23 juni 2003. Deze principes willen het welzijn van kinderen beschermen o.m. door operaties bij draagmoederschap te verbieden¹⁶².

¹⁶¹ Te raadplegen op <http://www.nhfpc.gov.cn/>.

¹⁶² Voor meer informatie over de juridische aspecten van draagmoederschap in China, zie Z. HUO, "The People's Republic of China" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 93-103.

Titel 6. Denemarken

87. Draagmoederschap gecombineerd met kunstmatige voortplanting is verboden op grond van artikel 13 van de Deense Wet op kunstmatige bevruchting van 10 juni 1997¹⁶³.

¹⁶³ Wet op kunstmatige bevruchting (10 juni 1997), <https://www.retsinformation.dk/>. Zie J. ROTHMAR HERRMANN, "Danemark" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, 127-128; L. NIELSEN, "Artificial Procreation in the Nordic Countries" in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (559) 564.

Titel 7. Duitsland

88. In Duitsland bestaan er sinds 1989 en 1990¹⁶⁴ enkele verbodsbepalingen die de toepassing van draagmoederschap pogen te verhinderen¹⁶⁵. Deze strafbepalingen zijn enkel van toepassing op misdrijven gepleegd binnen het nationale territorium¹⁶⁶. De verboden werden ingevoerd om gesplitst moederschap te vermijden¹⁶⁷ en moeten gesitueerd worden in de context van rechtspraak uit de jaren '80, die draagmoederschap als een vorm van illegale adoptie zag, die de menselijke waardigheid van het kind en de moeder schendt.

89. Er is geen rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht (Grondwettelijk Hof) of het Bundesgerichtshof (Cassatie), wat het gebrek aan convergentie in de Duitse rechtspraak verklaart¹⁶⁸.

Hoofdstuk 1. Strafbaarstelling van de tussenkomst van derden

90. In het *Embryonenschutzgesetz* (hierna ESchG) van 13 december 1990¹⁶⁹ werden verschillende handelingen verboden, waardoor draagmoederschap *de iure* onmogelijk wordt. Deze handelingen werden aangemerkt als misbruik van voortplantingstechnieken¹⁷⁰.

¹⁶⁴ In 1994 werd de bevoegdheidsverdeling tussen de Bondsrepubliek en de Länder gewijzigd. Art. 74, eerste lid, § 26 Grundgesetz bepaalt nu dat medisch begeleide voortplanting een concurrerende bevoegdheid is. De Länder kunnen optreden zolang de Bund dat niet heeft gedaan (art. 72, eerste lid Grundgesetz). Noch de Länder, noch de Bund hebben ondertussen specifieke wetsbepalingen aangenomen waardoor de wetgeving van 1989 en 1990 van kracht blijft.

¹⁶⁵ M. COESTER, "Ersatzmutterchaft in Europa" in H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, G. KRONKE, Ch. KOHLER en R. HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, (1243) 1245.

¹⁶⁶ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 275, nr. 11.

¹⁶⁷ Schlussbericht der Enquete-Kommission "Recht und Ethik der modernen Medizin", Deutscher Bundestag 14, Drucksache 14/9020, 14 mei 2002, 38.

¹⁶⁸ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 270. Een vordering inzake draagmoederschapstoerisme ingesteld bij het Grondwettelijk Hof werd niet-ontvankelijk verklaard, *infra* nr. 112.

¹⁶⁹ Embryonenschutzgesetz van 13 december 1990, *BGBI. I* 2746, i.w.tr. 1 januari 1991.

¹⁷⁰ Kosten die gepaard gaan met draagmoederschap dat in strijd met het ESchG werd uitgevoerd, kunnen bovendien, volgens het Finanzgericht te Düsseldorf, niet in aanmerking worden genomen als buitengewone lasten in het raam van de inkomstenbelastingen. Kinderloosheid werd door de rechtbank niet als een ziekte beschouwd waardoor draagmoederschap er geen behandeling van kon zijn (FG Düsseldorf 9 mei 2003, *Deutsches Steuerrecht* 2003, 1452). Drie jaar eerder erkende het Finanzgericht te München nochtans dat infertiliteit door een verwijderde baarmoeder een ziekte was. Niettemin oordeelde de rechtbank dat de kosten voor draagmoederschap geen kosten zijn om de ziekte te genezen of te verminderen, aangezien de (on)bekwaamheid van de wensmoeder om kinderen te krijgen

Artikel 1, (1), 7 ESchG verbiedt uitdrukkelijk de kunstmatige bevruchting van of een embryo transfer naar een vrouw die bereid is het kind na de geboorte definitief aan derden af te staan. Deze bepaling beoogt zowel laag- als hoogtechnologisch draagmoederschap te verbieden¹⁷¹.

In artikel 1, (1), 6 ESchG wordt de embryo transfer van de ene vrouw naar de andere vrouw verboden, met de bedoeling embryodonatie en draagmoederschap te verhinderen¹⁷². Het verzoek daartoe is ook strafbaar (art. 1, (4) ESchG).

Verder speelt in deze context ook artikel 1, (1), 2 ESchG. Het verbiedt de kunstmatige bevruchting van een eikel met een ander doel dan een zwangerschap bij de vrouw van wie de eikel afkomstig is. Draagmoederschap waarbij het kind wordt afgestaan aan de genetische wensouders, valt ook onder het toepassingsgebied van dit verbod¹⁷³.

Wie deze misdrijven pleegt, riskeert een gevangenisstraf van drie jaar of een geldboete. M.b.t. het eerste misdrijf kunnen noch de draagmoeder, noch de wensouder worden bestraft. Voor de laatste twee misdrijven geldt ook een uitsluitingsgrond voor de vrouw van wie de eikel of het embryo afkomstig is en de vrouw bij wie de eikel of het embryo wordt ingeplant. In de context van draagmoederschap, zullen de draag- en wensmoeder bijgevolg niet kunnen worden vervolgd (art. 1, (3) ESchG).

De *ratio legis* was dat de betrokken draagmoeders vaak altruïstische motieven hebben en niet op voorhand kunnen inschatten in welke conflictsituaties zij kunnen terechtkomen, wanneer zij tijdens de zwangerschap een band krijgen met het kind. Weigert de draagmoeder het kind af te staan aan de wensouders, dan is het in het belang van het kind dat zij niet strafrechtelijk wordt vervolgd.

Deze redenering gaat ook op voor de wensouders. Hebben zij het kind geadopteerd, dan is ook in dat geval de ontwikkeling van het kind niet gebaat met een strafrechtelijk onderzoek. Bovendien hebben zij gehandeld op basis van hun verlangen naar een eigen genetisch kind. Voor de bescherming van rechtsbelangen volstaat het degenen die als arts, bioloog of medische beroepsbeoefenaar voortplantingstechnieken aanwenden en de negatieve gevolgen van een misbruik van deze technieken kunnen inschatten, te

er niet door werd veranderd (FG München 21 februari 2000, *Beck-Rechtsprechung* 2000, 30813399).

¹⁷¹ Entwurf eines Gesetz zum Schutz von Embryonen, Drucksache 11/5460, 25 oktober 1989, 9.

¹⁷² Entwurf eines Gesetz zum Schutz von Embryonen, Drucksache 11/5460, 25 oktober 1989, 9.

¹⁷³ Entwurf eines Gesetz zum Schutz von Embryonen, Drucksache 11/5460, 25 oktober 1989, 8.

bestrafen¹⁷⁴. Hierdoor wordt artikel 1 ESchG een bijzonder strafrecht voor artsen¹⁷⁵.

Laagtechnologisch draagmoederschap door inseminatie van de draagmoeder met zaadcellen van de wensvader zonder medische tussenkomst, door geslachtsgemeenschap of zelfinseminatie door de draagmoeder, is aan geen enkele strafsancie onderworpen¹⁷⁶.

91. Op grond van het *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern* (verkort *Adoptionsvermittlungsgesetz*, hierna AdVermiG) van 27 november 1989¹⁷⁷, is bemiddeling in draagmoederschap verboden (art. 13c AdVermiG)¹⁷⁸. De strafsancie bestaat uit een gevangenisstraf van één jaar of een geldboete. Men riskeert een gevangenisstraf van twee jaar wanneer het commerciële bemiddeling betreft, of van drie jaar wanneer de dader beroepsmatig handelde (art. 14b, (1) en (2) AdVermiG).

Onder dergelijke bemiddeling wordt het samenbrengen van de wensouders en de draagmoeder begrepen. Een poging daartoe valt ook onder het toepassingsgebied (art. 13b AdVermiG). Uit de definitie van 'draagmoeder' moet worden afgeleid dat het verbod zowel laag- als hoogtechnologisch draagmoederschap betreft (art. 13a AdVermiG). De definitie van het begrip draagmoeder in de ESchG stemt niet volledig overeen met deze in het AdVermiG. In de laatste wet kan zowel kunstmatige als natuurlijke bevruchting leiden tot de toepassing ervan, in het ESchG wordt enkel gesproken van kunstmatige bevruchting. Het ESchG vereist bovendien dat de draagmoeder de bereidheid heeft om het kind aan derden af te staan, terwijl onder het AdVermiG er een voorafgaande overeenkomst moet bestaan tussen

¹⁷⁴ Entwurf eines Gesetz zum Schutz von Embryonen, Drucksache 11/5460, 25 oktober 1989, 9-10; E. DEUTSCH, "Embryonenschutz in Deutschland", *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, (721) 723.

¹⁷⁵ E. DEUTSCH, "Embryonenschutz in Deutschland", *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, (721) 722.

¹⁷⁶ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 267, nr. 1; M. COESTER, "Ersatzmutterschaft in Europa" in H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, G. KRONKE, Ch. KOHLER en R. HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, (1243) 1245.

¹⁷⁷ Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern van 27 november 1989, *BGBI.* 1989, I, 2702, i.w.tr. 28 november 1989.

¹⁷⁸ Vóór de wijziging van 1989 (Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind, van 2 juli 1976, *BGBI.* 1976 I, 1762). In deze wet was geen uitdrukkelijke bestraffing van (bemiddeling in) draagmoederschap bepaald. Niettemin oordeelde het Oberlandesgericht te Hamm dat iemand die voor kinderloze echtparen een draagmoeder zoekt, onder het toepassingsgebied van het verbod op adoptiebemiddeling viel (art. 14, § 1, eerste en tweede lid, j° art. 1, 5 en 6 oud AdVermiG, OLG Hamm 7 april 1983, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1983, 1120). Private ondernemingen die tot doel hadden om kinderloze echtparen over de mogelijkheden van buitenlandse adoptie na draagmoederschap te adviseren en draagmoederschapsovereenkomsten voor te bereiden, deden ook aan adoptiebemiddeling en vielen dus eveneens onder het verbod (VGH Kassel 23 december 1987, *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, 1281).

de betrokkenen. Het is in de literatuur omstreden of het begrip *Ersatzmutter* eenvormig dient te worden geïnterpreteerd¹⁷⁹.

Het verbod werd ingevoerd omdat draagmoederschap tot psychische en sociale conflicten kan leiden bij alle betrokkenen en in strijd is met het waardesysteem van de Grondwet (art. 1.1 Grundgesetz)¹⁸⁰.

Het is eveneens verboden om wensouders of draagmoeders te zoeken of voor te stellen a.d.h.v. openbare mededelingen, in het bijzonder door berichten of advertenties in kranten (art. 13d AdVermiG). Dit verbod zorgt ervoor dat draagmoederschap de uitzondering blijft. In specifieke noodsituaties kan draagmoederschap immers helpen en wanneer het onopvallend is kan het sociaal aanvaardbaar zijn¹⁸¹.

Het dragen van een kind voor een ander, is, net zoals bij het ESchG, niet strafbaar¹⁸². Het AdVermiG bepaalt een persoonlijke schulduitsluitingsgrond voor de draagmoeder en de wensouders¹⁸³ (art. 14c, (3) AdVermiG).

Uit deze bespreking blijkt dat in Duitsland minstens hoogtechnologisch draagmoederschap *de iure* onmogelijk is.

92. Meerdere auteurs stellen dat de draagmoederschapsovereenkomst¹⁸⁴ op grond van de artikelen 134 *Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna: BGB) (nietigheid wegens strijdigheid met een wettelijk verbod) en 138, (1) BGB (nietigheid wegens strijdigheid met de goede zeden) nietig zal zijn, aangezien deze overeenkomst wettelijke verboden schendt, nl. deze in de hoger

¹⁷⁹ K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 235, vn. 49. Voor een eenvormige uitleg, zie S. LIERMANN, "Der Begriff "Ersatzmutter" im Embryonenschutzgesetz", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1991, 1403. Meerdere auteurs gaan ervan uit dat voor het toepassingsgebied van het ESchG geen voorafgaande overeenkomst vereist is maar dat een bereidheid in hoofde van de draagmoeder volstaat: A. SPICKHOFF, "Allemagne" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (27) 28; M. COESTER, "Ersatzmuttertschaft in Europa" in H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, G. KRONKE, Ch. KOHLER en R. HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, (1243) 1243-1244.

¹⁸⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, Drucksache 11/41454, 9 maart 1983.

¹⁸¹ A. LÜDERITZ, "Verbot von Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung durch Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes", *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, (1633) 1636.

¹⁸² L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 267, nr. 1.

¹⁸³ Zie K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 234.

¹⁸⁴ Uitgebreid over de toepassing van het Duitse verbintenissenrecht op draagmoederschap: W. KÜPPERS, *Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragmuttertschaft*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1989, 116-263.

besproken ESchG en AdVermiG¹⁸⁵. Het Ministerie van Buitenlandse Zaken neemt eveneens de stelling in dat een draagmoederschapsovereenkomst strijdig is met de goede zeden en daarom nietig¹⁸⁶. Omwille van deze nietigheid kunnen de overeenkomsten noch t.a.v. de wensouders, noch t.a.v. de draagmoeder worden afgedwongen¹⁸⁷.

COESTER-WALTJEN en GOELDEL zijn daarentegen, m.i. terecht, de mening toegedaan dat enkel de overeenkomsten waarbij een arts of een derde er zich toe verplicht een verboden embryotransfer, inseminatie of eicellentransfer uit te voeren, nietig zijn onder artikel 134 BGB, net als draagmoederschapsovereenkomsten¹⁸⁸. De draagmoeder en wensouders zijn uitdrukkelijk van de strafbaarstelling uitgesloten, waardoor een door hen afgesloten overeenkomst op grond van artikel 134 BGB niet nietig kan zijn¹⁸⁹. Volgens COESTER-WALTJEN is de draagmoederschapsovereenkomst evenmin strijdig met de goede zeden¹⁹⁰.

Hoofdstuk 2. Invloed op het adoptieverzoek

93. Op grond van artikel 1591 BGB¹⁹¹ is de vrouw die van het kind bevallen is, de moeder van het kind. Het moederschap is onbetwistbaar, ongeacht of een andere vrouw genetische moeder is, aangezien eiceldonatie

¹⁸⁵ S.L. GÖSSL, "Germany" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (131) 134-135; A.S. VOSS, "The Right to Privacy and Assisted Reproductive Technologies: A Comparative Study of the Law of Germany and the U.S.", *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 2002, (229) 293. Uitgebreid over de strijdigheid met de goede zeden van draagmoederschapsovereenkomsten: A. GOELDEL, *Leihmutterschaft – eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994, 152-165. Zie ook OLG Hamm 2 december 1985, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 781, waar de rechtbank oordeelde dat een commerciële draagmoederschapsovereenkomst strijdig is met de goede zeden aangezien de overeenkomst het kind tot voorwerp van een transactie maakte, en het daardoor tot handelswaar verlaagde. De overeenkomst was bijgevolg niet afdwingbaar, waardoor de vordering van de wensvader om betalingen gedaan aan de draagmoeder terug te vorderen, gesteund op de overeenkomst, ongegrond werd verklaard. Zie ook AG Hamm 22 februari 2011, *Beck-Rechtsprechung* 2011, 25140.

¹⁸⁶ Voor meer informatie zie: <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/FAQ/GeburtAusland/06-Leihmutterschaft.html?nn=383016>.

¹⁸⁷ K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commerciële draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 238-239; A. SPICKHOFF, "Allemagne" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (27) 30-31; M. COESTER, "Ersatzmutterschaft in Europa" in H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, G. KRONKE, Ch. KOHLER en R. HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, (1243) 1251-1252.

¹⁸⁸ D. COESTER-WALTJEN, "Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1992, (369) 371.

¹⁸⁹ A. GOELDEL, *Leihmutterschaft – eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994, 148-151.

¹⁹⁰ D. COESTER-WALTJEN, "Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft", *Neue Juristische Wochenschrift* 1982, (2528) 2531.

¹⁹¹ Ingevoerd door art. 1 Kindschaftsrechtsreformgesetz van 16 februari 1997, *BGBI.* 1997, I, 2942, i.w.tr. 1 juli 1998.

en draagmoederschap verboden zijn¹⁹². Er is geen mogelijkheid tot anonieme bevalling. Met deze bepaling wou men draagmoederschap en een splitsing van het moederschap vermijden¹⁹³. Bijgevolg zal de draagmoeder de moeder zijn. Haar moederschap is onaanvechtbaar¹⁹⁴ en onbeschikbaar¹⁹⁵.

Werd de geboortemoeder, die zelf geen kind kon verwekken maar wel kan dragen, zwanger ten gevolge van een eicel- of embryodonatie in het buitenland, dan zal zij toch de juridische moeder zijn, in tegenstelling tot de wensmoeder die wel een kind kan verwekken maar niet kan voldragen en een kind kreeg door draagmoederschap. Dit komt volgens WELLENHOFER neer op een ongelijke behandeling, zonder rechtvaardigingsgrond. Medisch gezien gaat het volgens de auteur om een gelijk proces¹⁹⁶.

94. Op grond van artikel 1592, 1 BGB zal de echtgenoot van de draagmoeder de juridische vader zijn¹⁹⁷.

Betwisting van het vaderschap van de echtgenoot is op grond van artikel 1600 e.v. BGB mogelijk indien de echtgenoot niet de genetische vader is. Net als in België speelt er een grond van niet-ontvankelijkheid indien de man zijn toestemming heeft gegeven tot een daad van kunstmatige voortplanting bij zijn vrouw en daarvoor zaadcellen van een andere man werden gebruikt. In dat geval kan de betwistingsvordering niet worden ingesteld door de juridische vader of moeder (art. 1600, (5) BGB). Deze uitsluiting geldt zowel t.a.v. het vaderschap vastgesteld op grond van het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot als na een erkenning¹⁹⁸. De vordering lijkt echter niet uitgesloten voor de wensvader wiens zaadcellen werden gebruikt voor de verwekking van het kind.

Is de draagmoeder ongehuwd of werd het vaderschap van de echtgenoot succesvol betwist, dan is de vader degene die het kind heeft erkend of wiens

¹⁹² L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 268.

¹⁹³ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, Drucksache 13/4899, 13 juni 1996, 82; A. SPICKHOFF, "Allemagne" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (27) 33.

¹⁹⁴ M. COESTER, "Ersatzmutterchaft in Europa" in H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, G. KRONKE, Ch. KOHLER en R. HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, (1243) 1246-1247; U. DIEDERICHSEN, "Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts", *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, (1977) 1979.

¹⁹⁵ R. WAGNER, "Abstammungsfragen bei Leihmutterchaften in internationalen Sachverhalten", *Das Standesamt* 2012, (294) 295; U. WANITZEK, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2002, 224.

¹⁹⁶ M. WELLENHOFER, "BGB § 1591 Mutterchaft" in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8, München, C.H. Beck, 2012, nr. 29.

¹⁹⁷ U. WANITZEK, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 2002, 351.

¹⁹⁸ N. DETHLOFF, *Familienrecht in Juristische Kurz-Lehrbücher*, München, C.H. Beck, 2012, 311, nr. 84.

vaderschap gerechtelijk werd vastgesteld (art. 1592, 2 en 3 BGB). Een vaderlijke erkenning kan ook prenataal plaatsvinden (art. 1594, (4) BGB). De toestemming van de draagmoeder is vereist voor de erkenning (art. 1595, (1) BGB).

95. Ten gevolge van de oorspronkelijke afstammingsregels is het voor de wensouders praktisch onmogelijk om de juridische ouders te worden op grond van het oorspronkelijke afstammingsrecht. Het Duitse afstammingsrecht is duidelijk niet aangepast aan het fenomeen van draagmoederschap¹⁹⁹.

96. De enige manier voor de wensmoeder om een juridische band te krijgen met het kind is via adoptie²⁰⁰. Eventueel staat stiefouderadoptie open ingeval de wensvader reeds de juridische vader is²⁰¹.

Duitsland kent maar één soort adoptie, die overeenstemt met de Belgische volle adoptie: de geadopteerde wordt beschouwd als het kind van de adoptanten, wordt een lid van hun familie en krijgt alle daarmee overeenstemmende rechten (art. 1754 BGB). De banden met de oorspronkelijke ouders en hun familie worden doorgeknipt (art. 1755, (1) BGB).

97. Indien wensouders samen willen adopteren, kan dit enkel indien zij gehuwd zijn. Een alleenstaande wensouder kan ook adopteren (art. 1741, (2) BGB).

De draagouders dienen als geboorteouders hun toestemming te geven (art. 1747, (1) BGB), behalve in uitzonderlijke omstandigheden (art. 1748 BGB). Deze toestemming kan pas worden gegeven vanaf acht weken na de geboorte (art. 1747, (2) BGB).

In principe moet de kandidaat-adoptant enige tijd voor het kind hebben gezorgd (art. 1744 BGB). Er moet m.a.w. een zekere proeftijd worden doorlopen.

98. Overeenkomstig artikel 1741, (1) BGB kan de adoptie enkel worden uitgesproken wanneer deze het belang van het kind dient en wanneer mag worden verwacht dat een ouder-kindrelatie zal ontstaan tussen de

¹⁹⁹ Uitgebreid over de toepassing van het Duitse afstammingsrecht op draagmoederschap: A. GOELDEL, *Leihmuttertschaft – eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994, 180-193; W. KÜPPERS, *Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragmuttertschaft*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1989, 20-115.

²⁰⁰ S.L. GÖSSL, "Germany" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (131) 136. Het verzoek moet bij de familierechtbank (*das Familiengericht*) worden ingesteld (art. 1752 (1) BGB) (sinds 1 september 2009, datum van de inwerkingtreding van het Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) van 17 december 2008, *BGBl.* 2008, I, 2586, 2587).

²⁰¹ U. WANITZKE, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecke, 2002, 229.

kandidaat-adoptant en het kind. Nam de kandidaat-adoptant deel aan een overdracht of overbrenging van het kind m.o.o. de adoptie en was deze strijdig met een wet of de goede zeden, heeft men een derde daarmee belast of heeft men daarvoor iemand betaald, dan kan de kandidaat-adoptant het kind maar adopteren wanneer dit noodzakelijk is in het belang van het kind. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer het kind reeds in de familie van de wensouders vastgeworteld is²⁰². Een draagmoederschapsovereenkomst verhindert hierdoor niet noodzakelijk de adoptie²⁰³.

Het Amtsgericht te Gütersloh sprak de adoptie na draagmoederschap uit in 1985, toen kunstmatige inseminatie en (bemiddeling in) draagmoederschap nog niet bij wet verboden waren. De zwangerschap kwam tot stand na inseminatie met zaadcellen van de wensvader. De rechtbank oordeelde dat noch het genetische vaderschap, noch de eventuele nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst van invloed was op haar uitspraak. Enkel het welzijn van het kind moest worden beoordeeld²⁰⁴.

99. Het Amtsgericht te Düsseldorf moest zich in 2010 buigen over de gevolgen van commercieel draagmoederschapstoerisme voor adoptie²⁰⁵. Het betrof een homoseksueel wenspaar, dat een *Lebenspartnerschaft* was aangegaan. De twee mannen hadden tweemaal beroep gedaan op een Californische draagmoeder en anonieme eiceldonaties. Bij de eerste zwangerschap was de verwekking tot stand gekomen na donatie door de ene wensvader. Naar aanleiding van een tweede zwangerschap werd een tweeling geboren, waarvan de tweede wensvader de biologische vader was. Nu wensten zij elk het kind resp. de kinderen van de andere partner te adopteren. Hiervoor hadden zij reeds de toestemming van de draagmoeder verkregen.

De artikelen 22 en 23 *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (hierna EGBGB)²⁰⁶ wezen het Duitse recht aan als het toepasselijke recht, waardoor artikel 1741, (1), tweede zin BGB van toepassing was. Deze bepaling werd hoger reeds besproken. Het was m.a.w. aan de wensouders om aan te tonen dat de adoptie in het belang was van het kind, aangezien de draagmoederschapconstructie volgens de rechtbank wel degelijk een overdracht in strijd met de wetgeving, nl. het ESchG, en de goede zeden was. De kinderen werden als koopwaar behandeld.

²⁰² M. COESTER, "Ersatzmutterchaft in Europa" in H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, G. KRONKE, Ch. KOHLER en R. HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, (1243) 1250.

²⁰³ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 268-269.

²⁰⁴ AG Gütersloh 17 december 1985, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1986, 718.

²⁰⁵ AG Düsseldorf 19 november 2010, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 10796.

²⁰⁶ Het recht van het land waarvan de kandidaat-adoptant de nationaliteit heeft, is van toepassing. Gelet op de Duitse nationaliteit van de wensouders was dit het Duitse recht, waaronder de Duitse waarden.

Het wenspaar kon dit bewijs niet leveren en de adoptie werd geweigerd. Volgens de rechtbank zouden de kinderen er niet onder lijden dat de adoptie niet werd uitgesproken. Beide wensvaders hadden met elk van de drie kinderen een vaderlijke band en namen samen de verzorging op zich. Bovendien kon volgens de rechtbank niet buiten beschouwing worden gelaten dat de wensouders in het buitenland, met hulp van een agentschap, beroep hadden gedaan op draagmoederschap, een in Duitsland met de goede zeden en de wet strijdige praktijk, teneinde bij hun terugkeer naar Duitsland het kind te adopteren, wetende dat deze procedure juridische onzekerheid met zich meebrengt.

Op 3 augustus 2012 besliste het Landgericht te Frankfurt in tegengestelde zin in graad van hoger beroep m.b.t. de adoptievordering t.a.v. één kind van de tweeling, ingesteld door de niet-genetisch verwante wensvader²⁰⁷. Volgens het Landgericht was er helemaal geen sprake van *Vermittlung eines Kindes* aangezien enerzijds een eicel geen kind is en anderzijds draagmoederschap op te vatten is als de medewerking aan de mogelijkheid van het dragen van een kind. Het LG verwees verder naar de bedoeling van de wetgever met de invoering van artikel 1741, § 1 BGB, nl. '*dem Kinderhandel und vergleichbaren Praktiken präventiv entgegenwirken*'. Kinderhandel impliceert volgens het LG noodzakelijkerwijs geboren kinderen, die door af te keuren bemiddeling of overdracht uit hun natuurlijke familie worden gerukt, wat niet het geval zou zijn bij draagmoederschap. Bovendien laten sommige rechtsstelsels draagmoederschap toe, terwijl kinderhandel internationaal verboden is. Artikel 1741, § 1 BGB moet restrictief worden geïnterpreteerd. De adoptie werd uitgesproken.

100. Het Amtsgericht te Hamm nam in 2011 een andere stelling in²⁰⁸. Een wensmoeder wenste een kind te adopteren dat ter wereld was gekomen in Pennsylvanië (VSA) na commercieel draagmoederschap, anonieme eiceldonatie en spermadonatie van de wensvader. In de geboorteakte werden de wensouders vermeld als de ouders. De adoptievordering werd ongegrond verklaard.

De rechtbank stelde vooreerst dat het feit dat het draagmoederschap werd uitgevoerd in het buitenland (*in casu* in de VSA) geen rol speelt. Op grond van artikel 22 en 23 EGBGB was het Duitse recht van toepassing.

Volgens de rechtbank was niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 1741, § 1, tweede zin BGB. Deze bepaling was van toepassing omdat de draagmoederschapsovereenkomst strijdig is met het ESchG en de goede zeden.

Het Amtsgericht hield dezelfde redenering aan als het AG Düsseldorf: het zag niet in waarom het niet uitspreken van de adoptie schadelijk zou zijn voor het kind en evenmin hoe de situatie van het kind zou kunnen verbeteren

²⁰⁷ LG Frankfurt 3 augustus 2012, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 3111. Zie ook LG Düsseldorf 15 maart 2012, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 19794.

²⁰⁸ AG Hamm 22 februari 2011, *Beck-Rechtsprechung* 2011, 25140.

door een adoptie. Het criterium van het belang van het kind werd gebruikt tegen draagmoederschap²⁰⁹.

Hoofdstuk 3. Draagmoederschapstoerisme

101. Op de website van het Duitse Ministerie van Buitenlandse Zaken worden wensouders gewaarschuwd dat een buitenlandse geboorteakte waarop de wensmoeder als de juridische moeder wordt vermeld, naar Duits recht niet zal worden erkend. Een Duitse wensmoeder kan dan ook haar Duitse nationaliteit niet doorgeven aan het kind.

De wensvader kan zijn vaderschap niet op de draagmoederschapsovereenkomst baseren. Hij kan wel het kind erkennen. Indien de wensvader de Duitse nationaliteit heeft, zal in dat geval ook het kind Duits zijn en aanspraak kunnen maken op een reisvisum. Zonder de nodige reisdocumenten is een afreis naar Duitsland niet mogelijk²¹⁰.

Wensouders die naar Oekraïne²¹¹ of India²¹² wensen te gaan voor draagmoederschap, worden nog eens uitdrukkelijk gewaarschuwd op de website van het Ministerie.

102. Nemen de wensouders ondanks deze waarschuwingen toch hun toevlucht tot buitenlands draagmoederschap, dan kunnen de geschetste problemen van internationaal privaatrecht ontstaan. N.a.v. dit draagmoederschapstoerisme hebben de Duitse rechtbanken en hoven zich reeds verschillende malen moeten buigen over de erkenning van buitenlandse geboorteakten en rechterlijke beslissingen na draagmoederschap. Net als in België geldt voor deze erkenningsbeslissingen een verschillend regime.

Afdeling 1. *Verfahrensrechtliche* erkenning van een buitenlandse *Entscheidung*

103. Wordt om de erkenning van een *Entscheidung* – beslissing of besluit – inzake afstamming na draagmoederschap verzocht, dan rijst niet de vraag naar het toepasselijke recht, maar is het regime van artikel 108 en 109 *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (hierna FamFG) van toepassing. De regels van

²⁰⁹ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 270-271, nr. 4.

²¹⁰ Voor meer informatie zie: <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/FAQ/GeburtAusland/06-Leihmuttertschaft.html?nn=383016>.

²¹¹ Zie <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Laenderinformationen/00-SiHi/UkraineSicherheit.html>.

²¹² Zie <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Laenderinformationen/00-SiHi/IndienSicherheit.html>.

erkenning van buitenlandse beslissingen moeten immers worden toegepast. Het 'Verfahrensrecht' (procesrecht) heeft voorrang op het 'Internationale Privatrecht' (internationaal privaatrecht)²¹³.

104. Een rechterlijke beslissing wordt in principe automatisch, zonder bijkomende procedure, erkend, tenzij een uitzondering op grond van artikel 109 FamFG van toepassing is (art. 108 FamFG). Zo is de erkenning uitgesloten wanneer deze tot een resultaat zou leiden dat met wezenlijke basisprincipes van het Duitse recht kennelijk onverenigbaar zou zijn, in het bijzonder wanneer het een onverenigbaarheid met de grondrechten betreft (art. 109, (1), 4 FamFG). Er kunnen geen algemene verklaringen worden gedaan over wanneer dergelijk *Orde-public-Verstoß* voorligt. De specifieke omstandigheden van elk geval moeten worden onderzocht²¹⁴.

Deze openbareorde-exceptie moet terughoudend worden toegepast en vereist ook een band met het interne recht. Dit wordt de relativiteit van de openbare orde genoemd. Hoe minder sterk de band met Duitsland is, hoe ernstiger de tegenstrijdigheid met de Duitse waarden moet zijn²¹⁵.

105. Wordt in een buitenlandse beslissing de wensmoeder als moeder van het kind aangewezen, dan kan de erkenning van deze beslissing stranden wegens strijdigheid met de openbare orde, aangezien artikel 1591 BGB bepaalt dat de vrouw die van het kind bevalt de moeder is²¹⁶.

Dit is ook het geval voor een beslissing waaruit het juridisch vaderschap van de wensvader zonder meer blijkt. Naar Duits recht moet de wensvader het kind immers eerst erkennen, waarvoor de nodige toestemmingen vereist zijn²¹⁷.

Op 1 augustus 2013 oordeelde het Kammergericht te Berlijn over de toepassing van artikel 109, (1), 4 FamFG m.b.t. de nieuwe Californische wetgeving inzake draagmoederschap²¹⁸. De Californische Superior Court had twee wensvaders als de ouders van een kind geboren na draagmoederschap erkend. Het Kammergericht oordeelde dat ook naar Duits recht de afstammingsband tussen de ene biologische wensvader en het kind had

²¹³ Ch. BENICKE, "Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft", *Das Standesamt* 2013, (101) 104; R. WAGNER, "Abstammungsfragen bei Leihmutterschaften in internationalen Sachverhalten", *Das Standesamt* 2012, (294) 295. Dit stemt overeen met het Belgische systeem van artikel 22 WIPR (erkenning buitenlandse rechterlijke beslissingen), resp. artikel 27 WIPR (erkenning buitenlandse authentieke akten).

²¹⁴ R. WAGNER, "Abstammungsfragen bei Leihmutterschaften in internationalen Sachverhalten", *Das Standesamt* 2012, (294) 295.

²¹⁵ Ch. BENICKE, "Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft", *Das Standesamt* 2013, (101) 109.

²¹⁶ Zie Ch. BENICKE, "Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft", *Das Standesamt* 2013, (101) 109-111.

²¹⁷ R. WAGNER, "Abstammungsfragen bei Leihmutterschaften in internationalen Sachverhalten", *Das Standesamt* 2012, (294) 296.

²¹⁸ KG 1 augustus 2013, Az. 1 W 413/12, <http://www.berlin.de>. Zie C. MAYER, "Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014, 57-62. *Infra* nr. 348 *et seq.*

kunnen tot stand komen, aangezien de nodige toestemmingen waren verkregen en het vaderschap nog niet ten aanzien van een andere man vaststond. Toch kon de Californische beslissing geen uitwerking naar Duits recht krijgen aangezien artikel 109, (1), 4 FamFG wel van toepassing was t.a.v. de tweede wensvader, omdat de vaststelling van een afstammingsband t.a.v. hem naar Duits recht niet mogelijk is.

106. Eerder had het Amtsgericht te Friedberg een Oekraïense geboorteakte na draagmoederschap, waarin de genetische wensouders werden aangewezen als de ouders, wel erkend, gelet op het belang van het kind. Zo niet zou het kind staatloos worden en zou *de facto* geen enkele persoon gehouden zijn tot verzorging van het kind. Formele en algemene preventieve argumenten, gebaseerd op de *ratio legis*, kunnen niet primeren op het belang van het kind in een concreet geval²¹⁹.

107. Kon het kind naar Duitsland afreizen omdat de buitenlandse beslissing inzake het vaderschap van de wensvader werd erkend, maar niet wat het moederschap van de wensmoeder betreft, dan kan de wensmoeder de procedure van stiefouderadoptie aanwenden om haar rechtspositie t.a.v. het kind te verbeteren²²⁰.

Afdeling 2. Kollisionsrechtliche erkenning van het ouderschap

108. Ligt de erkenning van een beslissing niet voor en hebben de Duitse rechtbanken nog niet geoordeeld over de afstamming van het kind, dan moet voor de vaststelling van het ouderschap naar Duits recht eerst het toepasselijke afstammingsrecht worden bepaald, wat neerkomt op een conflictenrechtelijke controle²²¹.

Dit regime is van toepassing wanneer de afstamming naar buitenlands recht tot stand kwam op grond van de wet n.a.v. een draagmoederschapsovereenkomst, zonder rechterlijke tussenkomst. Dit geldt voor de regelingen in Rusland, Oekraïne en India²²².

109. Het toepasselijke recht bij afstammingszaken wordt aangewezen door artikel 19, (1) EGBGB, nl. het recht van de staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Onder 'gewone verblijfplaats' moet begrepen worden de plaats waar het kind zijn levensmiddelpunt heeft, nl. waar het zwaartepunt van zijn sociale, culturele en maatschappelijke relaties ligt. Dit is natuurlijk moeilijk te bepalen bij een pasgeborene, aangezien deze nog niet veel relaties

²¹⁹ AG Friedberg 1 maart 2013, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2013, 1994.

²²⁰ R. WAGNER, "Abstammungsfragen bei Leihmutterchaften in internationalen Sachverhalten", *Das Standesamt* 2012, (294) 296.

²²¹ R. WAGNER, "Abstammungsfragen bei Leihmutterchaften in internationalen Sachverhalten", *Das Standesamt* 2012, (294) 297.

²²² Ch. BENICKE, "Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterchaft", *Das Standesamt* 2013, (101) 104 en 106.

heeft ontwikkeld²²³. De geboorte alleen bepaalt niet de gewone verblijfplaats van een kind²²⁴.

In verhouding tot een ouder kan de afstamming ook worden bepaald naar het recht van de staat waarvan die ouder burger is (*Heimatrecht*). Is de moeder gehuwd, dan kan de afstamming verder worden bepaald naar het recht waaraan de algemene werking van haar huwelijk bij de geboorte onderhevig is. Bij deze twee laatste aanknopingspunten gaan HENRICH²²⁵ en BENICKE²²⁶ ervan uit dat de afstamming moet worden beoordeeld naar het *Heimatrecht* van de ouder die het ouderschap opeist op grond van het recht van zijn staat. Het kan bijgevolg zowel om het recht van de draagmoeder als van de wensouders gaan.

Er is geen rangorde bepaald voor deze drie aanknopingspunten²²⁷.

110. Op grond van deze bepaling kan buitenlands recht van toepassing zijn indien het kind zich nog in het buitenland bevindt en daar zijn gewone verblijfplaats heeft.

Deze toepassing is evenwel onderworpen aan artikel 6 EGBGB dat stelt dat een bepaling van buitenlands recht niet mag worden toegepast wanneer dit tot een resultaat zou leiden dat met wezenlijke basisprincipes van het Duitse recht kennelijk onverenigbaar zou zijn, in het bijzonder wanneer het een onverenigbaarheid met de grondrechten betreft. Volgens WAGNER zal het moederschap van de Duitse wensmoeder naar buitenlands recht eerder strijdig zijn met de Duitse openbare orde dan het vaderschap van de genetische vader naar buitenlands recht, waarbij deze het kind niet vooraf heeft erkend en de nodige toestemming niet heeft verkregen²²⁸.

111. Op 7 februari 2012 oordeelde het Oberlandesgericht te Stuttgart over een beroep ingesteld door genetische wensouders tegen de weigering om

²²³ VG Berlijn 5 september 2012, *Das Standesamt* 2012, 382, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2013, 738; D. HENRICH, "Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht" in *Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Gieseken Verlag, 2005, (1141) 1147. Anders: K. KRÖMER, "Eintrag von Kindern in Spalte 9 des Familienbuches bei Leihmutterschaft", *Das Standesamt* 2000, (310) 310.

²²⁴ Ch. BENICKE, "Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft", *Das Standesamt* 2013, (101) 107-108.

²²⁵ D. HENRICH, "Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht" in *Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Gieseken Verlag, 2005, (1141) 1148.

²²⁶ Ch. BENICKE, "Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft", *Das Standesamt* 2013, (101) 106-107.

²²⁷ VG Berlijn 5 september 2012, *Das Standesamt* 2012, 382, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2013, 738; R. WAGNER, "Abstammungsfragen bei Leihmutterschaften in internationalen Sachverhalten", *Das Standesamt* 2012, (294) 297; D. HENRICH, "Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht" in *Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Gieseken Verlag, 2005, (1141) 1145.

²²⁸ R. WAGNER, "Abstammungsfragen bei Leihmutterschaften in internationalen Sachverhalten", *Das Standesamt* 2012, (294) 297-298.

Californische geboorteakten van kinderen geboren na draagmoederschap te erkennen²²⁹. Volgens het OLG was de beslissing in eerste aanleg terecht. Op grond van artikel 19 EGBGB was het Duitse recht van toepassing aangezien de kinderen hun gewone verblijfplaats in Duitsland hadden. Bijgevolg was de moeder de vrouw die van het kind bevallen was (art. 1591 BGB), nl. de Californische draagmoeder en niet de wensmoeder. De wensvader was evenmin een juridische ouder.

Hierdoor stamden de kinderen juridisch gezien niet af van de wensouders en bezaten zij ook niet de Duitse nationaliteit en konden bijgevolg de geboorteakten niet worden erkend. Dat de wensouders in de Californische geboorteakten als de ouders werden aangewezen, veranderde daar niets aan. De OLG wees er nog op dat de enige manier voor de wensmoeder om moeder in juridische zin te worden, adoptie was²³⁰. Dit is opmerkelijk aangezien hoger al bleek dat adoptie na commercieel Californisch draagmoederschap toch niet zo evident is²³¹.

De wensouders en kinderen stelden tegen deze beslissing een vordering in bij het Bundesverfassungsgericht. De vraag werd gesteld of de weigering van de Duitse burgerlijke stand om een buitenlandse geboorteakte te erkennen omdat het kind door een draagmoeder werd gedragen, grondrechten van de wensouders of de kinderen schond. Deze vordering werd echter niet-ontvankelijk verklaard²³², waardoor een uitspraak van het Grondwettelijk Hof over deze kwestie nog steeds ontbreekt.

112. Een bijzondere kwestie was de vraag om de erkenning van een vaderlijke erkenningsakte van een in Rusland geboren kind. De vader beweerde dat het kind geboren was uit een buitenechtelijke relatie. De ambtenaar van de burgerlijke stand vermoedde echter een geval van buitenlands draagmoederschap of een ontduiking van de bepalingen van het adoptierecht. De geadieerde rechter besloot van de aanknopingspunten in artikel 19 EGBGB dat punt in aanmerking te nemen dat een vaststelling van het ouderschap mogelijk maakte, gelet op het belang van het kind. De rechter besloot het recht van de staat waarvan de vader de nationaliteit had, nl. Duitsland, toe te passen. Volgens de rechter waren de voorschriften voor een vaderlijke erkenning naar Duits recht nageleefd: de toestemming van de moeder was overeenkomstig de artikelen 1594 en 1595 BGB verkregen en de vormvereisten in artikel 1597 BGB waren nageleefd. Op de vragen inzake de nationaliteit van het kind was ook het Duitse recht van toepassing: aangezien de vader de Duitse nationaliteit had, had het kind op grond van zijn geboorte eveneens de Duitse nationaliteit.

Omdat telkens het Duitse recht van toepassing was, rees de vraag naar de verenigbaarheid met de Duitse openbare orde overeenkomstig artikel 6

²²⁹ OLG Stuttgart 7 februari 2012, *Das Standesamt* 2012, 209.

²³⁰ Zie ook K. KRÖMER, "Eintrag von Kindern in Spalte 9 des Familienbuches bei Leihmutterschaft", *Das Standesamt* 2000, (310) 311.

²³¹ *Supra* nrs. 99-100.

²³² BVerfG 22 augustus 2012, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 58892.

EGBGB niet, aangezien het niet om de erkenning van een buitenlandse beslissing in de zin van artikel 16a *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (hierna FGG)²³³ ging. Dit stemt overeen met de Belgische benaderingswijze. De rechtbank verklaarde echter dat zelfs mocht het om dergelijke erkenning gaan, er geen sprake zou zijn van strijdigheid met de Duitse openbare orde, en dit om twee redenen. Ten eerste is het recht op kennis en vaststelling van de afstamming een deel van een algemeen persoonlijkheidsrecht beschermd door de Duitse Grondwet²³⁴, alsook door artikel 8 EVRM. Dit recht mag niet worden beperkt omdat een draagmoederschapsovereenkomst afgesloten door derden nietig is. Ten tweede zou er geen sprake zijn van een strijdigheid omdat het vaderschap, mochten de feiten zich volledig op Duitse bodem hebben voorgedaan, naar Duits recht zou zijn erkend: daarvoor is immers bepalend of de erkennende man de biologische vader is. Een erkenning kan niet worden geweigerd enkel omwille van het draagmoederschap²³⁵.

113. Het regime van de *Kollisionsrechtliche* erkenning werd verschillende malen toegepast n.a.v. een verzoek tot aflevering van reisdocumenten voor kinderen geboren in het buitenland na draagmoederschap en die daar nog steeds verbleven.

Zo wees het Verwaltungsgericht te Berlijn de vordering af om de overheid te verplichten toe te laten dat kinderen geboren in India naar Duitsland afreizen zonder visum. Dergelijke mogelijkheid staat enkel open voor Duitsers of bevoorrechte buitenlanders. De kinderen werden als Indisch beschouwd²³⁶.

Subsidiair werden visa voor gezinshereniging met de in Duitsland levende biologische vader gevorderd, alsook de uitreiking van een reispaspoort voor de kinderen. Deze vordering werd niet-ontvankelijk verklaard bij gebrek aan *Rechtsschutzbedürfnisses*. Op grond van artikel 19 EGBGB was het Indische recht van toepassing, omdat de kinderen daar verbleven sinds hun geboorte. De kinderen hadden bijgevolg als moeder de Indische draagmoeder en als vader haar echtgenoot. De wensvader, ook al was hij hun biologische vader, was niet de juridische vader, waardoor er van een gezinshereniging geen sprake kon zijn. Dat de wensvader als vader in de Indische geboorteakte werd vermeld, was volgens de rechtbank voor de bepaling van de afstamming niet relevant, aangezien dergelijke inschrijving voor het

²³³ Art. 16a FGG: '*Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ist ausgeschlossen: 1. wenn die Gerichte des anderen Staates nach deutschem Recht nicht zuständig sind; 2. wenn einem Beteiligten, der sich zur Hauptsache nicht geäußert hat und sich hierauf beruft, das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht ordnungsmäßig oder nicht so rechtzeitig mitgeteilt worden ist, daß er seine Rechte wahrnehmen konnte; 3. wenn die Entscheidung mit einer hier erlassenen oder anzuerkennenden früheren ausländischen Entscheidung oder wenn das ihr zugrunde liegende Verfahren mit einem früher hier rechtshängig gewordenen Verfahren unvereinbar ist; 4. wenn die Anerkennung der Entscheidung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist*'.

²³⁴ Art. 2, 1 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

²³⁵ AG Nürnberg 14 december 2009, *FamFR* 2010, 119.

²³⁶ VG Berlijn 26 november 2009, *Beck-Rechtsprechung* 2009, 42145.

vaderschap niet bepalend is. De rechtbank benadrukte nog dat zelfs als men de richtlijnen van de *Indian Council for Medical Research*, op grond waarvan de wensouders als ouders in de geboorteakte worden vermeld, als deel van het Indische recht zou beschouwen, deze dan nog niet konden worden toegepast wegens strijdigheid met de Duitse openbare orde (art. 6 EGBGB), gelet op de strijdigheid met de goede zeden van draagmoederschap en de op grond van het ESchG en AdVermiG strafrechtelijk verboden tussenkomst van artsen en bemiddelaars.

De vordering in subsidiaire orde om de afreis naar Duitsland voor een tijdelijk verblijf toe staan, was evenmin ontvankelijk.

Het Verwaltungsgericht te Berlijn wees ook gelijkaardige vorderingen m.b.t. kinderen geboren in India²³⁷, resp. Oekraïne²³⁸ af. In beide gevallen was het recht van de staat waar het kind geboren was toepasselijk, omdat het kind daar zijn gewone verblijfplaats had (eerste aanknopingspunt). De vaststelling van het ouderschap van de wensouders werd echter verhinderd door artikel 6 EGBGB, wegens onverenigbaarheid met de Duitse openbare orde. Op grond van het tweede aanknopingspunt van artikel 19, (1) EGBGB was het Duitse recht van toepassing, maar zoals reeds gezegd kon op grond van dat recht het ouderschap van de wensouders niet worden vastgesteld.

In de drie Berlijnse uitspraken werd nooit een onderscheid gemaakt naargelang de wensouders de genetische ouders waren of niet²³⁹.

Hoofdstuk 4. Wetswijziging nog niet in zicht

114. Uit dit alles blijkt dat de Duitse wetgeving en rechtspraak²⁴⁰ een afwijzende houding aannemen t.a.v. draagmoederschap(stoerisme).

115. Geen enkele rechterlijke beslissing heeft zich uitgesproken over de nood aan verandering op juridisch vlak²⁴¹. In de rechtsliteratuur wordt

²³⁷ VG Berlijn 15 april 2011, *Beck-Rechtsprechung* 2011, 49966. Het hoger beroep tegen deze uitspraak werd eveneens afgewezen (OVG Berlin-Brandenburg 6 juli 2011, *Beck-Rechtsprechung* 54132). Zie ook VG Keulen 20 februari 2013, *Beck-Rechtsprechung* 2013, 48485 (afwijzing van de vordering tot vaststelling van de Duitse nationaliteit van een kind geboren na draagmoederschap in India dat daar nog steeds verbleef).

²³⁸ VG Berlijn 5 september 2012, *Das Standesamt* 2012, 382, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2013, 738. Zie C. MAYER, "Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterchaftsfällen", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014, 57-62

²³⁹ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 272, nr. 7.

²⁴⁰ Dit staat in schril contrast met de Oostenrijkse rechtspraak waarin de buitenlandse geboorteakte wel werd erkend. Dit is een opvallend gegeven aangezien het materiële recht van Oostenrijk en Duitsland gelijkaardig is. Zie Ch. BENICKE, "Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterchaft", *Das Standesamt* 2013, (101) 103 en *infra* nr. 270.

²⁴¹ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal

daarentegen gepleit voor een meer liberale houding van het recht²⁴². De huidige rechtssituatie brengt immers grote risico's mee voor de betrokken kinderen²⁴³.

Er zijn momenteel geen wetsvoorstellen hangende en een wetswijziging is niet het voorwerp van uitgebreid debat²⁴⁴. Het is dan ook onwaarschijnlijk dat de wet binnenkort wordt gewijzigd²⁴⁵.

policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 275, nr. 13.

²⁴² M. WELLENHOFER, "BGB § 1591 Mutterschaft" in F.J. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8, München, C.H. Beck, 2012, nr. 29; Ch. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Berlijn, Springer, 2009, 266-274; K. NITSCHMANN en B. PETERSDORF, "Ersatzmutterschaft – eine Herausforderung für das Strafrecht?" in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRUTZ, C. MOMSEN en H. KORIATH (eds.), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, Nomos, 2007, (669) 682; M. COESTER, "Ersatzmutterschaft in Europa" in H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, G. KRONKE, Ch. KOHLER en R. HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, (1243) 1252.

²⁴³ Ch. BENICKE, "Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft", *Das Standesamt* 2013, (101) 113; H. KRESS, "Samenspende und Leihmutterschaft – Problemstand, Rechtsunsicherheiten, Regelungsansätze", *Familie, Partnerschaft, Recht* 2013, (240) 243.

²⁴⁴ A. SPICKHOFF, "Allemagne" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (27) 37.

²⁴⁵ S.L. GÖSSL, "Germany" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (131) 142.

Titel 8. Frankrijk

Hoofdstuk 1. Ontmoedigingsbeleid

116. Frankrijk voert een duidelijk ontmoedigingsbeleid t.a.v. draagmoederschap, wat ook tot uiting komt in bepaalde rechtsleer. Sommige Franse auteurs zijn sterk gekant tegen deze voortplantingstechniek²⁴⁶.

Afdeling 1. Absolute nietigheid van de overeenkomst

117. In Frankrijk bepaalt artikel 16-7 *Code civil* uitdrukkelijk dat de draagmoederschapsovereenkomst absoluut nietig is: “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle”. Deze civielrechtelijke sanctie bestaat zowel t.a.v. laag- (*procréation*) als t.a.v. hoogtechnologisch (*gestation*) draagmoederschap²⁴⁷. Artikel 16-5 *Code civil* bepaalt bovendien een verbod op overeenkomsten ten bezwarende titel over het menselijk lichaam. Deze bepalingen, ingevoerd door de wet van 29 juli 1994 op het menselijk lichaam²⁴⁸, zijn overeenkomstig artikel 16-9 *Code civil* van openbare orde. De draagmoederschapsovereenkomsten zijn bijgevolg absoluut nietig.

118. Reeds vóór de wet van 1994 werd de overeenkomst door de rechtspraak en rechtsleer als absoluut nietig beschouwd²⁴⁹.

²⁴⁶ A. MIRKOVIC, “La transcription de l’acte de naissance d’un enfant né d’une mère porteuse américaine sur les registres de l’état civil français doit être annulée” (noot bij Parijs 26 februari 2009), *La Semaine Juridique Édition Générale*, Édition générale 2009, afl. 26, (17) 18; J. HAUSER, “Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle” in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller: Droit des personnes et de la famille, Liber Amicorum*, Parijs, L.G.D.J., 1994, (235) 237; B. EDELMAN en C. LABRUSSE-RIOU, noot onder Parijs 15 juni 1990, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 21653; J.-F. VOUIN, “La procréation artificielle et la remise en cause du droit de la filiation et de la famille” in *La vie prénatale: biologie, morale et droit*, Parijs, Téqui, 1986, (137) 161.

²⁴⁷ F. MONÉGER, “France” in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (157) 157-158.

²⁴⁸ Art. 3 Loi 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *Journal Officiel* 30 juli 1994, p. 11056.

²⁴⁹ Cass. 29 juni 1994, *Recueil Dalloz Sirey* 1994, 581, noot Y. CHARTIER, *JT* 1995, 149; Cass. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz* 1991, 417, noot D. THOUVENIN, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 21752, noot F. TERRÉ, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *Revue critique de droit international privé* 1991, 711, noot C. LABRUSSE-RIOU; Cass. 13 december 1989, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1990, II, 21526, noot A. SÉRIAUX; Pau 19 februari 1991, *Recueil Dalloz Sirey* 1991, 380, noot V. LARRIBAU-TERNEYRE; Parijs 11 oktober 1988, *Recueil Dalloz Sirey* 1988, 275; Aix-en-Provence 29 april 1988, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1989, II, 21191, noot Ph. PÉDROT en *Gazette du Palais* 1989, 44, noot P. BIASCA; B. EDELMAN en C. LABRUSSE-RIOU, noot onder Parijs 15 juni 1990, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 108-115; F. TERRÉ, noot onder Cass. 31 mei 1991, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, (381) 382; Ph. PÉDROT, noot onder Aix-en-Provence 29 april 1988, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1989, II, 21191; Ch. ATIAS, “Le contrat de substitution de mère”, *Recueil Dalloz Sirey* 1986, Chr. IX, A-12; F. BOULANGER, noot onder Arrondrb. Aix-en-Provence 5 december 1984, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1986, II, 20561, nr. 6.

Anders: Parijs 15 juni 1990, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 21653, noot B. EDELMAN en C. LABRUSSE-RIOU (verbroken

Er werd door het hof van beroep te Aix-en-Provence in 1998 geopperd dat de overeenkomst nietig is aangezien ze een kind betreft, dat een menselijk wezen is en geen voorwerp²⁵⁰. Het Hof van Cassatie besliste in 1989 dat draagmoederschapsovereenkomsten nietig zijn op grond van artikel 1128 *Code civil*, wegens onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam²⁵¹.

Het hof van beroep te Parijs, dat op 15 juni 1990 een volle adoptie na draagmoederschap uitsprak, oordeelde echter dat indien draagmoederschap vrijwillig en altruïstisch wordt uitgevoerd, het principe van de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam niet wordt geschonden²⁵². Uit artikel 1128 *Code civil* mag volgens het hof niet worden afgeleid dat elk contract met het lichaam als voorwerp nietig zou zijn. Er werden reeds afwijkingen toegelaten in functie van sociale evolutie en de vooruitgang van de medische techniek. Draagmoederschap dient ook te behoren tot deze afwijkingen, gelet op de staat van de samenleving en de veranderingen die de familie kent. Er werd volgens het hof niet aangetoond dat draagmoederschap een sociaal gevaar zou vormen of dat het in zou gaan tegen de vrije uitoefening van rechten door anderen.

Dit arrest werd vernietigd door het arrest van het Hof van Cassatie van 31 mei 1991, in voltallige kamer en op voorziening in het belang van de wet (*pourvoi dans l'intérêt de la loi*)²⁵³. Volgens het Hof was de adoptie onlosmakelijk verbonden met de draagmoederschapsovereenkomst die strijdig is met de openbare orde, wegens schending van de principes van onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam en de staat van de persoon. Volgens TROUET heeft het Franse Hof van Cassatie een zeer absolute interpretatie gegeven van dit beginsel van onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam²⁵⁴. Met zijn arrest van 29 juni 1994 bevestigde het Franse Hof nogmaals deze rechtspraak²⁵⁵.

door Cass. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz* 1991, 417, noot D. THOUVENIN, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 21752, noot F. TERRÉ, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *Revue critique de droit international privé* 1991, 711, noot C. LABRUSSE-RIOU).

²⁵⁰ Aix-en-Provence 29 april 1988, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1989, II, 21191, noot Ph. PÉDROT en *Gazette du Palais* 1989, 44, noot P. BIASCA.

²⁵¹ Cass. 13 december 1989, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1990, II, 21526, noot A. SÉRIAUX.

²⁵² Parijs 15 juni 1990, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 21653, noot B. EDELMAN en C. LABRUSSE-RIOU.

²⁵³ Uitgebreid over deze bijzondere cassatievoorziening: M. GOBERT, "Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution)", *RTDC* 1992, (489) 491-497. Over het gebruik van prof. dr. J. BERNARD als *amicus curiae*: D.W. DUNCAN, "A Little Tour in France: Surrogate Motherhood and *Amici Curiae* in the French Legal System", *Western State University Law Review* 1994, 447-465. Zie ook H. CAPITANT, F. TERRÉ en Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome I, Parijs, Dalloz, 2000, 272-273, nrs. 13-16.

²⁵⁴ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 167-168, nr. 284.

²⁵⁵ Cass. 29 juni 1994, *Recueil Dalloz Sirey* 1994, 581, noot Y. CHARTIER.

CHARTIER sluit zich hierbij. Draagmoederschap gaat immers over een donatie van het hele lichaam en niet over zichzelf herstellende bestanddelen ervan zoals bloed of gameten. Ook de vergelijking met orgaandonatie gaat volgens de auteur niet op. Bij draagmoederschap heeft de donatie immers niet de bedoeling een leven te redden²⁵⁶. MASSAGER stelt hier tegenover dat als men over zijn lichaam mag beschikken om een leven te redden, men dit *a fortiori* moet kunnen om een leven te creëren²⁵⁷.

EDELMAN en LABRUSSE-RIOU stellen dat zelfs spermadonatie verwerpelijk is, en dus is *a fortiori* draagmoederschap dat ook²⁵⁸. Hiertegenover stelt MASSAGER dan weer dat de Franse wetgeving ondertussen in 1994 een wettelijke bescherming heeft voorzien voor spermadonatie, waardoor de redenering van de twee auteurs niet langer te volgen is. Deze zou nu net argument zijn voor het toelaten van draagmoederschap²⁵⁹.

CHENDEB kan zich niet verzoenen met deze cassatierechtspraak. Volgens deze auteur zou het behandelen van het kind als een persoon en niet als een voorwerp, net impliceren dat de adoptie wordt losgekoppeld van de overeenkomst²⁶⁰.

Het Franse Hof van Cassatie achtte de draagmoederschapsovereenkomst ook strijdig met het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon dat van openbare orde is. De overeenkomst heeft tot doel om door middel van een verboden afstand en verbreking van door de wet erkende rechten van de toekomstige moeder, een kind op de wereld te zetten waarvan de staat niet overeenstemt met zijn '*filiation réelle*'²⁶¹. MASSAGER stelt dat het niet duidelijk is wat moet worden begrepen onder deze '*filiation réelle*'. Wellicht bedoelt het Hof de biologische werkelijkheid. Hierdoor zal de theorie van het Hof niet opgaan ingeval de verzoekende wensouders de genetische ouders zijn, en de overeenkomst en het adoptieverzoek net wel de bedoeling hebben om *filiation réelle* en *légal*e op elkaar af te stemmen²⁶². Ook volgens GALLUS is het criterium van '*filiation réelle*' moeilijk hanteerbaar. De afstamming is immers multidimensioneel en zeker bij draagmoederschap, waarbij de biologische afstamming kan verschillen van de genetische. De motivering van het Franse Hof zou bijgevolg enkel zin hebben wanneer deze '*filiation réelle*' gelinkt is aan de zwangerschap en de bevalling en niet aan het genetische ouderschap²⁶³.

²⁵⁶ Y. CHARTIER, rapport bij Cass. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz Sirey* 1991, 417-424.

²⁵⁷ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 857, nr. 388.

²⁵⁸ B. EDELMAN en C. LABRUSSE-RIOU, noot onder Parijs 15 juni 1990, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 111, nr. 14.

²⁵⁹ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 858, nr. 388.

²⁶⁰ R. CHENDEB, "La convention de mère porteuse. Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes", *Deffrénois* 2008, (291) 297.

²⁶¹ Cass. 13 december 1989, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1990, II, 21526, noot A. SÉRIAUX.

²⁶² N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 864-865, nr. 392.

²⁶³ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 365, nr. 346.

Het Franse Hof bevestigde zijn rechtspraak later nog enkele malen²⁶⁴. Deze uitspraken worden verder besproken²⁶⁵. Het civielrechtelijke verbod op draagmoederschapsovereenkomsten, vervat in artikel 16-7 *Code civil*, vormt een bekrachtiging van cassatierechtspraak die draagmoederschap sterk afwijst²⁶⁶.

119. Ten slotte weigerde de overheid 'Les Cicognes' te registreren. Deze vereniging beoogde o.a. de morele en materiële belangen van draagmoeders te beschermen, draagmoederschap te onderzoeken en informatie daarover te verspreiden²⁶⁷. De verenigingen 'Alma Mater' en 'A.N.I.A.S.' met een gelijkaardig doel als *Les Cicognes* werden nietig verklaard²⁶⁸.

Afdeling 2. Strafrechtelijk verbod op bemiddeling

120. Naast de nietigheid kent het Franse recht ook een strafrechtelijk verbod op draagmoederschap. De Franse *Code pénal* bestraft met artikel 227-12, derde lid bemiddeling in draagmoederschap, nl. "le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre". Deze bepaling werd ingevoerd door de wet van 29 juli 1994 op het menselijk lichaam²⁶⁹, omdat draagmoederschap strijdig zou zijn met de menselijke waardigheid, het belang van het kind en het belang van de samenleving in het algemeen²⁷⁰.

²⁶⁴ Cass. 6 april 2011, 10-19.053, *AJ Famille* 2011, 262, noot F. CHÉNÉDÉ, *Revue critique de droit international privé* 2011, 722, noot P. HAMMJE; Cass. 6 april 2011, 09-66.486, *AJ Famille* 2011, 262, noot F. CHÉNÉDÉ; Cass. 6 april 2011, 09-17.130, *AJ Famille* 2011, 262, noot F. CHÉNÉDÉ, *Revue critique de droit international privé* 2011, 722, noot P. HAMMJE; Cass. 29 juni 1994, *Recueil Dalloz Sirey* 1994, 581, noot Y. CHARTIER en *JT* 1995, 149; Cass. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz Sirey* 1991, 417, noot D. THOUVENIN, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 21752, noot F. TERRÉ, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *Revue critique de droit international privé* 1991, 711, noot C. LABRUSSE-RIOU. Voor opmerkingen bij de 'absolute' aard van dit principe: E. POISSON-DROCOURT, "Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption" (noot onder Cass. 9 december 2003), *Recueil Dalloz* 2004, (1998) 2000-2001.

²⁶⁵ *Infra* nr. 127.

²⁶⁶ B. BEIGNIER, "L'ordre public et les personnes" in Th. REVET (ed.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Parijs, Editions Dalloz, 1996, (13) 29; J. MASSIP, "L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée", *Gazette du Palais* 1995, (433) 436.

²⁶⁷ Conseil d'Etat 22 januari 1988, *Actualité Juridique Droit Administratif* 1988, 163, noot. Voor opmerkingen bij dit arrest zie N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 876-879, nr. 398.

²⁶⁸ Cass. 13 december 1989, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1990, II, 21526, noot A. SÉRIAUX en Aix-en-Provence 29 april 1988, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1989, II, 21191, noot Ph. PÉDROT, resp. Parijs 11 oktober 1988, *Recueil Dalloz Sirey* 1988, 275.

²⁶⁹ Art. 4 Loi 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *Journal Officiel* du 30 juli 1994, p. 11056.

²⁷⁰ M. ANDRÉ, A. MILON en H. DE RICHEMONT, *Rapport d'information sur la maternité pour autrui*, Sénat 2007-08, n° 421, 55, waar deze strijdigheid in vraag wordt gesteld.

Het misdrijf van bemiddelen tussen wensouder(s) en draagmoeder wordt bestraft met één jaar gevangenisstraf en € 15.000 boete. Er wordt hierbij geen onderscheid gemaakt tussen laag- of hoogtechnologisch draagmoederschap²⁷¹. Wordt dit misdrijf gepleegd op regelmatige basis of met een winstoogmerk, dan worden de straffen verdubbeld²⁷². Deze bepaling beoogt niet de betrokken draagmoeders of wensouders te bestraffen²⁷³, rekening houdende met de financiële of morele moeilijkheden die hen tot deze praktijken drijven²⁷⁴.

Hoofdstuk 2. Onaangepast afstammingsrecht

121. Frankrijk kent sinds de *Ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation* van 4 juli 2005²⁷⁵ een afgezwakte vorm van de regel *Mater semper certa est*. Vóór deze verandering moest een alleenstaande vrouw het kind waarvan ze bevallen was erkennen. Deed ze dit niet, dan had het kind geen moeder. Sinds de wetwijziging komt het moederschap t.a.v. de bevallen vrouw op grond van artikel 311-25 *Code civil* automatisch vast te staan, aangezien haar naam in de geboorteakte wordt vermeld. Artikel 311-25 *Code civil* geldt ongeacht het genetisch moederschap²⁷⁶.

122. Op dit principe vormt de anonieme bevalling (*l'accouchement sous X*) een uitzondering (art. 57, tweede lid *Code civil* j° art. 326 *Code civil*). In 1985 zag RUBELLIN-DEVICHI hierin een uitweg voor de wensouders om ook de juridische ouders te worden, zonder onderschuiving van het kind en zonder leugenachtige erkenning: de biologische wensvader kon het kind erkennen, waarbij deze erkenning ten gevolge van het biologisch vaderschap onbetwistbaar was. De draagmoeder kon anoniem bevallen of eenvoudigweg het kind niet erkennen aangezien het *Mater semper certa est*-principe toen nog niet was opgenomen in de *Code civil*²⁷⁷. De wensmoeder kon daarop het kind adopteren, door middel van een vereenvoudigde procedure van stiefouderadoptie, of zij kon beroep doen op bezit van staat²⁷⁸.

Bezit van staat heeft een andere betekenis in Frankrijk dan in het Belgische rechtssysteem. Het vormt een volwaardige manier tot vaststelling van een afstammingsband (huidig art. 310-1 *Code civil* j° art. 317 *Code civil*). Het bezit

²⁷¹ V. DEPADT-SEBAG, "Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui" (noot onder Arrondrb. Créteil 30 september 2004), *Recueil Dalloz* 2005, (477) 477.

²⁷² Over de extra-territoriale werking van deze bepaling (zie ook art. 113-2 *Code Pénal*): Arrondrb. Créteil 30 september 2004, *Recueil Dalloz* 2005, 476, noot V. DEPADT-SEBAG.

²⁷³ V. DEPADT-SEBAG, "Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui" (noot onder Arrondrb. Créteil 30 september 2004), *Recueil Dalloz* 2005, (477) 477.

²⁷⁴ Y. CHARTIER, noot onder Cass. 29 juni 1994, *Recueil Dalloz Sirey* 1994, (581) 582.

²⁷⁵ Ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation, *Journal Officiel* 6 juli 2005, 11159.

²⁷⁶ M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARSEVAL en V. DEPADT-SEBAG, "Repenser la prohibition de la gestation pour autrui?", *Recueil Dalloz* 2008, (434) 435, nr. 5.

²⁷⁷ *Supra* nr. 121.

²⁷⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, "Congélation d'embryons - Fécondation *in vitro* - Mère de substitution: Point de vue d'un juriste" in H. NYSSEN (ed.), *Actes du colloque: Génétique, procréation et droit*, Parijs, Actes Sud, 1985, (307) 317.

van staat moet blijken uit een akte van bekendheid of uit een vonnis (art. 310-1 *Code civil* j° art. 317 *Code civil*, resp. art. 330 *Code civil*). Wordt het bezit van staat aanvaard om de moederlijke afstamming vast te stellen, dan zou op grond van het vermoeden van vaderschap ook het vaderschap t.a.v. de wensvader juridisch komen vast te staan²⁷⁹.

Met de tijd bleek echter dat het voorstel van RUBELLIN-DEVICHI geen kans op slagen meer heeft. Het Franse Hof van Cassatie heeft meermaals geoordeeld dat de adoptie na draagmoederschap omwille van de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst een afwijking van het doel van de adoptie is en dus niet kan worden uitgesproken. Om dezelfde reden acht het Hof ook het bezit van staat ondeugdelijk²⁸⁰, waardoor de afstammingsband op grond hiervan niet kan komen vast te staan. Bezit van staat moet overeenkomstig artikel 311-2 *Code civil* immers voortdurend, ongestoord, openbaar en niet dubbelzinnig zijn.

123. Is de draagmoeder ongehuwd, dan zou de wensvader het kind kunnen erkennen²⁸¹, als een overspelig kind *a patre* met de draagmoeder. Deze erkenning gaan echter in tegen de psychologische en sociale werkelijkheid. Bij een vaderlijke erkenning, na weigering van de erkenning van de buitenlandse geboorteakte, gaat dit volgens FARGE zelfs in tegen de juridische waarheid, want er is geen geboorteakte die het moederschap vaststelt in hoofde van de draagmoeder²⁸².

124. Is de draagmoeder de juridische moeder en is zij gehuwd, dan zal haar echtgenoot de juridische vader zijn (art. 312 *Code civil*). In dat geval zal de wensvader eerst het vaderschap moeten betwisten²⁸³.

In artikel 311-20, tweede lid *Code civil* is een gelijkaardige onontvankelijkheidsgrond op genomen als deze terug te vinden het Belgische artikel 318, § 4 BW. De toestemming tot de medisch begeleide voortplanting door de echtgenoot of samenwonende partner²⁸⁴ moet worden gegeven voor een notaris of een rechter²⁸⁵. De toestemming verhindert elke vordering tot vaststelling of betwisting van de afstamming tenzij het kind niet het resultaat

²⁷⁹ J. HAUSER, "La filiation de l'enfant né d'une convention de mère porteuse peut-elle être établie par la possession d'état?", *Revue trimestrielle de droit civil* 2007, (557) 558.

²⁸⁰ *Infra* nr. 139.

²⁸¹ C. NEIRINCK, "La gestation pour autrui à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né", *Droit de la famille* 2011, afl. 5, étude 14, nr. 15. Dit verschil tussen moederlijke en vaderlijke afstamming is volgens MIRKOVIC geen discriminatie: A. MIRKOVIC, "La gestation pour autrui entache de vice la possession d'état", *Recueil Dalloz* 2009, (2845) 2847.

²⁸² M. FARGE, "Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui: quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible", *Droit de la famille* 2010, afl. 9, étude 23.

²⁸³ A. MIRKOVIC, "À propos de la maternité pour autrui", *Droit de la famille* 2008, afl. 6, étude 15, nrs. 18-19.

²⁸⁴ Art. 515-8 *Code civil*: "Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple".

²⁸⁵ Art. 1157-2 en 1157-3 *Code de procédure civile*.

kan zijn van deze medisch begeleide voortplanting of wanneer de toestemming zonder gevolg was.

M.b.t. deze betwisting moet verder rekening worden gehouden met artikel 311-19 *Code civil* m.b.t. de onmogelijkheid om een afstammingsband vast te stellen tussen donor en het door de donatie verwekte kind (“En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur”). Volgens DE WOLF verhindert deze bepaling echter niet dat de wensvader een afstammingsband t.a.v. het kind laat vaststellen. De wetsbepaling moet volgens de auteur worden geïnterpreteerd als uitsluitend van toepassing op anonieme derde donoren²⁸⁶.

125. Dit alles zorgt ervoor dat de afstamming t.a.v. de wensmoeder naar Frans recht niet of minstens zeer moeilijk kan worden vastgesteld. De wensmoeder kan het kind eventueel gewoon adopteren eens het meerderjarig is²⁸⁷.

126. Binnen een wenspaar dat bestaat uit mannen zal de tweede wensvader het kind moet adopteren, wil hij een juridische afstammingsband met het kind hebben. Binnen een wenspaar van verschillend geslacht kan de wensmoeder dezelfde stappen ondernemen als bij een anonieme bevalling, nl. moederlijke erkenning of gerechtelijke vaststelling van het moederschap. Eventueel kan zij er ook voor kiezen het kind te adopteren.

Een moederlijke erkenning in deze situatie werd door het Franse hof van beroep te Rennes op 4 juli 2002, op vordering van het OM, vernietigd. Volgens het hof kwam de erkenning neer op een schending van de beginselen van de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam en de staat van de persoon. Deze werkwijze is een misbruik van de regels inzake de moederlijke afstamming en heeft tot doel een verboden adoptieprocedure te vermijden²⁸⁸. Een erkenning door de wensmoeder zal bijgevolg in Frankrijk geen oplossing bieden.

127. Volgens Franse cassatierechtspraak kan de (volle) adoptie na draagmoederschap niet worden uitgesproken. In meerdere arresten stelde het Hof dat adoptie na draagmoederschap niet op wettige redenen steunt (art. 353 *Code civil*)²⁸⁹.

²⁸⁶ A. DE WOLF, “Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken” in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 1999, (89) 114.

²⁸⁷ C. NEIRINCK, “La gestation pour autrui à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né”, *Droit de la famille* 2011, afl. 5, étude 14, nr. 16.

²⁸⁸ Rennes 4 juli 2002, 01/02471, www.legifrance.gouv.fr.

²⁸⁹ Ook het *Comité Consultatif National d'Ethique* nam in zijn advies van 23 oktober 1984 de stelling in dat draagmoederschap ‘une fraude à la loi sur l'adoption’ uitmaakt: COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis n° 3 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle. Rapport*, 23 oktober 1984, <http://www.cne-ethique.fr>, 1-16.

Nochtans zijn er verschillende uitspraken, zowel voor als na de cassatierechtspraak, die de adoptie toch uitspreken.

128. De arrondissementsrechtbank te Aix-en-Provence sprak op 5 december 1984 de gewone adoptie uit. De draagmoeder was de zus van de wensmoeder. De draagmoeder en wensvader hadden het kind erkend. Twee jaar later startte de wensmoeder de adoptieprocedure. De rechtbank achtte het niet in het belang van het kind dat het geen band meer zou hebben met zijn geboortemoeder. De harmonieuze familiale relatie die bestond tussen wensmoeder, wensvader, draagmoeder en kind verzette zich tegen de volle adoptie, omdat deze adoptieve band van aard was het verschil tussen de biologische werkelijkheid en de juridische fictie tot uitdrukking te brengen en bijgevolg het psychologisch evenwicht van het kind in gevaar te brengen, omwille van de symbiose waarin de gezinsleden leefden. De persoon die het kind ziet als zijn moeder, zou in werkelijkheid zijn tante zijn en degene die hij beschouwt als zijn tante zou zijn moeder zijn, met wie elke band zou worden doorgeknipt. Een gewone adoptie zou daarentegen deze familiebanden niet doorbreken²⁹⁰. De rechter koos bijgevolg de middenweg tussen de adoptie volledig weigeren en de volle adoptie uitspreken²⁹¹. Ook het hof van beroep te Poitiers sprak de gewone adoptie na draagmoederschap uit²⁹².

BOULANGER is het echter niet eens met deze uitspraak. Het blijvend contact met de geboortemoeder zou het kind kunnen traumatiseren²⁹³. Volgens MASSAGER is het uitspreken van de gewone adoptie mogelijks in het nadeel van het kind, zeker wanneer de draagmoeder en de wensmoeder met elkaar zouden gaan rivaliseren om het kind²⁹⁴.

129. Het hof van beroep te Parijs sprak op 15 juni 1990 de volle adoptie uit²⁹⁵. Het hervormde hiermee de beslissing in eerste aanleg waarbij de adoptie werd geweigerd. Het kind was verwekt door KI met zaadcellen van de gehuwde wensvader. Het moederschap was t.a.v. de draagmoeder niet komen vast te staan daar ze het kind niet had erkend²⁹⁶. Het hof beschouwde het draagmoederschap niet als strijdig met de openbare orde en de goede zeden aangezien het doel ervan, nl. voortplanting verzekeren, op zichzelf legitiem is. De volle adoptie had in deze omstandigheden tot doel de perfecte cohesie van het gezin van de wensouders te verzekeren en het recht op

²⁹⁰ Arrondrb. Aix-en-Provence 5 december 1984, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1986, II, 20561, noot F. BOULANGER.

²⁹¹ F. BOULANGER, noot onder Arrondrb. Aix-en-Provence 5 december 1984, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1986, II, 20561, nr. 6.

²⁹² Poitiers 22 januari 1992, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1992, IV, 1446.

²⁹³ F. BOULANGER, noot onder Arrondrb. Aix-en-Provence 5 december 1984, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1986, II, 20561, nr. 7.

²⁹⁴ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 873, nr. 395.

²⁹⁵ Parijs 15 juni 1990, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 21653, noot B. EDELMAN en C. LABRUSSE-RIOU. Op 15 juni 1990 willigde het hof van beroep te Parijs nog een ander adoptieverzoek in na draagmoederschapstoerisme in Kentucky (VS). Dit arrest wordt besproken bij het hoofdstuk over internationaal privaatrecht, *infra* nr. 133.

²⁹⁶ *Supra* nr. 121.

eerbiediging van het gezinsleven te waarborgen, dat vereist dat de juridische regels geen obstakel vormen voor de integratie van het kind in een gezin, zonder de omstandigheden van zijn verwekking en geboorte in overweging te nemen.

Het hof achtte de adoptie in het belang van het kind, dat reeds vanaf zijn geboorte door de wensouders werd opgevoed. De volle adoptie werd dan ook uitgesproken. Het hof bevestigde in zijn arrest uitdrukkelijk het recht voor onvruchtbare paren om een beroep te doen op technieken die de wetenschap hen ter beschikking stelt om hun kinderwens te voldoen²⁹⁷.

Dit arrest werd door het Franse Hof van Cassatie op 31 mei 1991 verbroken. Volgens het Hof was deze adoptie niets anders dan de laatste fase van een procedure die erop gericht was een wenspaar toe te laten een kind in hun gezin op te nemen, waarbij het kind werd verwekt in uitvoering van een overeenkomst gericht op de verlating door zijn moeder vanaf de geboorte. Gelet op de principes van de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam en de staat van de persoon, vormde deze procedure een afwijking van het doel van adoptie²⁹⁸. Het bevestigde hiermee zijn uitspraak van 13 december 1989²⁹⁹.

Voor het Hof zijn de overeenkomst en de adoptie onafscheidelijk. PÉDROT is dezelfde mening toegedaan. Volgens deze auteur gaat het ook om de opzettelijke en voorziene verlating van een kind³⁰⁰. Andere gaven kritiek op deze uitspraak. BRANLARD stelt dat door deze redenering het sanctioneren van het draagmoederschap voorgaat op het belang van het kind³⁰¹. Volgens MASSAGER, DIJON en MASSON is er bij adoptie na draagmoederschap geen sprake van afwijking van het doel. De adoptie werd ontwikkeld om een gezin te geven aan een kind dat geen ouders meer heeft die zich voor hem interesseren. Dit is ook het geval bij adoptie na draagmoederschap. De draagmoeder wil niet voor het kind zorgen³⁰². MASSAGER gelooft bovendien niet in een ontradend effect van het arrest³⁰³.

²⁹⁷ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 823-824, nr. 366.

²⁹⁸ Cass. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz* 1991, 417, noot D. THOUVENIN, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1991, II, 21752, noot F. TERRÉ, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *Revue critique de droit international privé* 1991, 711, noot C. LABRUSSE-RIOU.

²⁹⁹ Cass. 13 december 1989, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1990, II, 21526, noot A. SÉRIAUX.

³⁰⁰ Ph. PÉDROT, noot onder Aix-en-Provence 29 april 1988, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1989, II, 21191.

³⁰¹ J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes: Aspects historique, sociologique et juridique*, Parijs, L.G.D.J., 1993, 87, nr. 179.

³⁰² N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître" in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 242, nr. 98; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 887-888, nr. 401; X. DIJON en J.-P. MASSON, noot onder Cass. 31 mei 1991 en Parijs 15 juni 1990, *JT* 1991, (768) 770.

³⁰³ N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître" in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 238, nr. 94.

130. Nog vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 31 mei 1991 sprak het hof van beroep te Pau de volle adoptie na draagmoederschap uit³⁰⁴. De wensvader had het kind erkend in tegenstelling tot de draagmoeder, waardoor enkel de afstamming langs vaderszijde was komen vast te staan. De wensmoeder verzocht om de volle adoptie van het kind. Deze werd in eerste aanleg afgewezen omwille van de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst op grond van het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon. Het hof oordeelde eveneens dat de overeenkomst nietig is maar stelde niettemin dat de vraag naar de geldigheid van de overeenkomst niet voorlag, maar enkel het verzoek tot adoptie. Het hof achtte de voorwaarden voldaan en de adoptie in het belang van het kind.

Dit arrest koos voor een middenweg: enerzijds stelt het de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst vast, maar anderzijds maakt het abstractie van deze overeenkomst en beoordeelt het de adoptie los ervan en enkel op grond van de wettelijke voorwaarden³⁰⁵.

131. Naar aanleiding van een andere zaak, herhaalde het Hof van Cassatie met zijn arrest van 29 juni 1994 zijn rechtspraak dat een draagmoederschapsovereenkomst strijdig is met de principes van de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam en de staat van de persoon. De adoptie na draagmoederschap is de laatste fase van een procedure die erop gericht is dat het wenspaar het kind in hun gezin opneemt, ter uitvoering van het ongeldige contract. De adoptie wordt in die situatie afgewend van zijn doel³⁰⁶.

132. Op 9 december 2003 bevestigde het Franse Hof van Cassatie nogmaals zijn rechtspraak³⁰⁷. De wensmoeder had om de volle adoptie van een kind geboren na draagmoederschap verzocht, maar dit werd door het Parijse hof van beroep geweigerd³⁰⁸. De wensmoeder stelde hiertegen een voorziening in cassatie in, maar het Hof van Cassatie verwierp deze: de adoptie uitspreken zou neerkomen op een afwending van het doel van adoptie.

Hoofdstuk 3. Draagmoederschapstoerisme

133. In Frankrijk werd men – net als in België – ook verschillende malen met de problematiek van draagmoederschapstoerisme geconfronteerd.

³⁰⁴ Pau 19 februari 1991, *Recueil Dalloz Sirey* 1991, 380, noot V. LARRIBAU-TERNEYRE.

³⁰⁵ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 916-917, nr. 410.

³⁰⁶ Cass. 29 juni 1994, *Recueil Dalloz Sirey* 1994, 581, noot Y. CHARTIER. Zie A. KIMMEL-ALCOVER, "Les détournements de l'adoption" in A. FINE en C. NEIRINCK (eds.), *Parents de sang. Parents adoptifs*, Parijs, L.G.D.J., 2000, (271) 275-276.

³⁰⁷ Cass. 9 december 2003, 01-03927, *Recueil Dalloz* 2004, 1998, noot E. POISSON-DROCOURT, *Revue trimestrielle de droit civil* 2004, 75, weergave J. HAUSER.

³⁰⁸ Parijs 1 februari 2001, onuitg.

Artikel 47 *Code civil* (“Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité”) omvat het principe van de geldigheid van buitenlandse akten van de burgerlijke stand in Frankrijk.

Uit rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie van 20 februari 2007 volgt dat, opdat buitenlandse rechterlijke beslissingen in Frankrijk gevolgen zouden hebben, de rechter moet nagaan of de beslissing werd geveld door de bevoegde rechtbank, niet strijdig is met de Franse internationale openbare orde en/of er geen sprake is van wetsontduiking. De rechter kan dus niet langer nagaan of het recht dat door de buitenlandse rechter werd toegepast, het recht is dat werd aangeduid door de Franse conflictenrechtelijke regel³⁰⁹.

Wanneer de buitenlandse geboorteakten na draagmoederschap op regelmatige wijze werden opgesteld, in overeenstemming met de vonnissen die de opmaak bevelen hebben, en wanneer de wensmoeder daarin wordt aangeduid als de juridische moeder, zonder te vermelden dat zij degene zou zijn die van het kind bevallen is, kan volgens LAGARDE deze bepaling niet worden ingeroepen om de overschrijving van de geboorteakten te vernietigen³¹⁰.

134. In de gepubliceerde zaken omtrent draagmoederschap vormde een vordering van het OM voor de rechtbanken tot vernietiging van de overschrijving³¹¹ van geboorteakten van kinderen, bijna altijd het startpunt van de procedure³¹². Het OM is hiertoe bevoegd op grond van artikel 423 *Code de procédure civile*: “En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci”.

³⁰⁹ Cass. 20 februari 2007, *Revue critique de droit international privé* 2007, 420, noot B. ANCEL en H. MUIR WATT; S. CLAVEL, *Droit international privé*, Parijs, Editions Dalloz, 2012, 249, nr. 396; P. LAGARDE, noot onder Cass. 17 december 2008, *Revue critique de droit international privé* 2009, (321) 327, nr. 12; L. BRUNET, “Un arrêt en trompe-l'oeil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?”, *Recueil Dalloz* 2009, (340) 343; A. DIONISI-PEYRUSSE, “La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger”, *AJ Famille* 2011, 250-254.

³¹⁰ P. LAGARDE, noot onder Cass. 17 december 2008, *Revue critique de droit international privé* 2009, (321) 328, nr. 15.

³¹¹ LAGARDE merkt op dat de overschrijving niet strikt noodzakelijk is: de overschrijving van een buitenlandse akte van de burgerlijke stand m.b.t. een persoon met de Franse nationaliteit is geen voorwaarde voor de tegenstelbaarheid van de akte. Het volstaat dat de akte werd vertaald en gelegaliseerd. Deze wijze is echter weinig praktisch en zorgt ervoor dat men lange en dure stappen moet nemen telkens men aan de dienst vreemdelingenzaken een kopie of uittreksel van de akte moet vragen en deze moet laten vertalen. Bovendien kan de bewijskracht van de akte worden betwist in Frankrijk: P. LAGARDE, noot onder Cass. 17 december 2008, *Revue critique de droit international privé* 2009, (321) 325, nr. 10.

³¹² Uitzondering: Rennes 15 april 2014, nr. 13/01047, www.legifrance.gouv.fr. Het OM te Nantes verzette zich tegen de overschrijving van de Russische geboorteakte van een kind, omdat werd vermoed dat de Franse vader een draagmoederschapsovereenkomst had afgesloten met een Russische draagmoeder. De vader verzette zich hiertegen maar werd zowel in eerste aanleg als in hoger beroep in het ongelijk gesteld.

In bijna alle gevallen werd de overschrijving vernietigd. Dit betekent dat de wensouders de buitenlandse geboorteakte niet kunnen invoeren in Frankrijk. Het kind wordt naar Frans recht een moederlijke en eventueel zelfs een vaderlijke afstammingsband ontzegd.

135. Op 15 juni 1990 sprak het hof van beroep te Parijs echter nog een volle adoptie na draagmoederschapstoerisme uit. Het arrest betrof een adoptieprocedure na draagmoederschapstoerisme in Kentucky (VSA). In de geboorteakte werd enkel de wensvader als vader vermeld. De naam van de moeder stond niet ingevuld. Het kind werd verwekt door KI van de draagmoeder met zaadcellen van de wensvader. De wensouders hadden door de draagmoeder reeds een ander kind gekregen, dat succesvol door de wensmoeder ten volle was geadopteerd. In eerste aanleg werd het adoptieverzoek door de wensmoeder verworpen: draagmoederschap is strijdig met de wet en de openbare orde. Het verzoek inwilligen m.b.t. het tweede kind zou volgens de arrondissementsrechtbank te Parijs een afwijking van het doel van adoptie betekend hebben.

Het hof van beroep paste een conflictenrechtelijke controle toe, overeenkomstig artikel 311-14 *Code civil* ("La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant")³¹³. Het hof ging na of overeenkomstig het recht van de moeder, nl. het recht van Kentucky, afstand kon worden genomen van het kind. Dat er geen juridische afstammingsband t.a.v. deze laatste was vastgesteld, hinderde de toepassing van artikel 311-14 *Code civil* niet³¹⁴. Hierover bestond aanvankelijk onduidelijkheid. Het Franse Hof van Cassatie koos echter, net als het Parijse hof maar in een andere context dan van deze draagmoederschap, voor de op het ogenblik van de geboorte bekende moeder, nl. de geboortemoeder, ook al is zij niet de juridische moeder³¹⁵. Bijgevolg was het hof van beroep van mening dat eerst de legaliteit van de afstand van haar ouderlijke rechten door de geboortemoeder moest worden beoordeeld overeenkomstig het recht van Kentucky, vooraleer over de adoptie kon worden geoordeeld.

Deze afstand kwam tot stand na enkele rechterlijke beslissingen, die in overeenstemming waren met de wet van Kentucky, en die volgens het hof dan ook uitvoering moesten krijgen in de Franse rechtsorde. De Franse internationale openbare orde werd niet geschonden. Het draagmoederschap schond het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon

³¹³ *Supra* nr. 133.

³¹⁴ Zie ook S. CLAVEL, *Droit international privé*, Parijs, Editions Dalloz, 2012, 412, nr. 716.

³¹⁵ Cass 11 juni 1996, *Recueil Dalloz* 1997, 3, noot F. MONÉGER, *Revue critique de droit international privé* 1997, 291, noot Y. LEQUETTE; P. HAMMJE, "Maternité pour autrui, possession d'état et état civil" (noot onder Cass. 6 april 2011, 10-19.053 en 09-17.130), *Revue critique de droit international privé* 2011, (727) 732, nr. 8; M. FARGE, "Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui: quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible", *Droit de la famille* 2010, afl. 9, étude 23; P. LAGARDE, noot onder Cass. 17 december 2008, *Revue critique de droit international privé* 2009, (321) 326-327, nr. 12.

niet en de adoptie werd in het belang van het kind geacht. De adoptie werd dan ook uitgesproken³¹⁶. Deze beslissing staat in schril contrast met de latere rechtspraak.

136. Het hof van beroep te Rennes verklaarde op 4 juli 2002 de vordering van het OM tot nietigverklaring van de overschrijving in de Franse registers van de burgerlijke stand van Californische geboorteakten van een tweeling geboren na hoogtechnologisch, commercieel draagmoederschap, alsook tot het corrigeren van geboorteakten wat betreft het moederschap van de wensmoeder, gegrond³¹⁷. Deze vordering was reeds in eerste aanleg gegrond verklaard, maar de wensouders hadden hoger beroep ingesteld.

Het hof stond in de eerste plaats stil bij het *Mater semper certa est*-principe waaruit volgt dat louter genetisch moederschap, zoals dat van de wensmoeder, geen moederlijke afstammingsband kan doen vaststellen. Vervolgens verwees het hof naar de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst op grond van artikel 16-7 *Code civil*.

Het hof oordeelde dat de wensouders, door zich te begeven naar Californië om daar, in strijd met de Franse wetgeving, een overeenkomst te sluiten met de draagmoeder opdat zij als vader en moeder zouden worden aangeduid en vervolgens deze staat te laten erkennen in Frankrijk, de principes van de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam en de staat van de persoon hebben geschonden. Deze procedure vormde daarbij een afwijking van de regels inzake de moederlijke afstamming en had tot doel om te vermijden dat zij een verboden adoptieprocedure dienden te voeren, gelet op het doel van de adoptie. De wensouders hadden een schending van hun recht op eerbied voor privé- en gezinsleven aangeklaagd, waarop het hof antwoordde dat dergelijk recht in de eerste plaats met zich meebrengt dat het aansporen van een moeder om haar kind af te staan om financiële redenen, alsook het gebruik van het lichaam van iemand anders om een persoonlijk verlangen te voldoen, niet wordt toegelaten.

GALLUS levert kritiek op dit arrest, omdat het de genetische band met de wensmoeder die aan de basis ligt van het ouderschapsplan en het kind opvoedt, uitsluit. Deze uitsluiting leidt tot een discriminatie tussen moederlijke en vaderlijke afstamming, omdat het Franse recht aan het wensmoederschap de bescherming weigert die het geeft aan het wensvaderschap. Deze uitsluiting is ook strijdig met het belang van het kind, opgevoed door zijn wensouders maar met wie het geen juridische band heeft³¹⁸.

³¹⁶ Parijs 15 juni 1990, *Recueil Dalloz Sirey* 1990, 540, noot F. BOULANGER.

³¹⁷ Rennes 4 juli 2002, 01/02471, www.legifrance.gouv.fr.

³¹⁸ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 369-370, nr. 351.

137. Het hof van beroep te Parijs reageerde in een gelijkaardige zaak op een geheel andere wijze³¹⁹. Het betrof de wensouders Sylvie en Dominique Mennesson³²⁰, die eveneens naar Californië waren afgereisd. De eicellen van een vriendin van het wenspaar werden bevrucht met zaadcellen van de wensvader. De embryo's werden ingeplant bij een draagmoeder. De wensouders werden in de geboorteakten vermeld als de ouders, na een rechterlijke beslissing van de Superior Court. De geboorteakten van de tweeling werden overgeschreven in de Franse registers van de burgerlijke stand wanneer de tweeling reeds twee jaar was. Drie jaar later stelde het Openbaar Ministerie een vordering in om de overschrijving nietig te laten verklaren op grond van artikel 423 *Code de procédure civile*.

In eerste aanleg werd deze vordering niet-ontvankelijk verklaard, waarop het OM hoger beroep instelde, dat op 25 oktober 2007 werd verworpen door het Parijse hof van beroep. Het hof weigerde toepassing te maken van artikel 423 *Code de procédure civile*³²¹. Volgens het hof waren de vermeldingen op de geboorteakte in overeenstemming met de bepalingen van de rechterlijke beslissing van de Superior Court, waarvan het OM de tegenstelbaarheid niet betwistte. Het hof stelde verder nog dat de gevolgen van de niet-overschrijving strijdig zouden zijn met de belangen van het kind³²². HAUSER merkte hierbij op dat "le fait accompli est une nouvelle source de droit"³²³.

Het hof van beroep paste de methode van *conflict des juridictions* toe³²⁴. Het onderzocht niet de toepasselijke wet, maar sprak zich uit over de erkenning van de twee Californische beslissingen m.b.t. de afstamming van de tweeling. Het hof besliste dat, in de mate dat de beslissing tegenwerpelijk is en de geboorteakte rechtsgeldig is, moet worden geoordeeld dat de afstamming werd vastgesteld. CUNIBERTI is het eens met dit arrest: wanneer een beslissing bestaat en niet aanvechtbaar is, is het belangrijk deze oplossing te bevestigen³²⁵.

³¹⁹ Parijs 25 oktober 2007, *La Semaine Juridique Édition Générale Edition Générale* 2007, afl. 46, act 547, *AJ Famille* 2007, 478, noot F. CHÉNÉDÉ, *Journal du Droit International* 2008, 145, noot G. CUNIBERTI en *Revue trimestrielle de droit civil* 2008, 93, noot J. HAUSER.

³²⁰ Zie S. MENNESON en D. MENNESSON, *La gestation pour autrui: l'improbable débat*, Parijs, Michalon Editions, 2010, 318 p.

³²¹ D. SARCELET, "Convention de mère porteuse et ordre public: le droit d'agir du ministère public" (adv. Adv.-gen. bij Cass. 17 december 2008), *Recueil Dalloz* 2009, (332) 333.

³²² Kritiek op het gebruik van het criterium van het belang van het kind: M. LAMARCHE, "Intérêt supérieur de l'enfant: de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation?", *Droit de la famille* 2007, afl. 11, alerte 87; F. BELLIVIER en Ch. NOIVILLE, "Le contrat de mère porteuse: émancipation ou aliénation", *Revue des contrats* 2008, (545) 547.

³²³ J. HAUSER, "L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli: une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen", *Revue trimestrielle de droit civil* 2008, (93) 95.

³²⁴ G. CUNIBERTI, noot onder Parijs 25 oktober 2007, *Journal du Droit International* 2008, (146) 148.

³²⁵ G. CUNIBERTI, noot onder Parijs 25 oktober 2007, *Journal du Droit International* 2008, (146) 148.

Tegen deze beslissing werd door het OM³²⁶ een voorziening in cassatie ingesteld die leidde tot het arrest van 17 december 2008, dat het arrest van het hof van beroep verbrak, op grond van de artikelen 423 *Code de procédure civile* en 16-7 *Code civil*, gelet op de draagmoederschapsovereenkomst die naar intern recht absoluut nietig was. De zaak werd teruggezonden naar het hof van beroep te Parijs³²⁷.

Dit arrest betrof niet de controversiële vraag naar de Franse nationaliteit van een kind geboren in het buitenland na draagmoederschap en met Franse wensouders, maar enkel de ontvankelijkheid van de vordering van het OM³²⁸. Men mag er bijgevolg niets uit afleiden wat betreft de grond van de zaak, nl. de geldigheid van akten van de burgerlijke stand van kinderen geboren na draagmoederschap, geldig uitgevoerd in het buitenland³²⁹.

BRUNET heeft kritiek op de methodiek van het Hof: in tegenstelling tot het hof van beroep, verwijst het Hof van Cassatie enkel naar het interne recht, terwijl er buitenlandse normen betrokken zijn. De internationale dimensie van het geschil wordt als het ware verhuld³³⁰.

Het hof van beroep te Parijs verklaarde weinig verrassend na de *renvoi* de vordering van het OM gegrond en beval de nietigverklaring van de overschrijvingen. Het hof benadrukte dat de weigering van overschrijving de kinderen noch hun afstamming vastgesteld in de VSA, noch hun Amerikaanse burgerlijke staat ontnemt³³¹.

Hiertegen stelden de wensouders opnieuw een cassatievoorziening in, die echter, ondanks andersluidend advies van het OM, opnieuw werd verworpen, omwille van het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van personen³³². Volgens het Hof werd de overschrijving terecht geweigerd. De

³²⁶ Zie D. SARCELET, "Convention de mère porteuse et ordre public: le droit d'agir du ministère public" (adv. Adv.-gen. bij Cass. 17 december 2008), *Recueil Dalloz* 2009, 332-340.

³²⁷ Cass. 17 december 2008, 07-20468, *Revue critique de droit international privé* 2009, 320, noot P. LAGARDE, *La Semaine Juridique Édition Générale* 2009, II 10020, 37, noot A. MIRKOVIC, noot L. D'AVOUT, *Journal du Droit International* 2009, 577, noot S. BOLLÉE en *AJ Famille* 2009, 81, noot F. CHÉNÉDÉ.

³²⁸ P. LAGARDE, noot onder Cass. 17 december 2008, *Revue critique de droit international privé* 2009, (321) 322-323, nrs. 3-5.

³²⁹ P. MURAT, "Le ministère public et les actes de l'état civil étrangers consacrant une gestation pour autrui: annulation de la transcription recevable" (noot onder Cass. 17 december 2008), *Droit de la famille* 2009, afl. 2, comm. 15.

³³⁰ L. BRUNET, "Un arrêt en trompe-l'oeil sur la gestation pour autrui: retour du droit ou recul de la raison juridique?", *Recueil Dalloz* 2009, (340) 341-343.

³³¹ Parijs 18 maart 2010, 09/11017, *Recueil Dalloz* 2010, 1683, noot G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *AJ Famille* 2010, 233, noot F. CHÉNÉDÉ en *La Semaine Juridique Édition Générale* 2010, 934, noot A. MIRKOVIC; A. MIRKOVIC, "Non-transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil" (noot onder Parijs 18 maart 2010), *La Semaine Juridique Édition Générale* 2010, (933) 933.

³³² Cass. 6 april 2011, 10-19.053, *AJ Famille* 2011, 262, noot F. CHÉNÉDÉ, *Revue critique de droit international privé* 2011, 722, noot P. HAMMJE. CHÉNÉDÉ is het eens met deze rechtspraak: als het zou volstaan om naar het buitenland te gaan om het verbod te omzeilen, zou het verbod, waar nochtans lang werd over nagedacht en dat werd aangenomen door

Franse internationale openbare orde verzette zich volgens het Hof tegen de overschrijving. Het Hof stelde bijkomend dat deze situatie het kind geen moederlijke of vaderlijke afstamming ontzegt daar het recht van de staat Californië deze afstammingsbanden erkent en evenmin verhindert het dat het kind samenleeft met de wensouders in Frankrijk³³³. Deze situatie doet volgens het Hof ook geen afbreuk aan het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven van het kind in de zin van artikel 8 EVRM en evenmin aan zijn belangen beschermd door artikel 3 IVRK.

DIONISI-PEYRUSSE uit kritiek op deze laatste motivering: de afstammingsbanden die het recht van Californië erkent, wil het Hof net niet erkennen en het weigert dat aan de vastgestelde moederlijke en vaderlijke afstamming gevolgen worden gegeven. Anderzijds negeert het Hof het psychologische en identificerende aspect van afstamming door te stellen dat het kind kan samenleven met de wensouders in Frankrijk. Bovendien vermeldt het niet dat de kinderen bepaalde gevolgen van de afstamming worden ontzegd, zoals bijvoorbeeld een nationaliteit, een naam, erfrechten, etc.³³⁴. Het gebrek aan een akte van de Franse burgerlijke stand zal ook veel moeilijkheden opleveren aangezien in gerechtelijke of administratieve context vrijwel steeds de voorlegging van een geboortekte vereist is³³⁵.

Volgens LABBÉE gaat het Hof voorbij aan de relatieve werking van overeenkomsten, die derden niet kunnen schaden. Het kind is bij deze overeenkomst slechts een derde. Het was nog niet eens verwekt toen de overeenkomst werd gesloten. Het kind is niet verantwoordelijk voor de fouten van zijn ouders en moet dan ook niet de gevolgen daarvan dragen³³⁶.

Tegen dit arrest werd door de wensouders een verzoekschrift ingediend bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelde een schending van het recht op eerbied voor het privéleven van het kind vast³³⁷.

138. In 2009 werd het hof van beroep te Parijs opnieuw geconfronteerd met buitenlandse geboortekten na hoogtechnologisch draagmoederschap³³⁸. Ditmaal betrof het genetische wensouders die naar Minnesota waren gegaan om een kind te krijgen door middel van

volksvertegenwoordigers, verdwijnen: F. CHÉNÉDÉ, "Conventions de mère-porteuse: la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif", *AJ Famille* 2011, (262) 264.

³³³ Zie ook M. FABRE-MAGNAN, "Le refus de la transcription: la Cour de cassation gardienne du Droit" (noot onder Cass. 13 september 2013, 12-18.315 en 12-30.138), *Recueil Dalloz* 2013, (2384) 2387-2388.

³³⁴ A. DIONISI-PEYRUSSE, "La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger", *AJ Famille* 2011, (250) 253. Zie ook X. LABBÉE, "La gestation pour autrui devant la Cour de cassation", *Recueil Dalloz* 2011, 1064.

³³⁵ H. FULCHIRON en Ch. BIDAUD-GARON, "A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse", *Recueil Dalloz* 2013, (2349) 2351.

³³⁶ C. NEIRINCK, "À propos de l'affaire Menneson", *Droit de la famille* 2011, afl. 4, repère 4.

³³⁷ EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Menneson e.a./Frankrijk. Dit arrest werd uitvoerig besproken in deel IV van het proefschrift.

³³⁸ Parijs 26 februari 2009, *La Semaine Juridique Édition Générale* 2009, afl. 26, 19, noot A. MIRKOVIC en *Droit de la famille* 2009, afl. 6, comm. 75, noot P. MURAT.

draagmoederschap. Een rechtbank te Minnesota sprak de adoptie op verzoek van de wensouders uit, na vastgesteld te hebben dat de (geboorte)moeder het kind had verlaten. In eerste aanleg had het OM de nietigverklaring van de overschrijving van de geboorteakte in de registers van de burgerlijke stand gevorderd. De arrondissementsrechtbank te Parijs had de vordering gegrond verklaard en gesteld dat de wensmoeder niet de moeder van het kind was. De wensouders stelden tegen deze beslissing hoger beroep in. Dit werd door het hof van beroep te Parijs verworpen.

Volgens het hof waren de uitspraken van de rechtbank in Minnesota strijdig met de Franse internationale openbare orde, waarvan niet kon worden gezegd dat ze leidde tot een miskening van de bepalingen van artikel 8 EVRM en evenmin van het belang van het kind³³⁹. Dit arrest betrof opnieuw enkel de moederlijke afstamming. De wensouders stelden een voorziening in cassatie in. Het Hof verwierp de voorziening met eenzelfde motivering als bij het hierboven besproken cassatiearrest³⁴⁰.

139. Eveneens in 2009 diende het hof van beroep te Douai zich uit te spreken over een gelijkaardige zaak, waarbij het kind ook werd geboren in Minnesota na hoogtechnologisch draagmoederschap en de overschrijving van de buitenlandse geboorteakte in de Franse registers van de burgerlijke stand nadien werd geweigerd³⁴¹. De wensouders, waarvan enkel de wensvader genetisch verwant was met het kind, verzochten daarop een kantonrechter om een akte van bekendheid die het bezit van staat van het kind t.a.v. de wensouders bevestigt (art. 310-3 *Code civil*). Zij verkregen de akte, maar het OM weigerde deze te kantmelden. De wensouders stelden een vordering in teneinde de overschrijving van de akte van bekendheid te bevelen. Het OM stelde op zijn beurt een vordering in teneinde deze akte nietig te verklaren.

De rechtbank te Rijsel wees op de artikelen 16-7 en 16-9 *Code civil* die gericht zijn tegen draagmoederschapsovereenkomsten. Gelet op het *fraus omnia corrumpit*-beginsel waren het bezit van staat en de akte van bekendheid gebrekkig. Bijgevolg kon deze akte niet dienen tot vaststelling van een afstammingsband (art. 311-2 *Code civil*). Een geboorteakte die zou worden opgesteld op grond van de frauduleuze overeenkomst zou bovendien de omstandigheden waarin het kind werd verwekt volledig ontkennen, en niet in het belang van het kind zijn.

³³⁹ P. MURAT wijst op de ommezwaai die het Parijse hof maakt t.a.v. zijn arrest van 25 oktober 2007: P. MURAT, "Gestation pour autrui: les palinodies de la cour d'appel de Paris" (noot onder Parijs 26 februari 2009), *Droit de la famille* 2009, afl. 6, comm. 75. Het hof volgde hiermee vorige rechtspraak van het Hof van Cassatie en het hof van beroep te Rennes: A. MIRKOVIC, "La transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse américaine sur les registres de l'état civil français doit être annulée" (noot bij Parijs 26 februari 2009), *La Semaine Juridique Édition Générale, Édition générale* 2009, afl. 26, (17) 18.

³⁴⁰ Cass. 6 april 2011, 09-66.486, *AJ Famille* 2011, 262, noot F. CHÉNÉDÉ.

³⁴¹ Douai 14 september 2009, 07/02201, *Revue trimestrielle de droit civil* 2010, 96, weergave J. HAUSER.

Volgens LAGARDE gaat de rechtbank voorbij aan het principe dat het belang van het kind *in concreto* moet worden beoordeeld en niet *in abstracto*³⁴².

De rechtbank verwees naar de omzendbrief van de minister van Justitie die stelt dat het bezit van staat dubbelzinnig kan zijn wanneer het wordt ingeroepen om de regels rond draagmoederschap te omzeilen³⁴³. In dezelfde bepaling van de omzendbrief wordt ook gesteld dat het bezit van staat ondeugdelijk is wanneer het wordt ingeroepen om de regels inzake het verbod op vaststelling van de afstamming van incestueuze kinderen te omzeilen. LABBÉE formuleert kritische opmerkingen bij de gelijkbehandeling van kinderen geboren na incest en deze na draagmoederschap. In tegenstelling tot bij incest zou de familiale orde niet worden verstoord door de vaststelling van de afstammingsband op grond van bezit van staat. De auteur ziet niet in waarom het kind zou moeten worden gestraft³⁴⁴.

De wensouders stelden tegen dit vonnis hoger beroep in. Het hof te Douai oordeelde dat het bezit van staat tussen de wensouders en het kind steunde op een draagmoederschapsovereenkomst, die overeenkomstig de artikelen 16-7 en 16-9 *Code civil* absoluut nietig is. In dat geval is het bezit van staat volgens het hof gebrekkig en kan het geen gevolgen hebben wat de afstamming betreft. Dit gold zowel voor de genetische wensvader als de niet-genetische wensmoeder. De vordering van de wensouders werd afgewezen. Zij stelden echter een voorziening in cassatie in, waarover het Hof van Cassatie zich op 6 april 2011 uitsprak³⁴⁵. Het Hof verwierp de voorziening met quasi dezelfde motivering als in de twee hierboven besproken cassatiearresten. De wensouders stelden een verzoekschrift in bij het EHRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens besloot tot een schending van het recht op eerbied voor het privéleven van het kind³⁴⁶.

140. Uit deze drie cassatiearresten blijkt dat het Hof van Cassatie zich onverzettelijk toont. Het Hof sluit alle mogelijkheden voor de wensouders om naar Frans recht de juridische ouders te worden uit. De houding is strikt en laat geen voorbehoud toe om de stabiliteit van de staat van de kinderen te beschermen³⁴⁷.

141. Voor een derde maal werd in 2009 een arrest geveld m.b.t. de geboorteakte van een kind geboren te Minnesota na draagmoederschap, dit

³⁴² P. LAGARDE, noot onder Cass. 17 december 2008, *Revue critique de droit international privé* 2009, (321) 329, nr. 18.

³⁴³ Arrondrb. Rijsel 22 maart 2007, *Recueil Dalloz* 2007, 1251, noot X. LABBÉE, *Droit de la famille* 2007, afl. 6, comm. 122, noot P. MURAT. Zie ook Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *Bulletin officiel du Ministère de la justice*, n° 103, 13.

³⁴⁴ X. LABBÉE, "L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite" (noot onder Arrondrb. Rijsel 22 maart 2007), *Recueil Dalloz* 2007, afl. 18, (1251) 1254.

³⁴⁵ Cass. 6 april 2011, 09-17.130, *AJ Famille* 2011, 262, noot F. CHÉNEDÉ, *Revue critique de droit international privé* 2011, 722, noot P. HAMMJE.

³⁴⁶ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee e.a./Frankrijk. Dit arrest werd uitvoerig besproken in deel IV van het proefschrift.

³⁴⁷ P. HAMMJE, "Maternité pour autrui, possession d'état et état civil" (noot onder Cass. 6 april 2011, 10-19.053 en 09-17.130), *Revue critique de droit international privé* 2011, 722.

keer door het hof van beroep te Versailles³⁴⁸. Een rechtbank te Minnesota had de adoptie uitgesproken op verzoek van de wensouders, waarvan enkel de wensvader genetisch verwant was met het kind. Na de terugkeer naar Frankrijk werd de inschrijving in de registers van de burgerlijke stand geweigerd, omdat het adoptievonnissen strijdig was met de Franse openbare orde. De wensouders vorderden voor de arrondissementsrechtbank te Versailles de uitvoering van het vonnis, maar hun vordering werd afgewezen, waarop zij hoger beroep instelden. Het hof schaarde zich echter achter de rechtbank: gelet op artikel 16-7 en 16-9 *Code civil* had het adoptievonnissen tot doel om een overeenkomst te bekrachtigen die strijdig is met de Franse openbare orde.

142. Op 10 februari 2011 sprak de arrondissementsrechtbank te Nantes zich uit over een Californische geboorteakte waarin twee mannen als de ouders, de een als 'vader', de ander als 'moeder', stonden vermeld³⁴⁹. De rechtbank oordeelde dat deze vermeldingen strijdig zijn met de Franse openbare orde: twee personen van hetzelfde geslacht kunnen in een Franse geboorteakte niet samen als ouders worden geregistreerd. De Californische geboorteakte was bijgevolg zowel strijdig met de Franse openbare orde als met de feiten die het vermeldde, aangezien de tweede man geen biologische ouder was van het kind.

Omdat het kind door een vorige beslissing wel de Franse nationaliteit had³⁵⁰, had het recht op een Franse geboorteakte. Dit recht mocht niet worden miskend door het feit dat het kind werd geboren in navolging van een nietige draagmoederschapsovereenkomst. Daarom beval de rechtbank de overschrijving van de geboorteakte maar enkel wat de identiteit van de biologische vader betrof. De naam van de tweede ouder werd weggelaten.

143. Het hof van beroep te Parijs boog zich in 2011 over een geval van draagmoederschap met een mannelijk wenspaar, samenwonend onder een *pacte civil de solidarité* en waarvan de ene wensvader de Amerikaanse nationaliteit had en de andere de Franse. Het wenspaar had in Californië een vonnis bekomen waarin werd gesteld dat de wensvaders de ouders waren van het nog te geboren worden kind en niet de draagouders³⁵¹. De uitvoering van het vonnis werd door de arrondissementsrechtbank te Parijs geweigerd wegens strijdigheid met de Franse openbare orde.

De wensouders stelden hoger beroep in, maar het hof bevestigde de uitspraak in eerste aanleg. Een buitenlandse rechterlijke beslissing die ouderschap vaststelt, maar een draagmoederschapsovereenkomst bevestigt, is niet verzoenbaar met fundamentele principes daar ze essentiële principes

³⁴⁸ Versailles 15 oktober 2009, 08/07539, www.legifrance.gouv.fr.

³⁴⁹ Arrondrb. Nantes 10 februari 2011, *Droit de la famille* 2011, afl. 7, comm. 111, noot C. NEIRINCK.

³⁵⁰ Via decreet kende de Franse overheid de biologische vader en ook het draagkind in 2010 de Franse nationaliteit toe.

³⁵¹ Parijs 17 maart 2011, 10/09648, www.legifrance.gouv.fr.

van het Franse recht schendt. De Californische beslissing was strijdig met de Franse internationale openbare orde.

144. Het arrest van het hof van beroep te Rennes betrof een tweeling geboren na draagmoederschap in India, erkend door de biologische vader. In de geboorteakten van de tweeling werd de naam van de moeder niet vermeld³⁵². Het Franse consulaat in India stelde het overschrijven van de geboorteakten in de consulaire registers van de burgerlijke stand uit. Het OM bevestigde later de weigering gelet op de vele onzekerheden over hoe de vader van het kind met de moeder in contact was gekomen, wat deed denken aan een mogelijke afwijking van de adoptieprocedure. Nog later bevestigde het OM zijn stelling gelet op de verschillende aanwijzingen die wezen in de richting van een draagmoederschapsovereenkomst, en dus wetsontduiking.

Een vordering van de vader teneinde de overschrijving te bekomen werd in kortgeding afgewezen, waarna hij een vordering instelde voor de arrondissementsrechtbank te Nantes. Deze vordering was wel succesvol. De rechtbank beval de overschrijving van de geboorteakten. Het OM stelde echter hoger beroep in. Het hof van beroep achtte het draagmoederschap, ondanks de verschillende elementen aangebracht door het OM, niet bewezen. Het hoger beroep werd afgewezen³⁵³.

Het arrest van het hof van beroep te Rennes van 15 januari 2013 dat een gelijkaardig geval en redenering betrof³⁵⁴, werd verbroken door het Hof van Cassatie, wegens miskennis van de artikelen 16-7 en 16-9 *Code civil*, samengenomen met artikel 336 *Code civil*³⁵⁵.

145. Het hof van beroep te Rennes vernietigde met zijn arrest van 10 januari 2012 de vaderlijke erkenning van een kind, geboren na commercieel draagmoederschap in India³⁵⁶. Volgens het hof betrof het een koop van een kind, strijdig met de openbare orde.

De vader kon het belang van het kind niet aanwenden, nu hij uit vrije keuze zichzelf en het kind buiten de wet had geplaatst. Er was ook geen sprake van een schending van het recht op eerbiediging van het privéleven omdat het kind reeds met de man samenleefde op het Franse grondgebied.

146. Twee jaar na de eerste reeks cassatiearresten m.b.t. draagmoederschapstoerisme, sprak op 13 september 2013 het Franse Hof van Cassatie zich opnieuw tweemaal uit over deze

³⁵² Rennes 29 maart 2011, *Droit de la famille* 2012, afl. 4, comm. 67, noot C. NEIRINCK.

³⁵³ Voor nog andere rechtszaken over erkenning en overschrijving van Indische geboorteakten na draagmoederschap: Rennes 21 februari 2012, *AJ Famille* 2012, 226, noot C. SIFFREIN-BLANC en *Droit de la famille* 2012, afl. 4, comm. 67, noot C. NEIRINCK (voor kritische opmerkingen zie A. MIRKOVIC, "Gestation indienne: transcription sur les registres d'état civil, *Recueil Dalloz* 2012, 878); Rennes 28 juni 2011, 11/02759, www.legifrance.gouv.fr; Over Oekraïense geboorteakten: Rennes 8 januari 2013, 12/01538, www.legifrance.gouv.fr.

³⁵⁴ Rennes 15 januari 2013, 11/07500, www.legifrance.gouv.fr.

³⁵⁵ Cass. 19 maart 2014, 13-50005, www.legifrance.gouv.fr.

³⁵⁶ Rennes 10 januari 2012, *Droit de la famille* 2012, afl. 4, comm. 67, noot C. NEIRINCK.

internationaalprivaatrechtelijke problematiek maar ditmaal met betrekking tot Indische geboorteakten. Het betrof een dubbele kwestie. Ten eerste werd in beide gevallen de overschrijving van de Indische geboorteakte in Franse registers van de burgerlijke stand geweigerd. Deze weigering was volgens het Hof gerechtvaardigd, gelet op de ontduiking van de Franse wet, aangezien de geboorte een gevolg is van een draagmoederschapsovereenkomst, die uitdrukkelijk nietig en verboden is in de *Code civil*³⁵⁷. Noch het hoger belang van het kind, beschermd door artikel 3 IVRK, noch het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM, kunnen volgens het Hof hier zinvol worden ingeroepen³⁵⁸.

De tweede kwestie, in slechts één van de twee zaken, betrof de vernietiging van de erkenning door de wensvader. Deze was gevorderd door het OM wegens wetsontduiking (art. 336 *Code civil*). Het Hof oordeelde dat het OM hiertoe bevoegd was, nu deze vordering niet afhankelijk is van het bewijs dat de erkenner niet de biologische vader is, wat de wensvader in dit geval wel was. Opnieuw benadrukte het Hof dat ook voor deze kwestie artikel 3 IVRK en artikel 8 EVRM niet op zinvolle wijze konden worden ingeroepen³⁵⁹.

Het Hof steunde zijn uitspraak niet op het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon, wat het wel deed in zijn arresten van april 2011. Dit principe werd hier immers niet geschonden, aangezien in de Indische geboorteakten de naam van de wensmoeder niet werd opgenomen, ten koste van de naam van de vrouw die van het kind bevallen was³⁶⁰. De redenering werd gebaseerd op de wetsontduiking.

147. De Franse rechtbanken werden ook reeds verzocht om reisdocumenten te laten afleveren voor het draagkind, opdat de wensouders met het kind konden terugkeren naar Frankrijk.

De *Conseil d'Etat* sprak zich op 4 mei 2011 uit over de weigering om reisdocumenten af te leveren voor een tweeling geboren in India³⁶¹. Een wensvader had het Franse consulaat in India verzocht om de overschrijving van de Indische geboorteakten van een tweeling en aflevering van paspoorten voor de kinderen. Hierop wendde de *Consul Général* zich tot het OM te Nantes omdat hij een draagmoederschapsprocedure vermoedde. Hij

³⁵⁷ Cass. 13 september 2013, 12-30.138, *AJ Collectivités Territoriales* 2013, 517 en *Revue critique de droit international privé* 2013, 909, noot P. HAMMJE.

³⁵⁸ Cass. 13 september 2013, 12-18.315, *Recueil Dalloz* 2013, 2382, adv. OM en noot M. FABRE-MAGNAN en *Revue critique de droit international privé* 2013, 910, noot P. HAMMJE. Zie ook C. PETIT, "Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger" (advies Eerste advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie), *Recueil Dalloz* 2013, (2377) 2381.

³⁵⁹ Cass. 13 september 2013, 12-18.315, *Recueil Dalloz* 2013, 2382, adv. OM en noot M. FABRE-MAGNAN en *Revue critique de droit international privé* 2013, 910, noot P. HAMMJE. Voor kritische opmerkingen hierbij, zie H. FULCHIRON en Ch. BIDAUD-GARON, "A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse", *Recueil Dalloz* 2013, (2349) 2352-2353.

³⁶⁰ I. GALLMEISTER, "Gestation pour autrui: transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation", *Recueil Dalloz* 2013, 2170.

³⁶¹ Conseil d'Etat 4 mei 2011, *AJ Famille* 2011, 328, noot F. MILOUDI.

stelde de afgifte van paspoorten uit. Het OM te Nantes verzette zich tegen de overschrijving van de geboorteakten, waarop de vader de administratieve rechtbank te Lyon vatte op grond van artikel L.521-2 *Code de justice administrative* (kortgedingprocedure).

De rechtbank beval de minister van Buitenlandse en Europese zaken de kinderen reisdocumenten te verschaffen, zodanig dat zij het nationale territorium konden betreden. Hierop stelde de minister beroep in, wat de Raad van State verwierp. De verwekking van de kinderen op grond van een nietige draagmoederschapsovereenkomst heeft geen op de aan de administratie opgelegde verplichting door artikel 3 IVRK om bij alle maatregelen betreffende kinderen, de belangen van het kind een eerste overweging te laten vormen³⁶².

Een tweede geval betrof het arrest van de Raad van State van 8 juli 2011³⁶³. In een kortgedingprocedure had de wensvader reeds van de administratieve rechtbank het vonnis gekregen op grond waarvan de draagkinderen, een tweeling, reisdocumenten zouden verkrijgen. Het OM stelde echter tegen dit vonnis hoger beroep in en de Raad van State verbrak het vonnis in eerste aanleg. De Raad wees in de eerste plaats op artikel 47 *Code civil* dat hoger werd toegelicht. De reisdocumenten of *laissez-passer* mochten bijgevolg enkel worden afgeleverd mits onderzoek van de identiteit en Franse nationaliteit van de betrokken persoon.

Deze documenten vertoonden echter tegenstrijdigheden:

- in een Indische notariële akte verklaarde de vrouw die door de Indische burgerlijke stand als moeder was aangeduid, dat zij verzaakte aan haar ouderlijke rechten;
- zij stelde in een gehandtekende verklaring nooit zwanger geweest te zijn noch bevallen te zijn van een kind;
- de wensvader verklaarde op eer nooit beroep te hebben gedaan op draagmoederschap en
- de directeur van het ziekenhuis, waar de kinderen geboren waren, verklaarde dat de kinderen geboren werden uit een draagmoeder, van wie hij de identiteit niet kende.

De Raad wees verder op de onzekerheid over de identiteit en de wil van de geboortemoeder. Omwille van dezelfde onduidelijkheden had de administratie geweigerd te oordelen over de zaak zonder eerst het belang van de kinderen te onderzoeken. In eerste aanleg werd gesteld dat deze weigering om de reisdocumenten af te leveren een schending betekende van artikel 3 IVRK en artikel 8 EVRM. De Raad van State volgde dit niet. Dit arrest

³⁶² Ook de administratieve rechtbank te Parijs beval reeds de afgifte van de nodige reisdocumenten, maar in dit geval na draagmoederschap in Oekraïne: Trib.adm. Parijs 15 november 2011, *AJ Famille* 2012, 106, weergave C. SIFFREIN-BLANC.

³⁶³ Conseil d' Etat 8 juli 2011, *AJ Famille* 2011, 499, noot F. MILOUDI.

betekent een hele ommezwaai t.a.v. het arrest van 4 mei 2011 van dezelfde Raad³⁶⁴.

148. In januari 2013 vaardigde de minister van Justitie een omzendbrief uit over de afgifte van certificaten van Franse nationaliteit (*'Circulaire Taubira'*). De omzendbrief stelt dat de enkele schijn of het vermoeden van draagmoederschap in het buitenland niet kan volstaan om de afgifte van certificaten van Franse nationaliteit te weigeren, aangezien de akten van de plaatselijke burgerlijke stand die een afstammingsband met een Franse burger aantonen, gelegaliseerd of geapostilleerd zonder tegenstrijdige verdragsbepalingen, bewijskracht hebben in de zin van artikel 47 *Code civil*³⁶⁵.

Dergelijke certificaten van Franse nationaliteit lossen echter niet alles op aangezien deze de staat van de persoon niet aantonen³⁶⁶. Draagmoederschap wordt hierdoor niet gelegaliseerd in Frankrijk³⁶⁷.

Hoofdstuk 4. Inefficiënt ontmoedigingsbeleid

149. Het ontmoedigingsbeleid lijkt geen preventieve werking te hebben. De hoven en rechtbanken moesten zich reeds meerdere malen uitspreken over de rechtsgevolgen van draagmoederschap. Het houdt wensparen ook niet tegen om in het buitenland beroep te doen op een draagmoeder³⁶⁸.

150. Bovendien roept de onmogelijkheid om een afstammingsband vast te stellen bij meerdere auteurs vragen op.

Net zoals bij de weigering om buitenlandse geboorteakten te erkennen, zou de weigering van de adoptie de wensouders naar het EHRM kunnen brengen

³⁶⁴ Voor kritische opmerkingen omtrent deze ommezwaai zie: F. MILOUDI, "La gestation pour autrui: un refus circonstancié?" (noot onder Conseil d'Etat 8 juli 2011), *AJ Famille* 2011, 499-450.

³⁶⁵ Circulaire 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, JUSC1301528C. Voor kritische opmerkingen, zie N. MATHEY, "Circulaire Taubira: Entre illusions et contradictions", *La Semaine Juridique Édition Générale* 2013, 292-293 en J. HEYMANN, "Convention de mère porteuse et refus de transcription de l'acte de naissance étranger: *bis repetita non placent!*", *La Semaine Juridique Édition Générale* 2014, (1051) 1054. De vraag rijst of deze richtlijn geen druk zet op de wetgever om draagmoederschap te legaliseren in Frankrijk (zie J.-R. BINET, "Circulaire Taubira: Ne pas de plaindre des conséquences dont on chérit les causes", *La Semaine Juridique Édition Générale* 2013, 289-291).

³⁶⁶ Zie H. FULCHIRON en Ch. BIDAUD-GARON, "A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse", *Recueil Dalloz* 2013, (2349) 2351.

³⁶⁷ N. MATHEY, "Circulaire Taubira: Entre illusions et contradictions", *La Semaine Juridique Édition Générale* 2013, (292) 292.

³⁶⁸ Zie L. BRUNET, "Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles: boîte de Pandore ou corne d'abondance?", *Revue de droit sanitaire et social* 2012, (828) 836; I. NISAND, "Grossesse pour autrui: pour le cas par cas", *Gynécologie Obstétrique et Fertilité* 2010, (226) 229; G. DELAISI DE PARSEVAL, "To FIV or not to FIV: la gestation pour autrui, future indication d'Assistance médicale à la procréation?", *Gynécologie Obstétrique et Fertilité* 2006, 720-726.

op grond van artikel 8 EVRM, aangezien zij duidelijk familiebanden hebben met het kind maar deze juridisch niet worden erkend³⁶⁹.

In het *rapport d'information* van de Senaat werd vermeld hoe Laure Camborieux, voorzitter van de vereniging Maïa, een hulpvereniging voor onvruchtbare paren, stelde dat wensparen die een beroep hadden gedaan op draagmoederschap geen bijzondere moeilijkheden ervaarden in hun dagelijkse leven, ondanks de onmogelijkheid om een volwaardige juridische afstammingsband met het kind vast te stellen³⁷⁰.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ wijst er echter op dat hoewel de overschrijving van de geboorteakte geen voorwaarde is voor de geldigheid ervan, het leven van de draagkinderen later een aaneenschakeling van administratieve lasten zou kunnen zijn, bv. wanneer zij hun paspoort of identiteitskaart willen laten vernieuwen, willen trouwen of wanneer hun ouders sterven en het probleem van de erfenis opduikt, wanneer zij ambtenaar of militair zouden willen worden of zich verkiesbaar willen stellen. Telkens wanneer zij hun Franse nationaliteit moeten verantwoorden, zullen zij op moeilijkheden stuiten³⁷¹.

MURAT stelt dat enerzijds de openbare orde geen leeg begrip is en beschermt tegen uitbuiting van het menselijk lichaam en vrije beschikking over de afstammingsband. Anderzijds kan het belang van het kind niet worden genegeerd. Het kind een afstammingsband onthouden met de persoon die het opvoedt en soms ook zijn genetische ouder is, is het kind een recht ontzeggen dat men aan elke andere persoon toekent, nl. om een feitelijke situatie door het recht beschermd te zien. Gelet op de fundamentele rechten, zowel in het EVRM als het IVRK, en de groeiende gevoeligheid van het Europees Hof voor kwesties rond adoptie, lijkt de positie van de Franse rechtspraak onhoudbaar. Het lijkt meer en meer zeker dat net zoals een overspelig kind niet de prijs moet betalen voor het overspel van zijn verwekkers, een kind geboren na draagmoederschap niet moet worden gestraft voor de mondialisering en het hevig oplaaieren van de kindervens. Een drukkingsmiddel tegen de uitbuiting van vrouwen moet men ergens anders zoeken dan bij een beperking van de rechten van het kind³⁷².

151. De starre houding t.a.v. draagmoederschapstoerisme wordt ook bekritiseerd. De rechtspraak zorgt net als in België voor een hinkende rechtsverhouding. De kinderen zijn wezen voor de Franse burgerlijke stand maar beschikken over een afstammingsband t.a.v. de wensouders in het

³⁶⁹ F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, Parijs, l'Harmattan, 2000, 339.

³⁷⁰ M. ANDRÉ, A. MILON en H. DE RICHEMONT, *Rapport d'information sur la maternité pour autrui*, Sénat 2007-08, n° 421, 44.

³⁷¹ A. VIDALIE, "Les enfants Mennesson se préparent une vie de tracasseries administratives" (interview met F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ), *L'express* 18 maart 2010.

³⁷² P. MURAT, "Gestation pour autrui: les palinodies de la cour d'appel de Paris" (noot onder Parijs 26 februari 2009), *Droit de la famille* 2009, afl. 6, comm. 75.

geboorteland van de kinderen³⁷³. Door de afwijzende houding creëert het Franse recht *de facto* een nieuwe categorie van bastaardkinderen³⁷⁴. Deze IPR-problematiek leidt tot veel rechtsonzekerheid³⁷⁵.

MIRKOVIC is niettemin een voorstander van het strenge beleid. Het beoogt immers te vermijden dat de openbare orde zou worden miskend, doordat de draagmoederschapsovereenkomst zonder straffeloosheid zou kunnen worden afgesloten³⁷⁶. CHÉNEDÉ keurt ook de afwijzende cassatierechtspraak goed, omdat anders de verboden op draagmoederschap inhoudsloos zouden worden. Het is aan de wetgever, en niet aan de rechter, om het Franse recht over medisch begeleide voortplanting, en daarmee samenhangend het afstammingsrecht, te doen evolueren³⁷⁷.

Hoofdstuk 5. Heropening van het debat, met voorlopig behoud van de *status quo*

152. In de rechtsleer werd verschillende malen opgeroepen om het debat over draagmoederschap te heropenen³⁷⁸ en werd de wetgever verzocht om tussen te komen³⁷⁹. De meningen ter zake verschillen sterk.

Het debat gaat tussen zij die een beoordeling *in abstracto* van het belang van het kind voorhouden en zij die een beoordeling *in concreto* verkiezen. De eerste categorie wil het verbod behouden. MIRKOVIC stelt dat het verbod moet

³⁷³ Zie M. FARGE, "Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui: quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible", *Droit de la famille* 2010, afl. 9, étude 23.

³⁷⁴ G. DELAISI DE PARSEVAL en Ch. COLLARD, "La gestation pour autrui: Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines", *L'Homme* 2007, (29) 41.

³⁷⁵ V. AVENA-ROBARDET, "Pas de régularisation du recours aux mères porteuses!", *AJ Famille* 2009, 3.

³⁷⁶ A. MIRKOVIC, "Non-transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil" (noot onder Parijs 18 maart 2010), *La Semaine Juridique Édition Générale* 2010, (933) 934.

³⁷⁷ F. CHÉNEDÉ, "Conventions de mère-porteuse: la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif", *AJ Famille* 2011, (262) 264. Zie ook C. NEIRINCK, "À propos de l'affaire Mennesson", *Droit de la famille* 2011, afl. 4, repère 4; F. MILOUDI, "La gestation pour autrui: les hésitations du Conseil d'État" (noot onder Conseil d'État 4 mei 2011), *AJ Famille* 2011, (328) 329.

³⁷⁸ V. IVORA-DELEUZE, "La gestation pour autrui au coeur de débat", *Gynécologie Obstétrique et Fertilité* 2010, 292; G. DELAISI DE PARSEVAL, "To FIV or not to FIV: la gestation pour autrui, future indication d'Assistance médicale à la procréation?", *Gynécologie Obstétrique et Fertilité* 2006, (720) 723; V. DEPADT-SEBAG, "Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui" (noot onder Arrondrb. Créteil 30 september 2004), *Recueil Dalloz* 2005, (477) 478-479. Volgens SUREAU is het, gelet op het belang van het kind, eerder aan de orde dat de wet versoepelt: C. SUREAU, "From secret origins to anonymous procreators" in B. FEUILLET-LIGER, K. ORFALI en Th. CALLUS (eds.), *Who is my Genetic Parent? Donor Anonymity and Assisted Reproduction: a Cross-Cultural Perspective*, Brussel, Bruylant, 2011, (81) 88-89.

³⁷⁹ I. CORPART, "Refus ferme et définitif de la Cour de cassation de transcrire des actes de naissance d'enfant nés de 'meres porteuses'", *Revue Juridique Personnes et famille* 2013, 20; G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, "Gestation pour autrui à l'étranger: annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue" (noot onder Parijs 18 maart 2010), *Recueil Dalloz* 2010, (1684) 1687.

blijven bestaan in het belang van het kind³⁸⁰. Dergelijke wetgeving moet men bekijken vanuit het standpunt van het kind in het algemeen. Ook het Hof van Cassatie schermt met het belang van het kind om draagmoederschap en zijn gevolgen af te wijzen³⁸¹. Een gewone adoptie van het meerderjarige kind door de wensouders zou echter mogelijk moeten zijn volgens MIRKOVIC³⁸². MURAT stelt de gewone adoptie ook voor minderjarige draagkinderen voor³⁸³.

SÉRIAUX is het hier echter niet mee eens. Vanaf de geboorte eist de wensmoeder het voorrecht van het moederschap op, wat exclusief is. De voorgestelde toepassing van gewone adoptie zou aan de wensmoeder slechts zeer laat en slechts op voorwaarde dat de draagmoeder het kind heeft afgestaan, een recht van die aard bieden³⁸⁴.

153. Ten slotte zijn er de auteurs die wensen dat draagmoederschap wordt geregeld. DEPADT-SEBAG stelt de vraag of het verbod op draagmoederschap in artikel 227-12 *Code pénal* niet moet worden herzien. De auteur verwijst naar de cassatierechtspraak van 1991, waarbij het Hof besloot tot de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst wegens de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam en de staat van de persoon. Het argument dat een overeenkomst het menselijk lichaam niet tot voorwerp kan hebben, gebaseerd op artikel 1128 *Code civil*, verliest echter aan belang, gelet op de vele overeenkomsten om niet die, hoewel ze het menselijk lichaam betreffen, werden toegelaten in het recht, zoals de donatie van gameten. De daadwerkelijke toepassing van het principe van de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam zou bovendien betekenen dat elke toestemming tot het gebruik van het lichaam zou moeten leiden tot een verbod, zoals bij de donatie van gameten. De onbeschikbaarheid van de staat van de persoon zou evenmin een onoverkomelijk obstakel vormen voor draagmoederschap: net zoals bij transseksualiteit zou het mogelijk kunnen zijn dat de rechtspraak vooruitloopt³⁸⁵.

³⁸⁰ A. MIRKOVIC, "Mères porteuses: analyses de droit de la famille" (noot onder Cass. 17 december 2008), *La Semaine Juridique Édition Générale* 2009, afl. 6, II 10020, (37) 39; A. MIRKOVIC, "Non-transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil" (noot onder Parijs 18 maart 2010), *La Semaine Juridique Édition Générale* 2010, (933) 935.

³⁸¹ P. HAMMJE, "Maternité pour autrui, possession d'état et état civil" (noot onder Cass. 6 april 2011, 10-19.053 en 09-17.130), *Revue critique de droit international privé* 2011, (727) 739, nr. 40.

³⁸² S. DE MONTGOLFIER en A. MIRKOVIC, "Maternité pour autrui: du désir d'enfant à l'enfant à tout prix", *Medecine/Sciences* 2009, (419) 422; A. MIRKOVIC, "À propos de la maternité pour autrui", *Droit de la famille* 2008, afl. 6, étude 15, nr. 17 *et seq.*

³⁸³ P. MURAT, "L'enfant de mère porteuse: tentative d'établissement de la filiation par possession d'état" (noot onder Arrondrb. Rijsel 22 maart 2007), *Droit de la famille* 2007, afl. 6, comm. 122.

³⁸⁴ A. SÉRIAUX, "Maternités pour le compte d'autrui: la mainlevée de l'interdit?", *Recueil Dalloz* 2009, (1215) 1218, nr. 13.

³⁸⁵ V. DEPADT-SEBAG, "Non-lieu dans une affaire de maternité pour autrui" (noot onder Arrondrb. Créteil 30 september 2004), *Recueil Dalloz* 2005, (477) 478-479.

Volgens BANDRAC, DELAISI DE PARSEVAL en DEPADT-SEBAG is het mogelijk en noodzakelijk dat draagmoederschap een plaats krijgt in het Franse recht³⁸⁶. LABBÉE is ook van mening dat de tijd is gekomen voor de wetgever om zich uit te spreken over het statuut van kinderen geboren in het buitenland na draagmoederschap. De impasse waarin het kind zich bevindt, moet worden opgelost. Volgens de auteur zou het bezit van staat het geschikte instrument zijn om de afstamming van het kind te regelen³⁸⁷.

BOULANGER is voorstander van een 'prenatale adoptie', zonder bedenktijd voor de draagmoeder. De vrede binnen de familie en het belang van het kind vereisen volgens de auteur een onherroepelijke overdracht van het kind naar het gezin van de wensouders³⁸⁸.

154. Op 25 juni 2008 vaardigde de Franse Senaat een *Rapport d'information sur la maternité pour autrui*³⁸⁹ uit. Dit rapport stelde voor om draagmoederschap toe te laten en te kaderen, onder strikte voorwaarden, o.m.:

- De wensouders zijn een paar van verschillend geslacht, gehuwd of met een gemeenschappelijk leven van minstens twee jaar, gedomicilieerd in Frankrijk en hebben de leeftijd om zich voort te planten³⁹⁰.
- De wensmoeder is in de onmogelijkheid om een zwangerschap te voldragen of de zwangerschap is een gevaar voor haar eigen gezondheid of die van het kind.
- Minstens één wensouder is de genetische wensouder.
- De draagmoeder mag niet de genetische moeder zijn, noch de moeder van de wensmoeder en moet ook gedomicilieerd zijn in Frankrijk.
- Een pluridisciplinaire commissie moet aan de wensouders en draagmoeder m.b.t. hun fysieke en psychische gezondheid de goedkeuring geven.
- Commercieel draagmoederschap is niet toegelaten. Niet-lucratieve bemiddelaarsverenigingen, goedgekeurd door *l'Agence de la biomédecine*, zijn wel toegelaten.
- Een embryotransfer is maar mogelijk mits rechterlijke beslissing. De rechter moet o.m. de geschreven toestemmingen van de wensouders en draagmoeder, en eventueel van haar partner, verzamelen en hen informeren over de gevolgen van hun engagement, in het bijzonder wat de afstamming betreft.
- De draagmoeder heeft een bedenkrecht van drie dagen vanaf de geboorte.

³⁸⁶ M. BANDRAC, G. DELAISI DE PARSEVAL en V. DEPADT-SEBAG, "Repenser la prohibition de la gestation pour autrui?", *Recueil Dalloz* 2008, (434) 441, nr. 27.

³⁸⁷ X. LABBÉE, "L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite" (noot onder Arrondrb. Rijsel 22 maart 2007), *Recueil Dalloz* 2007, (1251) 1255.

³⁸⁸ F. BOULANGER, noot onder Arrondrb. Aix-en-Provence 5 december 1984, *La Semaine Juridique Édition Générale* 1986, II, 20561, nr. 7.

³⁸⁹ M. ANDRÉ, A. MILON en H. DE RICHEMONT, *Rapport d'information sur la maternité pour autrui*, Sénat 2007-08, n° 421, 119 p.

³⁹⁰ Dit stemt overeen met het huidige artikel L2141-2, derde lid Code de la santé publique (voorwaarden voor medisch begeleide voortplanting).

- Oefent de draagmoeder haar bedenkrecht niet uit, dan worden de namen van de wensouders automatisch ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, ter uitvoering van de rechterlijke beslissing die de embryotransfer goedkeurde en op voorlegging van deze beslissing door elke belanghebbende persoon.

SÉRIAUX heeft kritiek op dit laatste voorstel: de wensouders zouden hun ouderschap kunnen ontlopen doordat niemand de beslissing voorlegt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Dit betekent dat het kind ouderloos zou kunnen worden, wanneer ook de draagmoeder geen juridische moeder wil worden. De auteur stelt daarom voor dat aan de toestemming van de wensouders tot het draagmoederschap onherroepelijk het ouderschap wordt verbonden³⁹¹.

HAUSER stelt dat de idee van altruïstisch draagmoederschap tegenstrijdig is met het verbod voor een moeder om een kind te dragen voor haar dochter, wat volgens de auteur nog het meest legitieme is³⁹².

MIRKOVIC wijst de stellingen in dit rapport af: het rapport stelt zogezegd het belang van het kind voorop, maar er zou enkel maar geredeneerd zijn vanuit het belang van de wensouders³⁹³.

155. Enkele maanden later, op 20 november 2008, bracht het *Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques* (OPECST) een rapport uit over *L'évaluation de l'application de la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*³⁹⁴. Hoewel deze wet de bepalingen van de artikelen 227-12 *Code pénal* en 16-7 *Code civil* niet wijzigde, ging dit rapport ook in op draagmoederschap. Het rapport verzet zich tegen het opheffen van het verbod, o.m. omwille van risico's m.b.t. het kind, de instrumentalisering van de draagmoeder en frustraties bij de wensouders³⁹⁵.

156. De *Conseil d'Etat* publiceerde op 6 mei 2009 een studie '*La révision des lois de bioéthique*', waarbij ook draagmoederschap werd behandeld³⁹⁶. De Raad van State wenste eveneens het verbod te behouden, gelet op het belang van het kind, de medische gevolgen voor de draagmoeder, het risico van

³⁹¹ A. SÉRIAUX, "Maternités pour le compte d'autrui: le mainlevée de l'interdit?", *Recueil Dalloz* 2009, (1215) 1220, nr. 18.

³⁹² J. HAUSER, "Prolégomènes sur le rapport du Sénat concernant la maternité pour autrui, rapport d'information n° 421: des conditions, à quoi bon?", *Revue trimestrielle de droit civil* 2008, (468) 468.

³⁹³ A. MIRKOVIC, "La maternité pour autrui (rapport d'information de la commission des lois du Sénat n° 421, 25 juin 2008)", *Recueil Dalloz* 2008, (1944) 1945.

³⁹⁴ A. CLAEYS en J.-S. VIALATTE, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Assemblée Nationale, n° 1325, Sénat 2008-09, n° 107, 275 p.

³⁹⁵ A. CLAEYS en J.-S. VIALATTE, *Rapport sur l'évaluation de l'application de la Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Assemblée Nationale, n° 1325, Sénat 2008-09, n° 107, 138-157.

³⁹⁶ CONSEIL D'ETAT, "La révision des lois de bioéthique", 6 mei 2009, www.conseil-etat.fr, 122 p.

uitbuiting van de draagmoeder en het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon.

De Raad stelde wel voor dat de juridische situatie van kinderen in het buitenland geboren na draagmoederschap zou worden geregeld, zodanig dat zij niet zouden worden gestraft omwille van het feit dat de wensouders beroep deden op een praktijk die in Frankrijk verboden is. Het zou volgens de Raad mogelijk zijn dat de vaderlijke afstamming in hoofde van de biologische wensvader wordt erkend, en dat een overdracht van het ouderlijk gezag van de wensvader naar de wensmoeder, overeenkomstig artikel 377 *Code civil*, wordt aanvaard³⁹⁷.

157. De meerderheid van de leden van de *l'Agence de la Biomédecine*³⁹⁸ sprak zich negatief uit over draagmoederschap, net als de nationale Orde van Geneesheren³⁹⁹ en de *Académie Nationale de Médecine*⁴⁰⁰.

158. In de *Assemblée Nationale* werd op 20 januari 2010 ook een *Rapport d'information*⁴⁰¹ uitgebracht, waarbij eveneens werd voorgesteld om het verbod op draagmoederschap te behouden.

159. Het *Comité Consultatif National d'Ethique* (CCNE) leverde reeds tweemaal een advies inzake draagmoederschap. Een eerste maal, in 1984, nam het CCNE duidelijk standpunt in tegen het fenomeen van draagmoederschap, o.m. omwille van het belang van het kind. Bovendien kwam draagmoederschap neer op “une fraude à la loi sur l'adoption”. Het Comité stelde voor om geen wetgeving te ontwikkelen om draagmoederschap legitiem te maken. Anderzijds was het evenmin voorstander van een verbod. Het Comité achtte de nietigheid van de overeenkomsten voldoende ontradend⁴⁰².

In 2010 boog het Comité zich opnieuw over de ethische aspecten van draagmoederschap. De instantie had hiervoor verschillende redenen: de laatste jaren was de discussie rond legalisering van hoogtechnologisch draagmoederschap opnieuw opgelaid, o.m. ten gevolge van nieuwe medische mogelijkheden om met de gameten van de wensouders een kind te verwekken. Ook de internationale context was een reden. Wensouders

³⁹⁷ CONSEIL D'ETAT, “La révision des lois de bioéthique”, 6 mei 2009, www.conseil-etat.fr, 21-23.

³⁹⁸ AVIS DU CONSEIL D'ORIENTATION DE L'AGENCE DE LA BIOMEDICINE, *La gestation pour autrui*, <http://www.agence-biomedecine.fr>, 13 p.

³⁹⁹ ORDE NATIONAL DES MÉDECINS, CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE, *La gestation pour autrui: Position du Conseil national de l'Ordre des médecins*, <http://www.conseil-national.medecin.fr>, 4 p.

⁴⁰⁰ ACADEMIE NATIONALE DE MÉDECINE, *La gestation pour autrui*, <http://www.academie-medecine.fr>.

⁴⁰¹ A. CLAEYS en J. LEONETTI, *Rapport d'information, au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique*, Assemblée Nationale, 20 januari 2010, n° 2235, 171, proposition n° 20.

⁴⁰² COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis n° 3 sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle. Rapport*, 23 oktober 1984, <http://www.ccne-ethique.fr>, 1-16.

kunnen naar het buitenland reizen om daar beroep te doen op een draagmoeder. Daarnaast hadden verschillende organen, zoals o.m. de hoger vermelde werkgroep van de Senaat, de Académie Nationale de Médecine en de Raad van State, zich reeds uitgesproken over de problematiek⁴⁰³.

In dit advies besloot het CCNE dat de bestaande wetgeving, en dus een verbod, moest worden behouden en dit omwille van zes redenen:

- geen enkele wet kan de risico's, waartegen de wet zou willen beschermen, verhinderen;
- gestationeel draagmoederschap wordt niet ethisch geoorloofd omdat het plaatsvindt in een medisch kader;
- draagmoederschap reguleren geeft aanleiding tot problemen die moeilijk op te lossen zijn zonder afbreuk te doen aan de belangen van individuen, zoals bv. de draagmoeder;
- draagmoederschap zou een bedreiging kunnen betekenen voor de menselijke waardigheid of het symbolische beeld van de vrouw;
- er is nog niet alles geweten omtrent de toekomst van kinderen geboren na gestationeel draagmoederschap en
- de claim om hoogtechnologisch draagmoederschap te regelen, is gebaseerd op een betwistbaar concept van gelijkheid voor de wet. Het feit dat sommige andere vormen van medisch begeleide voortplanting in het Franse recht geregeld zijn, betekent niet dat draagmoederschap, dat hiermee niet te vergelijken valt, moet worden geregeld⁴⁰⁴.

Maar liefst zeven auteurs, die echter niet behoorden tot de werkgroep die het advies opstelde, weken uitdrukkelijk af van de meest recente stelling van het CCNE. Volgens hen zou het behoud van het verbod, met zijn gevolgen op het vlak van de afstamming, strijdig zijn met de belangen van alle kinderen die zullen worden geboren door draagmoederschap in het buitenland. Zij verkiezen dat draagmoederschap bij wijze van uitzondering mogelijk zou zijn, mits een strikte controle erop⁴⁰⁵.

160. In de herziening op de wetten van bio-ethiek door de wet van 7 juli 2011⁴⁰⁶ werd de *status quo* van draagmoederschap behouden⁴⁰⁷: de overeenkomst blijft absoluut nietig en draagmoederschap kan strafbaar zijn.

⁴⁰³ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis n° 110, Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, 1 april 2010, <http://www.ccne-ethique.fr>, 4-5.

⁴⁰⁴ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis n° 110, Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, 1 april 2010, <http://www.ccne-ethique.fr>, 10-17.

⁴⁰⁵ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis n° 110, Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, 1 april 2010, <http://www.ccne-ethique.fr>, 18.

⁴⁰⁶ Loi 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *Journal Officiel* 8 juli 2011.

⁴⁰⁷ CENTRE DE DROIT DE LA FAMILLE (UNIVERSITÉ JEAN MOULIN), "A chronicle of family law in 2011" in B. ATKIN (ed.), *The international Survey of Family Law 2012*, Bristol, Jordan Publishing, 2011, (91) 109.

Er werden echter verschillende wetsvoorstellen tot regeling van draagmoederschap ingediend, gelet op de bestaande problemen. Zo diende ANDRÉ een wetsvoorstel in tot het toelaten en kaderen van draagmoederschap, met de bedoeling aan de aanbevelingen van de werkgroep van de Senaat een juridische grondslag te bieden.

Het wetsvoorstel beoogde een artikel 311-20-1 *Code civil* toe te voegen: “Dans le cas d'une gestation pour autrui menée conformément au chapitre III du titre quatrième du livre premier de la deuxième partie du code de la santé publique, les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des membres du couple ayant bénéficié de la gestation pour autrui sont inscrits sur le ou les actes de naissance sur présentation, par toute personne intéressée, de la décision judiciaire prévue à l'article L. 2143-6 du code de la santé publique. La filiation du ou des enfants à leur égard n'est susceptible d'aucune contestation”.

Artikel L.2143-6 Code de la santé publique zou dan als volgt worden ingevuld: “Le transfert d'embryons en vue d'une gestation pour autrui est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire. Le juge s'assure du respect des articles L. 2143-1 à L. 2143-5. Après les avoir informés des conséquences de leur décision, il recueille les consentements écrits des membres du couple demandeur, de la femme disposée à porter en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte et, le cas échéant, celui de son conjoint, de son concubin ou de la personne avec laquelle elle a conclu un pacte civil de solidarité. Le juge fixe la somme que les membres du couple demandeur doivent verser à la femme qui portera en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte afin de couvrir les frais liés à la grossesse qui ne seraient pas pris en charge par l'organisme de sécurité sociale et les organismes complémentaires d'assurance maladie. Cette somme peut être révisée durant la grossesse. Aucun autre paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au titre de la gestation pour autrui”⁴⁰⁸.

161. Sinds de wetten op de bio-ethiek werd nog een wetsvoorstel ingediend om de overschrijving in de Franse burgerlijke stand van geboorteakten van kinderen in het buitenland geboren na draagmoederschap toe te laten. Dit wetsvoorstel wenst een artikel 336-2 *Code civil* in te voegen: “Lorsque l'état civil de l'enfant a été établi par une autorité étrangère en conformité avec une décision de justice faisant suite à un protocole de gestation pour autrui, cet état civil est transcrit dans les registres français sans contestation possible aux conditions que la décision de justice soit conforme aux lois locales applicables, que le consentement libre et éclairé de

⁴⁰⁸ Proposition de loi van 27 januari 2010 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, Sénat 2009-10, n° 233 (ingediend door M. ANDRÉ e.a.). Op dezelfde dag diende A. MILON eveneens een wetsvoorstel in met dezelfde titel: Proposition de loi van 27 januari 2010 tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui, Sénat 2009-10, n° 234.

la femme qui a porté l'enfant soit reconnu par cette décision et que les possibilités de recours contre cette décision soient épuisées"⁴⁰⁹.

Artikel 23 van het wetsvoorstel tot openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht beoogt hetzelfde te bereiken door aan artikel 47 *Code civil* een paragraaf toe te voegen: "Fait également foi l'acte de naissance établi par une autorité étrangère à la suite d'un protocole de gestation pour autrui. Il est procédé à la transcription de cet acte au registre français de l'état civil, où mention est faite de la filiation établie à l'égard des deux personnes à l'origine du projet parental, respectivement reconnues comme les parents, sans que l'identité de la gestatrice soit portée sur l'acte. La filiation ainsi établie n'est susceptible d'aucune contestation du ministère public"⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Proposition de loi van 31 juli 2012 autorisant la transcription à l'état civil français des actes de naissance des enfants nés à l'étranger du fait d'une gestation pour autrui, Sénat 2011-12, n° 736 (ingediend door J. MÉZARD e.a.).

⁴¹⁰ Proposition de loi van 27 augustus 2012 visant à l'ouverture du mariage aux personnes du même sexe et à l'ordonnancement des conditions de la parentalité, Sénat 2011-12, n° 745 (ingediend door E. BENBASSA e.a.).

Titel 9. Georgië

162. Sinds 1997 is draagmoederschap in Georgië toegelaten door artikel 143 van de Wet op gezondheidsbescherming⁴¹¹. De wensouders worden aangemerkt als de juridische ouders.

⁴¹¹ Te raadplegen op www.parliament.ge/.

Titel 10. Griekenland

163. In Griekenland komt op grond van het *Mater semper certa est*-principe principieel een afstammingsband tot stand tussen het kind en de vrouw die ervan bevallen is (art. 1463 Grieks BW). Haar echtgenoot wordt geacht de vader te zijn (art. 1465, eerste lid Grieks BW).

Niettemin kunnen er naar Grieks recht aan draagmoederschap gevolgen op het vlak van oorspronkelijk afstamming t.a.v. de wensouders worden vastgeknoopt.

164. De toepasselijke wetgeving is de wet Medische begeleiding bij menselijke voortplanting nr. 3089/2002⁴¹² (hierna wet 3089/2002). Deze wet wijzigde het Griekse BW door een Hoofdstuk 8 'Medische begeleiding bij menselijke voortplanting' in te voegen, waaronder de artikelen 1458 en 1464 inzake draagmoederschap. Deze wet kwam er door het werk van een comité, aangesteld in 2000, dat de gevolgen van voortplantingstechnieken en genetica op het familierecht diende te onderzoeken⁴¹³. De aanzet daartoe werd gegeven door een uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Heraklion, waarbij de adoptie van een tweeling door wensouders werd uitgesproken en waarbij de rechtbank wees op het juridische vacuüm dat bestond t.a.v. juridisch ouderschap na draagmoederschap. De rechters wezen daarbij op de ongeschiktheid van de adoptieprocedure bij draagmoederschap aangezien er een biologische band bestond tussen de wensouders en het kind. Zij drongen er bij de autoriteiten op aan om wetgeving in te voeren die bescherming zou bieden aan alle betrokkenen bij draagmoederschap⁴¹⁴.

De wijziging kwam er nadat alle politieke partijen vertegenwoordigd in het Griekse parlement pro hadden gestemd, ondanks verschillende bezwaren die tot uiting waren gekomen. De wens van genetische ouders om een kind te hebben door draagmoederschap, mag niet worden gezien als de schending van grondwettelijke rechten van een ander⁴¹⁵.

De wet biedt aan de hand van strikte voorwaarden een juridisch kader om te verzekeren dat de rechten van alle partijen betrokken zijn⁴¹⁶.

⁴¹² Wet Medische begeleiding bij menselijke voortplanting (nr. 3089/2002), *Official Gazette of the Hellenic Republic* 23 december 2002, i.w.tr. 23 december 2002.

⁴¹³ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 279-281.

⁴¹⁴ Rb. Heraklion, nr. 31/1999, aangehaald door L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 279-280.

⁴¹⁵ I. KRIARI-CATRANIS, "Human Assisted Procreation and Human Rights – The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law* 2003, (271) 277.

⁴¹⁶ A. BOUTAS, "The Assisted Reproduction: Moral and Legal Analysis (Laws No 3089/02 and 33058/05)", 3.

165. Enkele jaren later werd het probleem van draagmoederschap tegen betaling meer dan duidelijk, aangezien de meerderheid van de toepassingsgevallen commercieel waren. De overheid reageerde met een nieuwe wet, nl. de wet uitvoering van medisch begeleide voortplanting van 27 januari 2005, nr. 3305/2005 (hierna wet 3305/2005)⁴¹⁷. Deze wet behandelt allerlei organisatorische en administratieve zaken m.b.t. de werking van de fertiliteitscentra⁴¹⁸ en laat de betaling van 'redelijke kosten' aan de draagmoeder toe⁴¹⁹.

166. Opdat de wensouders via een specifiek systeem de juridische ouders worden, moet aan een aantal specifieke voorwaarden worden voldaan. Artikel 1 Wet 3305/2005 scheidt verder een algemeen kader door te bepalen dat de wet beoogt de rechten en belangen van het kind, het recht van individuen om zich voort te planten en hun recht op persoonlijke vrijheid en autonomie te beschermen.

Hoofdstuk 1. Absolute erkenning van initieel wensouderschap bij hoogtechnologisch draagmoederschap

167. In Griekenland is medisch begeleide voortplanting, incl. draagmoederschap, enkel mogelijk om de onmogelijkheid om kinderen op natuurlijke wijze te krijgen, te behandelen (art. 1455 Grieks BW). Dit is de subsidiariteitsvoorwaarde⁴²⁰. Dat de wensmoeder niet ouder mag zijn dan vijftig jaar (art. 4, eerste lid wet 3305/2005) houdt hiermee verband.

Draagmoederschap kan bijgevolg niet worden aangewend om praktische redenen en moet dienen als *ultimum remedium*⁴²¹. Evenmin lijken op grond van deze bepaling paren van hetzelfde geslacht in aanmerking te komen als wensouders, maar hierop wordt verder ingegaan⁴²².

⁴¹⁷ Wet Uitvoering van medisch begeleide voortplanting (nr. 3305/2005), *Official Gazette of the Hellenic Republic* 27 januari 2005., i.w.tr. 27 januari 2005; A.N. HATZIS, "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", 2010, <http://papers.ssrn.com>, 10; www.nurs.uoa.gr/.

⁴¹⁸ D. PAPADOPOULOU-KLAMARIS, "Medical Assisted Reproduction in Greek Law", The Greek Conference, 2007, 1.

⁴¹⁹ *Infra* nr. 181.

⁴²⁰ A.C. PAPACHRISTOS, "Le don d'uterus et le droit hellénique" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (169) 169.

⁴²¹ Zie I. KRIARI-CATRANIS, "Human Assisted Procreation and Human Rights – The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law* 2003, (271) 273.

⁴²² A.C. PAPACHRISTOS, "Le don d'uterus et le droit hellénique" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (169) 170; I. KRIARI-CATRANIS, "Human Assisted Procreation and Human Rights – The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law* 2003, (271) 273.

168. Draagmoederschap staat open voor gehuwde en ongehuwde paren van verschillend geslacht, paren van verschillend geslacht in een geregistreerd partnerschap, alsook alleenstaande vrouwen⁴²³.

169. De specifieke wetsbepalingen krijgen pas uitwerking indien een eikel wordt ingeplant bij de draagmoeder. Bijgevolg wordt enkel hoogtechnologisch draagmoederschap geregeld. De eikel kan afkomstig zijn van een derde⁴²⁴. Omtrent het genetische vaderschap wordt niets vereist. De zaadcellen kunnen dus ook afkomstig zijn van een donor⁴²⁵.

170. Deze eiceltransfer is enkel mogelijk nadat de rechtbank de draagmoederschapsovereenkomst heeft gehomologeerd⁴²⁶. Er moet m.a.w. een voorafgaandelijke toelatingsprocedure worden gevoerd. De rechter heeft hierbij weinig discretionaire bevoegdheid⁴²⁷.

171. De vordering moet volgens de letter van de wet worden ingesteld door de wensmoeder. De rechtbank te Athene liet niettemin in 2008 aan een alleenstaande onvruchtbare man toe om gebruik te maken van draagmoederschap in combinatie met de donatie van een embryo, dat werd ingeplant bij de draagmoeder⁴²⁸. Dit kan een alleenstaand geval zijn, aangezien in Griekenland rechterlijke uitspraken geen officiële precedentenwerking hebben⁴²⁹.

Dat de vordering enkel door de wensmoeder kan worden ingesteld, werd door recente rechtspraak ongrondwettig bevonden. Het creëert ongelijkheden op grond van geslacht. Het discrimineert mannen die geen vrouwelijke partner hebben en omwille van medische redenen geen kind kunnen krijgen. Deze rechterlijke uitspraken werden kritisch onthaald⁴³⁰.

⁴²³ Impliciet af te leiden uit art. 1456, eerste lid Grieks BW.

⁴²⁴ I. KRIARI-CATRANIS, "Human Assisted Procreation and Human Rights – The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law* 2003, (271) 276. Volgens HATZIS is de wet hier echter niet duidelijk over: A.N. HATZIS, "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", 2010, <http://papers.ssrn.com>, 5.

⁴²⁵ D. PAPAPOULOU-KLAMARIS, "Medical Assisted Reproduction in Greek Law", The Greek Conference, 2007, 5.

⁴²⁶ De rechtbank van eerste aanleg te Thessaloniki liet in uitzonderlijke omstandigheden hierop een afwijking toe (zaaknr. 27035/2003, aangehaald door L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 283).

⁴²⁷ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 284.

⁴²⁸ Aangehaald door A.C. PAPACHRISTOS, "Le don d'uterus et le droit hellénique" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (169) 170.

⁴²⁹ A. GRAMMATICAKI-ALEXIOU, "Sources and Materials" in K.D. KERAMEUS en Ph.J. KOZYRIS (eds.), *Introduction to Greek Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, (13) 15.

⁴³⁰ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 285-286.

172. De wensmoeder moet aantonen dat zij medisch gezien niet in staat is zich voort te planten. Dat zij reeds kinderen heeft, is geen obstakel, zolang zij maar op het ogenblik van het verzoek niet in staat is zich voort te planten⁴³¹.

De draagmoeder moet aantonen dat zij in een goede gezondheid verkeert en in staat is zich voort te planten. De draagmoeder moet een medisch onderzoek en psychologische evaluatie doorlopen (art. 13, derde lid Wet 3305/2005).

173. De transfer vereist bovendien een schriftelijke overeenkomst tussen de wensouders en de draagmoeder, en in het geval deze gehuwd is, ook van haar echtgenoot. Verder zijn geen formaliteiten vereist⁴³².

In het geval de draag- of wensmoeder niet gehuwd is met haar mannelijke partner, dienen de partijen, incl. partners, voor een notaris hun schriftelijke toestemming te geven. De notariële toestemming zal niet alleen dienen als toestemming tot de verwekking met het oog op draagmoederschap, maar ook als een bewijs van de vrijwillige erkenning van de verplichtingen als vader t.a.v. het kind⁴³³.

De draagmoeder dient de nodige informatie inzake de overdracht van het ouderschap te hebben verkregen vooraleer zij toestemt tot de overeenkomst en de bevruchting. De toestemming moet vrij zijn van dwang (art. 5 Wet 3305/2005).

De wet staat enkel open voor altruïstische overeenkomsten (art. 1458 Grieks BW⁴³⁴). Een financiële vergoeding is m.a.w. niet toegelaten. Een vergoeding van kosten voor de medisch begeleide voortplantingsprocedure, zwangerschap, bevalling en vergoeding voor schade of loonverlies daardoor

⁴³¹ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 287.

⁴³² L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 290.

⁴³³ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 290.

⁴³⁴ Artikel 1458 Grieks BW (ingevoegd door artikel 8 wet 3089/2002): "The transfer of fertilized ova to another woman and pregnancy by her is allowed by a court authorization issued before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between the involved parties, meaning the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married or her spouse, as well. The court authorization is issued following an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard with the fact that she is medically unable to conceive but also with the fact that the surrogate mother is in good health condition and able to conceive".

worden niet aangemerkt als een financiële vergoeding (art. 13, vierde lid Wet 3305/2005) en beletten bijgevolg de rechterlijke homologatie niet⁴³⁵.

Indien de draagmoeder gehuwd is, dient haar echtgenoot ook zijn schriftelijke toestemming te geven.

174. Zowel de wensmoeder als de draagmoeder moeten hun domicilie in Griekenland hebben (art. 8 wet 3089/2002), teneinde enerzijds draagmoederschapstoerisme en anderzijds het overbrengen van draagmoeders uit het buitenland te vermijden⁴³⁶. De Griekse rechtbanken verstaan onder domicilie dat de twee vrouwen in Griekenland hebben geleefd voor een voldoende lange periode in het verleden. Zij moeten aantonen dat zij de intentie hebben om er voor een lange tijd te blijven in de toekomst⁴³⁷. Dit betekent niet dat zij de Griekse nationaliteit moeten hebben, wat ook blijkt uit analyses van rechtspraak⁴³⁸.

175. Verkreeg de wensmoeder een rechterlijke homologatie, dan wordt zij in rechte vermoed de moeder van het kind te zijn (art. 1464, eerste lid Grieks BW). Op de geboorteakte wordt de naam van de wensmoeder vermeld als moeder⁴³⁹. Het Griekse recht erkent bijgevolg het socio-sentimentele ouderschap⁴⁴⁰, waardoor *Mater semper certa est* niet langer in alle gevallen een welgevestigde waarheid is⁴⁴¹.

Weigert de draagmoeder het kind af te staan na de geboorte, dan kan de wensmoeder voor de rechtbank de naleving van de overeenkomst afdwingen (art. 946 Grieks Ger.W.) en heeft zij zelfs recht op schadevergoeding wegens contractbreuk⁴⁴².

⁴³⁵ De betalingen worden gecontroleerd door de Nationale Autoriteit van Medisch Begeleide Voortplanting. Deze is echter nog niet operationeel in Griekenland. Zie L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 292.

⁴³⁶ A.C. PAPACHRISTOS, "Le don d'uterus et le droit hellénique" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (169) 171.

⁴³⁷ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 289.

⁴³⁸ A.N. HATZIS, "From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece", *Portuguese Economic Journal* 2009, (205) 216-217.

⁴³⁹ A.C. PAPACHRISTOS, "Le droit hellénique de la filiation: Parenté biologique et parenté socio-sentimentale" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (211) 214.

⁴⁴⁰ A.C. PAPACHRISTOS, "Le droit hellénique de la filiation: Parenté biologique et parenté socio-sentimentale" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (211) 219.

⁴⁴¹ I. KRIARI-CATRANIS, "Human Assisted Procreation and Human Rights – The Greek Response to the Felt Necessities of the Time", *European Journal of Health Law* 2003, (271) 276.

⁴⁴² L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 291.

Werd geen rechterlijke homologatie verkregen dan zal de wensmoeder het kind moeten adopteren, wat de toestemming van de draagmoeder, als juridische moeder, vereist⁴⁴³.

176. Het ziekenhuis is verantwoordelijk voor de opmaak van de geboorteakte. Deze wordt opgemaakt volgens de klassieke procedure, maar vermeldt wel dat het gaat om een geval van draagmoederschap. De wensouders moeten de geboorteakte bezorgen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en de geboorte van 'hun' kind naar gemeen recht aangeven binnen tien dagen. Zij moeten bij de aangifte een kopie van de preconceptieve rechterlijke beslissing voegen⁴⁴⁴.

Hoofdstuk 2. Weerlegbaar wensmoederschap bij strafbaar laagtechnologisch draagmoederschap

177. Het vermoeden van moederschap kan enkel worden betwist indien wordt aangetoond dat de draagmoeder de genetische moeder is van het kind. Dit zou de niet-naleving van de wettelijke voorwaarden impliceren. Zowel de wensmoeder als de draagmoeder kunnen de vordering instellen (art. 619, § 2 Grieks Ger.W.). Dit moet gebeuren binnen de zes maanden vanaf de geboorte. Slaagt de vordering van de draagmoeder, dan zal zij retroactief vanaf de geboorte worden geacht de juridische moeder van het kind te zijn (art. 1464, tweede lid Grieks BW).

Wordt het moederschap van de wensmoeder succesvol betwist, dan wordt automatisch ook het vaderschap van de wensvader betwist⁴⁴⁵. Het vaderschap van de wensvader kwam immers tot stand op grond van het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot.

178. Op deze bepaling kwam veel kritiek, o.m. wegens strijdigheid met de belangen van het kind, omdat op het ogenblik dat de rechtbank kan oordelen over een vordering ingesteld door de draagmoeder, het kind reeds enige tijd bij de wensouders zal verblijven. Wordt de vordering gegrond verklaard, dan kan het kind worden gedwongen om zijn socio-educatieve ouders te verlaten en terug te keren naar de draagmoeder.

Er wordt daarom voorgesteld om een DNA-test te laten uitvoeren onmiddellijk na de geboorte van het kind om zijn genetische oorsprong te

⁴⁴³ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 291.

⁴⁴⁴ A.N. HATZIS, "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", 2010, <http://papers.ssrn.com>, 6.

⁴⁴⁵ A.C. PAPACHRISTOS, "Le droit hellénique de la filiation: Parenté biologique et parenté socio-sentimentale" in I. SCHWENZER (ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (211) 214.

controleren⁴⁴⁶. Indien dergelijk systeem zou worden ingevoerd kan dit tot bijkomende problemen leiden. Als wordt aangetoond dat het inderdaad ging om laagtechnologisch draagmoederschap, stellen de betrokkenen zich immers bloot aan strafrechtelijke sancties. Deze worden hieronder toegelicht.

Hoofdstuk 3. Strafrechtelijk verbod op niet-naleving van de wettelijke voorwaarden

179. Uit de voorwaarden volgt dat enkel altruïstisch, hoogtechnologisch draagmoederschap om medische redenen toegelaten is.

180. Artikel 26, achtste lid Wet 3305/2005 bepaalt dat wie deelneemt aan een draagmoederschapsprocedure waarbij de hoger besproken vereisten niet worden nageleefd, wordt bestraft met een gevangenisstraf van minstens twee jaar en een boete van minstens €1.500. Dezelfde straf geldt voor wie reclame maakt voor draagmoederschap, tegen betaling bemiddelaar is en voor wie zijn diensten aanbiedt met die doelstellingen.

Bij dit alles wordt geen onderscheid gemaakt tussen wensouders, draagmoeder of derden.

Hoofdstuk 4. Inefficiënt controle- en sanctioneringsmechanisme?

181. Er werd nog niemand veroordeeld⁴⁴⁷. Nochtans zijn de meeste gevallen van draagmoederschap in Griekenland commercieel. Dit blijkt uit onderzoek van HATZIS. De auteur trekt deze conclusies uit een studie van gepubliceerde rechterlijke uitspraken, waaruit duidelijk blijkt dat de draagmoeder en wensouders elkaar niet op voorhand kenden en het niet ging om altruïstisch draagmoederschap. Desondanks verlenen rechters de homologatie zonder verder onderzoek naar de persoonlijke relatie tussen de betrokkenen en volgen zij een formele bureaucratische procedure⁴⁴⁸.

182. Er wordt nergens in de wetten aangegeven wat met het kind dient te gebeuren wanneer het werd geboren na illegaal, commercieel draagmoederschap, en de draagmoeder en wensmoeder een gevangenisstraf uitzitten. Het is contradictorisch dat wensouders die, ondanks het niet

⁴⁴⁶ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 291.

⁴⁴⁷ A.N. HATZIS, "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", 2010, <http://papers.ssrn.com>, 5.

⁴⁴⁸ A.N. HATZIS, "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", 2010, <http://papers.ssrn.com>, 5 en 11; A.N. HATZIS, "From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece", *Portuguese Economic Journal* 2009, (205) 216-217.

naleven van de voorwaarden, toch een rechterlijke homologatie hebben verkregen en aldus de juridische ouders zijn van het kind, maar tegelijkertijd een strafsanctie riskeren.

Het belang van het kind verzet er zich tegen dat de betrokkenen daadwerkelijk worden gesanctioneerd, wanneer zij zich niet met andere strafbare feiten hebben ingelaten. Het kind riskeert immers anders te moeten worden opgegeven voor adoptie, of te worden opgenomen in een pleeggezin.

183. HATZIS leidt hieruit af dat het verbod op commercieel draagmoederschap en de strafsancties enkel een waarschuwendende functie hebben. Het enige daadwerkelijke juridische gevolg is dat commerciële draagmoederschapsovereenkomsten niet voor de Griekse rechtbank kunnen worden afgedwongen⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ A.N. HATZIS, "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", 2010, <http://papers.ssrn.com>, 5-6.

Titel 11. IJsland

184. De IJslandse wet op kunstmatige bevruchting (nr. 55/1996) verbiedt draagmoederschap⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ Wet op kunstmatige bevruchting en gebruik van menselijke gameten en embryo's voor stamcellenonderzoek (nr. 55/1996), i.w.tr. 1 juni 1996, www.eng.velferdarraduneyti.is/; V. ÁRNASON, "Iceland" in H.A.M.J. TEN HAVE en B. GORDIJN (eds.), *Handbook of Global Bioethics*, Dordrecht, Springer, 2014, (1141) 1154.

Titel 12. India

185. In India is er sinds 2004 een werkelijke ‘*surrogacy boom*’. In dat jaar beviel Rhadha Patal van een tweeling voor haar dochter die leefde in het Verenigd Koninkrijk. Het draagmoederschap werd begeleid door Dr. Nanya Patel’s Akanshka Fertility Clinic in Anand, Gujarat⁴⁵¹. Sindsdien heeft er zich een miljoenenindustrie ontwikkeld⁴⁵².

Deze industrie wordt aangeklaagd, omwille van het risico op uitbuiting van de draagmoeders en het risico dat de draagmoeders geen volwaardige toestemming kunnen geven omdat hen geld wordt aangeboden⁴⁵³. Zij ontvangen immers een vergoeding die meerdere jaarlonen bedraagt⁴⁵⁴.

Dit verhindert wensouders echter niet om beroep te doen op een Indische draagmoeder. In India zijn de artsen immers hoog opgeleid en Engelstalig. Bovendien zijn de kosten voor het commercieel draagmoederschap beperkt in vergelijking met andere landen waar draagmoederschap mogelijk is⁴⁵⁵ en bestaat er voor de wensouders een mogelijkheid om als ouders te worden geregistreerd in de geboorteakte⁴⁵⁶. Hieromtrent bestaat weliswaar enige onduidelijkheid⁴⁵⁷, aangezien de fertiliteitsindustrie wordt geregeld door niet-bindende, onduidelijke richtlijnen⁴⁵⁸.

186. Ondanks het feit dat India een populaire draagmoederschapsbestemming is, is dit fenomeen er niet wettelijk geregeld⁴⁵⁹. De *Ministry of Health and Family Welfare* en de *Indian Council of*

⁴⁵¹ U.R. SMERDON, “Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India”, *Cumberland Law Review* 2008, (15) 48-50. Voor meer informatie over deze fertiliteitskliniek, zie <http://ivf-surrogate.com>.

⁴⁵² U.R. SMERDON, “Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India”, *Cumberland Law Review* 2008, (15) 24.

⁴⁵³ R. SHARMA, “An International, Moral and Legal Perspective: The Call for Legalization of Surrogacy in India”, 2007, <http://papers.ssrn.com>, 9-10.

⁴⁵⁴ A. BAILEY, “Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy”, *Hypatia* 2011, (715) 719.

⁴⁵⁵ U.R. SMERDON, “Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India”, *Cumberland Law Review* 2008, (15) 32.

⁴⁵⁶ A. BAILEY, “Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy”, *Hypatia* 2011, (715) 717.

⁴⁵⁷ Zie K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 151-154; U.R. SMERDON, “Birth registration and citizenship rights of surrogate babies born in India”, *Contemporary South Asia* 2012, 341-358; U.R. SMERDON, “Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India”, *Cumberland Law Review* 2008, (15) 62-65.

⁴⁵⁸ M. CHANG, “Womb for Rent: India’s Commercial Surrogacy”, *Harvard International Review* 2009, (11) 12; J. RIMM, “Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy in India”, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2009, (1429) 1438-1440.

⁴⁵⁹ Er wordt nochtans verzocht om dergelijke uniforme wetgeving: P. SHETTY, “India’s unregulated surrogacy industry”, *The Lancet* 10 november 2012, 1633-1634; R. SHARMA, “An International, Moral and Legal Perspective: The Call for Legalization of Surrogacy in India”, 2007, <http://papers.ssrn.com>, 11. Zie ook LAW COMMISSION OF INDIA, *Need for Legislation to Regulate Assisted Reproductive Technology Clinics As Well As Rights and Obligations of Parties to a Surrogacy*, Report No. 228, augustus 2009, <http://lawcommissionofindia.nic.in>, 27 p.

Medical Research hebben in 2005 wel richtlijnen uitgevaardigd, nl. de *National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India*⁴⁶⁰.

Met betrekking tot de ouderlijke rechten wordt onder meer bepaald dat de draagmoeder schriftelijk afstand dient te nemen van alle ouderlijke rechten m.b.t. het kind, alsook dat het kind moet worden geadopteerd door de genetische (biologische) wensouders tenzij zij door middel van DNA-testen kunnen aantonen dat het kind het hunne is (3.5.5 en 3.10.1). Bij deze Richtlijnen werden ook voorbeelden van toestemmingsformulieren voor de wensouders en draagmoeder gevoegd⁴⁶¹.

De Indian Council of Medical Research heeft daarnaast in 2006 de '*Ethical Guidelines for Biomedical Research for Human Participants*' uitgevaardigd⁴⁶². Deze richtlijnen zijn niet bindend.

Sinds 2010 is er een wetsvoorstel hangende, dat in grote mate de besproken richtlijnen weerspiegelt⁴⁶³.

187. Wensouders die na draagmoederschap in India wensen terug te keren naar hun thuisland worden vaak geconfronteerd met problemen van internationaal privaatrecht⁴⁶⁴. Hieromtrent is niet enkel in België rechtspraak bekend maar ook o.m. in Frankrijk⁴⁶⁵, Duitsland⁴⁶⁶, het Verenigd Koninkrijk⁴⁶⁷ en Japan⁴⁶⁸.

⁴⁶⁰ Voor meer informatie, zie <http://icmr.nic.in>.

⁴⁶¹ Voor een uitgebreide bespreking van de Guidelines, zie K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT, "General Report on Surrogacy" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (439) 445-447; J. RIMM, "Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy in India", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2009, (1429) 1449-1461; U.R. SMERDON, "Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India", *Cumberland Law Review* 2008, (15) 35-41.

⁴⁶² Voor meer informatie, zie <http://icmr.nic.in>.

⁴⁶³ The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill – 2010 (<http://icmr.nic.in>). Zie ook het ontwerp voor The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Rules – 2010 (<http://icmr.nic.in>). Voor een bespreking van dit wetsvoorstel, zie U.R. SMERDON, "India" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (187) 190-196; M. UNNITHAN, "Thinking through Surrogacy Legislation in India: Reflections on Relational Consent and the Rights of Infertile Women", *Journal of Legal Anthropology* 2013, 287-313.

⁴⁶⁴ U.R. SMERDON, "India" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (187) 196-216.

⁴⁶⁵ *Supra* nr. 133.

⁴⁶⁶ *Supra* nr. 101. Zie ook Balaz v. Anand Municipality, LPA 2515/2009 (11 november 2009), <http://gujarathc-casestatus.nic.in>. Dit is een Indische uitspraak betreffende een Duits wenspaar, voor een bespreking zie Y. ERGAS, "Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy", *Emory International Law Review* 2013, (117) 122-131.

⁴⁶⁷ *Infra* nr. 323.

⁴⁶⁸ In the Supreme Court of India, Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr., 29 september 2008, <http://indiankanoon.org>; U.R. SMERDON, "Crossing Bodies, Crossing Borders:

In 2010 verzochten de Consuls-Generaal van België, Frankrijk, Duitsland, Italië, Nederland, Polen, Spanje en Tsjechië aan tien IVF klinieken in Mumbai om niet langer draagmoederschap aan hun burgers aan te bieden. De klinieken werden verzocht de wensouders door te sturen naar de bevoegde consulaten vooraleer te starten met de draagmoederschapprocedure⁴⁶⁹.

188. Als reactie op het draagmoederschapstoerisme naar India stelde het Indische Ministerie van Binnenlandse Zaken richtlijnen op m.b.t. het te gebruiken visum, gericht aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken⁴⁷⁰. Een toeristenvisum zou niet langer volstaan. De wensouders dienen een medisch visum te gebruiken, dat ze slechts kunnen verkrijgen mits het voldoen aan volgende cumulatieve voorwaarden.

Het heteroseksuele wenspaar dient reeds twee jaar gehuwd te zijn⁴⁷¹. Bij de visumaanvraag moet een brief van de buitenlandse ambassade in India of het buitenlandse Ministerie worden gevoegd, waarin duidelijk wordt gesteld dat dat land draagmoederschap erkent en dat de kinderen die zullen worden geboren het land zullen worden toegelaten als de kinderen van de wensouders. De wensouders moeten verklaren dat zij voor het kind of de kinderen zullen zorgen. De behandeling mag enkel plaatsvinden in een geregistreerde fertilitetskliniek, erkend door de Indian Council of Medical Research. Ten slotte moeten de wensouders een geauthenticeerde overeenkomst, afgesloten tussen hen en de toekomstige Indische draagmoeder, voorleggen. Om deze overeenkomst op te stellen, kunnen de wensouders wel met een toeristenvisum afreizen naar India.

Vooraleer de wensouders kunnen terugkeren naar hun land van herkomst, moeten zij de toelating daartoe krijgen van het *Foreign (Regional) Registration Office*. Dit zal pas mogelijk zijn wanneer de wensouders een certificaat hebben verkregen van de fertilitetskliniek waarin staat dat zij de zorg voor het kind of kinderen hebben opgenomen en de draagmoeder niet aansprakelijk zal worden gesteld. Een kopie van de geboorteakte wordt bijgehouden door het Foreign (Regional) Registration Office, samen met kopieën van het paspoort en visum van de wensouders.

Gelet op deze richtlijnen lijkt het voor Belgische wensouders niet langer haalbaar om naar India af te reizen voor draagmoederschap.

International Surrogacy Between the United States and India”, *Cumberland Law Review* 2008, (15) 69-72.

⁴⁶⁹ X, “Bar our nationals, European countries tell surrogacy clinics”, *The Times of India* 14 juli 2010.

⁴⁷⁰ Zie http://www.bionews.org.uk/page_359997.asp; <http://blog.indiansurrogacylaw.com/india-clarifies-stand-surrogacy-visa-regulation/>.

⁴⁷¹ Zie M. CHAUDHURI, “New Indian visa rules exclude single people and gay couples from child surrogacy”, *British Medical Journal* 2013, (346) 346.

Titel 13. Israël

189. In Israël werd draagmoederschap in 1996 gelegaliseerd door het *Knesset*, het Israëlische parlement⁴⁷².

De wetgeving laat draagmoederschap toe en regelt de gevolgen ervan. De overheid houdt toezicht op deze voortplantingstechniek, en bekostigt ze ook⁴⁷³. Zo worden de kosten voor de behandeling van de draagmoeder en wensouders gedragen door de Israëlische Staat⁴⁷⁴. De wensouders dienen wel zelf de kosten voor een eiceldonatie te dragen.

Omwille van het uitgebreide, strikte wetgevend kader is Israël onmisbaar in een rechtsvergelijkend onderzoek m.b.t. draagmoederschap⁴⁷⁵.

190. Vóór deze wet was draagmoederschap in Israël impliciet⁴⁷⁶ verboden door de *Public Health (In Vitro Fertilisation) Regulations 1987*. De inplanting van een bevruchte eicel bij een vrouw die niet de bedoeling had de moeder te zijn, was verboden, alsook de inplanting van een gedoneerde eicel bij een vrouw, tenzij de eicel werd bevrucht met zaadcellen van haar echtgenoot⁴⁷⁷.

Het impliciete verbod kwam er als reactie op het *Baby M.*-schandaal in New Jersey⁴⁷⁸. Het verbod was volgens CORINALDI echter onwettig en ongrondwettig⁴⁷⁹. Israëlische wensouders trachtten het verbod te omzeilen door *forum shopping* in het buitenland⁴⁸⁰.

⁴⁷² Voor een etnografische studie van draagmoederschap in Israël, zie E. TEMAN, *Birthing a Mother: The surrogate Body and the Pregnant Self*, Berkeley, University of California Press, 2010, xx + 361 p.

⁴⁷³ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 4.

⁴⁷⁴ R. LANDAU, "Israel: Every Person has the Right to Have Children" in E. BLYTH en R. LANDAU (eds.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures: Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londen, Jessica Kingley Publishers, 2004, (129) 138.

⁴⁷⁵ Zie Ph. ANDERSON, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?", *King's Student Law Review* 2010, (37) 47-48; K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 207-209; R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 52.

⁴⁷⁶ Er ontbrak een uitdrukkelijke bepaling over de (il)legitimiteit van draagmoederschap: C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 55.

⁴⁷⁷ J. CHEN, "The Right to Her Embryos: An Analysis of *Nahmani v. Nahmani* and Its Impact on Israeli *In Vitro* Fertilization Law", *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 1999, (325) 358, vn. 20; R. HALPERIN-KADDARI, "Redefining Parenthood", *California Western International Law Journal* 1999, (313) 332.

⁴⁷⁸ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 38.

⁴⁷⁹ M. CORINALDI, "Towards the Practice of Surrogacy in Israel", *Medicine and Law* 1995, (425) 425-426.

⁴⁸⁰ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 39-40.

191. N.a.v. de hieronder te bespreken *Nachmani*-zaak werd een deskundigencomité, het *Aloni Committee* (hierna: Comité), bestaande uit afgevaardigden met specialisme in verschillende vakgebieden, aangesteld door de minister van Volksgezondheid in juni 1991, omwille van de technologische vooruitgang in de geneeskunde en een stijgend aantal verzoeken voor IVF. Het doel was om de sociale, ethische, religieuze en juridische aspecten van IVF te onderzoeken. Het Comité diende een wetsvoorstel voor te bereiden en daarbij aandacht te hebben voor de kwestie van draagmoederschap⁴⁸¹. Het Comité liet zich daarbij leiden door het principe dat het grondwettelijk recht op privacy m.b.t. het gezinsleven en autonomie inzake voortplanting moet worden geëerbiedigd en overheidsinmenging in dergelijke zaken moet worden vermeden, tenzij om gewichtige redenen⁴⁸².

In zijn progressieve rapport van 1994 gaf het Comité aan draagmoederschap niet te willen aanmoedigen, maar besefte het anderzijds dat het fenomeen negeren tot chaos zou leiden⁴⁸³. Het Comité beval aan dat draagmoederschap zou worden toegelaten, voor zover de draagmoederschapsovereenkomst vooraf wordt goedgekeurd door een comité, aangesteld op grond van de wet⁴⁸⁴.

192. Het impliciete verbod op draagmoederschap kwam onder vuur te liggen door het *Beit HaMishpat HaElyon (Supreme Court)*. Het hoogste Israëlische hof, zetelend als hof van beroep in burgerlijke zaken, deed op 12 september 1996 uitspraak in de zaak *Nahmani v. Nahmani*. Dit geval betrof een Israëliisch gehuwd wenspaar van verschillend geslacht. De vrouw kon na een operatie geen kinderen krijgen. Om alsnog een kind te krijgen, wensten de wensouders beroep te doen op een draagmoeder en IVF, zodanig dat beiden de genetische ouders waren. Gelet op het toenmalige verbod op draagmoederschap zouden zij zich naar de VSA moeten hebben begeven, wat een dure procedure impliceerde. Daarom verzochten zij de Supreme Court, zetelende als High Court of Justice, toe te laten dat de IVF-procedure plaatsvond in Israël, met het oog op draagmoederschap in de VSA. Het

⁴⁸¹ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 55-56; A. BENSHUSHAN en J.G. SCHENKER, "Legitimizing surrogacy in Israel", *Human Reproduction* 1997, (1832) 1832.

⁴⁸² C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 56.

⁴⁸³ J. SIEGEL-ITZKOVICH, "Israel considers surrogacy law", *British Medical Journal* 1994, (309) 309.

⁴⁸⁴ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 56-58; R. SCHUZ, "Israel: The Right to Parenthood: Surrogacy and Frozen Embryos" in A. BAINHAM (ed.), *The International Survey of Family Law* 1996, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, (237) 238. Voor een uitvoerige bespreking van dit rapport, zie U. MAY, *Rechtliche Grenzen der Fortpflanzungsmedizin: Die Zulässigkeit bestimmter Methoden der assistierten Reproduktion und der Gewinnung von Stammzellen vom Embryo in vitro im deutsch-israelischen Vergleich*, Berlijn, Springer, 2003, 84-94. Voor een uitgebreide bespreking van de totstandkoming van het comité en analyse van de aanbevelingen, zie K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 98-116.

verzoek werd ingewilligd, de Regulations van het Ministerie van Gezondheid terzijde schuivend, en de IVF werd uitgevoerd.

Het noodlot sloeg echter nogmaals toe. Het paar ging uiteen en de man weigerde het draagmoederschap met inplanting van de embryo's. Uiteindelijk kwam het geschil opnieuw voor de Supreme Court, dat het gebruik van de embryo's met oog op draagmoederschap toeliet. Het recht van de vrouw om moeder te worden kreeg meer gewicht dan het recht van de man om geen vader te worden⁴⁸⁵.

193. Niet lang na de eerste uitspraak in *Nahmani v. Nahmani*, sprak de Supreme Court in *Zabaro v. Minister of Health*⁴⁸⁶ zich nogmaals uit over het impliciete verbod op draagmoederschap op verzoek van kinderloze wensouders, die gebruik wilden maken van draagmoederschap in Israël zelf.

Het hoogste Hof hief het verbod op draagmoederschap op en stelde dat draagmoederschap niet door 'regulations' mocht worden geregeld, maar wel door Knessetwetgeving. Het Hof gaf de Knesset tot het begin van het daarop volgende jaar, nl. 1996, om nieuwe wetgeving te ontwikkelen⁴⁸⁷. De *Surrogate Motherhood Agreements Law* kwam er uiteindelijk in 1996 en wordt soms de 'Zabaro-wet' genoemd⁴⁸⁸.

194. In overeenstemming met de wet werden voorschriften uitgevaardigd die betrekking hebben op technische aspecten van de uitvoering van de wet, nl. de *Notices, Requests and Orders Regulations 1998*, door de minister van Werk en de *Welfare and the Registration Regulations 1998*, door de minister van Justitie⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Ruth Nahmani v. Daniel Nahmani, Attorney General, Assuta Ltd, The Supreme Court sitting as the Court of Appeals, 12 september 1996, CFH 2401/95, 1. Voor een bespreking en analyse, zie D. BIRENBAUM-CARMELI, "Contested Surrogacy and the Gender Story: An Israeli Case Study" in D. BIRENBAUM-CARMELI en M.C. INHAM (eds.), *Assisting Reproduction, Testing Genes: Global Encounters with New Biotechnologies*, New York, Berghan Books, 2009, 189-210; K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 64-92; D. DORNER, "Human Reproduction: Reflection on the Nahmani Case", *Texas International Law Journal* 2000, 1-11; J. CHEN, "The Right to Her Embryos: An Analysis of *Nahmani v. Nahmani* and Its Impact on Israeli *In Vitro* Fertilization Law", *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 1999, 325-358; R. SCHUZ, "Israel: The Right to Parenthood: Surrogacy and Frozen Embryos" in A. BAINHAM (ed.), *The International Survey of Family Law* 1996, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, (237) 244-254. Vergelijk met EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans/Verenigd Koninkrijk (Grote Kamer).

⁴⁸⁶ *Zabaro v. Minister of Health*, High Court, 17 juli 1995, HC 5087/94, onuitg., aangehaald in C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 58-59.

⁴⁸⁷ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 117-132.

⁴⁸⁸ Surrogate Motherhood Agreements (Approval of the Agreement and Status of the Child) Law (nr. 5756-1996, 17 maart 1996), *Sefer HaHukim* nr. 1577, 176, ook wel letterlijker vertaald als The Agreements for Carrying Fetuses Act (Authorization of Agreement and Status of the Newborn). Een Engelse vertaling van deze wet, origineel in het Hebreeuws, werd als bijlage gepubliceerd in K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 219-228.

⁴⁸⁹ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 29; R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D.

195. De wet kwam er onder politieke, demografische, sociologische en religieuze invloeden⁴⁹⁰. In Israël bestaat de joodse religieuze wetgeving immers samen met Israëlische seculiere wetgeving⁴⁹¹. Deze materie moet dan ook worden bekeken tegen deze religieuze en culturele achtergrond⁴⁹².

Hoewel een medische behandeling, incl. medisch begeleide voortplanting, niet het voorwerp is van religieuze wetgeving, en hoewel kwesties van ouderschap worden geacht te zijn uitgesloten van 'aangelegenheden van persoonlijke staat' en evenmin worden geregeld door religieuze wetgeving, hadden overwegingen uit de joodse leer toch belangrijke gevolgen voor de regeling van de nieuwe voortplantingstechnieken⁴⁹³.

Volgens de joodse wetgeving is kinderen krijgen één van de meest belangrijke religieuze verplichtingen⁴⁹⁴. Meerdere auteurs zijn van mening dat joodse wetgeving draagmoederschap niet afwijst⁴⁹⁵. Drie kwart van de bevolking is joods. De centraliteit van familiewaarden en het krijgen van kinderen wordt niet in twijfel getrokken⁴⁹⁶.

Hierdoor bestaat er een 'vriendelijke' omgeving voor medisch begeleide voortplanting, incl. draagmoederschap⁴⁹⁷. Israël is bovendien bij de leidende landen op het vlak van onderzoek en ontwikkeling van medisch begeleide

SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 36, vn. 7.

⁴⁹⁰ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 176-194.

⁴⁹¹ R. HALPERIN-KADDARI, "Redefining Parenthood", *California Western International Law Journal* 1999, (313) 315. Voor een analyse van de Israëlische draagmoederschapswet vanuit de joodse wetgeving: P. LAUFER-UKELES, "Gestation: Work for Hire of the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Analysis", *Duke Journal of Gender Law and Policy* 2002, (91) 112-128.

⁴⁹² R. LANDAU, "Israel: Every Person has the Right to Have Children" in E. BLYTH en R. LANDAU (eds.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures: Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londen, Jessica Kingley Publishers, 2004, (129) 130; J. SCHENKER, "Legitimising Surrogacy in Israel: Religious Perspectives" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (243) 259-260.

⁴⁹³ R. HALPERIN-KADDARI, "Redefining Parenthood", *California Western International Law Journal* 1999, (313) 316. Zie ook S.M. KHAN, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel*, Durham, Duke University Press, 2000, 143-144 en vn. 7 over deze invloed.

⁴⁹⁴ Zie P. SHIFMAN, "A Perspective on Surrogate Motherhood in Jewish and Israeli Law" in A. BAINHAM en D. PEARL (eds.), *Frontiers of Family Law*, Chichester, Wiley, 1995, 64-74.

⁴⁹⁵ E. SPITZ, "'Through Her I Too Shall Bear a Child': Birth Surrogates in Jewish Law", *The Journal of Religious Ethics* 1996, 65-97; M. CORINALDI, "Towards the Practice of Surrogacy in Israel", *Medicine and Law* 1995, 425-427.

⁴⁹⁶ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 53.

⁴⁹⁷ J.G. SCHENKER, "Jewish law (halakha) and reproduction" in J.G. SCHENKER (ed.), *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, Berlijn, De Gruyter, 2011, (343) 352-353; D. SPERLING, "Commanding the "Be Fruitful and Multiply" Directive: Reproductive Ethics, Law, and Policy in Israel", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 2010, 363-371; J. SIEGEL-ITZKOVICH, "Israel considers surrogacy law", *British Medical Journal* 1994, (309) 309.

voortplanting. Het is dan ook weinig verrassend dat er een wet op draagmoederschapsovereenkomst kwam⁴⁹⁸.

196. Draagmoederschap dat niet aan de voorwaarden van de wet of deze verbonden aan de goedkeuring van de overeenkomsten door het *Approving Committee* voldoet, alsook commercieel draagmoederschap waarbij de som goedgekeurd door het comité wordt overschreden, wordt bestraft met een gevangenisstraf van één jaar (art. 19 Surrogate Motherhood Agreements Law). Draagmoeders en wensouders worden niet uitgesloten van de strafbaarheid.

Extraterritoriale draagmoederschapsovereenkomsten worden niet bestraft⁴⁹⁹.

Hoofdstuk 1. Preconceptieve goedkeuring door het Goedkeuringscomité

197. De wet verschilt enigszins van de aanbevelingen van het *Aloni Committee*⁵⁰⁰. Zo is het leidende principe niet *per se* de eerbiediging van het privéleven en autonomie van de betrokkenen, maar wel het behoud van de regels inzake verwantschap overeenkomstig de joodse *halacha*⁵⁰¹.

De centrale vereiste van een preconceptieve goedkeuring van de draagmoederschapsovereenkomst werd wel behouden⁵⁰². In Israël kan de inplanting van een embryo immers slechts plaatsvinden na de goedkeuring van de schriftelijke draagmoederschapsovereenkomst door een *Approval Committee* (hierna het Goedkeuringscomité) (art. 2 Surrogate Motherhood Agreements Law). Een wijziging van een goedgekeurde overeenkomst vereist een nieuwe goedkeuring (art. 5, (b) Surrogate Motherhood Agreements Law).

Het Goedkeuringscomité heeft richtlijnen uitgevaardigd, m.b.t. de documenten die verzoekers moeten indienen, in te vullen formulieren en voorwaarden die moeten worden ingeschreven in de overeenkomst, m.o.o. verdere bescherming van de betrokkenen. Deze richtlijnen zijn echter niet

⁴⁹⁸ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 53.

⁴⁹⁹ C. SHALEV, "Israël" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (179) 184.

⁵⁰⁰ Sh. SHAKARGY, "Israel" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (231) 231; K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 134-141; C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 64-69; R. SCHUZ, "Israel: The Right to Parenthood: Surrogacy and Frozen Embryos" in A. BAINHAM (ed.), *The International Survey of Family Law 1996*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, (237) 239.

⁵⁰¹ Dogmatische stroming binnen het jodendom, waarin gedragsregels centraal staan die zijn ontleend aan de Thora en de Talmood; C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 59-60.

⁵⁰² C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 61.

bindend. Verschillende van deze vereisten werden geïntroduceerd n.a.v. enkele negatieve ervaringen met de eerste draagmoederschapsovereenkomsten⁵⁰³. De richtlijnen kunnen worden gewijzigd⁵⁰⁴. Zij fungeren als *de facto* wetgeving⁵⁰⁵, waardoor het Goedkeuringscomité een actieve rol kan spelen bij het bepalen van de geschiktheid van de draagmoeder en wensouders⁵⁰⁶.

Zolang de bevruchte eikel niet werd ingeplant bij de draagmoeder, kan het comité een gegeven toelating heroverwegen, wanneer er sprake is van een aanzienlijke wijziging in de omstandigheden of feiten waarop de oorspronkelijke beslissing was gebaseerd (art. 5, (c) Surrogate Motherhood Agreements Law). Hieruit mag niet worden afgeleid dat een partij bij de overeenkomst het recht heeft om zijn toestemming in te trekken, nadat de goedkeuring werd verleend, of dat deze bepaling dient om een geschil tussen het wenspaar op te lossen⁵⁰⁷.

198. Het Goedkeuringscomité wordt samengesteld door de minister van Volksgezondheid en bestaat uit twee artsen, gediplomeerde specialisten in bevalling en gynaecologie; een gediplomeerde arts, gespecialiseerd in inwendige geneeskunde; een klinisch psycholoog; een maatschappelijk werker; een volksvertegenwoordiger die een juridische opleiding genoten heeft en een vertegenwoordiger van de religie van de partijen bij de draagmoederschapsovereenkomst. Eén van deze leden wordt aangesteld als voorzitter. Beslissingen worden genomen door de meerderheid (art. 3 Surrogate Motherhood Agreements Law). Gelet op de professionele bekwaamheid en ervaring van de leden en hun waarschijnlijke grotere objectiviteit, is het Goedkeuringscomité beter geschikt dan de wensouders om te oordelen over de geschiktheid van de draagmoeder⁵⁰⁸.

199. Opdat de goedkeuring wordt verleend, moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan.

⁵⁰³ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 30; R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 36-37.

⁵⁰⁴ R. LANDAU, "Israel: Every Person has the Right to Have Children" in E. BLYTH en R. LANDAU (eds.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures: Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londen, Jessica Kingsley Publishers, 2004, (129) 139.

⁵⁰⁵ Sh. SHAKARGY, "Israel" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (231) 232.

⁵⁰⁶ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 30.

⁵⁰⁷ R. SCHUZ, "Israel: The Right to Parenthood: Surrogacy and Frozen Embryos" in A. BAINHAM (ed.), *The International Survey of Family Law 1996*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, (237) 242.

⁵⁰⁸ R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 43.

Enkel hoogtechnologisch draagmoederschap is toegelaten. De wet vereist dat een bevruchte eicel bij de draagmoeder wordt ingeplant. De procedure van IVF mag enkel worden uitgevoerd door een vergunde instelling (art. 1 en 7 Surrogate Motherhood Agreements Law).

Deze voorwaarde kwam er wellicht na lobbywerk van kinderloze wensmoeders, die vreesden dat de kans dat de draagmoeder het kind niet zal willen afstaan, groter is bij laagtechnologisch draagmoederschap⁵⁰⁹. Deze bepaling geeft ook blijk van het belang dat in Israël wordt gehecht aan de genetische relatie met het kind, als de *conditio sine qua non* voor het ontstaan van moederschap⁵¹⁰.

De zaadcellen moeten afkomstig zijn van de wensvader (art. 2, (4) Surrogate Motherhood Agreements Law). Spermadonatie is niet toegelaten omdat dit volgens de joodse leer van het kind een onwettig kind zou maken⁵¹¹. Eiceldonatie is mogelijk⁵¹².

200. Enkel ‘*a man and woman who are spouses*’ komen in aanmerking als wensouders (art. 1 Surrogate Motherhood Agreements Law). Meerdere auteurs verstaan hieronder dat een wenspaar van verschillend geslacht⁵¹³ volstaat, ook wanneer het ongehuwd is⁵¹⁴. Het Goedkeuringscomité heeft reeds ongehuwd samenwonende wensouders aanvaard⁵¹⁵.

⁵⁰⁹ C. SHALEV, “Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law”, *Israel Law Review* 1998, (51) 71.

⁵¹⁰ R. HALPERIN-KADDARI, “Redefining Parenthood”, *California Western International Law Journal* 1999, (313) 329.

⁵¹¹ A. BENSUSHAN en J.G. SCHENKER, “Legitimizing surrogacy in Israel”, *Human Reproduction* 1997, (1832) 1832.

⁵¹² R. SCHUZ, “Israel: The Right to Parenthood: Surrogacy and Frozen Embryos” in A. BAINHAM (ed.), *The International Survey of Family Law 1996*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, (237) 241.

⁵¹³ De media rapporteerden in 2012 over het besluit van het *Israel Public Health Committee* dat alleenstaande vrouwen en paren van hetzelfde geslacht ook in aanmerking zouden moeten komen voor draagmoederschap: J. LIS, “Cabinet approves bill to give same-sex couples equal surrogacy rights”, *Haaretz* 1 juni 2014; S. GUY, “Israel gives gay men the right to conceive children via a surrogate”, *BioNews* 6 juni 2012; R. LINDER-GANZ, “Israel to allow gay men to conceive children via surrogates”, *Haaretz* 20 mei 2012; Ph. PODOLSKY, “State panel calls for legal surrogacy for same-sex couples”, *The Times of Israel* 20 mei 2012. Zie ook Sh. SHAKARGY, “Israel” in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (231) 235, vn. 41. In 2013 verwierp de High Court of Justice nog het verzoek van een lesbisch wenspaar om draagmoederschap in Israël uit te voeren: A AHMAD, “Israel: lesbian couple refused surrogacy procedure”, *Bionews* 27 augustus 2013.

⁵¹⁴ C. SHALEV, “Israël” in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (179) 180; U. MAY, *Rechtliche Grenzen der Fortpflanzungsmedizin: Die Zulässigkeit bestimmter Methoden der assistierten Reproduktion und der Gewinnung von Stammzellen vom Embryo in vitro im deutsch-israelischen Vergleich*, Berlijn, Springer, 2003, 96.

⁵¹⁵ R. SCHUZ, “Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice” in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 45.

Het staat alleszins vast dat alleenstaanden niet in aanmerking komen. De High Court moest zich in 2002 buigen over een klacht van een alleenstaande vrouw omdat zij niet in aanmerking kwam als wensmoeder voor draagmoederschap. Haar verzoek werd door het Goedkeuringscomité afgewezen. De High Court wees de vordering van de wensmoeder af, maar stelde wel dat er inderdaad sprake was van een discriminatie t.a.v. alleenstaande vrouwen, en beval aan dat wetgevers hun lijden in aanmerking zou nemen⁵¹⁶.

De draagmoeder moet alleenstaand of gescheiden zijn. Zoniet zou het geboren kind volgens sommige strekkingen binnen de joodse leer onwettig kunnen zijn, omdat laagtechnologisch draagmoederschap, zelfs zonder geslachtsgemeenschap, zou neerkomen op genetisch overspel⁵¹⁷. Het Goedkeuringscomité kan toch de goedkeuring verlenen van een overeenkomst met een gehuwde vrouw als draagmoeder, indien het van oordeel is dat de wensouders er niet in geslaagd zijn, ondanks redelijke inspanningen, om een ongehuwde draagmoeder te vinden (art. 2, (3), (a) Surrogate Motherhood Agreements Law). Deze uitzondering kwam er wellicht eveneens na lobbywerk van kinderloze wensmoeders, die in een gehuwde draagmoeder een meer geloofwaardige en betrouwbare kandidate zagen, omdat deze door haar huwelijkse staat wellicht meer steun krijgt en de kans groter is dat zij reeds zwanger is geweest⁵¹⁸.

201. Volgens de richtlijnen van het Goedkeuringscomité mag de wensvader niet ouder zijn dan 59 jaar en de wensmoeder niet ouder dan 48 jaar⁵¹⁹.

De draagmoeder moet ouder zijn dan 22 en jonger dan 40 jaar. Ze mag niet meer dan vijf keer bevallen zijn van een kind, of meer dan twee keizersnedes hebben ondergaan. De draagmoeder moet ook minstens éénmaal bevallen zijn⁵²⁰.

⁵¹⁶ New Family v Surrogacy Agreements Approvals Committee, High Court, 23 december 2002, HC 458/01, P.D. 47(1) 419, onuitg., aangehaald door C. SHALEV, "Israël" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (179) 180-181. Zie ook R. LANDAU, "Israel: Every Person has the Right to Have Children" in E. BLYTH en R. LANDAU (eds.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures: Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londen, Jessica Kingley Publishers, 2004, (129) 139.

⁵¹⁷ S.M. KHAN, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel*, Durham, Duke University Press, 2000, 145; C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 65; A. BENSUSHAN en J.G. SCHENKER, "Legitimizing surrogacy in Israel", *Human Reproduction* 1997, (1832) 1832.

⁵¹⁸ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 70.

⁵¹⁹ C. SHALEV, "Israël" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (179) 181-182; R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 45.

⁵²⁰ R. LANDAU, "Israel: Every Person has the Right to Have Children" in E. BLYTH en R. LANDAU (eds.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures: Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londen, Jessica Kingley Publishers, 2004, (129) 137-138; R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An

202. Uit een medisch verslag moet blijken dat de wensmoeder niet in staat is om zwanger te worden en een zwangerschap te voldragen, of dat de zwangerschap ernstige risico's zou inhouden voor haar gezondheid (art. 4, (a), (2) Surrogate Motherhood Agreements Law). Draagmoederschap om praktische of esthetische redenen is bijgevolg niet mogelijk onder de wet. De wensmoeder moet een vruchtbare leeftijd hebben⁵²¹.

Er wordt nergens in de wet vereist dat de wensouders nog geen kinderen hebben⁵²².

203. De partijen bij de draagmoederschapsovereenkomst, dus zowel de wensouders als de draagmoeder moeten volwassen, Israëlische inwoners zijn (art. 2, (2) Surrogate Motherhood Agreements Law) teneinde misbruik van vrouwen uit ontwikkelingslanden en illegale commercialisering van draagmoederschap te vermijden⁵²³.

204. Omdat volgens de joodse leer de religie van het kind wordt bepaald door de religie van de moeder, moet de draagmoeder dezelfde religie hebben als de wensmoeder⁵²⁴. Is geen van de partijen bij de overeenkomst joods, dan kan het Goedkeuringscomité afzien van deze voorwaarde, in overeenstemming met het advies van de vertegenwoordiger van hun religie in het comité (art. 2, (5) Surrogate Motherhood Agreements Law).

205. Verwanten van de wensouders komen niet in aanmerking als draagmoeder (art. 2, (3), (b) Surrogate Motherhood Agreements Law). Onder 'verwante' moet een moeder, dochter, kleindochter, zus, tante of nicht worden begrepen. Adoptie doet geen verboden graad van verwantschap m.o.o. draagmoederschap ontstaan (art. 1 Surrogate Motherhood Agreements Law). Dit zorgt ervoor dat verwanten niet onder druk komen te staan om draagmoeder te zijn. Er wordt vermeden dat het kind als onwettig wordt gezien overeenkomstig sommige strekkingen binnen de joodse leer die het draagmoederschap met gametendonatie door de wensouders zouden kunnen beschouwen als incest⁵²⁵, alsook potentiële moeilijkheden binnen de familie

Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 38-39.

⁵²¹ Voor meer informatie, zie: http://www.health.gov.il/English/Services/Committees/Embryo_Carrying_Agreements/Pages/default.aspx.

⁵²² In de media werd gerapporteerd over een arrest van de High Court of Justice, dat stelde dat het feit dat een paar reeds drie kinderen heeft, geen voldoende reden is om een verzoek tot draagmoederschap af te wijzen: T. ZARCHIN, "Surrogate mother not only for barren parents, court says", *Haaretz* 27 juli 2011.

⁵²³ A. BENSUSHAN en J.G. SCHENKER, "Legitimizing surrogacy in Israel", *Human Reproduction* 1997, (1832) 1832.

⁵²⁴ S.M. KHAN, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel*, Durham, Duke University Press, 2000, 145-146; C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 66; A. BENSUSHAN en J.G. SCHENKER, "Legitimizing surrogacy in Israel", *Human Reproduction* 1997, (1832) 1832.

⁵²⁵ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 65-66.

door druk op potentiële draagmoeders⁵²⁶. Het is echter niet duidelijk waarom deze druk niet zou kunnen ontstaan t.a.v. geadopteerde verwanten⁵²⁷.

De wet laat commercieel draagmoederschap met een niet-verwante toe en moedigt het zelfs aan, zij het binnen bepaalde grenzen⁵²⁸.

206. Eén van de doelstellingen van de wet is immers het tegengaan van illegale commercialisering⁵²⁹. Het Comité kan voorwaarden van de overeenkomst goedkeuren die betrekking hebben op maandelijkse betalingen aan de draagmoeder tot vergoeding van werkelijke kosten verbonden aan de uitvoering van de overeenkomst.

Onder deze kosten moet o.m. kosten voor juridische begeleiding en verzekeringen worden verstaan, alsook vergoedingen voor inactiviteit, leed, verlies van inkomsten of tijdelijk verlies van de mogelijkheid om inkomsten te verwerven, of enige andere redelijke vergoeding (art. 6 Surrogate Motherhood Agreements Law). Kosten wordt bijgevolg zeer ruim en ongelimiteerd omschreven, waardoor ruimte wordt gelaten voor commercieel draagmoederschap⁵³⁰, zij het binnen de grenzen gesteld door het Goedkeuringscomité. Uit de praktijk zou blijken dat het Comité geen specifieke bedragen voorstelt en niet tussenkomt in de bedragen overeengekomen tussen de partijen⁵³¹.

Naar aanleiding van een specifiek geval waarbij het evenwicht tussen wensouders en draagmoeder was verstoord, en waarbij werd bedreigd door de wensvader dreigde om de draagmoeder niet langer te betalen, beval het Goedkeuringscomité een derdebetalersprocedure⁵³². De wensouders hebben bijgevolg niet langer macht over de draagmoeder.

Om te verzekeren dat de wensouders daadwerkelijk het overeengekomen bedrag kunnen betalen, vereist het Goedkeuringscomité dat een som, voldoende ruim om alle geschatte kosten te vergoeden, in bewaring wordt gegeven van een advocaat of andere beheerder. Deze moet bevestigen dat hij

⁵²⁶ A. BENSUSHAN en J.G. SCHENKER, "Legitimizing surrogacy in Israel", *Human Reproduction* 1997, (1832) 1832.

⁵²⁷ D.A. FRENKEL, "Legal Regulation of Surrogate Motherhood in Israel", *Medicine and Law* 2001, (605) 611.

⁵²⁸ D.A. FRENKEL, "Legal Regulation of Surrogate Motherhood in Israel", *Medicine and Law* 2001, (605) 606.

⁵²⁹ A. BENSUSHAN en J.G. SCHENKER, "Legitimizing surrogacy in Israel", *Human Reproduction* 1997, (1832) 1832.

⁵³⁰ Kritisch opmerkingen hierover: N. LIPKIN en E. SAMAMA, "Surrogacy in Israel: Status Report 2010 and Proposals for Legislative Amendment", <http://www.isha.org.il>, 32 p.; D.A. FRENKEL, "Legal Regulation of Surrogate Motherhood in Israel", *Medicine and Law* 2001, (605) 606-611.

⁵³¹ R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 42.

⁵³² K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 18.

de som heeft ontvangen en dat hij de sommen bepaald in de overeenkomst volledig en op tijd zal betalen⁵³³.

Deze vorm van georganiseerd commercieel draagmoederschap leidt ze volgens KAHN toe dat de mogelijkheid om te betalen voor draagmoederschapdiensten wordt vertaald in een juridisch recht op ouderschap. Wensouders die niet vermogend zijn, hebben daardoor *de facto* dergelijk recht niet. De wensouders zullen ook steeds vermogender zijn dan de draagmoeders wat de ongelijkheid op grond van klasseverschillen bevestigt⁵³⁴.

207. Bemiddeling bij draagmoederschap is toegelaten. Wordt daarvoor betaald, dan moeten samen met de overeenkomst, de kenmerken van de bemiddelaar worden overhandigd aan het Goedkeuringscomité (art. 4, (a), (6) Surrogate Motherhood Agreements Law).

208. Uit een medisch advies moet blijken dat alle partijen bij de draagmoederschapsovereenkomst geschikt zijn voor de procedure (art. 4, (a), (3) Surrogate Motherhood Agreements Law). Het medische onderzoek van de wensouders betreft o.m. een test op HIV en andere ziekten die zouden kunnen worden overgedragen op de draagmoeder door inplanting van het embryo⁵³⁵.

Er mag geen twijfel bestaan over de gezondheid van de draagmoeder (art. 5, (a), (2) Surrogate Motherhood Agreements Law).

De arts die de draagmoeder heeft onderzocht moet verklaren dat hij de draagmoeder heeft ingelicht over de gevolgen en betekenis van het draagmoederschap en dat zij dit begrijpt. De draagmoeder moet ook onafhankelijk juridisch advies verkregen hebben van een advocaat, expert in draagmoederschapsovereenkomsten, te bekostigen door de wensouders.

De overeenkomst dient ook te bepalen dat de draagmoeder en haar kinderen psychologische begeleiding krijgen gedurende het hele proces tot zes maanden na de geboorte, op kosten van de wensouders. Deze vereiste in de richtlijnen van het Comité is erop gericht de mentale gezondheid van de draagmoeder te beschermen. Ook in dat opzicht wordt niet toegelaten dat een vrouw meer dan éénmaal draagmoeder is⁵³⁶.

⁵³³ R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 42.

⁵³⁴ S.M. KHAN, *Reproducing Jews: A Cultural Account of Assisted Conception in Israel*, Durham, Duke University Press, 2000, 156.

⁵³⁵ R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 40.

⁵³⁶ R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 39-40.

De partijen moeten ook op psychologisch vlak worden geëvalueerd (art. 4, (a), (4) Surrogate Motherhood Agreements Law). Uit een verklaring van een psycholoog of sociaal werker moet blijken dat de wensouders een gepaste professionele begeleiding hebben gekregen, incl. m.b.t. andere mogelijkheden inzake ouderschap (art. 4, (a), (5) Surrogate Motherhood Agreements Law).

209. De partijen bij de draagmoederschapsovereenkomst moeten uit vrije wil en met begrip van de betekenis en gevolgen van de overeenkomst, hebben toegestemd (art. 5, (a), (a) Surrogate Motherhood Agreements Law).

Een gescheiden man vorderde voor de Jerusalem District Court dat hij bevroren embryo's gevormd door bevruchte eicellen van zijn ex-vrouw kon gebruiken voor draagmoederschap. De man en zijn ex hadden reeds twee kinderen door middel van IVF, maar de vrouw had het land verlaten en de man had geen contact met zijn kinderen. De vordering werd niet ingewilligd, aangezien de wet vereist dat alle partijen hun vrije toestemming verlenen. De man wierp een analoge toepassing van *Nachmani v. Nachmani* op. De rechtbank verwierp dit argument aangezien de uitspraak in de zaak *Nachmani* werd gewezen vóór de wet op draagmoederschap⁵³⁷.

210. De overeenkomst mag geen bepalingen bevatten die de rechten van de partijen of van het kind dat zal worden geboren, schenden (art. 5, (a), (3) Surrogate Motherhood Agreements Law).

SHALEV wijst erop dat, hoewel de wet spreekt over alle partijen, dit eerder neerkomt op een geforceerde neutraliteit die verbergt dat niet alle partijen in eenzelfde onderhandelingspositie zitten. De wensouders hebben een betere uitgangspositie, aangezien ze een hogere sociale status genieten omdat zij gehuwd zijn, cultureel gesteund worden in hun wens om een kind te hebben en waarschijnlijk ook economisch sterker staan dan de draagmoeder. Hun juridische positie is ook onder de wet steviger en voorspelbaarder, omdat zij worden geacht de juridische ouders te zijn⁵³⁸. Anderzijds wijst SCHULZ erop dat de wensouders emotioneel kwetsbaarder zijn, omdat draagmoederschap hun laatste hoop is⁵³⁹.

211. Er mag geen twijfel bestaan over het welzijn van het kind dat zal worden geboren (art. 5, (a), (2) Surrogate Motherhood Agreements Law).

Het basisprincipe van de wet is dat de wensouders de juridische ouders zijn van het kind zijn. Dit blijkt volgens SHALEV o.m. uit de wijzigingen van andere wetgeving teneinde aan de wensmoeder het recht op socialezekerheidsrechtelijke voordelen n.a.v. de geboorte van een kind toe te

⁵³⁷ FA 228-08 Anonymous v. Anonymous, Jerusalem District Court 7 juni 2010, aangehaald door C. SHALEV, "Israël" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (179) 181.

⁵³⁸ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 71-72.

⁵³⁹ R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 43.

kennen, alsook het recht aan de wensouders om ouderschapsverlof te krijgen. M.i. uit het basisprincipe zich ook in het feit dat de wensouders zelf niet moeten bewijzen dat een *parentage order*, waarop hieronder wordt ingegaan, in het belang van het kind zou zijn, en in het feit dat de draagmoeder maar een bedenkrecht kan uitoefenen onder strenge voorwaarden⁵⁴⁰. Zolang het kind nog niet werd geboren, eerbiedigt de wet weliswaar de wil van de draagmoeder⁵⁴¹. Zo moet zij nog steeds haar geïnformeerde toestemming geven voor een medische behandeling, en zij kan niet worden verhinderd om een medische behandeling te verzoeken, incl. een zwangerschapsafbreking (art. 18 Surrogate Motherhood Agreements Law). De richtlijnen van het Goedkeuringscomité vereisen een clause in de overeenkomst dat de draagmoeder steeds een medische behandeling mag weigeren⁵⁴² en haar waardigheid en privacy steeds moeten worden geëerbiedigd bij een behandeling.

Niettemin zal haar privacy toch worden beperkt, aangezien in de overeenkomst ook moet worden bepaald dat zij gedurende twee weken voor en drie weken na de implantatie van het embryo geen geslachtsgemeenschap zal hebben. Daarnaast bestaat ook het risico dat de wensouders de persoonlijke levenssfeer van de draagmoeder verstoren omdat zij zoveel mogelijk betrokken willen zijn bij de zwangerschap. In het verleden gaf dit reeds problemen. Daarom worden de partijen aangeraden op voorhand te bepalen in welke mate zij contact zullen hebben⁵⁴³.

Hoofdstuk 2. Postnatale *parentage order*

212. Het ouderschap kan maar naar de wensouders worden overgedragen door een *parentage order*, voor zover de draagmoederschapsovereenkomst, waarvan het kind het resultaat is, werd goedgekeurd door het Goedkeuringscomité. Deze *order* komt neer op een bijzondere vorm van wensouderadoptie.

Binnen de Israëliische wetgeving voor draagmoederschap komt de overheid bijgevolg tweemaal tussen, een eerste maal door preconceptieve goedkeuring van de draagmoederschapsovereenkomst en een tweede maal door postnataal een *parentage order* te verlenen.

⁵⁴⁰ *Infra* nr. 216, resp. 221.

⁵⁴¹ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood - An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 63.

⁵⁴² Een onredelijke weigering van behandeling waardoor schade wordt veroorzaakt aan het kind, zou weliswaar kunnen leiden tot de aansprakelijkheid van de draagmoeder (R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 44).

⁵⁴³ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 196; R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 41.

213. De wensouders en de draagmoeder dienen, aan het einde van de vijfde maand zwangerschap, de *‘Welfare Officer’* (hierna: welzijnswerker) op de hoogte te brengen van de plaats en het tijdstip waarop het kind naar verwachting zal worden geboren. Onmiddellijk na de geboorte en niet later dan 24 uur erna, brengen de wensouders of de draagmoeder de welzijnswerker op de hoogte van de geboorte (art. 9 Surrogate Motherhood Agreements Law).

214. Vanaf de geboorte verblijft het kind bij de wensouders, en zij zullen alle verantwoordelijkheden en verplichtingen van een ouder dragen t.a.v. het kind. Het kind wordt door de draagmoeder aan de wensouders overhandigd in aanwezigheid van de welzijnswerker en zo snel mogelijk na de geboorte (art. 10, (a) en (c) Surrogate Motherhood Agreements Law).

De welzijnswerker zal als enige de voogd (*guardian*) zijn van het kind vanaf de geboorte totdat de *parentage order* wordt verleend of een andere *order* die de staat van het kind bepaalt (art. 10, (b) Surrogate Motherhood Agreements Law).

215. Binnen zeven dagen vanaf de geboorte dienen de wensouders te verzoeken om een *parentage order* bij de familierechtbank (art. 1 Surrogate Motherhood Agreements Law). Doen zij dit niet, dan zal de welzijnswerker daarom verzoeken (art. 11, (a) Surrogate Motherhood Agreements Law).

De wensouders kunnen bijgevolg vrijwel onmiddellijk een afstammingsband met het kind laten vaststellen. Volgens LAUFER-UKELES ontstaan er door de wet geen ouderlijke rechten in hoofde van de draagmoeder, waardoor er geen sprake is van overdracht van ouderlijke rechten⁵⁴⁴. De *parentage order* is eerder constitutief dan declaratief. Tussen de geboorte en het verlenen van de *order* heeft het kind dan ook geen juridische ouders, maar enkel voogden, die de belangen van het kind dienen te beschermen⁵⁴⁵.

Hierdoor verkeert het kind gedurende een korte tijd in een juridische onzekerheid. De wensouders worden niet geacht het kind fysiek in hun gezin te hebben opgenomen voordat de welzijnswerker de overdracht volledig heeft uitgevoerd en zij kunnen evenmin ouderlijk gezag over het kind uitoefenen totdat de rechtbank hun ouderschap vaststelt door middel van een *parentage order*. Niettemin dragen de wensouders de ouderlijke verantwoordelijkheid indien in tussentijd een beslissing m.b.t. het kind moet worden genomen⁵⁴⁶.

M.i. is deze onduidelijkheid, minstens juridisch gezien, niet wenselijk. Het kind verkeert in het ongewisse.

⁵⁴⁴ P. LAUFER-UKELES, "Gestation: Work for Hire of the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Analysis", *Duke Journal of Gender Law and Policy* 2002, (91) 97.

⁵⁴⁵ Sh. SHAKARGY, "Israel" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (231) 239-240.

⁵⁴⁶ K. WEISBERG, *The Birth of Surrogacy in Israel*, Gainesville, University Press of Florida, 2005, 133.

216. De rechtbank verleent de *parentage order*, tenzij ze van oordeel is dat, na het ontvangen van een verslag van de welzijnswerker, de *order* in strijd zou zijn met het welzijn van het kind (art. 11, (b) Surrogate Motherhood Agreements Law). Het is bijgevolg niet aan de wensouders om aan te tonen dat de *order* in het belang van het kind zou zijn.

Het welzijn van het kind wordt hierdoor op twee tijdstippen beoordeeld: eenmaal vóór de verwekking door het Goedkeuringscomité, en een tweede maal door de rechtbank na de geboorte.

De bevoegdheid van de welzijnswerker om om een *parentage order* te verzoeken, maakt een reactie tegen het stilzitten van de wensouders mogelijk. De vraag rijst echter of het verlenen van die *order* niet in strijd zou zijn met het welzijn van het kind, wanneer de wensouders het kind niet willen.

217. Wordt de *parentage order* verleend, dan zullen de wensouders de ouders van het kind zijn en zullen zij als enigen titularis zijn van het ouderlijk gezag. Het kind zal in alle opzichten het hunne zijn (art. 12, (a) Surrogate Motherhood Agreements Law).

Een *parentage order* wijzigt de permissieve en prohibatieve bepalingen inzake huwelijk en echtscheiding niet (art. 12, (b) Surrogate Motherhood Agreements Law). Het kind wordt bijgevolg geacht een verwant te zijn van de draagmoeder m.o.o. de bepaling wie met het kind (niet) mag huwen⁵⁴⁷.

218. Wordt de *parentage order* niet verleend, omdat deze strijdig met het welzijn van het kind zou zijn, en verzoekt de draagmoeder om het ouderlijk gezag, dan zal de rechtbank een *order* verlenen op grond waarvan de draagmoeder de juridische moeder zal zijn, tenzij de rechtbank van oordeel is, na het ontvangen van een verslag van de welzijnswerker, dat deze *order* niet in het welzijn van het kind is (art. 14, (a) Surrogate Motherhood Agreements Law). De draagmoeder die na weigering van de *parental order* het kind wil, hoeft geen adoptieprocedure te doorlopen. Hieruit blijkt nogmaals dat het kind, zolang geen *parental* (of andere *order*) werd verleend, geen juridische ouders heeft.

Verzocht de draagmoeder niet om het ouderlijk gezag, of was de rechtbank van oordeel dat de *order* niet in het welzijn van het kind is, dan kan de rechtbank elke andere *order* verlenen die het geschikt acht, gelet op de omstandigheden (art. 14, (b) Surrogate Motherhood Agreements Law).

219. SCHUZ, die onderzoek deed naar de uitwerking van de draagmoederschapswet in de praktijk, wees er in 2003 op dat er nog geen gevallen bekend waren waarbij de draagmoeder verzocht het kind te houden.

⁵⁴⁷ R. SCHUZ, "Israel: The Right to Parenthood: Surrogacy and Frozen Embryos" in A. BAINHAM (ed.), *The International Survey of Family Law 1996*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, (237) 243.

De strenge selectiecriteria en –procedure van het Goedkeuringscomité zouden hiervan de oorzaak kunnen zijn. Bovendien werd ook steeds de *parentage order* verleend, zonder moeilijkheden⁵⁴⁸. In 2014 is er geen rechtspraak of rechtsleer te vinden waaruit blijkt dat de situatie veranderd is.

220. Een *order* die werd verleend in de context van draagmoederschap wordt bijgehouden in een bijzonder register. De wet past naar analogie artikel 30 van de *Adoption of Children Law* toe, op grond waarvan de *Attorney General*, een *marriage registrar*, een *chief Welfare Officer*, alsook het kind dat de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt (dit laatste met toelating van een welzijnswerker), toegang hebben tot het register (art. 16 *Surrogate Motherhood Agreements Law*)⁵⁴⁹. De draagmoeder wordt in het register bij naam vermeld⁵⁵⁰.

Dit is niet verwonderlijk, aangezien in de Israëliëse rechtspraak het recht van het kind om zijn biologische ouder te kennen een fundamenteel recht is. SHALEV wijst echter op het gebrek aan onderzoek en opvolging van kinderen geboren na draagmoederschap en op de gevaren van het stigmatiseren van de kinderen, door het bijzondere en afgescheiden geboorteregister⁵⁵¹.

Hoofdstuk 3. Voorwaardelijk bedenkrecht voor de draagmoeder

221. Indien de draagmoeder de draagmoederschapsovereenkomst wenst op te zeggen en het kind wil houden, dan zal de rechtbank zijn goedkeuring hieraan niet verlenen, tenzij ze, na ontvangst van een verslag van de welzijnswerker, van oordeel is dat er een wijziging van omstandigheden is, die de intrekking van de toestemming door de draagmoeder rechtvaardigt en dat de opzegging waarschijnlijk geen negatieve gevolgen zal hebben voor het welzijn van het kind (art. 13, (a) *Surrogate Motherhood Agreements Law*).

Verleende de rechtbank zijn goedkeuring, dan zal, als gevolg van deze *order*, de draagmoeder de juridische moeder van het kind zijn. De rechtbank kan daarbij ook maatregelen treffen m.b.t. de staat van het kind en zijn relatie met de wensouders of één van hen.

⁵⁴⁸ R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 43 en 46.

⁵⁴⁹ C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 64.

⁵⁵⁰ R. SCHUZ, "Surrogacy in Israel: An Analysis of the Law in Practice" in R. COOK en S.D. SCLATER, met F. KAGANAS (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (35) 41.

⁵⁵¹ C. SHALEV, "Israël" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood in Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, (179) 183; C. SHALEV, "Halakha and Patriarchal Motherhood – An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law", *Israel Law Review* 1998, (51) 69.

Er kan geen gevolg meer worden gegeven aan de intrekking van de toestemming door de wensmoeder, eens een *parentage order* is gemaakt (art. 13, (b) Surrogate Motherhood Agreements Law).

Hoofdstuk 4. Genetische testen en adoptie bij draagmoederschapstoerisme

222. Wensen Israëlische wensouders na draagmoederschapstoerisme met het kind terug te keren naar Israël, dan zal dit enkel kunnen wanneer het kind als een Israëlische burger wordt aangemerkt. Daarvoor moet worden aangetoond dat het kind werd geboren uit een Israëlische ouder. Bij draagmoederschapstoerisme zal dit niet mogelijk zijn op grond van de geboorte.

Daarom legt het Ministerie van Binnenlandse Zaken op dat het ouderschap wordt aangetoond aan de hand van genetische testen. Werd de genetische relatie aangetoond m.b.t. één van de wensouders, dan wordt het kind geacht hun natuurlijke kind te zijn en wordt het overeenkomstig geregistreerd⁵⁵².

223. In de praktijk blijkt dat het Ministerie van Binnenlandse Zaken nog niet heeft toegelaten dat wensmoeders hun genetisch ouderschap aantonen a.d.h.v. genetische testen, omdat de buitenlandse draagmoederschapsprocedures dergelijke genetische test niet oplegden. Hierdoor moeten de wensmoeder hun eigen genetische kinderen moeten adopteren⁵⁵³.

Een recente uitspraak van een rechtbank te Tel Aviv stelde echter dat een adoptie door de biologische moeder van haar eigen natuurlijke kinderen onaanvaardbaar is en ingaat tegen het gezond verstand. De rechtbank oordeelde dat ook de wensmoeder haar moederschap moet kunnen aantonen aan de hand van de genetische testen⁵⁵⁴.

224. Bestaat er geen genetische relatie tussen het kind en één van de wensouders, dan moet deze laatste sowieso het kind adopteren, aangezien een *parentage order* enkel mogelijk is voor interne draagmoederschapsgevallen⁵⁵⁵.

⁵⁵² Sh. SHAKARGY, "Israel" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (231) 242 en 245-246.

⁵⁵³ Sh. SHAKARGY, "Israel" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (231) 242; D. WEILER-POLAK, "Biological moms forced to adopt own children in overseas surrogacies", *Haaretz* 12 december 2011.

⁵⁵⁴ Aangehaald door D. WEILER-POLAK, "Israeli moms won't have to adopt babies born to surrogates", *Haaretz* 7 maart 2012.

⁵⁵⁵ Sh. SHAKARGY, "Israel" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (231) 243.

225. In 2013 rapporteerden de media over de aanbeveling van de *Israel's Health ministry's Implementation Committee* om draagmoederschapsprocedures in het buitenland gevoerd, te erkennen, zelfs wanneer paren van hetzelfde geslacht de wensouders zijn⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ A. MAGNEZI, "Health Ministry: Recognize same-sex couples as parents", *Ynetnews* 20 maart 2013. Dat dit laatste nog steeds zeer gevoelig ligt, blijkt uit een recent schandaal van tientallen kinderen geboren na draagmoederschap in Thailand op vraag van Israëliische wensparen van hetzelfde geslacht, waarbij de kinderen de toegang tot Israël werd geweigerd: G. FISKE, "65 surrogate babies born to Israeli gay couples stuck in Thailand", *The Times of Israel* 19 januari 2014.

Titel 14. Italië

226. Artikel 12, zesde lid van de Wet van 19 februari 2004⁵⁵⁷ bepaalt dat wie de verkoop van gameten of embryo's of draagmoederschap organiseert of daarvoor reclame maakt, ongeacht de wijze, bestraft zal worden met een gevangenisstraf van drie maanden tot twee jaar en een boete tussen € 600.000 en € 1 miljoen⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Legge norme in materia di procreazione medicalmente assistita (nr. 40, 19 februari 2004), *Gazzetta Ufficiale* N. 45, 24 februari 2004.

⁵⁵⁸ Voor meer informatie, zie L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 294-301.

Titel 15. Kazachstan

227. Zowel commercieel als altruïstisch draagmoederschap zijn in Kazachstan toegelaten. De wettelijke grondslag voor deze regeling is o.m. te vinden in Hoofdstuk 9 van het Wetboek Huwelijk en Familie⁵⁵⁹.

228. Enkel een gehuwde man en vrouw komen in aanmerking als wensouders.

De draagmoeder moet tussen de 20 en 35 jaar oud zijn. Zij moet fysiek, mentaal en reproductief gezond zijn. De draagmoeder moet bovendien reeds een eigen levend kind hebben. Indien zij gehuwd is, moet haar echtgenoot toestemmen tot de draagmoederschapsovereenkomst (art. 56).

229. De wet verplicht de wensouders en de draagmoeder enkele clausules in de schriftelijke draagmoederschapsovereenkomst op te nemen (art. 54 en 55). Simultaan met de draagmoederschapsovereenkomst wordt een behandelingsovereenkomst m.o.o. medisch begeleide voortplanting tussen de wensouders en een fertiliteitscentrum afgesloten.

230. De wensouders zijn verplicht de kosten van het draagmoederschapproject te dragen. De draagmoeder is verplicht het kind af te staan op grond van de overeenkomst (art. 57).

231. De wensouders worden beschouwd als de juridische ouders van het kind (art. 59, 1-2). Zij worden ook als zodanig ingeschreven in de geboorteakte van het kind (art. 192, 2, tweede lid).

De wetgeving bepaalt verder specifieke gevolgen ingeval de wensouders het kind niet in hun gezin willen opnemen, zij uit de echt scheiden, of één van hen overlijdt (art. 59, 3-6).

⁵⁵⁹ Wetboek Huwelijk en Familie (nr. 518-IV, 26 december 2011), i.w.tr. 17 januari 2012, te raadplegen op <http://adilet.zan.kz/eng/>.

Titel 16. Mexico

232. Mexico is een federale republiek. Op federaal niveau is er geen specifieke wetgeving inzake draagmoederschap⁵⁶⁰. Sommige deelstaten hebben daarentegen wel een standpunt ingenomen.

Hoofdstuk 1. Coahuila

233. In Coahuila bepaalt het Burgerlijk Wetboek dat draagmoederschapsovereenkomsten onafdwingbaar en zonder juridisch gevolg zijn. De draagmoeder is de juridische moeder van het kind (art. 489 en 491)⁵⁶¹.

Hoofdstuk 2. Querétaro

234. Het Burgerlijk Wetboek van Querétaro verbiedt draagmoederschap (art. 400)⁵⁶².

Hoofdstuk 3. Tabasco

235. In de deelstaat Tabasco wordt de wensmoeder geacht de juridische moeder te zijn, zowel bij laag- als bij hoogtechnologisch draagmoederschap (art. 92 Burgerlijk Wetboek)⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Voor meer informatie over de juridische aspecten van draagmoederschap in Mexico, zie E. LAMM, "Mexico" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 255-272.

⁵⁶¹ Código civil para el estado de Coahuila de Zaragoza (25 juni 1999), <http://coahuila.gob.mx/>.

⁵⁶² Código civil del estado de Querétaro (22 november 1990), <http://www.legislaturaqueretaro.gob.mx/>.

⁵⁶³ Código civil para el estado de Tabasco (1 mei 1997), www.ordenjuridico.gob.mx/.

Titel 17. Nederland

236. Nederland neemt een restrictieve houding t.a.v. draagmoederschap aan⁵⁶⁴.

Hoofdstuk 1. Absolute nietigheid van de overeenkomst

237. De draagmoederschapsovereenkomst is, net zoals in België, nietig wegens strijdigheid met de goede zeden en de openbare orde (artikel 3:40, eerste lid Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna NBW))⁵⁶⁵.

De rechtbank te Haarlem oordeelde uitdrukkelijk dat de overeenkomst in strijd is met de wet, nl. de wettelijke regeling omtrent het ouderschap door de afstand van het kind overeen te komen, alsook met de openbare orde aangezien de wettelijke bepalingen omtrent het ouderschap naar hun aard en maatschappelijke functie een fundamentele positie in het familierecht innemen. De verplichting om het kind af te staan is bijgevolg noch afdwingbaar noch verenigbaar met een aanspraak op schadevergoeding wegens de niet-nakoming ervan⁵⁶⁶.

Tussen de Nederlandse auteurs bestaat er discussie over de volledige of gedeeltelijke nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst⁵⁶⁷.

238. Volgens BROEKHUIJSEN-MOLENAAR wordt bij een draagmoederschapsovereenkomst de mogelijkheid om schadevergoeding wegens wanprestatie te vorderen opengelaten. De ratio van de nietigheid van

⁵⁶⁴ M.R. BRUNNING en M.J. VONK, "Het kind in zijn leefomgeving: toenemende erkenning en groeiende overheidsbemoeienis", *TPR* 2013, (1124) 1126.

⁵⁶⁵ C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2010, 283; M. FREUDENTHAL, "The Dutch Law of Child Recognition and its Application to Extra-matrimonial Procreation", *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1993, (349) 357; J.H.B. VAN DER MEER, *Nieuw leven, ander recht. In vitro fertilisatie: ethische, medische en juridische aspecten rond bevruchtingstechnieken*, Brielle, Prins, 1986, 38-39; S.F.M. WORTMANN, "Juridische aspecten van kunstmatige bevruchting en draagmoederschap", *Justitiële verkenningen* 1985, afl. 5, (41) 60; A. HEIDA, "Juridische perikelen rond het draagmoederschap", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1984, (649) 650; E. LOEB en J.C. VAN STRAATEN, "Voortplanting van de mens anno 1984", *Nederlands Juristenblad* 1984, (1025) 1029. Zie voor een genuanceerde visie: A. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, "Geoorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 1999, (33) 34-37; A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 154 *et seq.*

⁵⁶⁶ Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541.

⁵⁶⁷ X, "Rapport van de Werkgroep studie problematiek rond de bevruchting en afstamming, uitgebracht door de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht (1985)" in W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, M.J.A. VAN MOURIK en W.C.J. ROBERT (eds.), *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1986, 63-64; M. SCHOOTS, J. VAN ARKEL en S. DERMOUT, "Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004, (189) 190.

de overeenkomst ligt erin dat het als ongewenst wordt beschouwd dat onzedelijke prestaties zouden kunnen worden afgedwongen. Volgens de auteur dient de overeenkomst voor het overige als geldig te worden beschouwd. De draagmoeder kan niet worden gedwongen het kind af te staan omdat dit in strijd zou zijn met het recht op bescherming van haar persoonlijke levenssfeer en die van het kind. Ingeval zij weigert, staat volgens de auteur toch geen vordering tot schadevergoeding open voor de wensouders, noch voor reeds gemaakte kosten voor bijvoorbeeld de kinderkamer, noch voor enige emotionele schade⁵⁶⁸.

239. De wensouders kunnen in Nederland niet worden gedwongen om het kind te aanvaarden, wat ook niet in het belang van het kind zou zijn. De draagmoeder zou hen wel kunnen aanspreken voor het levensonderhoud van het kind, dat nu door haar moet worden bekostigd⁵⁶⁹.

Hoofdstuk 2. Verbod op (professionele) bemiddeling

240. In Nederland voerde de wet van 16 september 1993 tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enige bepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap, artikel 151b in het Wetboek van Strafrecht in⁵⁷⁰: degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of geldboete van de vierde categorie (art. 151b, eerste en derde lid Wetboek van Strafrecht).

Met dezelfde straf wordt gestraft degene die in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van dergelijke onderhandelingen of afspraak, alsook degene die openbaar maakt dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, wordt gezocht (art. 151b, tweede lid Wetboek van Strafrecht).

Draagmoederschap zelf, of het aangaan van een draagmoederschapsovereenkomst, is niet strafbaar⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 156 en 158-159.

⁵⁶⁹ A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 157-158.

⁵⁷⁰ Wet 16 september 1993 tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enige bepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap, *Stb.* 1993, 486, i.w.tr. 1 november 1993.

⁵⁷¹ M. SCHOOTS, J. VAN ARKEL en S. DERMOUT, "Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004, (189) 191.

241. De regering achtte een algeheel verbod op draagmoederschap en op elke bemiddeling niet handhaafbaar, aangezien vaak niet zal kunnen worden aangetoond dat het voornemen om afstand te doen van het kind reeds vóór de zwangerschap bestond. Dergelijk verbod handhaven zou bovendien leiden tot een opsporingsonderzoek dat diep in de persoonlijke levenssfeer van de draagmoeder zou ingrijpen. Een commercieel oogmerk achtte men ook moeilijk aan te tonen, aangezien moet worden bewezen dat de ontvangen vergoeding meer dan kostendekkend was⁵⁷².

Daarom hield men het in het eerste lid bij de bewoording ‘in de uitoefening van een beroep of een bedrijf’. Hierdoor kan worden voorkomen dat commercieel draagmoederschap zich als maatschappelijk verschijnsel gaat ontwikkelen⁵⁷³. Anders dan de titel van de wet laat vermoeden, gaat het om een verbod van beroeps- of bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap⁵⁷⁴. Deze bepaling verzet zich niet tegen bemiddeling door een familielid of vriend(in). Ook de wensouders en draagmoeder blijven buiten schot⁵⁷⁵. De gebruikelijke hulpverlening en advisering van een arts of jurist worden evenmin beschouwd als bemiddeling⁵⁷⁶.

Het doel van deze strafbaarstelling was onder meer om te voorkomen dat draagmoeders en wensouders elkaar vinden door strafbaarstelling van bemiddeling en de openbaarmaking van vraag en aanbod. Er moest worden vermeden dat draagmoederschap een normale zaak werd. De gecompliceerde ethische en juridische vraagstukken, psychologische effecten die voor de draagmoeder en het kind aan draagmoederschap verbonden zijn, waren daarvoor de reden⁵⁷⁷.

242. De openbaarmaking die wordt bestraft door artikel 151b, tweede lid Sr. veronderstelt niet dat het strafbare feit wordt gepleegd in uitoefening van een beroep of een bedrijf. De Raad van State vond deze bepaling bijgevolg in strijd met het doel en strekking van het wetsvoorstel, nl. vermijden dat commercieel draagmoederschap zich als een maatschappelijk verschijnsel zou ontwikkelen. Het tweede lid stelt immers openbaarmaking bij zowel commercieel als niet-commercieel draagmoederschap strafbaar⁵⁷⁸.

⁵⁷² Voor kritische opmerkingen bij deze argumenten: B. SLUYTERS, “Draagmoederschap en de strafwetgever”, *Delikt en Delikwent* 1992, (685) 687-688.

⁵⁷³ Kamerstukken (Tweede Kamer) 1990-1991, 21968, nr. 3, 2-3.

⁵⁷⁴ R.E. VAN GALEN-HERRMANN, “Voorgestelde strafbepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap”, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1991, (114) 114.

⁵⁷⁵ B. SLUYTERS, “Draagmoederschap en de strafwetgever”, *Delikt en Delikwent* 1992, (685) 688-689.

⁵⁷⁶ Kamerstukken (Tweede Kamer) 1996-1997, 25000-XVI, nr. 62, p. 14.

⁵⁷⁷ Kamerstukken (Tweede Kamer) 2009-2010, Brief van de minister van Justitie, 32123-XVI, nr. 30, 2.

⁵⁷⁸ Kamerstukken (Tweede Kamer) 1990-1991, 21968, B, 1; E. VAN BLOCKLAND, “Wetsvoorstel tegengaan commercieel draagmoederschap”, *Nemesis* 1992, afl. 3, 21-22.

De vraag rees of dit verbod niet strijdig was met artikel 10 EVRM dat het recht op vrije meningsuiting behelst⁵⁷⁹. Dit is geen absoluut recht. Het kan worden beperkt onder meer ter bescherming van de openbare orde, de gezondheid of de goede zeden. Volgens de regering waren deze drie beperkingsgronden aanwezig.

243. Draagmoederschap kan in Nederland ook aanleiding geven tot verduistering van staat, valsheid in geschrifte of tot illegale opnamen van pleegkinderen onder de zes maanden⁵⁸⁰.

Hoofdstuk 3. Beperkt gezondheidsrechtelijk kader

244. Nederland kent een beperkt gezondheidsrechtelijk kader voor draagmoederschap. Artikel 2.4 van de bijlage bij het Planningsbesluit in-vitrofertilisatie⁵⁸¹ bepaalt dat de toepassing van IVF in combinatie met draagmoederschap geschiedt volgens de in het protocol gestelde regels, die in overeenstemming dienen te zijn met de Richtlijn 'Hoogtechnologisch draagmoederschap' van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en gynaecologie (NVOG) van 1999 en vindt slechts plaats indien de draagmoeder reeds een of meerdere kinderen heeft.

Voorafgaand aan de behandeling dient de verantwoordelijke arts een verklaring op te maken dat voor de behandeling een medische indicatie aanwezig is en voldaan is aan de in de Richtlijn gestelde regels.

245. De richtlijn van de NVOG legt verschillende voorwaarden op⁵⁸²:
- er moet sprake zijn van een harde medische indicatie, nl. de afwezigheid of niet naar behoren functioneren van de baarmoeder bij intacte ovaria en ernstige aandoeningen van de wensmoeder waardoor een zwangerschap voor haar levensbedreigend is en er derhalve een absolute contra-indicatie voor de zwangerschap bestaat. Draagmoederschap dient te worden beschouwd als een *ultimum remedium*;

⁵⁷⁹ Kamerstukken (Tweede Kamer) 1990-1991, 21968, nr. 4, 4; B. SLUYTERS, "Draagmoederschap en de strafwetgever", *Delikt en Delikwent* 1992, (685) 692-694.

⁵⁸⁰ Rb. Groningen 20 juli 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AQ8757. De draagouders wensten het kind terug en vroegen aan de rechtbank de afgifte van het kind door de wensouders, die door een onjuiste aangifte tevens de juridische ouders waren. In eerste aanleg werd het verzoek van de draagouders ingewilligd. De wensouders tekenden hiertegen beroep aan. Het gerechtshof beval echter ook de afgifte van het kind: Gerechtshof Leeuwarden, 6 oktober 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AR3391. Zie ook J.M.T. VAN DEN HOEVEN-LOUD en J.K. MOLTMAKER, "Het afstammingsrecht in Nederland", *TPR* 1989, (1491) 1497-1498. Art. 227, eerste lid Sr. bestraft valsheid in geschrifte en art. 236 Sr. verduistering van staat, wat het geval is door het opzettelijk onzeker maken van de afstamming van het kind: S.F.M. WORTMANN, "Juridische aspecten van kunstmatige bevruchting en draagmoederschap", *Justitiële verkenningen* 1985, afl. 5, (41) 60-61. Voor een uitgebreid overzicht over de strafrechtelijke aspecten: K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 15-35.

⁵⁸¹ Planningsbesluit in-vitrofertilisatie van 1 april 1998, *Stcrt.* 1998, nr. 95, 14, i.w.tr. 27 mei 1998.

⁵⁸² NVOG, Richtlijn Hoog-technologisch draagmoederschap, nr. 18, januari 1999.

- de wensouders zijn de genetische ouders, wat wensparen van hetzelfde geslacht uitsluit;
- de draagmoeder mag niet ouder zijn dan 44 jaar, naar analogie met de leeftijdsgrens voor IVF in combinatie met eiceldonatie;
- de wensmoeder mag niet ouder zijn dan 40 jaar;
- het gezin van de draagmoeder is bij voorkeur voltooid;
- de draagmoeder moet minstens een eigen kind hebben gebaard;
- de obstetrische voorgeschiedenis van de draagmoeder mag geen ernstige pathologie vermelden. Zij moet een normaal functionerende baarmoeder hebben en gezond zijn;
- de draagmoeder neemt maatregelen tijdens de behandelingscyclus ter voorkoming van een zwangerschap;
- de wensouders, draagmoeder en haar partner moeten een SOA-screening ondergaan;
- er moet een medische, psychologische en juridische begeleiding plaatsvinden (waaronder een overeenkomst als integraal onderdeel van de behandeling) en
- de behandeling kan worden geweigerd op grond van o.m. het belang van het kind.

246. Hoogtechnologisch draagmoederschap is tot nu toe enkel mogelijk in het Medisch Centrum van de Vrije Universiteit te Amsterdam (VUmc). Daar werd op 6 april 2006 een centrum voor hoogtechnologisch draagmoederschap geopend⁵⁸³. Daarvoor bestond reeds een landelijk intake- en expertisecentrum voor hoogtechnologisch draagmoederschap. Dit hield er in 2004 mee op na het verkrijgen van het definitieve antwoord dat er geen IVF-klinieken meer zouden meewerken aan hoogtechnologisch draagmoederschap. Bovendien waren de interne obstakels in de academische ziekenhuizen, de ethische commissies en/of de raad van bestuur niet begrijpbaar, nl. omdat er geen gemotiveerde afwijzing kwam, maar enkel een bericht zonder enige verdere commentaar dat er besloten werd draagmoederschap daar niet te verrichten. De werkelijke reden was niet te achterhalen⁵⁸⁴. De procedure die door het centrum werd gevolgd was strikt. Voorafgaand aan de behandeling dienden de betrokken partijen medische, psychologische en juridische stappen te doorlopen⁵⁸⁵.

Een kleine twee jaar na het definitief ophouden van het landelijke intake- en expertisecentrum voor hoogtechnologisch draagmoederschap blies het VUmc hoogtechnologisch draagmoederschap echter nieuw leven in. Het VUmc stelt bijkomende voorwaarden. De wens- en draagouders moeten de Nederlandse nationaliteit hebben, de Nederlandse taal beheersen en in Nederland woonachtig zijn. De wensouders mogen geen strafblad hebben met

⁵⁸³ Voor meer informatie, zie: <http://internet-extra.vumc.nl>.

⁵⁸⁴ Zie brief van Sylvia Dermout: <http://www.draagmoederschap.nl/brief.html>.

⁵⁸⁵ S. DERMOUT, H. VAN DE WIEL, P. HEINTZ, K. JANSEN en W. ANKUM, "Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch centre for IVF Surrogacy from 1997 to 2004", *Human Reproduction* 2010, (443) 444-445. Voor een schematisch overzicht in een stroomdiagram: S.M. DERMOUT, "De eerste logeerpartij: Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland", Proefschrift ter verkrijging van het doctoraat in de Medische Wetenschappen aan de Rijksuniversiteit Groningen, 2001, 250-253.

bezwarende feiten die de latere adoptie in de weg staan. Zij dienen een verklaring van goed gedrag over te leggen. De wensouders moeten ook een testament opstellen voor het geval zij zouden overlijden voor de adoptieprocedure. Het testament dient de nalatenschap te regelen maar ook de gewenste invulling van de voogdij over het kind. De partijen stellen een overeenkomst op, waarin hun verplichtingen t.a.v. elkaar worden geëxpliciteerd, zoals afstand en opname van het kind. Deze overeenkomst is uiteraard niet afdwingbaar⁵⁸⁶.

Tussen het VUmc en het landelijk bureau van de Raad voor de Kinderbescherming zijn sluitende afspraken gemaakt 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 kan worden overgegaan. Daartoe moet de draagmoeder onder andere na de geboorte m.o.o. de gezagsoverdracht verklaren dat zij niet in staat is om het kind op te voeden en ervoor te zorgen. Ook mag enkel het genetisch materiaal van de beide wensouders worden gebruikt, zodat de adoptie er louter toe strekt de genetische realiteit te doen overeenstemmen met de juridische realiteit⁵⁸⁷.

Desgevallend kan na goedkeuring van het verzoek de IVF-behandeling ook in het Universitair Medisch Centrum Groningen (UMCG) plaatsvinden⁵⁸⁸.

Hoofdstuk 4. Onaangepast afstammingsrecht

247. In Nederland geldt het *Mater semper certa est*-beginsel. Op grond van artikel 1:198 NBW is de moeder de vrouw die van het kind bevallen is. De draagmoeder zal bijgevolg de juridische moeder zijn⁵⁸⁹, ongeacht de herkomst van het genetische materiaal en ongeacht de intenties van de draagmoeder en de wensmoeder⁵⁹⁰.

248. Indien de draagmoeder gehuwd is of door een geregistreerd partnerschap verbonden is, zal op grond van artikel 1:199, a 1 NBW haar echtgenoot of partner de juridische vader van het kind zijn.

⁵⁸⁶ Voor meer informatie, zie <http://www.vumc.nl>.

⁵⁸⁷ K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 43.

⁵⁸⁸ Voor meer informatie, zie: <http://www.umcg.nl>.

⁵⁸⁹ Bij de invoering van dit artikel werd bewust geen rekening gehouden met het draagmoederschap: Kamerstukken II 1996-97, 24 649, nr. 6, p. 14 en 36.

⁵⁹⁰ M.J.A. VAN MOURIK en A.J.M. NUYTINCK, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 172; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2010, 282-283; J.H.M. TER HAAR en W.D. KOLKMAN, *Personen- en familierecht en erfrecht in een notendop*, Zutphen, Walburg Pers, 2005, 15; A.E. HENSTRA, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht: een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, 65.

Diens vaderschap kan worden ontkend, maar daarbij moet rekening worden gehouden met artikel 1:200, derde lid NBW. Indien de echtgenoot heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, kan zijn vaderschap niet worden ontkend. Deze instemming zal er bij draagmoederschap vaak zijn⁵⁹¹.

Indien de draagmoeder gehuwd is of verbonden is door een geregistreerd partnerschap met een vrouw en het kind werd verwekt door kunstmatige donorbevruchting, waarvan een verklaring ter bevestiging werd afgegeven bij aangifte van de geboorte, dan is haar echtgenote of partner tevens een juridische moeder (art. 1:198, 1, b NBW)⁵⁹².

249. In Nederland zullen de wensouders het kind moeten adopteren indien zij wensen dat familierechtelijke banden ontstaan tussen hen en het kind. Om deze adoptie te verwezenlijken moet een bepaalde weg worden gevolgd⁵⁹³. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD merkt op dat de instanties die hierbij worden ingeschakeld nauwelijks de mogelijkheid hebben hun medewerking te weigeren gezien het belang van het kind om tot de wensouder(s) in familierechtelijke betrekking te staan⁵⁹⁴.

250. In de eerste plaats moet het kind worden overgedragen aan de wensouders. Volgens BROEKHUIJSEN-MOLENAAR moet bij deze overdracht de Raad voor de Kinderbescherming niet worden betrokken. Dit hoeft enkel wanneer het kind kan worden aangemerkt als een pleegkind.

Overeenkomstig artikel 1, eerste lid Pleegkinderenwet⁵⁹⁵ is dit o.m. zo wanneer het een minderjarige betreft die bij anderen dan zijn ouders, voogd of bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad wordt verzorgd en opgevoed. Als een kind een pleegkind is, betekent dit dat degene die ervan de opvoeding en verzorging op zich heeft genomen, de burgemeester en wethouders van de gemeente waar het kind verblijft, binnen een week schriftelijk van deze opneming in kennis moet stellen. Deze kennisgeving wordt doorverzonden naar de Raad voor de Kinderbescherming (hierna: de Raad). Na ontvangst van deze kennisgeving, stelt de Raad een onderzoek in

⁵⁹¹ X, "Rapport van de Werkgroep studie problematiek rond de bevruchting en afstamming, uitgebracht door de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht (1985)" in W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, M.J.A. VAN MOURIK en W.C.J. ROBERT (eds.), *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1986, 16.

⁵⁹² Ingevoegd door de wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480, i.w.tr. 1 april 2014.

⁵⁹³ Zie Kamerstukken (Tweede Kamer) 1996-1997, 25000-XVI, nr. 62, p. 13. Voor een schematisch overzicht zie K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 72-74 en I. CURRY-SUMNER en M. VONK, "National and International Surrogacy: An Odyssey" in B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2011, (259) 265.

⁵⁹⁴ W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, *Ouderschap, anders geregeld?*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 3.

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

naar het pleegkind en het gezin. Het achterwege laten van deze kennisgeving is een strafbaar feit (art. 5-7 en 20 Pleegkinderenwet). Is het pleegkind jonger dan zes maanden en staat het niet onder de voogdij van een rechtspersoon, dan kan het kind maar in het pleeggezin worden opgenomen mits voorafgaandelijke toestemming van de Raad. Indien dit gebeurde zonder toestemming kan het kind voorlopig aan de Raad worden toevertrouwd (art. 1:241, derde lid NBW).

Volgens BROEKHUIJSEN-MOLENAAR kan het kind bij draagmoederschap niet worden aangemerkt als een pleegkind. Het begrip bloedverwanten, in de zin van artikel 1 Pleegkinderenwet, moet volgens de auteur worden begrepen als biologische verwanten. Bijgevolg zal een genetische wensouder een bloedverwant zijn⁵⁹⁶. Het kind kan daardoor worden meegenomen door de wensouders zonder dat daarbij de Raad of de burgemeester hoeft te worden betrokken⁵⁹⁷. Volgens anderen moet de kennisgeving wel gebeuren⁵⁹⁸. Deze laatste stelling werd bevestigd door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport⁵⁹⁹.

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

Indien een meerderjarige zich tot de Raad voor de Kinderbescherming wendt met het voornemen om laagtechnologische draagmoeder te worden, verwijst de Raad door naar een instelling voor begeleiding van afstandsouders. Hier kan zij terecht voor informatie over het doen van afstand, de impact daarvan op moeder en kind en over het belang van contact tussen het kind en de

⁵⁹⁶ A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 172-173 (maar zie A. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, "Geoorlooftheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorlooftheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 1999, (33) 40).

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

⁵⁹⁷ Zie ook M. SCHOOTS, J. VAN ARKEL en S. DERMOUT, "Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004, (189) 189.

⁵⁹⁸ S.C.A. VAN VLIJMEN en J.H. VAN DER TOL, "Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2012, (160) 163; P. VLAARDINGERBROEK, "Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie", *Ars Aequi* 2003, (171) 174; S.F.M. WORTMANN, "Juridische aspecten van kunstmatige bevruchting en draagmoederschap", *Justitiële verkenningen* 1985, afl. 5, (41) 57; X, "Rapport van de Werkgroep studie problematiek rond de bevruchting en afstamming, uitgebracht door de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht (1985)" in W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, M.J.A. VAN MOURIK en W.C.J. ROBERT (eds.), *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1986, 16; A. HEIDA, "Juridische perikelen rond het draagmoederschap", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1984, (649) 650.

⁵⁹⁹ Kamerstukken (Tweede Kamer) 2007-2008, Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 31200, XVI, nr. 154, 1.

biologische ouder(s) als het kind opgroeit bij vervangende ouders. Indien wensouders zich tot de Raad wenden met hun voornemen een kind op te nemen in het eigen gezin met behulp van een draagmoeder, verwijst de Raad hen eveneens door naar een instelling voor begeleiding van afstandsouders. Zij krijgen daar voorlichting over en hulp bij de voorbereiding op het opnemen van een kind van een ander en de impact op een kind van het afgestaan zijn en het belang van een 'open adoptie'. Indien er géén sprake is van genetische verwantschap tussen het kind en de wensouders, zal de standaardprocedure voor afstand worden gevolgd. Dit betekent onder andere dat een kind alleen wordt geplaatst bij wensouder(s)/aspirant-adoptiefouders die de voorlichting van de Stichting Adoptie Voorzieningen hebben gevolgd en die eerder een gezinsonderzoek hebben ondergaan waaruit gebleken is dat zij geschikt zijn voor het opnemen van een (in Nederland geboren) kind dat voor adoptie in aanmerking komt. Na de geboorte van het kind wordt er een bedenktijd van drie maanden voor de juridische ouder(s) in acht genomen. In het onderzoek zal altijd worden bekeken of het mogelijk is om het kind bij de eigen ouder(s) op te laten groeien gelet op het recht dat een kind daarop heeft. Indien de wensvader met resultaten van DNA-onderzoek kan aantonen dat het kind genetisch het zijne is, zal in het onderzoek worden bekeken of het in het belang van het kind is dat het opgroeit bij de wensvader en zijn gezin. Daarnaast wordt in het onderzoek onder meer onderzocht of de wensmoeder voldoende is voorgelicht met betrekking tot de draagmoederschapconstructie. Voor wat betreft de draagmoeder wordt gekeken of zij onafhankelijke begeleiding heeft gehad m.b.t. haar voornemen om een kind te dragen, te baren en af te staan voor een ander. Voor zover van toepassing wordt de afstandsprocedure gevolgd.

Bij toepassing van hoogtechnologisch draagmoederschap, uitgevoerd en begeleid door het VUmc⁶⁰⁰, kan de Raad volstaan met een beperkt onderzoek dat zich richt op het verzamelen van informatie die nodig is voor het overdragen van het gezag. De wensouders moeten aan de Raad de volgende documenten overleggen:

- een verklaring van het ziekenhuis of IVF-kliniek dat de draagmoeder zwanger is van een kind dat genetisch een volledig eigen kind van de wensouders is. Deze verklaring moet zijn ondertekend en van een officiële stempel van het ziekenhuis of kliniek zijn voorzien;
- een verklaring waaruit blijkt dat voldaan is aan alle wettelijke voorwaarden zoals opgenomen in de NVOG-richtlijn⁶⁰¹ en
- een verklaring dat de betrokkenen aan alle formaliteiten conform het protocol van het ziekenhuis hebben voldaan waaronder het overleggen van een Verklaring Omtrent het Gedrag.

In alle andere gevallen doet de Raad een uitgebreid onderzoek naar de voorgenomen afstand waarbij wordt gekeken of aan alle voorwaarden daarvoor is voldaan. Dat wil zeggen dat er geen geldelijk of ander voordeel genoten wordt/gaat worden van de afstand van het kind, dat onafhankelijke

⁶⁰⁰ *Supra* nr. 246.

⁶⁰¹ *Supra* nr. 244.

begeleiding heeft plaatsgevonden en dat er een redelijke bedenktijd na de geboorte is voor het voornemen tot afstand. Daarnaast wordt er onderzocht of het in het belang van het kind is dat het bij de wensouder(s) opgroeit. Ook bij dit onderzoek is het van invloed of het kind genetisch verwant is aan ten minste één van de wensouders.

Na de geboorte (en opneming van het kind in het gezin van de wensouders) zal er een onderzoek worden ingesteld om draagouder(s) uit het gezag te ontheffen en om na te gaan of de wensouders met het gezag moeten worden belast⁶⁰². Er zal worden onderzocht of een plaatsing in het gezin van de wensouders in het belang van het kind is en of het nog steeds de wens van wensouder(s) is om het kind als pleegkind op te voeden en na verloop van tijd te adopteren. Daarbij is het wederom van invloed of het kind genetisch verwant is aan ten minste één van de wensouders aan de hand van de overlegde resultaten van een DNA-test of overlegde (authentieke) ziekenhuisverklaringen inzake verwantschap.

Tevens zal er onderzoek worden gedaan naar de draagmoeder of -ouders. In dit onderzoek gaat de Raad na of de draagouder(s) er nog steeds achter staan dat zij vrijwillig afstand doen van het kind. Als dat het geval is, vraagt de Raad de draagmoeder een afstandsverklaring te ondertekenen. Daarmee doet zij niet alleen afstand van het kind maar verklaart zij tevens 'dat geen betaling of vergoeding van enige aard of gunst is gedaan of aangeboden noch gevraagd met het oog op de verkrijging van haar toestemming tot de adoptie van het kind'. Na het onderzoek stuurt de Raad een rekest en rapport naar de rechtbank met een verzoek tot ontheffing van het gezag⁶⁰³.

252. De ontheffing kan niet worden uitgesproken indien de ouder zich hiertegen verzet⁶⁰⁴. Hierop zijn echter verschillende uitzonderingen, waaronder deze dat indien na een verzorging en opvoeding met instemming van de ouder – anders dan uit hoofde van een ondertoezichtstelling of een plaatsing onder voorlopige voogdij – van ten minste een jaar in een ander gezin dan het ouderlijke, een voortzetting daarvan noodzakelijk is en van een terugkeer naar de ouder een ernstig nadeel voor het kind moet worden

⁶⁰² Zie ook Rb. Haarlem 6 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:5285: De wensvader verzocht als enige met het ouderlijk gezag te worden belast, op grond van artikel 1-253c, eerste lid NBW. De juridische moeder was een Indische draagmoeder die schriftelijk verklaard had afstand te doen van al haar rechten en verplichtingen t.a.v. het kind. De rechtbank was van oordeel dat het in het belang van de minderjarige is dat de wensvader, die hem sinds zijn geboorte heeft verzorgd en opgevoed, beslissingen kon nemen over de minderjarige, zonder dat daarbij eerst toestemming moest worden verkregen van een in India wonende en daardoor moeilijk bereikbare draagmoeder, die bovendien nooit de intentie had gehad als moeder voor de minderjarige te zorgen. Hierdoor was uitoefening van gezamenlijk gezag niet mogelijk, en zou de minderjarige klem of verloren raken wanneer belangrijke beslissingen over hem dienden te worden genomen en de man niet in staat was toestemming van de draagmoeder voor deze beslissingen te verkrijgen.

⁶⁰³ RAAD VOOR DE KINDERBESCHERMING, *Protocol ASAA: Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen*, Ministerie van Justitie, november 2013, www.kinderbescherming.nl, 12-16.

⁶⁰⁴ Dit zou anders op gespannen voet staan met artikel 9 IVRK: L.E. KALKMAN-BOGERD, "Ontheffing en draagmoederschap", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1998, (198) 202.

gevreesd (art. 1:268, eerste lid en tweede lid, d NBW). In dit laatste geval kan de ontheffing niet enkel worden verzocht door de Raad of het Openbaar Ministerie, maar ook door degene die het kind op het tijdstip van het verzoek ten minste een jaar heeft verzorgd en opgevoed, indien de kinderrechter een verzoek van de ouders om toestemming tot wijziging in het verblijf van hun kind heeft afgewezen (blokkaderecht). Indien het kind door meer dan een persoon wordt verzorgd en opgevoed, kan het verzoek slechts door dezen gemeenschappelijk worden gedaan. De opvoeders kunnen in dat geval ook een verzoek indienen om met de voogdij te worden bekleed (art. 1:275, derde lid en 299a NBW)⁶⁰⁵. In het raam van draagmoederschap, zal deze opvoeding gebeuren door de wensouders, waardoor zij ook om de ontheffing kunnen verzoeken.

253. Deze ontheffing is mogelijk wanneer de ouder ongeschikt of onmachtig is zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen (art. 1:266 NBW). Bij draagmoederschap zal er in hoofde van de draagmoeder niet echt sprake zijn van ongeschiktheid of onmacht, maar eerder van onwil⁶⁰⁶. Zij zal geen emotionele ouderrelatie met het kind hebben opgebouwd. Er zal geen hechtingsproces op gang gekomen zijn⁶⁰⁷.

Het verzoek tot ontheffing werd reeds afgewezen omdat volgens de bevoegde rechter het enkele niet-willen op zichzelf geen onmacht of ongeschiktheid oplevert. De wetgever heeft er immers uitdrukkelijk voor gekozen ouders niet de bevoegdheid te geven zichzelf uit het ouderlijk gezag te doen ontheffen. Bovendien zou het belang van het kind zich tegen de inwilliging van het verzoek verzetten, gelet op het in artikel 7 IVRK vervatte recht om te worden opgevoed door zijn beide ouders.

KALKMAN-BOGERD weerlegt dit. De Verdragsstaten bij het IVRK hebben een ruime beleidsvrijheid bij de verwezenlijking van dit recht. Ook is het zo dat het kind weliswaar niet door zijn oorspronkelijke ouders wordt opgevoed, niettemin groeit het op in een gezinsomgeving die waarborgen biedt voor een goede ontplooiing van zijn persoonlijkheid. Het kind is zeer gewenst en kan bovendien genetisch verwant zijn met de wensouders. Volgens de auteur is er van strijdigheid met artikel 7 IVRK dan ook geen sprake⁶⁰⁸. De vonnissen

⁶⁰⁵ In een bepaalde zaak werd de voogdij, ondanks het verzoek van de wensouders om daarmee te worden belast, toevertrouwd aan het Bureau Jeugdzorg: Rb. Rotterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0238.

⁶⁰⁶ A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 173.

⁶⁰⁷ Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, 4951, nr. 865; Arr.-Rb. Amsterdam 26 april 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995, 2803, nr. 589; Rb. Noord-Nederland 11 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5503; Rb. Limburg 10 juni 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4014; Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5334; Rb. Alkmaar 29 oktober 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG8903; Rb. Arnhem 20 februari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC8012.

⁶⁰⁸ L.E. KALKMAN-BOGERD, "Ontheffing en draagmoederschap", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1998, (198) 201. Het is opmerkelijk dat fundamentele rechten enkel worden ingeroepen door de rechtbanken om de overdracht van ouderlijk gezag te weigeren, zie Ch. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of*

werden uiteindelijk in hoger beroep hervormd. De draagouders werden ontzet uit hun ouderlijk gezag⁶⁰⁹.

Volgens sommige kinderrechtvaarders werd deze ontheffingsgrond oneigenlijk gehanteerd bij gebrek aan een geschikte wettelijke bepaling voor draagmoederschap⁶¹⁰. De maatregel heeft niet tot doel het kind te beschermen tegen opgroeien in een daartoe ongeschikte omgeving, maar wel om de wensouders in staat te stellen het kind te adopteren⁶¹¹.

De staatssecretaris voor Justitie wees deze stelling af, gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden dat met ongeschiktheid of onmacht tot verzorgen en opvoeding niet alleen een algemene ongeschiktheid of onmacht tot verzorgen en opvoeden wordt bedoeld, maar ook een ongeschiktheid of onmacht tot verzorgen en opvoeden van een bepaald kind, welke ongeschiktheid of onmacht kan zijn veroorzaakt door of samenhangen met de bijzondere eigenschappen van dat kind of met de bijzondere omstandigheden waarin het kind zich bevindt ten tijde van het nemen van de beslissing⁶¹². Normaal gezien zal bij de draagmoeder de wil om het kind op te voeden ontbreken. Het kind wordt door haar afgewezen. Volgens de staatssecretaris is er bijgevolg ook geen sprake van een oneigenlijke uitleg van de ontheffingsgrond⁶¹³.

254. Wanneer de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot niet langer het ouderlijk gezag hebben en indien de wensouders het kind ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed, kan de adoptie in Nederland worden uitgesproken (art. 1:228, eerste lid, f en g NBW)⁶¹⁴. Artikel 1:228, derde lid NBW bepaalt dat de voorwaarde van een termijn van één jaar niet geldt, indien het kind wordt geboren binnen de relatie van de moeder met een levensgezel van gelijk geslacht.

De rechtbank van Noord-Nederland oordeelde dat omwille van het feit dat de niet-biologische verwante adoptant in die situatie geen verzorgingstermijn

Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2008, 268.

⁶⁰⁹ Rb. Utrecht 18 juni 1997, *Nederlandse Jurisprudentie kort* 1997, 59 (vonnis hervormd door Hof Amsterdam 19 februari 1998, *Nederlandse Jurisprudentie kort* 1998, 32). Zie ook Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *Nederlandse Jurisprudentie kort* 1998, 33 (vonnis hervormd door Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, 865, *supra* vn. 607). Volgens SCHOOTS, VAN ARKEL en DERMOUT was deze hervorming terecht: M. SCHOOTS, J. VAN ARKEL en S. DERMOUT, "Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004, (189) 192.

⁶¹⁰ Zie Kamerstukken (Tweede Kamer) 1994-1995, Vraag van DITTRICH over het draagmoederschap, 1267. Zie ook Rb. Rotterdam 8 februari 2007, LJN BA0238. Anders: Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, 4951, nr. 865.

⁶¹¹ Rb. Utrecht 18 juni 1997, *Nederlandse Jurisprudentie kort* 1997, 59.

⁶¹² Hoge Raad 29 juni 1984, *Nederlandse Jurisprudentie* 1984, 2752, nr. 767, conclusie Advocaat-Generaal.

⁶¹³ Kamerstukken (Tweede Kamer) 1994-1995, Antwoord op vraag van DITTRICH over het draagmoederschap, 1267-1268; X, "Adoptie na draagmoederschap: speciale regeling is volgens staatssecretaris Schmitz onwenselijk", *Nederlands Juristenblad* 1995, 575-576.

⁶¹⁴ Rb. Arnhem 19 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI5039.

moet afwachten, terwijl in het geval waarbij de rechtbank over een adoptieverzoek na draagmoederschap moest oordelen, de biologische verwante wensmoeder dit wel moest doen, de mogelijkheden van de wensmoeder om familierechtelijke betrekkingen te vestigen tussen haar en het kind, in welke relatie er sprake is van gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM, beperkter zijn dan die van de biologisch niet-verwante adoptante. Dit was volgens de rechtbank niet verenigbaar met artikel 8 j° 14 EVRM. De rechtbank sprak de adoptie op verzoek van de wensmoeder uit, ook al had zij het kind met de juridische wensvader slechts drie maanden verzorgd⁶¹⁵.

255. Wanneer de draagmoeder ongehuwd is, en er nog geen juridische vader is, is het mogelijk dat de wensvader het kind erkent met de toestemming van de draagmoeder (art. 1:204, eerste lid, c NBW). Wanneer de wensvader het kind heeft erkend, zal geen toestemming nodig zijn voor de opname van het kind in het gezin van de wensouders, aangezien de wensvader een juridische ouder zal zijn.

Indien de wensvader gehuwd is met de wensmoeder zal de erkenning maar geldig zijn wanneer de rechtbank heeft vastgesteld dat het aannemelijk is dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat (art. 1:204, eerste lid, e NBW). Volgens Nederlandse rechtspraak kan er geen sprake zijn van een nauwe persoonlijke betrekking met een ongeboren kind. Er kan hiervan pas sprake zijn vanaf de geboorte van het kind⁶¹⁶.

Leeft de ongehuwde draagmoeder in een geregistreerd partnerschap met iemand anders dan de juridische ouder, dan zullen beide partners toch gezamenlijk het ouderlijk gezag over het kind uitoefenen (art. 1:253sa, eerste lid NBW). Erkent de wensvader het kind na de geboorte, dan blijven de beide partners het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen. In dat geval zal de procedure tot ontheffing uit het ouderlijk gezag moeten worden gevolgd. Wordt het ouderlijk gezag daarna aan de wensvader toebedeeld (art. 1:253c, eerste lid NBW)⁶¹⁷, dan kan de wensmoeder het kind adopteren wanneer zij samen met de wensvader voor minstens één jaar het kind heeft opgevoed en verzorgd, voor zover de wensouders minstens drie jaar samenwoonden op ogenblik van het verzoekschrift en mits alle andere voorwaarden voor de adoptie zijn voldaan⁶¹⁸. Door de adoptie zal de wensmoeder dan ook het ouderlijk gezag uitoefenen⁶¹⁹.

Heeft de draagmoeder geen geformaliseerde relatie, dan zal het kind maar één ouder hebben. De draagmoeder zal als enige het ouderlijk gezag uitoefenen. De wensvader kan ook in dat geval het kind erkennen mits toestemming van de draagmoeder. Daarna kan de wensvader, na de erkenning, verzoeken om als enige het ouderlijk gezag uit te oefenen, met

⁶¹⁵ Rb. Noord-Nederland 11 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5503.

⁶¹⁶ Rb. Assen 15 juni 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AY7247.

⁶¹⁷ Bv. Rb. 's-Gravenhage 1 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:B07387.

⁶¹⁸ Bv. Rb. 's-Gravenhage 1 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:B07387.

⁶¹⁹ M. VONK, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their international and biological parents in English and Dutch law*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 142-143.

uitsluiting van de draagmoeder. De wensvader kan deze vordering instellen als de draagmoeder de enige is die het ouderlijk gezag uitoefent. De wensmoeder kan hierna het kind adopteren.

Deze werkwijze is ook mogelijk wanneer de draagmoeder in een geregistreerd partnerschap leeft en als enige het ouderlijk gezag uitoefent, doordat de wensvader het kind heeft erkend voor de geboorte⁶²⁰.

Deze procedures zijn langdurig en stresserend voor de betrokken partijen en bovendien is de uitkomst ervan niet zeker⁶²¹. De zestien kinderen betrokken in de studie van DERMOUT werden echter allemaal succesvol geadopteerd door de wensouders⁶²².

256. In Nederland is bij de adoptie het wensouderschap geen factor van betekenis⁶²³.

De rechtbank van 's-Gravenhage werd geconfronteerd met het verzoek tot adoptie na internationaal draagmoederschap. Een wenspaar, waarvan de man de Nederlandse en Oostenrijkse nationaliteit had en de vrouw enkel de Oostenrijkse, wenste het kind te adopteren. Dit kind had echter de Britse nationaliteit⁶²⁴. Op grond van artikel 1 Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie⁶²⁵ (hierna: Wobka) wordt onder een buitenlands kind verstaan een buiten Nederland geboren, de Nederlandse nationaliteit niet bezittende minderjarige in de zin van de Nederlandse wet, die in Nederland met het oog op adoptie in een ander gezin dan het ouderlijke wordt of zal worden verzorgd en opgevoed, in zodanige omstandigheden dat de verzorgers in feite de plaats van de ouders innemen. Dit was *in casu* het geval.

Overeenkomstig artikel 2 Wobka is de opnemings in Nederland van een buitenlands kind met het oog op adoptie enkel toegelaten indien van de minister van Justitie een voorafgaande schriftelijke mededeling is verkregen die voor dergelijke opnemings de toestemming verleent. De wensouders beschikten niet over dergelijke beginseltoestemming. De rechtbank was

⁶²⁰ M. VONK, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their international and biological parents in English and Dutch law*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 143-144.

⁶²¹ M. VONK, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their international and biological parents in English and Dutch law*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 145.

⁶²² S. DERMOUT, H. VAN DE WIEL, P. HEINTZ, K. JANSEN en W. ANKUM, "Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch centre for IVF Surrogacy from 1997 to 2004", *Human Reproduction* 2010, (443) 447.

⁶²³ A.E. HENSTRA, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht: een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgeverij, 2002, 66. Zie ook Kamerstukken II 1996-97, 24 649, nr. 6, p. 27: "Als het gaat om adoptie van het kind van een draagmoeder zal de toetsing door de rechter op zichzelf geen andere behoeven te zijn dan in andere gevallen van adoptie".

⁶²⁴ Rb. 's-Gravenhage 11 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9844 en Rb. 's Gravenhage 10 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC5651.

⁶²⁵ Wet 8 december 1988, houdende regelen inzake de opnemings in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie, *Stb.* 1988, 566, i.w.tr. 15 juli 1989.

echter van oordeel dat de wet niet van toepassing was aangezien deze enkel een klassieke adoptie voor ogen heeft, nl. een adoptie waarbij het kind zowel biologisch als genetisch volledig afstamt van anderen. *In casu* was het kind echter genetisch afkomstig van de wensouders. Een beginseltoestemming was bijgevolg niet vereist.

Anderzijds oordeelde de rechtbank dat aanvullende voorwaarden moeten worden gesteld in het geval van adoptie van een via hoogtechnologisch draagmoederschap in het buitenland geboren kind: de (wettelijke) vereisten die in Nederland worden gesteld aan het op dergelijke wijze verkregen kind moeten ook in het buitenland zijn nageleefd. De rechtbank was van oordeel dat dit in de voorliggende zaak het geval was. De gemeenrechtelijke voorwaarden voor adoptie waren eveneens voldaan en de rechtbank sprak de adoptie uit.

Hoofdstuk 5. Draagmoederschapstoerisme

257. In Nederland, waar de internationaalprivaatrechtelijke regels niet werden ontwikkeld om met de complexe problematiek van draagmoederschap om te gaan⁶²⁶, benadert men deze problematiek op een gelijkaardige wijze als in België⁶²⁷. Of de buitenlandse geboorteakten kunnen worden erkend, hangt in de eerste plaats af van hoe het ouderschap moet worden gekwalificeerd.

Voorafgaand aan de invoering van Boek 10 NBW was de Wet conflictenrecht afstamming⁶²⁸ van toepassing wanneer het ouderschap tot stand kwam uit hoofde van afstamming. Kwam het tot stand na adoptie, dan was de Wet conflictenrecht adoptie⁶²⁹ of het Haags Adoptieverdrag van toepassing. Nadat was uitgemaakt welke bepalingen van toepassing waren, moest worden nagegaan of aan de criteria voor erkenning van het buitenlands gevestigde ouderschap was voldaan. Boek 10 NBW heeft de bepalingen van de Wet conflictenrecht afstamming nagenoeg ongewijzigd overgenomen⁶³⁰.

⁶²⁶ I. CURRY-SUMNER en M. VONK, "National and International Surrogacy: An Odyssey" in B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2011, 279.

⁶²⁷ Zie Kamerstukken (Tweede Kamer) 2011-2012, Brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 33 000-VI, nr. 69, 3-4. Uitgebreid over draagmoederschap en Nederlands internationaal privaatrecht en vreemdelingenrecht: K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 167-221.

⁶²⁸ Wet 14 maart 2002 houdende regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming, *Stb.* 2002, 153, opgeheven op 1 december 2012 door Boek 10 NBW.

⁶²⁹ Wet 3 juli 2003 houdende regeling van het conflictenrecht inzake adoptie en de erkenning van buitenlandse adopties, *Stb.* 2003, 283, opgeheven op 1 december 2012 door Boek 10 NBW.

⁶³⁰ K.J. SAARLOOS, "Art. 92-102 Boek 10 BW: Afstamming" in P. VLAS (ed.), *Hoofdpijnen Boek 10 BW (Internationaal privaatrecht)*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, (85) 85.

Artikel 10:100, eerste lid, c NBW bepaalt dat een buitenlands tot stand gekomen onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd, in Nederland van rechtswege wordt erkend, tenzij de erkenning van die beslissing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde⁶³¹. Artikel 10:101, eerste lid NBW bepaalt o.m. dezelfde openbareorde-exceptie voor buitenlands tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, welke zijn neergelegd in een door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte⁶³². Dit laatste is het geval bij een geboorteakte na draagmoederschap, alsook bij een vaderlijke erkenning na draagmoederschap⁶³³.

Het Nederlandse afstammingsrecht kent geen wettelijke regeling waarbij het juridische ouderschap van de draagmoeder wordt overgedragen op de wensouders, waardoor de directe vermelding van de wensouders in de buitenlandse geboorteakte strijdig wordt geacht met de Nederlandse openbare orde⁶³⁴. De geboorteakte zal niet worden erkend en de wensouders zijn niet de juridische ouders van het kind. De geboorteakte komt niet voor inschrijving in de Nederlandse registers voor de burgerlijke stand in aanmerking. De geboortegegevens van het kind zullen door de rechter opnieuw moeten worden vastgesteld (art. 1:25c NBW)⁶³⁵.

258. Een Nederlands paspoort zal ten gevolge van de niet-erkenning worden geweigerd⁶³⁶, waardoor het kind niet naar Nederland kan afreizen. Er zijn reeds uitspraken waarbij in een spoedprocedure de rechter in het belang van het kind aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken het bevel heeft gegeven om toch een reisdocument voor de reis naar Nederland te verschaffen, o.m. omwille van het gezinsleven, beschermd door artikel 8

⁶³¹ Zie I. CURRY-SUMNER en M. VONK, "National and International Surrogacy: An Odyssey" in B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2011, 278-279.

⁶³² Uitgebreid hierover: I. CURRY-SUMNER en M. VONK, "National and International Surrogacy: An Odyssey" in B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2011, 272-278; K.J. SAARLOOS en J.H. VAN BERKEL, "From Russia with love: ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming", *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2008, 117-124.

⁶³³ Zie Rb. Den Haag 13 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12313, waarin de rechtbank moest oordelen of een buitenlandse geboorteakte van een kind geboren na draagmoederschap in de Filippijnen en waarin de gehuwde wensvader als juridische vader stond vermeld na een vaderlijke erkenning ter plaatse, kon worden ingeschreven in de geboorteregisters van de gemeente 's-Gravenhage. Overeenkomstig artikel 1:204, eerste lid, e NBW is een erkenning door een gehuwde man nietig, tenzij kan worden aangetoond dat tussen man en kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. Dit was volgens de rechtbank voldoende aangetoond, waardoor de erkenning niet strijdig was met de Nederlandse openbare orde en de inschrijving werd bevolen.

⁶³⁴ Zie voor een genuanceerde visie hierop: K.J. SAARLOOS en J.H. VAN BERKEL, "From Russia with love: ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming", *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2008, (117) 122-123.

⁶³⁵ S.C.A VAN VLIJMEN en J.H. VAN DER TOL, "Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2012, (160) 162.

⁶³⁶ Zie Rb. Haarlem 28 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY4231.

EVRM, dat bestond tussen de wensouders en het kind⁶³⁷. Dit betekent niet dat deze procedure altijd zal slagen⁶³⁸.

Bovendien is daardoor de afstamming van het kind of zijn rechtmatig verblijf in Nederland nog niet geregeld. Het kind verblijft immers slechts op een tijdelijk reisdocument in Nederland en heeft bovendien geen burgerservicenummers, waardoor het kind niet op de zorgverzekering kan worden bijgeschreven en wensouders geen aanspraak kunnen maken op kinderbijslag, kinderopvangtoeslag of welke regeling dan ook⁶³⁹.

In een vonnis van de rechtbank te 's-Gravenhage oordeelde de rechtbank dat het bestaande gezinsleven tussen de wensvader, die tevens de biologische vader was, verantwoordde dat de man werd gelijkgesteld met een verwekker in plaats van met een donor, waardoor het mogelijk was dat zijn vaderschap gerechtelijk werd vastgesteld. De toestemming van de Indische draagmoeder en tevens juridische moeder werd vermoed⁶⁴⁰.

259. Net als in de Belgische situatie kan het ook zijn dat de wensouders pas met deze problematiek worden geconfronteerd wanneer zij reeds in Nederland zijn en het kind wensen aan te geven bij de ambtenaar Burgerzaken⁶⁴¹.

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

⁶³⁷ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 9 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BP3764; Voorzieningenrechter Rb. Haarlem 10 januari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP0426.

⁶³⁸ S.C.A VAN VLIJMEN en J.H. VAN DER TOL, "Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2012, (160) 163.

⁶³⁹ S.C.A VAN VLIJMEN en J.H. VAN DER TOL, "Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2012, (160) 163.

⁶⁴⁰ Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627.

⁶⁴¹ I. CURRY-SUMNER en M. VONK, "National and International Surrogacy: An Odyssey" in B. ATKIN (ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2011, (259) 270-271.

Het primaire verzoek van de wensouders aan de rechtbank betrof de verklaring om de buitenlandse geboorteakten voor recht te verklaren en ze in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand in te schrijven. In de VSA werden de familierechtelijke betrekkingen tussen de wensouders en de kinderen vastgesteld uit hoofde van afstamming, waardoor de toenmalige Wet conflictenrecht afstamming van toepassing was, en meer bepaald artikel 10. Deze bepaling stelt dat erkenning mogelijk is voor zover de vaststelling van de familierechtelijke betrekkingen is neergelegd in een door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte, er sprake is geweest van behoorlijke rechtspleging en ten slotte dat de erkenning niet strijdig is met de openbare orde. De discussie betrof dit laatste punt.

De rechtbank was van oordeel dat de inschrijving van de Amerikaanse geboorteakten, waarop geen gegevens van de (draag)moeder waren opgenomen, maakt dat de afstamming van een persoon wordt achtergehouden. De kinderen moeten de keuze worden gelaten om op latere leeftijd hun identiteit in te vullen zoals zij dat willen, waarvoor zij toegang dienen te hebben tot hun volledige afstammingsgegevens. Hierdoor was de inschrijving van de Amerikaanse geboorteakten volgens de rechtbank in strijd met de Nederlandse openbare orde.

Subsidiair vorderden de wensouders de erkenning van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zoals vastgesteld bij uitspraak van de Superior Court van Californië. Op de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen rechterlijke beslissingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld, was artikel 9 Wet conflictenrecht afstamming van toepassing. Dergelijke rechterlijke beslissingen werden overeenkomstig dit artikel erkend tenzij er voor de rechtsmacht van de rechter kennelijk onvoldoende aanknopingspunt bestond met de rechtssfeer van zijn land, aan die beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan of de erkenning van die beslissing kennelijk in strijd met de openbare orde zou zijn. Enkel dit laatste stond ter discussie.

Volgens de rechtbank was de erkenning van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de wensvader door de Superior Court wel degelijk in strijd met de openbare orde daar deze vaststelling tot stand kwam zonder dat de juridische moeder, nl. de draagmoeder op grond van het *Mater semper certa est*-principe, was komen vast te staan.

Hierdoor deed zich de situatie van artikel 1:25c NBW voor: bij gebrek aan geboorteakte kan op verzoek van het Openbaar Ministerie, van een belanghebbende of van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente 's-Gravenhage, de rechtbank Den Haag de voor het opmaken van een geboorteakte noodzakelijke gegevens vaststellen, indien die persoon rechtmatig verblijft op grond van artikel 8, onder c en d, van de Vreemdelingenwet 2000. De rechtbank hield de inhoudelijke beoordeling van dit verzoek, ingesteld door de wensouders, echter aan om de draagmoeder,

die naar Nederlands recht als de juridische moeder en op dit punt als belanghebbende diende te worden beschouwd, in de gelegenheid te stellen zich over het verzoek uit te laten⁶⁴².

Hoofdstuk 6. Oproep tot *lex specialis*

260. In 2011 vond een expertmeeting rond draagmoederschap plaats. Deskundigen, vanuit hun beroep betrokken bij de verschillende aspecten van draagmoederschap, stelden de vraag of de huidige wijze van overdracht van de juridische ouderschapsrelatie naar de wensouder(s) een niet te ingewikkeld juridisch traject is. Zij geven als mogelijke oplossing dat hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap in wet- en regelgeving wordt gereguleerd. Hierbij zouden de wensouders na het doorlopen van een procedure met terugwerkende kracht worden geacht de juridische ouders van het kind te zijn. Het 'Engelse model' zou hiervoor als inspiratie dienen⁶⁴³. Een systeem waarbij enkel commercieel draagmoederschap wordt verboden en er verder geen wettelijke regeling is, blijkt niet voor iedereen te volstaan. Bovendien is de werkwijze van ontheffing van het ouderlijk gezag, belasting met voogdij en daaropvolgende adoptie niet steeds succesvol⁶⁴⁴, wat leidt tot onnoemelijke spanningen voor wens- en draagouders⁶⁴⁵.

In de rechtsleer werden ook vragen gesteld bij de huidige werkwijze waarop de afstamming tot stand komt⁶⁴⁶. De roep om een *lex specialis* werd de laatste jaren steeds groter⁶⁴⁷. Het huidige systeem leidt immers tot rechtsonzekerheid: enerzijds omwille van het spanningsveld tussen de draagmoeder en de wensouders dat aanleiding kan geven tot conflicten, en dit terwijl het succesvol doorlopen van het hele proces de samenwerking van alle betrokkenen vraagt. Anderzijds is niet met zekerheid te voorspellen wat

⁶⁴² Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, FA RK 09-317, onuitg., aangehaald door K. BOELE-WOELKI, "Wie zijn de juridische ouders naar Nederlands recht bij een internationaal draagmoederschap?" in S. RUTTEN en K. SAARLOOS (eds.), *Van afstamming tot nationaliteit: opstellen aangeboden aan professor mr. G.R. de Groot ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht aan de Universiteit Maastricht*, Deventer, Kluwer, 2013, (9) 9. Voor een kritische opmerking, zie K.J. SAARLOOS, *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage*, Maastricht, Océ Business Services, 2010, 239.

⁶⁴³ Bijlage bij Kamerstukken (Tweede Kamer) 2009-2010, Brief van de minister van Justitie, 32123-XVI, nr. 30, 2-3.

⁶⁴⁴ *Supra* nr. 249; P. VLAARDINGERBROEK, "Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie", *Ars Aequi* 2003, (171) 174.

⁶⁴⁵ S.M. DERMOU, "De eerste logeerpartij: Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland", Proefschrift ter verkrijging van het doctoraat in de Medische Wetenschappen aan de Rijksuniversiteit Groningen, 2001, 240.

⁶⁴⁶ M. VAN DEN BERG en C. BUIJSSEN, "Hoogtechnologisch draagmoederschap. De techniek staat voor niets, nu het recht nog!", *Nederlands Juristenblad* 2004, (724) 726; J.M.T. VAN DEN HOEVEN-OUDE en J.K. MOLTMAKER, "Het afstammingsrecht in Nederland", *TPR* 1989, (1491) 1497.

⁶⁴⁷ S.C.A. VAN VLIJMEN en J.H. VAN DER TOL, "Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2012, (160) 163.

de rechter zal beslissen en rechterlijke tussenkomst is op verschillende cruciale punten vereist⁶⁴⁸.

Het blijft ook vreemd dat enerzijds het Planningsbesluit hoogtechnologisch draagmoederschap mogelijk maakt als een vorm van gedoogbeleid en anderzijds de wetgeving zich daaraan niet aanpast⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 77-78.

⁶⁴⁹ S.M. DERMOUT, "De eerste logeerpartij: Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland", Proefschrift ter verkrijging van het doctoraat in de Medische Wetenschappen aan de Rijksuniversiteit Groningen, 2001, 238.

Titel 18. Nieuw-Zeeland

261. In Nieuw-Zeeland zijn draagmoederschapsovereenkomsten toegelaten, maar niet afdwingbaar. Commercieel draagmoederschap is er door de *Human Assisted Reproductive Technology Act* (hierna: HART Act) verboden⁶⁵⁰.

Medisch begeleid altruïstisch draagmoederschap is wel toegelaten⁶⁵¹.

262. Het *Advisory Committee on Assisted Reproductive Technology* (hierna: ACART) heeft richtlijnen ontwikkeld, nl. *Guidelines on Surrogacy involving Assisted Reproductive Procedures*⁶⁵² (hierna: de Richtlijnen), voor het *Ethics Committee on Assisted Reproductive Technology* (hierna: ECART). Deze traden in werking op 16 december 2013.

Op grond van artikel 16 HART Act moet elke uitvoering van een begeleide voortplantingstechniek de toelating verkrijgen van het ECART. Het ACART heeft o.m. als taak om richtlijnen te ontwikkelen en het ECART te adviseren m.b.t. begeleide voortplantingstechnieken (art. 35 HART Act).

263. De Richtlijnen hebben enkel betrekking op hoogtechnologisch draagmoederschap waarbij minstens één van de wensouders de genetische ouder is (Richtlijn 2, (a), (i) en (ii)).

Enkel draagmoederschap als *ultimum remedium* komt in aanmerking (Richtlijn (b), (i)).

De betrokkenen moeten overlegd hebben over de dagelijkse zorg voor het kind, adoptie en contact. Elke betrokkene moet onafhankelijk medisch en juridisch advies hebben gekregen, alsook psychologische begeleiding (Richtlijn 2, (a), (iii)-(vi)).

ECART moet nog andere factoren in acht nemen die er voornamelijk op gericht zijn dat het welzijn van de betrokkenen en in bijzonder van het te verwekken kind wordt beschermd (Richtlijn 2, (c)).

Daarnaast moet steeds rekening worden gehouden met de algemene principes van de HART Act (Richtlijn 1).

264. Ondanks dit gezondheidsrechtelijke kader voor draagmoederschap is de afstammingswetgeving niet gewijzigd. De gemeenrechtelijke bepalingen

⁶⁵⁰ Art. 14 Human Assisted Reproductive Technology Act (nr. 92, 21 november 2004), i.w.tr. 22 augustus 2005, <http://www.legislation.govt.nz/>.

⁶⁵¹ Zie L. ANDERSON, J. SNELLING en H. TOMLINS-JAHNKE, "The practice of surrogacy in New Zealand", *Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology* 2012, 253-257.

⁶⁵² ADVISORY COMMITTEE ON ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, *Guidelines on Surrogacy involving Assisted Reproductive Procedures*, 12 december 2013, www.acart.health.govt.nz, 5 p. Voorheen waren de *Guidelines on Surrogacy Arrangements involving Providers of Fertility Services* van 22 november 2007 van kracht.

zijn van toepassing. Dit betekent dat de draagmoeder de juridische moeder zal zijn aangezien zij van het kind is bevallen. Haar echtgenoot wordt vermoed de juridische vader te zijn (art. 5, (1) *Status of Children Act 1969*⁶⁵³). Dit vermoeden is echter weerlegbaar. Wanneer de draagmoeder en wensvader in aanwezigheid van een advocaat een document ondertekenen waarin laatstgenoemde erkent de vader van het kind te zijn, kan dit document dienen als een *prima facie* bewijs dat de wensvader de vader van het kind is (art. 8, (2) *Status of Children Act 1969*).

Werd de draagmoeder zwanger door een begeleide voortplantingstechniek waarbij de zaadcellen van de wensvader of een derde werden gebruikt en gaf de partner van de draagmoeder daartoe zijn toestemming, dan zal deze partner de juridische ouder zijn van het kind (art. 18 *Status of Children Act 1969*). In het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap, waarbij de eicel afkomstig is van een andere vrouw dan de draagmoeder, zal deze andere vrouw, bv. de wensmoeder, in geen geval worden erkend als de juridische moeder van het kind (art. 20 *Status of Children Act 1969*).

265. Dit impliceert dat de wensouders slechts zeer uitzonderlijk een juridische band met het kind zullen hebben. Zij zijn aangewezen op adoptie om deze band alsnog te verkrijgen. De bepalingen van de *Adoption Act 1955*⁶⁵⁴ moeten worden nageleefd. De voornaamste overweging is daarbij het welzijn van het kind. De bepalingen van de adoptiewetgeving zijn echter niet aangepast aan draagmoederschap.

De New Zealand Law Commission stelt dat de huidige adoptieprocedure inadequaat is voor gevallen van draagmoederschap waarbij minstens één van de wensouders de genetische ouder is: de wensouders worden gescreend, ongeacht hun genetische verwantschap met het kind; de adoptie krijgt pas uitwerking na de geboorte van het kind; door wetgeving is het niet eenvoudig voor de wensouders om onmiddellijk na de geboorte de zorg voor het kind op te nemen en de betaling van wensouders en draagmoeders is niet toegelaten. De wet zou moeten zorgen voor een preconceptieve en prenatale zekerheid⁶⁵⁵.

Uit de rechtspraak blijkt weliswaar dat deze adoptie wordt uitgesproken, maar niet zonder problemen (bv. inzake de betalingen aan de draagmoeder of een eerdere afwijzing als geschikte kandidaat-adoptanten)⁶⁵⁶.

266. Nieuw-Zeeland werd reeds meerdere malen geconfronteerd met draagmoederschapstoerisme. Nieuw-Zeelanders die, na beroep te hebben

⁶⁵³ *Status of Children Act 1969* (nr. 18, 22 augustus 1969), i.w.tr. 1 januari 1970, <http://www.legislation.govt.nz/>.

⁶⁵⁴ *Adoption Act 1955* (nr. 93, 27 oktober 1955), i.w.tr. 27 oktober 1955, <http://www.legislation.govt.nz/>.

⁶⁵⁵ NEW ZEALAND LAW COMMISSION, *New Issues in Legal Parenthood*, Report 88, Wellington, april 2005, 83, nr. 7.28.

⁶⁵⁶ Zie de rechtspraak aangehaald in C. ACHMAD, "New Zealand" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (295) 303-304.

gedaan op draagmoederschap in het buitenland, met het kind wensen terug te keren naar hun thuisland, dienen het kind te adopteren. Uit de rechtspraak blijkt dat telkens een interne adoptieprocedure werd toegepast en de adoptie werd uitgesproken⁶⁵⁷.

Child, Youth and Family, Department of Internal Affairs and Immigration New Zealand, stelde een informatief document op, nl. de *International Surrogacy Information Sheet*⁶⁵⁸. Er wordt daarin gewezen op een aantal kwesties waarmee de burgers die internationaal draagmoederschap overwegen, rekening moeten houden.

267. Volgens de New Zealand Law Commission is er een dringende noodzaak aan het ontwerpen van een wetgevend kader voor de vaststelling van ouderschap na draagmoederschap, waarbij rechtszekerheid en de belangen van de betrokkenen dienen voorop te staan⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Zie de rechtspraak aangehaald in C. ACHMAD, "New Zealand" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (295) 306-309.

⁶⁵⁸ <http://www.cyf.govt.nz/documents/adoption/is-information-sheet-june2011.pdf>

⁶⁵⁹ NEW ZEALAND LAW COMMISSION, *New Issues in Legal Parenthood*, Report 88, Wellington, april 2005, 89-90, nrs. 7.57 *et seq.*

Titel 19. Noorwegen

268. Op grond van artikel 2, tweede lid van *The Children Act* van 8 april 1981⁶⁶⁰ is de draagmoederschapsovereenkomst niet bindend⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Act relating to Children and Parents (nr. 7, 8 April 1981), <http://www.regjeringen.no/en/>.

⁶⁶¹ Voor meer informatie zie J. ASLAND, "Norvège" in F. MONÉGER (ed.), *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood* in *Collection Colloques*, vol. 14, Parijs, Société de législation comparée, 2011, 201-204.

Titel 20. Oekraïne

269. Artikel 123, tweede lid Oekraïens Familiewetboek⁶⁶² bepaalt dat '*If an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child*'. Een rechterlijke tussenkomst is niet vereist en commercieel draagmoederschap verhindert de toepassing niet. Laagtechnologisch draagmoederschap is niet geregeld. Enkel heteroseksueel, gehuwde wensouders van verschillend geslacht komen voor deze wettelijke regeling in aanmerking⁶⁶³. Paren van hetzelfde geslacht of alleenstaanden vallen niet onder het toepassingsgebied.

De wettelijke regeling van draagmoederschap wordt verder gevormd door bepalingen uit het Oekraïens Burgerlijk Wetboek en een aantal ministeriële decreten⁶⁶⁴.

⁶⁶² Familiewetboek (1 januari 2003), i.w.tr. 1 januari 2003, te raadplegen op <http://www.refworld.org/docid/4c4575d92.html>.

⁶⁶³ Het artikel is enkel van toepassing op 'spouses' of echtgenoten en in Oekraïne is enkel een huwelijk tussen man en vrouw mogelijk (art. 21, eerste lid Oekraïens Familiewetboek).

⁶⁶⁴ Voor een uitgebreide analyse van deze wettelijke regeling, zie Ch.P. Jr. KINDREGAN en D. WHITE, "International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-border Commercial Surrogacy Arrangements", *Suffolk Transnational Law Review* 2013, (527) 604-619; K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 155-166 en G. DUZENKO, "Ukraine" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 357-365. Zie ook K. SVITNEV, "Legal control of surrogacy – international perspectives" in J.G. SCHENKER (ed.), *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies*, Berlijn, De Gruyter, 2011, (149) 160.

Titel 21. Oostenrijk

270. In Oostenrijk is draagmoederschap verboden. Dit volgt uit artikel 3 *Fortpflanzungsmedizingesetz*⁶⁶⁵, aangezien enkel ei- of zaadcellen van het wenspaar mogen worden gebruikt. Eiceldonatie is strikt verboden. Spermadonatie is uitzonderlijk mogelijk, maar deze uitzondering is niet van toepassing in het raam van draagmoederschap.

271. Op grond van artikel 879, (2) *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna: ABGB) is de draagmoederschapsovereenkomst nietig en niet afdwingbaar.

272. De draagmoeder zal op grond van artikel 137b ABGB de juridische moeder zijn.

273. Het Oostenrijkse Grondwettelijk Hof erkende tot tweemaal toe dat de genetische wensouders die in Georgia (VSA), respectievelijk in Oekraïne, door middel van hoogtechnologisch, commercieel draagmoederschap een kind, respectievelijk kinderen hadden gekregen, de juridische ouders ervan waren⁶⁶⁶. Dit is een verrassend oordeel gelet op het uitdrukkelijke verbod op draagmoederschap en het principiële juridische moederschap van de vrouw die bevalt van het kind.

⁶⁶⁵ Fortpflanzungsmedizingesetz, *BGBI.* Nr. 275/1992, i.w.tr. 1 juli 1992.

⁶⁶⁶ VerFGH 11 oktober 2012, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2013, 1494; VerFGH 14 december 2011, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2012, 65; B. LURGER, "Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischen Leihmutterschaftsverbot" (noot onder VfGH 14 december 2011 en VfGH 11 oktober 2012), *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2013, 282-289.

Titel 22. Portugal

274. Artikel 8 van de wet van 26 juli 2006 betreffende medisch begeleide voortplanting⁶⁶⁷ bepaalt dat alle draagmoederschapsovereenkomsten, altruïstisch of commercieel, nietig zijn. Artikel 39 bepaalt strafsancties voor commercieel draagmoederschap.

275. De vraag aan het Portugese Grondwettelijk Hof om deze wet ongrondwettelijk te verklaren, o.m. omdat enkel commercieel, en niet altruïstisch draagmoederschap werd gecriminaliseerd, werd afgewezen. Het Hof vond het niet noodzakelijk dat in beide gevallen strafrecht werd aangewend⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ Lei Procriação medicamente assistida (Nr. 32/2006, 26 juli 2006), *Diário da República Eletrónico*, série I, nr. 143, 5.245.

⁶⁶⁸ Tribunal Constitucional de Portugal, 3 maart 2009, Acórdão nr. 101/2009, Processo nr. 963/06, <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Zie V.L. RAPOSO, "Assisted reproduction, Two models of regulation: Portugal vs. Spain", *Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida* 2012, (35) 41.

Titel 23. Rusland

276. Artikel 51, vierde lid Russisch Familiewetboek⁶⁶⁹ bepaalt dat gehuwde personen die hun schriftelijke toestemming hebben gegeven tot de inplanting van een embryo in een andere vrouw om het te dragen, kunnen worden geregistreerd als de ouders van het kind, mits toestemming van de vrouw die van het kind bevallen is (de draagmoeder)⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ Familiewetboek (nr. 223-FZ, 8 december 1995), i.w.tr. 29 december 1995, te raadplegen op <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>.

⁶⁷⁰ Zie L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 333-338; O. BREDNIKOVA, N. NARTOVA en O. TKACH, "Assisted reproduction in Russia: legal regulations and public debates" in W. DE JONG en O. TKACH (eds.), *Making Bodies, Persons and Families: Normalising Reproductive Technologies in Russia, Switzerland and Germany*, Lit Verlag, Zürich, 2009, (43) 50-52; M. ANTOKOLSKAYA, "Draagmoederschap naar Russisch recht" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 1999, 127-156.

Titel 24. Slovenië

277. In Slovenië wordt medisch begeleide voortplanting m.o.o. de verwezenlijking van draagmoederschapsovereenkomsten verboden door de *Infertility Treatment and Procedures of Biomedically Assisted Procreation Act*⁶⁷¹.

⁶⁷¹ Law on Infertility Treatment and Bio-Medically Assisted Procreation, *Official Gazette of the Republic of Slovenia* (nr. 70/00), i.w.tr. 28 juli 2000, <http://www.uradni-list.si/>; D. MICKOVIK en K. KOCHKOVSKA, "Biomedically Assisted Reproduction in the Republic of Slovenia and the Republic of Macedonia", *Iustinianus Primus Law Review* 2013, afl. 7, 16-17.

Titel 25. Spanje

278. Artikel 10 van de wet van 22 november 1998 betreffende begeleide voortplantingstechnieken⁶⁷² bepaalde de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst.

Inmiddels is nieuwe wetgeving van kracht, maar de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst werd behouden (art. 10 van de wet van 26 mei 2006 betreffende begeleide technieken van menselijke voortplanting)⁶⁷³.

279. Draagmoederschap is in Spanje echter niet strafrechtelijk maar enkel administratief verboden⁶⁷⁴.

⁶⁷² Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (22 november 1988, nr. 35/1998), *Bolétin Oficial del Estado* 24 november 1988, nr. 282, 33.373.

⁶⁷³ Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (26 mei 2006, nr. 14/2006), *Boletín Oficial del Estado* 27 mei 2006, nr. 126, 19.947, i.w.tr. 28 mei 2006.

⁶⁷⁴ Zie V.L. RAPOSO, "Assisted reproduction, Two models of regulation: Portugal vs. Spain", *Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida* 2012, (35) 41. Voor een bespreking van de Spaanse problemen van internationaalprivaatrechtelijke aard na draagmoederschapstoerisme, zie: Y. VELARDE D'AMIL, "Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en al registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución", *Revista sobre la infancia y la adolescencia* 2012, 31-70; A.-L. CALVO CARAVACA en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2011, 247-262; A.-L. CALVO CARAVACA en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", *Duadernos de Derecho Transnacional* 2009, 294-319.

Titel 26. Turkije

280. Sinds 1987 is in Turkije draagmoederschap verboden door wetgeving op medisch begeleide voortplanting⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ By-Law on Centres for Assisted Procreation (21 augustus 1987), *Official Gazette* nr. 19551, www.resmigazete.gov.tr/. Deze wet werd opgeheven ten gevolge van de invoering van nieuwe wetgeving: Legislation Concerning Assisted Reproduction Treatment Practices and Centres (6 maart 2010), *Official Gazette* nr. 27513, www.resmigazete.gov.tr/. Zie Z.B. GÜRTIN, "Banning Reproductive Travel: Turkey's ART legislation and third-party assisted reproduction", *Reproductive BioMedicine Online* 2011, 555-564; B. URMAN en K. YAKIN, "New Turkish legislation on assisted reproductive techniques and centres: a step in the right direction?", *Reproductive BioMedicine Online* 2010, 729-731.

Titel 27. Turkmenistan

281. Draagmoederschap valt in Turkmenistan onder het misdrijf mensenhandel (art. 5, tweede lid Wet ter bestrijding van mensenhandel⁶⁷⁶).

⁶⁷⁶ Law of Turkmenistan on Combating Trafficking in Persons. Zie Organization for Security and Co-operation in Europe en Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Comments on the Law of Turkmenistan on Combating Trafficking in Persons: Based on an Inofficial English Translation of the Law Provided by the OSCE Centre in Ashgabat*, Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2010, 23 p.

Titel 28. Verenigd Koninkrijk

Hoofdstuk 1. Inleiding

282. Het Verenigd Koninkrijk bestaat uit drie jurisdicties: Engeland en Wales, Schotland en Noord-Ierland. Elke jurisdictie heeft een eigen familierechtelijk systeem. Niettemin is de wetgeving inzake draagmoederschap in grote mate gelijklopend en is deze slechts verschillend op juridisch-technische of terminologische vlakken⁶⁷⁷.

De hierna besproken wetgeving en rechtspraak betreft de regeling zoals zij bestaat in Engeland en Wales, de grootste jurisdictie. Relevante verschillen met Schotland en Noord-Ierland worden waar nodig vermeld.

Deze wetgeving bestaat hoofdzakelijk uit de *Surrogacy Arrangements Act* van 1985 (hierna SAA)⁶⁷⁸, de *Human Fertilisation and Embryology Act* van 1990 (hierna HFEA 1990)⁶⁷⁹ en de *Human Fertilisation and Embryology Act* van 2008 (HFEA 2008)⁶⁸⁰. Deze laatste twee wetten zijn gericht op medisch begeleide voortplanting in het algemeen. De HFEA 1990 en 2008 geven een belangrijke rol aan de *Human Fertilisation and Embryology Authority*, die een *Code of Practice* heeft opgesteld die moet worden gevolgd door alle vergunninghoudende centra die door de HFEA 1990 en 2008 geregelde voortplantingstechnieken willen toepassen⁶⁸¹. Deze *Code* bevat ook richtlijnen inzake draagmoederschap. De bepalingen van deze wetten en de *Code of Practice* m.b.t. draagmoederschap worden verder geanalyseerd en geëvalueerd.

283. Naast de Human Fertilisation and Embryology Authority dient ook rekening te worden gehouden met de *British Medical Association* (hierna BMA), de medische beroepsorganisatie. In de voorbije decennia vaardigde de BMA verschillende jaarrapporten uit waarin het een standpunt innam t.a.v.

⁶⁷⁷ Over de gevolgen van deze bevoegdheidsverdeling op het vlak van geboorteregistratie van een kind t.a.v. wie een *parental order* werd opgemaakt: E. BLYTH, "Parental Orders and identity registration: one country three systems", *Journal of Social Welfare and Family Law* 2010, 345-352.

⁶⁷⁸ An Act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers (nr. 49, 16 juli 1985), www.legislation.gov.uk.

⁶⁷⁹ An Act to make provision in connection with human embryos and any subsequent development of such embryos; to prohibit certain practices in connection with embryos and gametes; to establish a Human Fertilisation and Embryology Authority; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and to amend the Surrogacy Arrangements Act 1985 (nr. 37, 1 november 1990), www.legislation.gov.uk.

⁶⁸⁰ An Act to amend the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 and the Surrogacy Arrangements Act 1985; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and for connected purposes (nr. 22, 13 november 2008), www.legislation.gov.uk. De HFEA 2008 wijzigt enerzijds de HFEA 1990 en anderzijds voert ze nieuwe bepalingen in. Bijgevolg zal soms worden verwezen naar de ene, dan wel de andere wetgeving.

⁶⁸¹ http://www.hfea.gov.uk/docs/8th_Code_of_Practice.pdf.

draagmoederschap. Dit standpunt evolueerde van restrictief naar eerder permissief.

Aanvankelijk werden artsen afgeraden mee te werken aan een geval van draagmoederschap, wegens het onethische karakter. Wel werd duidelijk gesteld dat de artsen nog steeds zorgen moesten verlenen aan vrouwen die zwanger waren ten gevolge van een draagmoederschapsovereenkomsten. Zij mochten dus hun dienstverlening niet weigeren⁶⁸².

Enkele jaren later werd draagmoederschap echter aanvaard als een oplossing voor kinderloosheid, maar het kon enkel worden aangewend als een laatste redmiddel en voor zover het welzijn van het kind behoorlijk zou worden beschermd. De BMA gaf de artsen enkele richtlijnen mee, waarvan de opmerkelijkste zijn dat de BMA het beter achtte dat de draagmoeder en wensouders niet op de hoogte waren van elkaars identiteit, dat de draagmoeder best reeds een kind en een partner had en dat de arts slechts mocht deelnemen aan het proces wanneer hij er zich van verzekerd had dat de voorzienbare risico's aanvaardbaar waren voor alle betrokken partijen⁶⁸³.

In 1996 vaardigde de BMA een nieuwe richtlijn uit waarbij het draagmoederschap beschouwde als een aanvaardbare optie wanneer het onmogelijk is of hoogst onwenselijk omwille van medische redenen dat de wensmoeder zelf het kind draagt. Het veranderde ook zijn positie inzake anonimiteit: het neemt nu aan dat het beter is dat de draagmoeder contact heeft met de wensouders⁶⁸⁴.

In 2012 stelde de BMA in *'Medical Ethics Today'* dat medische beroepsbeoefenaars die worden benaderd door mensen die zelfinseminatie overwegen, deze personen moeten aanmoedigen om de problemen en gevolgen zeer voorzichtig te overwegen en dat zij er zeker van moeten zijn dat deze personen weten hoe zij accurate informatie over de medische, psychologische, emotionele en juridische aspecten van draagmoederschap moeten verkrijgen. De beroepsbeoefenaars moeten de betrokkenen ook aanmoedigen om begeleiding te krijgen en zich te laten testen voor overdraagbare ziekten. De verantwoordelijkheid van fertiliteitscentra bij hoogtechnologisch draagmoederschap is groter. Zij moeten ervoor zorgen dat redelijke stappen werden ondernomen om er zeker van te zijn dat alle relevante aspecten zorgvuldig werden overwogen. De behandeling kan enkel plaatsvinden in klinieken vergund door de Human Fertilisation and Embryology Authority en in overeenstemming met de *Code of Practice*.

⁶⁸² BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Annual report of council 1987-88*, 31, nr. 40.17.

⁶⁸³ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Annual report of council 1989-90*, Appendix 5.

⁶⁸⁴ N. CRAFT, "BMA issues new guidance on surrogacy", *British Medical Journal* 1996, 312.

Hoofdstuk 2. Strafrechtelijk verbod op commercieel draagmoederschap

284. In 1982 werd het *Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* opgericht, dat de technieken van IVF en embryologie diende te onderzoeken. Het doel was om principes te ontwikkelen voor de regeling ervan. Dit was een reactie op de snelheid waarmee deze technologieën groeiden, alsook op de geboorte van Louise Brown, de eerste Britse proefbuisbaby. Het comité werd door Mary Warnock, een filosofe, voorgezeten en wordt daarom ook wel het *Warnock Committee* genoemd⁶⁸⁵. Het comité boog zich ook over (rechts)vragen rond draagmoederschap.

In het *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* of het *Warnock-rapport*, dat in 1984 werd uitgevaardigd, weegt het comité de voor- en tegenargumenten van draagmoederschap tegen elkaar af⁶⁸⁶. Er werden ook enkele aanbevelingen geformuleerd: de meerderheid⁶⁸⁷ raadde een wijziging van de strafwet aan, zodanig dat de oprichting en werking in het Verenigd Koninkrijk van agentschappen die tot doel hebben om vrouwen aan te werven voor draagmoederschap of het maken van overeenkomsten voor individuen of paren die beroep willen doen op een draagmoeder, strafbaar zou zijn. Deze strafbaarstelling zou zowel op profit- als non-profitorganisaties van toepassing moeten zijn⁶⁸⁸. Een andere aanbeveling betrof het invoeren van een wettelijke bepaling die uitdrukkelijk stelt dat draagmoederschapsovereenkomsten illegale contracten zijn en bijgevolg niet afdwingbaar zijn⁶⁸⁹.

285. Een jaar later deed zich de beroemde *Kim Cotton*-zaak voor, het eerste bekende geval van draagmoederschap in het Verenigd Koninkrijk. Cotton was een draagmoeder voor een Amerikaans wenspaar en had zich tegen betaling kunstmatig laten insemineren met zaadcellen van de wensvader. De partijen waren overeengekomen dat de draagmoeder het kind na de geboorte zou overdragen, maar dit werd door de Britse autoriteiten verhinderd omwille van het commerciële draagmoederschap. Uiteindelijk kregen de wensouders het ouderlijk gezag over het kind⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵ Voor meer informatie, zie <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>.

⁶⁸⁶ M. WARNOCK, *A Question of Life, The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Blackwell Publishers, 1985, 44-46, nrs. 8.10-8.16.

⁶⁸⁷ Voor afwijkende standpunten van W. GREENGROSS en D. DAVIES: M. WARNOCK, *A Question of Life, The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Blackwell Publishers, 1985, 87-89.

⁶⁸⁸ M. WARNOCK, *A Question of Life, The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Blackwell Publishers, 1985, 47, nr. 8.18.

⁶⁸⁹ M. WARNOCK, *A Question of Life, The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Blackwell Publishers, 1985, 47, nr. 8.19.

⁶⁹⁰ X, "U.K. Judge awards custody of baby girl to U.S. Couple", *Globe and Mail* 15 januari 1985; X, "Couple in 'Rent-a-Womb' Controversy Receive Baby", *Los Angeles Times* 14 januari 1985; X, "Surrogate Baby in Court Custody", *Boston Globe* 10 januari 1985; M. GETLER, "British Judge Holds Fate of Baby Born to Surrogate", *Washington Post* 10 januari 1985; X, "Court Bars Commercial Surrogate Mother From Giving Child to 'Parents'", *AP Online* 5 januari 1985.

286. Naar aanleiding van deze zaak stelde de Britse overheid dat zij zou optreden tegen commercieel draagmoederschap⁶⁹¹. De overheid hield woord en in 1985 werd de SAA 1985 uitgevaardigd. De SAA 1985 werd nadien gewijzigd door de HFEA 1990⁶⁹².

De SAA 1985 geeft een definitie van een draagmoeder, nl. een vrouw die een kind draagt in navolging van een overeenkomst, aangegaan voor ze het kind begon te dragen en met het oog op overdracht van het kind aan, en opname van het ouderlijk gezag⁶⁹³ door een andere persoon of personen (art. 1, tweede lid SAA 1985). Een overeenkomst is een draagmoederschapsovereenkomst, wanneer de vrouw die er zich toe verbindt om het kind te dragen kan worden aangemerkt als een draagmoeder (art. 1, derde lid SAA 1985).

De wet volgt slechts gedeeltelijk de aanbeveling van het Warnock Committee. Zo is het in het Verenigd Koninkrijk verboden om op commerciële basis, wat een betaling veronderstelt (art. 2, derde lid *j*^o art. 1, achtste lid SAA 1985), onderhandelingen te starten of daaraan deel te nemen met het oog op het opstellen van een draagmoederschapsovereenkomst, aan te bieden of te aanvaarden om te onderhandelen over een draagmoederschapsovereenkomst of informatie te verzamelen met het oog op het gebruik ervan bij het opstellen of onderhandelen van draagmoederschapsovereenkomsten (art. 2, eerste lid SAA 1985). Dit misdrijf kan worden gepleegd door zowel natuurlijke personen als rechtspersonen (art. 2, vijfde lid SAA 1985).

Het is echter niet strafbaar voor wensouders en draagmoeders om deze feiten te plegen (art. 2, tweede lid SAA 1985). Dit werd ook voorgesteld in het Warnock-rapport om te vermijden dat kinderen worden geboren uit moeders die zich in de illegaliteit bevinden⁶⁹⁴.

De SAA 1985 maakt verder ook het reclame maken voor draagmoederschapsovereenkomsten illegaal (art. 3 SAA 1985).

287. Niet-commerciële groepen die draagmoederschapsovereenkomsten begeleiden, vallen niet langer onder het toepassingsgebied van deze strafbaarstellingen, in tegenstelling tot wat het Warnock-committee voorstelde (art. 59 HFEA 2008)⁶⁹⁵. Dit betekent niet dat overeenkomsten

⁶⁹¹ R. DEECH, "The Legal Regulation of Infertility Treatment in Britain" in S.N. KATZ, J. EEKELAAR en M. MACLEAN (eds.), *Cross Currents: Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, Oxford University Press, 2000, (165) 185; X, "Britain Will Seek a Ban on Surrogate Motherhood", *Philadelphia Inquirer* 9 maart 1985; X, "Couple in 'Rent-a-Womb' Controversy Receive Baby", *Los Angeles Times* 14 januari 1985.

⁶⁹² *Infra* nr. 290 *et seq.*

⁶⁹³ De Schotse bepaling vermeldt 'het uitoefenen van de ouderlijke rechten'.

⁶⁹⁴ M. WARNOCK, *A Question of Life, The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford, Blackwell Publishers, 1985, 47, nr. 8.19.

⁶⁹⁵ K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commerciële draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 245; J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 385.

afgesloten door de draagmoeder, wensouders en niet-commerciële agentschappen afdwingbaar zijn. Ten gevolge van de invoering van artikel 1A in de SAA 1985⁶⁹⁶, blijft elke draagmoederschapsovereenkomst in het algemeen niet afdwingbaar⁶⁹⁷.

Voorbeelden van dergelijke organisaties zijn *Childlessness Overcome Through Surrogacy (COTS)*⁶⁹⁸ en *Surrogacy UK*⁶⁹⁹. In *Re G* sprak rechter McFarlane zich uit over de werking van dergelijke draagmoederschapsagentschappen en in het bijzonder over COTS. De rechter vroeg zich af of enige inspectie of autorisatie vereist zou moeten zijn om zo de kwaliteit van het advies dat deze organisatie geeft aan wensouders te verbeteren. Gelet op het belang van de gevolgen van het creëren van een leven op deze manier, is het twijfelachtig of de organisatie van draagmoederschapsregelingen zou moeten worden overgelaten aan groepen van goedbedoelende amateurs⁷⁰⁰.

288. Hoewel commercieel draagmoederschap verboden is, is het volgens HERRING echter zo dat in werkelijkheid in de meeste gevallen betalingen worden gedaan van bedragen tussen £10.000 tot £15.000⁷⁰¹.

289. Er zijn geen voorbeelden te vinden van vervolgingen op grond van de SAA 1985⁷⁰².

290. De SAA 1985 bleek geen weloverwogen antwoord op het Warnock-rapport te zijn. De wet vormde een paniecreactie op *Baby Cotton*, wat ook aan de inhoud te merken is⁷⁰³.

ANDERSON klaagt de onafdwingbaarheid van draagmoederschapsovereenkomsten aan. De partijen lopen op deze manier risico's en bevinden zich in een precaire situatie. De onafdwingbaarheid werd ingevoerd als middel voor een ontmoedigingsbeleid tegen draagmoederschap en niet om de draagmoeder de mogelijkheid te geven zich te bedenken⁷⁰⁴.

⁶⁹⁶ Art. 36, (1) HFEA 1990.

⁶⁹⁷ J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 385.

⁶⁹⁸ Voor meer informatie, zie http://www.surrogacy.org.uk/About_COTS.htm. Over de rol die COTS speelt bij draagmoederschap: G. DODD, "Surrogacy and the Law in Britain: Users' Perspectives" in R. COOK en S.H. SCLATER (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 113-120.

⁶⁹⁹ Voor meer informatie, zie <http://www.surrogacyuk.org/>.

⁷⁰⁰ *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam), [2008] 1 F.L.R. 1047 (28 november 2007), nr. 29.

⁷⁰¹ J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 385.

⁷⁰² K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2012, 245-246.

⁷⁰³ Ph. ANDERSON, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?", *King's Student Law Review* 2010, (37) 41; A. HEIDA, "De Engelse wet betreffende draagmoederregelingen", *Nederlands Juristenblad* 1987, (12) 13. Zie ook D. MORGAN, "Who to Be or Not to Be: The Surrogacy Story", *The Modern Law Review* 1986, (358) 363.

⁷⁰⁴ Ph. ANDERSON, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?", *King's Student Law Review* 2010, (37) 42.

Bovendien bleek de wet ook niet in staat betalingen aan draagmoeders te verhinderen⁷⁰⁵. Het doel van de SAA 1985 blijkt bijgevolg niet bereikt te zijn.

291. In 1997 werden professoren uit verschillende vakgebieden verzocht om bepaalde aspecten van de wetgeving en praktijk van draagmoederschapsregelingen te onderzoeken en te beoordelen⁷⁰⁶. De voorzitter was Margaret Brazier. In 1998 vaardigde dit *review team* een rapport uit met als titel '*Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation*', ook wel het *Brazier-rapport* genoemd⁷⁰⁷.

In dit rapport werden aanbevelingen geformuleerd die voornamelijk betrekking hadden op betalingen aan de draagmoeder, die enkel werkelijke kosten zouden mogen betreffen en waarbij in de wetgeving een definitie zou moeten worden gegeven van deze kosten.

Geen van de aanbevelingen werd uiteindelijk wet, ook niet bij de wijziging van de HFEA 1990 door de HFEA 2008⁷⁰⁸.

Hoofdstuk 3. Toepassingsvoorwaarden

292. Sinds 1 augustus 1991 is door de invoering van de HFEA 1990 de opslag en het gebruik van gameten of embryo's slechts mogelijk door vergunninghoudende centra. De creatie van een embryo buiten het lichaam kan slechts door een instelling met een vergunning (art. 3 en 4 HFEA 1990). Deze vergunning wordt verleend door de Human Fertilisation and Embryology Authority (art. 11 HFEA 1990).

Dit betekent dat hoogtechnologisch draagmoederschap enkel kan worden uitgevoerd in een kliniek met een vergunning. Technieken die geen creatie van een embryo buiten het lichaam of de opslag van gameten veronderstellen kunnen worden uitgevoerd zonder vergunning. Zelfinseminatie is met andere woorden niet verboden door de wet⁷⁰⁹. Laagtechnologisch draagmoederschap zonder tussenkomst van een arts blijft ook mogelijk en is evenmin verboden.

⁷⁰⁵ E. JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 283.

⁷⁰⁶ M. BRAZIER, A. CAMPBELL en S. GOLOMBOK, *Surrogacy: Review for health ministers of current arrangements for payments and regulation. Report of the review team*, 1998, <http://www.dh.gov.uk>, voorwoord.

⁷⁰⁷ Voor een bespreking van dit rapport, zie: K. HORSEY en S. SHELDON, "Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy", *Medical Law Review* 2012, 67-89; J. WALLBANK, "Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child", *Medical Law Review* 2002, 271-294.

⁷⁰⁸ K. HORSEY en S. SHELDON, "Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy", *Medical Law Review* 2012, (67) 67.

⁷⁰⁹ J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 366.

Volgens een overzicht uitgegeven door de Human Fertilisation and Embryology Authority wordt de mogelijkheid tot laagtechnologisch draagmoederschap door 25 fertiliteitsklinieken aangeboden en hoogtechnologisch draagmoederschap door 36 klinieken. In 21 klinieken zijn beide vormen mogelijk⁷¹⁰.

293. De fertiliteitsklinieken moeten de *Code of Practice* van de Human Fertilisation and Embryology Authority naleven. Dit reglement werd voor het eerst gepubliceerd in 2009, waarvan Hoofdstuk 14 inzake draagmoederschap laatst werd gewijzigd in april 2010⁷¹¹.

De *Code* heeft tot doel om aan de centra richtlijnen over de uitvoering van hun activiteiten te geven (art. 25 HFEA 1990), waardoor de Authority een bewaker wordt van een aantal gemeenschappelijke principes in de praktijk⁷¹².

294. De HFEA 1990 en 2008 bevatten geen specifieke toepassingsvoorwaarden voor draagmoederschap. BRAZIER stelt zich hierbij vragen: volgens deze auteur werd de meest gevaarlijke infertiliteitsactiviteit het minst geregeld⁷¹³.

De regels voor de technieken die wel worden geregeld, moeten weliswaar worden nageleefd. Zo zullen wensouders die hun gameten leveren in het raam van draagmoederschap, zich moeten registreren als donoren en zullen zij bijgevolg ook moeten worden gescreend en worden onderworpen aan andere vereisten voor donoren, zoals toestemming, begeleiding en informatieverplichtingen (art. 13 HFEA 1990).

In zijn richtlijnen 14.1 t.e.m. 14.3 raadt de Authority de centra aan om de betrokkenen bij draagmoederschap niet enkel informatie te geven over de gametendonatie maar ook over de gevolgen van de bepalingen inzake *parental orders* in de HFEA 2008, alsook dienen de centra de partijen in te lichten dat de draagmoederschapsovereenkomsten niet afdwingbaar zijn en dat de betrokkenen best juridisch advies inwinnen. Ten slotte dient het centrum de patiënten die naar het buitenland zouden willen reizen om daar een draagmoederschapsovereenkomst af te sluiten, af te raden dit te doen zolang zij geen juridisch advies hebben ingewonnen over het juridisch ouderschap van het kind en procedures inzake *parental orders* in dat land. De Authority legt ook een specifieke procedure op om de vereiste toestemmingen van de betrokkenen te verkrijgen (richtlijn nr. 6.8 t.e.m. 6.13).

⁷¹⁰ Voor meer informatie, zie <http://www.hfea.gov.uk>. Op dezelfde website is het aantal behandelingen tussen 2007 en 2012 terug te vinden.

⁷¹¹ Voor meer informatie, zie <http://www.hfea.gov.uk>.

⁷¹² C.M. CAMPBELL, "The role of the Human Fertilisation and Embryology Authority", *Current Obstetrics and Gynaecology* 1992, (235) 236.

⁷¹³ M. BRAZIER, "Regulating the Reproduction Business?", *Medical Law Review* 1999, (166) 181.

295. Artikel 13, vijfde lid HFEA 1990, gewijzigd door de HFEA 2008, bepaalt dat “a woman shall not be provided with treatment services, other than basic partner treatment services, unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth”. Dit wordt het ‘*welfare-principle*’ genoemd. De fertiliteitscentra moeten bijgevolg een onderzoek voeren naar het welzijn van het kind⁷¹⁴. De *Code of Practice* bepaalt dat dit bij draagmoederschap inhoudt dat de wensouders alsook de draagmoeder en haar eventuele partner moeten worden onderzocht (richtlijn nr. 8.4).

De centra dienen daarbij rekening te houden met verschillende factoren (richtlijn nr. 8.10):

- voorbijge of huidige omstandigheden die er zouden kunnen toe leiden dat het kind ernstige fysieke of psychologische schade zou lijden, zoals veroordelingen m.b.t. schade aan kinderen, kinderbeschermingsmaatregelen t.a.v. de eigen kinderen of geweld in de familiale omgeving;
- voorbijge of huidige omstandigheden die zouden kunnen leiden tot de onmogelijkheid om voor het kind dat moet worden geboren, te zorgen of die reeds nadelig zijn voor de opvoeding van de bestaande kinderen, zoals mentale of fysieke aandoeningen, drug- of alcoholmisbruik;
- een medische voorgeschiedenis waaruit zou blijken dat het kind zou kunnen lijden aan een ernstige medische aandoening;
- omstandigheden waarvan het centrum oordeelt dat ze ernstige schade aan het kind zouden kunnen toebrengen.

296. De centra moeten ook de nood van het kind aan ‘*supportive parenting*’ nagaan, waarbij de *Code of Practice* de volgende definitie geeft: ‘*Supportive parenting is a commitment to the health, well-being and development of the child. It is presumed that all prospective parents will be supportive parents, in the absence of any reasonable cause for concern that any child who may be born, or any other child, may be at risk of significant harm or neglect. Where centres have concern as to whether this commitment exists, they may wish to take account of wider family and social networks within which the child will be raised*’. Uit deze definitie blijkt dat er veronderstelt wordt dat de toekomstige ouders wel degelijk in staat zijn tot een positieve opvoeding.

Richtlijn nr. 8.12 bepaalt uitdrukkelijk dat het centrum er rekening moet mee houden dat het mogelijk is dat de relatie tussen de draagmoeder en wensouders wordt verbroken en dat het kan zijn dat dit leidt tot schade aan het kind dat zal worden geboren of aan de bestaande kinderen in het gezin van de draagmoeder.

⁷¹⁴ Op de website van de Human Fertilisation and Embryology Authority is het formulier te vinden dat moet worden ingevuld door zowel de draagmoeder als de wensouders: <http://www.hfea.gov.uk>.

297. JACKSON stelt zich vragen bij dit welzijns criterium⁷¹⁵. Het is volgens de auteur niet doeltreffend om een onderscheid te maken tussen adequate en inadequate ouders. Fertiliteitscentra hebben geen opleiding gekregen in het onderzoeken van een toekomstige ouderschapsgeschiktheid en evenmin zullen zij toegang hebben tot informatie die noodzakelijk is voor dergelijk onderzoek. Het is bovendien oneerlijk aangezien enkel zij die niet in staat zijn zich op natuurlijke wijze voort te planten worden onderworpen aan dergelijk onderzoek⁷¹⁶.

Hoofdstuk 4. *Parental order*

Afdeling 1. *Ratio legis*

298. Overeenkomstig artikel 33, eerste lid HFEA 2008 is de vrouw die bevallen is van het kind de moeder. Bij draagmoederschap zal de draagmoeder bijgevolg de juridische moeder zijn. Deze regel geldt ongeacht het mogelijke genetische moederschap van de wensmoeder⁷¹⁷.

Was de draagmoeder op het ogenblik dat embryo's, ei- of zaadcellen bij haar werden ingeplant of op het ogenblik van de kunstmatige inseminatie, gehuwd en werd het embryo niet gecreëerd door middel van zaadcellen van haar echtgenoot, dan zal haar echtgenoot de vader zijn, tenzij werd aangetoond dat hij geen toestemming heeft gegeven voor inplanting of de inseminatie (art. 35 HFEA 2008)⁷¹⁸.

Was zij op dat moment niet gehuwd, maar werden de fertiliteitsbehandelingen toegepast voor haar en een man samen en werd het embryo niet verwekt met zaadcellen van deze man, dan zal deze man de vader van het kind zijn (art. 36 en 37 HFEA 2008). Het is voor de wensvader niet mogelijk om op grond van deze regel de juridische vader te worden, omdat ten eerste deze bepaling enkel van toepassing is wanneer een embryo wordt gecreëerd met zaadcellen van een derde en, ten tweede, omdat in het algemeen wordt aangenomen dat de behandeling moet worden gegeven voor een vrouw en een man als wenspaar⁷¹⁹.

⁷¹⁵ Voor meer kritiek zie E. BLYTH, "Conceptions of welfare" in K. HORSEY en H. BIGGS (eds.), *Human Fertilisation and Embryology: Reproducing Regulation*, Londen, Routledge, 2007, 17-45; J. HARRIS, "The Welfare of the Child", *Health Care Analysis* 2000, 27-34.

⁷¹⁶ E. JACKSON, "Rethinking the pre-conception welfare principle" in K. HORSEY en H. BIGGS (eds.), *Human Fertilisation and Embryology: Reproducing Regulation*, Londen, Routledge, 2007, 47-68.

⁷¹⁷ Ph. ANDERSON, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?", *King's Student Law Review* 2010, (37) 39.

⁷¹⁸ Zie *Q (A Minor) (Parental Order)* [1996] 1 F.L.R. 369 (23 november 1995).

⁷¹⁹ E. JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 271.

Werden de zaadcellen van de wensvader gebruikt voor de verwekking van het kind, dan zal hij moeten worden geregistreerd als donor en kan hij bijgevolg niet de vader zijn van het kind (art. 41, eerste lid HFEA 2008)⁷²⁰.

Werd geen van de door de HFEA geregelde technieken gebruikt, bv. na zelfinseminatie door de draagmoeder, dan zal zij ook in dat geval de juridische moeder zijn⁷²¹. Haar eventuele echtgenoot zal wegens het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot de juridische vader zijn. Dit vermoeden kan wel worden betwist in het geval de wensvader de genetische vader is⁷²². Is zij niet gehuwd, dan zal de wensvader als genetische vader de juridische vader van het kind zijn⁷²³.

299. De wensouders zullen bijgevolg op een andere manier een juridische band met het kind moeten trachten vast te stellen. De HFEA 1990 voerde met artikel 30 de mogelijkheid in voor de wensouders om aan de rechtbank⁷²⁴ een *parental order* te vragen. Deze bijzondere rechtsfiguur maakt het mogelijk dat ouderschap wordt overdragen van de draagmoeder naar de wensouders. Het heeft bijgevolg een overdragende werking⁷²⁵.

De draagmoeder blijft in de eerste plaats de moeder, wat betekent dat tussen de geboorte en het verlenen van de *parental order*, de draagmoeder verantwoordelijk is voor de aangifte van de geboorte en het toestemmen tot medische behandelingen.

Deze bepaling werd ingevoegd tijdens de rapportagefase van het wetsontwerp van de HFEA 1990 door een parlementslid dat een klacht had ontvangen van een paar dat een tweeling had gekregen na draagmoederschap en dan te horen had kregen dat zij hun eigen biologische kinderen moesten adopteren. In deze fase was er weinig ruimte voor debat of buitenparlementaire raadplegingen, en het voorstel werd dan ook aanvaard⁷²⁶. Artikel 30 trad in werking op 1 november 1994.

⁷²⁰ Hoewel deze regels inzake spermadonatie niet in het bijzonder werden ontwikkeld voor draagmoederschap, zijn zij er niettemin op van toepassing (Ph. ANDERSON, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?", *King's Student Law Review* 2010, (37) 39).

⁷²¹ The Amptill Peerage [1976] 2 W.L.R. 777, [1977] A.C. 547 (27 april 1976); S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law. Text, Cases, and Materials*, New York, Oxford University Press, 2011, 589.

⁷²² S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law. Text, Cases, and Materials*, New York, Oxford University Press, 2011, 645; <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk>, nr. 9.

⁷²³ S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law. Text, Cases, and Materials*, New York, Oxford University Press, 2011, 644-645; <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk>, nr. 9.

⁷²⁴ Art. 30, achtste lid HFEA 1990 bepaalt de bevoegde rechtbank, naargelang om een *order* wordt verzocht in Engeland en Wales (a), Schotland (b) of Noord-Ierland (c).

⁷²⁵ M. WELLS-GRECO, "United Kingdom" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (367) 371.

⁷²⁶ E. JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 273.

300. *The Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations* 1994, eveneens in werking getreden op 1 november 1994, die werden opgesteld op grond van de artikelen 30, negende lid en 45, eerste en derde lid HFEA 1990, hadden tot doel om aan de *parental order* dezelfde gevolgen vast te knopen als aan een adoptie (*adoption order*), door in aangepaste vorm de adoptiewetgeving (voor Engeland en Wales de *Adoption Act* van 1976⁷²⁷) van toepassing te maken op de *parental orders*.

De aangepaste versie van artikel 12 *Adoption Act 1976* bepaalt op deze manier de gevolgen van een *parental order* onder artikel 30 HFEA 1990. Een *parental order* geeft de ouderlijke verantwoordelijkheid over het kind aan de verzoekende echtgenoten⁷²⁸ (art. 12, eerste lid *Adoption Act 1976*) en doet ook de ouderlijke verantwoordelijkheid uitdoven van de persoon die deze verantwoordelijkheid had voor het maken van de *parental order* (art. 12, derde lid, a *Adoption Act 1976*).

Overeenkomstig de artikelen 12 en 39 *Adoption Act 1976* is een adoptie in Engeland en Wales een procedure waarbij een rechtbank onherroepelijk de juridische banden tussen een kind en zijn of haar natuurlijke ouders doet uitdoven en analoge banden doet ontstaan tussen het kind en de adoptanten. Volgens LEE en MORGAN knipt artikel 30 HFEA 1990 echter niet uitdrukkelijk de juridische banden tussen kind en draagmoeder door. Haar ouderlijke verantwoordelijkheden worden bijgevolg niet uitgeschakeld. De wet zou enkel aan de wensouders bijkomende rechten geven. Bijgevolg zou de draagmoeder op grond van de *Children Act 1989*⁷²⁹ om omgang met het kind kunnen verzoeken⁷³⁰.

Er rijzen vragen bij deze stelling aangezien *The Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994*⁷³¹ uitdrukkelijk ook artikel 39 *Adoption Act 1976* (*'status conferred by adoption' – 'effect of parental order'*) in aangepaste vorm toepasselijk verklaart. Deze bepaling stelt bijgevolg dat kinderen waarvoor een *parental order* werd opgemaakt, in rechte zullen worden behandeld alsof zij niet het kind zijn van iemand anders dan de wensouders op wier verzoek een *parental order* werd opgesteld. Volgens LOWE en DOUGLAS is het dan ook duidelijk dat een *parental order* ouderlijk gezag doet ontstaan exclusief in hoofde van de verzoekers en het

⁷²⁷ An Act to consolidate the enactments having effect in England and Wales in relation to adoption (nr. 36, 22 juli 1976), www.legislation.gov.uk.

⁷²⁸ Onder de HFEA 1990 kon dit enkel een echtpaar van verschillend geslacht zijn, *infra* nr. 305.

⁷²⁹ An Act to reform the law relating to children; to provide for local authority services for children in need and others; to amend the law with respect to children's homes, community homes, voluntary homes and voluntary organisations; to make provision with respect to fostering, child minding and day care for young children and adoption; and for connected purposes (nr. 41, 16 november 1989), www.legislation.gov.uk.

⁷³⁰ R. LEE en D. MORGAN, *Human Fertilisation and Embryology. Regulating the Reproductive Revolution*, Londen, Blackstone Press Limited, 2001, 201.

⁷³¹ *The Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994* (nr. 2767, 28 oktober 1994), i.w.tr. 1 november 1994, www.legislation.gov.uk.

ouderlijk gezag in hoofde van enige andere persoon voor de *parental order* doet uitdoven⁷³².

301. De HFEA 2008 wijzigde de HFEA 1990. De toepasselijke bepalingen inzake de *parental order* zijn sindsdien te vinden in artikel 54 HFEA 2008. De gevolgen van een *parental order* worden op grond van artikel 55, eerste lid bepaald door *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010*⁷³³, in werking getreden op 6 april 2010, dat *The Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994* vervangt. Deze Regulations passen de bepalingen van de adoptiewetgeving aan *parental orders* aan⁷³⁴. Hierdoor heeft een *parental order* ook onder de HFEA 2008 dezelfde gevolgen als een *adoption order* (aangepast artikel 67 *Adoption and Children Act 2002*⁷³⁵).

Afdeling 2. Voorwaarden

302. Op grond van artikel 1, tweede lid van de Adoption and Children Act 2002 *j*° The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010, moet de voornaamste overweging van de rechtbank het welzijn van het kind doorheen zijn leven, zijn. De rechtbank moet daarbij overeenkomstig artikel 1, vierde lid rekening houden met:

- de wensen en gevoelens van het kind t.a.v. de beslissing (gelet op de leeftijd en begrip van het kind);
- de specifieke behoeften van het kind;
- het waarschijnlijke gevolg voor het kind van het niet langer behoren tot zijn oorspronkelijke familie en het voorwerp van een *parental order* te zijn;
- de leeftijd, geslacht en achtergrond van het kind en karaktertrekken van het kind die de rechtbank relevant acht;
- enige schade die het kind heeft geleden of dreigt te lijden;
- de relatie van het kind met zijn verwanten en enige andere persoon met wie de rechtbank de relatie relevant acht,
- de waarschijnlijkheid dat dergelijke relatie blijft duren en de waarde voor het kind dat dit het geval is;
- de mogelijkheid en bereidheid van deze personen om het kind een veilige omgeving te bieden waarin het kind zich kan ontwikkelen en die tegemoet komt aan de noden van het kind;
- de wensen en gevoelens van hen t.a.v. het kind.

⁷³² N. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 317.

⁷³³ The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010 (nr. 985, 24 maart 2010), i.w.tr. 6 april 2010, www.legislation.gov.uk.

⁷³⁴ Deze toepassing is verschillend naargelang het gaat om Engeland en Wales (Adoption and Children Act 2002), Schotland (Adoption and Children Act 2007) of Noord-Ierland (Adoption Order 1987): art. 2 tot 4 *Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010*.

⁷³⁵ An Act to restate and amend the law relating to adoption; to make further amendments of the law relating to children; to amend section 93 of the Local Government Act 2000; and for connected purposes (nr. 38, 7 november 2002), www.legislation.gov.uk.

Vóór de Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010, werd het welzijn van het kind 'slechts' als een eerste overweging in aanmerking genomen⁷³⁶, terwijl het nu de voornaamste overweging dient te zijn. Rechter Hedley formuleerde zijn visie op de gevolgen hiervan als volgt: "The effect of that must be to weigh the balance between public policy considerations and welfare (...) decisively in favour of welfare. It must follow that it will only be in the clearest case of the abuse of public policy that the court will be able to withhold an order if otherwise welfare considerations supports its making"⁷³⁷. Het was het eerste vonnis waarin een Engelse rechtbank uitdrukkelijk het welzijn van het kind geboren na een buitenlandse draagmoederschapsovereenkomst liet prevaleren boven de openbare orde m.b.t. de betaling van de draagmoeder⁷³⁸.

303. Het welzijns criterium kwam in de rechtsleer zwaar onder vuur te liggen. Volgens JACKSON zou er mogelijks sprake kunnen zijn van een schending van artikel 8 EVRM. Dit artikel beschermt immers het recht op gezinsleven van iedere persoon, zonder daarbij *a priori* een hiërarchie in de beschermde belangen in te stellen⁷³⁹.

Uit de rechtspraak blijkt dat het criterium wordt gebruikt om *contra legem* praktijken goed te keuren⁷⁴⁰. Het is immers zo dat wordt vereist dat het kind reeds bij de wensouders leeft op het ogenblik dat het verzoek om een *parental order* wordt ingediend. Hierdoor zal het welzijn van het kind zelden gediend zijn met zijn verwijdering uit zijn thuis⁷⁴¹.

304. Uit de verder besproken rechtspraak blijkt dat op deze manier excessieve betalingen aan de draagmoeder kunnen worden goedgekeurd, en dat op grond van het welzijn van het kind commercieel draagmoederschap geen obstakel hoeft te vormen voor een *parental order*. In *X & Y (Foreign Surrogacy)* wees rechter Hedley erop dat hij zich hoogst oncomfortabel voelt bij dergelijke goedkeuringsprocedure.

⁷³⁶ Op grond van The Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994, dat verwijst naar een aan *parental orders* aangepaste versie van artikel 6 van de Adoption Act 1976: "In reaching any decision relating to an application for a parental order a court shall have regard to all the circumstances, *first* consideration being given to the need to safeguard and promote the welfare of the child throughout his childhood; and shall so far as practicable ascertain the wishes and feelings of the child regarding the decision and give due consideration to them, having regard to his age and understanding" (eigen cursivering).

⁷³⁷ Re L (A Minor) [2010] EWHC 3146 (Fam), [2011] 1 F.L.R. 1423 (8 december 2010), nr. 9.

⁷³⁸ K. PARIZER-KRIEF, "Gestation pour autrui en intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif", *Revue Internationale de Droit Comparé* 2011, (645) 654-655.

⁷³⁹ E. JACKSON, "Rethinking the pre-conception welfare principle" in K. HORSEY en H. BIGGS (eds.), *Human Fertilisation and Embryology: Reproducing Regulation*, Londen, Routledge, 2007, (47) 51.

⁷⁴⁰ K. PARIZER-KRIEF, "Gestation pour autrui en intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif", *Revue Internationale de Droit Comparé* 2011, (645) 658.

⁷⁴¹ Ph. ANDERSON, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?", *King's Student Law Review* 2010, (37) 40.

De rechtbank moet immers twee concurrerende en mogelijks onverzoenbare concepten tegen elkaar afwegen. Enerzijds is het parlement gerechtigd om commercieel draagmoederschap te verbieden en mag het verwachten dat de rechtbanken deze beleidsoverwegingen implementeren in hun beslissingen. Anderzijds moet de starheid van dergelijk beleid worden getemperd wanneer zou blijken dat het kind ervan het slachtoffer zou worden, en dit op grond van het welzijn van het kind. Dit is volgens rechter Hedley een humane en intellectueel coherente benadering van het probleem. Het is echter moeilijk om voor te stellen dat er omstandigheden zouden zijn waarbij het weigeren van de *parental order* het welzijn van het kind niet ernstig zou schenden. De rechter maakte de interessante opmerking dat als men het openbaar beleid daadwerkelijk wil handhaven, het dan ook moet worden bekrachtigd in een veel vroegere fase dan de laatste zitting in een *parental order*-procedure⁷⁴².

Naast het welzijn van het kind als voornaamste overweging, moeten er nog andere concrete voorwaarden voldaan zijn opdat een *parental order* kan worden opgemaakt.

305. Overeenkomstig artikel 30, eerste lid HFEA 1990 moesten de verzoekers gehuwd zijn, wat tot 13 maart 2014⁷⁴³ enkel mogelijk was voor wensparen van verschillend geslacht. Deze voorwaarde werd gewijzigd door de HFEA 2008.

Sinds deze wijziging kunnen ook niet-gehuwden om een *parental order* verzoeken, nl. twee personen die *civil partners* zijn en twee personen die als partners samenleven in een duurzame familierelatie en zich niet in een verboden relatie t.a.v. elkaar bevinden (art. 54, tweede lid, b en c HFEA 2008). De wet voorziet in een overgangsperiode (art. 54, elfde lid HFEA 2008).

Een alleenstaande kan niet om een *parental order* verzoeken⁷⁴⁴. Dit getuigt volgens HUTCHINSON e.a. van een ouderwetse opvatting, die nog steeds verankerd is in de samenleving⁷⁴⁵.

⁷⁴² Re X & Y (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 F.L.R. 733 (9 december 2008), nr. 24.

⁷⁴³ Datum inwerkingtreding van de Marriage (same sex couples) Act: An Act to make provision for the marriage of same sex couples in England and Wales, about gender change by married persons and civil partners, about consular functions in relation to marriage, for the marriage of armed forces personnel overseas, for permitting marriages according to the usages of belief organisations to be solemnized on the authority of certificates of a superintendent registrar, for the review of civil partnership, for the review of survivor benefits under occupational pension schemes, and for connected purposes (nr. 30, 17 juli 2013), www.legislation.gov.uk.

⁷⁴⁴ HFEA 2008, explanatary note nr. 188 bij artikel 54.

⁷⁴⁵ A.-M. HUTCHINSON, H. KHAN, B. O'LEARY en A. VORZEIMER, "International Surrogacy Arrangements: Between California and England and Wales", *Family Law* 2011, (1104) 1106.

306. Het begrip ‘verzoeker’ wordt niet gedefinieerd en evenmin bepaalt artikel 54 of de verzoeker(s) nog in leven moet(en) zijn bij het toekennen van de *parental order*. Dit levert moeilijkheden op, want het is niet duidelijk wat de gevolgen zijn van het overlijden van één van de wensouders, na het instellen van het verzoek maar vóór het opmaken van de *parental order*.

De High Court of Justice Family Division moest zich hierover buigen in de zaak *A & A v P, P & B*⁷⁴⁶. Het verzoek werd ondanks het vooroverlijden van de wensvader ingewilligd en wel omwille van o.a. volgende redenen: geen enkele *order* of combinatie van *orders* zou de staat van het kind op dezelfde wijze hebben erkend t.a.v. de wensmoeder en -vader. Artikel 8 EVRM was van toepassing en elke inmenging in de daarin vermelde rechten moest proportioneel en gerechtvaardigd zijn. In de gegeven omstandigheden kon de inmenging niet worden gerechtvaardigd aangezien geen enkele *order* erkenning kon geven aan de staat van het kind met zowel de wensmoeder als -vader zoals een *parental order* dat kon. Dergelijke interpretatie zou niet strijdig zijn met het doel of beleid achter de vereisten van artikel 54 HFEA 2008. De wensouders hadden toen de wensvader nog leefde het recht om een *parental order* aan te vragen. Dergelijke interpretatie zou de identiteit van het kind en de gezinseenheid beschermen in de zin van artikel 8 IVRK. Het was duidelijk in het belang van het kind om een *parental order* op te maken die zijn juridische staat met de wensouders zou beschermen en tenslotte had de wensmoeder het kind steeds opgevoed vanaf zijn geboorte en tot aan het overlijden van de wensvader deed zij dat samen met deze laatste.

Verder is niet duidelijk wat de gevolgen zijn van een feitelijke scheiding⁷⁴⁷ of een echtscheiding⁷⁴⁸ of overlijden van één van hen⁷⁴⁹, na het instellen van een verzoek om een *parental order* maar vóór de rechtbank zich hierover heeft uitgesproken⁷⁵⁰.

307. Een tweede voorwaarde betreft het genetische ouderschap van minstens één van de verzoekers (art. 30, eerste lid, b HFEA 1990). De inplanting van een gedoneerd embryo is bijgevolg niet mogelijk.

Ten gevolge van deze vereiste zullen de wensouders nooit louter de sociaal-educatieve ouders zijn. Deze voorwaarde leidt tot een onderscheid tussen een *parental order* en een prenatale adoptie, waardoor volgens HARRIS-SHORT en MILES wordt vermeden dat draagmoederschap wordt gebruikt om de strikte regels inzake adoptiebekwaamheid en -geschiktheid te omzeilen⁷⁵¹.

⁷⁴⁶ *A & A v P, P & B* [2011] EWHC 1738 (Fam), [2012] 3 W.L.R. 369 (8 juli 2011).

⁷⁴⁷ Zie *JP v LP, SP, CP* [2014] EWHC 595 (Fam) (5 maart 2014).

⁷⁴⁸ Zie *G v G* [2012] EWHC 1979 (Fam), [2013] F.L.R. 289 (11 mei 2012).

⁷⁴⁹ *A & A v P, P & B* [2011] EWHC 1738 (Fam), [2012] 3 W.L.R. 369 (8 juli 2011), *supra* nr. 305.

⁷⁵⁰ K. HORSEY en S. SHELDON, “Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy”, *Medical Law Review* 2012, (67) 84.

⁷⁵¹ S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law. Text, Cases, and Materials*, New York, Oxford University Press, 2011, 646.

Er wordt nergens opgelegd dat de draagmoeder geen genetische moeder mag zijn. Bijgevolg komt zowel laag- als hoogtechnologisch draagmoederschap in aanmerking voor een *parental order*.

ALGHRANI stelt de mogelijkheid van laagtechnologisch draagmoederschap in vraag. Hij wijst erop dat in de gevallen waarin de draagmoeder weigerde het kind af te staan, het in de overgrote meerderheid ging om laagtechnologisch draagmoederschap. Bij een wetgevende hervorming zou dan ook moeten worden beoordeeld of hoogtechnologisch draagmoederschap moet worden aangemoedigd, zodat de draagmoeder niet de genetische moeder is van het kind en er zo minder kans bestaat dat zij weigert het kind af te staan, met alle problemen vandien⁷⁵².

308. Een *parental order* is enkel mogelijk na toepassing van een kunstmatige voortplantingstechniek. Zelfinseminatie door de draagmoeder met zaadcellen van de wensvader valt hier ook onder⁷⁵³. Het hoeft bijgevolg niet *per se* een medisch begeleide voortplantingstechniek met tussenkomst van een fertiliteitskliniek te zijn, zolang er maar sprake is van een kunstmatige inseminatie⁷⁵⁴. Bijgevolg mag de verwekking niet totstandgekomen zijn na natuurlijke voortplanting⁷⁵⁵. Volgens HARRIS-SHORT en MILES werd deze vereiste ingevoerd om overspel bij '*basic-do-it-yourself-surrogacy*' te vermijden⁷⁵⁶.

309. De wensouders moeten om een *parental order* verzoeken binnen de zes maanden vanaf de geboorte van het kind (art. 30, tweede lid HFEA 1990). Deze termijn kan niet worden verlengd⁷⁵⁷. Dit kan problemen geven bij draagmoederschapstoerisme, wanneer immigratieproblemen naar het Verenigd Koninkrijk voor vertraging in de procedure hebben gezorgd⁷⁵⁸. De draagmoeder lijkt geen vorderingsrecht te hebben.

310. Op het ogenblik van het verzoek moet het kind bij de wensouders wonen (art. 30, derde lid, a HFEA 1990). Dit is een merkwaardige

⁷⁵² A. ALGHRANI, "Surrogacy: 'A Cautionary Tale'" (Commentary bij Re T (a child) (surrogacy: residence order) [2011] EWCH 33 (Fam)), *Medical Law Review* 2012, (631) 639.

⁷⁵³ Dit blijkt uit CW v NT and Another [2011] EWHC 33 (Fam), [2011] 2 F.L.R. 392 (21 januari 2011) en Re G (Surrogacy: Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814 (Fam), [2008] 1 F.L.R. 1047 (28 november 2007), waar de zelfinseminatie geen obstakel bleek te zijn voor een *parental order*.

⁷⁵⁴ M.H. JOHNSON, "Surrogacy and the Human Fertilisation and Embryology Act" in R. COOK en S.H. SCLATER (eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (93) 94.

⁷⁵⁵ D. GRUENBAUM, "Foreign Surrogate Motherhood: Mater semper certa erat", *American Journal of Comparative Law* 2012, (475) 484; J. HERRING, *Family Law*, Essex, Pearson Education Limited, 2011, 338.

⁷⁵⁶ S. HARRIS-SHORT en J. MILES, *Family Law. Text, Cases, and Materials*, New York, Oxford University Press, 2011, 646.

⁷⁵⁷ J v G [2013] EWHC 1432 (Fam), [2013] CN 784 (26 maart 2013), nr. 30.

⁷⁵⁸ Re X & Y (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 F.L.R. 733 (9 december 2008), nr. 12. Zie ook <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk>, nr. 49.

voorwaarde aangezien vereist is dat het kind leeft bij personen die geen juridische verantwoordelijkheid t.a.v. hem hebben⁷⁵⁹.

311. Beide wensouders moeten minstens achttien jaar zijn (art. 30, vierde lid HFEA 1990) en minstens één van hen moet gedomicilieerd zijn in een deel van het Verenigd Koninkrijk, op de Kanaaleilanden of op het eiland Man (art. 30, derde lid, b HFEA 1990).

In de zaak *A&B v SA*⁷⁶⁰ oordeelde de rechter dat de verzoekers moesten aantonen dat zij in één van deze gebieden verbleven en zij dit gebied beschouwden als hun permanente thuis, maar ook dat zij de vaste intentie hadden om daar definitief te blijven⁷⁶¹. In deze zaak was de ene wensvader oorspronkelijk afkomstig van Polen. De tweede wensvader was oorspronkelijk van de Verenigde Staten van Amerika waar de partijen elkaar hadden ontmoet en een *domestic partnership* aangingen. Zij verhuisden na enkele jaren naar het Verenigd Koninkrijk, met als reden dat hun relatie er juridisch werd erkend en er juridische bescherming was tegen discriminatie voor het geval zij een gezin zouden hebben. Het bewijs werd door de wensouders geleverd en de *parental order* werd uitgesproken. In *Re G*⁷⁶² werd een *parental order* t.a.v. Turkse wensouders geweigerd.

In een recente uitspraak werd de domicilievereiste zeer ruim geïnterpreteerd. Twee wensvaders, met een Zuid-Afrikaanse resp. Britse nationaliteit, leefden in Zuid-Afrika. De draagmoeder was de zus van Britse wensvader. Zij beviel in het Verenigd Koninkrijk, waarna de wensvaders samen met het kind terug naar Zuid-Afrika reisden. De High Court oordeelde dat wanneer iemand zijn land van herkomst verlaat om in een ander land te verblijven, met de bedoeling om daar te wonen voor een onbepaalde tijd, die persoon niet noodzakelijk zijn originele domicilie verliest, voor zover deze de oprechte intentie heeft om terug te keren naar zijn land van herkomst om daar permanent te verblijven. Dergelijke intentie was aanwezig in hoofde van de Britse wensvader⁷⁶³.

De wensouders kunnen om een *parental order* verzoeken ongeacht of de draagmoeder zich in het Verenigd Koninkrijk bevond tijdens de inplanting van het embryo of zaad- en eicellen of de inseminatie (art. 30, elfde lid HFEA 1990). Dit laat de weg open voor wensouders die gedomicilieerd zijn in het Verenigd Koninkrijk en die na draagmoederschapstoerisme een *parental order* wensen aan te vragen in hun land van herkomst.

⁷⁵⁹ E. WICKS, *Human Rights and Healthcare*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 172.

⁷⁶⁰ *A&B v SA* [2013] EWHC 426 (Fam) (14 februari 2013). Zie ook *Re W* [2013] EWHC 3570 (Fam) (9 oktober 2013), nr. 21 en *Re G, M* [2014] EWHC 1561 (Fam) (1 april 2014), nr. 41 *et seq.*

⁷⁶¹ Zie ook *Z & B v Cafcass Legal as Advocate to the court* [2011] EWHC 3181 (Fam), [2012] 2 F.L.R. 797 (2 december 2011) waar de twee wensvaders uit Israël afkomstig waren.

⁷⁶² *Re G* (Surrogacy: Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814 (Fam), [2008] 1 F.L.R. 1047 (28 november 2007).

⁷⁶³ *B-G (A Child)* [2014] EWHC 444 (Fam), [2014] Fam. Law 814 (5 februari 2014), nr. 11. Zie ook *CC v DD* [2014] EWHC 1307 (Fam) (14 februari 2014), nr. 23 *et seq.*

312. De rechtbank moet ervan overtuigd zijn dat de vader van het kind en de vrouw die het gedragen heeft, vrij en met volledig begrip van wat er speelt, hun onvoorwaardelijke toestemming hebben gegeven voor het maken van de *order* (art. 30, vijfde lid HFEA 1990). In tegenstelling tot bij adoptie, kan een onredelijke toestemmingsweigering niet opzij worden geschoven. De draagmoeder heeft een absoluut vetorecht⁷⁶⁴.

De toestemming is echter niet vereist wanneer de betrokkene niet kan worden gevonden of onbekwaam is om zijn toestemming te geven. Dit is slechts mogelijk wanneer alle redelijke stappen werden ondernomen om de draagmoeder te vinden, maar deze zonder succes zijn gebleven⁷⁶⁵.

De toestemming van de draagmoeder is onvolwaardig wanneer deze minder dan zes weken na de geboorte werd gegeven (art. 30, zesde lid HFEA 1990). De rechtbank kan wel enige beperkte waarde hechten aan een toestemming die te vroeg werd gegeven⁷⁶⁶.

313. Ten slotte mag er geen geld of enig ander voordeel, behalve voor redelijk opgelopen kosten, door de verzoekers worden gegeven of ontvangen met het oog op het maken van de *order*, het geven van de toestemming daartoe, de overdracht van het kind naar de wensouders of het maken van overeenkomsten met het oog op de *order*, tenzij deze betaling werd toegelaten door de rechtbank (art. 30, zevende lid HFEA 1990). Betalingen kunnen bijgevolg retroactief worden goedgekeurd. Dit zorgt voor een kloof tussen theorie en praktijk⁷⁶⁷.

Deze voorwaarde geeft aanleiding tot problemen omdat de draagmoeder vaak wordt betaald voor haar diensten. Dergelijke commerciële draagmoederschapsovereenkomsten zijn onwettig, maar anderzijds zou het weigeren van de *parental order* schadelijk zijn voor het reeds geboren kind.

In *X & Y (Foreign Surrogacy)*⁷⁶⁸ maakte rechter Hedley enkele overwegingen omtrent commercieel draagmoederschap. Hij wees erop dat de HFEA 1990 geen grondslag biedt om het verzoek om een *parental order* na commercieel draagmoederschap te aanvaarden. Het is de beleidskeuze dat commerciële draagmoederschapsovereenkomsten onwettig zijn. Anderzijds kunnen er soms toch redenen zijn om de goedkeuring te verlenen. De rechter verwees hierbij naar het welzijn van het kind en, zelfs vóór de inwerkingtreding van de HFEA 2008, naar het '*lifelong perspective of welfare-principle*' van de Adoption and Children Act 2002, gelet op de permanente aard van een

⁷⁶⁴ Re X & Y (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 F.L.R. 733 (9 december 2008), nr. 13.

⁷⁶⁵ D and L (Surrogacy) [2012] EWHC 2631 (Fam), [2013] All E.R. 962 (28 september 2012), nr. 28.

⁷⁶⁶ D and L (Surrogacy) [2012] EWHC 2631 (Fam), [2013] All E.R. 962 (28 september 2012), nr. 29.

⁷⁶⁷ E. JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 265.

⁷⁶⁸ Re X & Y (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 F.L.R. 733 (9 december 2008).

parental order. Anderzijds konden welzijnsoverwegingen niet de voornaamste overweging zijn, hoewel zij belangrijk zijn, gelet op het feit dat de voorwaarde van artikel 30, zevende lid HFEA 1990 werd gerechtvaardigd door een geldig openbaar beleid. Rechter Hedley achtte het daarom gepast dat drie vragen werden gesteld:

- 1/ Was het betaalde bedrag disproportioneel t.a.v. de redelijke kosten?
- 2/ Waren de verzoekers te goeder trouw en ontbraken moreel verwerpelijke bedoelingen tijdens hun contact met de draagmoeder?
- 3/ Namen de partijen deel aan een poging tot wetsontduiking?

Later in *Re S (Parental Order)*⁷⁶⁹ bracht rechter Hedley lichte wijzigingen aan zijn criteria aan: wanneer moet worden overwogen of aan een draagmoederschapsovereenkomst die niet geldig zou zijn in Engeland en Wales retroactief goedkeuring moet worden gegeven,

- 1/ moet het hof nagaan of de overeenkomst niet werden gebruikt om wetten inzake kindbescherming in Engeland en Wales te omzeilen;
- 2/ moet het zeker zijn dat er geen sprake was van betaling voor het daadwerkelijk kopen van buitenlandse kinderen en
- 3/ moet het hof zeker zijn dat de betaalde sommen niet van die aard waren dat ze de wil van de draagmoeder zouden uitschakelen.

Deze criteria werden overgenomen in diverse andere uitspraken, waar een betaling aan de draagmoeder al dan niet retroactief werd goedgekeurd en de *parental order* uitgesproken⁷⁷⁰.

In *In re A and L (Children)* wees de rechtbank erop dat deze voorwaarde niet enkel slaat op betalingen gedaan aan de draagmoeder, maar ruimer, op elke betaling gedaan door de verzoekers. Het onderzoek van de rechtbank moet dus ook eventuele betalingen gedaan aan een organisatie betreffen⁷⁷¹.

Afdeling 3. Procedure

314. De procedurele aspecten van een *parental order* worden uiteengezet in de artikelen 13.1 t.e.m. 13.22 van de *The Family Procedure Rules 2010*.

⁷⁶⁹ *Re S (Parental Order)* [2009] EWHC 2977 (Fam), [2010] 1 F.L.R. 1156 (9 november 2009).

⁷⁷⁰ *Re G, M* [2014] EWHC 1561 (Fam) (1 april 2014); *Re WT* [2014] EWHC 1303 (Fam) (4 maart 2014); *CC v DD* [2014] EWHC 1307 (Fam) (14 februari 2014); *Re W* [2013] EWHC 3570 (Fam) (9 oktober 2013); *Re C* [2013] EWHC 2408 (Fam) (19 juli 2013); *In re A and L (Children)* [2013] EWHC 2328 (Fam), [2013] CN 1262 (6 juni 2013); *AB v DE* [2013] EWHC 2413 (Fam) (15 mei 2013); *J v G* [2013] EWHC 1432 (Fam), [2013] CN 784 (26 maart 2013), nrs. 22-23. Zie ook *A&B v SA* [2013] EWHC 426 (Fam) (14 februari 2013); *D and L (Surrogacy)* [2012] EWHC 2631 (Fam), [2013] All E.R. 962 (28 september 2012); *Re L (A Minor)* [2010] EWHC 3146 (Fam), [2011] 1 F.L.R. 1423 (8 december 2010).

⁷⁷¹ *In re A and L (Children)* [2013] EWHC 2328 (Fam), [2013] CN 1262 (6 juni 2013), nr. 15. Zie ook *Re W* [2013] EWHC 3570 (Fam) (9 oktober 2013).

315. Deze procedure veronderstelt onder meer de tussenkomst van een ‘*parental order reporter*’ (art. 13.5, eerste lid, a, iii)⁷⁷². De functie van deze tussenkomst kan worden vergeleken met het maatschappelijk onderzoek in een Belgische adoptieprocedure.

Een ‘*guardian ad litem*’ dient ook tussen te komen. Deze moet eerst vaststellen of aan de voorwaarden is voldaan en vervolgens nagaan of er een reden is waarom een *parental order* niet in het belang van het kind zou zijn.

Bij het vervullen van hun opdracht, nl. nagaan of de voorwaarden vervuld zijn enerzijds en of de *parental order* in het welzijn van het kind is anderzijds, worden deze *guardians ad litem* geconfronteerd met twee problemen. Ten eerste beschikken zij over beperkte middelen aangezien zij enkel toegang hebben tot informatie die wordt verschaft door de wensouders en de draagmoeder. Ten tweede zijn hun opdrachten niet volledig verenigbaar. Daar het kind reeds bij de wensouders moet leven vooraleer een verzoekschrift kan worden ingediend, zal zelden worden aangeraden om het kind te verwijderen van zijn thuis. Zelfs als er een voorwaarde niet werd nageleefd, kan het nog zijn dat de belangen van het kind het best worden gediend door een *parental order*⁷⁷³.

316. Hebben de wensouders de toelating voor een *parental order* verkregen, dan dienen zij een formulier in te vullen om de *parental order* te laten registreren in het *parental order register*⁷⁷⁴. De Registrar General zal de geboorte van het kind herregistreren ten voordele van de wensouders⁷⁷⁵. Zoals bij adoptie zal het niet voor het publiek mogelijk zijn om een verband te leggen tussen het geboorteregister en het *parental order*register. Eens het kind volwassen is, en nadat hem begeleiding werd geboden, kan het toegang krijgen tot zijn oorspronkelijke geboorteakte⁷⁷⁶.

317. Een *parental order* heeft gevolgen vanaf de datum waarop deze werd gemaakt, of een latere datum indien de rechtbank dit oplegt (art. 13.20, eerste lid The Family Procedure Rules 2010). Een *parental order* werkt bijgevolg constitutief en niet declaratief: de wensouders worden niet geacht

⁷⁷² Zie ook M. CRAWSHAW, S. PUREWAL en O.B.A. VAN DEN AKKER, “Working at the Margins: The Views and Experiences of Court Social Workers on Parental Orders Work in Surrogacy Arrangements”, *British Journal of Social Work* 2012, 1-9.

⁷⁷³ E. JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 275-276.

⁷⁷⁴ The Parental Orders (Prescribed Particulars and Forms of Entry) Regulations 2010 (nr. 1205, 6 april 2010), i.w.tr. 30 april 2010, www.legislation.gov.uk. Over informatie in uittreksels uit het register voor *parental orders*: E. BLYTH, “Acces to genetic and birth origins information for people conceived following third party assisted conception in the United Kingdom”, *International Journal of Children’s Rights* 2012, (300) 311.

⁷⁷⁵ Explanatory Memorandum to The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010, 3, nr. 7.6; Ph. ANDERSON, “An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?”, *King’s Student Law Review* 2010, (37) 39.

⁷⁷⁶ E. JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 273 en 283.

de juridische ouders te zijn vanaf de geboorte, maar slechts vanaf de datum van de *order* of nog later.

Afdeling 4. Alternatieven

318. Voldoen de wensouders niet aan de vereisten voor een *parental order*, dan kunnen zij kiezen voor de alternatieven van een *adoption order* of *residence order*.

319. Een *residence order* is ‘*an order settling the arrangements to be made as to the person with whom a child is to live*’ (art. 8, eerste lid, ten derde Children Act 1989).

De vraag naar een *residence order* na draagmoederschap kwam aan bod bij *N (A Child)*⁷⁷⁷. De feiten waren de volgende. M. was de moeder van vijf kinderen, waarvan de jongste twee waren geboren na een fertiliteitsbehandeling met inseminatie van donorsperma. Bij één van deze twee gevallen had M. een draagmoederschapsovereenkomst aangegaan met een agentschap, waarna zij, gesteund door haar echtgenoot, ten aanzien van de biologische vader valselijk verklaarde dat zij een miskraam had gehad. Uiteindelijk kwam het bedrog aan het licht. De biologische vader van N., één van de twee kinderen, startte een procedure op teneinde een *residence order* te verkrijgen om daarna het kind te kunnen adopteren. Het kind was op dat moment achttien maanden oud. Het verzoek van de wensvader werd ingewilligd.

De vraag die moest worden beantwoord was in welke gezin N. meest waarschijnlijk zou opgroeien tot een gelukkige en stabiele volwassene. De rechtbank stelde zich door het bedrog vragen bij de toekomstige huiselijke omgeving van N. en achtte het in het beste belang van het kind dat het verbleef bij zijn wensvader en diens echtgenote, mits contact werd onderhouden met de draagmoeder, tevens biologische en juridische moeder van het kind.

320. *CW v NT&NT*⁷⁷⁸ betrof een meisje van vijf maanden oud, genaamd T. Het kind was verwekt door inseminatie van de draagmoeder met zaadcellen van de wensvader. Hiervoor ontving de draagmoeder meerdere duizenden Britse ponden van de wensouders. Tijdens de zwangerschap veranderde de draagmoeder echter van mening en weigerde zij T. bij de geboorte te overhandigen aan de wensouders, waarop de wensvader verzocht om een *residence order*. De draagmoeder stelde een tegenvordering in en verzocht zelf om een *residence order*.

Om over dergelijk verzoek te oordelen, moet overeenkomstig artikel 1 Children Act 1989 rekening worden gehouden met het welzijn van het kind. Het artikel voorziet als het ware een ‘*welfare checklist*’. De rechtbank hield

⁷⁷⁷ Re N (A Child) [2007] EWCA Civ 1053, [2008] 1 F.L.R. 198 (25 juli 2007).

⁷⁷⁸ CW v NT and Another [2011] EWHC 33 (Fam), [2011] 2 F.L.R. 392 (21 januari 2011).

daarbij ook rekening met artikel 8 EVRM en liet zich leiden door de hoger vermelde redenering in *N (A Child)*. De rechtbank vroeg zich dan ook af in welk huis het kind het best zou evolueren tot een gelukkige en stabiele volwassene. De rechtbank wees echter ook op het verschil tussen deze zaak en *N (A Child)*, nl. dat de draagmoeder de wensvader niet had willen misleiden. Zij was de draagmoederschapsovereenkomst te goeder trouw aangegaan. Bij het controleren van de *welfare checklist* besteedde de rechtbank bijzondere aandacht aan het criterium van de geschiktheid van de ouders om de behoeften van het kind te voldoen. De rechtbank twijfelde of de wensouders in staat zouden zijn om aan de emotionele behoeften van het kind te voldoen, omdat zij niet bleken in te zien dat de relatie met diens moeder – de draagmoeder – belangrijk was voor het kind. Volgens de rechtbank was de draagmoeder beter in staat om aan de emotionele behoeften van het kind te voldoen. Het welzijn van het kind vereiste dat het bij de draagmoeder bleef, gelet op de nauwe band tussen moeder en dochter. Het kind verwijderen zou schadelijk zijn. De draagmoeder leek beter te kunnen voorzien in de behoeften van het kind.

ALGHRANI stelt dat in gevallen zoals deze, waar de draagmoeder een band heeft met het kind, het een stabiele en liefhebbende thuis kan bieden en de draagmoederschapsovereenkomst te goeder trouw lijkt te zijn aangegaan, maar zich nadien bedenkt, de rechtbank slechts in uitzonderlijke gevallen het kind zal scheiden van de moeder⁷⁷⁹.

Anderzijds zal het onwaarschijnlijk zijn dat een rechtbank de verblijfplaats van een kind zou wijzigen indien, nadat de wensouders het kind hebben gekregen en zij een hele tijd niets hebben ondernomen om de situatie te regulariseren, de zaak dan toch onder de aandacht van het gerecht zou komen⁷⁸⁰.

321. Indien de draagmoeder wel haar toestemming wenst te geven, maar andere voorwaarden voor een *parental order* zijn niet voldaan, dan kunnen de wensouders ook prenataal om een *residence order* verzoeken zodanig dat zij het kind onmiddellijk vanaf de geboorte kunnen meenemen, waarna zij het zullen moeten adopteren via een gewone *adoption order*⁷⁸¹.

322. De adoptieprocedure, die net als de *parental order* om het belang van het kind draait, is echter meer tijdsrovend omdat o.m. de geschiktheid van de kandidaat-adoptant grondig moet worden nagegaan. Anderzijds laat een adoptieprocedure toe dat de toestemmingsweigering van de draagmoeder zou worden opzijgeschoven, indien dit nodig zou zijn gelet op het welzijn van het kind. Dit laatste is onlosmakelijk verbonden met waar het kind leeft op

⁷⁷⁹ A. ALGHRANI, "Surrogacy: 'A Cautionary Tale'" (Commentary bij Re T (a child) (surrogacy: residence order) [2011] EWCH 33 (Fam)), *Medical Law Review* 2012, (1) 8.

⁷⁸⁰ J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 386.

⁷⁸¹ Een voorbeeld van dergelijk geval na endofamiliaal draagmoederschap met embryodonatie is terug te vinden in B. WOODWARD, W.J. NORTON en R.W. NEUBERG, "Case report: grandmother, mother and another – an intergenerational surrogacy using anonymous donated embryos", *Reproductive BioMedicine Online* 2004, 260-263.

het ogenblik van het verzoek alsook met het willen vermijden dat zijn leven wordt verstoord. In *Re MW (Adoption: surrogacy)*⁷⁸² verbleef het kind reeds bij de wensouders. De toestemmingsweigerings van de draagmoeder werd door de rechter beschreven als niet iets wat een redelijke en objectieve ouder zou willen voor zijn kind. De weigering werd opzijgeschoven gelet op het feit dat het welzijn van het kind, dat reeds twee en een half jaar was opgevoed door de wensouders, een eerste overweging moest zijn⁷⁸³.

In *Re P (Minors) (Wardship: Surrogacy)*⁷⁸⁴ daarentegen verbleef het kind bij de draagmoeder en werd de adoptie niet uitgesproken, ook al werd het bewijs geleverd dat het ten gunste van het kind zou zijn, mocht het door de wensouders worden grootgebracht. Hieruit blijkt dat wanneer het kind niet bij de wensouders verblijft, deze laatsten weinig kans maken om een *parental order* of een *adoption order* te verkrijgen⁷⁸⁵.

Hoofdstuk 5. Interlandelijk draagmoederschap en de immigratieregels

323. De wetgeving in het Verenigd Koninkrijk creëert een uitdagend conflict van internationaal privaatrecht: commercieel draagmoederschap is er verboden, maar het is de vraag of er een middel is om Britse wensparen tegen te houden in het buitenland, zoals in Californië, een commerciële draagmoederschapsovereenkomst aan te gaan. Aangezien er geen bilateraal verdrag bestaat tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten van Amerika m.b.t. draagmoederschapsovereenkomsten, is er geen automatische erkenning van Amerikaanse draagmoederschapsovereenkomsten in het Verenigd Koninkrijk⁷⁸⁶. Het Britse recht zal de wensouders niet beschouwen als de ouders. Enkel wanneer de draagmoeder ongehuwd is, bestaat de kans dat de spermadonor/wensvader onder het Britse recht wordt aangemerkt als de juridische vader⁷⁸⁷.

Rechter Hedley wijst in *X & Y (Foreign Surrogacy)* op de problemen rond draagmoederschapstoerisme. De beschikbare informatie voor wensouders kan misleidend zijn. Er kunnen moeilijke conflictenrechtelijke problemen rijzen die onbedoelde en onvoorziene gevolgen kunnen hebben. Het kan zorgen voor ernstige immigratieproblemen en de draagmoeder kan nog steeds haar veto stellen⁷⁸⁸.

⁷⁸² *Re MW (Adoption: Surrogacy)* [1995] 2 F.L.R. 789 (12 juli 1994).

⁷⁸³ K. O'HALLORAN, *The Welfare of the Child: The principle and the law*, Aldershot, Ashgate, 1999, 267.

⁷⁸⁴ *Re P (Minors) (Wardship: Surrogacy)* [1987] 2 F.L.R. 421 (1 januari 1987).

⁷⁸⁵ Ph. ANDERSON, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?", *King's Student Law Review* 2010, (37) 40.

⁷⁸⁶ A.-M. HUTCHINSON, H. KHAN, B. O'LEARY en A. VORZEIMER, "International Surrogacy Arrangements: Between California and England and Wales", *Family Law* 2011, (1104) 1105.

⁷⁸⁷ <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/residency/Intercountry-surrogacy-leaflet>, nr. 6. *Supra* nr. 298.

⁷⁸⁸ *Re X & Y (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 F.L.R. 733 (9 december 2008), nr. 27.

324. De wensouders hoeven niet *per se* om een erkenning van de geboorteakte te verzoeken, maar kunnen ook een *parental order* aanvragen, aangezien dit mogelijk is ongeacht waar de draagmoeder zwanger geworden is of bevallen is⁷⁸⁹. Reeds verschillende malen werd een *parental order* aangevraagd na draagmoederschapstoerisme naar Oekraïne⁷⁹⁰, India⁷⁹¹ of de Verenigde Staten van Amerika⁷⁹².

Op grond van *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010*⁷⁹³ zal door de *parental order* het betrokken kind een Brits staatsburger worden, waardoor het recht krijgt om op permanente basis met zijn gezin in het Verenigd Koninkrijk te verblijven⁷⁹⁴.

325. In juni 2009 bracht de *UK Border Agency* een document uit, getiteld '*Inter-country surrogacy and the immigration rules*'⁷⁹⁵. Het legt enkele basisvereisten van het Britse recht uit en licht toe wat er moet gebeuren om in het buitenland geboren kinderen na draagmoederschap naar het Verenigd Koninkrijk te brengen onder toepassing van de immigratieregels.

Het document licht toe dat er drie mogelijke scenario's zijn bij draagmoederschap, gelet op de genetische verwantschap met het kind. Er zijn ook drie routes op grond waarvan een kind geboren in het buitenland na draagmoederschap Groot-Brittannië kan worden binnengebracht, gelet op de juridische erkenning van de band tussen de wensouders en het kind.

Belangrijk om voor ogen te houden is dat een ouder in de zin van de HFEA 1990 of 2008 niet noodzakelijk overeenstemt met wat onder een ouder moet worden verstaan in de zin van de *Nationality Acts*⁷⁹⁶. Zo volgt uit artikel 50, negende lid van de Britse *Nationality Act 1981* dat de echtgenoot van de

⁷⁸⁹ *Supra* nr. 311.

⁷⁹⁰ *Re IJ (A Child) (Foreign Surrogacy Agreement: Parental Order)* [2011] EWHC 921 (Fam), [2011] 2 F.L.R. 646 (19 april 2011); *Re X & Y (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 F.L.R. 733 (9 december 2008).

⁷⁹¹ *A&B v SA* [2013] EWHC 426 (Fam) (14 februari 2013); *D and L (Surrogacy)* [2012] EWHC 2631 (Fam), [2013] All E.R. 962 (28 september 2012); *X & Y* [2011] EWHC 3147 (Fam), [2012] 1 F.L.R. 3147 (6 december 2011); *A & A v P, P & B* [2011] EWHC 1738 (Fam), [2012] 3 W.L.R. 369 (8 juli 2011); *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180 (Fam), [2011] 1 F.L.R. 533 (28 mei 2010).

⁷⁹² *J v G* [2013] EWHC 1432 (Fam), [2013] CN 784 (26 maart 2013); *Re L (A Minor)* [2010] EWHC 3146 (Fam), [2011] 1 F.L.R. 1423 (8 december 2010); *Re S (Parental Order)* [2009] EWHC 2977 (Fam), [2010] 1 F.L.R. 1156 (9 november 2009).

⁷⁹³ *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010*, schema 4, paragraaf 7 j° artikel 1, vijfde lid en vijfde a lid *British Nationality Act 1981* (An Act to make fresh provision about citizenship and nationality, and to amend the *Immigration Act 1971* as regards the right of abode in the United Kingdom (nr. 61, 30 oktober 1981), www.legislation.gov.uk). Vóór deze *Regulations* volgde het burgerschap niet automatisch uit een *parental order*. Het was echter weinig waarschijnlijk dat het, indien om de toekenning ervan werd verzocht, zou worden geweigerd: *Re X & Y (Children) (Parental Order: Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), [2009] 1 F.L.R. 733 (9 december 2008), nr. 10.

⁷⁹⁴ Zie ook *J v G* [2013] EWHC 1432 (Fam), [2013] CN 784 (26 maart 2013), nr. 27.

⁷⁹⁵ Zie <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk>.

⁷⁹⁶ Zie <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk>, nr. 35.

draagmoeder de vader van het kind zal zijn, ongeacht de verwekking. Dit maakt het bijgevolg een complex systeem.

Hoofdstuk 6. Kritiek

326. LEE en MORGAN stelden in 2001 dat sinds 1985 draagmoederschap verschillende metamorfosen had ondergaan, van het seksuele naar het medische, van het private en onzichtbare naar het publieke en zichtbare, van het altruïstische naar het commerciële en terug en van het betwiste en controversiële naar het aanvaarde en medisch begeleide en terug⁷⁹⁷. Twaalf jaar later lijkt hieraan een evolutie te mogen worden toegevoegd, nl. van het nationale naar het internationale⁷⁹⁸.

Bovendien lijkt de derde evolutie opnieuw richting het commerciële te gaan. De laatste jaren wordt de rechtspraak steeds vaker geconfronteerd met gevallen van commercieel draagmoederschap, waarbij ze met het oog op een *parental order* retroactief betalingen aan de draagmoeder goedkeurt. Anderzijds blijkt (minstens altruïstisch) draagmoederschap niet langer controversieel te zijn⁷⁹⁹. Wel wordt de wetgeving en bijhorende rechtspraak vaak in vraag gesteld, ook op andere vlakken dan de retroactieve goedkeuring van betalingen.

327. Uit de analyse van de gekende rechtspraak blijkt dat nog maar zelden een *parental order* werd geweigerd⁸⁰⁰. Dit toont m.i. bijkomend aan dat de tussenstap van een *parental order* weinig efficiënt is, daar het een automatisme blijkt te worden, zelfs wanneer niet alle voorwaarden werden nageleefd.

Uit het kleine aantal weigeringen mag niet worden afgeleid dat alle voorwaarden steeds strikt werden nageleefd, maar wel dat de rechtspraak een soepele aanhouding heeft aangenomen. Dit is het gevolg van een postnatale benadering, waardoor rechters voor een voldongen feit komen te staan.

328. Door de recente evolutie van nationaal naar internationaal draagmoederschap, werd ook op een ander vlak duidelijk dat de Britse wetgeving inzake draagmoederschap inefficiënt kan zijn. Volgens GAMBLE

⁷⁹⁷ R. LEE en D. MORGAN, *Human Fertilisation and Embryology. Regulating the Reproductive Revolution*, Londen, Blackstone Press Limited, 2001, 201.

⁷⁹⁸ *Supra* nr. 324.

⁷⁹⁹ J.K. MASON en G.T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 284, nr. 8.87.

⁸⁰⁰ Een eerste maal omdat aan de domicilievereiste niet was voldaan (Re G (Surrogacy: Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814 (Fam), [2008] 1 F.L.R. 1047 (28 november 2007)), *Supra* nr. 311), een tweede maal omdat de Britse draagmoeder haar toestemming tot de *parental order* had geweigerd en eveneens had geweigerd het kind aan de wensouders over te dragen. Uiteindelijk werd een *residence order* ten gunste van de draagmoeder opgemaakt, ook al had de wensvader zelf om een *residence order* verzocht (CW v NT and Another [2011] EWHC 33 (Fam), [2011] 2 F.L.R. 392 (21 januari 2011), *supra* nr. 319).

heeft dit draagmoederschapstoerisme gezorgd voor een tikkende tijdbom voor het delicate evenwicht dat de voorbije twintig jaar werd behouden. De HFEA 2008 hield niet in detail rekening met draagmoederschap en dit was een gemiste kans. GAMBLE stelt dan ook een hervorming van de wetgeving voor, daar het tijd is voor een nieuwe aanpak⁸⁰¹. Ook volgens HORSEY en SHELDON is een hervorming nodig door deze evolutie⁸⁰².

In het algemeen wordt opgeroepen tot een hervorming van de bestaande wetgeving. De wetgever van twintig jaar geleden ging ervan uit dat draagmoederschap zou moeten worden ontmoedigd. Desondanks groeide draagmoederschap uit tot een aanvaarde procreatietechniek. Bijgevolg vereist deze dan ook betere regulering. Nieuwe wetgeving is nodig die oog heeft voor de huidige realiteit van de praktijk en effectieve bescherming biedt aan de betrokkenen⁸⁰³. De bestaande wetgeving wordt in ruime mate als ineffectief en mogelijks gevaarlijk ervaren. De combinatie van een verbod op commercieel draagmoederschap en toepassing van onaangepaste regels inzake begeleide voortplanting, regelt het juridische ouderschap van het kind. Hierdoor blijft draagmoederschap in grote mate ongeregeld en krijgen de betrokkenen geen professionele hulp of richtlijnen, in tegenstelling tot het strikte kader rond andere medisch begeleide voortplantingsdiensten⁸⁰⁴.

Ook de onafdwingbaarheid van de draagmoederschapsovereenkomsten wordt niet enthousiast onthaald⁸⁰⁵. Zo wenst JACKSON dat een hervorming van de wetgeving erop gericht is om aan partijen die plannen een draagmoederschapsovereenkomst af te sluiten, advies en begeleiding aan te bieden, om zo onzekerheid, onrechtvaardigheid en disputen te vermijden⁸⁰⁶. Informele draagmoederschapsovereenkomsten kunnen immers gevaarlijk zijn, zoals blijkt uit *Re T*⁸⁰⁷.

329. Het is opmerkelijk dat de British Medical Association om een grondige herziening van de wetgeving vraagt om zo de problemen en uitdagingen te identificeren die moeten worden aangepakt en waarbij eerder moet worden gefocust op de praktische aspecten en daadwerkelijke gevallen dan hoogstaande principes⁸⁰⁸.

⁸⁰¹ N. GAMBLE, "Crossing the line: the legal and ethical problems of foreign surrogacy", *Reproductive BioMedicine Online* 2009, (151) 151-152.

⁸⁰² K. HORSEY en S. SHELDON, "Still hazy after all these years: the law regulating surrogacy", *Medical Law Review* 2012, (67) 89.

⁸⁰³ A. ALGHRANI, "Surrogacy: 'A Cautionary Tale'" (Commentary bij *Re T* (a child) (surrogacy: residence order) [2011] EWCH 33 (Fam))", *Medical Law Review* 2012, (631) 641.

⁸⁰⁴ Ph. ANDERSON, "An Evaluation of Surrogacy Law and its Potential Development in the UK; Is There a Clear Way Forward?", *King's Student Law Review* 2010, (37) 42-43.

⁸⁰⁵ A. ALGHRANI, "Surrogacy: 'A Cautionary Tale'" (Commentary bij *Re T* (a child) (surrogacy: residence order) [2011] EWCH 33 (Fam))", *Medical Law Review* 2012, (1) 6.

⁸⁰⁶ E. JACKSON, *Regulating Reproduction, Law, Technology and Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2001, 284.

⁸⁰⁷ *Supra* nr. 319; A. ALGHRANI, "Surrogacy: 'A Cautionary Tale'" (Commentary bij *Re T* (a child) (surrogacy: residence order) [2011] EWCH 33 (Fam))", *Medical Law Review* 2012, (1) 2.

⁸⁰⁸ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION DEPARTMENT, *Medical Ethics Today: The BMA's Handbook of Ethics and Law*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2012, 351.

330. In het algemeen kan uit de Britse ervaring worden geleerd dat paniekwetgeving moet worden vermeden. De inactiviteit van de Belgische wetgever tot nu toe heeft als enige maar grote voordeel dat er niet overhaast regels worden opgesteld. Hieruit mag niet worden afgeleid dat het wetgevend ingrijpen op zich problematisch is, maar wel de manier waarop een wetgevend kader werd ingevuld.

De Britse wetgeving leert ons immers in de tweede plaats dat het belangrijk is dat beleidskeuzes daadwerkelijk kunnen worden doorgetrokken in de praktijk. Het kan niet zijn dat de rechtspraak voortdurend *contra legem* uitspraken moet doen om zo een zekere billijkheid te bereiken. Een logica, zowel in de conceptie van regels rond draagmoederschap als in de toepassing ervan, mag niet ontbreken.

Ten slotte moet de doelstelling van een wetgevend ingrijpen overeenstemmen met de invulling ervan. Draagmoederschap toelaten maar tegelijkertijd strikte en soms moeilijk toepasbare voorwaarden bepalen voor een *parental order*, teneinde draagmoederschap te ontmoedigen, is geen goede werkwijze en resulteert in dubbelzinnigheid van het systeem. Wordt draagmoederschap omkaderd in een permissieve regeling, dan moet het de bedoeling zijn om de partijen te begeleiden bij draagmoederschap en hen te beschermen tegen eventuele problemen. Wenst men dat de praktijk uitdooft, dan moet men kiezen voor een verbod.

Titel 29. Verenigde Staten van Amerika

Hoofdstuk 1. Inleiding

331. In de Verenigde Staten van Amerika bestaat geen uniforme regeling van draagmoederschap. In dit rechtsgebied komen alle vormen van regulering (en non-regulering) van draagmoederschap naast elkaar voor. Er is weliswaar een zekere evolutie merkbaar: steeds meer staten hebben een liberale, permissieve regeling voor draagmoederschap ingevoerd of staan op het punt deze in te voeren⁸⁰⁹.

In de literatuur wordt al lang gediscussieerd over een uniforme, federale regeling van het fenomeen⁸¹⁰. De Amerikaanse federale Grondwet beschermt enkele fundamentele rechten die bij draagmoederschap een rol spelen⁸¹¹.

332. Volgende deelstaten hebben geen *statute* of (vaste) *case law* inzake draagmoederschap: Alabama, Alaska, Colorado, Georgia, Hawaiï, Idaho, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Vermont, West-Virginia en Wyoming.

333. In enkele staten is de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst uitdrukkelijk in de wet of in de

⁸⁰⁹ Zie M. GUGUCHEVA, *Surrogacy in America*, Cambridge, 2010, Council for Responsible Genetics, 40 p.

⁸¹⁰ B.M. MCMACHON, "The Science Behind Surrogacy: Why New York Should Rethink Its Surrogacy Contracts Laws", *Albany Law Journal of Science and Technology* 2011, (359) 380-383; K. DRABIAK, C. WEGNER, V. FREDLAND en P.R. HEFT, "Ethics, Law, and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity", *Journal of Law, Medicine and Ethics* 2007, 300-309; J. LEVITT, "Biology, Technology and Geneology: A Proposed Uniform Surrogacy Legislation", *Columbia Journal of Law and Social Problems* 1992, 451-519; J.J. MANDLER, "Developing a Concept of the Modern "Family": A Proposed Uniform Surrogate Parenthood Act", *The Georgetown Law Journal* 1985, 1283-1329.

⁸¹¹ Voor meer informatie: *Matter of Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 77 A.L.R.4th 1, 56 USLW 2442 (N.J. 1988) (3 februari 1988); C. DASHIELL, "From Louise Brown to Baby M and Beyond: A Proposed Framework for Understanding Surrogacy", *Rutgers Law Review* 2013, (851) 858-868; K.M. MUTCHERSON, "How Parents Are Made: A Response to *Discrimination in Baby Making: The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents Through Surrogacy*", *Indiana Law Journal* 2013, 1207-1216; A.B. CARROLL, "Discrimination in Baby Making: The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents Through Surrogacy", *Indiana Law Journal* 2013, 1187-1206; D.F. EISENBERG, "Evolving with the Times: A Push to Legalize Surrogate Parenting Contracts in the State of New York", *Pace Law Review* 2013, (302) 318-325; K. KRUSE, "Constitutionality of Recognizing Multiple Parental Rights in the Surrogacy Context", *Wisconsin Women's Law Journal* 1992-93, 67-84; H.T. KRIMMEL, "Can Surrogate Parenting be Stopped? An Inspection of the Constitutional and Pragmatic Aspects of Outlawing Surrogate Mother Arrangements", *Valparaiso University Law Review* 1992, 1-38; M.A. FIELD, *Surrogate Motherhood*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, 46-74; B.L. KELLER, "Surrogate Motherhood Contrats in Louisiana: To Ban or to Regulate?", *Louisiana Law Review* 1988, (143) 168-181; B. BROWN, "Surrogate Parenting Law: The Applicability of LA-R.S. 14 § 286 Towards Providing a Constitutionally Reasonable and Legitimate Means By Which the State May Address Surrogate Contracts", *Southern University Law Review* 1986, 125-151.

rechtspraak bepaald: Arizona, Indiana, Louisiana, Massachussets, Nebraska, New Jersey en New York.

334. In de staten Michigan, New York en het District of Columbia zijn draagmoederschapsovereenkomsten eveneens uitdrukkelijk nietig en bovendien geldt in deze gebieden een expliciet strafrechtelijk verbod op draagmoederschap.

335. In Calorado en New Mexico werd een verbod op (betaling voor of bemiddeling in) draagmoederschap opgenomen in de adoptiewetgeving.

336. Connecticut, Maryland, Ohio en Pennsylvania hebben (vaste) *case law* die zich uitspreekt over de familierechtelijke gevolgen van draagmoederschap.

337. In Arkansas, California, Delaware, Florida, Illinois, Michigan, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Washington en Wisconsin zijn deze gevolgen in meerdere of mindere mate bepaald in wetgeving.

Hoofdstuk 2. Alabama

338. Artikel 26-10A-33 van de Code of Alabama inzake strafbaarstelling van het plaatsen van kinderen voor adoptie door onbevoegden en artikel 26-10A-34 inzake strafbaarstelling van sommige betalingen bij adoptie, stellen uitdrukkelijk dat zij niet van toepassing zijn op draagmoederschap. De regeling van draagmoederschap werd overgelaten aan afzonderlijke wetgeving, die tot nu toe ontbreekt.

Hoofdstuk 3. Arizona

339. Op grond van artikel 25-218, A Arizona Revised Statutes is het o.m. verboden om een draagmoederschapsovereenkomst aan te gaan of te regelen.

Artikel 25-218 B en C bepaalden dat de draagmoeder de juridische moeder was van het kind en recht had op het ouderlijk gezag en een weerlegbaar vermoeden van vaderschap speelde t.a.v. haar echtgenoot. Het moederschap van de draagmoeder was onweerlegbaar. Wensouders stelden de grondwettigheid van deze bepaling in vraag, op grond van de *Equal Protection Clause* van het *Fourth Amendment*, omdat de genetische wensvader zijn vaderschap kon laten vaststellen terwijl dat voor de genetische wensmoeder onmogelijk was. De Court of Appeals te Arizona volgde deze redenering en besloot tot de ongrondwettigheid⁸¹².

⁸¹² *Soos v. Superior Court in and for County of Maricopa*, 182 Ariz. 470, 897 P.2d 1356, 63 USLW 2390 (Ariz. App. 1994) (8 december 1994).

340. De wet moet nog worden aangepast, waardoor de huidige situatie enigszins onduidelijk is: werd de hele wet over draagmoederschap aangetast door de ongrondwettigheid of blijven de andere bepalingen op zich bestaan⁸¹³?

Hoofdstuk 4. Arkansas

341. Op grond van artikel 9-10-201 Code of Arkansas, ingevoerd in 1989, zullen bij draagmoederschap de biologische vader en de wensmoeder, indien zij gehuwd zijn, de juridische ouders zijn, of de ongehuwde biologische vader of de wensmoeder wanneer anoniem donorsperma werd gebruikt voor kunstmatige inseminatie.

Bij de aangifte van de geboorte wordt de draagmoeder vermoed de moeder te zijn en zal zij ook zo worden ingeschreven op de geboorteakte. Een vervangend certificaat is echter mogelijk indien dit wordt bevolen door de rechtbank.

Hoofdstuk 5. Californië

342. In Californië trad op 1 januari 2013 wetgeving m.b.t. draagmoederschap in werking. De wet kwam er na een jarenlange traditie van *case law* m.b.t. draagmoederschap, met als bekendste uitspraak *Johnson v. Calvert* uit 1993. De wet zal worden geanalyseerd nadat dit arrest werd toegelicht.

In deze rechterlijke beslissing werd het intentioneel ouderschap van de wensouders als criterium aangewend voor de vaststelling van de afstammingsband. Californië nam met dit arrest een duidelijk standpunt in in de discussie omtrent het commercieel draagmoederschap. Deze uitspraak stond in schril contrast met de toenmalige wetgeving en rechtspraak van vele andere deelstaten van de VSA en betekende een breekpunt met de eerder vijandige houding t.a.v. draagmoederschap veroorzaakt door uitspraak in de zaak *Baby M.*⁸¹⁴. De houding van het hoogste Hof in Californië werd door verschillende andere staten gevolgd⁸¹⁵.

Het maakte van Californië ook een ware draagmoederschapsbestemming. Uit deel I ('Nood aan ingrijpen') bleek dat ook Belgische wensouders naar Californië zijn getrokken om hun kinderwens te vervullen.

⁸¹³ Zie M.E. HOLLAND, "Forbidding Gestational Surrogacy: Impeding the Fundamental Rights to Procreate", *U.C. Davis Journal of Juvenile Law and Policy* 2013, 1-28.

⁸¹⁴ *Matter of Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 77 A.L.R.4th 1, 56 USLW 2442 (N.J. 1988) (3 februari 1988).

⁸¹⁵ Zie S.H. SNYDER, "United States of America" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (387) 389.

343. Vóór *Johnson v. Calvert* moesten de Californische rechters zich in 1991 uitspreken over een geschil tussen wensouders en draagmoeder⁸¹⁶. Het betrof een geval van laagtechnologisch draagmoederschap. T.a.v. de wensvader was het vaderschap gerechtelijk vastgesteld. De wensmoeder wou het kind adopteren, maar acht maanden na de schriftelijke toestemming tot adoptie vorderde de draagmoeder de intrekking van haar toestemming. Deze werd geweigerd, net als haar vordering tot nietigverklaring van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Het hof van beroep kwam tot deze beslissing, niet vanuit de (on)geldigheid van draagmoederschapsovereenkomsten, maar wel vanuit het belang van het kind en gelet op de band tussen de wensouders en het kind, de geschiktheid van de wensouders als ouders en de twijfel omtrent de geschiktheid van de draagmoeder, en met oog op de nood aan stabiliteit van het kind.

Afdeling 1. Initieel wensouderschap als criterium in *Johnson v. Calvert*

344. *Johnson v. Calvert* betrof een geval van hoogtechnologisch draagmoederschap, waarbij beide wensouders genetisch verwant waren met het kind. De wensmoeder kon om medische redenen geen kind dragen. De wensouders hadden een draagmoederschapsovereenkomst afgesloten, waarbij werd gestipuleerd dat de draagmoeder het embryo bij zich zou laten inplanten, het kind van de wensouders zou zijn en de draagmoeder in ruil voor een vergoeding en een levensverzekeringsspolis de ouderlijke rechten over het kind aan het gehuwde wenspaar zou afstaan. Tijdens de zwangerschap verslechterde de relatie tussen de partijen, en de draagmoeder gaf aan dat zij misschien wel zou weigeren het kind af te staan.

Hierop stelden de wensouders een vordering in om voor recht te doen verklaren dat zij de juridische ouders waren van het nog ongeborn kind, waarop de draagmoeder zelf een vordering instelde om moeder van het kind te worden verklaard. Een uitspraak in eerste aanleg kwam er pas nadat het kind was geboren. Er werd geoordeeld dat de wensouders de genetische, biologische en 'natuurlijke' vader en moeder van het kind waren, dat de draagmoeder geen ouderlijke rechten over het kind had en de overeenkomst geldig en afdwingbaar was tegenover draagmoeder.

345. Deze beslissing werd door de Supreme Court bevestigd⁸¹⁷. Het Hof steunde zich op de federale Uniform Parentage Act 1975 (hierna UPA), die niet werd ontwikkeld om draagmoederschapsgeschillen op te lossen, maar wel van toepassing was op de vaststelling van om het even welk ouderschap, alsook op het uitzonderlijke geval waarbij de vordering het moederschap van een kind betreft.

⁸¹⁶ *Adoption of Matthew B.*, 232 Cal. App. 3d 1239, 284 Cal. Rptr. 18 (Cal. App. 1991) (30 juli 1991).

⁸¹⁷ *Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776, 19 Cal.Rptr.2d 494, 61 USLW 2721 (Cal. 1993) (20 mei 1993).

Volgens het Hof erkende de UPA zowel genetische verwantschap als de bevalling als een wijze om een moeder-kindrelatie te vestigen. Bestonden beide criteria niet in hoofde van eenzelfde vrouw, dan diende volgens het Hof naar Californisch recht dit conflict te worden opgelost door onderzoek naar de bedoelingen van de partijen: de vrouw die de bedoeling had om het kind te krijgen, was dan de natuurlijke moeder. Dit criterium kon worden omschreven als de *'intent test'*. Volgens het Hof zou de draagmoeder nooit de mogelijkheid hebben gehad om het kind te dragen had zij vóór de verwekking aangegeven het kind te willen houden. Er was geen reden waarom de verandering van mening van de draagmoeder de vaststelling dat de wensmoeder de natuurlijke moeder is, zou hebben tenietgedaan.

Het Hof stelde uitdrukkelijk dat gestationeel draagmoederschap op cruciale punten verschilt van adoptie en daardoor de adoptiewetgeving niet van toepassing was⁸¹⁸. De draagmoeder voerde een schending van deze wetgeving aan, nl. een schending van het verbod op het betalen voor de toestemming tot de adoptie van het kind. Het Hof wees er echter op dat de overeenkomst vrijwillig werd aangegaan vóór de verwekking, waardoor de draagmoeder op dat moment geen financiële impulsen kon krijgen om afstand te doen van haar eigen kind. De betalingen waren bedoeld om de draagmoeder te vergoeden voor haar diensten, en niet voor het afstaan van ouderlijke rechten.

Verder oordeelde het Hof dat de draagmoederschapsovereenkomst niet *per se* strijdig was met de openbare orde, gestationeel draagmoederschap niet neerkomt op onvrijwillige slavernij en de beëindiging van de rechten van de draagmoeder over het kind niet ongrondwettig was.

346. Omwille van de precedentenwerking in de VSA⁸¹⁹ kreeg deze beslissing van de Supreme Court navolging in latere beslissingen.

Toch bleek uit de rechtspraak dat *Johnson v. Calvert* niet zonder meer kon worden toegepast op alle gevallen van draagmoederschap. Zo besloot een hof van beroep in *Moschetta v. Moschetta*⁸²⁰, een geval van commercieel, laagtechnologisch draagmoederschap waarbij de wensouders uit elkaar gingen en de wensmoeder op grond van de draagmoederschapsovereenkomst verzocht om een ouder-kindrelatie vast te stellen tussen haar en het kind, dat de Supreme Court zich enkel had uitgesproken over hoogtechnologisch draagmoederschap, waarbij het genetische en biologische moederschap gesplitst was. Bovendien had dit Hof enkel gesteld dat de overeenkomsten niet strijdig waren met de openbare orde, wat volgens het hof van beroep geen uitspraak impliceerde over de

⁸¹⁸ Zie ook *In re Doe*, 7 Misc.3d 352, 793 N.Y.S.2d 878 (N.Y. Count.) (25 januari 2005). Dit staat in schril contrast met de beslissing van de Supreme Court te New Jersey in *Baby M.* (Matter of Baby M, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 77 A.L.R.4th 1, 56 USLW 2442 (N.J. 1988) (3 februari 1988)).

⁸¹⁹ E.A. FARNSWORTH, *An Introduction to the Legal System of the United States*, New York, Oxford University Press, 2010, 58-68.

⁸²⁰ *In re Marriage of Moschetta*, 25 Cal.App.4th 1218, 30 Cal.Rptr.2d 893, 63 USLW 2031 (Cal. App. 1994) (13 oktober 1994).

afdwingbaarheid ervan, waarom in *Moschetta v. Moschetta* net wel werd verzocht.

De overeenkomst kon niet worden beschouwd als een adoptieovereenkomst en het hof van beroep bevestigde de uitspraak in eerste aanleg dat de draagmoeder de juridische moeder was, maar sprak zich niet uit over wie het ouderlijk gezag zou uitoefenen. Deze beslissing werd terugverwezen naar het niveau van eerste aanleg. Er kwam kritiek op deze uitspraak⁸²¹.

347. De Supreme Court stelde in *Johnson v. Calvert* dat ook bij draagmoederschap met embryodonatie de wensouders zou moeten worden erkend als de juridische en 'natuurlijke' ouders van het kind, omdat dit het best de zekerheid en stabiliteit van het kind bevordert.

In *In re Marriage of Buzzanca* werd deze stelling gevolgd door een hof van beroep. Deze zaak betrof een onderhoudsvordering ingesteld door de wensmoeder tegen de wensvader, m.b.t. een kind, verwekt voor en geboren na de inleiding van de echtscheidingsprocedure door de wensvader, d.m.v. hoogtechnologisch draagmoederschap en embryodonatie⁸²². De wensvader beweerde dat er geen kinderen waren geboren uit het huwelijk en hij dus ook niet (financieel) verantwoordelijk was voor het kind geboren uit de draagmoeder. Op haar beurt vorderde de wensmoeder dat zij en haar echtgenoot de juridische ouders van het kind waren. Er was geen sprake van een geschil met de draagouders, die dan ook niet het ouderschap opeisten.

In eerste aanleg werd besloten dat het kind geen juridische ouders had omdat enerzijds de draagouders in de draagmoederschapsovereenkomst hadden gestipuleerd dat zij niet de biologische ouders waren, en anderzijds omdat de wensouders niet de genetische ouders waren⁸²³. De wensmoeder stelde tegen deze beslissing hoger beroep in en het hof van beroep oordeelde dat de wensouders de juridische ouders van het kind waren. Het hof interpreteerde artikel 7610 UPA⁸²⁴ in die zin dat ouderlijke relaties ook op andere manieren kunnen worden vastgesteld dan deze weergegeven in artikel 7610, nl. door een test die het genetische ouderschap aantoonde of adoptie, in tegenstelling tot de rechter in eerste aanleg die van mening was dat het moederschap enkel kon worden aangetoond door de bevalling.

⁸²¹ L.P. BOLDUC, "My Two Moms: The Dimensions of Surrogate Motherhood as Determined by the California Supreme Court in *Johnson v. Calvert*", *Western State University Law Review* 1993, (341) 344: "Thus, the Moschetta court came as close as it could to "splitting the baby" without doing actual surgery".

⁸²² *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280, 77 A.L.R.5th 775, 98 Cal. Daily Op. Serv. 1782, 98 Daily Journal D.A.R. 2436 (Cal. App. 1998) (10 maart 1998).

⁸²³ *Jaycee B. v. Superior Court*, 42 Cal.App.4th 718, 49 Cal.Rptr.2d 694, 96 Cal. Daily Op. Serv. 883, 96 Daily Journal D.A.R. 1345 (Cal. App. 1996) (1 mei 1996). Voor een bespreking van deze beslissing zie R.D. MONARCH, "In re Marriage of Buzzanca: Trial Court Analysis", *Western State University Law Review* 1999, 1-24.

⁸²⁴ Art. 7610 UPA: "The parent and child relationship may be established as follows: (a) Between a child and the natural mother, it may be established by proof of her having given birth to the child, or under this part. (b) Between a child and the natural father, it may be established under this part. (c) Between a child and an adoptive parent, it may be established by proof of adoption".

Na deze vaststelling maakte het hof een redenering naar analogie van artikel 7613 UPA dat het wensouderschap bij KID beschermt door te bepalen dat onder bepaalde voorwaarden de echtgenoot van de geïnsemineerde vrouw in het recht als de natuurlijke vader zal worden behandeld⁸²⁵. Volgens het hof was in deze bepaling essentieel dat de echtgenoot zijn toestemming daartoe geeft. Hoewel er opmerkelijke verschillen waren tussen het draagmoederschap in deze specifieke zaak en KID, legde het hof toch de focus op de bedoelingen van de wensouders: als de echtgenoot bij KID in rechte moet worden behandeld als de natuurlijke vader, dan zag het geen reden waarom dit anders zou zijn voor een gehuwde man en vrouw die beide hun toestemming geven tot IVF door ongekende donoren en daaropvolgende implantatie bij een vrouw, die bereid is als draagmoeder het embryo voor hen te voldragen. In beide gevallen werd een kind voortgebracht omdat een medische procedure werd gestart, waartoe de wensouders toestemden. Het enige verschil in dit specifieke geval van draagmoederschap was dat, in tegenstelling tot bij KID, er geen reden was om een onderscheid te maken tussen de man en de vrouw. De wensvader was net zo verantwoordelijk voor de verwekking van het kind als was deze op de natuurlijke wijze gebeurd. Dat de schriftelijke draagmoederschapsovereenkomst werd opgesteld en ondertekend twee weken na de verwekking vormde voor het hof geen probleem: er bestond reeds een mondelinge overeenkomst tussen de betrokkenen vóór de implantatie.

Het hof wees verder nog op artikel 7570, (a) UPA⁸²⁶, nl. op het staatsbelang om situaties van ouderloze kinderen te vermijden en ouderschap vast te stellen, alsook op *Johnson v. Calvert*, dat duidelijk uitsloot dat een rechtbank een draagmoeder of eiceldonor als juridische moeder beschouwt van een kind geboren na draagmoederschap.

De gevolgen van *Buzzanca* zijn verregaand. Deze rechtspraak breidt de rechten uit van elke wensouder die niet genetisch verwant is met het kind en verklaart mede waarom Californië zo populair is bij wensouders⁸²⁷.

Afdeling 2. Initieel wensouderschap als criterium in wetgeving, ongeacht de vorm van draagmoederschap

348. In de rechtspraak⁸²⁸ en rechtsleer⁸²⁹ werd meermaals opgeroepen om draagmoederschap wettelijk te regelen, m.o.o. voorspelbaarheid en zekerheid bij de betrokkenen bij een draagmoederschapsovereenkomst.

⁸²⁵ Deze bepaling is vergelijkbaar met artikel 318, § 4 Belgisch BW.

⁸²⁶ Art. 7570, (a) UPA: "There is a compelling state interest in establishing paternity for all children. Establishing paternity is the first step toward a child support award, which, in turn, provides children with equal rights and access to benefits, including, but not limited to, social security, health insurance, survivors' benefits, military benefits, and inheritance rights. Knowledge of family medical history is often necessary for correct medical diagnosis and treatment. Additionally, knowing one's father is important to a child's development".

⁸²⁷ M.D. O'HARA en A.W. VORZIMER, "In re Marriage of Buzzanca: Charting a New Destiny", *Western State University Law Review* 1999, (25) 26-27 en 34-36.

Twintig jaar na *Johnson* werd eindelijk gehoor gegeven aan deze verzuchtingen. Artikel 7962 Family Code werd ingevoerd door 'An act to amend Section 7960 of, to amend the heading of Part 7 (commencing with Section 7960) of Division 12 of, and to add Section 7962 to, the Family Code, relating to surrogacy agreements'. De wet werd op 23 september 2012 goedgekeurd en trad in werking op 1 januari 2013.

Deze wet bevestigt de visie van de hoger besproken rechtspraak en wil deze rechtspraak verduidelijken en verbeteren: de wensouders zijn de natuurlijke ouders, zelf zonder biologische of genetische band met het kind⁸³⁰. Daarbij is de wil van degene die het kind wenste bij het aangaan van de overeenkomst bepalend.

349. Aan de term 'wensouder' wordt een ruim toepassingsgebied gegeven, aangezien elk individu, gehuwd of niet, dat de wil uit om juridisch gebonden te zijn als ouder van een kind dat zal worden geboren door begeleide voortplanting, waaronder draagmoederschap, een wensouder is (art. 7960, (c) Family Code).

Alleenstaanden, ongehuwde paren en ook wensparen van hetzelfde geslacht vallen onder deze omschrijving.

350. M.b.t. de overeenkomst wordt o.m. een minimale inhoud (art. 7962, (a) Family Code) en een verplichte vertegenwoordiging door een advocaat voorafgaand aan de ondertekening ervan (art. 7962, (b) Family Code) opgelegd.

351. Belangrijker is echter dat uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot een prenatale vordering tot het vaststellen van de ouder-kindrelatie wordt voorzien (art. 7962 (e) Family Code).

De vordering kan worden ingesteld door elke partij bij de draagmoederschapsovereenkomst, dus ook door de draagouders als de wensouders hun verantwoordelijkheid zouden willen ontlopen. Zo kunnen de draagouders ervoor zorgen dat zij niet ongewild verantwoordelijk zijn voor het kind. De wet laat geen ruimte voor een bedenkrecht voor de draagmoeder eens het kind bij haar is verwekt, aangezien vanaf dan de

⁸²⁸ *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280, 77 A.L.R.5th 775, 98 Cal. Daily Op. Serv. 1782, 98 Daily Journal D.A.R. 2436 (Cal. App. 1998) (10 maart 1998); *Jaycee B. v. Superior Court*, 42 Cal.App.4th 718, 49 Cal.Rptr.2d 694, 96 Cal. Daily Op. Serv. 883, 96 Daily Journal D.A.R. 1345 (Cal. App. 1996) (1 mei 1996); *In re Marriage of Moschetta*, 25 Cal.App.4th 1218, 30 Cal.Rptr.2d 893, 63 USLW 2031 (Cal. App. 1994) (13 oktober 1994).

⁸²⁹ G. WHITER, "Surrogate Contracts: Another Cry From the California Courts for Legislative Action", *Journal of Juvenile Law* 1998, (437) 444-447; L.P. BOLDUC, "My Two Moms: The Dimensions of Surrogate Motherhood as Determined by the California Supreme Court in *Johnson v. Calvert*", *Western State University Law Review* 1993, (341) 368; B.P. SMITH, "Anna J. v. Marck C.: Proof of the Imminent Need for Surrogate Motherhood Regulation", *Journal of Family Law* 1991-92, (493) 507-517; N.M. HEALY, "Beyond Surrogacy: Gestational Parenting Agreements Under California Law", *UCLA Women's Law Journal* 1991, (89) 130.

⁸³⁰ Assembly floor analysis AB 1217, 28 augustus 2012, <http://leginfo.legislature.ca.gov>.

vordering kan worden ingesteld en het vermoeden speelt dat door de draagmoederschapsovereenkomst de wensouders de juridische ouders zijn en niet de draagouders.

Mits bewijs dat aan de vereisten van de wet is voldaan, zal het vonnis van de rechtbank de ouder-kindrelatie van de wensouders zoals bepaald in de draagmoederschapsovereenkomst vaststellen en meteen ook vaststellen dat de draagmoeder en haar partner geen ouders zijn van en geen ouderlijke rechten of plichten hebben t.a.v. het kind of de kinderen.

De draagmoederschapsovereenkomst zal bijgevolg in principe ertoe leiden dat het vermoeden dat de draagmoeder en haar partner de ouders van het kind zijn, wordt weerlegd⁸³¹. Het vonnis zal de ouderlijke rechten van de draagmoeder en haar partner beëindigen zonder dat daarvoor een verdere hoorzitting of bewijs vereist is, tenzij de rechtbank of een partij bij de draagmoederschapsovereenkomst van mening is dat de overeenkomst niet werd uitgevoerd in overeenstemming met de wet. Op vordering van een partij kan in dat geval toch een hoorzitting worden gepland.

Indien de vereisten van de wet niet werden nageleefd, verhindert dit echter niet dat de rechtbank alsnog vaststelt dat de wensouders de juridische ouders zijn (art. 7962, (f) Family Code). Dit laatste is belangrijk omdat zo een mogelijkheid wordt geboden om bij niet-naleving van de wet een afweging te maken.

352. Dat de overeenkomst tegen betaling is, verhindert de vaststelling van het ouderschap niet. Integendeel, commercieel draagmoederschap is in Californië toegelaten en artikel 7960 *et seq.* in de Family Code poogt oplichting daarbij tegen te gaan.

Het komt immers voor dat een persoon of agentschap belooft een draagmoeder te vinden voor wensouders, alsook om alle noodzakelijke medische en juridische regelingen te treffen, en dit tegen een betaling van een som gaande van \$ 40.000 tot \$ 80.000. De wensouders worden gevraagd een aanzienlijk deel van die som op voorhand te betalen, zodanig dat de bemiddelaar kan betalen voor de nodige diensten. Het gebeurt echter dat de bemiddelaar na de betaling verdwijnt. De wensouders kunnen in dat geval wel vorderingen instellen, maar enkel als ze de tussenkomenende persoon kunnen vinden. De artikelen 7960 *et seq.* beogen niet de gronden voor vorderingen door de wensouders uit te breiden, maar wel het wegnemen van de nood eraan, door te vereisen dat de sommen worden gestort in een *escrow of trust account* van een advocaat⁸³².

353. De wet bepaalt geen verblijfplaatsvereiste waardoor buitenlandse wensparen zich nog steeds naar Californië kunnen begeven voor draagmoederschap.

⁸³¹ Senate Judiciary Committee AB 1217, 3 juli 2012, te raadplegen op <http://leginfo.legislature.ca.gov>.

⁸³² Assembly floor analysis, AB 2426, 29 juni 2010, <http://leginfo.legislature.ca.gov>.

Hoofdstuk 6. Connecticut

354. Sinds 2011 is het in Connecticut mogelijk voor wensouders om in de context van draagmoederschap een afstammingsband vast te stellen met het kind. Deze wetswijziging kwam er na het arrest *Raftopol v Ramey* van de Supreme Court⁸³³, waarbij de juridische waarde van intentioneel ouderschap in hoofde van een tweede, genetische niet-verwante wensvader werd erkend.

Het betrof een geval van hoogtechnologisch draagmoederschap met een wenspaar van twee mannen. De ene wensvader was de genetische vader. De wensouders vorderden dat de niet-genetische wensvader ook in de geboorteakte zou worden vermeld als ouder. Het Hof interpreteerde de bestaande afstammingswetgeving in die zin dat de wetgever de bedoeling had gehad om op grond van een specifieke bepaling de staat van ouder aan een wensouder, die partij is bij een geldige draagmoederschapsovereenkomst, toe te kennen ongeacht de genetische relatie met het kind.

Dergelijke wensouders moesten het kind dus niet adopteren om de juridische ouder te worden. Een rechtbank heeft de mogelijkheid om de opmaak te bevelen van een vervangende geboorteakte met vermelding van de naam van beide wensouders. Het hoogste Hof te Connecticut wees in het arrest op de nood aan wetgeving in de materie van draagmoederschapsovereenkomsten.

355. De wetgever ging in op deze oproep en op 8 juli 2011 werd de invoering van artikel 7-48a *General Statutes of Connecticut* door de gouverneur goedgekeurd. Deze bepaling maakt de vaststelling van het ouderschap t.a.v. wensouders gemakkelijker en maakt het mogelijk dat ook de geboorteakte in die zin wordt opgesteld. Het toepassingsgebied is beperkt tot hoogtechnologisch draagmoederschap.

Hoofdstuk 7. Delaware

356. Op 30 juni 2013 werd in de Senaat van Delaware de *‘Act to amend Title 13 of the Delaware Code relating to gestational carrier agreements’* goedgekeurd.

Draagmoederschap wordt door deze wet gelegaliseerd: onder bepaalde inhoudelijke en procedurele voorwaarden zijn draagmoederschapsovereenkomsten geldig en een *pre-birth order* kan worden verkregen die het juridische ouderschap van de wensouders erkent.

De term ‘wensouder’ kent een breed toepassingsgebied: alleenstaanden, niet-gehuwde paren alsook wensparen van hetzelfde geslacht komen in aanmerking. Enkel hoogtechnologisch draagmoederschap is toegelaten. Deze

⁸³³ *Raftopol v. Ramey*, 299 Conn. 681, 12 A.3d 783 (Conn. 2011) (5 januari 2011).

wet werd duidelijk geïnspireerd door de liberale rechtspraak en wetgeving van Californië, waarop hoger werd ingegaan⁸³⁴.

Hoofdstuk 8. District of Columbia

357. Artikel 16-402 D.C. Code verbiedt draagmoederschapsovereenkomsten, die zowel laag- als hoogtechnologisch kunnen zijn. De overeenkomst is niet afdwingbaar. Betrokkenheid bij commerciële draagmoederschapsovereenkomsten is bovendien strafrechtelijk verboden.

358. In 2013 werd een wetsvoorstel B20-0032 *'to amend Chapter 4 of Title 16 of the District of Columbia Official Code to permit surrogate parenting contracts within the District to establish a legal relationship between a child and his or her intended parent and govern proceedings to establish that relationship'* ingediend. De voorgestelde regeling komt in sterkte mate overeen met de recent ingevoerde wetgeving in Californië⁸³⁵.

Hoofdstuk 9. Florida

359. Florida is het enige bestudeerde rechtssysteem dat enerzijds een afzonderlijk statuut heeft voor hoogtechnologisch draagmoederschap en anderzijds een statuut voor draagmoederschap dat niet aan de vereisten van het eerste statuut voldeed (bv. laagtechnologisch draagmoederschap). Het is een interessante benadering om een andere rechtsbescherming te bieden naargelang de draagmoeder al dan niet de genetische moeder is.

Of dat deze splitsing in België de toetsing met het grondwettelijk non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel zou doorstaan, is twijfelachtig. Er wordt immers een onderscheid gemaakt tussen kinderen, op grond van de wijze van hun geboorte.

360. Bij beide vormen moet de rechter tussenkomen opdat een afstammingsband tussen kind en wensouder tot stand komt.

Geen van beide statuten legt een verblijfplaatsvereiste op en evenmin een medische of psychologische screening of begeleiding van de betrokkenen.

Afdeling 1. Bevestiging van het wensouderschap bij hoogtechnologisch draagmoederschap

361. Artikel 742.13 *et seq.* van de *Florida Statutes*, ingevoerd in 1993, bepaalt een wettelijk kader voor hoogtechnologisch draagmoederschap.

⁸³⁴ *Supra* nr. 348.

⁸³⁵ *Supra* nr. 348.

362. Het ouderschap t.a.v. de wensouders komt maar na de geboorte vast te staan. Zij kunnen immers binnen drie dagen na de geboorte van het kind een vordering instellen bij een bevoegde rechtbank voor een versnelde bevestiging van hun staat als ouder (art. 742.16, (1) Florida Statutes). Komt de rechtbank op de hoorzitting, die onmiddellijk kan volgen op het instellen van het verzoek, tot de conclusie dat de geldige en afdwingbare draagmoederschapsovereenkomst overeenkomstig de wet werd uitgevoerd, alsook dat minstens één van de wensouders de genetische ouder is van het kind, dan velt de rechtbank een vonnis waarin wordt gesteld dat de wensouders de juridische ouders zijn van het kind (art. 742.16, (2) en (6) Florida Statutes). Indien minstens één wensouder de genetische ouder is, worden de wensouders geacht de natuurlijke ouders van het kind te zijn (art. 742.16, (7) Florida Statutes).

Indien de vordering wordt toegekend, wordt de opmaak van een nieuwe geboorteakte bevolen. De oorspronkelijke geboorteakte wordt verzegeld (*sealed*) (art. 742.16, (8) Florida Statutes).

363. De draagmoederschapsovereenkomst speelt een belangrijke rol in de hele procedure en kan bindend en afdwingbaar zijn (art. 742.15 (1) Florida Statutes), voor zover aan de hieronder besproken voorwaarden is voldaan.

Er is niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorzien voor de partijen om de overeenkomst op om het even welk ogenblik te beëindigen. Zowel de draagmoeder als de wensouders zijn erdoor gebonden.

364. De wet bepaalt de minimuminhoud van de overeenkomst (art. 742.15, 3) Florida Statutes), waaronder het akkoord van de draagmoeder om afstand te doen van haar ouderlijke rechten en haar medewerking te verlenen aan de vermelde procedure tot bevestiging van het ouderschap. De draagmoeder gaat tevens de verbintenis aan om de ouderlijke rechten en verantwoordelijkheden t.a.v. het kind op te nemen, indien mocht blijken dat geen van de wensouders de genetische ouder van het kind is.

De wet voorziet hierdoor in een opvangnet. Het kind wordt niet ouderloos in het geval dat door de wensouders aan de voorwaarde van genetisch ouderschap niet zou zijn voldaan. De wensouders verbinden er zich op hun beurt toe het ouderlijk gezag te aanvaarden en hun ouderlijke rechten en verantwoordelijkheden t.a.v. het kind op te nemen, ongeacht een mogelijke beperking van het kind.

365. Zoals reeds gezegd dient minstens één van de wensouders de genetische ouder te zijn. Enkel een gehuwd heteroseksueel wenspaar kan het verzoek tot bevestiging van het vermoeden instellen (art. 742.13, (2) Florida Statutes)⁸³⁶.

⁸³⁶ Op deze vereiste werd kritiek geleverd: J.L. ZUCKERMAN, "Extreme Makeover – Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the

366. Draagmoederschap is enkel toegelaten om medische redenen (art. 742.15, (2) Florida Statutes).

De draagmoeder en wensouders moeten minstens 18 jaar zijn (art. 742.15, (1) Florida Statutes).

Enkel de betaling van redelijke onkosten kan worden aanvaard (art. 742.15, (4) Florida Statutes).

Afdeling 2. *Preplanned adoption agreement*

367. Draagmoederschap dat niet valt onder het toepassingsgebied van artikel 742.13 e.v. Florida Statutes kreeg in Florida eveneens een juridisch statuut, maar valt onder het adoptieregime. De toepasselijke bepaling is 63.213 *Florida Statutes*, genaamd '*Preplanned adoption agreement*'⁸³⁷, ingevoerd in 2003 en gewijzigd in 2012.

368. Opdat dergelijke pre-adoptieovereenkomst m.b.t. draagmoederschap gevolgen kan hebben, moet aan verschillende voorwaarden worden voldaan.

De wet legt onder meer een minimuminhoud van de overeenkomst op.

369. De draagmoeder, die minstens 18 jaar is (art. 63.213, (6), (i) Florida Statutes), dient ermee akkoord te gaan om zwanger te worden door een in de overeenkomst bepaalde voortplantingstechniek, het kind te dragen, en haar ouderlijke rechten en verantwoordelijkheden die zij t.a.v. het kind zou hebben te beëindigen, aan de hand van een geschreven toestemming, die zij echter kan intrekken tot 48 uur na de geboorte van het kind (art. 63.213, (2) a) j° art. 63.213, (a) (b) Florida Statutes). Bij hoogtechnologisch draagmoederschap heeft de draagmoeder niet het recht om haar toestemming in te trekken⁸³⁸.

Zij dient er zich ook toe te verbinden om een medische evaluatie en behandeling te ondergaan en redelijke medische instructies m.b.t. de prenatale gezondheid op te volgen (art. 63.213, (2), (b) Florida Statutes).

370. In de overeenkomst dient de draagmoeder te erkennen dat zij ouderlijke rechten en verantwoordelijkheden zal hebben m.b.t. het kind

Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements", *Nova Law Review* 2008, (661) 676-681.

⁸³⁷ Over het gebruik van de verschillende terminologie bij wettelijke bepalingen inzake laagtechnologisch draagmoederschap enerzijds en deze bij hoogtechnologisch draagmoederschap anderzijds, zie J.L. ZUCKERMAN, "Extreme Makeover – Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements", *Nova Law Review* 2008, (661) 663-664 en vn. 8.

⁸³⁸ J.L. ZUCKERMAN, "Extreme Makeover – Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements", *Nova Law Review* 2008, (661) 668.

indien de wensouders de draagmoederschapsovereenkomst verbreken vooraleer een definitieve overdracht van ouderlijk gezag is voltooid, als een rechtbank vaststelt dat een ouder die in de overeenkomst wordt aangemerkt als de biologische ouder niet de biologische ouder is, of als de adoptie niet wordt goedgekeurd door de rechtbank.

De draagmoeder dient bijgevolg te beseffen dat zij, indien de voorwaarden niet zijn voldaan of de wensouders niet langer hun voornemen willen doorzetten, zij de juridische moeder van het kind zal zijn en bijgevolg kan worden gedwongen haar verantwoordelijkheid t.a.v. het kind op te nemen (art. 63.213, (2), (c) Florida Statutes).

Deze erkenning moet ook gebeuren door de wensvader die tevens de biologische vader is. De wensvader dient er zich m.a.w. van bewust te zijn dat zijn biologisch vaderschap bepalend zal zijn voor zijn juridisch ouderschap, ook los van de context van een '*preplanned adoption*' (art. 63.213, (2), (d) Florida Statutes) en dat de draagmoeder, indien zij het kind wenst te houden, van hem onderhoudsgeld voor het kind zou kunnen vorderen.

371. De wensmoeder en wensvader dienen in de overeenkomst te erkennen dat de mogelijkheid bestaat dat zij geen ouderlijk gezag of ouderlijke rechten over het kind verkrijgen indien de draagmoeder de overeenkomst verbreekt of binnen de 48 uur na de geboorte haar toestemming tot de adoptie intrekt (art. 63.213, (2), (e) Florida Statutes). De wensouders dienen er zich verder toe te verbinden om het ouderlijk gezag te aanvaarden en alle ouderlijke rechten en verantwoordelijkheden t.a.v. het kind op te nemen, onmiddellijk vanaf de geboorte, ongeacht eventuele gebreken van het kind (art. 63.213, (2), (g) Florida Statutes).

372. De overeenkomst moet bepalen dat de wensouders kunnen overeenkomen met de draagmoeder om alle redelijke juridische, medische, psychologische of psychiatrische kosten van de draagmoeder m.b.t. de adoptieovereenkomst te betalen, alsook een redelijke vergoeding voor ongemakken en medische risico's. Enige andere vergoeding is niet mogelijk. Commercieel draagmoederschap is bijgevolg verboden, hoewel de term vergoeding voor kosten ruim op te vatten is (art. 63.213, (2), (f) Florida Statutes). Betaling voor bemiddeling is eveneens verboden (art. 63.213, (5) Florida Statutes).

373. De wet verbiedt enkele clausules. De partijen kunnen niet overeenkomen dat de draagmoeder minder zal worden betaald indien het kind dood wordt geboren of met een handicap. Omgekeerd mag er niet worden bepaald dat de draagmoeder meer zal worden betaald voor welke reden dan ook (art. 63.213, (3), (a) Florida Statutes).

Een clausule die bepaalt wanneer de draagmoeder haar zwangerschap moet beëindigen is evenmin toegelaten (art. 63.213, (3), (b) Florida Statutes).

374. De wensouders en de draagmoeder mogen niet door dezelfde advocaat worden vertegenwoordigd (art. 63.213, (4) Florida Statutes).

375. Er wordt niet vereist dat de wensouders gehuwd zijn. Wensparen van hetzelfde geslacht lijken echter uitgesloten omdat onder een partij bij de draagmoederschapsovereenkomst de wensvader, de wensmoeder, de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot worden begrepen (art. 63.213, (6), (f) Florida Statutes)⁸³⁹.

Het is niet noodzakelijk dat de wensvader ook de genetische vader van het kind is (art. 63.213, (6), (d)), waardoor er geen genetische band tussen één van de wensouders en het kind hoeft te bestaan. Is hij niet de biologische vader, dan zal hij net als de wensmoeder moeten adopteren⁸⁴⁰.

376. In de overeenkomst moet worden opgenomen dat deze te allen tijde kan worden verbroken door elk van de partijen (art. 63.213, (2), (i) Florida Statutes). Dit kan ook nog op het ogenblik dat de draagmoeder reeds zwanger is van het kind.

Uit de bewoordingen van de wet kan worden afgeleid dat het opzeggen van de overeenkomst meteen betekent dat geen bijzondere afstammingsrechtelijke gevolgen aan het draagmoederschap kunnen worden verbonden. De adoptie zal niet kunnen worden uitgesproken. Hierdoor krijgen de partijen weinig rechtszekerheid⁸⁴¹. Hoewel de overeenkomst geldig is, heeft ze in zekere zin slechts de waarde van een *gentlemen's agreement*. Bovendien kan de draagmoeder haar toestemming tot de adoptie tot 48 uur na de geboorte intrekken. Anderzijds heeft de draagmoeder geen drukkingsmiddel om de wensouders te dwingen hun verantwoordelijkheid op te nemen, aangezien enkel zij het verzoek tot adoptie kunnen instellen.

Hoofdstuk 10. Illinois

377. In Illinois trad de '*Gestational Surrogacy Act*' (hierna GSA) in werking op 1 januari 2005⁸⁴². Het is volgens VANWORMER wellicht de meest

⁸³⁹ Zie M.E. EISENBERG, "What's Mine is Mine and What's Yours is Mine - Examining Inheritance Rights By Intestate Succession From Children Conceived Through Assisted Reproduction Under Florida Law", *Barry Law Review* 2002, (127) 140.

⁸⁴⁰ J.L. ZUCKERMAN, "Extreme Makeover - Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements", *Nova Law Review* 2008, (661) 668.

⁸⁴¹ J.L. ZUCKERMAN, "Extreme Makeover - Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements", *Nova Law Review* 2008, (661) 670.

⁸⁴² Voor een overzicht van de wetshistoriek: J.J. RICHEY, "A Troublesome Good Idea: An Analysis of the Illinois Gestational Surrogacy Act", *Southern Illinois University Law Journal* 2005, (169) 178-179. Artikel 7 'Gestational Agreement, Alternative B' van de American Bar Association (ABA) Model Act Governing Assisted Reproductive Technology opgesteld door de Family Law's Committee on Reproductive and Genetic Technology van de ABA en verspreid in februari 2008, lijkt zijn inspiratie te halen uit de regeling van Illinois.

comprehensieve draagmoederschapswetgeving in de VSA⁸⁴³. Ross daarentegen wijst op hiaten, vooral vanuit praktisch oogpunt⁸⁴⁴.

378. Voorafgaand gold sinds 1991 de *Public Act 91-308* (An Act regarding surrogate parents), die de *Illinois Parentage Act* en de *Vital Records Act* wijzigde. Op grond van artikel 750 *Illinois Compiled Statutes* (hierna ILCS) 45/6 was het mogelijk dat een ouder-kind relatie werd gevestigd na draagmoederschap voor zover aan bepaalde voorwaarden werd voldaan, voorafgaand aan de geboorte van het kind. Het ouderschap werd gevestigd in hoofde van de wensouders, die de genetische ouders dienden te zijn, zonder dat een rechterlijke of administratieve procedure ter bevestiging van het voldoen aan de voorwaarden moest worden aangevat. Hierdoor dienden de wensouders het kind niet te adopteren om de juridische ouders te worden. Niettemin bestonden er nog steeds hiaten in de wetgeving m.b.t. draagmoederschapsovereenkomsten⁸⁴⁵.

379. Hierin kwam verandering door de GSA. Met deze wet wordt beoogd alle betrokkenen te beschermen door consistente normen te bepalen en procedurele waarborgen te vestigen en de juridische staat van kinderen geboren na draagmoederschap te bevestigen. Het is de bedoeling om draagmoederschap te vereenvoudigen, in overeenstemming met de openbare orde van Illinois (art. 750 ILCS 47/5).

Afdeling 1. Vaststelling van het wensouderschap op grond van verklaringen

380. In principe zal de draagmoeder, als de vrouw die van het kind bevalt, de juridische moeder van het kind zijn (art. 750 ILCS 47/15, (a)).

Mits naleving van de verder toegelichte voorwaarden van de GSA (art. 750 ILCS 47/20 en 47/25) zullen de wensouders echter onmiddellijk vanaf de geboorte de juridische ouders zijn. Zij zullen titularis zijn van de ouderlijke rechten en als enige het ouderlijk gezag uitoefenen. Noch de draagmoeder, noch haar eventuele echtgenoot zullen de ouders zijn (art. 750 ILCS 47/15, (b)).

381. Is er sprake van een laboratorische fout, waardoor het kind niet genetisch verwant is met één van de wensouders, dan zullen de wensouders niettemin toch de juridische ouders zijn van het kind, tenzij anders werd bepaald door een bevoegde rechtbank (art. 750 ILCS 47/15, (c)). Het staat de wensouders blijkbaar vrij hun afstammingsband te betwisten. Deze bepaling

⁸⁴³ Ch. VANWORMER, "Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts", *DePaul Law Review* 2012, (911) 917.

⁸⁴⁴ H.E. ROSS, "Gestation Surrogacy in Illinois: Contracting the Unknown", *The Journal of the DuPage County Bar Association* 2013, 16-22.

⁸⁴⁵ Voor een uitgebreide bespreking, zie D. ROSMAN, "Surrogacy: An Illinois Policy Conceived", *Loyola University Chicago Law Journal* 2000, 227-254.

vormt een soort opvangsysteem, zodat het kind niet ouderloos zou worden, als gevolg van een menselijke fout.

382. Mits de vereisten van de GSA en deze van de artikelen 750 ILCS 45/5 en 45/6 vóór de geboorte van het kind voldaan zijn, zal de ouder-kindrelatie prenataal worden vastgesteld indien de advocaten die de wensouders en draagmoeder vertegenwoordigen, getuigen dat de partijen bij de draagmoederschapsovereenkomst de bedoeling hadden om aan de vereisten inzake de draagmoederschapsovereenkomst m.b.t. het kind te voldoen. Dit gebeurt aan de hand van formulieren voorgeschreven door de *Illinois Department of Public Health* en in overeenstemming met de vereisten van de *Illinois Parentage Act* van 1984 (art. 750 ILCS 47/35).

Artikel 750 ILCS 45/6 vereist dat naast de verklaring van de advocaten ook nog andere verklaringen worden afgelegd aan de hand van formulieren, opgelegd door de Illinois Department of Public Health⁸⁴⁶:

- de draagmoeder moet verklaren dat zij niet de biologische moeder is en het kind draagt voor de wensouders;
- haar echtgenoot moet verklaren dat hij niet de biologische vader is;
- de wensmoeder verklaart dat zij een eicel afleverde of dat deze afkomstig is van een eiceldonor;
- de wensvader moet verklaren dat hij zaadcellen leverde of dat deze afkomstig zijn van een spermadonor en
- de arts moet ook verklaren dat het kind dat wordt gedragen door de draagmoeder biologisch dat van de wensmoeder, wensvader of van hen beiden is en dat noch de draagmoeder, noch haar echtgenoot een biologische ouder is.

Deze verklaringen moeten schriftelijk worden afgelegd in aanwezigheid van twee getuigen, andere dan de partijen of hun echtgenoten⁸⁴⁷.

Indien deze werkwijze wordt gevolgd, zullen de namen van de wensouders in de geboorteaakte worden opgenomen en niet deze van de draagmoeder en haar echtgenoot⁸⁴⁸.

383. De vaststelling van het ouderschap komt bijgevolg tot stand louter op grond van verklaringen. Er vindt geen (rechterlijke) controle van de naleving van de voorwaarden plaats en evenmin is een rechterlijke uitspraak declaratief m.b.t. de afstammingsband. De juistheid van de verklaringen wordt niet gecontroleerd.

Nochtans blijkt reeds uit artikel 750 ILCS 47/15, (c), inzake het juridische ouderschap van de wensouders bij een laboratorische fout, dat de wet de situatie ingecalculeerd heeft waarbij de verklaring van de arts, dat het kind genetisch dat van de wensouders is, foutief kan zijn.

⁸⁴⁶ Deze formulieren zijn te vinden op <http://www.idph.state.il.us>.

⁸⁴⁷ Een gelijkaardig systeem van verklaringen was reeds terug te vinden in de Public Act 91-308.

⁸⁴⁸ Zie art. 410 ILCS 535/12, (9).

384. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden werd de vraag gesteld of de draagmoeder geen bijzondere rechten moet verkrijgen. Hierop werd negatief geantwoord omdat zij geen biologische band met het kind heeft⁸⁴⁹. Zij heeft dan ook in de wet geen (uitdrukkelijk) bedenkrecht gekregen⁸⁵⁰.

Nochtans moet de draagmoeder ook een verklaring afleggen opdat de wensouders het juridisch ouderschap zouden verkrijgen. Dit lijkt m.i. toch wel de medewerking van de draagmoeder te impliceren.

385. Twaalf maanden na de geboorte kan geen vordering meer worden ingesteld om de ouderschapsrechten of de geldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst te betwisten (art. 750 ILCS 47/70). Vanaf dat ogenblik zijn deze onherroepelijk en bestaat er absolute zekerheid over de afstamming in het gezin van de wensouders.

386. Ingeval de vereisten inzake de draagmoederschapsovereenkomst niet werden nageleefd, zal het aan de rechtbank zijn om het ouderschap te bepalen op grond van bewijs van de intentie van de partijen (art. 750 ILCS 47/25, (e) j° 750 ILCS 45/6, (2)). De draagouders worden in dat geval immers geacht de juridische ouders te zijn van het kind. Dit vermoeden kan worden weerlegd door duidelijk en overtuigend bewijs.

Het is niet duidelijk wie de niet-naleving van deze vereisten aan het licht kan brengen en hoe dit dient te gebeuren. Staat deze optie open voor wensouders of draagouders die zich hebben bedacht en de overeenkomst niet langer willen naleven? Of kan ook iemand anders dit doen, bv. wanneer er sprake is van een onregelmatigheid maar zowel de wens- als draagouders niet willen dat de overeenkomst in vraag wordt gesteld?

Alleszins is hierdoor alsnog controle op de toepassingsvoorwaarden mogelijk, maar aangezien deze slechts postnataal plaatsvindt, kan men vragen stellen bij de efficiëntie daarvan. Het kind zal het voorwerp uitmaken van een dispuut, dat door een preconceptieve controle had kunnen worden voorkomen.

Bovendien bepaalt de wet niet welke intenties in aanmerking moeten worden genomen, nl. deze die de partijen hadden bij het aangaan van de overeenkomst of deze die de partijen hebben op het moment dat de rechtbank dient te oordelen. De eerste interpretatie zal ertoe leiden dat normaal gezien het ouderschap t.a.v. de wensouders zal moeten worden vastgesteld.

Het criterium van initieel wensouderschap lost drie mogelijke disputen omtrent het ouderschap op, nl. de draagmoeder die het kind weigert af te staan, de wensouders die het kind niet langer willen en de uitzonderlijke

⁸⁴⁹ State of Illinois, 93rd General Assembly, House of Representatives, Transcription Debate, 29 maart 2004, 23.

⁸⁵⁰ J.J. RICHEY, "A Troublesome Good Idea: An Analysis of the Illinois Gestational Surrogacy Act", *Southern Illinois University Law Journal* 2005, (169) 181.

hypothese dat geen van hen het kind wil⁸⁵¹. De tweede interpretatie brengt het risico met zich mee dat, indien de draagmoeder zich bedenkt, zowel de wensouders als de draagmoeder de intentie hebben om het kind op te voeden.

387. Uit dit alles blijkt dat in Illinois draagmoederschap zich in grote mate afspeelt binnen de privésfeer van de betrokkenen. Zij beslissen zelf dat de wensouders de juridische ouders van het kind zullen zijn. Een rechtbank spreekt zich niet uit over de geoorloofdheid van hun beslissing. De overheidsinmenging is beperkt. Er is enkel controle doordat de formulieren moeten worden voorgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand.

De vaststelling van het ouderschap gebeurt hierdoor vrij ongecompliceerd⁸⁵². Het systeem laat toe dat de betrokkenen vrij zeker kunnen zijn over de afloop van het draagmoederschapsproject⁸⁵³. De procedure is volgens KINDREGAN en MCBRIEN zelfwerkzaam en sluit de nood aan een rechterlijke tussenkomst uit⁸⁵⁴.

Dit betekent echter niet dat niet aan bepaalde voorwaarden moet worden voldaan.

Afdeling 2. Vereiste van hoogtechnologisch draagmoederschap

388. Enkel hoogtechnologisch draagmoederschap is toegelaten, waarbij minstens één van de wensouders de genetische ouder moet zijn (art. 750 ILCS 47/10, j° 750 ILCS 47/20, (b), (1)).

389. De term ‘wensouder’ wordt breed opgevat: zowel alleenstaanden als paren, die niet hoeven gehuwd te zijn (art. 750 ILCS 47/10), vallen onder het toepassingsgebied.

390. Er moet in hoofde van de wensouders een medische noodzaak bestaan (art. 750 ILCS 47/20, (b), (2)).

391. De wensouders dienen een medische gezondheidsevaluatie te hebben vervolledigd en juridisch advies te hebben gekregen van een onafhankelijke juridische begeleider m.b.t. de bepalingen van de draagmoederschapsovereenkomst en de mogelijke juridische gevolgen van

⁸⁵¹ Zie Ch.M. LORILLARD, “Informed Choices and Uniform Decisions: Adopting the ABA’s Self-enforcing Administrative Model to Ensure Successful Surrogacy Arrangements”, *Cardozo Journal of Law and Gender* 2010, (237) 264.

⁸⁵² J.J. RICHEY, “A Troublesome Good Idea: An Analysis of the Illinois Gestational Surrogacy Act”, *Southern Illinois University Law Journal* 2005, (169) 180 en de aldaar aangehaalde auteur.

⁸⁵³ A. JAMES, “Gestational Surrogacy Agreements: Why Indiana Should Honor Them and What Physicians Should Know Until They Do”, *Indiana Health Law Review* 2013, (175) 203-204 en 207.

⁸⁵⁴ Ch.P. Jr. KINDREGAN en M. MCBRIEN, *Assisted Reproductive Technology. A Lawyer’s Guide to Emerging Law and Science*, Chicago, American Bar Association, 2006, 157.

het hoogtechnologische draagmoederschap (art. 750 ILCS 47/20, (b) (2) – (4)).

392. De draagmoeder moet minstens 21 jaar oud zijn, bevallen zijn van tenminste één kind, een medische en mentale gezondheidsevaluatie hebben vervolledigd, juridisch advies hebben gekregen van een onafhankelijke juridische begeleider m.b.t. de bepalingen van de draagmoederschapsovereenkomst en de mogelijke juridische gevolgen van het hoogtechnologische draagmoederschap en ten slotte over een ziekteverzekering beschikken die aan bepaalde vereisten moet voldoen (art. 750 ILCS 47/20, (a)).

393. Noch de draagouders, noch de wensouders moeten aan een specifieke verblijfplaatsvereiste voldoen. Toch kan men uit de bepalingen van de wet afleiden dat het niet de bedoeling was om Illinois onbeperkt open te stellen voor draagmoederschapstoerisme.

Zo bepaalt de GSA uitdrukkelijk dat het de bedoeling is van de wet om de partijen bij een draagmoederschapsovereenkomst in deze Staat te beschermen (art. 5 GSA). De prenatale verklaring van de arts inzake het biologisch ouderschap van het kind, moet afkomstig zijn van een arts die een vergunning heeft om geneeskunde uit te oefenen in de Staat Illinois. Het kind moet ook geboren zijn in Illinois opdat de wetgeving van toepassing kan zijn⁸⁵⁵. Er moet bijgevolg een zekere band met de Staat bestaan, maar deze is beperkt. Wensouders uit Illinois kunnen hierdoor ook niet onder het toepassingsgebied van deze wet vallen wanneer zij zich naar het buitenland begeven om daar gebruik te maken van soepelere wetgeving en indien het kind ook in het buitenland wordt geboren. Zolang het kind in Illinois wordt geboren staat de wet wel open voor buitenlandse wensouders, aangezien het recht van de deelstaat waar het kind werd geboren het ouderschap bepaalt⁸⁵⁶.

394. De draagmoederschapsovereenkomst zal mits te voldoen aan bepaalde voorwaarden geacht worden geldig en afdwingbaar te zijn (art. 750 ILCS 47/25, (a)).

De overeenkomst moet schriftelijk zijn en worden opgesteld vóór met enige medische procedure wordt gestart. De eventuele echtgenoot van de draagmoeder en van de wensouder moeten ook de overeenkomst ondertekenen (art. 750 ILCS 47/25, (b) (1)-(2)).

⁸⁵⁵ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States”, Directorate-General for internal policies, policy department Citizen’s rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 52.

⁸⁵⁶ H.E. ROSS, “Gestation Surrogacy in Illinois: Contracting the Unknown”, *The Journal of the DuPage County Bar Association* 2013, (16) 17.

De wensouders enerzijds en de draagmoeder anderzijds moeten elk door een andere advocaat worden vertegenwoordigd in zaken m.b.t. het draagmoederschap en de overeenkomst (art. 750 ILCS 47/25, (3)).

De wensouders en draagmoeder dienen een verklaring te ondertekenen dat zij informatie hebben verkregen over de juridische, financiële en contractuele rechten, verwachtingen, sancties en verplichtingen van de overeenkomst (art. 750 ILCS 47/25, (3.5)).

De overeenkomst moet worden afgesloten in aanwezigheid van twee volwassen, bekwame getuigen (art. 750 ILCS 47/25, (5)).

Enkele bedingen moeten verplicht worden opgenomen (art. 750 ILCS 47/25, (c)). De draagmoeder moet onder meer haar uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming geven tot het ondergaan van de embryotransfer en het dragen en bevallen van het kind. Indien zij gehuwd is, dient de echtgenoot de verplichtingen opgelegd aan de draagmoeder te aanvaarden en zijn uitdrukkelijke toestemming te geven tot het overdragen van het ouderlijk gezag over het kind naar de wensouders onmiddellijk vanaf de geboorte. Verder moet(en) de wensouder(s) ook de uitdrukkelijke schriftelijke toestemming geven om het ouderlijk gezag te aanvaarden onmiddellijk vanaf de geboorte en als enige de verantwoordelijkheid voor de steun van het kind op te nemen.

Volgende bedingen verhinderen de geldigheid niet:

- het akkoord van de draagmoeder om medische onderzoeken, behandelingen en foetale controles die de arts heeft aanbevolen voor een succesvolle zwangerschap, te ondergaan;
- haar akkoord om zich te onthouden van activiteiten die volgens de wensouders of arts schadelijk zouden kunnen zijn voor de zwangerschap en toekomstige gezondheid van het kind, incl. – maar niet daartoe beperkt – roken, alcohol drinken, niet-voorgeschreven medicijnen gebruiken, etc.;
- het akkoord van de wensouder(s) om de draagmoeder een redelijke vergoeding te betalen, waarbij het niet duidelijk is wat moet worden begrepen onder een redelijke vergoeding⁸⁵⁷ en
- het akkoord van de wensouder(s) om de redelijke onkosten van de draagmoeder m.b.t. de zwangerschap en de draagmoederschapsovereenkomst terug te betalen (art. 750 ILCS 47/25, (d)).

395. Indien het contract voorziet in een betaling van een vergoeding aan de draagmoeder, andere dan voor kosten, dan moet deze vergoeding bij wijze van zekerheid geplaatst worden bij een onafhankelijke *escrow agent*, en dit voorafgaand aan enige medische procedure (art. 750 ILCS 47/5, (4)).

396. Verbreken de wensouders de overeenkomst, dan moeten zij nog steeds instaan voor het onderhoud van het kind (art. 750 ILCS 47/30, (b)).

⁸⁵⁷ J.J. RICHEY, "A Troublesome Good Idea: An Analysis of the Illinois Gestational Surrogacy Act", *Southern Illinois University Law Journal* 2005, (169) 185-186.

Opmerkelijk is dat gametendonoren verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor onderhoud van het kind indien zij geen geldige overeenkomst hebben met wensouders, waarbij de wensouders akkoord gaan om alle rechten en verantwoordelijkheden over het kind op te nemen en de donor afstand neemt van zijn rechten over de gameten en daaruit voortkomende embryo's of kinderen (art. 750 ILCS 47/30, (c)).

De wet bevat nog enkele andere bepalingen voor het geval één van de partijen de overeenkomst niet naleeft (art. 750 ILCS 47/40 – 47/55). Indien de draagmoeder de overeenkomst schendt, dan kan dit betekenen dat zij zal moeten instaan voor de mogelijke schade. Dit zou ertoe kunnen leiden dat zij zich gedwongen voelt om toch de overeenkomst na te leven, ook al zou ze dat liever niet doen⁸⁵⁸.

Hoofdstuk 11. Indiana

397. De artikelen 31-20-1-1 en 31-20-1-2 van de *Indiana Code* bepalen dat draagmoederschapsovereenkomsten strijdig zijn met de openbare orde en nietig zijn. Draagmoederschap zelf is echter niet verboden⁸⁵⁹.

398. In 2013 werd door de Court of Appeals te Indiana nog de vordering afgewezen om het vaderschap van de biologische wensvader vast te stellen en het moederschap van de draagmoeder te beëindigen⁸⁶⁰.

Hoofdstuk 12. Iowa

399. Artikel 710.11 Iowa Code bepaalt dat de strafbaarstelling van de handel in personen niet van toepassing is op draagmoederschapsovereenkomsten. BERNABE riep reeds in 1988 op tot een wettelijke regeling van draagmoederschap in Iowa⁸⁶¹.

Hoofdstuk 13. Kansas

400. De Attorney General Opinion van 11 september 1996, no. 96-73 stelde uitdrukkelijk dat een vergoeding voor draagmoederschap geen vergoeding is voor een professionele dienstverlening m.b.t. adoptie, die binnen bepaalde grenzen toegelaten is. Een Opinion van 2 juli 1982, no. 82/150 achtte de

⁸⁵⁸ J.J. RICHEY, "A Troublesome Good Idea: An Analysis of the Illinois Gestational Surrogacy Act", *Southern Illinois University Law Journal* 2005, (169) 186-187.

⁸⁵⁹ A. JAMES, "Gestational Surrogacy Agreements: Why Indiana Should Honor Them and What Physicians Should Know Until They Do", *Indiana Health Law Review* 2013, (175) 182.

⁸⁶⁰ *In re Paternity of Infant T.*, 991 N.E.2d 596 (Ind. App. 2013) (11 juli 2013).

⁸⁶¹ M.S. BERNABE, "Legislating Surrogate Parenting Arrangements In Iowa: The Aftereffects Of The "Baby-M" Decision", *Drake Law Review* 1988-89, 103-135.

draagmoederschapsovereenkomst nietig wegens schending van de openbare orde⁸⁶².

Hoofdstuk 14. Kentucky

401. Op 1 februari 1986 oordeelde de Supreme Court van Kentucky dat er fundamentele verschillen zijn tussen draagmoederschap waarbij een vereniging die als bemiddelaar optreedt enerzijds en de koop en verkoop van kinderen, zoals verboden door wetgeving in Kentucky anderzijds⁸⁶³.

Hoofdstuk 15. Louisiana

402. In de *Louisiana Revised Statutes* wordt sinds 1987 uitdrukkelijk bepaald dat een draagmoederschapsovereenkomst absoluut nietig is en niet afdwingbaar wegens strijdig met de openbare orde (art. 9:2713, A Louisiana Revised Statutes), voor zover het gaat om laagtechnologisch, commercieel draagmoederschap, waarbij de wensvader tevens de genetische vader is.

403. In het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap worden in de geboorteakte de namen van de wensouders als moeder en vader ingeschreven, maar enkel indien zij beiden genetisch verwant zijn met het kind en een gehuwd wenspaar van verschillend geslacht vormen en indien de draagmoeder een bloed- of aanverwante van één van de wensouders is (artikel 40:32, (1) en 40:34B Louisiana Revised Statutes).

De genetische wensmoeder zal in dat geval het kind niet moeten adopteren om erkend te worden als zijn moeder⁸⁶⁴.

Hoofdstuk 16. Maine

404. Er is in Maine slechts één uitspraak rond draagmoederschap bekend, nl. *Nolan v Labree*⁸⁶⁵, waarbij het ouderschap in hoofde van de genetische wensouders t.a.v. het kind werd vastgesteld. Er was geen sprake van een geschil tussen wensouders en draagouders⁸⁶⁶.

⁸⁶² Attorney General Opinions te raadplegen op <http://ksag.washburnlaw.edu>.

⁸⁶³ *Surrogate Parenting Associates, Inc. v. Com. ex rel. Armstrong*, 704 S.W.2d 209, 54 USLW 2435 (Ky. 1986) (6 februari 1986).

⁸⁶⁴ Zie S. VARNADO, "Who's Your Daddy? A Legitimate Question Given Louisiana's Lack of Legislation Governing Assisted Reproductive Technology", *Louisiana Law Review* 2006, (609) 633, vn. 155). De wetgeving is zeer onsamenhangend (J.-R. TRAHAN, "Glossae on the New Law of Filiation", *Louisiana Law Review* 2007, (387) 398).

⁸⁶⁵ *Nolan v Labree*, A.3d 923 (Me. 2012) (3 mei 2012).

⁸⁶⁶ Voor een bespreking zie A. BOTTS, "Are You My Mother? Determining "Parentage" in Gestational Surrogacy Cases", <http://works.bepress.com> en A. QUINLAN, "Recognizing Gestational Surrogacy Contracts: "Baby-Steps" Toward Modern Parentage Law in Maine After *Nolan v. Labree*", *Maine Law Review* 2013, 807-821.

Hoofdstuk 17. Maryland

405. In *In re Roberto*⁸⁶⁷ oordeelde de Maryland Court of Appeals dat de vaderschapswetgeving de *Maryland equal rights amendment* schond door toe te laten dat enkel mannen de mogelijkheid hadden om een ouderschapsband te betwisten op grond van een genetische relatie⁸⁶⁸. Met zijn Opinion van 19 december 2000 verklaarde de Attorney General bovendien dat, hoewel commerciële draagmoederschapsovereenkomsten in de meeste gevallen illegaal en niet afdwingbaar zullen zijn, deze op zich een adoptie niet uitsluiten⁸⁶⁹.

Hoofdstuk 18. Massachusetts

406. In *R.R. v. M.H.*⁸⁷⁰ oordeelde de rechtbank dat een commerciële draagmoederschapsovereenkomst strijdig is met de openbare orde en niet afdwingbaar⁸⁷¹. Enkele jaren later oordeelde de Supreme Judicial Court of Massachusetts dat de namen van de genetische wensouders in de geboorteakten moesten worden opgenomen waardoor zij de juridische ouders zijn⁸⁷².

Hoofdstuk 19. Michigan

407. De wetgeving die het sterkst gekant is tegen draagmoederschap in de Verenigde Staten van Amerika is waarschijnlijk deze van de deelstaat Michigan⁸⁷³. In deze Staat trad op 1 september 1988 de *Surrogate Parenting Act* (hierna SPA) in werking.

408. Artikel 5 SPA bepaalt dat draagmoederschapsovereenkomsten nietig en niet afdwingbaar zijn wegens strijdigheid met de openbare orde. Dit betekent dat als er een geschil ontstaat over het ouderschap van het kind, de

⁸⁶⁷ *In re Roberto d.B.*, 399 Md. 267, 923 A.2d 115 (Md. App. 2007) (16 mei 2007).

⁸⁶⁸ Voor een bespreking zie A.E. BASHUR, "Whose Baby Is it Anyway? The Current and Future Status of Surrogacy Contracts in Maryland", *Baltimore Law Review* 2008, 165-202; E.V. PODOLNY, "Are You My Mother? Removing a Gestational Surrogate's Name From the Birth Certificate in the Name of Equal Protection", *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class* 2008, 351-376; E. STARK, "Born to No Mother: *In Re Robert D.B.* and Equal Protection for Gestational Surrogates Rebutting Maternity", *Journal of Gender, Social Policy and the Law* 2008, 283-310.

⁸⁶⁹ Te raadplegen op <http://www.oag.state.md.us/>.

⁸⁷⁰ *R.R. v. M.H.*, 426 Mass. 501, 689 N.E.2d 790 (Mass. 1998) (22 januari 1998).

⁸⁷¹ Voor een bespreking zie S.Ch. BLOMEKE, "A Surrogacy Agreement That Could Have and Should Have Been Enforced", *University of Dayton Law Review* 1999, 513-542.

⁸⁷² *Marla Culltion v. Beth Israel Deaconess Medical Center*, 435 Mass. 285 (Mass. 2011) (12 oktober 2011).

⁸⁷³ Ch.P. Jr. KINDREGAN en M. MCBRIEN, *Assisted Reproductive Technology. A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*, Chicago, American Bar Association, 2006, 163.

draagmoederschapsovereenkomst en principes van het contractenrecht niet kunnen worden toegepast.

Deze nietigheid lijkt draagmoederschap in al zijn vormen te betreffen: laag- en hoogtechnologisch, commercieel en altruïstisch. Dit volgt uit de definitie van een draagmoederschapsovereenkomst, die draagmoederschap in al zijn vormen beslaat (art. 3, i SPA). Hoewel uitdrukkelijk wordt gesteld dat de wet zich enkel richt op commerciële draagmoederschapsovereenkomsten, worden de definities en wetsbepalingen toch in algemene termen geformuleerd. Ook uit de rechtsleer⁸⁷⁴ en rechtspraak⁸⁷⁵ blijkt dat dit niet duidelijk is.

409. Verder wordt enkel commercieel draagmoederschap strafrechtelijk gesanctioneerd (art. 9 SPA). Dit verbod geldt ook voor de wensouders en draagmoeder, maar zij worden opmerkelijk minder streng bestraft dan derden die tussenkomen of bemiddelen, zoals bv. dokters⁸⁷⁶.

410. Er kwam veel kritiek op de huidige stand van de wetgeving.

Gelet op de onafdwingbaarheid verkeren de wensouders in grote onzekerheid, daar zij niet zeker weten of zij de ouders van het kind zullen kunnen worden. Dit is volgens GABRY zeker het geval aangezien de Michigan wetgeving niet consequent wordt afgedwongen waardoor wensouders en draagmoeder na enkele – op juridisch vlak probleemloze – gevallen van draagmoederschap verkeerdelijk kunnen denken dat dit altijd zo zal zijn⁸⁷⁷.

Meerdere auteurs stellen dat de wet m.o.o. de huidige technologische standaarden volledig achterhaald is⁸⁷⁸. Daarnaast wijst VANWORMER erop dat de wet inefficiënt is, aangezien deze niet verhindert dat draagmoederschap voorkomt. Het fenomeen wordt genegeerd. Men heeft er geen overzicht van en overeenkomsten tussen wensouders en draagmoeders zijn ongeregeld⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ J.L. WALTON (“Surrogate Parenting in Michigan”, *Cooley Law Review* 1988, (747) 759) lijkt ervan uit te gaan dat de wet enkel betrekking heeft op commerciële draagmoederschapsovereenkomsten, terwijl Ch. VANWORMER (“Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan’s Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts”, *DePaul Law Review* 2012, (911) 915) de bepalingen toepast op beide vormen.

⁸⁷⁵ *Infra* nr. 412.

⁸⁷⁶ L.I. GABRY, “Procreating Without Pregnancy: Surrogacy and the Need for a Comprehensive Regulatory Scheme”, *Columbia Journal of Law and Social Problems* 2012, (415) 425-426.

⁸⁷⁷ L.I. GABRY, “Procreating Without Pregnancy: Surrogacy and the Need for a Comprehensive Regulatory Scheme”, *Columbia Journal of Law and Social Problems* 2012, (415) 426 en 437-438.

⁸⁷⁸ Ch.P. Jr. KINDREGAN en M. MCBRIEN, *Assisted Reproductive Technology. A Lawyer’s Guide to Emerging Law and Science*, Chicago, American Bar Association, 2006, 163; B.E. HOMIER, “Gestational Surrogacy: An appeal to Reform Michigan’s Surrogate Parenting Act”, 2003, <http://digitalcommons.law.msu.edu>, 29-32.

⁸⁷⁹ Ch. VANWORMER, “Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan’s Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts”, *DePaul Law Review* 2012, (911) 912-913 en 924.

Bovendien wordt, zoals verder wordt uiteengezet, het verbod op familierechtelijk vlak niet doorgetrokken. De deur voor prenatale vaststelling van het ouderschap van de wensouders staat immers open⁸⁸⁰. Daaruit, alsook uit het feit dat draagmoederschap medisch begeleid wordt in fertiliteitscentra, blijkt dat de wet geen afschrikkend effect heeft⁸⁸¹.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat om een wijziging van de wet wordt gevraagd, waarbij overeenkomsten niet langer nietig zijn en het verbod op commercieel draagmoederschap wordt opgeheven⁸⁸² of waarbij de wensouders en draagmoeder aan verschillende vereisten moeten voldoen, waarbij de wetgeving de algemene belangen beschermt⁸⁸³. Dergelijke vereisten moeten verzekeren dat alle partijen vrijwillig en met de nodige bekwaamheid de overeenkomst hebben aangegaan. Een prenatale bepaling van het ouderschap zou mogelijk moeten zijn. Een toekomstige wet moet ook oog hebben voor eventuele geschillen die kunnen ontstaan en daarvoor een oplossing bieden⁸⁸⁴.

Afdeling 1. Overeenstemming van het wettelijk verbod met privacyrechten

411. In *Doe v. Attorney General* oordeelde de Court of Appeals te Michigan in 1981 dat de SPA niet ongrondwettig is⁸⁸⁵.

Wensouders en draagmoeders vonden dat als de wet zo werd geïnterpreteerd dat ze een volledig verbod op commerciële draagmoederschapsovereenkomsten invoert, dit een schending zou zijn van o.m. hun grondwettelijk beschermde privacyrechten, waaronder het recht zich voort te planten. Zij stelden dat dergelijke contracten toegelaten zijn voor zover de betaling aan de draagmoeder niet afhankelijk is van het afstaan van haar ouderlijke rechten.

De rechtbank was van oordeel dat de Staat terechte overheidsbelangen had, die voldoende waren om een inmenging in het recht om zich voort te planten in draagmoederschapscontext te rechtvaardigen, nl. vermijden dat kinderen

⁸⁸⁰ *Infra* nr. 413 *et seq.*

⁸⁸¹ Zie J.R. LAX, "Why Pre-Birth Orders of Paternity and Maternity in Gestational Surrogacy Cases are Neither "Pitfalls" nor "Circumventions"", *Michigan Family Law Journal* 2014, afl. 5, (7) 7.

⁸⁸² B.E. HOMIER, "Gestational Surrogacy: An appeal to Reform Michigan's Surrogate Parenting Act", 2003, <http://digitalcommons.law.msu.edu>, 29-32.

⁸⁸³ Ch. VANWORMER, "Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts", *DePaul Law Review* 2012, (911) 912-913.

⁸⁸⁴ Ch. VANWORMER, "Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts", *DePaul Law Review* 2012, (911) 929.

⁸⁸⁵ *Doe v. Kelley*, 106 Mich.App. 169, 307 N.W.2d 438 (Mich. App.) (5 mei 1981).

worden behandeld als koopwaar, het belang van het kind en het verhinderen van de uitbuiting van vrouwen⁸⁸⁶.

VANWORMER wijst erop dat het niet zeker is of het huidige wettelijke kader deze drie belangen wel behartigt in specifieke gevallen⁸⁸⁷.

412. Er moet worden opgemerkt dat hoewel het verbod op draagmoederschapsovereenkomst in een letterlijke interpretatie van de wet zowel voor altruïstisch als commercieel draagmoederschap geldt, de Supreme Court zich enkel leek te focussen op commercieel draagmoederschap en de belangen die een verbod op draagmoederschapsovereenkomsten kunnen rechtvaardigen enkel in die context worden aangewend.

Afdeling 2. Afwezigheid van regeling voor de vaststelling van het ouderschap

413. Opmerkelijk in de SPA is dat, ondanks de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst en het strafrechtelijk verbod op commercieel draagmoederschap, artikel 11 toch een criterium bepaalt om een geschil te beslechten tussen de partijen bij een draagmoederschapsovereenkomst: het ouderlijk gezag zal worden toegewezen op grond van het belang van het kind⁸⁸⁸. Hoewel zoals hoger reeds gesteld, de overeenkomst, die meestal de wensouders als ouders zal aanwijzen, geen soelaas kan bieden bij dergelijk geschil, is het bijgevolg toch

⁸⁸⁶ Voor een kritische benadering: Ch. VANWORMER, "Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts", *DePaul Law Review* 2012, (911) 923-929; B.E. HOMIER, "Gestational Surrogacy: An appeal to Reform Michigan's Surrogate Parenting Act", 2003, <http://digitalcommons.law.msu.edu>, 19-28.

⁸⁸⁷ Ch. VANWORMER, "Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts", *DePaul Law Review* 2012, (911) 912-913.

⁸⁸⁸ Verwijzend naar de Child Custody Act van 1970 moet onder dat criterium het volgende worden verstaan: "As used in this act, "best interests of the child" means the sum total of the following factors to be considered, evaluated, and determined by the court: (a) The love, affection, and other emotional ties existing between the parties involved and the child. (b) The capacity and disposition of the parties involved to give the child love, affection, and guidance and to continue the education and raising of the child in his or her religion or creed, if any. (c) The capacity and disposition of the parties involved to provide the child with food, clothing, medical care or other remedial care recognized and permitted under the laws of this state in place of medical care, and other material needs. (d) The length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment, and the desirability of maintaining continuity. (e) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home or homes. (f) The moral fitness of the parties involved. (g) The mental and physical health of the parties involved. (h) The home, school, and community record of the child. (i) The reasonable preference of the child, if the court considers the child to be of sufficient age to express preference. (j) The willingness and ability of each of the parties to facilitate and encourage a close and continuing parent-child relationship between the child and the other parent or the child and the parents. (k) Domestic violence, regardless of whether the violence was directed against or witnessed by the child. (l) Any other factor considered by the court to be relevant to a particular child custody dispute".

niet automatisch uitgesloten voor de wensouders dat zij ouderlijk gezag over de kinderen verwerven. De wet bepaalt echter nergens een criterium op grond waarvan voor de geboorte het ouderschap kan worden vastgesteld.

414. In 1985 sprak de Supreme Court te Michigan zich in de zaak *Syrkowski v. Appleyard* uit over de mogelijkheid van de prenatale verklaring van vaderschap t.a.v. de biologische vader bij draagmoederschap.

Het betrof een geval van commercieel, laagtechnologisch draagmoederschap. De gehuwde draagmoeder werd kunstmatig geïnsemineerd met zaadcellen van de gehuwde wensvader. Haar echtgenoot weigerde uitdrukkelijk zijn toestemming te verlenen, gelet op mogelijke afstammingsrechtelijke gevolgen. Alle betrokkenen wensten dat de wensvader werd erkend als de vader van het kind.

De wensvader vatte de procedure aan vijf maanden voor de geboorte en steunde zijn verzoek op bepalingen van de *Paternity Act*, nl. deze die toelaten dat vorderingen m.b.t. vaderschap prenataal worden ingesteld alsook dat de vermeende vader in een buitenechtelijk kind een vorderingsrecht heeft. Hij wenste als vader in de akte van geboorte te worden vermeld. In eerste aanleg en na hoger beroep oordeelden de rechterlijke instanties dat deze wetgeving niet toeliet de vordering toe te kennen aangezien de wetgeving niet werd ontwikkeld voor dergelijke draagmoederschapssituaties. De Supreme Court stelde echter dat de *Paternity Act* wel degelijk toelaat dat de biologische vader verzoekt om de prenatale vaststelling van zijn vaderschap en vermelding van zijn naam op de geboorteakte⁸⁸⁹. De rechtbanken en hoven in Michigan hebben m.a.w. de bevoegdheid om een ‘*pre-birth order*’ na draagmoederschap uit te spreken, ondanks de strenge afwijzende wetgeving t.a.v. draagmoederschapsovereenkomsten en commercieel draagmoederschap.

Het is niet duidelijk in welke mate het moederschap van de wensmoeder prenataal kan worden vastgesteld⁸⁹⁰.

415. Indien de wensouders het kind willen adopteren en het gaat om commercieel draagmoederschap, dan kan dit problemen opleveren, gelet op de adoptiewetgeving die vergoedingen in ruil voor adoptie of ouderlijke rechten verbiedt, tenzij de betalingen werden goedgekeurd door de rechtbank (art. 54, (1), (a) Probate Code of 1939)⁸⁹¹. In het besproken arrest *Doe v. Attorney General* klaagden wensouders in de context van draagmoederschap aan dat deze bepaling een schending uitmaakt van hun grondwettelijk recht op privacy, waaronder werd begrepen het recht om kinderen te krijgen. De Court of Appeals oordeelde echter dat de wens om adoptiewetgeving aan te wenden om de status van een kind geboren ten

⁸⁸⁹ *Syrkowski v. Appleyard*, 420 Mich. 367, 362 N.W.2d 211 (Mich. 1985) (17 januari 1985).

⁸⁹⁰ Zie J.R. LAX, “Why Pre-Birth Orders of Paternity and Maternity in Gestational Surrogacy Cases are Neither “Pitfalls” nor “Circumventions””, *Michigan Family Law Journal* 2014, afl. 5, (7) 8-9. Volgens deze auteur is dit wel degelijk mogelijk naar analogie van de *Paternity Act*.

⁸⁹¹ J.L. WALTON, “Surrogate Parenting in Michigan”, *Cooley Law Review* 1988, (747) 760-761.

gevolge van draagmoederschap te wijzigen, niet behoort tot de sfeer van fundamentele belangen beschermd door het recht op privacy.

In 2009-2010 werd in de media melding gemaakt van een geval waarbij de draagmoeder haar toestemming tot adoptie van een tweeling had geweigerd, nadat zij te weten was gekomen dat de wensmoeder een voorgeschiedenis had van mentale gezondheidsproblemen⁸⁹². Noch de wensouders, noch de draagmoeder waren de genetische ouder(s) van het kind. De wensouders hadden de kinderen, in het raam van een adoptieprocedure, reeds meegenomen naar huis, maar enige tijd later oefende de draagmoeder haar recht als moeder uit om de kinderen terug te krijgen.

Hoofdstuk 20. Minnesota

416. De Minnesota Court of Appeals sprak zich in *A.L.S. ex rel. J.P. v. E.A.G.*⁸⁹³ uit over een geschil tussen de genetische draagmoeder en een homoseksueel wenspaar, waarvan de ene wensvader tevens de genetische vader van het kind was. De draagmoeder wenste het kind te houden. In eerste aanleg oordeelde de District Court dat de draagmoeder niet de biologische en juridische moeder was, en dat het in het belang van het kind was dat de wensouders als enigen de *'legal and physical custody'* hadden. Hierop stelden de wensouders hoger beroep in. De Court of Appeals oordeelde dat de draagmoeder wel degelijk de biologische en juridische moeder was en dat de tweede wensvader niet de biologische of juridische vader was. Bij een andere uitspraak van de Court of Appeals werd het recht van Illinois toegepast op grond van de rechtskeuze in de draagmoederschapsovereenkomst⁸⁹⁴. Op 16 mei 2008 stelde de gouverneur van Minnesota zijn veto tegen een wetsvoorstel dat voorwaarden stelde aan draagmoederschap en er juridische gevolgen wou aan verbinden⁸⁹⁵.

Hoofdstuk 21. Missouri

417. Artikel 568.175 Missouri Revised Statutes inzake het strafrechtelijk verbod op handel in kinderen, waarbij dit begrip breed wordt geïnterpreteerd, kan een hinderpaal vormen voor adoptie wanneer aan de draagmoeder een vergoeding werd gegeven met het oog op adoptie van het kind of afstand van ouderlijke rechten⁸⁹⁶.

⁸⁹² J. CHANG, "Adoptive Mom's Medical, Criminal Past Causes Surrogate to Revoke Agreement", *ABC News* 12 januari 2010; S. SAUL, "Building a Baby, With Few Ground Rules", *NY Times* 13 december 2009.

⁸⁹³ *A.L.S. ex rel. J.P. v. E.A.G.*, WL 4181449 (Minn. App. 2010) (26 oktober 2010).

⁸⁹⁴ *In re the Paternity and Custody of Baby Boy A.*, WL 4304448 (Minn. App. 2007) (11 december 2007).

⁸⁹⁵ SF 2965, 2007-2008. Wetsvoorstel en veto zijn te raadplegen op <https://www.revisor.mn.gov/>.

⁸⁹⁶ Zie ook Y.M. WARLEN, "The Renting of the Womb: An Analysis of Gestational Surrogacy Contracts Under Missouri Contract Law", *UMKC Law Review* 1994, 583-617.

Hoofdstuk 22. Nebraska

418. Artikel 25-21,200 *Nebraska Revised Statutes* bepaalt uitdrukkelijk dat een draagmoederschapsovereenkomst, die wordt gedefinieerd als een overeenkomst waarbij een vrouw zal worden betaald voor het dragen van een kind van een man die niet haar echtgenoot is, nietig en niet afdwingbaar is. Een altruïstische draagmoederschapsovereenkomst lijkt hier niet onder te vallen. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap.

Deze bepaling stelt verder dat de biologische vader van het kind geboren ten gevolge van dergelijke overeenkomst alle rechten en verplichtingen zal hebben die door het recht zijn bepaald.

Hoofdstuk 23. Nevada

419. Op 1 oktober 2013 trad nieuwe wetgeving inzake draagmoederschap in Nevada in werking (Hoofdstuk 126 van de *Nevada Revised Statutes*).

Deze wetgeving lijkt in grote mate geïnspireerd te zijn door de wetgeving van Californië⁸⁹⁷, Illinois⁸⁹⁸ en Utah⁸⁹⁹.

Hoofdstuk 24. New Hampshire

420. De artikelen 168-B:1 t.e.m. 168-2:32 van de *New Hampshire Revised Statutes* (hierna: NHRS) vormen sinds 1 januari 1991⁹⁰⁰ het hoofdstuk 'Surrogacy'. Bepaald wordt onder welke voorwaarden draagmoederschap kan worden toegepast en welke juridische gevolgen aan het fenomeen kunnen worden verbonden.

421. De wet werd ingevoerd omdat draagmoederschap voorkwam in New Hampshire en het fenomeen negeren of verbieden ongetwijfeld zou leiden tot ongeregelde overeenkomsten.

Er wordt beoogd alle betrokkenen te beschermen door consistente normen te bepalen en procedurele waarborgen te vestigen. De wet heeft verder tot doel om de juridische staat van kinderen geboren door draagmoederschap te bepalen. In het bijzonder wil de wet verzekeren dat draagmoederschapsovereenkomsten enkel worden aangewend door gehuwde paren en enkel wanneer noodzakelijk, alsook dat alle partijen bij de overeenkomst fysiek, mentaal en emotioneel geschikt zijn. De wettelijke

⁸⁹⁷ *Supra* nr. 348 *et seq.*

⁸⁹⁸ *Supra* nr. 377 *et seq.*

⁸⁹⁹ *Infra* nr. 455 *et seq.*

⁹⁰⁰ An Act relative to surrogacy, van 4 oktober 1990, i.w.tr. 1 januari 1991.

regeling beoogt te vermijden dat de staat van het kind het voorwerp wordt van een geding⁹⁰¹.

422. Deze wet werd ingevoerd op een moment dat er ten gevolge van het drama Baby M. een afwijzende houding t.a.v. draagmoederschap werd aangenomen. Niettemin zou men in zekere zin de wet vooruitstrevend en vooruitziend kunnen noemen, gelet op het feit dat ze draagmoederschap wettelijk regelt en zelfs het ouderschap preconceptief vaststelt in hoofde van de wensouders. Tot nu toe is er nog geen rechtspraak bekend die deze wet toepast op een concreet geval, waardoor de effectiviteit van de wet niet zeker is.

Afdeling 1. Overdracht van het ouderschap naar gehuwde wensouders van hetzelfde geslacht...

423. Artikel 168-B:2 NHRS bepaalt dat de vrouw die bevalt van het kind de moeder is, behalve in uitzonderlijke gevallen opgenomen in de wet. Draagmoederschap is zo'n uitzondering. Opdat de wensouders en niet de draagouders de juridische ouders zouden zijn, is het mogelijk dat de ouderlijke rechten in hoofde van de draagouders worden beëindigd en overgedragen naar de wensouders (art. 168-B:4 NHRS).

Daarvoor moet een specifieke procedure worden gevolgd, waarbij de draagmoederschapsovereenkomst, die aan strikte voorwaarden moet voldoen, door de rechter preconceptief wordt gehomologeerd (art. 168-B:16 NHRS). Het verzoek daartoe moet gezamenlijk worden ingesteld door alle partijen bij de draagmoederschapsovereenkomst (art. 168B:21, I NHRS).

De rechtbank zal de overeenkomst pas homologeren mits alle partijen hun geïnformeerde toestemming hebben gegeven, de strikte voorwaarden zijn voldaan, de nodige evaluaties en begeleiding hebben plaatsgevonden en de draagmoederschapsovereenkomst in het belang van het kind is (art. 168-B:23, III NHRS).

De rechtbank moet een eerste hoorzitting houden binnen de 90 dagen vanaf het verzoek (art. 168-B:22, I NHRS). Hierdoor zijn de betrokkenen zeker dat binnen een korte termijn met de homologatieprocedure kan worden gestart.

424. Wordt de overeenkomst gehomologeerd, dan zal dit automatisch leiden tot de beëindiging van de ouderlijke rechten van de draagouders en zullen de wensouders de ouderlijke rechten krijgen (art. 168-B:23, IV NHRS). Dit zal weliswaar enkel maar het geval zijn wanneer de draagmoeder haar bedenkrecht niet uitoefent. Daarop wordt verder ingegaan⁹⁰².

⁹⁰¹ Analysis HB 1426, 1990 Session 3476B, 90-2090, te raadplegen op <http://www.gencourt.state.nh.us>.

⁹⁰² *Infra* nr. 436.

425. Wordt de draagmoeder niet zwanger na de homologatie van de overeenkomst, dan is de overeenkomst vernietigbaar op vordering van elk van de partijen (art. 168-B:28 NHRS).

426. Weigeren de wensouders ondanks de homologatie het kind te aanvaarden, dan kan de draagmoeder haar bedenkrecht uitoefenen en dan zullen de wensouders alsnog moeten instaan voor het onderhoud van het kind (art. 168-B:28, II, c) NHRS).

De mogelijkheid voor de wensmoeder om haar bedenkrecht uit te oefenen na weigering van de wensouders het kind te aanvaarden, is een proceseconomische oplossing: de kans is inderdaad groot dat de draagmoeder diegene zal zijn die in dat geval het kind wil opvoeden. Doordat zij haar bedenkrecht kan uitoefenen, en zij zo de juridische moeder (opnieuw) wordt, wordt een lange, complexe en dure adoptieprocedure ingesteld door iemand die van in het begin bij het leven van het kind betrokken was, vermeden.

Dit is m.i. bovendien een impliciete erkenning van de rol die de draagmoeder speelt. Zij wordt op deze manier beschouwd als iemand die een voldoende nauwe band heeft met het kind om in te staan voor zijn opvoeding. Ze wordt niet aangemerkt als een derde die, eens het kind geboren is, als vreemde wordt behandeld.

427. Zowel laag- als hoogtechnologisch draagmoederschap zijn mogelijk, maar minstens één van de wensouders dient de genetische ouder te zijn (art. 168-B:1, XII en 168-B:17, III NHRS). Ofwel de draagmoeder, ofwel de wensmoeder moet de genetische moeder zijn. Eiceldonatie door een derde is bijgevolg niet mogelijk (art. 168-B:17, IV NHRS). Spermadonatie wordt niet door de wet uitgesloten.

428. De wensouders dienen gehuwd te zijn, wat betekent dat enkel gehuwde heteroseksuele wensparen in aanmerking komen (art. 168-B:1, XII NHRS). Paren van hetzelfde geslacht en alleenstaanden worden uit het toepassingsgebied gesloten.

Men kan zich wel afvragen of de vereiste van een gehuwd wenspaar van verschillend geslacht voldoet aan de huidige realiteit.

429. De wensmoeder mag fysiek niet in staat zijn om een kind te krijgen zonder risico voor haar gezondheid of die van het kind (art. 168-B:17, II NHRS). Draagmoederschap uit praktische of esthetische overwegingen is bijgevolg niet mogelijk.

430. De betrokkenen bij de draagmoederschapsovereenkomst moeten 21 jaar of ouder zijn (art. 168-B:17, I NHRS), hoewel men in New Hampshire sinds 1973 volwassen is op de leeftijd van 18 jaar (art. 21:44 NHRS).

431. De draagmoeder moet minstens één zwangerschap hebben meegemaakt en een levend kind hebben gebaard. Zij moet ook in goede

gezondheid verkeren en geen aandoeningen hebben die de zwangerschap in gevaar zouden kunnen brengen (art. 168-B:17, V NHRS).

432. Vooraleer de procedure tot verwekking van het kind wordt aangevat, moeten de partijen medische en niet-medische evaluaties en begeleiding succesvol hebben ondergaan, resp. genoten. De partijen moeten aan de arts hun schriftelijke, geïnformeerde toestemming tot het draagmoederschap bezorgen (art. 168-B:16 NHRS).

Onder deze niet-medische evaluaties moeten een psychologische screening worden begrepen alsook een onderzoek naar de geschiktheid van de wensouder om ouder te zijn. Daarbij wordt nagegaan in welke mate die persoon in staat is om het kind liefde, affectie en begeleiding te geven, alsook de bekwaamheid van de wensouders om zich aan te passen aan de inherente risico's van de overeenkomst en om deze in te schatten. Er vindt ook een onderzoek naar de thuissituatie plaats om de geschiktheid van de wensouders om het kind in voedsel, kledij, onderdak, medische zorg en andere basisbehoeften te voorzien, na te gaan (art. 168-B:18 NHRS).

433. De draagmoederschapsovereenkomst moet worden ondertekend door de wensouders, de draagmoeder en – indien zij gehuwd is – door haar echtgenoot (art. 168-B:25 NHRS). Heeft de draagmoeder een niet-huwelijkse relatie dan is het niet noodzakelijk dat haar partner, overeenkomstig deze bepaling, instemt.

Deze overeenkomst moet enkele verplichte vermeldingen bevatten, waaronder de toestemming van de draagmoeder dat zij het ouderlijk gezag over het kind zal afstaan of het ouderschap zal aanvaarden wanneer zij het bedenkrecht uitoefent. Diezelfde toestemming moet ook voor de echtgenoot van de draagmoeder en de wensouders in de overeenkomst worden opgenomen. Het bedenkrecht van de draagmoeder moet ook worden vermeld (art. 168-B:25, I t.e.m. III NHRS).

434. Indien de draagmoeder een vergoeding krijgt, moet een clause in de overeenkomst worden opgenomen die stelt dat deze vergoeding beperkt is tot zwangerschapsgerelateerde medische kosten, verlies van loon door de zwangerschap, bevalling en herstel, kosten voor verzekeringen, juridische kosten en kosten voor de begeleiding, niet-medische evaluaties en onderzoeken naar de thuissituaties. Commercieel draagmoederschap waarbij de draagmoeder een loon krijgt voor het dragen van het kind is m.a.w. niet toegelaten (art. 168-B:25, V NHRS).

435. Opdat de vordering tot het verkrijgen van de homologatie kan worden ingesteld moet(en) de draagmoeder of de wensouders minstens 6 maanden in New Hampshire verbleven hebben vooraleer zij hun verzoek tot homologatie indienen (art. 168-B:20 NHRS). Het is niet duidelijk wat onder 'verblijven' (*reside*) moet worden begrepen.

Minstens één van de partijen zal hierdoor een link met de Staat moeten hebben. Het is opmerkelijk dat ook niet-inwoners van New Hampshire in de Staat om de overdracht van het ouderschap kunnen verzoeken. Dit kan problemen opleveren indien zij daarna wensen terug te keren naar hun staat van oorsprong.

Afdeling 2. ... tenzij de draagmoeder haar bedenkrecht uitoefent

436. Indien de draagmoeder haar bedenkrecht uitoefent, zullen enkel de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot het ouderlijk gezag uitoefenen. In dat geval zullen de wensouders niet langer de verplichting hebben om het kind financieel te ondersteunen (art. 168-B: 23, IV NHRS).

437. Het bedenkrecht van de draagmoeder moet in de te homologeren overeenkomst worden opgenomen. Zij dient dit bedenkrecht binnen 72 uur vanaf de geboorte uit te oefenen, door haar intentie om het kind te houden schriftelijk vast te leggen en dit geschrift te overhandigen aan de wensouders, de arts of medisch directeur van het ziekenhuis of zijn aangestelde. Gedurende deze 72 uur kan de geboorteakte niet worden opgemaakt (art. 168-B:26 NHRS). Zijn er verzachtende omstandigheden waardoor de draagmoeder geen geïnformeerde beslissing kan nemen, dan duurt de bedenktijd één week (art. 168-B:25, IV NHRS).

Dit recht moet persoonlijk worden uitgeoefend door de draagmoeder en geldt ongeacht de genetische oorsprong van het kind.

438. De bedenktijd voor de draagmoeder is vrij kort, waardoor men tegemoet komt aan verzuchtingen van de betrokkenen bij draagmoederschap: zij krijgen vrij snel na de geboorte absolute zekerheid over de rechtssituatie.

Afdeling 3. Niet-naleving van de voorwaarden of overeenkomst zonder gevolgen voor de overdracht van ouderschap

439. Artikel 168-B:5 NHRS bepaalt dat de niet-naleving van de wettelijke vereisten de bepaling van het ouderschap niet beïnvloedt. Evenmin zal de schending van een gehomologeerde draagmoederschapsovereenkomst gevolgen hebben voor de overdracht van het ouderschap naar de wensouders.

De bewoording van de wet zijn onduidelijk. Wordt bedoeld dat de overeenkomst moet worden bekrachtigd, en het ouderschap bijgevolg wordt overgedragen, ook al werden voorwaarden niet nageleefd? Of bedoelt men dat de niet-nakoming van de voorwaarden en niet-naleving van de overeenkomst na de rechterlijke homologatie geen invloed heeft op de overdracht van het ouderschap? De eerste interpretatie zou ertoe leiden dat de wet wordt uitgehold en is dan ook weinig zinvol. Bovendien zou dit een

tegenstrijdigheid opleveren aangezien artikel 168-B:4 NHRS uitdrukkelijk stelt dat het ouderschap maar kan worden overgedragen conform de wet.

De tweede interpretatie daarentegen biedt een opvangnet voor het geval dat na de rechterlijke tussenkomst zou blijken dat de wet niet werd nageleefd. In deze zin heeft de rechterlijke homologatie absolute gevolgen. De overdracht van het ouderschap kan, behoudens door de uitoefening van het bedenkrecht, niet meer in vraag worden gesteld, wat rechtszekerheid biedt aan de betrokkenen.

440. Indien de draagmoeder haar verbintenis om zwanger te worden, een abortus te ondergaan of geen abortus te ondergaan, niet nakomt, dan kan daarvoor geen uitvoering in natura worden opgelegd (art. 168-B:27 NHRS).

Hebben de wensouders de overeenkomst niet nageleefd, door bv. het kind te weigeren na de geboorte, dan heeft dit geen gevolgen voor hun verplichting tot onderhoud van het kind (art. 168-B:8 j° art. 168-B:28, II NHRS).

Hoofdstuk 25. New Mexico

441. Artikel 32A-5-34, F *New Mexico Statutes* m.b.t. betalingen bij adoptie, bepaalt dat niets uit dat hoofdstuk ertoe kan leiden dat betalingen aan een vrouw voor het verwekken en dragen van een kind toegelaten zijn. Een draagmoederschapsovereenkomst zal wellicht nietig zijn wegens strijdigheid met de openbare orde⁹⁰³.

Hoofdstuk 26. New York

442. In New York bepaalt de *Domestic Relations Law* (hierna DLR) in Hoofdstuk 8, in werking getreden op 17 juli 1993, enkele gevolgen van een draagmoederschapsovereenkomst⁹⁰⁴.

Overeenkomstig deze wetgeving zijn draagmoederschapsovereenkomsten nietig en is commercieel draagmoederschap verboden. Deze wetgeving kwam er na specifieke *case law*.

443. *In re Baby girl L.J.* betrof de relatie tussen laagtechnologisch, commercieel draagmoederschap en de adoptiewetgeving⁹⁰⁵. De wensvader, tevens kandidaat-adoptant was ten gevolge van kunstmatige inseminatie de

⁹⁰³ J.R. COMBS, "Stopping the Baby: Affirming the Value of Human Life Through the Invalidation of Surrogacy Contracts: A Blueprint for New Mexico", *New Mexico Law Review* 1999, 407-428.

⁹⁰⁴ Ingevoerd door An Act to amend the domestic relations law, in relation to making surrogate parenting contracts void and prohibiting payment or receipt of compensation in connection with such contracts, van 17 juli 1992, i.w.tr. 17 juli 1993.

⁹⁰⁵ *Matter of Adoption of Baby Girl L.J.*, 132 Misc.2d 972, 505 N.Y.S.2d 813 (N.Y. Sur. 1986) (31 juli 1986).

genetische vader. De wensouders hadden met de draagmoeder voor de verwekking een overeenkomst afgesloten waarbij zij zich ertoe verbonden haar \$ 10.000 te geven voor het dragen van het kind.

Hoewel de rechtbank de betaling aan de draagmoeder verontrustend vond, werd de adoptie toch uitgesproken. Het kind moest door zijn biologische vader en zijn echtgenote worden opgevoed, omdat bleek dat het in het belang van het kind zou zijn om de adoptie uit te spreken. Geen enkel alternatief was hier geschikt. De rechtbank achtte de draagmoederschapsovereenkomst niet nietig maar vernietigbaar, gelet op de adoptiewetgeving die het betalen of aanvaarden van vergoedingen i.v.m. het plaatsen van een kind voor adoptie verbiedt. De betaling aan de draagmoeder verhinderde bijgevolg de adoptie niet. De rechtbank stelde uitdrukkelijk dat het niet haar rol was om zich uit te spreken over de toelaatbaarheid van dergelijke betalingen aan draagmoeders en wees in de richting van de wetgever.

Verskillende wetsvoorstellen, gaande van het invoeren van een verbod tot het invoeren van een wettelijke regeling, werden kort na deze uitspraak ingediend, maar geen enkel werd wet⁹⁰⁶.

Bij *In the Matter of the Adoption of Paul* oordeelde de rechtbank in 1990 dat de betaling aan de draagmoeder in strijd met de adoptiewetgeving er wel voor zorgde dat de draagmoederschapsovereenkomst nietig was, aangezien het ging om de verkoop van een kind of minstens de verkoop van het recht van de moeder op haar kind⁹⁰⁷. De rechtbank was enkel bereid om de adoptie uit te spreken indien de draagmoeder onder eed zou zweren dat zij voor de overdracht van het kind geen \$ 10.000 gevraagd, aanvaard of ontvangen had of dat zou doen. Op deze manier wou de rechtbank zeker zijn dat de overdracht vrijwillig was en gemotiveerd werd door haar bezorgdheid voor de belangen van het kind en niet omwille van financiële winst. Het betrof een geval van laagtechnologisch draagmoederschap, daar de draagmoeder werd geïnsemineerd met zaadcellen van de wensvader. Deze beslissing werd wellicht genomen onder invloed van de uitspraak in de zaak *Baby M.*⁹⁰⁸.

Op 1 oktober 1991 verklaarde de familierechtbank, in een geval van laagtechnologisch en commercieel draagmoederschap, een vordering tot vaststelling van het vaderschap van de wensvader overeenkomstig Hoofdstuk 5 van de Family Court Act niet ontvankelijk omdat het oordeelde dat het aanvaarden van bevoegdheid zou neerkomen op het helpen van de partijen om de statelijke wetgeving, rechtbank en juridische procedure te gebruiken om het beleid van New York dat commerciële handelingen inzake de staat van kinderen verbiedt, te omzeilen⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ Voor een bespreking van twee ervan, zie D.G. ATTNER en P. FRIED, "Surrogate Motherhood at a Legal Crossroad: An Analysis of Proposed Legislation in New York", *Journal of Civil Rights and Economic Development* 1987, (97) 114-119.

⁹⁰⁷ *Matter of Adoption of Paul*, 146 Misc.2d 379, 550 N.Y.S.2d 815 (N.Y. Fam. Ct. 1990) (22 januari 1990).

⁹⁰⁸ A.W. LATOURETTE, "The Surrogate Mother Contract: In the Best Interests of Society?", *University of Richmond Law Review* 1990, (53) 79.

⁹⁰⁹ *Anonymous v. Anonymous*, WL 228555 (N.Y.Fam.Ct. 1991) (1 oktober 1991).

Afdeling 1. Strengere wetgeving...

444. Overeenkomstig artikel 122 DLR zijn draagmoederschapsovereenkomsten strijdig met de openbare orde, nietig en niet afdwingbaar.

Onder een draagmoederschapsovereenkomst wordt begrepen een overeenkomst, geschreven of mondeling, waarbij een vrouw toestemt te worden geïnsemineerd met zaadcellen van een andere man dan haar echtgenoot of bij wie een embryo wordt ingeplant die het gevolg is van de bevruchting van een eikel met zaadcellen van een andere man dan haar echtgenoot, en waarbij deze vrouw ermee instemt, of de bedoeling heeft om het kind dat hiervan het gevolg is over te dragen of toe te stemmen tot de adoptie ervan (art. 121, vierde lid DLR). Het bestaan van een winstoogmerk in hoofde van de draagmoeder is irrelevant.

Uit de rechtspraak volgt dat ook de overeenkomst waarbij de arts er zich toe verbindt IVF uit te voeren bij de draagmoeder om een kind te creëren voor de wensouders, die donoren waren van het embryo, onwettig is en niet afdwingbaar⁹¹⁰.

Artikel 123 DLR bestraft commercieel draagmoederschap. Betalingen voor werkelijke kosten maken geen commercieel draagmoederschap uit. De wensouders en draagouders krijgen bij overtreding van deze bepaling een lichtere straf dan andere personen die tussenkomen bij een commerciële draagmoederschapsovereenkomst.

Beide bepalingen viseren zowel hoog- als laagtechnologisch draagmoederschap⁹¹¹.

445. In het geval van een vordering door een geschil tussen de draagmoeder enerzijds en anderzijds de genetische vader, genetische moeder, beide genetische ouders of de ouders van deze laatsten over ouderlijke rechten of over staat van of verplichtingen m.b.t. het kind zal de rechtbank de betrokkenheid van de geboortemoeder bij een draagmoederschapsovereenkomst niet beschouwen als ongunstig voor haar ouderlijke rechten, staat of verplichtingen (art. 124, eerste lid). Deze bepaling spreekt zich niet uit over de juridische procedure die moet worden gevolgd na de geboorte van het kind en beperkt de partijen dus ook niet tot een adoptieprocedure⁹¹².

446. McMAHON is van mening dat draagmoederschapsovereenkomsten bij hoogtechnologisch draagmoederschap toegelaten zouden moeten zijn. De

⁹¹⁰ *Itskov v. New York Fertility Institute, Inc.*, 11 Misc.3d 68, 813 N.Y.S.2d 844 (N.Y. App. Div. 2006) (17 februari 2006).

⁹¹¹ B.M. McMACHON, "The Science Behind Surrogacy: Why New York Should Rethink Its Surrogacy Contracts Laws", *Albany Law Journal of Science and Technology* 2011, (359) 367.

⁹¹² *Doe v. New York City Bd. of Health*, 5 Misc.3d 424, 782 N.Y.S.2d 180, 2004 N.Y. Slip Op. 24303 (N.Y. 2004) (19 augustus 2004), *infra* nr. 449.

auteur wijst op het fundamentele verschil in genetisch moederschap. De wensouders worden door de bestaande wetsbepalingen gestraft. De draagmoeder zou bij hoogtechnologisch draagmoederschap geen ouderlijke rechten mogen hebben, aangezien zij niet de genetische ouder is. MCMAHON hecht in de zijn beoogde wetwijziging veel belang aan de overeenkomst, bv. voor de toe te passen werkwijze bij gewijzigde omstandigheden, en specifieke procedures voor de bepaling van het ouderschap⁹¹³.

Ook in het New Yorkse parlement vormt (de bestraffing van) draagmoederschap voorwerp van debat. Er werden verschillende voorstellen ingediend die draagmoederschap wens te decriminaliseren⁹¹⁴ of de hoogtechnologische variant te legaliseren⁹¹⁵.

447. De wetgeving in New York is zeer streng t.a.v. draagmoederschap. De overeenkomst kan geen gevolgen hebben en in bepaalde gevallen riskeren de betrokkenen een strafsanctie. Niettemin is de rechtspraak vrij mild wat de afstammingsband van het kind betreft.

Afdeling 2. ... maar milde rechtspraak inzake ouderschap

448. In *Arredondo v. Nodelman* vroegen de genetische wensouders, een man en een vrouw, de familierechtbank om vast te stellen dat zij de ouders waren van een tweeling geboren na hoogtechnologisch draagmoederschap. Er was geen sprake van een geschil tussen de wens- en draagouders.

De rechtbank oordeelde dat de vaststelling van het vaderschap t.a.v. de wensvader – ten koste van het vaderschap van de echtgenoot van de draagmoeder dat kwam vast te staan op grond van het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot – op basis van de uitslag van een DNA-test mogelijk was, in tegenstelling tot de vaststelling van het moederschap, omdat de Family Court Act daartoe niet de mogelijkheid bood⁹¹⁶. Volgens de rechtbank was deze onmogelijkheid niet ongrondwettig en zij verwees naar de bevoegdheid van de wetgever, en niet de rechter, om in deze materie op te treden. De rechtbank liet de optie van adoptie door de wensmoeder open.

De wensouders tekenden hoger beroep aan tegen deze beslissing bij de New Yorkse Supreme Court, dat op 16 november 1994 het verzoek inwilligde en verklaarde dat de wensmoeder de moeder was van de kinderen. De opmaak van nieuwe geboortekten in het licht daarvan werd bevolen⁹¹⁷. Het Hof erkende hierbij zijn inherente bevoegdheid om een beslissing te vellen die

⁹¹³ B.M. McMACHON, "The Science Behind Surrogacy: Why New York Should Rethink Its Surrogacy Contracts Laws", *Albany Law Journal of Science and Technology* 2011, (359) 373.

⁹¹⁴ Bill S2547, Eliminates the prohibition on surrogate parenting contracts, S2547-2013.

⁹¹⁵ Bill S4617, Establishes the child-parent security act to legally establish a child's relationship with his or her parents, S4617-2013.

⁹¹⁶ *Andres A. v. Judith N.*, 156 Misc.2d 65, 591 N.Y.S.2d 946 (N.Y. Fam. Ct. 1992) (13 november 1992).

⁹¹⁷ *Arredondo v. Nodelman*, 163 Misc.2d 757 (1994) 622 N.Y.S.2d 181 (N.Y. Sup. 1994) (16 november 1994).

stelt dat de genetische moeder de juridische moeder is van een kind geboren uit een draagmoeder.

449. Tien jaar later velde het Hof in *Dick Doe v. New York City Board of Health* opnieuw een arrest binnen deze bevoegdheid, nl. door te bevelen dat de namen van de genetische wensouders moesten worden vermeld op de geboorteakte van een drieling geboren na altruïstisch draagmoederschap⁹¹⁸. In diezelfde uitspraak besliste de rechtbank weliswaar dat de biologische wensouders van de drieling niet het recht hadden op een 'pre-birth order' die verklaarde dat zij de ouders van de kinderen waren omdat dit de rechten van de draagmoeder zou hebben beëindigd, wat dan weer strijdig zou zijn met het verbod op draagmoederschapsovereenkomsten. Een 'post-birth order' leek dan weer niet strijdig te zijn met dit verbod.

In 2011 sprak de Appellate Division of the Supreme Court te New York zich nogmaals uit over een vordering tot vaststelling van het moederschap van de genetische wensmoeder, zonder toepassing van adoptie⁹¹⁹. Het betrof een geval van hoogtechnologisch, altruïstisch draagmoederschap waarbij een vriendin van de wensouders bereid was een embryo samengesteld uit gameten van de wensouders te voldragen. De geboorteakte vermeldde enkel de draagmoeder als moeder. Een vader werd niet geïdentificeerd. De wensvader was in een voorgaande procedure voor de Supreme Court op 21 januari 2010 reeds erkend als vader van het kind op grond van een *Order of Filiation* en zijn naam werd opgenomen in de geboorteakte. De wensouders hadden daarbij eveneens verzocht om de vaststelling van het moederschap van de wensmoeder. Dit werd echter geweigerd – verrassend genoeg – gelet op de vorige rechterlijke uitspraken, en de Supreme Court had daarbij verwezen naar het alternatief van de adoptie.

De Appellate Division was streng voor deze uitspraak. Ze wees erop dat dit de moeilijkheden van adoptie onderschatte: adoptie behelst een lange, complexe, technische en dure procedure, terwijl oorspronkelijke afstammingsprocedures eenvoudiger en sneller zijn. Bovendien neemt de suggestie tot adoptie de voorafbestaande biologische band tussen de genetische moeder en het kind, die niet kan worden genegeerd, niet in overweging. De Appellate Division hervormde dan ook de beslissing van de Supreme Court.

De rechtbank verwees daarbij uitdrukkelijk naar de 'Task Force on Life and Law'⁹²⁰ in 1998 uitgevaardigd door de *Department of Health*, wiens rapport stelde dat de bepaling van moederlijke rechten en verantwoordelijkheden bij draagmoederschapsovereenkomsten de genetische en gestationele bijdragen tot het moederschap moeten weerspiegelen. Indien zowel de genetische als de geboortemoeder akkoord gaan, nadat het kind geboren is, dat de

⁹¹⁸ *Doe v. New York City Bd. of Health*, 5 Misc.3d 424, 782 N.Y.S.2d 180, 2004 N.Y. Slip Op. 24303 (N.Y. 2004) (19 augustus 2004).

⁹¹⁹ *T.V. v. New York State Department of Health*, 88 A.D.3d 290, 929 N.Y.S.2d 139 (N.Y. App. Div. 2011) (9 augustus 2011).

⁹²⁰ Zie <http://www.health.ny.gov>.

genetische moeder dient te worden erkend als de enige moeder van het kind, dan dient de wet een mechanisme te bepalen om dat resultaat efficiënt te bekomen, zonder dat een formele adoptieprocedure nodig is.

Eisen zowel de genetische als de geboortemoeder ouderlijke rechten op, dan zou elke vrouw als biologische ouder het recht moeten hebben om het ouderlijk gezag en andere rechten m.b.t. het kind te vragen. Het dispuut moet dan door de rechtbank worden opgelost aan de hand van het criterium van het belang van het kind. In principe zou slechts één biologische moeder het ouderlijk gezag en moederlijke rechten mogen verkrijgen. De staat van de andere vrouw als 'biologische ouder' zou echter niet weg mogen vallen tenzij omstandigheden bestaan die normaal gezien een ongewilde beëindiging van de ouderlijke staat zouden rechtvaardigen.

Weigeren de wensouders hun verantwoordelijkheid op te nemen, dan zou de draagmoeder moeten kunnen afdwingen dat beide genetische ouders juridische verplichtingen worden opgelegd. De draagmoeder dient anderzijds de mogelijkheid te hebben haar eigen verantwoordelijkheid als biologische ouder te erkennen.

450. Recent werd nog geoordeeld dat de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst niet de daaropvolgende adoptie hoeft uit te sluiten⁹²¹.

Hoofdstuk 27. North Dakota

451. Sinds 2005 zijn op grond van artikel 14-18-08 *North Dakota Century Code* in het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap de wensouders de ouders en niet de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot.

Beide wensouders moeten de genetische ouders zijn. Bij laagtechnologisch draagmoederschap zal de overeenkomst nietig zijn en zullen de draagouders de juridische ouders zijn (art. 14-18-05 *North Dakota Century Code*).

Hoofdstuk 28. Oregon

452. Artikel 163.537, (2), (d) *Oregon Revised Statutes* bepaalt dat de strafbaarstelling van de koop en verkoop van een persoon jonger dan 18 jaar niet van toepassing is op de betaling van vergoedingen in een adoptieprocedure volgend op draagmoederschap.

Hoofdstuk 29. Tennessee

⁹²¹ *In the Matter of the Adoption of Children Whose First Names are J.J. H.C.*, 984 N.Y.S.2d 841 (N.Y.Fam.Ct. 2014) (3 april 2014).

453. Artikel 36-1-102 *Tennessee Code Annotated* bepaalt dat geen overdracht nodig is opdat de ouderlijke rechten van de draagmoeder kunnen worden beëindigd. Een adoptie door de biologische ouder(s) is evenmin vereist⁹²². Deze bepaling is van toepassing op zowel laag- als hoogtechnologisch draagmoederschap. Deze stelt weliswaar nog uitdrukkelijk dat niets uit de afdeling kan worden aangewend om draagmoederschap uitdrukkelijk toe te laten in Tennessee, tenzij anders aanvaard door de rechtbank of het parlement. De Court of Appeals oordeelde in 2013 dat draagmoederschapsovereenkomsten niet strijdig zijn met de openbare orde (te bepalen door de wetgever) en bijgevolg afdwingbaar zijn⁹²³.

Hoofdstuk 30. Texas

454. In Texas is hoogtechnologisch draagmoederschap binnen bepaalde grenzen toegelaten. De ondertekening van de draagmoederschapsovereenkomst moet voorafgaand aan de medische behandeling worden gemachtigd om gevolgen te kunnen hebben.

In dat geval zullen de wensouders, die gehuwd moeten zijn, de juridische ouders zijn. Deze wettelijke regeling is opgenomen in 'Section 160.754. *Gestational Agreement Authorized*' van de *Texas Family Code* en is in werking getreden op 1 september 2003⁹²⁴. De wet vertoont vele gelijkenissen met de wettelijke regeling in Utah die hieronder wordt besproken.

Hoofdstuk 31. Utah

455. Het huidige wettelijk statuut van draagmoederschap in Utah is gebaseerd op Hoofdstuk 8 van de *Uniform Parentage Act 2002* (hierna: UPA).

In 1973 maakte de *Uniform Law Commission* (hierna ULC) de eerste versie van de federale Uniform Parentage Act bekend. Deze kwam er nadat de U.S. Supreme Court de illegitimiteit van kinderen had verworpen als een obstakel voor het instellen van vorderingen m.b.t. het ouderschap van het betrokken kind. In 1988 vaardigde de ULC o.m. de bijkomende *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* (hierna USCACA) uit, als reactie op medisch begeleide voortplantingstechnologieën. Deze bepaalt de regels inzake vaststelling van ouderschap m.b.t. een kind verwekt op een andere manier dan geslachtsgemeenschap. In 2000 en 2002 werd de UPA gemoderniseerd en werd o.m. de USCACA geïncorporeerd.

⁹²² Voor meer informatie over de vaststelling van het moederschap bij draagmoederschap, zie Ch. BLACKBURN, "Family Law - Who is a Mother? Determining Legal Maternity in Surrogacy Arrangements in Tennessee", *The University of Memphis Law Review* 2009, 349-382.

⁹²³ *In Re Baby*, WL 245039 (Tenn. App. 2013) (22 januari 2013).

⁹²⁴ Zie L.A. HUDGEONS, "Gestational Agreements in Texas: A Brave New World", *Baylor Law Review* 2005, 863-903.

Hoofdstuk 8 inzake draagmoederschapsovereenkomsten is een optioneel deel van de UPA. Deelstaten kunnen zelf beslissen of zij deze bepalingen in hun wetgeving incorporeren⁹²⁵.

456. De draagmoederschapswetgeving heeft in Utah een interessante evolutie doorgemaakt.

Vóór de *Utah Surrogate Parenthood Act* waren draagmoederschapsovereenkomsten verboden. Zij waren nietig en niet afdwingbaar wegens strijdigheid met de openbare orde. De moeder van het kind was de draagmoeder en eventuele geschillen rond ouderlijk gezag moesten worden beslecht op grond van het belang van het kind (art. 76-7-204 Utah Code Annotated).

Op 15 april 2002 werd de bepaling dat de draagmoeder, als vrouw die van het kind bevallen was, in alle gevallen de moeder is van het kind, ongrondwettig bevonden door de United States District Court te Utah⁹²⁶. Wensouders klaagden deze bepaling aan als een beperking van hun grondwettelijk beschermd recht op voortplanting, omdat draagmoederschap hun enige mogelijkheid was om een kind te krijgen dat uit hun genetisch materiaal voorkomt.

Iets meer dan drie jaar later, op 1 juli 2005, trad de huidige wet in werking (art. 78B-15-801 t.e.m. art. 78B-15-809 *Utah Code* (hierna UC)). Utah nam Hoofdstuk 8 UPA aan, maar bracht wel enkele wijzigingen aan, nl.

- de wensouders dienen gehuwd te zijn,
- de draagmoeder mag niet de genetische moeder zijn,
- zij moet reeds een kind hebben gebaard en
- de wensmoeder mag niet in de mogelijkheid zijn om zelf een kind te dragen.

Gelet op de uitspraak van de U.S. District Court is het niet verwonderlijk dat Utah met deze wet een heel andere weg inslaat dan die van een verbod: draagmoederschap is toegelaten, onder strikte voorwaarden, en het is mogelijk voor de wensouders dat zij de juridische ouders worden⁹²⁷.

⁹²⁵ UNIFORM LAW COMMISSION, Parentage Act Summary, <http://www.uniformlaws.org>.

⁹²⁶ *J.R., M.R. and W.K.J. v. The State of Utah*, 261 F. Supp. 2d (D. Utah 2002) (15 april 2002).

⁹²⁷ Art. 7 'Gestational Agreement, Alternative A' van de American Bar Association (ABA) Model Act Governing Assisted Reproductive Technology opgesteld door de Family Law's Committee on Reproductive and Genetic Technology van de ABA en verspreid in februari 2008, lijkt zijn inspiratie te halen uit de regeling van Utah (<http://apps.americanbar.org>). Deze modelwet bepaalt een flexibel kader dat moet dienen als middel om huidige controverses op te lossen en de uitbreiding van wijzen waarop families gevormd worden te leiden (<http://www.americanbar.org>). De modelwet heeft de bedoeling om voorbeeldbepalingen te geven die kunnen worden overwogen, in hun geheel of gedeeltelijk, door wetgevende organen in de deelstaten (Marshall J. Wolf, geciteerd in Ch. P. Jr. KINDREGAN en S.H. SNYDER, "Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology", *Family Law Quarterly* 2008, 206, vn. 11.).

Afdeling 1. Absolute erkenning van initieel wensouderschap bij hoogtechnologisch draagmoederschap

457. In Utah wordt het ouderschap van de wensouders vastgesteld door de afdwingbare draagmoederschapsovereenkomst. De overeenkomst zal pas afdwingbaar zijn wanneer zij werd gehomologeerd (art. 78B-15-801, (4) UC). De homologatie dient plaats te vinden vooraleer met de behandeling werd gestart. Het kind mag nog niet verwekt zijn. De rechtbank heeft een discretionaire bevoegdheid (art. 78B-15-803, (3) UC).

Het verzoek daartoe kan worden ingesteld door de draagmoeder en wensouders. Is de draagmoeder gehuwd, dan moet haar echtgenoot ook om de homologatie verzoeken (art. 78B-15-802, (1) en (3) UC).

Wanneer de overeenkomst wordt gehomologeerd, verklaart de rechtbank dat de wensouders de ouders zullen zijn van het kind (art. 78B-15-803, (1) UC).

458. De gehomologeerde overeenkomst kan worden verbroken door alle betrokkenen, maar enkel vóór de conceptie van het kind. Eens de draagmoeder zwanger is, staat deze mogelijkheid niet langer open. Vanaf de verwekking worden bijgevolg onomkeerbare gevolgen vastgeknoopt aan het initiële wensouderschap.

De verbreking dient te gebeuren door schriftelijke kennisgeving van de opzegging aan de andere partijen (art. 78B-15-806, (1) UC). De rechtbank die de overeenkomst gehomologeerd heeft, kan ook de overeenkomst verbreken for *'good cause shown'* (art. 78B-15-806, (2) UC).

Indien de draagmoeder of haar echtgenoot de overeenkomst verbreken, kunnen zij daarvoor t.a.v. de wensouders niet aansprakelijk worden gesteld (art. 78B-15-806, (4) UC).

459. Werd de draagmoederschapsovereenkomst niet gehomologeerd, dan zal deze niet afdwingbaar zijn, en zal de ouder-kindrelatie moeten worden bepaald op grond van de regels van gemeen recht (art. 78B-15-809, (1) en (2) UC, j° art. 78B-15-201 UC).

Ondanks het feit dat de overeenkomst niet afdwingbaar zal zijn, kunnen de partijen niettemin worden gehouden om in te staan voor het onderhoud van het kind (art. 78B-15-809, (3) UC).

460. De rechterlijke bekrachtiging van de draagmoederschapsovereenkomst via homologatie is pas mogelijk wanneer aan strikte voorwaarden werd voldaan.

461. De wensouders moeten gehuwd zijn, wat in Utah enkel mogelijk is voor een paar van verschillend geslacht. Beide wensouders dienen partij te zijn bij de draagmoederschapsovereenkomst (art. 78B-15-801, (3) UC).

Alleenstaanden komen niet in aanmerking.

462. De wensmoeder mag om medische redenen niet in staat zijn om zelf een kind te dragen of dat mag niet mogelijk zijn zonder een onredelijk risico voor haar fysieke of mentale gezondheid of deze van het kind (art. 78B-15-803, (2), (b) UC).

463. De draagmoeder mag niet de genetische moeder zijn van het kind. Bijgevolg is enkel hoogtechnologisch draagmoederschap door de wet geregeld (art. 78B-15-801, (7) UC). Ook de zaadcellen van haar eventuele echtgenoot mogen niet worden aangewend voor de verwekking van het kind (art. 78B-15-801, (8) UC j° art. 78B-15-803, (2), (k) UC).

Minstens één wensouder moet de genetische ouder zijn van het kind, waarbij het niet mag verwekt zijn door geslachtsgemeenschap (art. 78B-15-801, (5) UC).

464. De partijen moeten minstens 21 jaar zijn (art. 78B-15-801, (6) UC).

465. De wensouders of de draagmoeder moeten minstens 90 dagen inwoner van Utah zijn (art. 78B-15-802, (2) UC).

466. De draagmoeder moet reeds een zwangerschap en bevalling hebben meegemaakt. Dat zij het kind zal dragen mag geen onredelijk risico betekenen voor de gezondheid van het ongeboren kind of voor de fysieke of mentale gezondheid van haarzelf (art. 78B-15-803, (2)(f) UC).

467. Een onderzoek naar de thuissituatie van de wensouders moet worden uitgevoerd en ze moeten voldoen aan de vereisten van geschiktheid waaraan ook adoptieouders moeten voldoen. De rechter kan echter bevelen dat dit onderzoek niet moet plaatsvinden (art. 78B-15-802, (2), (d) UC).

Alle partijen moeten ook hebben deelgenomen aan begeleiding door een vergunninghoudende mentale gezondheidsprofessional. Deze laatste verleent een certificaat dat aantoonst dat de betrokkenen de mogelijkheden en gevolgen van de overeenkomst hebben besproken (art. 78B-15-803, (2)(d) UC).

468. De overeenkomst moet schriftelijk zijn aangegaan en daarin moeten volgende verbintenissen vervat liggen: de draagmoeder gaat akkoord met een zwangerschap door medisch begeleide voortplanting, de draagmoeder, haar eventuele echtgenoot en de donoren nemen afstand van al hun rechten en verplichtingen als ouders over het kind en ten slotte dient de overeenkomst te bepalen dat de wensouders de ouders van het kind worden (art. 78B-15-801, (1) UC).

Alle betrokkenen, waaronder ook gametendonoren, moeten hun vrije toestemming tot de overeenkomst hebben gegeven en de bepalingen ervan begrijpen (art. 78B-15-803, (2) (e) UC j° art. 78B-15-801, (1) UC). Indien de draagmoeder huwt nadat de overeenkomst werd gehomologeerd, dan is de

toestemming van haar echtgenoot niet vereist. Hij zal evenmin worden vermoed de vader van het kind te zijn (art. 78B-15-808, (3) UC).

De draagmoederschapsovereenkomst mag het recht van de draagmoeder om beslissingen met betrekking tot haar gezondheid of deze van de foetus te nemen, niet beperken.

469. Opmerkelijk is dat de draagmoeder geen Medicaid⁹²⁸, of andere bijstand van de staat mag ontvangen (art. 78B-15-801, (2) UC).

Indien door de wensouders een vergoeding wordt betaald aan de draagmoeder, moet deze redelijk zijn (art. 78B-15-803, (2)(h) UC). Commercieel draagmoederschap is bijgevolg niet uitgesloten (art. 78B-15-808, (1) UC).

Afdeling 2. Postnatale rechterlijke bevestiging van het wensouderschap

470. Wanneer het kind wordt geboren n.a.v. een gehomologeerde draagmoederschapsovereenkomst, dienen de wensouders de rechtbank op de hoogte te brengen van het feit dat een kind werd geboren binnen 300 dagen na de medisch begeleide voortplanting (art. 78B-15-807, (1) UC).

Hierop zal de rechtbank een vonnis vellen waarin zij bevestigt dat de wensouders de ouders van het kind zijn. Indien nodig wordt in het vonnis ook de overdracht van het kind naar de wensouders bevolen. De *Office of Vital Records* wordt opgedragen om een geboorteakte op te maken waarin de wensouders de ouders van het kind worden genoemd (art. 78B-15-807, (1) UC).

471. Indien wordt betwist of het kind het gevolg is van de medisch begeleide voortplanting, kan de rechtbank een genetische test bevelen om het ouderschap van het kind vast te stellen (art. 78B-15-807, (2) UC).

472. In Utah dient de rechter bijgevolg tweemaal tussen te komen. Wellicht is de postnatale rechterlijke bevestiging van het ouderschap niet constitutief. Het ouderschap bestaat reeds in hoofde van de wensouders, maar wordt vooral om praktische redenen bevestigd.

Men kan zich dan ook afvragen of dit proceseconomisch gezien geen overbodige tussenkomst is, zeker nu er geen ruimte is voor een tweede belangenafweging. De opdracht om een geboorteakte op te maken kan reeds worden gegeven bij de preconceptieve rechterlijke homologatie en een bevel tot overdracht van het kind zal vaak niet nodig zijn, aangezien de draagmoeder normaal gezien het kind vrijwillig zal afstaan.

⁹²⁸ Een gouvernementeel verzekeringsprogramma voor personen met een laag inkomen dat onvoldoende is om te betalen voor gezondheidszorg, zie <http://www.medicaid.gov>.

De laatste rechterlijke procedure zou m.i. kunnen worden vervangen door een administratieve. Het eenvoudig voorleggen van het vonnis dat de overeenkomst homologeerde lijkt mij voldoende om aan de doelstelling van de wetgever te voldoen.

Hoofdstuk 32. Virginia

473. Virginia heeft een wettelijke regeling voor draagmoederschap en heeft daarvoor de *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* aangenomen⁹²⁹. Deze Act liet de keuze tussen of draagmoederschap een wettelijke basis bieden (Alternative A) of de nietigheid van draagmoederschapsovereenkomsten aannemen (Alternative B). Virginia koos voor Alternative A. Deze regeling op grond van een preconceptieve rechterlijke homologatie vertoont grote gelijkenissen met de regeling in Utah, die hoger werd besproken⁹³⁰.

Hoofdstuk 33. Washington

474. De relatie tussen ouders en kind wordt vastgesteld op grond van de geldige draagmoederschapsovereenkomst die aan bepaalde voorwaarden moet voldoen (art. 26.26.101 *Revised Code of Washington*, j° art. 26.26.210 – 26.26.260 *Revised Code of Washington*). Commercieel draagmoederschap is daarbij uitdrukkelijk verboden (art. 26.26.230) en maakt de overeenkomst nietig (art. 26.26.240 *Revised Code of Washington*).

Hoofdstuk 34. Wisconsin

475. De Supreme Court te Wisconsin oordeelde dat een laagtechnologische draagmoederschapsovereenkomst geldig en afdwingbaar is, tenzij de uitvoering ervan strijdig zou zijn met de belangen van het kind. Het hof stelde verder dat artikel 69.14 (h), *Wisconsin Revised Statutes* toelaat dat een rechtbank ouderlijke rechten vaststelt in hoofde van iemand anders dan de draagmoeder⁹³¹.

⁹²⁹ Voor een kritische bespreking daarvan zie A.W. PITTMAN, "Navigating the Diverse and Evolving Law of Gestational Surrogacy", *Supra* 2011, (1) 5-13; A.M. MASSIE, "Restricting Surrogacy to Married Couples: A Constitutional Problem? The Married-Parent Requirement in the Uniform Status of Children of Assisted Conception Act", *Hastings Constitutional Law Quarterly* 1991, 487-540; M. YOON, "The Uniform Status of Children of Assisted Conception Act: Does It Protect the Best Interests of the Child in a Surrogate Arrangement?", *American Journal of Law and Medicine* 1990, 525-553. Zie ook R.C. ROBINSON en P.M. KURTZ, "Uniform Status of Children of Assisted Conception Act: A View from the Drafting Committee", *Nova Law Review* 1989, 491-514.

⁹³⁰ *Supra* nr. 455 *et seq.*

⁹³¹ *In re F.T.R.*, 349 Wis.2d 84, 833 N.W.2d 634, 2013 WI 66 (Wis. 2013) (22 januari 2013).

Titel 30. Vietnam

476. In Vietnam is draagmoederschap verboden door artikel 6, eerste lid van het *Decree on childbirth by scientific methods* van 12 februari 2003⁹³².

In de media werd recent weliswaar gemeld dat er enigszins een bereidheid zou zijn van het Vietnamese Ministerie van Justitie om draagmoederschap te legaliseren⁹³³.

⁹³² Decree on childbirth by scientific methods (nr. 12/2003/ND-CP, 12 februari 2003), <http://www.moj.gov.vn>. Voor meer informatie, zie M.J. PASHIGIAN, "Inappropriate Relations: The Ban on Surrogacy with In Vitro Fertilization and the Limits of State Renovation in Contemporary Vietnam" in D. BIRENBAUM-CARMELI en M.C. INHORN (eds.), *Assisting Reproduction, Testing Genes: Global Encounters with New Biotechnologies*, New York, Berghahn Books, 2009, 164-188 en M. PASHIGIAN, "The Womb, Infertility, and the Vicissitudes of Kinshiprelatedness in Vietnam", *Journal of Vietnamese Studies* 2009, afl. 2, 34-68.

⁹³³ X, "Vietnam considers legalizing surrogacy for humanitarian purposes", *Thanh Nien News* 17 april 2013.

Titel 31. Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië

477. In de Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië is draagmoederschap verboden op grond van artikel 27 van de Wet op Biomedisch begeleide bevruchting⁹³⁴.

⁹³⁴ Law on Biomedically Assisted Fertilization (2008), *Official Gazette of the Republic of Macedonia* nr. 37/08; D. MICKOVIK en K. KOCHKOVSKA, "Biomedically Assisted Reproduction in the Republic of Slovenia and the Republic of Macedonia", *Iustinianus Primus Law Review* 2013, afl. 7, 16.

Titel 32. Zuid-Afrika

478. In Zuid-Afrika wordt draagmoederschap wettelijk omkaderd door Hoofdstuk 19 (artikelen 292-303) van de *Children's Act No. 38* van 2005 (hierna CA)⁹³⁵.

479. Voordien was draagmoederschap niet geregeld, terwijl het wel degelijk voorkwam⁹³⁶. Hoewel altruïstisch draagmoederschap niet expliciet verboden was, bleek het toch een onzekere en risicovolle onderneming. Commercieel draagmoederschap leek strijdig te zijn met de goede zeden⁹³⁷. Dit gebrek aan wetgeving zorgde voor verschillende problemen⁹³⁸.

De wensouders dienden steeds het kind te adopteren om de juridische ouders te zijn. De draagmoeder was immers de moeder op grond van het *Mater semper certa est*-beginsel. Haar echtgenoot was de vader op grond van het *Pater is est quem nuptiae demonstrant*-principe. In het geval dat het kind verwekt was door kunstmatige bevruchting, bepaalde de *Children's Status Act* dat er geen rechten of verplichtingen konden ontstaan tussen het kind en de donoren.

Dit betekende dat de draagmoeder het recht had om haar toestemming tot de adoptie te weigeren, omdat de draagmoederschapsovereenkomst naar alle waarschijnlijkheid als strijdig met de goede zeden zou worden beschouwd⁹³⁹. Dit was ook het geval wanneer beide wensouders de genetische ouders waren. De adoptieprocedure zorgde ervoor dat de band met de geboorteparenten juridisch volledig werd doorgesneden. Vóór 2002 konden paren van hetzelfde geslacht niet adopteren.

De nood aan wetgevend optreden inzake draagmoederschap was volgens MILLS bijgevolg vitaal in een maatschappij waarin alle raciale groepen ervan gebruik maakten, draagmoederschap niet langer gezien werd als een *ultimum*

⁹³⁵ Act to give effect to certain rights of children as contained in the Constitution; to set out principles relating to the care and protection of children; to define parental responsibilities and rights; to make further provision regarding children's courts; to provide for the issuing of contribution orders; to make new provision for the adoption of children; to provide for inter-country adoption; to give effect to the Hague Convention on Inter-country Adoption; to prohibit child abduction and to give effect to the Hague Convention on International Child Abduction; to provide for surrogate motherhood; to create certain new offences relating to children; and to provide for matters connected therewith (8 juni 2006), *Government Gazette* 19 juni 2006, nr. 28944, nr. 610, <http://www.lawsouthafrica.up.ac.za/>.

⁹³⁶ Zie bv. S.A. STRAUSS, "Triplets to a Surrogate Grandmother in South Africa: Legal Issues", *International Legal Practitioner* 1989, 70-71.

⁹³⁷ M. SLABBERT en Ch. ROODT, "South Africa" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (325) 325.

⁹³⁸ C. NICHOLSON en A. BAULING, "Surrogate motherhood agreements and their confirmation: A new challenge for practitioners?", *De Jure* 2013, (510) 512-513.

⁹³⁹ Zie B. CLARK, "Family Law" in C.G. VAN DER MERWE en J.E. DU PLESSIS (eds.), *Introduction to the Law of South Africa*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, (135) 154.

remedium en de idee dat het enkel mogelijk zou zijn voor wensparen van hetzelfde geslacht en gehuwde draagmoeders achterhaald bleek⁹⁴⁰.

480. De *South African Law Reform Commission* (SALRC) vaardigde in 1991 de ‘*Working Paper 38: Surrogate Motherhood*’ uit en in 1993 een ‘*Report on Surrogate Motherhood*’.

Kort daarna werd in 1994 een *Ad Hoc Committee on Report of the SALRC on Surrogacy Motherhood* (hierna Ad Hoc Committee) opgericht binnen de Zuid-Afrikaanse Algemene Vergadering. Het vorige rapport werd onderzocht en bediscussieerd⁹⁴¹. Het onderzoek van de SALRC was om verschillende redenen gebrekkig, wat bijkomend onderzoek verantwoordde.

Uit het rapport bleek o.m. dat er geen bezwaren waren tegen draagmoederschap, voor zover het geen negatieve gevolgen heeft voor bestaande normen en praktijken. Volgens het Ad Hoc Committee is o.m. een genetische band tussen wensouders en kind nodig, is enkel altruïstisch draagmoederschap toelaatbaar, dient de draagmoederschapsovereenkomst een belangrijke rol te spelen en kan draagmoederschap enkel als *ultimum remedium* dienen. Het Ad Hoc Committee deed verschillende aanbevelingen o.m. dat wetgeving nodig was, aangezien bestaande wetsbepalingen niet volstonden om draagmoederschap te regelen⁹⁴².

481. In 2005 werd de CA goedgekeurd. Daarin werd draagmoederschap beschouwd als een alternatieve vorm van vruchtbaarheidsbehandeling. Het werd regelmatig uitgevoerd. Toch benadrukten meerdere auteurs het belang van een striktere controle op de praktijk van draagmoederschap⁹⁴³.

482. Op 23 juni 2009 deed de North Gauteng High Court, nog niet onder toepassing van Hoofdstuk 19 CA, een uitspraak op grond waarvan het ouderschap prenataal in hoofde van de wensouders werd gevestigd en bijgevolg bij de geboorte geen adoptie was. Deze uitspraak werd echter bekritiseerd en maakte de juridisch onduidelijkheid rond draagmoederschap in Zuid-Afrika nog groter⁹⁴⁴.

483. Een strikt wetgevend kader rond draagmoederschap kwam er dan uiteindelijk na de wijziging van de CA met Hoofdstuk 19. Uit de tekst van de

⁹⁴⁰ Zie L. MILLS, “Certainty About Surrogacy”, *Stellenbosch Law Review* 2010, (429) 429-431, en de aldaar aangehaalde auteurs; J.S. NIELSEN en B. VAN HEERDEN, “Putting Humpty Dumpty Back Together Again: Towards Restructuring Families’ and Children’s Lives in South Africa”, *The South African Law Journal* 1998, (156) 164-165; M.L. LUPTON, “The Right to Be Born: Surrogacy and the Legal Control of Human Fertility”, *Medicine and Law* 1989, (483) 492.

⁹⁴¹ Deze werden gevoerd van 15 september 1997 t.e.m. 11 februari 1999 en de schriftelijke neerslag ervan is te vinden op <http://www.pmg.org.za>.

⁹⁴² Zie <http://www.pmg.org.za>.

⁹⁴³ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States”, Directorate-General for internal policies, policy department Citizen’s rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 343-344.

⁹⁴⁴ Aangehaald door L. MILLS, “Certainty About Surrogacy”, *Stellenbosch Law Review* 2010, (429) 431-435.

wet blijkt dat de aanbevelingen van het Ad Hoc Committee grotendeels werden gevolgd. Het Hoofdstuk trad in werking op 1 april 2010, zonder terugwerkende kracht.

Hierdoor werd draagmoederschap een alternatieve en aanvaardbare wijze van familievorming in het geval waar iemand geen kinderen kan krijgen omwille van biologische redenen of de samenstelling van het wenspaar⁹⁴⁵. Deze liberale houding is een reflectie van grondwetsartikel 12, (2), (a) dat volgens BRUNET e.a. het recht op een kind erkent, zelfs wanneer het enkel kan worden verwezenlijkt op kunstmatige wijze⁹⁴⁶.

484. Op grond van de CA is draagmoederschap enkel toegelaten onder strikte voorwaarden. Vooraleer men mag overgaan tot de verwekking van het kind, moet de draagmoederschapsovereenkomst worden gehomologeerd door de High Court (art. 292, (e) CA j^o art. 45, (3), (h) CA). De kunstmatige bevruchting mag niet later plaatsvinden dan 18 maanden na de homologatie (art. 296, (1) CA). Hierdoor blijft de beoordeling van het belang van het kind adequaat. Het belang van het nog te verwekken kind kan immers wijzigen naarmate de tijd vordert. Deze verwekking kan enige tijd vragen en is vaak niet gelukt na één of twee pogingen⁹⁴⁷. Anderzijds lijkt de termijn van 18 maanden arbitrair aangezien de omstandigheden ook onmiddellijk kunnen wijzigen⁹⁴⁸.

De homologatie heeft tot gevolg dat de wensouders onmiddellijk vanaf de geboorte de juridische ouders zullen zijn.

485. Draagmoederschap zonder preconceptieve homologatie is verboden (art. 303, (1) CA). Het maken van reclame voor draagmoederschap is evenzeer verboden (art. 303, (2) CA).

Hoofdstuk 1. Absolute erkenning van initieel wensouderschap bij hoogtechnologisch draagmoederschap

486. Zoals reeds gezegd, kan de homologatie pas gebeuren wanneer de betrokkenen aan een aantal vereisten voldoen.

⁹⁴⁵ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 340.

⁹⁴⁶ Zie L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 340, vn. 695.

⁹⁴⁷ C. NICHOLSON en A. BAULING, "Surrogate motherhood agreements and their confirmation: A new challenge for practitioners?", *De Jure* 2013, (510) 522.

⁹⁴⁸ Zie A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-20.

487. Het begrip ‘wensouder’ krijgt daarbij een brede definitie, nl. een persoon die een draagmoederschapsovereenkomst aangaat met een draagmoeder.

De wet stelt geen leeftijdsgrenzen, waardoor strikt genomen ook minderjarigen wensouders zouden kunnen zijn. In die onwaarschijnlijke hypothese zullen zij voor het sluiten van de draagmoederschapsovereenkomst de toestemming van hun voogd nodig hebben⁹⁴⁹.

488. De wensouders mogen niet in staat zijn om te bevallen van een kind en de aandoening die dit veroorzaakt, moet permanent en onomkeerbaar zijn (art. 295, (a) CA). Aan de oorzaak zelf werd door de wet geen invulling gegeven. Alleenstaanden en paren van hetzelfde geslacht zullen ook onder het toepassingsgebied van deze bepaling vallen⁹⁵⁰.

489. De gameten van beide wensouders moeten worden gebruikt voor de conceptie van het kind, tenzij dit om biologische, medische of andere geldige redenen, niet mogelijk zou zijn, waarbij het dan volstaat dat slechts één wensouder een genetische ouder is. Is er slechts één wensouder, dan moet deze ook de genetische ouder zijn (art. 294 CA).

Deze voorwaarden zijn streng en kunnen als discriminatoir worden beschouwd. Het is immer mogelijk dat beide wensouders leiden aan onvruchtbaarheid. Sommige rechtsgeleerden argumenteren dat door toe te laten dat beide wensouders onvruchtbaar zijn, het draagmoederschap zou neerkomen op een bestelde adoptie, en bijgevolg onaanvaardbaar zou zijn. Het verhindert ook dat wensouders specifieke gameten uitzoeken om zo een kind te creëren dat bijzondere eigenschappen heeft. Anderzijds is adoptie niet altijd een optie voor wensouders, omdat de wachtlijsten lang zijn of omdat ze te oud zijn om in aanmerking te komen als een adoptieouder. Deze vereiste zou ook het recht van een onvruchtbare persoon om beslissingen inzake voortplanting te maken, kunnen schenden (art. 12, tweede lid, a Grondwet van Zuid-Afrika)⁹⁵¹.

De wet legt geen beperkingen op inzake het gebruik van de gameten van de draagmoeder. Bijgevolg zijn zowel laag- als hoogtechnologisch draagmoederschap toegelaten⁹⁵².

⁹⁴⁹ A. LOUW, “Surrogate Motherhood” in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children’s Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-15.

⁹⁵⁰ A. LOUW, “Surrogate Motherhood” in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children’s Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-14.

⁹⁵¹ M.N. SLABBERT, “Legal issues relating to the use of surrogate mothers in the practice of assisted conception”, *South African Journal of Bioethics and Law* 2012, (27) 31 en de aldaar aangehaalde auteurs. Zie ook M. SLABBERT en Ch. ROODT, “South Africa” in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (325) 342; A. LOUW, “Surrogate Motherhood” in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children’s Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-13.

⁹⁵² L. MILLS, “Certainty About Surrogacy”, *Stellenbosch Law Review* 2010, (429) 436.

490. Draagmoederschap staat in Zuid-Afrika ook open voor paren van hetzelfde geslacht, zolang minstens één wensouder de genetische ouder is.

Er werd reeds een draagmoederschapsovereenkomst goedgekeurd die was afgesloten tussen een draagmoeder en een gehuwd paar van wensvaders. De ene wensvader had de Nederlandse nationaliteit en de andere de Deense maar beide mannen waren wel gedomicilieerd in Zuid-Afrika. Het betrof een geval van hoogtechnologisch draagmoederschap⁹⁵³.

491. Minstens één van de wensouders moet op het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomst gedomicilieerd zijn in Zuid-Afrika (art. 292, (1), (c) CA). Deze vereiste geldt ook voor de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot of partner (art. 292, (1), (d) CA). Men hoeft niet de Zuid-Afrikaanse nationaliteit te hebben. T.a.v. de draagmoeder en haar partner kan de rechtbank daarvan afzien (art. 292, (2) CA), bv. wanneer de draagmoeder een familielid is van de wensouders dat in het buitenland woont⁹⁵⁴.

Door een link met Zuid-Afrika te verplichten wordt Zuid-Afrika een minder aantrekkelijke bestemming voor voortplantingstoerisme⁹⁵⁵. Anderzijds verhindert dit niet dat wensouders naar het buitenland gaan en evenmin dat buitenlanders naar Zuid-Afrika komen voor illegaal draagmoederschap⁹⁵⁶. Hinkende rechtsverhoudingen door draagmoederschapstoerisme worden op deze manier niet verholpen. Kinderen geboren na draagmoederschap worden nog steeds blootgesteld aan juridische en praktische risico's⁹⁵⁷.

Zijn de wensouders niet gedomicilieerd in Zuid-Afrika, dan is de overeenkomst niet geldig en zal de draagmoeder de juridische moeder zijn. De wensouders zullen dan moeten adopteren, via een interlandelijke adoptie, wat kan leiden tot moeilijkheden⁹⁵⁸.

492. De wensouders en draagmoeder moeten bekwaam zijn om de overeenkomst af te sluiten. De wensouders moeten in alle opzichten geschikt zijn om het ouderschap te aanvaarden van het kind dat zal worden verwekt.

⁹⁵³ In the North Gauteng High Court, Pretoria, 27 september 2011, No. 29936/11.

⁹⁵⁴ A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-8.

⁹⁵⁵ M.N. SLABBERT, "Legal issues relating to the use of surrogate mothers in the practice of assisted conception", *South African Journal of Bioethics and Law* 2012, (27) 27; A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-8.

⁹⁵⁶ J. HEATON, "International surrogacy: South Africa", submitted to the Family Law Committee of the International Law Association", 1 Augustus 2011, ongepubliceerd ontwerp van rapport, 1.

⁹⁵⁷ M. SLABBERT en Ch. ROODT, "South Africa" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (325) 343-344.

⁹⁵⁸ J. HEATON, "International surrogacy: South Africa", submitted to the Family Law Committee of the International Law Association", 1 August 2011, ongepubliceerd ontwerp van rapport, 2-4.

De draagmoeder moet in alle opzichten geschikt zijn om een draagmoeder te zijn.

Wensouders en draagmoeder moeten de juridische gevolgen begrijpen en aanvaarden van de overeenkomst, de CA en hun rechten en verplichtingen daardoor (art. 295, (b) en art. 295, (c), (i) t.e.m. (iii) CA).

493. De draagmoeder moet minstens eenmaal zwanger zijn geweest en een levend kind hebben gebaard. Zij moet minstens één eigen, levend kind hebben. Deze laatste voorwaarde impliceert meteen dat de eerste is voldaan⁹⁵⁹.

Er wordt niet uitdrukkelijk opgelegd dat de wensouders nog geen (geadopteerde) kinderen mogen hebben.

494. De draagmoederschapsovereenkomst is pas geldig wanneer zij schriftelijk is en werd ondertekend door alle partijen (art. 292, (1), (a) CA).

De overeenkomst moet worden afgesloten in de Republiek van Zuid-Afrika zelf (art. 292, (1), (b) CA). Bijgevolg kunnen de partijen geen overeenkomst afsluiten in het buitenland en daaraan gevolgen vastknopen onder de CA. Wensen zij na de geboorte van het kind in het buitenland met het kind terug naar Zuid-Afrika af te reizen, dan is de kans groot dat zij problemen van internationaalprivaatrechtelijke aard zullen ervaren⁹⁶⁰.

Wanneer de wensouder of draagmoeder een echtgenoot, echtgenote of partner in een vaste relatie heeft, kan de overeenkomst niet zonder toestemming van deze laatste en zonder dat hij/zij een partij bij de overeenkomst is, worden gehomologeerd door de rechtbank (art. 293, (1) en (2) CA). Dit is een vreemde bepaling aangezien men door partij te worden bij de overeenkomst, een wensouder is als gevolg van de definitie gegeven door het CA. Het is dan ook niet duidelijk waarom de 'partner' van de wensouder moet ondertekenen in die hoedanigheid, aangezien hij als wensouder sowieso de overeenkomst moet ondertekenen⁹⁶¹. Het lijkt dan ook niet mogelijk om enige wensouder te zijn, wanneer men een paar vormt. Het is verder niet duidelijk wat onder een 'vaste relatie' moet worden begrepen⁹⁶².

In het geval dat de echtgeno(o)t(e) of partner van de draagmoeder die niet de genetische ouder is van het kind, op onredelijke wijze zijn toestemming

⁹⁵⁹ A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-17.

⁹⁶⁰ J. HEATON, "International surrogacy: South Africa", submitted to the Family Law Committee of the International Law Association", 1 Augustus 2011, ongepubliceerd ontwerp van rapport, 4-6.

⁹⁶¹ Zie A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-9 en 19-10.

⁹⁶² C. NICHOLSON en A. BAULING, "Surrogate motherhood agreements and their confirmation: A new challenge for practitioners?", *De Jure* 2013, (510) 521; A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-9.

weigert, kan de rechtbank alsnog de overeenkomst bevestigen (art. 293, (3) CA). Deze bewoordingen kunnen tot verwarring leiden. Het is immers niet duidelijk of de echtgenoot de niet-genetische ouder dient te zijn of de draagmoeder. De laatste interpretatie zou ertoe leiden dat de toestemmingsweigering van de echtgenoot of partner van de draagmoeder enkel bij hoogtechnologisch draagmoederschap terzijde kan worden geschoven, en niet bij laagtechnologisch draagmoederschap, wat volgens LOUW onaanvaardbaar zou zijn⁹⁶³.

De overeenkomst bevat o.m. bepalingen inzake de omgang, zorg, opvoeding en algemeen welzijn van het kind dat zal worden geboren in een stabiele gezinsomgeving. Daarbij moet ook de situatie van het kind worden toegelicht in het geval één of beide wensouders sterven, of indien zij uit de echt scheiden of uit elkaar gaan voor de geboorte van het kind (art. 295, (d) CA). De overeenkomst kan ook nog andere zaken regelen aangezien de opsomming een minimuminhoud aangeeft en niet limitatief is⁹⁶⁴.

495. De draagmoeder mag de overeenkomst niet aanwenden als een bron van inkomsten. De overeenkomst mag maar zijn aangegaan om altruïstische redenen, en niet voor commerciële doeleinden (art. 295, (c), (iv) en (v) CA).

De wet bepaalt verder dat in verband met een draagmoederschapsovereenkomst niemand aan of van een ander persoon een beloning of vergoeding mag geven of ontvangen. Een uitzondering wordt gemaakt voor een vergoeding voor kosten die direct verband houden met de kunstmatige bevruchting en zwangerschap van de draagmoeder, de geboorte van het kind en de homologatie van de overeenkomst. Het loonverlies en kosten voor een verzekering voor alles dat zou kunnen leiden tot de dood of handicap van de draagmoeder door de zwangerschap kunnen ook worden vergoed (art. 301, (1) en (2) CA).

496. De rechtbank mag de overeenkomst slechts homologeren indien aan de bovenstaande voorwaarden werd voldaan en rekening houdende met de persoonlijke omstandigheden en familiesituaties van alle betrokken partijen, maar vooral met de belangen van het kind dat zal worden geboren (art. 295, (d) CA). Dit laatste is een *catch-all* bepaling⁹⁶⁵. De inhoud van de belangen van het kind werd niet exhaustief bepaald. Flexibiliteit is nodig aangezien individuele omstandigheden zullen bepalen wat in het belang van het kind is⁹⁶⁶.

⁹⁶³ A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-10.

⁹⁶⁴ A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-18 en 19-19.

⁹⁶⁵ A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-19.

⁹⁶⁶ In the North Gauteng High Court, Pretora, 27 september 2011, No. 29936/11, te raadplegen op www.saflii.org, 61.

497. Werd de draagmoederschapsovereenkomst gehomologeerd door de rechtbank, dan is deze geldig en afdwingbaar⁹⁶⁷. De geldige draagmoederschapsovereenkomst heeft als gevolg dat een kind geboren uit de draagmoeder in overeenstemming met de overeenkomst voor alle doeleinden het kind van de wensouders(s) is, vanaf het ogenblik van de geboorte. De namen van de wensouders zullen op de geboortakte vermeld staan als die van de ouders van het kind⁹⁶⁸.

De draagmoeder is verplicht om het kind aan de wensouder(s) af te staan, 'van zodra dat redelijkerwijze mogelijk is na de geboorte'. Deze bepaling zou aanleiding kunnen geven tot verwarring omwille van de vage bewoordingen⁹⁶⁹. De draagmoeder en haar eventuele partner of familie hebben geen recht op ouderschap of zorg over het kind. Zij hebben ook geen recht op omgang met het kind, tenzij anders bepaald in de overeenkomst. Het kind heeft geen onderhouds- of erfrechtelijke vordering t.a.v. de draagmoeder, haar eventuele partner of echtgenoot of haar familie (art. 297, (1) CA).

498. Een draagmoederschapsovereenkomst die strijdig is met de bepalingen van de CA is ongeldig. Het kind dat wordt geboren door dergelijke overeenkomst zal voor alle doeleinden worden geacht het kind van de draagmoeder te zijn (art. 297, (2) CA).

499. Uit de rechtspraak blijkt duidelijk dat een homologatie geen automatisme is. De North Gauteng High Court stelde uitdrukkelijk dat "while on the one hand it is enjoined to advance the spirit and the objective of the Act without creating or placing additional obstacles in the path of litigants who seek relief, on the other as the upper guardian of all minor children, it cannot simply be a rubber stamp validating the private arrangements between contracting parties"⁹⁷⁰. De rechterlijke bevestiging is bijgevolg veel meer dan een eenvoudige administratieve procedure⁹⁷¹.

Dit is nochtans voor de rechtbanken niet eenvoudig, aangezien de wet weinig op de praktijk is afgestemd. De wettelijke bepalingen in de CA zijn immers beperkt in aantal en omvang, zeker op vlak van de gezondheidsrechtelijke omkadering bij gebrek aan verplichte begeleiding en screening van de betrokkenen. Dit resulteert soms in praktische moeilijkheden bij de

⁹⁶⁷ J. HEATON, "International surrogacy: South Africa", submitted to the Family Law Committee of the International Law Association", 1 Augustus 2011, ongepubliceerd ontwerp van rapport, 1.

⁹⁶⁸ H. OOSTHUIZEN en T. VERSCHOOR, "Surrogaatmoederschap: Voorgestelde wetgeving lank verwag", *South Africa Family Practice* 2003, (45) 48.

⁹⁶⁹ H. OOSTHUIZEN en T. VERSCHOOR, "Surrogaatmoederschap: Voorgestelde wetgeving lank verwag", *South Africa Family Practice* 2003, (45) 48.

⁹⁷⁰ In the North Gauteng High Court, Pretoria, 27 september 2011, No. 29936/11, nr. 72. Zie ook South Gauteng High Court, Johannesburg, 1 maart 2011, Nos. 2011/153, 2011/154, 2011/679, nrs. 25 en 74-77.

⁹⁷¹ L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO en J. MCCANDLESS, "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Directorate-General for internal policies, policy department Citizen's rights and constitutional affairs, Brussel, Europese Unie, 2013, 345.

toepassing ervan⁹⁷² en onduidelijkheid omtrent wat van de partijen wordt gevraagd⁹⁷³.

De wensouders dienen aan strikte voorwaarden te voldoen, maar er wordt nergens in de wet aangegeven hoe het bewijs daarvan kan worden geleverd. Er wordt bv. niet door de wet opgelegd dat een psycholoog of psychiater een verslag opmaakt met daarin zijn visie op de geschiktheid van de betrokkenen m.o.o. het draagmoederschap. 'De geschiktheid van de wensouders om het ouderschap op te nemen' zonder meer, is dan ook een vaag geformuleerde vereiste.

De South Gauteng High Court is de mening toegedaan dat de rechtbank pas over de overeenkomst kan oordelen wanneer de wensouders de nodige informatie over zichzelf hebben verschaft en stelde hieromtrent richtlijnen voorop⁹⁷⁴. De North Gauteng High Court wees ook op het belang van het verschaffen van voldoende informatie, zoals een verslag van een psycholoog en een arts, zodanig dat de rechtbank het voldoen aan de voorwaarden kan controleren en een weloverwogen oordeel kan vellen⁹⁷⁵. Dit is belangrijk gelet op de precedentwerking van rechtspraak in Zuid-Afrika, een gemengd stelsel van *civil law* en *common law*⁹⁷⁶. De twee besproken arresten vullen op deze manier de wet aan.

500. Een geldige overeenkomst bij hoogtechnologisch draagmoederschap laat geen ruimte voor een bedenkrecht voor de draagmoeder. Het betreft een '*direct-parentage model*'⁹⁷⁷. Voor dergelijke overeenkomsten geldt het adagium *Pacta sunt servanda* ten volle. Volgens CLARCK is dit echter strijdig met de belangen van de draagmoeder⁹⁷⁸.

Het initiële intentionele ouderschap van de wensouders wordt vanaf de homologatie absoluut erkend. Indien de wensouders zich nadien bedenken zal aan deze intenties geen gevolg worden gegeven. Zij zijn steeds de juridische ouders. Zij kunnen het kind niet weigeren, bv. omdat het gehandicapt is.

⁹⁷² Zie M.N. SLABBERT, "Legal issues relating to the use of surrogate mothers in the practice of assisted conception", *South African Journal of Bioethics and Law* 2012, (27) 31.

⁹⁷³ C. NICHOLSON en A. BAULING, "Surrogate motherhood agreements and their confirmation: A new challenge for practitioners?", *De Jure* 2013, (510) 520.

⁹⁷⁴ South Gauteng High Court, Johannesburg, 1 maart 2011, Nos. 2011/153, 2011/154, 2011/679, nr. 24.

⁹⁷⁵ In the North Gauteng High Court, Pretoria, 27 september 2011, No. 29936/11, nr. 72.

⁹⁷⁶ F. DU BOIS, "Introduction: History, System and Sources" in C.G. VAN DER MERWE en J.E. DU PLESSIS (eds.), *Introduction to the Law of South Africa*, Den Haag, Kluwer Law International, 2004, (1) 2 en 40-47; R. ZIMMERMAN en D. VISSER, "Introduction: South African Law as a Mixed Legal System" in R. ZIMMERMAN en D. VISSER (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, Clarendon Press, 1996, (1) 2-3.

⁹⁷⁷ Zie A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-23.

⁹⁷⁸ B. CLARK, "Surrogate Motherhood: Comment on the South African Law Commission's Report on Surrogate Motherhood (Project 65)", *The South African Law Journal* 1993, (769) 777.

501. Een impliciete uitzondering op deze bescherming is de mogelijkheid tot beëindiging van de overeenkomst door zwangerschapsafbreking. De draagmoeder beslist als enige over een abortus, maar moet de wensouders wel voorafgaand op de hoogte brengen van haar beslissing en hen raadplegen.

Op grond van de wet hebben de wensouders geen mogelijkheid om zich te verzetten tegen deze abortus. Tot en met de twaalfde week van de zwangerschap kan de draagmoeder om een zwangerschapsafbreking verzoeken, ongeacht de reden (art. 2, (1), (a) *Choice on Termination of Pregnancy Act 1996*⁹⁷⁹). Dit geeft de draagmoeder een zekere machtspositie, aangezien zij ermee kan dreigen de foetus te aborteren. Indien zij de zwangerschap laat afbreken om een andere reden dan medische, bv. een economische of sociale reden, dan zal zij wel sommen betaald door de wensouders moeten terugbetalen. In het andere geval loopt zij geen aansprakelijkheid op (art. 300 CA).

502. Artikel 41 CA bepaalt de toegang tot biografische en medische informatie van de genetische ouders door kinderen geboren na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap. Het kind heeft toegang tot alle medische informatie. Toegang tot enige andere informatie is pas mogelijk eens het kind de leeftijd van 18 jaar bereikt. Er kan worden opgelegd dat het betrokken kind eerst begeleiding krijgt vooraleer de informatie wordt gegeven. De identiteit van de draagmoeder mag echter niet worden onthuld aan het kind (art. 41 CA). Het is aan de wensouders zelf om te bepalen of zij het kind over zijn ontstaansgeschiedenis inlichten⁹⁸⁰.

Er is geen afweging mogelijk met het belang van het kind. Het is bijgevolg afhankelijk van de *goodwill* van de wensouders indien het zijn oorsprong wenst te kennen. Dit is m.i. in strijd met artikel 7 IVRK, verdrag dat door Zuid-Afrika nochtans op 16 juni 1995 werd geratificeerd.

Hoofdstuk 2. Bedenkrecht van de draagmoeder bij laagtechnologisch draagmoederschap

503. Bij laagtechnologisch draagmoederschap moet aan dezelfde voorwaarden worden voldaan als bij hoogtechnologisch draagmoederschap, gelden hetzelfde systeem van preconceptieve homologatie en dezelfde gevolgen, met dat verschil dat de draagmoeder een bedenkrecht heeft (art. 298 CA).

⁹⁷⁹ Act to determine the circumstances in which and conditions under which the pregnancy of a woman may be terminated; and to provide for matters connected therewith (12 november 1996), *Government Gazette* 22 november 1996, nr. 17602, nr. 1891, <http://www.lawsofsouthafrica.up.ac.za/>.

⁹⁸⁰ H. OOSTHUIZEN en T. VERSCHOOR, "Surrogaatmoederschap: Voorgestelde wetgeving lank verwag", *South Africa Family Practice* 2003, 48.

De draagmoeder kan immers de overeenkomst beëindigen, door een schriftelijke verklaring t.a.v. de rechtbank, en dit binnen 60 dagen vanaf de geboorte van het kind. Deze termijn last een bedenktijd voor de draagmoeder in⁹⁸¹.

Dit systeem werd door de SALRC het '*delayed direct parentage model*' genoemd⁹⁸²: de gevolgen van het 'direct parentage model' worden met 60 dagen uitgesteld, tenzij de draagmoeder haar bedenktijd uitoefent⁹⁸³.

De rechtbank moet de homologatie herroepen na vaststelling dat de draagmoeder vrijwillig de overeenkomst heeft beëindigd en dat zij de gevolgen van deze verbreking begrijpt. Voorafgaand aan de beëindiging moeten de partijen bij de overeenkomst hiervan op de hoogte worden gebracht en moet een hoorzitting plaatsvinden. De rechtbank mag een andere gepaste maatregel bevelen als dit in het belang van het kind is.

Door zich te bedenken, loopt de draagmoeder geen aansprakelijkheid op ten aanzien van de wensouders, behalve voor eventuele betalingen gedaan door de wensouders.

504. Door het verbreken van de overeenkomst na de geboorte van het kind, zullen de ouderlijke rechten gevestigd in hoofde van de wensouders worden beëindigd en worden gevestigd in hoofde van de draagmoeder en haar echtgenoot of partner. Is er geen echtgenoot of partner, dan zal de wensvader de juridische vader zijn.

Werd de overeenkomst vóór de geboorte verbroken, dan zullen de ouderlijke rechten meteen bestaan t.a.v. de draagmoeder, haar eventuele partner of echtgenoot, en als er geen is, de wensvader, die per definitie de genetische vader zal zijn. Deze betrokkenen zijn ertoe verplicht het ouderschap op te nemen.

Indien de overeenkomst wordt verbroken, hebben de wensouders geen ouderlijke rechten en kunnen zij deze enkel verkrijgen door adoptie. Het kind heeft evenmin een onderhouds- of erfrechtelijke vordering tegen de wensouders of hun familie (art. 299 CA). De mogelijkheid van adoptie die door de wet wordt geboden, lijkt mij weinig realistisch aangezien voor adoptie de toestemming van de draagmoeder als juridische moeder vereist is (art. 233, (1), (a) CA). Aangezien het waarschijnlijk is dat zij door uitoefening van haar bedenktijd het kind wenst te houden, zal zij wellicht weigeren toe te stemmen.

⁹⁸¹ M. SLABBERT en Ch. ROODT, "South Africa" in K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, (325) 329.

⁹⁸² SOUTH AFRICAN LAW COMMISSION, *Report: Review of the Children Act, Project 110*, 2002, <http://www.justice.gov.za>, 56.

⁹⁸³ A. LOUW, "Surrogate Motherhood" in C.J. DAVEL en A.M. SKELTON (eds.), *Commentary on the Children's Act*, Kaapstad, Juta, 2007, losbl., 19-25.

505. Net als bij hoogtechnologisch draagmoederschap heeft de draagmoeder ook in deze situatie de mogelijkheid om zonder inspraak van de wensouders de foetus te aborteren⁹⁸⁴.

⁹⁸⁴ *Supra* nr. 501.

Titel 33. Zwitserland

506. Draagmoederschap is in Zwitserland strafrechtelijk verboden op grond van artikel 4, j° 31 *Fortpflanzungsmedizingesetz*⁹⁸⁵. Het verbod is ook opgenomen in artikel 119, tweede lid, d van de Zwitserse Grondwet⁹⁸⁶.

507. De draagmoeder is de juridische moeder op grond van artikel 252, eerste lid Zivilgesetzbuch.

⁹⁸⁵ Fortpflanzungsmedizingesetz van 18 december 1998, *BBl* 1998, 5714, i.w.tr. 1 januari 2001.

⁹⁸⁶ Uitgebreid over het Zwitserse kader: Bericht zur Leihmuttertschaft, Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, <http://www.ejpd.admin.ch>.