

## DE REDACTIE PRIVAAT

### CONTRACTUALISERING EN DRAAGMOEDERSCHAP

In mijn preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland over Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht(1), heb ik geschreven dat de overeenkomst als regelingsinstrument van rechtsverhoudingen meer en meer haar intrede lijkt te doen op terreinen die tot nu toe in overwegende mate onttrokken waren aan de autonomie, de zelfbeschikking van partijen. Met name geldt dit voor het strafrecht en het personen- en familierecht. Wat het strafrecht betreft heb ik als voorbeelden genoemd: deals met kroongetuigen en (schade)bemiddeling tussen dader en slachtoffer van strafbare feiten als alternatief voor gerechtelijke afdoening(2). Voorbeelden op het terrein van het personen- en familierecht zijn het voorstel om echtscheiding bij overeenkomst mogelijk te maken(3) en overeenkomsten omtrent ouderlijk gezag, de tijdelijke verzorging en opvoeding van kinderen (pleegcontracten) of draagmoederschap. In dit redactioneel wil ik uitsluitend ingaan op draagmoederschapsovereenkomsten. Wat is mogelijk en niet mogelijk? Wat is wenselijk en niet wenselijk?

Vooraf een korte terminologische opmerking. Onderscheiden wordt tussen draagmoeder, waarbij de eicel van de draagmoeder wordt bevrucht met het zaad van de wensvader of van een derde, en leenmoeder, bij wie een in vitro bevruchte eicel van, meestal, de wensouders wordt ingeplant en die het kind vervolgens tot de geboorte draagt(4). Draagmoeders zijn genetisch verwant met het kind, leenmoeders niet. Leenmoederschap is pas mogelijk sinds 1983. Toen is

---

(1) VRANKEN, „Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht”, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, 1997, in: VRANKEN, VERHEIJ en DE HULLU, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, 1997, p. 1-37 (nr. 31); ook gepubliceerd in dit nummer van het T.P.R.

(2) Voor een overzicht van de discussie in Nederland over dit laatste o.m. Y. BAUDOIN, „Dading in Nederland?“, *NJB* 1997, p. 1670-1674. Hij reageert daarin op de beleidsvoornemens van de minister, zoals uiteengezet in „Beleidsnotitie (schade)bemiddeling in het strafproces, vergelijking dading en andere bemiddelingsvormen” van 16 juli 1997 (kamerstukken 25.452).

(3) Rapport van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure (Commissie DE RUITER), oktober 1996.

(4) Indien het genetisch materiaal van een zaad- en eiceldonor komt, heeft het kind vijf „ouders”: wensmoeder, wensvader, zaaddonor, eiceldonor en leenmoeder.

voor het eerst met succes een embryotransfer uitgevoerd. In het hierna volgende omvat de term draagmoeder ook de leenmoeder, tenzij uit de context iets anders volgt.

## De zaak baby M

Hoewel draagmoeders van alle tijden zijn (zie reeds Genesis, 16, 1-4), is de belangstelling van juristen en ethici laat op gang gekomen. Aan de wieg — een in dit verband wel heel toepasselijke term — staat de Amerikaanse zaak Baby M uit 1986, waarin een draagmoeder zich zo aan haar kind had gehecht dat ze weigerde het na zijn geboorte aan de wensouders af te staan. Het geschil is onder grote publieke, ook internationale, belangstelling uitgevochten. De beslissing van de rechter in eerste aanleg die de wensouders in het gelijk stelde(5), heeft in de Verenigde Staten geleid tot een vertienvoudiging in draagmoederkinderen: van zo'n 600-800 in een periode van 10 jaar vóór 1986 tot naar schatting meer dan 2000 tussen 1991 en 1993(6). Vermoed wordt dat het werkelijke aantal veel hoger ligt(7). In andere landen, zoals in Nederland, wordt eveneens een duidelijke toename van draagmoederkinderen geconstateerd. Cijfers ontbreken evenwel. Ook over de achtergrond van draagmoeder en wensouders ontbreken gegevens, met uitzondering van de Verenigde Staten. Ik som wat daar is verzameld, kort op(8):

- het inkomen van draagmoeders was in de regel veel lager dan dat van de wensouders. Ruim 2/3 van de draagmoeders verdiende minder dan \$ 30.000 per jaar. Van de wensouders was dit slechts 8%; 64% verdiende zelfs meer dan \$ 50.000.
- ook het opleidingsniveau was bij draagmoeders gemiddeld lager dan bij wensouders. Van de laatsten hadden 54% een universitaire opleiding. Van de draagmoeders was dit slechts 4%. Omgekeerd

(5) De zaak is in Nederland uitvoerig besproken en van commentaar voorzien door o.m. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, diss. 1991, p. 179-191.

(6) De omstandigheid dat in appèl de beslissing in de zaak Baby M nagenoeg helemaal is vernietigd en de wensouders met een omgangsregeling genoeg hebben moeten nemen, heeft hieraan niets veranderd. Zie voor de letterlijke overwegingen van het appèlcollege, het Supreme Court of New Jersey, o.m. Weyrauch, Katz en Olsen, *Cases and Materials on Family Law*, 1994, p. 799-816.

(7) Cijfers ontleend aan Sibylle FRUCHT, *Ersatzmuttertschaft im US-amerikanischen und deutschen Recht*, diss. 1996, p. 9.

(8) Zie het in de vorige noot genoemde proefschrift van Sibylle FRUCHT, 1996, p. 38-39.

had 61% van de draagmoeders alleen high schoolgelopen tegenover minder dan 10% voor de wensouders.

- ondanks overwegend altruïstische motieven bij draagmoeders was een geldelijke beloning vereist. De meeste draagmoeders waren gehuwd (60%) en hadden zelf kinderen. 7% was al eerder draagmoeder geweest.

Draagmoederschap behoeft naar zijn aard een overeenkomst. Partijen zijn de draagmoeder en de wensouder(s). Vaak zijn er ook anderen bij betrokken, zoals de echtgenoot of partner van de draagmoeder, een arts en/of een ziekenhuis. De geldigheid van draagmoederschapsovereenkomsten is heftig omstreden. Dat verbaast niet, want het gaat om een bijzondere, sterk moreel geladen materie. Met deze geladenheid hangt ook samen — en dat is voor mij heel wezenlijk — dat het debat niet ten einde is wanneer men hetzij tot geldigheid, hetzij tot nietigheid van de overeenkomst heeft geconcludeerd. Ook daarna bestaat tussen de voorstanders van de ene of de andere opvatting nog steeds groot verschil van mening over de familie- en vermogensrechtelijke gevolgen.

Gesteld dat men zegt: draagmoederschapsovereenkomsten zijn niet geldig. Wat dan? Het kind is er. Dat is onomkeerbaar. Men kan niet, zoals bij een gewone, zakelijke overeenkomst die nietig blijkt te zijn, het kind als onverschuldigd gepresteerd terugsturen. Hoe dan te handelen? Geen problemen vormen de gevallen waarin partijen hun afspraken gewoon willen nakomen. Binnen de grenzen van het systeem is dat mogelijk<sup>(9)</sup>. Maar wat als bijvoorbeeld de wensouders de nietigheid inroepen: heeft de draagmoeder dan desondanks recht op vergoeding van de kosten (zwangerschap, bevalling, nazorg, levensonderhoud van het kind) en van de immateriële schade? Omgekeerd, indien de draagmoeder de nietigheid inroept omdat ze het kind niet wil afgeven, hebben de wensouders dan recht op omgang met of recht op informatie over het kind? Kan de genetische wensvader het kind erkennen?

Ook als men zegt dat draagmoederschapsovereenkomsten binnen zekere grenzen en voorwaarden in beginsel geldig zijn, is men er nog niet. Dan rijzen vragen als: is een geldelijke tegemoetkoming geoorloofd? Gelden leeftijdsgrenzen? Kunnen partijen elkaar over en weer houden aan de afspraken die ze hebben gemaakt om het draagmoederkind de status van wettig kind van de wensouders te bezorgen?

---

(9) Voor Nederland o.m. uitgewerkt door DE RUITER, „Manipuleren met leven”, *preadvies NJF* 1992, p. 76-108. Voor overeenkomstige uiteenzettingen over de situatie in andere landen verwijs ik naar de hierna in noot 10 te noemen literatuur.

Of kan dit ook hier slechts binnen de grenzen van het systeem? Kunnen de wensouders het kind daadwerkelijk opvorderen en, indien ja, hoe zit het dan met de omgangs- en informatierechten van de draagmoeder? Wat geschiedt indien de draagmoeder afspraken schendt, bijvoorbeeld over haar levenswijze gedurende de zwangerschap waardoor het kind wordt blootgesteld aan, wellicht pas later blijkende, gezondheidsrisico's? Kan de draagmoederschapsovereenkomst ontbonden of opgezegd worden? Wat is het geval bij onvoorziene omstandigheden, zoals het overlijden van een van de wensouders gedurende de zwangerschap of wanneer het kind ernstig gehandicapt ter wereld komt? Heeft de draagmoeder een herroepingsmogelijkheid, vóór of ook, zoals in sommige landen bij adoptie het geval is, na de geboorte? Heeft het kind een herroepingsmogelijkheid?

## Ontmoedigingsbeleid

Wat opvalt bij een rechtsvergelijkende *tour d'horizon* is dat de meeste wetgevers het draagmoederschap ronduit negatief bejegenen<sup>(10)</sup>. Men vindt het in het algemeen een maatschappelijk ongewenst verschijnsel, waarover zo weinig mogelijk moet worden gezegd — daarom ontbreken veelal ook cijfers — en dat krachtig ontmoedigd moet worden. Het ontmoedigingsbeleid steunt globaal genomen op drie pijlers. De eerste is dat het commercieel of openlijk bemiddelen bij draagmoederschap strafrechtelijk is verboden. Dat gebeurt niet overal — in Engeland en in bepaalde delen van de Verenigde Staten bijvoorbeeld niet —, maar wel vaak. In een enkel land, Duitsland bijvoorbeeld, valt ook de arts die medewerking verleent onder de strafbepalingen. De draagmoeder zelf en de wensouders blijven in de regel strafrechtelijk buiten schot. De gedachte is dat wanneer men de

(10) Ik heb, behalve de in de in noot 7 genoemde dissertatie van Sibylle FRUCHT uit 1996, de navolgende buitenlandse literatuur geraadpleegd: de preadviezen van STARCK en van COESTER-WALTJEN, „Die künstliche Befruchtung beim Menschen — Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen”, 56. Deutsche Juristentag, 1986; A. BAINHAM (ed.), *The International Survey of Family Law 1994*, verschenen in 1996; dez., *The International Survey of Family Law 1995*, verschenen in 1997; EEKELAAR and SARCEVI, *Parenthood in Modern Society, Legal and social issues for the twenty-first century*, 1993; B. VERSCHRAEGEN (Hrsg.), *Gleichheit im Familienrecht*, 1997; BAETEMAN e.a., „Overzicht van rechtspraak. Personen — en familierecht 1988-1994”, *TPR* 1994, p. 2073 e.v.; RUBELLIN-DEVICHI en Frank (red.), *L'enfant et les conventions internationales*, 1996; WEYRAUCH, KATZ and OLSEN, *Cases and Materials on Family Law*, 1994; Stefan ZIMMERMANN, *Neue Vertragsgestaltungen im Kindschaftsrecht*, Fs Helmut Schippel, 1996, p. 341 e.v.; FREED and WALKER, „The Family Law in Fifty States”, An Overview, *FLQ* 1990, p. 495 e.v.; G. HOPF, „Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung als legislatives Problem”, *Osterr. JZ* 1992, p. 442 e.v.; DEUTSCH, „Embryonenschutz in Deutschland”, *NJW* 1991, p. 721-725; COESTER-WALTJEN, *Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1992, p. 369-377.

„bemiddelingsmarkt” verbiedt, men de mogelijkheden van wensouders en draagmoeders om elkaar te ontmoeten voldoende verhindert. Hier komt bij dat men ook geen heksenjacht wil en op zichzelf wel begrip heeft voor de kinderwens en de wens van de draagmoeder daarbij te helpen. De tweede pijler is dat eicel- en embryodonatie verboden is, waardoor leenmoeders al zonder meer geheel uitgesloten worden(11). Hierbij past de felheid van de afkeuring die het leenmoederschap vaak ten deel valt. Gesproken wordt over de vrouw als broedmachine, „womb for rent”, „womb leasing”, het kind als handelswaar e.d.m. De derde pijler van het ontmoedigingsbeleid is het juridisch doodzwijgen van het draagmoederschap door noch in het afstammingsrecht(12) noch elders iets te regelen over de familie- en vermogensrechtelijke gevolgen ervan. Anders gezegd: alle hierboven gestelde vragen omtrent geldigheid en gevolgen van draagmoederschapsovereenkomsten, worden overgelaten aan het gewone civiele recht. Dat biedt echter niet of nauwelijks oplossingen, tenminste zolang de huidige situatie voortduurt dat contractuele afspraken geen familierechtelijke statuswijzigingen kunnen bewerkstelligen, ook niet als ze in notariële akten zijn opgenomen(13). De kracht van draagmoederschapsovereenkomsten wordt daardoor bepaald door de mate waarin alle betrokkenen vrijwillig hun verplichtingen nakomen. De wetgevers in de onderzochte landen weten dit, maar zijn er meestal niet rouwig om. Wellicht, zo is waarschijnlijk de hoop, weerhoudt het deze of gene ervan eraan te beginnen.

## Het belang van het kind vraagt om een andere houding

Ik ben van mening dat dit niet (meer) de juiste houding is. Men kan niet (meer) doen alsof er niets aan de hand is. Draagmoederschap is

---

(11) In Nederland zal eiceldonatie binnenkort toelaatbaar zijn. Zie de brief van de Staatssecretaris van Volksgezondheid van 5 maart 1997 (kamerstukken 25000 XVI, nr. 54), alsmede Sutorius en Kersten, *Het gezag van draagmoeders*, NJB 1997, p. 1116-1120. Ook in Denemarken is eiceldonatie sinds kort geoorloofd. Zie Nielsen, Denmark, *in*: A. Bainham (ed.), *The International Survey of family Law 1995, 1997*, p. 133; dez., *The right to a child versus the right of a child*, *in*: Eekelaar and Sarcevic, *Parenthood in Modern Society*, 1993, p. 213-221. Aan dit laatste artikel ontleen ik dat in Noorwegen en Zweden de situatie anders is en dat daar eiceldonatie nog steeds verboden is.

(12) Ook het nieuwe afstammingsrecht dat thans bijvoorbeeld in Nederland en in Duitsland in voorbereiding is, kent het draagmoederschap niet. Kritisch over het Nederlandse ontwerp o.m. Sutorius en Kersten, *Het gezag van draagmoeders*, NJB 1997, p. 1116-1120. Kritisch over het Duitse ontwerp o.m. Stefan Zimmermann, 1996 (noot 10).

(13) Zoals hierna blijken zal, is dit anders in Oostenrijk en in het modelontwerp in de Verenigde Staten.

een verschijnsel van deze tijd. Er zitten vele haken en ogen aan, principiële, psycho-sociale en praktische. Die worden niet opgelost door te proberen het verschijnsel juridisch en in de publieke opinie-vorming dood te zwijgen. De meeste wetgevers beperken zich tot een soort „monitoring”, dit wil zeggen tot een „sit and watch the rest of the world doing nothing”, zoals een Nieuw-Zeelandse auteur het bitter omschreef. Deze houding heeft mij eerst verbaasd en daarna verbijsterd, want wie is de dupe? Paradoxaal genoeg toch met name degenen in wier belang het draagmoederschap wordt doodgezwegen: de draagkinderen? Daar moet mee worden gesjoemeld, daarover moet worden gelogen (valse aangiften) of gevochten. Bij koning Salomo was dit al een weinig verheffend toneel en dat is nog steeds zo.

Ik meen daarom dat het belang van het kind een pro-actievere opstelling vereist, waarin over toelaatbaarheid, grenzen, voorwaarden en (status)gevolgen nader wordt gediscussieerd. Naar mijn overtuiging kan alleen op die manier het verschijnsel in de hand gehouden worden en kunnen uitwassen worden ingedamd. De uitwassen zijn er al. Wat immers te denken van de wensouders in Nieuw-Zeeland die na een vroegtijdige geboorte een evenredige vermindering van de overeengekomen prijs wilden? Ik noem ook het recente geval van de Britse draagmoeder die weigert het kind af te staan aan de Nederlandse wensouders (met de man als biologisch vader) en die, naar haar verweten wordt, het kind eerst aan een hoger biedende heeft willen verkopen. Afgaande op de berichten in de pers zal in deze zaak geen middel onbeproefd blijven. Wie is hierbij gebaat? En wie is erbij gebaat dat een homoseksuele man een kind wil met behulp van een draagmoeder om, zodra het kind er is, de dagelijkse zorg aan zijn moeder toe te vertrouwen?(14)

Mijn antwoord is: niemand en zeker niet degenen om wier belang het uiteindelijk vooral gaat, de draagmoederkinderen. Een pro-actievere opstelling van de wetgever is daarom met name voor hen nodig. Zij hebben er niet om gevraagd als draagmoederkind op de wereld te worden gezet. Op zeker ogenblik zijn ze er gewoon, of de wetgever dat wenselijk vindt of niet. Voor het recht is dit een feit, waarvoor het de ogen niet kan en mag sluiten. Gevechten om kinderen of, in de toekomst, om het gebruik van bevroren genetisch materiaal van (echt)paren — of de handel daarin —, moeten zoveel mogelijk

---

(14) Voorbeeld ontleend aan Dorien PESSERS, „Hedendaags narcisme”, *Volkskrant* 23 september 1997. Zie overigens de kritische reactie van José SMITS,, Pessers overschreeuwt zichzelf”, *Volkskrant* 26 september 1997.

worden voorkomen. Alleen is daarvoor tegenwoordig meer nodig dan Salomo's wijsheid.

Mijn pleidooi voor een pro-actievere opstelling ten opzichte van het verschijnsel draagmoederschap wil niet zeggen dat ik vind dat alles moet worden toegelaten. Ik bepleit alleen dat de wetgever het verschijnsel minder stiefmoederlijk — om er nog maar een moeder bij te halen — moet behandelen. Voor mij is doorslaggevend, enerzijds dat draagmoederschap alleen maar toeneemt en dat dan de statistische zekerheid bestaat dat ook het aantal conflicten toeneemt, anderzijds dat in geval van conflict in het belang van het kind altijd kwesties moeten worden beslist, *ongeacht welk standpunt men inneemt over geldigheid of afdwingbaarheid van draagmoederschapsovereenkomsten* (zie hiervoor). Dan zou ik zeggen: laat dit dan niet aan de markt over, want dat vergroot alleen maar de kans op wat men nu juist niet wil: uitwassen, conflicten en commercialisering.

### **Geldigheid en afdwingbaarheid**

Ik besef dat een alomvattende visie op het vraagstuk niet spoedig mogelijk is. Daarvoor is het te moeilijk en nog te veel in beweging. Toch is dit geen reden om niet alvast te beginnen. Kernvraag is natuurlijk de al of niet in beginsel toelaatbaarheid en afdwingbaarheid van draagmoederschapsovereenkomsten. Laat ik de argumenten pro en contra eens op een rij zetten. Ze wijken per land dat ik bekeken heb niet zo veel van elkaar af.

Als principiële, aan Grondwet of EVRM ontleende, argumenten worden genoemd: het recht op voortplanting, het recht om een gezin te stichten, het zelfbeschikkingsrecht, het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid, het gelijkheidsbeginsel en het recht om eigen kinderen zelf te verzorgen en op te voeden. Ik kan deze, gedeeltelijk in elkaar overlopende, argumenten niet nader uitwerken, maar algemeen is de conclusie dat grondwettelijke bezwaren tegen draagmoederschap niet bestaan. Dit brengt ons evenwel niet veel verder, omdat eraan wordt toegevoegd dat de grondwettelijke bescherming niet absoluut is en dat de aanspraak van de wensouders vaak op dezelfde basis berust als die van de draagmoeder. Een botsing van grondrechten derhalve, die zich op meer terreinen van het recht manifesteert en waarover geen algemene voorrangregels te geven zijn: steeds gaat het om een afweging van rechten en belangen. Bij deze afweging behoren ook de rechten van het kind in aanmerking te worden genomen, iets wat

vanzelfsprekend is, maar in de literatuur, merkwaardigerwijs, slechts mondjesmaat wordt vermeld. De belangen van het kind worden meestal pas meegewogen na zijn geboorte.

Andere argumenten contra en pro die vaak worden genoemd zijn achtereenvolgens de degradatie van de draagmoeder tot voortplantingsmachine tegenover haar waardevolle bijdrage aan het probleem van kinderloosheid van de wensouders; het risico van misbruik door de wensouders van de veelal armere en lager opgeleide draagmoeder, met alle gevaren voor commercialisering vandien, tegenover het zelfbeschikkingsrecht, de vrije wil en het altruïsme van de draagmoeder; de kans op psychische schade bij het draagkind omdat het is afgegeven door de moeder die het gebaard heeft tegenover het standpunt dat het welzijn van het draagkind niet wordt geschaad, omdat de situatie goed is uit te leggen; het risico van conflicten tegenover het standpunt dat die zich inderdaad voordoen en zich waarschijnlijk steeds vaker zullen gaan voordoen, omdat het draagmoederschap niet is tegen te houden, maar dat dit nu juist een argument is om het te reguleren.

Hoe hierover te denken? Ik vind de argumenten contra niet zodanig dat ik om die reden een draag- of leenmoederovereenkomst op zichzelf en in beginsel nietig acht wegens strijd met de openbare orde of goede zeden. Wel kunnen afzonderlijke bedingen nietig zijn, maar niet de overeenkomst als geheel. De problemen spitsen zich toe op de afdwingbaarheid. Ook bij een geldige draagmoederschapsovereenkomst zie ik het nog niet spoedig gebeuren dat een rechter een draagmoeder zal veroordelen op straffe van een dwangsom de overeenkomst na te komen en het kind af te geven resp. de wensouders zal veroordelen om tegen hun zin het kind „af te nemen”. Niet de overeenkomst van partijen is op zo'n moment beslissend, maar het belang van het dan geboren kind. In geval van conflict ligt het oordeel omtrent diens status(verandering) niet uitsluitend bij de draagmoeder en de wensouders op basis van een tussen hen vóór de geboorte gemaakte afspraak.

## **Twee voorbeelden**

Ik wil twee voorbeelden noemen van de door mij voorgestane proactievere opstelling. Het eerste is het Oostenrijkse Fortpflanzungsmedizinengesetz van juni 1992, waarin zowel de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke aspecten van onder meer het draagmoederschap



worden geregeld. Ingevolge de wet dienen de wensouders gehuwd te zijn of samen te leven in een „eheähnliche Lebensgemeinschaft“. Leenmoederschap is verboden, evenals draagmoederschap tegen betaling. Er is een zware voorprocedure: notarieel of gerechtelijk moet worden vastgesteld dat alle andere mogelijkheden om zwanger te geraken en een kind te baren vergeefs zijn geweest of geen kans van slagen hebben (het ultima-ratio-Prinzip). Voorts moet worden vastgesteld dat de betrokkenen uitvoerig zijn voorgelicht over de civielrechtelijke consequenties, over de zeer beperkte mogelijkheden tot herroeping en over het onvervreembare recht van het kind te weten van wie het afstamt. De wensvader die heeft toegestemd in de behandeling, is de juridische vader. Hij kan het vaderschap niet ontkennen. Is sprake van een spermadonor, dan kan deze niet als vader worden aangemerkt(15).

Het tweede voorbeeld is de Uniform Status of Children of Assisted Conception Act van 1988 in de Verenigde Staten(16). De wet is niet verbindend, maar bevat twee modellen die de afzonderlijke staten bij hun regelgeving kunnen gebruiken en ook hebben gebruikt. Model A gaat uit van de toelaatbaarheid, model B van de niet-toelaatbaarheid van draagmoederovereenkomsten. De toelaatbaarheid is aan strikte voorwaarden gebonden. Kern is, net als in Oostenrijk, een zware voorprocedure waarin de voorgenomen overeenkomst door de rechter wordt getoetst. De overeenkomst mag pas worden uitgevoerd nadat de rechter haar heeft goedgekeurd. Toetsingscriteria zijn onder meer de levensomstandigheden van betrokkenen, hun medische en psychologische toestand, de vrijwilligheid van de overeenstemming, de onmogelijkheid van het echtpaar — de regeling geldt alleen voor gehuwden — om op een andere manier kinderen te krijgen, de leeftijd van draagmoeder en wensouders, de geschiktheid van de wensouders om kinderen op te voeden, te beoordelen aan de hand van dezelfde maatstaven als bij adoptie, de instemming van de echtgenoot van de draagmoeder, een uitgebreide, professionele advisering over de gevolgen van draagmoederschap, alsmede een regeling omtrent de kosten van zwangerschap, geboorte en nazorg. Een vergoeding voor de draagmoeder is niet uitgesloten, mits deze niet te hoog is. Verder wordt een advocaat benoemd die tijdens de goedkeuringsprocedure de belangen van het a.s. kind behartigt. De rechter dient partijen per-

(15) Zie voor deze en andere gegevens de wet zelf (ÖBGBl. 1992, 1299) en de in noot 10 genoemde artikelen van Stefan ZIMMERMANN en van G. HOPF.

(16) Zie voor de tekst de in noot 7 genoemde dissertatie van Sibylle FRUCHT, Anhang 1, waarin ook de regelingen van enkele staten zijn opgenomen. Zie voorts FREED en WALKER, „The Family Law in the Fifty States, an Overview”, *FLQ* 1990, p. 495 e.v.

soonlijk te horen. De wensouders kunnen de overeenkomst opzeggen tot het moment dat de draagmoeder zwanger is. De draagmoeder kan tot 180 dagen na het begin van de zwangerschap opzeggen, in sommige staten zelfs tot korte tijd na de geboorte. Wordt de overeenkomst goedgekeurd en uitgevoerd dan zijn de wensouders, nadat de herroepingstermijn voor de draagmoeder is verstreken, zonder meer de juridische ouders van het kind. Dit is een afwijking van het normale — en, naar ik heb kunnen vaststellen, bijna wereldwijd gehanteerde — uitgangspunt dat de vrouw waaruit het kind geboren is, de moeder is en haar echtgenoot de vader, maar deze afwijking wordt gerechtvaardigd geacht door de diepgaande, rechterlijke controle vooraf. Het kind heeft geen herroepingsmogelijkheid. De gedachte is kennelijk dat omdat het kind via zijn advocaat in de voorprocedure betrokken is geweest, het toestemming heeft gegeven.

### **Wat te doen?**

Ik meen dat de Oostenrijkse en de Amerikaanse aanpak — niet per se in detail, wel qua richting — *in het belang van het kind* ook elders overwogen zou moeten worden. Ik vind deze aanpak beter dan bijvoorbeeld „Court Orders in Favour of Gamete Donors” achteraf, zoals in Engeland bestaan. Duidelijkheid moet er al zijn voordat het draag- en leenmoederschap begint. Dan moet men weten wat toelaatbaar is, welke voorwaarden en grenzen men in acht moet nemen en wat de (status)gevolgen zijn. De nadruk dient derhalve te liggen op de voorfase: welbewuste afspraken, die ter goedkeuring aan de rechter worden voorgelegd. De in de Verenigde Staten ontwikkelde criteria zouden daarbij tot voorbeeld kunnen strekken, behoudens, wat mij betreft, de inschakeling van de advocaat. Ik zou een herroepingsmogelijkheid voor het kind op de wijze als bij adoptie geregeld is, prefereren. Belangrijk is dat het recht van het kind om zijn afstamming te weten, niet kan worden weggecontracteerd. Voorts benadruk ik de voorwaarde dat de wensmoeder niet in staat is om op een natuurlijke manier of via kunstmatige bevruchting *in vivo* of *in vitro* een kind ter wereld te brengen.

Cruciaal is de vraag voor wie de weg openstaat om met behulp van een draag- of leenmoeder een kind te krijgen. Ik zou daarvoor willen aansluiten bij het afstammings- en adoptierecht. Het mag niet zo zijn dat het draag- en leenmoederschap als een sluiproute kan worden gebruikt om iets wat via het afstammings- en adoptierecht niet kan,

alsnog te realiseren. Wanneer derhalve, om een voorbeeld te noemen, bij adoptie bepaalde minimum- en maximumleeftijdsgrenzen voor de adoptief ouders gelden, dienen deze ook bij draagmoederschapsovereenkomsten in acht te worden genomen. Zodra, zoals in het nieuwe afstammingsrecht in Nederland wordt voorgesteld, de maximumleeftijd bij adoptie vervalt, kan dat ook bij draag- en leenmoederschap gebeuren. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheden en onmogelijkheden van alleenstaanden, homoseksuele en lesbische paren om familie-rechtelijke banden met kinderen te krijgen. Ook dienaangaande mag het draag- en leenmoederschap de bestaande juridische situatie niet eenzijdig doorkruisen.

De vrees dat men op deze manier de poorten opent voor een ongebreideld gebruik van het draag- en leenmoederschap deel ik niet. Men heeft het zelf in de hand om grenzen te trekken. Wezenlijk is dát de bandbreedte wordt vastgesteld. Ik ben ervan overtuigd dat daardoor ook de controle op de uitvoeringspraktijk en op het tegengaan van uitwassen veel eenvoudiger wordt dan thans het geval is. Thans moet men volstaan met strafrechtelijke sancties op commerciële of openlijke bemiddeling bij draagmoederschap en op eicel- en embryotransfer. Een benadering als in Oostenrijk en de Verenigde Staten laat ook andere en meer effectieve controlemomenten toe, met name door de nadruk die wordt gelegd op de voorfase en op de verplichte voorafgaande toetsing.

Voorts past zo'n pro-actievere benadering veel beter bij het huidige overeenkomstenrecht. In het huidige overeenkomstenrecht wordt niet lijdzaam afgewacht of bij een controle achteraf de overeenkomst wellicht nietig of niet-afdwingbaar blijkt te zijn — met alle vervelende gevolgen vandien —, maar rekent men het tot de verantwoordelijkheid van partijen er zoveel mogelijk voor te zorgen dat overeenkomsten tot stand worden gebracht die niet aantastbaar zijn en die afgedwongen kunnen worden(17). Bij draagmoederovereenkomsten kunnen partijen dit in verband met de statusrechtelijke gevolgen niet alleen af: afspraken daarover zullen in de regel niet afdwingbaar zijn. Ze hebben de hulp van de wetgever nodig. Die moet die dan ook geven.

J.B.M. VRANKEN

---

(17) Preadvies (noot 1), nr. 16.