



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID
Academiejaar 2014-2015

Legalisering van draagmoederschap in België op grond van mensenrechtelijke argumenten

Promotor: K. Lemmens
Begeleider: M. Merrigan

Ingediend door LEVI SANDERS
Bij het eindexamen voor de graad van
MASTER IN DE RECHTEN



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID
Academiejaar 2014-2015

Legalisering van draagmoederschap in België op grond van mensenrechtelijke argumenten

Promotor: K. Lemmens
Begeleider: M. Merrigan

Ingediend door LEVI SANDERS
Bij het eindexamen voor de graad van
MASTER IN DE RECHTEN

Samenvatting

Draagmoederschap is een vrij complex fenomeen, waarbij een vrouw een kind baart voor de wensouder(s). Het vigerende, Belgische recht is onaangepast aan deze situatie. Het verbintenissenrecht acht draagmoederschapsovereenkomsten strijdig met de goede zeden en openbare orde, terwijl het afstammingsrecht er met het *mater semper certa est*-adagium voor zorgt dat de draagmoeder steeds de juridische moeder is. De enige legale oplossingen zijn adoptie of anoniem bevallen in het buitenland, wat door een erkenning van de wensouder(s) wordt gevolgd. Beide rechtsconstructies zijn echter geen sluitende oplossingen. Op grond van de potentieel mensenwaardige gevolgen van de afwijzing van het draagmoederschapsfenomeen (denk aan de zaak Baby D of het arrest Paradiso en Campanelli v. Italië), de groeiende aanvaardingstendens in België en het primordiale belang van het kind, wordt onderzocht of op grond van mensenrechtelijke argumenten een legalisering van draagmoederschap in België verantwoord kan worden. In dit mensenrechtelijk onderzoek wordt toegespitst op art. 8 en in ondergeschikte orde op art. 14 EVRM. Aangezien art. 8 EVRM geen absoluut recht betreft, zijn inmengingen op het recht mogelijk, rekening houdende met het legaliteits-, finaliteits- en proportionaliteitscriterium, de nationale appreciatiemarge en de *fair balance*-afweging. Hierin is heel belangrijk dat het belang van het kind een speciale rol krijgt toegewezen. Uit het mensenrechtelijk onderzoek werd duidelijk dat ouders niet zozeer een claimbaar recht op een (genetisch) kind hebben, maar het EHRM gunstiger staat omtrent de toegang tot moderne voortplantingstechnieken. Het arrest Kroon v. Nederland suggereert dat het soms aan te raden is om van een absoluut afstammingsvermoeden af te stappen. In de recente arresten Mennesson en Labassee v. Frankrijk nam het EHRM het in het belang van het kind (en hun recht op identiteit) op voor draagmoederschapskinderen. Toch blijft door het uitblijven van een consensus in de EVRM-lidstaten en de gevoeligheid van het onderwerp een ruime nationale appreciatiemarge aan de EVRM-lidstaten toebedeeld, waardoor geen positieve staatsplicht tot handelen voorligt. Deze ruime marge maakt het België echter mogelijk om een legalisering door te voeren. Op grond van bovenstaande argumenten wordt dit zelfs aangeraden. In geval van een legalisering schuift deze masterproef een altruïstisch draagmoederschapsmodel naar voor, waarbij voorkeur wordt gegeven aan een oorspronkelijke afstammingsband, een genetische link en een breed te interpreteren medisch *ultimum remedium*-vereiste.

Dankwoord

Het schrijven van een masterproef is een proces dat veel tijd, opzoekwerk, reflectie en inspanningen vergt. Een goede masterproef gaat over het voeren van een grondig onderzoek waarin het heruitdrukken van theorie, detecteren van problemen, formuleren van kritische overwegingen en een zoektocht naar coherente en constructieve oplossingen cruciaal zijn.

Dit proces werd gestimuleerd door mijn promotor K. LEMMENS en mijn begeleider M. MERRIGAN, die ik bij deze uitvoerig wil bedanken. Zij gaven mij de mogelijkheid tot het uitspitten van een erg interessant en actueel onderwerp. Daarbij wil ik hen bedanken voor de geboden zelfstandigheid waarbij steeds plaats was voor hulp betreffende praktische aangelegenheden en inhoudelijke materie.

In deze optiek wil ik ook arts C. AUTIN uitvoerig bedanken voor de verrijkende en geleverde correspondentie. Zij is werkzaam in het UMC Sint-Pieter en was aanwezig bij de eerste uitvoering van een medisch begeleide draagmoederschap in België. Door haar ervaring vanuit een praktisch (medisch) veld en haar toewijding tot het verzamelen van interessante cijfergegevens omtrent draagmoederschap zorgde ze voor vernieuwende inzichten. In die hoedanigheid moet ik ook Luc Delbeke van het UZ Antwerpen bedanken.

Ook gaat een woord van dank uit aan enkele ethici waarmee ik van gedachten heb kunnen wisselen. Naast het juridisch en medisch perspectief had ik ook nood aan een ethische invalshoek, die vooral van pas zouden komen om het mensenrechtelijk aspect van mijn masterproef in te kunnen vullen. Daarom wil ik R. BURGGRAEVE, professor op emeritaat, willen bedanken.

Verder moet ik professor J. SCHERPE (University of Oxford and Cambridge) bedanken. Hij liet me toe om met hem te corresponderen over het onderwerp draagmoederschap en speelde me enkele ideeën en inzichten toe. Verder liet hij me toe om een Engelstalig onderzoek omtrent draagmoederschapslegalisering te voeren waarbij een rechtsvergelijkend perspectief met betrekking tot de wetgevingsmodellen van California en Illinois centraal stond. Verder moet ik ook professor K. MALFLIET (professor KUL) bedanken. Zij liet mij toe om voor haar vak Oost-

Europees recht onderzoek te voeren naar de socio-economische en liberale achtergrond van de draagmoederschapslegalisering van Oekraïne, waaruit besloten werd dat voornamelijk rechtshistorische redenen, eigen aan de gevolgen van de val van de Sovjet-unie, erg liberale wetgeving omtrent ethische kwesties tot gevolg had. De vergaande omschakeling van een communistisch bewind naar de (liberale) privatisering van de economie had tot gevolg dat de liberale economische golf ook een vrij vergaande liberale houding aangaande ethische kwesties inluide. Deze twee onderzoeken hebben in vergaande mate geholpen bij het samenstellen van een wetgevend kader omtrent draagmoederschap.

Ten slotte bedank ik ook professoren F. SWENNEN (Universiteit Antwerpen) en I. BOONE (KUL-KULAK), kenners van het onderwerp vanuit een familierechtelijk perspectief, voor de interesse in deze thesis.

Op persoonlijk vlak moet ik in de eerste plaats mijn vriendin K. SANDELÉ, maar ook mijn ouders en mijn kotgenoten van het Heilige Geest-college bedanken. Zij zorgden voor de nodige motivatie, steun en afleiding die cruciaal waren om deze masterproef tot een goed einde te brengen. Ook discussies en conversaties met mederechtenstudenten waren (een) noodzakelijk (kwaad) om steeds weer nieuwe invalshoeken en perspectieven te overwegen.

Kortom bedankt.

Levi Sanders

4 mei 2015 – Leuven.

Inhoudsopgave

Inleiding.....	1
1 Ontleding van het fenomeen in het vigerend, Belgische recht.....	6
1.1 Fenomeen draagmoederschap.....	6
1.1.1 Het begrip draagmoederschap.....	6
1.1.2 Oorzaken voor het fenomeen	10
1.1.3 Gegevens omtrent draagmoederschap.....	10
1.2 Wettelijke afstammingsregels in België	14
1.2.1 Vaststelling van moederschap in de geboorteakte	14
1.2.2 Andere vaststellingen van moederschap	20
1.2.3 Vaststelling van het vaderschap	22
1.2.4 Adoptie	25
1.3 Draagmoederschapsovereenkomsten in het Belgisch recht.....	28
1.3.1 Nietigheid van draagmoederschapsovereenkomsten	28
1.3.2 Gevolgen van de nietigheid	30
1.4 Nuancering van de ongeoorloofdheid van draagmoederschap.....	35
2 Ontleding van het fenomeen in een mensenrechtelijk licht.....	41
2.1 Reikwijdte van art. 8 en art. 14 EVRM.....	41
2.1.1 Toepassingsgebied van art. 8 EVRM (en art. 14 EVRM)	42
2.1.2 De (door)werking van art. 8 EVRM.....	49
2.2 EHRM-rechtspraak over art. 8 EVRM in samenhang met moderne voortplantingstechnieken 55	
2.3 EHRM-rechtspraak over art. 8 EVRM in samenhang met draagmoederschap	58
2.4 EHRM-rechtspraak over art. 8 EVRM in samenhang met absolute afstammingsvermoedens 63	
2.5 EHRM-Rechtspraak over art. 8 EVRM in samenhang met het recht op een kind	65
3 Suggesties aan de Belgische wetgever bij effectieve legalisering van draagmoederschap	67
3.1 Commercieel versus altruïstisch draagmoederschap	68
3.2 Oorspronkelijke versus adoptieve afstammingsband	73
3.3 Genetische link versus niet-genetische link	82
3.4 Medisch ultimum remedium-vereiste voor draagmoederschap?	85
4 Eindconclusie.....	90
Bibliografie	97
Wetgeving	97
België	97

Buitenlandse wetgeving	97
Vorbereidende documenten	99
Rechtspraak	101
Rechtspraak van het EHRM en ECRM.....	101
België	104
Buitenlandse rechtspraak.....	105
Rechtsleer	106
Handboeken	106
Bijdragen in verzamelwerken	113
Tijdschriften.....	117
Andere bronnen	124

Inleiding

1. VERANDERING SOCIALE STRUCTUREN - Er is doorheen de eeuwen steeds onenigheid geweest over de geoorloofdheid van het baren van een kind voor een ander, hoewel dat medisch gezien de meest natuurlijke procedure is.¹ Echter zijn de sociale structuren in de maatschappij veranderd. Waar voorheen de familiale verhoudingen en de traditie² primordiaal waren, is het individu in de twintigste eeuw tot de dag van vandaag centraal beginnen staan. Het gezin is ook geïndividualiseerd geworden.³ Het minder afhankelijk worden van de gemeenschap en groep (waaronder familie) resulteerde dan ook in een groeiende keuzemogelijkheid van het individu om het eigen leven in te vullen.⁴ De persoonlijkheids- en mensenrechten hebben hier een belangrijke rol in gespeeld.⁵

2. NATIONALE WETGEVING - Ook de technologie heeft zich in de twintigste eeuw sterk ontwikkeld. In 1978 werd Louise-Brown als eerste IVF-baby in het Verenigd Koninkrijk geboren.⁶ De natuurlijke methode ruimde steeds meer plaats voor een procedure met verplichte, medische tussenkomst. De toenemende technologiemogelijkheden zouden nationale wetgevers betreffende draagmoederschap dan ook in drie kampen verdelen.

¹ Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4308/1; A. BROECKHUIJSEN-MOLENAAR, *De civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 151-152; D. HEIRBAUT, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2002, 203; F. LAMMENS en M. VIERHOUT, *Praktische gynaecologie*, Bohn Stafleu van Louthem, Houten, 2005, 162; G. VERSCHULDEN, "De discrete bevalling: onaanvaardbare afwijking van ouderlijke verantwoordelijkheid [hangende wetsvoorstellen]", *T.Fam.* 2009, 81-84; M. HANCOCK, *Draagmoederschapsovereenkomsten in Europa en wereldwijd. Medische, sociale, ethische en juridische aspecten*, Parlementaire assemblee van de Raad van Europa, Sociale zaken, gezondheid en familiezaken commissie, 2004, 5. In deze verwijzingen wordt vooraleer verwezen naar vermeldingen in het Oude Testament, het oude Rome, de latere godsdienstige insteek dat kinderloos zijn verwijst naar gods wil en naar het Napoleontisch onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen.

² Denk hierbij aan familie-eer, het belang van erven, het uithuwelijken aan een partner van een goede familie, etc.

³ D. DE RUYSSCHER en E. ALOFS, *Het nieuw samengesteld gezin: recht en geschiedenis*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 2014, 90-96; I.M. BALDEW, *Dingen die niet voorbijgaan*, Assen, Van Gorcum, 1993, 18; T. ELSHOF, "Modernisering van het gezinsleven" in T. ELSHOF (Ed.), *Van huis uit katholiek*, Delft, Eburon, 2008, 102.

⁴ J. BERTING, *De versplinterde samenleving*, Delft, Eburon, 2006, 62.

⁵ C.W. MARIS en F.C.L.M. JACOBS, *Rechtsvinding en grondslagen van het recht*, Assen, Van Gorcum, 2003, 413; M. KUITENBROUWER en M. LEENDERS, *Geschiedenis van de mensenrechten: bouwstenen voor een interdisciplinaire benadering*, Hilversum, Uitgeverij Verloren, 1996, 34-35.

⁶ L. RUBY, "New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation", *Hastings Women's Law Journal* 2009, 275; M. BRAZIER, "Regulating the reproduction business", *Medical Law Review* 1999, (166) 167; R. MORGAN, *The genetics revolution: history, fears, and future of a life-altering science*, Westport, Greenwood Press, 2006, 57.

Draagmoederschapconstructies werden in enkele staten van de Verenigde Staten⁷, In Zuid-Afrika (1987)⁸, Australië (1988)⁹, Oekraïne¹⁰, Rusland¹¹, India¹², etc. toegepast en/of wettelijk gekaderd, terwijl andere landen (bijvoorbeeld Duitsland, Frankrijk en Zwitserland) erg afwijzend tegenover het fenomeen stonden.¹³ De derde mogelijkheid bestaat erin om de praktijk (on)bewust ongeregeld te laten, zoals het geval is met België.¹⁴ Het feit dat een aantal landen het fenomeen toestaan en andere het verbieden, leidde dan ook vraag-aanbodsgewijs tot een onvermijdelijk draagmoederschapstoerisme, dat met de verbeterde technologie en het universeel werkende internet alleen maar toenam.¹⁵ Door de juridische problemen waar wensouders in de praktijk op stuiten en de aanwezige rechtsonzekerheid wordt de roep naar een wettelijk regime echter steeds luider.¹⁶ Dit brengt ons bij de problematiek.

3. PROBLEMATIEK - De problematiek rond het fenomeen draagmoederschap behelst meerdere juridische en ethische aspecten, die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn,

⁷ J. BOPP, "Surrogate motherhood agreements. The risk to innocent human life" in D.M. BARTELS, A. CAPLAN, R. PRIEST en D. VAWTER (Eds.), *Beyond baby M. ethical issues in new reproductive techniques*, Humana Press, Clifton, New Jersey, 1990, 173-182; D.E. LAWRENCE, *Surrogacy in California: "Genetic and gestational rights"*, *Golden Gate University Law Review* 2010, Volume 21, 525-527. (In dit werk wordt specifiek ingegaan op het wettelijk draagmoederschapregime van de staat Californië). Zie hierbij ook 'The 2013 Florida Statutes, 742.14: Donation of eggs, sperm, or preembryos' en volgende bepalingen. In 1985 werd met case Baby M. de eerste Amerikaanse draagmoederschapskwestie opgeworpen.

⁸ Y. ENGLERT, *Het menselijk embryo in-vitro*, Leuven-Apeldoorn, Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek Garant-Uitgevers, 1999, 14. In Zuid-Afrika kwam de hoogtechnologische draagmoederschapskwestie voor het eerst met de zaak Ferreira-Jorge ter sprake.

⁹ E. BLYGHT en R. LANDAU, *Third party assisted conception across cultures: social, legal and ethical perspectives*, Londen, Jessica Kingsley publishers Ltd, 2004, 50-52. In verschillende staten van Australië werden in 1988 wetgeving ingevoerd zoals de 'Reproductive Technology Act' (Zuid-Australië), 'Surrogate Parenthood Act' (Queensland), 'Human Reproductive Technology Act' (West-Australië), etc.

¹⁰ Article 123 of The Family Code of Ukraine (as amended), enacted from the first of January, 2003; EUROPEAN PARLEMENT, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*, Brussel, 2013, 312.

¹¹ Art. 51-52 of The Family Code 1995 (as amended), enacted from the first of March 1996; EUROPEAN PARLEMENT, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*, Brussel, 2013, 344.

¹² K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Oxford, Hart-Publishing, 2013, 217. In Kolkatta in 1978 werd kort na Louise-Brown de tweede IVF-baby geboren. Er is geen wettelijk regime in India, wel bestaan meerdere richtlijnen zoals de ART-richtlijn (Assisted Reproductive Technology-directive).

¹³ Article 16-7 Code Civil van 21 maart 1804, *Code Napoléon* 3 september 1807; Artikel 24novies Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, *Bundesblatt* 18 april 1999; Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern – Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG, 2001 (BGBl. 2002, I, Seite 354).

¹⁴ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, Mechelen, 2004, 696.

¹⁵ J. VERHELLEN, "Draagmoederschap: het internationaal recht uitgedaagd", *Tijdschrift@jpr.be* 2010, 164-172.

¹⁶ G. VERSCHULDEN, "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T.Fam.* 2010, 69-70.

vandaar dus het belang van de mensenrechten. Hierdoor zullen naast juridische ook (bio-)ethische (en in mindere mate medische) bronnen hanteerbaar zijn. We overlopen bij deze dan ook enkele problemen in het huidige Belgische recht. Eén van de problemen is alvast de niet-afdwingbaarheid van overeenkomsten over draagmoederschap.¹⁷ Hierdoor zijn draagmoeders niet verplicht het kind af te staan en kan geen schadevergoeding geëist worden bij wanprestatie.¹⁸ Ook is de rechter niet verplicht door het adagium *In pari causa (turpitudinis, cessat repetitio)* om reeds betaalde gelden terug te geven.¹⁹ Artsen riskeren aansprakelijkheid door mee te werken aan een absoluut nietige draagmoederschapsovereenkomst.²⁰ Verder kan gesteld worden dat de Belgische draagmoederschapsproblematiek ook beïnvloed wordt door de ongelijkheid in de afstammingsregels tussen mannen en vrouwen. Bij mannen is er wel een vaderschapsvermoeden of erkenning van vaderschap, maar dit kan succesvol betwist worden door de genetische vader, waarna het juridische vaderschap ten aanzien van hem vaststaat (Art. 331 BW en volgende).²¹ Voor de moederschapsvaststelling moet volgens het *mater semper certa est*-adagium bewezen worden dat een kind uit een bepaalde vrouw is geboren (Art. 312 BW).²² Vooral dit niet-genetische aanknopingspunt is een pijnpunt voor het draagmoederschapsfenomeen.²³ Momenteel wordt draagmoederschap in België op zekere hoogte aanvaard.²⁴

¹⁷ A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorlooftheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 89-126.

¹⁸ J.B.M. VRANCKEN, "Contractualisering en draagmoederschap", *TPR* 1997, 1751-1761.

¹⁹ A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van het menselijke lichaam" in M. ADAMS, L. BRAECKMANS, D. CUYPERS, A. DE BOECK, X. DIJON, M. KEMPEN, H. NYS, P. REYNAERT, E. TANGHE, G. VANHEESWIJCK, D. VAN HEULE, F. VAN NESTE, L. VAN SLYCKEN, A. VAN OEVELEN, J. VELAERS en W. WEYNS (Eds.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 305-353.

²⁰ H. NYS, *Geneeskunde: recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 221-222; M.T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1988, (645) 657-659; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *TPR* 1990, 645-673.

²¹ F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 51-54.

²² J. SPEYBROECK, *Recht. Principes en praktijk*, Gent, Academia Press, 2014, 191.

²³ B. DEGROOTE en R. DECORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, Zesde herwerking uitg., 441-442; M.F. LAMPE, "Procréation assistée – problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon – statut de l'enfant à naître", *Rev. Trim. Dr. Fam.* 1986, (129) 170; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, (402) 405; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation" in X (Ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. Du jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 230-231; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, 247-252; Y-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 595-596.

²⁴ Ter illustratie: Antwerpen (Jk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN; Rb. Brussel 15 februari 2011, Tijdschrift@ipr.be 2011, 125. De eerste zaak is grootmoedersarrest waarin altruïstische draagmoederschap

4. ONDERZOEKSVRAGEN – De centrale onderzoeksvraag luidt als volgt: “Kan een legalisering van draagmoederschap in het Belgische recht verdedigd worden op grond van mensenrechtelijke argumenten?” Deelvragen van deze centrale onderzoeksvraag zijn a) “Wat is de actuele regeling of opvatting over draagmoederschap in België en wat zijn daar de gevolgen van?” b) Tegen welke grondrechten moet het draagmoederschapsfenomeen, dat raakt aan het privé- en familieleven, afgewogen worden?” c) Bestaat er een recht op een (genetisch) kind en/of op toegang tot moderne voortplantingstechnieken?” d) Welke rol speelt het belang van het kind hierbij?” Een laatste deelvraag is: “Welke argumenten pleiten voor een draagmoederschapslegalisering en hoe kan het Belgische recht, rekening houdende met de conclusies uit de voorgaande deelvragen hieraan tegemoet komen?”

5. ONDERZOEKSMETHODE – Het eerste hoofdstuk zal via de klassieke methode, nl. die van de literatuurstudie en de analyse van wetgeving(svoorstellen) en rechtspraak onderzocht worden. Hierbij zal ook de techniek van de inductie²⁵ toegepast worden waarbij door een analyse van een reeks relevante arresten, feitelijke omstandigheden en ethische adviezen een zekere tendens tot aanvaarding van het fenomeen wordt vastgesteld. Deze technieken moeten aangeven welke bezwaren er tegen het fenomeen heersen (oorzaken) en wat de gevolgen zijn van de afwijzing (knelpunten). Het tweede hoofdstuk zal enkel door de klassieke methode onderzocht worden, waarbij ontleding van EHRM-arresten centraal zullen staan. Het derde hoofdstuk wordt gekenmerkt door een normatief en evaluerend aspect, die slechts met de bevindingen van de eerste twee hoofdstukken kunnen beantwoord worden. Na een juridische redenering en afweging wordt onderzocht of de mensenrechten een invullende rol kunnen hebben om een wettelijk kader tot stand te brengen. Een repetitieve, kritische houding zal kenmerkend zijn voor deze masterproef.

6. MASTERPROEFSTRUCTUUR - Uit de onderzoeksvragen en onderzoeksmethode volgt ook de logischerwijze structuur. In het eerste hoofdstuk zal het fenomeen draagmoederschap besproken worden. Daarbij worden ook de reeds bestaande Belgische afstammingsregels

zonder problemen werd aanvaard. De tweede is het de zaak van de kleine Samuel. Het Openbaar Ministerie tekende telkens geen beroep aan.

²⁵ Hierbij wordt door middel van specifieke vaststellingen tot algemene regels gekomen.

besproken. Hierbij zal het fenomeen in het licht van de Belgische opvattingen en regeling besproken worden. Er wordt onderzocht in welke mate het huidige systeem problemen oplevert. Verder wordt onderzocht of er vraag is naar een wettelijk regime omtrent draagmoederschap of dat het huidige recht al voldoende waarborgen biedt. In het tweede hoofdstuk wordt draagmoederschap mensenrechtelijk gekaderd. Er wordt onderzocht welke grondrechten conflicteren en tegen elkaar afgewogen moeten worden. Meerdere aspecten van de problematiek omtrent draagmoederschap (voortplantingstechnieken, afstammingsvermoedens, recht op een kind, etc.) worden onderzocht. In het laatste hoofdstuk wordt met de opgedane kennis van hoofdstuk twee teruggekoppeld naar de Belgische regeling (eerste hoofdstuk) en wordt onderzocht of, hoe en met respect voor welke grondrechten draagmoederschap ingepast kan worden in het Belgische recht. Tot slot wordt een eindconclusie geformuleerd, die de onderzoeksvragen wenst te beantwoorden.

1 Ontleding van het fenomeen in het vigerend, Belgische recht

7. INLEIDING – In dit hoofdstuk wordt het fenomeen draagmoederschap in kaart gebracht. In de eerste afdeling wordt het fenomeen zelf onder de loep genomen, los van nationale of mensenrechtelijke invulling, waarbij het aantal soorten en mogelijkheden onderzocht wordt. Ook wordt een beeld van frequentie en achterliggende beweegredenen weergegeven. Hierbij wordt enkel rekening gehouden met Belgisch cijfermateriaal. In de tweede afdeling worden de huidige, Belgische afstammingsregels onderzocht, terwijl de derde afdeling erg kort de gevolgen van nietige draagmoederschapsovereenkomst bespreekt. De laatste afdeling toont enkele tendensen naar een aanvaarding van draagmoederschap.

1.1 Fenomeen draagmoederschap

1.1.1 Het begrip draagmoederschap

8. OMSCHRIJVING DRAAGMOEDERSCHAP- Draagmoederschap is niet wettelijk geregeld in het Belgisch recht. Daarom is het noodzakelijk om het begrip te definiëren aan de hand van rechtsleer. Draagmoederschap is de situatie waarbij een vrouw, met name de draagmoeder zich - volgens een overeenkomst opgesteld vooraleer de zwangerschap aanving - beschikbaar stelt om in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling te laten komen, met de intentie om dat kind na de geboorte samen met de daaraan verbonden ouderschapsrechten en –plichten aan de wensouders over te dragen.²⁶ Synoniemen voor draagmoederschap zijn

²⁶ Verslag van de werkgroep bio-ethiek, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-417/2; Jeugdrib. Antwerpen 22 april 2010, *T.Fam.* 2010, 46, noot L. PLUYM; A. DE BOTH en P. DE SUTTER, "Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland", *Tijdschrift voor geneeskunde* 2010, 795; A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 89; A. HEIDA, "De Engelse wet betreffende draagmoederschapsregelingen", *N.J.B.* 1987, (12) 13; A. HEIDA, "Draagmoederschap" in J.K.M. GEVERS en H.J.T. LEENEN (Eds.), *Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1986, 42; G. VERSCHULDEN, "Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België" *TPR* 2011, 1421; I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten rond draagmoederschap in België en Nederland. De zaak baby D.", *TJK* 2006, 5-7; I. STUYVER, K. DENYS en M. DHONDT, "Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen. Medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek", *Tijdschrift voor geneeskunde* 2007, 1021; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TPPR* 2006, (402) 403; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzake draagmoederschap", *TPR* 1990, (645) 651-652. Opmerking bij deze definitie: Aangezien deze intentie zich kadert in een overeenkomst tussen draagmoeder en wensouders voor het

leenmoederschap, substituutmoederschap en surrogaatmoederschap.²⁷ Het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek hanteert daarentegen liefst de neutralere en beoordelingsvrije term ‘zwangerschap-voor-een-ander’ aangezien het op voorhand niet vaststaat of de draagmoeder ‘een of de’ moeder van het kind zal zijn.²⁸ In deze masterproef wordt echter eenduidig het begrip draagmoederschap gebruikt.

9. COMMERCIEEL VERSUS ALTRUIÏSTISCH – In het fenomeen draagmoederschap kun je nog onderscheiden. Een eerste demarcatiecriterium situeert zich in de achterliggende intentie van de draagmoederschapsconstructie. Bij een commercieel draagmoederschap wordt door de draagmoeder een financieel oogmerk nagestreefd wat het nastreven van persoonlijke winst veronderstelt.²⁹ De verkregen vergoeding zal in dit geval royaal zijn en een stuk hoger liggen dan een loutere compensatie voor de geleden kosten als gevolg van het baren van het kind.³⁰ Deze som wordt meestal in de draagmoederschapsovereenkomst vastgelegd.³¹ In het geval van altruïstisch draagmoederschap wordt geen persoonlijke winst nagestreefd door de draagmoeder.³² Zij treedt daarentegen op in het belang van de wensouders om hen te helpen

inbrengen van de vrucht, ligt de situatie waarbij een vrouw tijdens de zwangerschap of na de geboorte van het kind de beslissing neemt om het kind af te staan en daarvoor afspraken maakt met een derde, buiten het domein van draagmoederschap.

²⁷ F. MORTIER, “Ethici: koele minnaars van draagmoederschap”, *TJK* 2006, 20; G. KOENE en K. RAES, “Een vreemde eend in de buik, Draagmoeders of baarvrouwen? De ethiek van het gewilde, niet-uterine ouderschap” in W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en H. WILLEKENS, *Met rede ontleed, met rede ontkleed*, Gent, Meys en Breesch, 2002, 129.

²⁸ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies nr. 30 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, 5 juli 2004, http://www.health.belgium.be/filestore/7972417/Advies30-zwangerschap-voor-een-ander_7972417_nl.pdf.

²⁹ D.M. BARTELS, “Surrogacy arrangements. An overview”, in D.M. BARTELS, A. CAPLAN, R. PRIEST en D. VAWTER (Eds.), *Beyond baby M. ethical issues in new reproductive techniques*, Humana Press, Clifton, New Jersey, 1990, 173-182; F. KAGANAS, R. COOK en S. SCLATER (Eds.), *Surrogate motherhood: international perspectives*, Oxford-Portland, Hart Publishing Ltd, 2003, 10; M. CUMMINGS en R. YASHON, *Human genetics and society*, Belmont, Brooks Cole, 2009, 257-258; S. DE MEUTER, “Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap”, *TPR* 1990, (645) 654; U. NARAYAN, “The ‘gift’ of a child: commercial surrogacy, gift surrogacy and motherhood” in P. BOLING (Ed.), *Expecting Trouble; surrogacy, fetal abuse and new reproductive technologies*, Boulder, Westview Press, 1995, 177-179.

³⁰ Wetsvoorstel 20 juli 2005 (M. DE SCHAMPHELAERE) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-1319/1; G. VERSCHULDEN en J. VERHELLEN, “National reports on surrogacy: Belgium” in P. BEAUMONT en K. TRIMMINGS, *International surrogacy arrangements: Legal regulation at the international level*, Oxford-Portland, Hart Publishing Ltd, 2013, 83-85; M. JONGENEEL-VAN AMERONGEN, “Commercieel draagmoederschap”, *FJR* 1993, 258-260; W.L.J.M. DUIJST, *Gezondheidsstrafrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 78-79.

³¹ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, Kluwer, 2004, 701.

³² A. DE BOTH en P. DE SUTTER, “Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland”, *Tijdschrift voor geneeskunde* 2010, (795) 796; E.S. ANDERSON, “Is women’s labour a commodity?”, *Philosophy and public affairs* 1990, Vol. 19, 71; I. STUYVER, K. DENYS en M. DHONT, “Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen. Medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek”,

om hun kinderwens te vervullen.³³ De enige vergoeding die zij verkrijgt, is een zuivere onkostenvergoeding, nl. het bedrag van haar gedeelde beroepsinkomsten, de bevallings- en zwangerschapskosten.³⁴ Uit onderzoek van C. AUTIN blijkt dat altruïstische draagmoederschap de meest voorkomende vorm is, aangezien meer dan 80% van de draagmoeder familie of vrienden is van de wensmoeder.³⁵

10. LAAG/HOOGTECHNOLOGISCH DRAAGMOEDERSCHAP- Een ander onderscheidingscriterium vloeit voort uit de herkomst van de te gebruiken eicel.³⁶ Bij laagtechnologisch draagmoederschap wordt de eicel van de draagmoeder gebruikt. Dit impliceert dat zij de genetische moeder van het kind is.³⁷ Het sperma is afkomstig van de wensvader of van een zaaddonor. De eicelbevruchting gebeurt bijna altijd door kunstmatige inseminatie (vanaf nu verder aangeduid met K.I.).³⁸ Bij hoogtechnologisch draagmoederschap

Tijdschrift voor Geneeskunde 2007, 1021; P. BORGHS, *Juridische aspecten homoseksueel ouderschap. Het recht om lief te hebben*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 72; P. VLAANDINGERBROEK, "Draagmoederschap" in X, *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. Du jeune Barreau de Liège, 1997, (10) 12.

³³ G. BIRNBAUM, "Surrogacy, autonomy and the surrogate mother", *Ucl Juris.Rev.* 1999, (100) 101-102; I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1994, 490; J.M. MASSON, R. BAILEY-HARRIS en R. PROBERT, *Principles of family law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 883.

³⁴ A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 90-91; C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel: een vervolg*, Deventer, Kluwer, 2005, 107; G. VERSCHULDEN, "Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België" *TPR* 2011, (1421) 1431; J.B.M. VRANCKEN, "Contractualisering en draagmoederschap", *TPR* 1997, 1751-1761; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *TPR* 1990, (645) 654.

³⁵ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22d684049e1facc7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordP df>, 24. Deze in PDF doorgestuurde cijfergegevens zijn op mijn openbare onedrive-account geplaatst omdat afgesproken is dat deze gegevens slechts in het licht van deze masterproef, dus tijdelijk, mochten gepubliceerd worden.

³⁶ A. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 152; A. 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; H.D.C. ROSCAM ABBING, "Enige gezondheidsrechtelijke aspecten van het draagmoederschap" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (25) 27; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *TPR* 1990, (645) 652-653.

³⁷ C. BUIJSSEN en M. VAN DEN BERG, "Hoogtechnologisch draagmoederschap: de techniek staat voor niets, nu het recht nog!", *NJB* 2004, (724) 725; F. SHENFIELD, "ESHRE: Task force on ethics and law 10: surrogacy", *Human Reproduction* 2005, Vol. 20, 2705; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, (402) 403.

³⁸ A. DE BOTH en P. DE SUTTER, "Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland", *Tijdschrift voor geneeskunde* 2010, (795) 796; C. BUIJSSEN en M. VAN DE BERGH, "Hoogtechnologisch draagmoederschap, de techniek staat voor niets, nu het recht nog", *NJB* 2004, 724-728; E. SUTORIUS en H. KERSTEN, "Het gezag van de draagmoeders", *NJB* 1997, 1116-1120.

is de eicel afkomstig van de wensmoeder of van een eiceldonor.³⁹ Uitgangspunt hierbij is dat de eicel niet van de draagmoeder zelf afkomstig is en dat de bevruchting plaatsvindt na in-vitrofertilisatie (vanaf nu aangeduid met IVF).⁴⁰ In totaal zijn er – rekening houdende met donorschap, wensouders en draagmoeder – 9 genetische combinaties mogelijk.⁴¹ Dit maakt het moeilijk om een ‘ouder’ te definiëren aangezien biologische, genetische en juridische entiteit in draagmoederschapscontext vaak niet samenvallen.⁴² Door deze complexiteit wordt in deze masterproef voortaan met de term ‘wensouders’ steeds de alleenstaande of de homoseksuele en heteroseksuele koppels aangeduid, die beroep doen op een draagmoeder.

11. MEERVULDIG MOEDERSCHAP – In dit onderzoek wordt een dubbel onderscheid in terminologie van de moeder ingevoerd. Enerzijds is er de draagmoeder en de wensmoeder, maar anderzijds hanteren we in dit onderzoek ook de termen biologische, genetische en juridische moeder. De biologische moeder is steeds de draagmoeder, nl. de vrouw die het kind baart. De genetische moeder is de vrouw, van wie de eicel afkomstig is en op basis van DNA-onderzoek moeder zou zijn. Dit is naargelang het type draagmoederschap een eiceldonor, de draag- of de wensmoeder. De juridische moeder is de vrouw, die op basis van wettelijke afstammingsregels moeder is.⁴³

³⁹ G. BAETEMAN, “Het afstammingsrecht in België”, *TPR* 1989-1990, Vol. 26, (1539) 1540; G. VERSCHULDEN, “Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België”, *TPR* 2011, (1421) 1432; H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht Deel I, Rechten van mensen in gezondheidszorg*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 123; N. MASSAGER, “Draagmoederschap”, in X, *10 années d’application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. Du jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 172.

⁴⁰ D. PIRE en G. MAHIEU, *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, 63; G. NICOLAU, *L’influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bourdeaux, Presses universitaires de Bourdeaux, 1991, 253; M. DHONDT, *Handboek gynaecologie*, Leuven, Acco, 2012, 409; M. SCHOOTS, “Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap”, *FJR* 2004, (189) 191.

⁴¹ I. SCHWENZER (Ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 87-89; O.B.A. VAN DEN AKKER, “Psychosocial aspects of surrogate motherhood”, *Human Reproduction Update* 2007, Vol. 13, (53) 54.

⁴² I. SCHWENZER (Ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 90; L. PLUYM, “Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1. IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België”, *TJK* 2012, (5) 16-19.

⁴³ S. DE MEUTER, “Het kind en zijn moeder(s): Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap”, *TPR* 1990, 645-662.

1.1.2 Oorzaken voor het fenomeen

12. BEWEEGREDENEN VOOR DRAAGMOEDERSCHAP– Personen die zich op draagmoederschap willen beroepen zijn in twee grote categorieën onder te verdelen, nl. de structurele en functionele infertiliteit.⁴⁴ Functionele infertiliteit houdt in dat personen omwille van medische moeilijkheden niet de mogelijkheden hebben om op natuurlijke wijze een kind te krijgen.⁴⁵ De meest voorkomende oorzaken zijn hierbij verminderde kwaliteit van zaad- en eicellen, hysterectomie⁴⁶ en het MRK-syndroom.⁴⁷ Uit onderzoek blijkt dat meer dan 55% van de gevallen, waarbij beroep wordt gedaan op een draagmoederschapsprocedure in een Belgische kliniek, valt onder de categorieën van hysterectomie en het MRK-syndroom.⁴⁸ Structurele infertiliteit betekent dat men geen kind kan krijgen aangezien men alleenstaand is of ten gevolge van seksuele geaardheid.⁴⁹ Buiten deze twee categorieën is er een absolute restcategorie waarbij koppels beroep zouden willen doen op draagmoederschap vanwege te drukke agenda's en carrièremogelijkheden.⁵⁰ Dit laatste geval komt niet zozeer in België voor, maar is gangbaar in de VS.

1.1.3 Gegevens omtrent draagmoederschap

13. ALGEMEEN CIJFERMATERIAAL – In België is het op de eerste plaats niet duidelijk welke gespecialiseerde ziekenhuizen zich precies met draagmoederschap inlaten. Slechts van een beperkt aantal ziekenhuizen is het algemeen geweten dat ze de technologische middelen

⁴⁴ P.R. BRINDEN, "Clinical Aspects of IVF Surrogacy in Britain" in R. COOK en S.H. SCLATER (Eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (99) 101.

⁴⁵ A.R. DANA, "The state of surrogacy laws: determining legal parentage for gay fathers", *Duke journal of gender law and policy* 2010-11, Vol. 18, (353) 359.

⁴⁶ Hysterectomie is het ontbreken van een baarmoeder na gevallen van baarmoederhalskanker, operaties, etc.

⁴⁷ J. LAND, J. VAN ROOSMALEN, M. PRINS, M. VIERHOUT en R. BEKKERS, *Verloskunde en gynaecologie: casuïstiek uit de dagelijkse praktijk*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 22-23. MRK of Mayer-Rokitansky-Küstersyndroom houdt in dat vrouwen zonder baarmoeder, maar met werkende eierstokken geboren worden.

⁴⁸ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 23; INSTITUUT SAMENLEVING EN TECHNOLOGIE, *Dossier 20: Fertiliteitsbehandelingen: de realiteit voorbij de technologie*, <http://ist.vito.be/nl/pdf/dossiers/fertiliteitsdossier.html>, 5-20.

⁴⁹ A.R. DANA, "The state of surrogacy laws: determining legal parentage for gay fathers", *Duke journal of gender law and policy* 2010-11, Vol. 18, (353) 359; N.V. LOWE en G. DOUGLAS, *Bromley's family law*, Oxford, University Press, 2006, 318.

⁵⁰ J. KOK, "Afstand van ouderrechten", *FJR* 2007, 105. Cristiano Ronaldo, Sarah Jessica Parker en Nicole Kidman zijn hier perfecte voorbeelden van.

bezitten tot moderne fertiliteitstechnieken en wensouders begeleiding geven om aan de kinderwens te voldoen. Deze ziekenhuizen zijn het UZ Antwerpen, het UZ Gent, het UMC Sint-Pieter (Brussel) en het Centre Hospitalier Universitaire de Liège.⁵¹ Door de niet-bekendheid en onduidelijkheid betreffende het aantal betrokken centra zijn precieze gegevens moeilijk in te schatten. Vaak worden algemene IVF-gegevens gepubliceerd, zonder dat het aandeel van draagmoederschaps-IVF's daarin wordt meegedeeld. Dus worden de wél bekende gegevens van de opgesomde ziekenhuizen kort besproken (bijgehouden tot eind 2013), die vanwege hun gespecialiseerde karakter wellicht het merendeel van de Belgische gevallen uitmaakt.

14. GEGEVENS BELGISCHE FERTILITEITSCENTRA - Het UZ Antwerpen zou niet meer dan 5 aanvragen per jaar gekregen hebben.⁵² Het UMC Sint-Pieter heeft al sinds 1997 praktijkervaring met draagmoederschap. In de periode 1997-eind 2012 werden 136 aanvragen ingediend, waarvan 89 voor 2010 (gemiddeld bijna 7 per jaar) en 47 vanaf 2010 (gemiddeld meer dan 15 per jaar). Van de 136 aanvragen werden slechts 48 verzoeken aanvaard (35%). De andere verzoeken werden geweigerd of ingetrokken. Uiteindelijk werden 83 IVF-behandelingen opgestart, wat in 31 zwangerschappen resulteerde. Achttien zwangerschappen liepen succesvol af waaruit negentien kinderen voortkwamen. Het UMC Sint-Pieter voert telkens slechts niet-commerciële, hoogtechnologische draagmoederschappen uit vanwege erg dwingende medische redenen.⁵³ Het UZ Gent voerde zijn eerste draagmoederschapsprocedure uit in 2004. Er kwamen in de periode 2004-2009 26 aanvragen.⁵⁴ Telkens werd de vraag tot aanvaarding voorgelegd aan het ethisch comité van het UZ, dat uiteindelijk zes gevallen aanvaardde. Van deze zes gevallen werden vijf geslaagde

⁵¹ Verslag van de werkgroep bio-ethiek, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-417/2; 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, 9-21 (In dit werk bundelt de auteur, zelf medewerker in het UMC Sint-Pieter, alle gegevens van draagmoederschap van Belgische centra met nadruk op het UMC Sint-Pieter); G. VERSCHULDEN, "Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België" *TPR* 2011, (1421) 1428; X, "Adviezen van de Nationale Raad: draagmoeder", *Tijdschrift van de Nationale Raad – Orde van Geneesheren* 2010, afl. 131, (1) 5.

⁵² I. STUYVER, K. DENYS en M. DHONT, "Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen: Medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2007, 1021-1029.

⁵³ 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, 9-21.

⁵⁴ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 17.

IVF's uitgevoerd met zeven kinderen tot gevolg.⁵⁵ Vanaf 2010 kwamen gemiddeld 8,6 aanvragen per jaar, wat te verklaren valt door het feit dat het ethisch comité van het UZ Gent de procedure ook open stelde voor holebikoppels (enige Belgische kliniek).⁵⁶ Andere Belgische ziekenhuizen doen dit niet aangezien zij draagmoederschap als een *ultimum remedium* omwille van dwingende, medische redenen zien.⁵⁷ Ook bij het UZ Gent worden net als het UMC Sint-Pieter slechts gevallen van hoogtechnologisch, niet-commercieel draagmoederschap geaccepteerd.⁵⁸ Het Centre hospitalier Universitaire de Liège heeft ervaring sinds 1992 en heeft sindsdien al 50 à 55 aanvragen goedgekeurd, wat neerkomt op 25% van het totale aantal.⁵⁹ Enkel niet-commerciële aanvragen komen in aanmerking.⁶⁰ Uit de jaarlijkse rapporten van de BELRAP (Belgian Register for Assisted Reproduction) blijkt dat 0,1% van de gevallen, waarbij een IVF-cyclus werd uitgevoerd, gaat om gevallen van draagmoederschap (cijfers 2011).⁶¹ C. AUTIN stelt dat het in de voorbije twintig jaar gaat om minder dan net honderdvijftig uitgevoerde draagmoederschapskwesties in Belgische klinieken.⁶² Deze rapporten bevatten echter enkel gegevens van aanvaarde aanvragen van hoogtechnologisch, niet-commercieel draagmoederschap in Belgische klinieken. Omdat geen rekening wordt gehouden met laagtechnologisch draagmoederschap, anoniem bevallen, SIS-

⁵⁵ I. STUYVER en P. DE SUTTER, "A five-year experience with gestational surrogacy and the impact of legal changes", *Human Reproduction* 2010, Vol. 25, 235.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Verslag van de werkgroep bio-ethiek, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-417/2; Wetsvoorstel (J. DE ROECK en M. VANLERBERGHE) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-1271/1, 3.

⁵⁸ 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, 9-21.

⁵⁹ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 15.

⁶⁰ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 16.

⁶¹ BELRAP, Report of the College of Physicians for Assisted Reproduction Therapy: Belgium 2011, http://www.belrap.be/Documents/Reports/Global/FinalReportV2_IVF11_10JAN14.pdf, 7.

⁶² C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 18.

kaartfraude⁶³, verborgen gevallen van draagmoederschap⁶⁴, geweigerde aanvragen, draagmoederschapstoerisme en het feit dat niet alle draagmoederschapsuitvoerende ziekenhuizen bekend zijn, kunnen alle gepubliceerde gegevens slechts indicaties zijn. De werkelijke cijfers liggen dus hoger.

⁶³ G. VERSCHULDEN, "Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België" *TPR* 2011, 1421; P. DE HERT en P. HERBOTS, "Wettelijke regeling van draagmoederschap dringt zich op", *Juristenkrant* 2008, afl. 179, 10-11. Met deze techniek meldt de draagmoeder zich voor de bevalling met de SIS-kaart van de wensmoeder aan bij de kliniek met de bedoeling om de naam van de wensmoeder op de geboortakte te laten verschijnen.

⁶⁴ Zie o.a. Jeugdrb. Brussel 23 augustus 2012, *Act.dr.fam.* 2013, 99, noot N. GALLUS. De rechtbank moest zich uitspreken over een verzoek tot volle adoptie van een minderjarige. Er werd een draagmoederschapsovereenkomst vermoed, waarvan het bestaan door het O.M. niet kon worden bewezen en de adoptie moest uitgesproken worden.

1.2 Wettelijke afstammingsregels in België

15. INLEIDING – Hoewel België afgelopen 20 jaar al meermaals met complexe en zelfs choquerende draagmoederskwesaties te maken heeft gekregen, bleef een reactie van de wetgever uit. Dit heeft niet alleen tot gevolg dat het fenomeen zich in een juridisch vacuüm bevindt, maar ook dat het gemeen burgerlijk recht betreffende afstammingsregels onverkort op deze problematiek moet worden toegepast.⁶⁵ Enkel de medisch begeleide voortplantingstechniekenwet van 6 juli 2007⁶⁶ (voortaan MBV-wet) bepaalt onrechtstreeks een regeling voor het draagmoederschap, waarbij de MBV-regels gevolgd moeten worden in het geval er van medisch begeleide voortplantingstechnieken gebruik wordt gemaakt, maar de wet behandelt het onderwerp zelf feitelijk niet.⁶⁷ In deze afdeling is het dus noodzakelijk om de krachtlijnen van de Belgische afstammingswetgeving bloot te leggen. Belangrijke bemerking is dat de Belgische afstammingsregels tot de staat van de persoon behoren en bijgevolg de openbare orde raken⁶⁸, vandaar dat door middel van een conventionele overeenkomst niet van deze regels afgeweken kan worden (*infra* randnummer 30).⁶⁹

1.2.1 Vaststelling van moederschap in de geboorteakte

16. MATER SEMPER CERTA EST-ADAGIUM – Er zijn drie mogelijkheden om moederlijke afstamming vast te stellen die hiërarchisch in de wet worden opgesomd, nl. de vaststelling in de geboorteakte (312 §1 BW), de erkenning door de moeder (313 §1 BW) en de gerechtelijke

⁶⁵ G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 25.

⁶⁶ Wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten van 6 juli 2007, *BS* 17 juli 2007, 38575.

⁶⁷ H. NYS en T. WUYTS, "De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten", *RW* 2007-08, 762-776; R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 240.

⁶⁸ A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *VI.T.Gez.* 1988, 227-233; J. GERLO, *Handboek voor familierecht, I, Personen en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2003, 14; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Brussel, Bruylant, 2009, 24; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 572.

⁶⁹ F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en P. SENAËVE, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 363; P. BORGHS, *Juridische gids over ouderschap voor holebi's, en transgenders*, Brussel, Gelijke Kansen in Vlaanderen, 2010, 16; S. STIJNS, *Verbintissenrecht, Deel 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 45; G. STEENHOFF, "Rechtsvergelijkende synthese" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (150) 157.

vaststelling van het moederschap (314 §1 BW).⁷⁰ De Belgische wetgeving stelt als primordiale afstammingsgrond in art. 312 §1 BW dat de moederschapsvaststelling te vinden is in de geboorteakte van het kind, waarop de identiteit van de vrouw, die beviel van het kind, is aangeduid.⁷¹ Met de huwelijks staat moet sinds het arrest Marckx v. België geen rekening meer gehouden worden. Door dit arrest werd België de verplichting opgelegd om aan moederszijde steeds een afstammingsband voor het kind te garanderen.⁷² Art. 312 §1 BW moet echter in samenhang gelezen worden met art. 57, 2° BW. Dit artikel houdt in dat de geboorteakte verplicht alle gegevens (woonplaats, naam, voornamen) van de vrouw uit wie het kind geboren is (lees biologische moeder), moet bevatten.⁷³ Art. 56 BW bepaalt ten slotte dat van ieder geboren kind een geboorteakte moet opgemaakt worden.⁷⁴ De combinatie van deze drie wetsartikelen leidt ertoe dat bij elke geboorte de moederlijke afstamming vaststaat op grond van de geboorteakte. Geen aangifte doen van de geboorte van een kind volgens de artikelen 55 en 56 BW is strafbaar krachtens art. 361, 1° SW. Anoniem bevallen in België is dus onmogelijk.⁷⁵ Deze wetsartikelen zijn een uitdrukking van het adagium *Mater semper certa est (etiam si vulgo conceperit)*, waarbij moederschap van rechtswege tot stand wordt gebracht op grond van een biologische grondslag vanaf de verplichte opstelling van de geboorteakte.⁷⁶

⁷⁰ A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 109; F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 43; I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten rond draagmoederschap in België en Nederland. De zaak baby D.", *TJK 2006*, 8; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR*, 2006, 405; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Brussel, Bruylant, 2009, 47; P. SENA EVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI. T. Gez.* 1988, (247) 251; T. WUYTS, "De afstamming na medisch begeleide voortplanting" in P. SENA EVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (289) 363-364.

⁷¹ F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 43-44; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Brussel, Bruylant, 2009, 47; P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgische recht: de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 211.

⁷² EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx v. België, *RW 1979-80*, 947-959.

⁷³ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, Mechelen, 2004, 88-89; P. SENA EVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007-2010" in J. DU MONGH en P. SENA EVE, *Personen- en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 43-47.

⁷⁴ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître, le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civile*, Brussel, Bruylant, 1994, 944-948.

⁷⁵ Cass. 14 november 1853, *Pas.* 1854, 1, 10. Cassatie heeft sinds dit principearrest steeds deze regel gehandhaafd.

⁷⁶ A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 110-111; A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987", *VI. T. Gez.* 1988, (227) 233; H. WILLEKENS, J. MEUSSEN en W. DEBEUCKELAERE, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*,

Dit moederschap werkt retroactief terug tot de geboorte (en zelfs de verwekking), m.u.v. het theoretische geval waarbij een kind uit een onbekende moeder zou geboren worden.⁷⁷ Het feit dat een Belgische vrouw anoniem in het buitenland (zoals Frankrijk) gaat bevallen is niet verboden⁷⁸ en schakelt de *Mater semper certa est*-regel buiten werking, aangezien geen naam van de moeder in de geboorteakte wordt opgenomen.⁷⁹

17. ADAGIUM UITDRUKKELIJKE WETGEVERSCHEUZE – De wetgever van 1987 heeft bij de hervorming van het familierecht dus duidelijk gekozen voor het zwangerschaps- en baringsvereiste als biologische grondslag voor de moederlijke afstammingsregels. Er werd dus niet voor een genetische grondslag geopteerd. Dat valt ook te merken in de voorbereidende werken van de afstammingswetgeving van 1987 waar weldegelijk rekening werd gehouden met de mogelijkheid dat een bevruchte eicel van een vrouw bij een andere vrouw zou worden ingeplant. Zelfs dan nog werd aangenomen dat de vrouw, die geboorte zou geven aan het kind, de juridische moeder van het kind is.⁸⁰ Toen de afstammingsregels in 2006⁸¹ hervormd werden, werd deze vereiste intact gelaten.⁸² Ook in 2007 werd bij het aannemen van de MBV-wet niet voorzien in een uitzondering. Het ontbreken van een genetische link tussen moeder en kind ten gevolge van eicel- of embryodonatie doet geen afbreuk aan het *mater semper certa est*-adagium.⁸³ Ten gevolge van deze wetgeverscheuze is duidelijk dat in België de draagmoeder steeds de juridische moeder is, aangezien zij steeds de moeder in de

Gent, Mys & Breesch, 2002, 207-208; I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.", *TJK* 2006, (5) 8; Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, *Advies nr. 30 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, 5 juli 2004, http://www.health.belgium.be/filestore/7972417/Advies30-zwangerschap-voor-een-ander_7972417_nl.pdf, 9; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Kluwer, 2004, 105.

⁷⁷ DE HERT, P. en HERBOTS, P., "Wettelijke regeling van het draagmoederschap dringt zich op", *Juristenkrant* 2008, afl. 179, 10; G. BAETEMAN, *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 71; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Brussel, Bruylant, 2009, 49.

⁷⁸ Cass. 29 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 129 en *Pas.* 1993, 121.

⁷⁹ P. BORGHS, *Juridische gids over ouderschap voor holebi's, en transgenders*, Brussel, Gelijke Kansen in Vlaanderen, 2010, 16; Y-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 595-596.

⁸⁰ Verslag Senaatscommissie I, *Parl.St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 55.

⁸¹ Wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *BS* 29 december 2006.

⁸² G. VERSCHULDEN, *De nieuwe afstammingswetgeving*, Mechelen, Kluwer, 2007, 115.

⁸³ H. NYS en T. WUYTS, *De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting. Commentaar op de wet van 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 71-72.

geboorteakte zal zijn. Zij baart immers steeds het kind.⁸⁴ Het gaat om een bewuste wetgeverskeuze.⁸⁵

18. RATIO AFSTAMMINGSRECHTHERVORMINGEN – De hervorming van het afstammingsrecht van 1987 maakte een onderscheid tussen de moederlijke en vaderlijke afstamming en schafte zo het ongrondwettig (Napoleontisch) onderscheid tussen wettige, buitenechtelijke en natuurlijke kinderen af. De wetgever wou kinderen immers op een gelijke wijze behandelen.⁸⁶ Het Grondwettelijk Hof beoordeelde immers in verscheidene arresten⁸⁷ dat met enkele afstammingsartikels niet werd voldaan aan deze vereiste. Het Grondwettelijk Hof voerde zo druk uit op de wetgever, die in 2006 rekening houdende met consistentie en gelijkheid in behandeling de afstammingswet van 1987 aanpaste.⁸⁸ De vraag is of het Grondwettelijk Hof rekening houdende met art. 10-11 en art. 22 GW, in samenhang te lezen met art. 8 EVRM, bij een eventueel nieuwe hervorming van het afstammingsrecht een voortrekkersrol kan spelen om draagmoederschapskinderen te beschermen.

19. BETWISTING MOEDERSCHAP– Het aanvechten van het vastgestelde moederschap door de geboorteakte is mogelijk, indien er geen bezit van staat is. Het bezit van staat kent een rechtscheppende werking, aangezien een grond van ontoelaatbaarheid wordt opgeworpen voor de betwister. Hierdoor staat de afstammingsband onherroepelijk vast.⁸⁹ Krachtens art. 312 §2 en §3 BW kan het bewijs met alle wettelijke middelen geleverd worden. Belangrijk is dat het moederschap enkel volgens het uitgangspunt van het *mater semper certa est*-adagium kan worden betwist.⁹⁰ In het geval de draagmoeder zich niet aan de (absoluut nietige)

⁸⁴ X, *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 44-45.

⁸⁵ G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en familierecht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 584; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, Kluwer, 2004, 345-350.

⁸⁶ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, Kluwer, 2004, 8; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, Dertiende herwerking uitg., 232;

⁸⁷ 21 arresten betreffende de afstamming en de betwisting van de afstamming en negen arresten over de gevolgen van de afstamming samengevat in G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 16-25.

⁸⁸ R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 240.

⁸⁹ M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, 402-406; N. GALLUS, *Le droit de la filiation: rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 208-209.

⁹⁰ Jeugdrrb. Antwerpen 22 april 2010, *T.Fam.* 2010, 46, noot L. PLUYM; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, die Keure, 2010, 79; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, 402-406; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven,

overeenkomst houdt en het kind niet wil afstaan, zal de wensmoeder zich dus niet tot de rechter kunnen wenden met de regels in verband met de betwisting van het moederschap, hoewel ze zelf de genetische moeder van het kind is. Deze anomalie is dus ook een rechtstreeks gevolg van de vaststelling van het moederschap op basis van het *mater semper certa est*-adagium. Betwisting van deze vaststelling van moederschap zal dus enkel mogelijk zijn in gevallen, waar inbreuk wordt gemaakt op 363, eerste lid SW (onderschuiving van een kind) en art. 231 SW (valse naamdracht).⁹¹ SIS-kaartfraude zal echter met de invoering van de elektronische identiteitskaart met o.a. het oog op identiteitsvervalsing niet meer mogelijk zijn.⁹² Deze al zelden gebruikte betwisting van moederschap wordt dan helemaal dode letter. Het O.M. kan om redenen van algemeen belang ook ambtshalve een betwistingsvordering instellen (art. 138bis §1 Ger.W.).⁹³

20. BEZIT VAN STAAT – Het bezit van staat tussen een ouder en kind komt erop neer dat er ‘gezinsleven’ bestaat tussen hen in de zin van art. 8 EVRM. Het begrip houdt *de facto* het uitoefenen van ouderlijke rechten en plichten in, los van de vraag of men op basis van de afstammingsregels ook ouder(s) zou zijn. Art. 331nonies BW vereist *nomen, tractatus* en *fama* (vrij vertaald door dagelijkse opvoedingsbeleving).⁹⁴ Dit houdt in dat een ouder het kind als een eigen kind behandeld heeft, de ouder in de opvoeding en onderhoud van het kind heeft voorzien, het kind werd aanvaard door familie en maatschappij, etc.⁹⁵ Dit bezit van staat moet ondubbelzinnig, deugdelijk en voortdurend zijn. Of er bezit van staat is, moet dus steeds door de rechter *in concreto* beoordeeld worden.⁹⁶ Enkel bij afwezigheid van bezit van staat mogen

Acco, 2008, 242; P. SENAËVE, “Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007 – 2010”, in C. DECLERCK, I. BOONE, J. DU MONGH en P. SENAËVE (Eds.), *Themis, vormingsonderdeel 85: Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, (1) 8; T. WUYTS, “De afstamming na medisch begeleide voortplanting” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de Wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 289; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 596.

⁹¹ D. MERCKX, “Onderschuiving van een kind” in X., *Strafrecht en strafvordering: commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1984-heden, losbladig; P. DE HERT en P. HERBOTS, “Wettelijke regeling van draagmoederschap dringt zich op”, *Juristenkrant* 2008, afl. 179, 10.

⁹² Bulletin – Schriftelijke vragen en antwoorden, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, B107, 198-199.

⁹³ Cass. 28 maart 1974, *RW* 1974-75, 343. Vaste rechtspraak sindsdien. Voor een toepassing: Rb. Brussel 7 januari 1998, *TBBR* 2002, 213, noot A.-C. VAN GYSEL.

⁹⁴ F. SWENNEN, N. GEELHAND, R. BARBAIX en S. EGGERMONT, *Koekoekskinderen*, Gent, Larcier, 2009, 14; G. VERSCHULDEN, “Het nieuwe afstammingsrecht: een compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap”, *RW* 2007-08, 338-358.

⁹⁵ Y.-H. LELEU, “Le droit transitoire de la prescription des actions relatives à la recherche de la filiation adultérine”, *JT* 1993, 845.

⁹⁶ Cass. 9 juni 1938, *Pas.* 1938, I, 207. (Vaste rechtspraak sindsdien en meerdere malen bevestigd).

de moeder in de geboorteakte, de betwistende moeder, het kind en de vader het vastgestelde moederschap betwisten.⁹⁷ In die zin is het bezit van staat een absolute grond van niet-ontvankelijkheid. De achterliggende ratio is rechtszekerheid en de rust in de families.⁹⁸ Belangrijk om in te zien is dat in gevallen van bezit van staat de socio-affectieve werkelijkheid primeert op de biologische en genetische grondslag van de vaststellingsregels van het afstammingsrecht.⁹⁹ De feitelijke situatie wordt dan als biologische, juridische realiteit aanvaard.¹⁰⁰

21. BEZIT VAN STAAT ONDER DRUK – De decennialange absolute niet-ontvankelijkheidsgrond van bezit van staat de laatste jaren zowel op nationaal als internationaal niveau onder druk. Er valt te betwisten of er ook bij de moederlijke betwistingsregels nog sprake kan zijn van een absolute ontoelaatbaarheidsgrond van bezit van staat. Het Grondwettelijk Hof oordeelde op 9 juli 2013¹⁰¹ en andere copy-pastearresten¹⁰² immers al bij betwisting van het vaderschap (zowel vaderlijke vaststelling door erkenning en door het vaderschapsvermoeden) dat de absolute ontoelaatbaarheidsgrond van bezit van staat ongrondwettig is.¹⁰³ In de arresten van het Grondwettelijk Hof werd geoordeeld dat door het bezit van staat als absolute niet-ontvankelijkheidsgrond in te stellen de socio-affectieve band steeds prevaleerde op de biologische realiteit, zodat de biologische vader geen kant meer op zou kunnen met zijn betwistingsvordering. Door deze wettelijke beperking zou de rechter niet in staat zijn om de belangen van alle partijen te kunnen behartigen, wat leidt tot disproportionaliteit van de legitieme doelen. Dit schendt volgens het Hof artikel 22 GW, in samenhang te lezen met art.

⁹⁷ Dit kan krachtens art. 314, tweede en laatste lid BW slechts binnen het jaar na de ontdekking dat de moeder in de geboorteakte niet de werkelijke is.

⁹⁸ I. KAMP, "Betwisting van de vaderlijke erkenning", *Jura Falconis* 2012-2013, (685) 687.

⁹⁹ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, Dertiende herwerking uitg., 232.

¹⁰⁰ M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, 402-406; N. GALLUS, *Le droit de la filiation: rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 208-209.

¹⁰¹ Grondwettelijk Hof 19 juli 2013, nr. 105/2013; Grondwettelijk Hof 19 juli 2013, nr. 96/2013.

¹⁰² Zie hiervoor o.a. Grondwettelijk Hof 3 februari 2011, *Act.dr.Fam.* 2011, 75; Grondwettelijk Hof 7 maart 2013, *Juristenkrant* 2013, afl. 266, 1.

¹⁰³ A. QUIRYNEN en P. SENAËVE, "Het afstammingsrecht na de arresten van het Grondwettelijk Hof" in X. *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2013, 279-307; F. SWENNEN, "Afstamming en Grondwettelijk Hof", *RW* 2011-2012, 1102-1110; G. VERSCHULDEN, "De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 14-38; T. WUYTS, "Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privé-leven", *T.Fam.* 2011, 64.

8 EVRM. Het bezit van staat zou voortaan moeten gezien worden als een open norm in plaats van een absolute niet-ontvankelijkheidsgrond. Het zou slimmer zijn om voortaan te spreken van een algemene grond van ontoelaatbaarheid, aangezien de rechter voortaan een soevereine, discretionaire beoordelingsmarge heeft om aan belangenafweging te doen, rekening houdende met de specifieke situatie en de belangen van alle betrokken partijen. Deze arresten gingen over bezit van staat ten aanzien van de vader, maar deze arresten zijn wegens de algemene bezit van staat-figuur en bewoordingen van het arrest transposeerbaar naar het moederschap. Het Grondwettelijk Hof ging hierbij een stuk verder dan het EHRM.¹⁰⁴

1.2.2 Andere vaststellingen van moederschap

22. ERKENNING – De moederlijke erkenning is krachtens art. 329bis BW een eenzijdige rechtshandeling waarbij een vrouw aangeeft dat ze een juridische afstammingsband ten aanzien van een kind wil.¹⁰⁵ Een biologische grondslag zoals bewijzen dat je als moeder van een kind bevallen bent, is dus niet noodzakelijk.¹⁰⁶ Eerder is een socio-affectieve band vereist. Een kind kan enkel door een vrouw erkend worden indien er geen moeder in de geboorteakte is aangewezen of geen geboorteakte bestaat (vondelingen).¹⁰⁷ Dit komt ten gevolge van het *mater semper certa est*-adagium dus amper voor in het vigerende Belgische recht.¹⁰⁸

¹⁰⁴ EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09, Kautzor v. Duitsland, §70-71; EHRM 22 maart 2012, nr. 45071/09, Ahrens v. Duitsland, §69-70. Het EHRM oordeelde in deze arresten dat het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij een afstammingsbetwisting kon als aan enkele vereisten werd voldaan, nl. een wettelijke regeling van die beperking, die legitieme doelstellingen bevat, noodzakelijk is in een democratische rechtsstaat en een redelijke beoordeling door nationale rechtsinstanties niet belemmert. Als dit het geval is, kan de niet-ontvankelijkheid van de door de biologische vader ingestelde betwistingsvordering geen ongeoorloofde inmenging op het privéleven van de biologische vader (art. 8 EVRM) zijn, op voorwaarde dat er een socio-affectieve band tussen de juridische vader en het kind (bezit van staat) bestaat. Het EHRM oordeelde echter dat door het gebrek aan internationale consensus de nationale rechtsinstanties over een ruime appreciatiemarge beschikken.

¹⁰⁵ B. DEGROOTE en R. DECORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, Zesde herwerking uitg., 443; F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en P. SENAËVE, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 89.

¹⁰⁶ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 716; M.-T. MEULDERS-KLEIN, "La réforme du droit de la filiation en Belgique", *Rev. Trim.dr.Fam.* 1979, (5) 63-68; P. SENAËVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. v. Gez.* 1988, (247) 252; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *TPR* 1990, (645) 668-669; X., *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen editie 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 47.

¹⁰⁷ B. DEGROOTE en R. DECORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, Zesde herwerking uitg., 441; P. BORGHS, "Homoseksualiteit en ouderschap. Actuele stand van zaken.", *NJW* 2004, (290) 298.

¹⁰⁸ N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Brussel, Bruylant, 2009, 66.

23. ERKENNING NA ANONIEM BEVALLEN - Anoniem bevallen is verboden in België, maar niet in andere landen (zoals Frankrijk en Luxemburg).¹⁰⁹ Cassatierechtspraak bevestigt immers dat zo'n buitenlandse geboorteaktes met het ontbreken van een naam van de moeder worden erkend omdat het *mater semper certa est*-adagium wel de hoofdregel was, maar er subsidiaire moederlijke afstammingsregels bestaan die een oplossing kunnen bieden.¹¹⁰ Dit betekent dat de *mater semper certa est*-regel van Belgische openbare orde is, maar niet van internationale openbare orde.¹¹¹ Het is dus mogelijk dat wordt afgesproken dat de draagmoeder anoniem in Frankrijk of Luxemburg bevalt, een geboorteakte laat opmaken zonder dat de naam van de draagmoeder wordt opgetekend en de wensmoeder later in België erkent. Van wetsontduiking kan door de cassatierechtspraak immers geen sprake zijn.¹¹² Aangezien het kind pas vanaf 12 jaar moet instemmen en draagmoederschap net gaat over het feit dat het kind meteen na de geboorte aan de wensouders wordt weggegeven, vormt dit geen probleem. Indien er al een vaderlijke (eventueel prenatale) erkenning is gebeurd, zal deze ook moeten toestemmen. Dit vormt ook geen probleem aangezien dit vrijwel altijd de wensvader zal zijn. Wel problematisch is dat de erkenning krachtens art. 330, vierde lid BW tot een jaar na de geboorte kan worden betwist en dat zolang er geen bezit van staat tussen kind en wensmoeder bestaat. Zoals vermeld (*supra* randnummer. 21) is bezit van staat ook niet meer absoluut. De wensouders zijn dus wel erg afhankelijk van de welwillendheid van de draagmoeder aangezien bij de betwisting van de erkenning van moederschap ook de biologische grondslag vooropstaat, nl. bewijzen dat je als moeder bevallen bent van een kind.¹¹³ Een wensmoeder kan immers nooit bewijzen dat zij wél van een kind bevallen is en de draagmoeder niet.¹¹⁴ Ook het O.M. kan de erkenning betwisten op grond van art. 138bis §1

¹⁰⁹ EHRM 13 februari 2003, nr. 42326/98, *Odièvre v. Frankrijk*; J. STIENNON, L. CASSIERS, M. BOGAERT en M. ROELANT (Eds.), *De adviezen van het Belgisch raadgevend Comité voor Bio-ethiek van 2000-2004*, Brussel, Lannoo Campus, 2005, 554.

¹¹⁰ Cass. 29 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 129.

¹¹¹ A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 110-111; S. MOSSELMANS, *Voogdij*, Mechelen, Kluwer, 2004, 37.

¹¹² G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, Mechelen, 2004, 93-95; P. SENAËVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht" in P. SENAËVE (Ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, (19) 25.

¹¹³ VRG ALUMNI, *Recht in beweging – 19^e VRG Alumnidag 2012*, Antwerpen, Maklu, 2012, 289; X, *Personen- en gezinsrecht ont(k)leed editie 2012*, Mechelen, Kluwer, 2012, 207.

¹¹⁴ J. SOSSON, "La création d'un lien légal avec la mère génétiqued'un enfant conçu par gestation pour autrui: une question de filiation ou adoption", *RTDF* 2011, (176) 177; J. SPEYBROECK, *Recht. Principes en praktijk*, Gent, Academia Press, 2014, 191; M.F. LAMPE, "Procréation assistée – problèmes éthiques et juridiques liés au sort de

Ger.W.. Misschien valt dit enigszins te nuanceren aangezien het Grondwettelijk Hof de Belgische rechtbanken opdroeg om bij erkenningsbetwistingen steeds een onderzoek te voeren naar de belangen van het kind.¹¹⁵ Nog een juridische verwikkeling is dat het kind bij het anoniem bevallen in Frankrijk feitelijk een Frans staatsburger is en dit internationaal privaatrechtelijke problemen met zich kan meebrengen.¹¹⁶

24. GERECHTELIJKE VASTSTELLING – Het meest subsidiaire vaststellingscriterium is de gerechtelijke vaststelling van moederschap. Deze vaststelling is pas mogelijk indien er geen moeder in de geboorteakte is vermeld, er sprake van een foutieve melding in de geboorteakte is, indien er geen geboorteakte is opgesteld (geen *mater semper certa est*-toepassing) én in het geval er geen erkenning is gebeurd.¹¹⁷ Krachtens art. 314, derde lid juncto 331ter BW moet binnen dertig jaar na de geboorte van het kind bewijs geleverd worden van het feit dat een vrouw van een kind bevallen is.¹¹⁸ Dit bewijs kan krachtens art. 314, laatste lid BW geleverd worden door alle wettelijke bewijsmiddelen, inclusief bezit van staat.¹¹⁹

1.2.3 Vaststelling van het vaderschap

25. GEHUWDE DRAAGMOEDER – Voor de vaststelling van het vaderschap zijn er ook drie manieren en wordt een wettelijk onderscheid gemaakt naargelang de vader getrouwd is of niet.¹²⁰ In geval van een gehuwde man is het adagium *pater est quem nuptiae demonstrant*

l'embryon – statut de l'enfant à naître", *Rev.Trim.Dr.Fam.* 1986, (129) 170; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation" in X (Ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. Du jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 230-231.

¹¹⁵ Grondwettelijk Hof 16 december 2010, nr. 144/2010, *T.Fam.* 2011, 56, noot F. SWENNEN, *Act.dr.Fam.* 2011, 3, noot N. MASSAGER en *TJK* 2011, 139, noot C. MELKEBEEK.

¹¹⁶ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, Mechelen, 2004, 96.

¹¹⁷ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, Mechelen, 2004, 717; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, (402) 407.

¹¹⁸ M. ADAMS, *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 47.

¹¹⁹ Ook hier is in principe dus geen genetische band vereist: M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR*, 2006, (402) 406; T. WUYTS, "Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privé-leven", *T.Fam.* 2011, 64; Y-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 620.

¹²⁰ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, Dertiende herwerking uitg, 236.

van toepassing.¹²¹ Dit adagium, vervat in art. 315 BW, houdt in dat een man als vader wordt beschouwd indien zijn echtgenote een kind krijgt in het huwelijk of 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring ervan. Dit weerlegbaar vermoeden steunt op art. 213 BW dat getrouwheid aan echtgenoten oplegt.¹²² Dit houdt met betrekking tot de draagmoederschapskwestie in dat in geval van een getrouwde draagmoeder haar man de juridische vader zal zijn.¹²³ De draagmoeder is met de actuele afstammingswetgeving immers steeds de juridische moeder. Aangezien het om een weerlegbaar vermoeden gaat, kan het vaderschap door de wensvader betwist worden, zolang er geen bezit van staat is (art. 318 §1 BW).¹²⁴ De ratio hierachter is om een evenwicht te vinden tussen de affectieve en biologisch-genetische waarheid.¹²⁵ Het bezit van staat staat als ontoelaatbaarheidsvereiste echter onder druk (*supra* randnummer. 21).¹²⁶ Hiernaast zal het vaderschap slechts succesvol aangevochten worden, indien krachtens art. 318 §5 BW kan bewezen worden dat de echtgenoot van de draagmoeder niet de genetische vader is en de wensvader wel. Dit zal dus enkel het geval zijn indien de zaadcellen van de wensvader zijn gebruikt.¹²⁷ Art. 318 §4 BW bepaalt echter dat het vaderschap niet kan betwist worden indien de echtgenoot van de draagmoeder toestemming heeft verleend tot kunstmatige inseminatie.¹²⁸ Dit houdt het gevaar in dat het vaderschap ten

¹²¹ A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de wet van 31 maart 1987", *VI.T.Gez.* 1988, 234; ; J. STIENNON, L. CASSIERS, M. BOGAERT en M. ROELANT (Eds.), *De adviezen van het Belgisch raadgevend Comité voor Bio-ethiek van 2000-2004*, Brussel, Lannoo Campus, 2005, 554.

¹²² F. SWENNEN, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 270; Y-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 582.

¹²³ I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten rond draagmoederschap in België en Nederland. De zaak baby D.", *TJK* 2006, 5-7; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, (402) 406.

¹²⁴ D. HEIRBAUT, *Cumulatieve editie van het burgerlijk wetboek*, Mechelen, Kluwer, 2004, 330; F. SWENNEN, N. GEELHAND, R. BARBAIX en S. EGGERMONT, *Koekoekskinderen*, Gent, Larcier, 2009, 10.

¹²⁵ Verslag namens de commissie voor justitie, *Parl.St. Kamer*, 2004-2005, nr.51K0597/032, 31.

¹²⁶ Grondwettelijk Hof 3 februari 2011, *Juristenkrant* 2011, afl. 224, 1, noot G. VERSCHULDEN, *Act.dr.fam.* 2011, 75, noot N. GALLUS.

¹²⁷ F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en P. SENAËVE, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 35.

¹²⁸ Rb. Gent 31 mei 2001, *TBBR* 2002, 27, noot G. VERSCHULDEN; G. BAETEMAN, "Het afstammingsrecht in België", *TPR* 1989, (1539) 1573-1574; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, (402) 406; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître, le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civile*, Brussel, Bruylant, 1994, 950; P. SENAËVE, "Vaderlijke afstamming binnen het huwelijk" in P. SENAËVE (Ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, (57) 81-84; T. WUYTS, "De afstamming na medisch begeleide voortplanting" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (289) 366-378; W. DE MEESTER-DE MEYER (ed.), *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega Editions, 1987, 79.

aanzien van de echtgenoot van de draagmoeder onherroepelijk vaststaat, waarop enkel adoptie een uitweg biedt.¹²⁹

26. ONGEHUWDE DRAAGMOEDER – In het geval van een ongehuwde draagmoeder speelt het vaderschapsvermoeden niet en is er niet van rechtswege een juridische vader. Dat geeft de wensvader de mogelijkheid om krachtens art. 319 BW het kind (zelfs prenataal krachtens art. 328bis BW) te erkennen, ook al is hij niet de genetische vader (in geval van een spermadonor).¹³⁰ De (niet-genetische) wensvader kan zijn vaderschap ook gerechtelijk laten vaststellen. Krachtens art. 324, eerste lid BW kan hij hierbij als bewijs bezit van staat ten aanzien van het kind aantonen.¹³¹ De draagmoeder zal als juridische moeder moeten toestemmen met de erkenning (art. 329bis §2, eerste lid BW). In geval van een anonieme bevalling in het buitenland zal ze niet moeten toestemmen, aangezien er geen juridische moeder is.¹³² Bij weigering kan ze gedagvaard worden en kan door de rechtbank van eerste aanleg een vervangende toestemming verleend worden. Wel moet steeds het belang van het kind onderzocht worden.¹³³ Gelet op art. 27, tweede lid en art. 56, tweede lid van de MBV-wet is het cruciaal dat de wensvader – in geval van hoogtechnologisch draagmoederschap – de overeenkomst in het fertiliteitscentrum ondertekent. Zo wordt hij niet als spermadonor beschouwd en kan hij wél een afstammingsrechtsovereenkomst inleiden.¹³⁴ In het geval de

¹²⁹ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, Mechelen, 2004, 726; G. VERSCHULDEN, “Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België” *TPR* 2011, (1421) 1460-1461.

¹³⁰ F. SWENNEN, *Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 283; G. VERSCHULDEN, “Commentaar bij art. 319 BW” in *Comm.Pers.* 2009, (1) 3; T. WUYTS, “De afstamming na medisch begeleide voortplanting” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (289) 368. Bij een erkenning moet de erkennende man (of vrouw in geval van randnummer 22) daarvan kennis geven aan zijn/haar partner opdat de erkenning geldig zou zijn (art. 319bis en 332, lid 2 BW). Het is duidelijk dat dit dus gaat om de andere wensouder. Deze vereiste werd geslachtsneutraal na de invoering van art. 10, 1° van de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 28 februari 2003.

¹³¹ G. VERSCHULDEN, “Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België” *TPR* 2011, (1421) 1459.

¹³² G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Kluwer, Mechelen, 2004, 722.

¹³³ Grondwettelijk Hof 16 december 2010, nr. 144/2010, *T.Fam.* 2011, 56, noot F. SWENNEN; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 53-54; M. Veys, “Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap”, *TBBR* 2006, (402) 408; Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, *Advies nr. 30 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, 5 juli 2004, http://www.health.belgium.be/filestore/7972417/Advies30-zwangerschap-voor-een-ander_7972417_nl.pdf, 11.

¹³⁴ F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en P. SENAËVE, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 368-370.

wensouders al een gemeenschappelijk kind zouden hebben en de erkennende man zou overlijden vooraleer officieel werd kennis gegeven van de erkenning door een betekening, leidt dit tot onredelijke gevolgen. Het erkende kind zou in dat geval benadeeld worden ten aanzien van het gemeenschappelijk kind, zoals op grond van het erfrecht.¹³⁵

27. HUWELIJKSBELETSELS BIJ ERKENNING- Uit de gegevens van C. AUTIN blijkt dat in bijna 20% van de gevallen beroep wordt gedaan op de schoonzus van de wensmoeder.¹³⁶ Ook de schoonmoeder of schoondochter van de wensmoeder worden - in mindere mate - als draagmoeder gevraagd. Door art. 161 en 162 jo. art. 164 BW bestaat in deze gevallen een niet op te heffen huwelijksbeletsel. Dit betekent dat de wensvader het kind in deze gevallen niet zal kunnen erkennen, aangezien hij dan juridisch vader is van het kind van zijn zus, dochter of moeder.¹³⁷ In het geval de wensmoeder haar eigen moeder (of met mindere waarschijnlijkheid al bestaande dochter) vraagt als draagmoeder, kan de wensvader het kind enkel herkennen, indien hij aan de koning vraagt om het huwelijksbeletsel op te heffen (art. 161 juncto 164 BW). Het grootmoedersarrest is hier een mooi voorbeeld van.¹³⁸

1.2.4 Adoptie

28. (VOLLE) ADOPTIE – In dit randnummer wordt enkel volle adoptie besproken, aangezien in dit scenario de reeds bestaande afstammingsbanden van het kind worden verbroken ten gunste van de adopterende ouder(s).¹³⁹ Dit scenario sluit aan bij de hypothese dat de wensouders afspreken dat de bestaande afstamming ten aanzien van de draagmoeder op grond van het *mater semper certa est*-adagium en ten aanzien van de echtgenoot van de

¹³⁵ F. SWENNEN, N. GEELHAND, R. BARBAIX en S. EGGERMONT, *Koekoekskinderen*, Gent, Larcier, 2009, 14; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 228; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht: openvallen en toewijzing nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng*, Mechelen, Kluwer, 2011, 107-109.

¹³⁶ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 22.

¹³⁷ G. VERSCHULDEN, "Commentaar bij art. 319 BW", *Comm.Pers.* 2009, (1) 6; N. GALLUS, *Le droit de la filiation: role de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 403; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Brussel, Bruylant, 2009, 97; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 609.

¹³⁸ Antwerpen (Jk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN.

¹³⁹ C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (Eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 8.

draagmoeder op grond van de *pater est quem nuptiae* demonstrant-regel verbroken wordt. Doordat een nieuwe afstammingsband gevestigd wordt, is het onmogelijk om krachtens art. 344-2 BW je eigen (juridisch) kind te adopteren. Steeds wordt de toestemming van de oorspronkelijke, juridische moeder (en vader) vereist.¹⁴⁰ Bij de hervorming van het adoptierecht¹⁴¹ werd de tussenkomst van de rechter verplicht gesteld, wiens uitspraak dezelfde juridische gevolgen inhoudt als een afstammingsband op grond van het gemene recht.¹⁴² Voor de adoptiehervorming kon je de adoptie met een familierechtelijk contract vestigen (meestal bij de notaris te verlijden) en dus zonder enige rechterlijke tussenkomst.¹⁴³ De hervormingswetgever oordeelde echter onder impuls van het EHRM dat een rechterlijke tussenkomst vereist is, aangezien er geen recht op adoptie bestaat en kinderen niet bij contract af te staan zijn.¹⁴⁴ In de parlementair voorbereiding is de ratio hierachter dat het hoger belang van het kind voorrang op de wens van de ouders vereist¹⁴⁵, ingeschreven in art. 344-1 BW. De adoptie van een kind moet steeds op basis van wettige redenen gebeuren.¹⁴⁶ Een concrete invulling van dit begrip bestaat niet, aangezien de rechter een soevereine beoordelingsmarge heeft.¹⁴⁷ Wel staat vast dat adoptie niet tegen bepalingen van openbare orde of dwingend recht mag ingaan.¹⁴⁸ Ook staat vast dat adoptie niet omwille van andere doeleinden, vreemd aan de adoptie, mag aangegaan worden.¹⁴⁹ Met oog hierop zal gezien de

¹⁴⁰ D. TILLEMANS en E. WILLEMS, "Overzicht van rechtspraak – De controle op de geschiktheid van de kandidaat-adoptanten om te adopteren", *T.Fam.* 2011, (24) 27.

¹⁴¹ Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *BS* 16 mei 2005, 26956.

¹⁴² J. GERLO, *Personen- en familierecht*, Deel I, Brugge, Die Keure, 2003, 130.

¹⁴³ B. DE GROOTE en R. DE CORTE, *Handboek civiel recht*, Brussel, Larcier, 2010, 447; C. VAN MALDEREN, *Adoptie en wettiging door adoptie*, Brussel, Larcier, 1970, 1-8; G. MAHIEU, "L'adoption", *Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 1989, 1-15; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 314-330; I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 50-53.

¹⁴⁴ EHRM 26 februari 2002, nr. 36515/97, Fretté v. Frankrijk, §42; EHRM 22 september 2004, nrs. 78028/01 en 78030/01, Pini en Bertani & Manera en Atripaldi v. Roemenië, §156.

¹⁴⁵ Verslag over het wetsontwerp tot hervorming van de adoptie, *Parl.St.* Kamer, nr. 50-1336/11, 108.

¹⁴⁶ Gent (15^e k.) 16 januari 1989, *TGR* 1989, 52. Citaat rechter: "Het was niet de bedoeling van de wetgever dat een kinderloos echtpaar een kind bij een draagmoeder gaat bestellen om het na de geboorte d.m.v. adoptie in het eigen gezin op te nemen. Van de instelling van de adoptie mag geen karikatuur worden gemaakt."; F. TRAESE, "Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003", *RW* 2003-04, 1361-1375; S. SVACINA, *Burgerlijk wetboek 20^{ste} herziene uitgave (Reeks Maklu Wetboekpockets)*, Antwerpen, Maklu, 2015, 99-101.

¹⁴⁷ Cass. 4 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 919 en *JT* 1994, 187 en *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 494, noot M. FALLON; C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (Eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 12; X, *Personen- en gezinsrecht ont(k)leed editie 2012*, Mechelen, Kluwer, 2012, 140.

¹⁴⁸ Gent 24 februari 1995, *RW* 1995-96, 611; J. GORIS en P. DE VROEDE (Eds.), *Inleiding tot het recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 343.

¹⁴⁹ M. VERWILGHEN, *Het nieuwe adoptierecht in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 201-202; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, Dertiende herwerking uitg, 310.

problematiek rond draagmoederschap en de soevereine beoordelingsmacht van de rechter het dus steeds onzeker zijn of een draagmoederschapskwestie het oordeel van de rechter zal doorstaan. Krachtens art. 1231-13, eerste lid Ger.W. moet de rechter volgens zijn oordeel niet enkel rekening houden met de belangen van het kind of met dat van de ouders, maar met alle wettelijke belangen.¹⁵⁰ Door de ingebouwde wachttermijn van twee maanden (art. 384-4 BW) kan/kunnen de draagmoeder (en haar echtgenoot) pas na twee maand na de geboorte hun toestemming verlenen.¹⁵¹ De wensouders willen daarentegen het kind onmiddellijk in hun gezin opnemen. Dus ook adoptie past niet volledig als legale oplossing voor de draagmoederschapssituatie.

¹⁵⁰ I. MARTENS, "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NJW* 2006, 338-341.

¹⁵¹ F. SWENNEN en P. SENAËVE (Eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 386.

1.3 Draagmoederschapsovereenkomsten in het Belgisch recht

29. INLEIDING – Het fenomeen draagmoederschap heeft niet enkel gevolgen in het domein van de afstammingsregels, maar treedt ook het binnen in het verbintenisrechtelijke veld. Wilsovereenstemming van alle partijen is immers noodzakelijk om in het project stappen. Dit maakt het van belang om ook dit domein te onderzoeken, vooral omdat het verbintenisrechtelijke karakter van draagmoederschap conflicteert met de huidige Belgische verbintenisrechtelijke regels.

1.3.1 Nietigheid van draagmoederschapsovereenkomsten

30. DRAAGMOEDERSCHAPSCONTRACTEN ABSOLUUT NIETIG – De draagmoederschapsovereenkomst is een wederkerige overeenkomst aangezien elke contractspartij zich tot te leveren prestaties verbindt. De draagmoeder verbindt zich ertoe om zich te laten insemineren of om over te gaan tot embryo-inplanting en uiteindelijk het kind te baren om het meteen daarna aan de wensouders te overhandigen.¹⁵² De wensouders verbinden zich om de onkosten van de draagmoeder te vergoeden. Het gebeurt dat hieraan een loon wordt gekoppeld.¹⁵³ Tevens beloven de wensouders om het kind in het gezin op te nemen. In eerste instantie zal dit veelal feitelijk zijn, maar de bedoeling is om dit uiteindelijk ook op juridisch vaststaande wijze te laten gebeuren.¹⁵⁴ Om de geldigheid van dergelijke draagmoederschapsovereenkomsten te kunnen beoordelen moeten we bij gebreke aan een *lex specialis* terugvallen op de regels van het gemene verbintennisrecht van het Burgerlijke

¹⁵² G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 701; I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.", *TJK* 2005, (5) 7; W. WILS, "Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika", *Jura.Falc.* 1988-89, (9) 11-12.

¹⁵³ G. COENE en K. RAES, "Een vreemde eend in de buik. Draagmoeders of baarvrouwen? De ethiek van het gewilde, niet-uterine ouderschap" in W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en , H. WILLEKENS (Eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 125-127; I. CURRY-SUMNER, K. BOELE-WOELKI, M. VONK en W. SCHRAMA, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2012, 247; W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, M.J.A. VAN MOURIK en W.C.J. ROBERT, *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink BV, 1986, 70.

¹⁵⁴ F. KAGANAS, R. COOK en S.D. SCLATER, *Surrogate Motherhood: international perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 115; J.B.M. VRANCKEN, "Contractualisering en draagmoederschap", *TPR* 1997, 1753-1754; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, 2010, Larcier, 142-143.

Wetboek.¹⁵⁵ Art. 1108 BW somt de voorwaarden op om een geldige overeenkomst te sluiten: de partijen moeten contracteren met een vrije en geïnformeerde toestemming, moeten bekwaam zijn tot contracteren en de overeenkomst moet een bepaalbaar en geoorloofd voorwerp hebben. Ten slotte is ook een geoorloofde oorzaak vereist.¹⁵⁶ Het ligt niet in de focus van deze masterproef om de problemen van draagmoederschapscontracten met de toestemming de bekwaamheid, het voorwerp en de oorzaak te bespreken.¹⁵⁷ Aangenomen mag worden dat draagmoederschapscontracten absoluut nietig zijn. De sterkste argumenten, gesteund door de meerderheid van de rechtsleer, zijn te vinden in de ongeoorloofdheid van het voorwerp en de oorzaak van de draagmoederschapsovereenkomst.¹⁵⁸ Wel zal uitgebreider stilgestaan worden bij de gevolgen van deze absolute nietigheid.

¹⁵⁵A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam", in X (Ed.), *Over zichzelf beschikken. Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Apeldoorn, Maklu, 1996, (305) 342; D. VANDERSCHUEREN, P. ENZIN en T. D'HOOGHE, *Baby's gevraagd! Over de mogelijkheden en beperkingen van vruchtbaarheidsbehandelingen*, Leuven, Acco, 2005, 192-193; L. PLUYM, *De notariële akte in het kader van draagmoederschap: De lege lata en de lege ferenda*, masterproef notariaat Universiteit Gent, 2010, 15.

¹⁵⁶G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 699; I. CLAEYS, *Algemeen Verbintenissenrecht*, Gent, 2011, 74; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 72-73; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 108; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 126.

¹⁵⁷Voor uitgebreide literatuur met verschillende standpunten: A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam", in X (Ed.), *Over zichzelf beschikken. Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Apeldoorn, Maklu, 1996, 313-314; A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. BOELE-WOELKIN en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 98-110; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 54-71; E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, (1104) 1106-1110; G. GENICOT en Y.-H. LELEU, "La maîtrise de son corps par la personne", *JT* 1999, (589) 590; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 699; J. RUBELLIN-DEVICHI, "Congélation d'embryon. Fécondation in vitro. Mère de substitution. Point de vu d'un juriste" in H. NYSSENS (Ed.), *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, (307) 314-316; M.F. LAMPE, "Procréation assistée – Problèmes éthique et juridique liés au sort de l'embryon – Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim.dr.fam.* 1986, (129) 162-164; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1997, 850-952; P. SENAËVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, (247) 250-252.

¹⁵⁸E. MONTERO, "L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse", *T.Gez.* 1997-98, (124) 127-128; F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en P. SENAËVE, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 361; G. BAETEMAN, *Overzicht van het Personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1993, 642; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, p. 702; H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I Rechten van de mens in de gezondheidszorg*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 124; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, E. Story Scientia, 2005, 222; K. RAES, *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent, Academia Press, 2003, 156; 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", *Rev.trim.dr.civ.* 1992, 489; N. GALLUS, *Le droit de la filiation: rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 357; P. BORGHS, *Juridische aspecten van homoseksueel ouderschap. Het recht om lief te hebben*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 73; P. SENAËVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, (247) 250-252; P. SENAËVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk

1.3.2 Gevolgen van de nietigheid

31. GEVOLGEN VOOR PARTIJEN - Deze absolute nietigheid impliceert echter dat partijen niet naar de rechter kunnen stappen om de naleving ervan te verzekeren.¹⁵⁹ Ook een schadevergoeding voor een contractuele wanprestatie is niet mogelijk.¹⁶⁰ Bij het terugvorderen van reeds betaalde bedragen kan de rechter bovendien kiezen om van het adagium “In pari causa” gebruik te maken, waardoor de wensouders de reeds betaalde gelden uit onwaardigheid niet meer kunnen restitueren.¹⁶¹ De draagmoeder kan bijgevolg nooit in rechte worden gedwongen om het kind af te staan.¹⁶² Ook de wensouders kunnen daarentegen nooit in rechte aangesproken worden om het kind in hun gezin op te nemen. Te denken valt aan situaties met een gehandicapt kind.¹⁶³ Zoals gezegd kan geen van hen tot schadevergoeding aangesproken worden wegens een gebrek aan een geldige onderliggende

leven”, *RW* 1985-86, (625) 638; P. SENAËVE, “Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten”, in J. HERBOTS, Y. MERCHERS en M. STORME (Eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen, XVI Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1989-1990*, Antwerpen, Kluwer, 1990, (415) 420.

¹⁵⁹ G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 703; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, E. Story Scientia, 2005, 222; N. GALLUS, *Le droit de la filiation: rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 366; T. WUYTS, “De afstamming na medisch begeleide voortplanting” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (289) 362.

¹⁶⁰ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, E. Story Scientia, 2005, 181; N. MASSAGER, “L’influence des techniques de procréation” in X (Ed.), *10 années d’application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. Du jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 230-231; P. SENAËVE, “Juridische aspecten van het draagmoederschap”, *VI.T.Gez.* 1988, (247) 250.

¹⁶¹ Cass. 8 december 1966, *Arr.Cass.* 1967, 450; Cass. 24 september 1976, *Arr.Cass.* 1977, 98; B. DE GROOTE en R. DE CORTE, *Handboek civiel recht*, Brussel, Larcier, 2010, 582; C. VON BAR en S. SWANN, *Principles of European contract law: unjustified enrichment*, Vol. 8, Oxford, Hart Publishing, 2010, 513; G. VERSCHELDEN, “Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België”, *TPR* 2011, 1440; S. COVEMAEKER en W. VAN GERVEN, *Verbintissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 151-152.

¹⁶² Rb. Turnhout 4 september 1989, *RW* 1989-90, 686-687, noot E, DIRIX, en M. JONGEREEL-VAN AMERONGEN, “Commercieel draagmoederschap”, *FJR* 1993, 258; B. VANSTEELENDT, “Draagmoederschap”, *Bibliotheek van het federaal Parlement dossier nr. 99, 28 september 2005*, www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/biblio/dossier99N.pdf, 2; S.R. GERSZ, “The contract in surrogate motherhood: a review of the issues”, *Law, Med. & Health Care* 1984, (107) 110-111.

¹⁶³ A. DE WOLF, “Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken”, in K. BOELI-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 103; A. HEIDA, “Juridische perikelen rond het draagmoederschap”, *W.N.P.R.* 1984, (649) 652; G. VERSCHELDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 704; P. SENAËVE, “Juridische aspecten van het draagmoederschap”, *VI.T.Gez.* 1988, (247) 250-251.

overeenkomst.¹⁶⁴ Het uitschakelen van de rechter leidt tot een erg grote rechtsonzekerheid die tot menonwaardige situaties kan leiden.

32. GEVOLGEN VOOR BUITENLANDSE GEBOORTEAKTE – Het Belgisch recht staat weigerachtig tegenover draagmoederschap(sovereenkomsten). Om enige juridische zekerheid in te bouwen is de trend ontstaan om een buitenlandse draagmoeder te vinden in jurisdicties¹⁶⁵ die draagmoederschap wel erkennen.¹⁶⁶ De ongeoorloofdheid van overeenkomsten over draagmoederschap, de mogelijke aansprakelijkheid van de arts, de huidige regels over vaststelling en betwisting van het moederschap en het feit dat draagmoeders niet gedwongen kunnen worden om de overeenkomst na te leven of schadevergoeding te betalen, hebben deze praktijk in de hand gewerkt.¹⁶⁷ De wensouders die gebruik maken van dit draagmoederschapstoerisme laten het kind geboren worden in het land dat draagmoederschap erkent en bijgevolg wordt een buitenlandse geboorteakte opgesteld. In deze akte zijn enkel de namen van de wensouders te vinden. De draagmoeder wordt uit de officiële akte weggelaten.¹⁶⁸ Echter leidt ook dit omwille van dezelfde bovengenoemde redenen tot problemen. De akte moet namelijk nog erkend worden. Aangezien er geen Europese of internationale internationaal privaatrecht of bi- of multilaterale verdragen

¹⁶⁴ A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van het menselijke lichaam" in M. ADAMS, L. BRAECKMANS, D. CUYPERS, A. DE BOECK, X. DIJON, M. KEMPEN, H. NYS, P. REYNAERT, E. TANGHE, G. VANHEESWIJCK, D. VAN HEULE, F. VAN NESTE, L. VAN SLYCKEN, A. VAN OEVELEN, J. VELAERS en W. WEYNS (Eds.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 350; D. VANDERSCHUEREN, P. ENZIN en T. D'HOOGHE, *Baby's gevraagd! Over de mogelijkheden en beperkingen van vruchtbaarheidsbehandelingen*, Leuven, Acco, 2005, 192; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 704; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, E. Story Scientia, 2005, 181;

¹⁶⁵ Enkele voorbeelden hiervan zijn Oekraïne, Rusland, India, enkele staten van de Verenigde Staten zoals California, Illinois, etc.

¹⁶⁶ G. VERSCHULDEN, "Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België" *TPR* 2011, (1421) 1447.

¹⁶⁷ D. VAN DER KELEN, J. MEESE en M. DE BUSSCHER (Eds.), *Wet & Duiding, Boek 4: Straf- en strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 212; G. J. ANNAS, "The Changing Face of Family Law: Global Consequences of Embedding Physicians and Biotechnology in the Parent-Child Relationship", *Family Law Quarterly*, Vol. 42, 2008, (511) 514-515; J.F. WILLIAMS, "Surrogate parenthood, an analysis of the problems and a solution: representation for the child", *W. Mitchell Law Review* 1985, (142) 156; R.L. LEE, "New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation", *Hastings Women's Law Journal* 2009, Vol. 20, 275; W.L. PIERCE, "Survey of state activity regarding surrogate motherhood", *Family law reports* 1985, 3001.

¹⁶⁸ Luik 6 september 2010, *JLMB* 2011, 57-61, noot. P. WAUTELET; G. VERSCHULDEN, "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoeders in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T. Fam.* 2010, 69-70; I. CURRY-SUMNER, K. BOELE-WOELKI, M. VONK en W. SCHRAMA, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2012, 244-245; J. VERHELLEN, "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", *Tijdschrift@ipr.be* 2010, (164) 165-166.

bestaan, waarin België betrokken is, over geboorteaktes van de burgerlijke stand, valt deze complexe, internationale regeling onder het Wetboek Internationaal Privaatrecht (WIPR).¹⁶⁹ Art. 27 §1, eerste lid WIPR houdt in dat een buitenlandse akte van de burgerlijke stand erkend moet worden door de Belgisch bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand.¹⁷⁰ Dit mag de ambtenaar enkel indien de akte als rechtsgeldig kan gezien worden krachtens het recht, dat volgens de regels van het WIPR van toepassing is.¹⁷¹ In geval van dit scenario zijn dit krachtens art. 62 WIPR de Belgische regels.¹⁷² Bij weigering van het erkennen van de rechtsgeldigheid van de akte op grond van strijdigheid met de fundamentele, Belgische uitgangspunten in het afstammingsrecht (*mater semper certa est*-adagium) kan door de verzoekende partij krachtens art. 27 §1, vierde lid WIPR beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg overeenkomstig de procedure bepaald in art. 23 WIPR.¹⁷³ Het kind dreigt niet alleen moeder- maar ook staatloos te worden. Naar Belgisch recht is de buitenlandse moeder immers de juridische moeder. Naar het buitenlands recht is dit de wensmoeder. Het kind zit spreekwoordelijk vast tussen de grenzen van het afstammingsrecht.¹⁷⁴ De vraag is hoe deze situatie te verzoenen valt met het Marckx-arrest dat vooropstelt dat voor elk kind een vaste

¹⁶⁹ F. COLLIENNE, P. WAUTELET en S. PFEIFF, "Les enfants dans les relations familiales internationales" in P. WAUTELET (Ed.), *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, Luik, Athemis, 2010, 147-154; HAAGSE CONFERENTIE VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT, *Document préliminaire No 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence. Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*, <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>; J. VERHELLEN, "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", *Tijdschrift@ipr.be* 2010, 164-172.

¹⁷⁰ J. ERAUW en M. FALLON, *De nieuwe wet op het internationaal privaatrecht, wet van 16 juli 2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 11; M. TRAEST, "Artikel 27 erkenning en uitvoerbare kracht van buitenlandse authentieke akten" in E. GULDIX, H. VAN HOUTTE, J. ERAUW, J. MEEUSEN, M. FALLON, M. PERTÉGAS-SENDER, N. WATTÉ en P. WAUTELET (Eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 153.

¹⁷¹ C. HENRICOT, "Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation: le cas de la gestation pour autrui" in N. GALLUS (Ed.), *Actualité en droit familial*, Brussel, Bruylant, 2010, 31-72; G. VERSCHULDEN, "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoeders in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T. Fam.* 2010, 69-70.

¹⁷² E. GULDIX, "Artikel 62 recht toepasselijk op de afstamming" in E. GULDIX, H. VAN HOUTTE, J. ERAUW, J. MEEUSEN, M. FALLON, M. PERTÉGAS-SENDER, N. WATTÉ en P. WAUTELET (Eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 332; M. TRAEST, "Artikel 27 erkenning en uitvoerbare kracht van buitenlandse authentieke akten" in E. GULDIX, H. VAN HOUTTE, J. ERAUW, J. MEEUSEN, M. FALLON, M. PERTÉGAS-SENDER, N. WATTÉ en P. WAUTELET (Eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 153.

¹⁷³ Dit gebeurde o.a. bij volgende zaken: Rb. Antwerpen 19 december 2008, *Tijdschrift@IPR.be* 2010, 140, noot J. VERHELLEN; Luik 6 september 2010, *RTDF* 2010, 1125, noot C. HENRICOT, S. SAROLÉA en J. SOSSON; Rb. Brussel 15 februari 2011, *Tijdschrift@ipr.be* 2011, 125.

¹⁷⁴ E. DE KEZEL, "Draagmoederschap", *Juristenkrant* 2011, 5; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 250-251; ; J. VERHELLEN, "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", *Tijdschrift@ipr.be* 2010, (164) 166.

juridische moederlijke afstammingsband gegarandeerd zou moeten worden.¹⁷⁵ Ook valt af te vragen in welke mate het belang van het kind een uitweg kan bieden aan dit probleem.

33 – SOCIALE DISCRIMINATIE VAN DRAAGMOEDERSCHAPSTOERISME – Er valt op te merken dat de mogelijkheid tot draagmoederschapstoerisme niet voor iedereen is weggelegd. In jurisdicties waar draagmoederschap toegelaten is, worden enorme bedragen betaald om nog maar beroep te kunnen op draagmoederschap. In de Verenigde Staten circuleren geschatte bedragen van 30.000 tot 70.000 dollar¹⁷⁶ en voor landen als Rusland en Oekraïne wordt het totale bedrag op zo'n 50.000 dollar geschat.¹⁷⁷ Daarbij moet voor ogen genomen worden dat wensouders jurisdicties niet alleen voor het prijskaartje kiezen (wat sowieso hoog ligt), maar ook voor soepelheid van het systeem, afstand vanuit het thuisland en uit preferentiële voorkeuren.¹⁷⁸ Het spreekt voor zich dat mensen die een kind met blond haar en blauwe ogen verkiezen, eerder naar Oekraïne dan naar India zullen trekken. Draagmoederschapstoerisme voor Belgische wensouders is dus alleen mogelijk voor degene, die het professioneel juridisch advies en algemeen kostenplaatje kunnen betalen. Deze sociale discriminatie houdt in dat enkel degenen, die het zich kunnen veroorloven en bereid zijn zo ver te gaan, beroep kunnen doen op draagmoederschapstoerisme.¹⁷⁹

¹⁷⁵ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx t. België.

¹⁷⁶ D. CHAMBERS, *A sociology of family life*, Cambridge, Policy Press, 2012, 170; M. RYZNAR, "International Commercial Surrogacy and its Parties", *J. Marshall L. Rev.* 2009, 1009-1039.

¹⁷⁷ D. LYNN, O. HANDELSTEIN en S. HAYDEN (Eds.), *Contemplating maternity in an era of choice*, Plymouth, Lexington books, 2010, 107; M. ANTOKOLSKAIA, "Draagmoederschap naar Russisch recht", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, (121) 147-148; M. ANTOKOLSKAIA, "Russian family law", *FJR* 1997, 54-59; O. KHAZOVA, "Genetics and Artificial Procreation in Russia", in M.-T. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGENBROEK (Eds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Kluwer Law International, 2002, (377) 387; O. KHAZOVA, "Russia, the new family code" in A. BAINHAM (Ed.), *The international survey of family law*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, (371) 377.

¹⁷⁸ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, "Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), 5 juli 2004, nr. 30", in J. STIENNON, L. CASSIERS, M. BOGAERTS en M. ROELANDT (Eds.), *De adviezen van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek 2000-2004*, Heverlee-Leuven, LannooCampus, 2005, 579.

¹⁷⁹ F. BLAKE, M. LODGE en R. HAMILL, "The breadth, dept hand utility of class, partisan and ideological schemata", *American Journal of political science* 1985, Vol. 29, 850-870; G. VERSCHULDEN, "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoeders in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T. Fam.* 2010, 69-70.; J.F. WILLIAMS, "Surrogate parenthood, an analysis of the problems and a solution: representation for the child", *W. Mitchell Law Review* 1985, (142) 156; 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, Vol. 88, (1207) 1209.

34. GEVOLGEN VOOR MEEWERKENDE ARTS - Wanneer artsen worden gecontacteerd om medewerking te verlenen aan de eerste stap van de draagmoederschapsovereenkomst (namelijk de inplanting van de eicel of bevruchting van de draagmoeder) is het de vraag of een arts hieraan wel mag meewerken. Burgerrechtelijk gezien mag een arts niet helpen om een absoluut nietige overeenkomst, die indruist tegen de goede zeden en openbare orde, tot uitvoer te brengen.¹⁸⁰ Strafrechtelijk begaat de arts volgens een deel van de rechtsleer een misdrijf door het toepassen van K.I. of het inbrengen van een embryo, aangezien hij zo de fysieke integriteit van de draagmoeder aantast.¹⁸¹ Haar instemming met de behandeling kan de inbreuk niet opheffen.¹⁸² Andere rechtsleer betwist deze strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁸³ Daarbij zou de medische behandeling niet gebeuren met een voor de draagmoeder noodzakelijk preventief of curatief karakter.¹⁸⁴ Hoewel er voor wordt gepleit om dit vereiste te verruimen en dit al voor tal van ingrepen (vb. geslachtsveranderingen, sterilisatie...) al gebeurd is, blijven de meningen erg verdeeld over draagmoederschap.¹⁸⁵ Het is logisch dat een arts zijn aansprakelijkheid niet op het spel wil zetten. Het O.M. kan krachtens art. 138bis Ger. W. immers ambtshalve optreden.

¹⁸⁰ G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 707.

¹⁸¹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht & internationaal strafrecht. In hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2006, 220-221; F. SWENNEN, "Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk", *T.Gez.* 1997-98, 3-6; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, E. Story Scientia, 2005, 222-223; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, 134; S. TACK en T. BALTHAZAR, "Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties", *CABG 2007/5*, Brussel, Larcier, 2007, (1) 75; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 108; T. VANSWEEVELT, "De toestemming van de patiënt", *TPR* 1991, 285.

¹⁸² A. ROUVROY, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *JT* 1997, (769) 774; H. NYS, *Geneeskunde, recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 222-223.

¹⁸³ E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, (1104) 1107; G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, Mechelen, E. Story Scientia, 2004, 707; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1997, 862.

¹⁸⁴ Introductie van de voorwaarden, waarbij de geneesheer geen misdrijf pleegt door het Hof van Cassatie: Cass. 14 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2200; *JLMB* 2002, 532, noot G. GENICOT en Y. LELEU, *JLMB* 2002, 261, noot C. TROUET; *Jour.Jur.* 2002, 6; *Juristenkrant* 2002, afl. 42, 1; *Pas.* 2001, 2129; *RGAR* 2002, 494, *T.Gez./Rev.dr.Santé* 2001-02, 239, noot J. FAGNART; *TBBR* 2002, 328, noot C. TROUET, www.cass.be.

¹⁸⁵ F. SWENNEN, "Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk", *T.Gez.* 1997-98, (3) 9-10; G. GENICOT en Y.-H. LELEU, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck, 2001, 18; J. TER HEERD, *Het experiment beproefd: een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 2000, 106; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, 134; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 108.

1.4 Nuancering van de ongeoorloofdheid van draagmoederschap

35. INLEIDING – De rigide gevolgen van de vast afstammingsregels, ongeldige geboorteaktes en ongeoorloofde draagmoederschapscontracten moeten in enig opzicht genuanceerd worden. Hoewel dit de uitgangspunten zijn, kan er toch gesproken worden van een tendens tot (in)directe aanvaarding van draagmoederschap. Elk randnummer bespreekt een aspect van deze aanvaardingstendens.

36. AANVAARDING DRAAGMOEDERSCHAPSTOERISME DOOR ÉÉN/TWEESTAPSPROCEDURE – Voor dit randnummer moet de theorie uit randnummer 32 in gedachte gehouden worden. Meerdere rechtsinstanties passen deze strenge theorie in praktijk toe op een gemildere wijze. In een eerste zaak¹⁸⁶ weigerde het Belgisch consulaat de Oekraïense geboorteakte¹⁸⁷ van het kind te aanvaarden. De rechtbank mildert uiteindelijk dat deze absolute afwijzing door te oordelen dat de geboorteakte misschien niet als rechtsgeldige geboorteakte kan worden aanvaard, maar wel als een rechtsgeldige, authentieke akte, indien de erkenning van het kind door de wensvader daaruit blijkt.¹⁸⁸ Hierna kon het kind naar België overkomen, waarna de wensmoeder een verzoek tot volle adoptie indiende. De jeugdrechtbank zag in het feit dat de wensmoeder de genetische moeder was en het kind resultaat was van (niet bewezen commercieel) draagmoederschapstoerisme geen beletsel om de volle adoptie uit te spreken.¹⁸⁹ In een tweede zaak¹⁹⁰ deed een mannelijk, homoseksueel koppel beroep op een Californische draagmoeder. Het hof van beroep te Luik oordeelde net als de rechtbank te Hoei¹⁹¹ dat hoewel de onderliggende draagmoederschapsovereenkomst absoluut nietig is, dit niet automatisch tot gevolg mag hebben dat er strijdig met het belang van het kind, gewaarborgd door art. 22bis GW en art. 3 IVRK, kan geoordeeld worden.¹⁹² De erkenning van

¹⁸⁶ Rb. Antwerpen 19 december 2008.

¹⁸⁷ Art. 123, tweede lid Oekraïens Familiewetboek van 10 januari 2002. Hieruit volgt dat de wensouders als juridische ouders aangestipt stonden. Er was geen melding van de draagmoeder.

¹⁸⁸ Rb. Antwerpen 19 december 2008, Tijdschrift@ipr.be 2010, 140, noot J. VERHELLEN.

¹⁸⁹ Jeugdrechtb. Antwerpen 22 april 2010, *T.Fam.* 2010, 43, noot L. PLUYM.

¹⁹⁰ Luik (1^{ste} kamer) 6 september 2010, *JT* 2010, 634.

¹⁹¹ Rb. Hoei 22 maart 2010, *JT* 2010, 420, noot N GALLUS en *JLMB* 2010, 1815, noot P. WAUTELET.

¹⁹² Luik (1^{ste} kamer) 6 september 2010, *JT* 2010, 634. Deze beslissing werd geveld na het vonnis in eerste aanleg dat de vraag van de wensouders om de geboorteakte te erkennen als ontvankelijk, maar niet gegrond zag: Rb. Hoei 22 maart 2010, *JT* 2010, 420, noot N GALLUS en *JLMB* 2010, 1815, noot P. WAUTELET.

de geldigheid van de geboorteakten¹⁹³ weigeren zou de kinderen beroven van de vaststelling van hun (genetische,) vaderlijke afstamming, terwijl de oorspronkelijke genetische afstamming ten aanzien van de moeder in hun geboorteland al niet erkend wordt.¹⁹⁴ Hier kwam men dus vanuit het belang van het kind tot de vaststelling dat de buitenlandse geboorteakten erkend moeten worden, voor zover ze een (genetische) vaderlijke afstamming vaststellen.¹⁹⁵ De niet-genetische wensouder kan uiteindelijk tot adoptie overgaan.¹⁹⁶ Ook de zaak van de kleine Samuel¹⁹⁷ en twee zaken met Indische draagmoeders¹⁹⁸ passen in dit rijtje. De derde te bespreken zaak is misschien wel de belangrijkste. Een mannelijk, homoseksueel koppel doet beroep op een Californische draagmoeder. De Californische rechter geeft in een uitspraak voor de geboorte van het kind aan hoe de geboorteakte moet opgesteld worden.¹⁹⁹ De Belgische rechter moet oordelen of de procedure voor erkenning van authentieke aktes of van rechterlijke beslissingen gevolgd moet worden. De rechter koos voor het laatste.²⁰⁰ De erkenning van een buitenlandse gerechtelijke beslissing is immers soepeler aangezien geen vaststelling van een toepasselijk recht en de naleving met dit toepasselijk recht vereist is.²⁰¹ De weigeringsgronden zijn limitatief opgesomd in art. 25 §1 WIPR. De rechter oordeelt dat er geen strijdigheid met de openbare orde is doordat het altruïstische draagmoederschap was, de draagmoeder getrouwd is, net als haar echtgenoot werkt en al meerdere kinderen heeft. Verder houdt het hof rekening met het hoogste belang van het kind en de rechtszekerheid.²⁰²

¹⁹³ In deze casus ging het om een tweeling.

¹⁹⁴ Luik 6 september 2010, *RTDF* 2010, 1139-1140, noot C. HENRICOT, J. SOSSON en S. SAROLÉA.

¹⁹⁵ Vergelijkbaar met: Luik 19 februari 2008, *JLMB* 2008, 832-834, noot P. WAUTELET.

¹⁹⁶ P. WAUTELET, "Draagmoederschap en afstammingsbanden - een Belgisch Ipr-perspectief," 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*, Mechelen, Kluwer, 2013, (159) 160.

¹⁹⁷ Rb. Brussel 15 februari 2011, *Tijdschrift@ipr.be* 2011, 125.

¹⁹⁸ Rb. Nijvel 6 april 2011, *RTDF* 2011, 700-04, noot C. HENRICOT; Rb. Brussel (12^e k.) 18 december 2012, onuitg.

¹⁹⁹ Dergelijke 'pre-birth order' en 'judgement of parentage' is vreemd aan ons recht.

²⁰⁰ Rb. Luik 15 maart 2013, *Act.dr.fam.* 2013, 93-96, noot C. HENRICOT. De uitspraak van de Californische rechter was immers van constitutieve aard, aangezien de beslissing zich niet beperkte tot het vaststellen van feitelijke situaties, maar nieuwe afstammingsbanden creëerde.

²⁰¹ J. VERHELLEN, "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR", *TPR* 2011, (1511) 1522; J. VERHELLEN en T. KRUGER, "De erkenning in België van buitenlandse familierechtelijke akten", *T.Vreemd.* 2006, 278; P. WAUTELET, "De doorwerking in België van buitenlandse akten: een kritisch overzicht", *T.Vreemd.* 2008, (36) 44; P. WAUTELET, "Draagmoederschap en afstammingsbanden - een Belgisch Ipr-perspectief," 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*, Mechelen, Kluwer, 2013, 159-170.

²⁰² P. SENAËVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011 - 2013" in C. DECLERCK, I. BOONE, J. DU MONGH en P. SENAËVE (Eds.), *Themis, vormingsonderdeel 85: Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, (1) 41-44.

Ten slotte verwijst het hof naar de heersende tendens waarbij een juridische afstammingsrelatie ten aanzien van draagmoederschapskinderen toch tweestapsgewijs²⁰³ gevestigd wordt.²⁰⁴ Daarop pleit de rechter dat deze tweestapsgewijze oplossing met de daarbij samenhangende nefaste consequenties²⁰⁵ zinloos is voor de erkenning van een buitenlandse gerechtelijke beslissing.²⁰⁶ Daarop oordeelt het hof dat er geen enkele reden voorligt om de rechtsgeldigheid van deze buitenlandse gerechtelijke beslissing te weigeren.²⁰⁷

37. GEEN VASTSTELLING VAN WETSONTDUIKING – Het draagmoederschapstoerismefenomeen is fundamenteel ingegeven vanuit de onmacht om in het Belgische recht draagmoederschap met rechtszekerheid uit te voeren. De primaire drijfveer is immers om naar een draagmoederschapsaanvaardende jurisdictie te gaan doordat het nationaal recht tekort schiet aan legale oplossingen en de afwijzing van draagmoederschap kan leiden tot erg vergaande gevolgen. Wetsontduiking veronderstelt een aantal constitutieve elementen: het is noodzakelijk dat een voorschrift van ten minste dwingend recht wordt ontdoken.²⁰⁸ Een tweede voorwaarde houdt in dat daarvoor een op zich wettelijk toegelaten middel wordt gebruikt, waarbij de partij omwegen in een gelijkaardige positie bracht als de door het recht gesanctioneerde situatie.²⁰⁹ De laatste voorwaarde is de intentie van de partij om in die positie terecht te komen. Met een beetje gezond verstand is duidelijk dat het draagmoederschapstoerismefenomeen voldoet aan deze voorwaarden. In onze casussen was wetsontduiking echter niet bewezen geacht.²¹⁰ In elk van

²⁰³ Tweestapsgewijs door in eerste stap de aanvaarding van erkenning van vaderschap ten aanzien van de genetische wensvader vast te stellen, gevolgd door adoptie van de andere wensouder.

²⁰⁴ P. SENAËVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011 - 2013" in C. DECLERCK, I. BOONE, J. DU MONGH en P. SENAËVE (Eds.), *Themis, vormingsonderdeel 85: Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, (1) 41-44.

²⁰⁵ Hierbij haalde de rechter aan dat een tijdslopende, tweestapsgewijze procedure nefast is voor het belang van het kind en voor de coherentie en stabiliteit van het persoonlijke statuut als ouders als toch al geweten is dat de afstammingsband later door de adoptieprocedure tot stand zal komen.

²⁰⁶ Wetsontwerp houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, *Parl.St.* Senaat, 2013-2014, nr. 5-2445/5, 21.

²⁰⁷ Rb. Luik 15 maart 2013, *RTDF* 2013, 714, noot C. HENRICOT. Hierbij gaat de rechter over naar een éénstapsgewijze procedure, nl. de directe aanvaarding.

²⁰⁸ Volgende bronnen komen uit het economisch recht, waar wetsontduiking frequenter als term wordt gebruikt. De voorwaarden van wetsontduiking zijn echter algemeen, ongeacht de rechtstak: P. FAËS, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken. Artikel 344 § 1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 185; S. VAN CROMBRUGGE, "De invoering van het leerstuk van *fraus legis* of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht", *TRV* 1993, (271) 275.

²⁰⁹ V. VAN POPPEL, "Wetsontduiking bij clandestiene huwelijken", *TPR* 1968, (427) 429-431.

²¹⁰ Rb. Antwerpen 19 december 2008, Tijdschrift@ipr.be 2010, 140, noot J. VERHELLEN; Luik (1^{ste} kamer) 6 september 2010, *JT* 2010, 634; Rb. Luik 15 maart 2013, *RTDF* 2013, 714, noot C. HENRICOT.

deze zaken weigerde het O.M. beroep aan te tekenen, indien dit mogelijk was. Het is duidelijk dat de rechtspraak en het openbaar ministerie hier op subtiële wijze een handje toesteken aan de wensouders. Een parallel valt te trekken met de aanvaarding van het anoniem bevallen in het buitenland door het Hof van Cassatie, wat ook als een oplossing voor legaal draagmoederschap(stoerisme) kan gelden.²¹¹

38. MATIGENDE WERKING T.A.V. ARTSEN - Af te vragen valt in hoe verre de strenge theorie ten aanzien van artsen nog compatibel is met de praktijk. In België zijn er voldoende ziekenhuizen en artsen die actief meewerken aan draagmoederschap. In mijn correspondentie met artsen Luc Delbeke (UZ Antwerpen) en Candice Autin (UMC Sint-Pieter) was duidelijk dat zij nooit aansprakelijk zijn gesteld voor hun hulpverlening. In een zoektocht naar een rechtszaak in de afgelopen jaren was er geen enkele te vinden.²¹² Het lijkt er dus op dat de strenge gevolgen van de nietigheid zich in werkelijkheid slechts op het niveau van de partijen situeren. Toch is af te vragen of deze vaststelling gevolg is van een daadwerkelijk niet willen vervolgen van geneeskundigen of eerder resultaat is van de discretie omtrent de uitgevoerde draagmoederschapsprocedures.

39. ALTRUÏSTISCH DRAAGMOEDERSCHAP IN RELATIE TOT VOLLE ADOPTIE – In randnummer 28 bespraken we reeds dat de rechter in zijn soeverein oordeel omtrent de adoptieprocedure met alle wettelijke belangen moet rekening houden.²¹³ Ook hier maakt deze rechtsonzekerheid plaats voor een min of meer aanvaardende houding. In haast alle gevallen wordt de draagmoederschapswestie niet in het oordeel over de geldigheid van de grondvoorwaarden van de adoptie van de jeugdrechter verrekend.²¹⁴ Ook de meerderheid van de rechtsleer ziet niet in waarom een voorgaande draagmoederschap in het

²¹¹ Cass. 29 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 129.

²¹² Tot dit besluit werd gekomen na een grondig onderzoek op de zoekmachines van Jura, Stradalex en Jurisquare en correspondentie met fertiliteitsartsen.

²¹³ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot hervorming van de adoptie, *Parl. St.* Kamer 2000-2001, nr. 50-1366/01, 19; Verslag Kamer, *Parl. St.* Kamer, nr. 50-1366/011, 107; C. CASTELEIN, "Grondvoorwaarden voor adoptie" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (Eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, 2006, Intersentia, Antwerpen-Oxford, (1) 19.

²¹⁴ Rb. Antwerpen 19 december 2008, Tijdschrift@ipr.be 2010, 140, noot J. VERHELLEN; Luik (1^{ste} kamer) 6 september 2010, *JT* 2010, 634; Rb. Luik 15 maart 2013, *RTDF* 2013, 714, noot C. HENRICOT.

adoptieoordeel moet verwerkt worden.²¹⁵ Erg uitzonderlijk doet de rechter dat wel.²¹⁶ In het grootmoedersarrest was de draagmoeder de moeder van de wensmoeder en juridische moeder van het kind. De wensmoeder was de genetische moeder, maar leed aan congenitale problemen. Na de geboorte wou de wensmoeder het kind adopteren. De rechtbank oordeelde dat deze draagmoederschap volledig kosteloos en altruïstisch van aard was zodat dit zelfs niet kon indruisen tegen de openbare orde. De draagmoederschap was de uiting van de kindervens. Het belang van het kind zou ook gediend zijn door de adoptie, nu in werkelijkheid de wensmoeder al zorg droeg voor het kind. De rechtbank verwerkte het draagmoederschap in zijn oordeel en poneerde resoluut dat dergelijk draagmoederschap geoorloofd was zodat de adoptie zich dan ook steunde op wettelijke redenen. De rechtspraak is net als de heersende doctrine en ingediende wetsvoorstellen weldegelijk gekant tegen commercieel draagmoederschap. Een illustratie hiervan in relatie tot volle adoptie is een vonnis van de jeugdrechtbank te Brugge.²¹⁷

40. ETHISCHE ADVIEZEN – Ook vanuit ethisch oogpunt is men tot een aanvaardende houding gekomen. In een advies van 5 juli 2004 oordeelde het invloedrijke Raadgevend comité voor bio-ethiek dat altruïstisch draagmoederschap geoorloofd is en er een wettelijk kader voor zou moeten bestaan.²¹⁸ Ook het ESHRE²¹⁹ formuleerde een advies op Europees niveau, waarbij commercieel draagmoederschap werd afgekeurd, maar altruïstisch draagmoederschap

²¹⁵ Jeugdrb. Torhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-2002, 207, noot F. SWENNEN; Antwerpen (Jk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1776, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Antwerpen 22 april 2010, *T.Fam.* 2012, 49-50, noot. L. PLUYM; Jeugdrb. Brussel 23 augustus 2012, *Act.dr.fam.* 2013, 100, noot N. GALLUS. Deze auteurs pleiten dat rekening houden met draagmoederschap, voorafgaand aan de adoptieprocedure, gaat om het toevoegen van een extra vereiste, die de wetgever nooit heeft ingevoerd. Een ander argument is dat het betrekken van de voorafgaande draagmoedersprocedure in het oordeel van de rechter een onderscheid toepast op kinderen, naargelang hun afkomst en wijze van geboorte.

²¹⁶ Antwerpen (Jk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN. Dit arrest wordt ook het grootmoedersarrest genoemd.

²¹⁷ Jeugdrb. Brugge (21^e kamer) 19 januari 2012, *TJK* 2012, 260, noot L. PLUYM

²¹⁸ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies nr. 30 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, 5 juli 2004, http://www.health.belgium.be/filestore/7972417/Advies30-zwangerschap-voor-een-ander_7972417_nl.pdf, 24.

²¹⁹ De ESHRE is een invloedrijke, internationale organisatie die onderzoek naar moderne voortplantingstechnieken ondersteunt. Sinds 1985 wordt een jaarlijks congres met wetenschappers, artsen, ethici en juristen gehouden, waar standpunten worden uitgewisseld. Uiteindelijk worden adviezen uitgebracht.

ethisch geoorloofd werd bevonden.²²⁰ De Raad van State gaf in zijn feedback op zes hangende wetsvoorstellen ook aan dat draagmoederschap wettelijk regelen op zich geoorloofd was.²²¹

41. WETSVOORSTELLEN – Hier wordt niet diep op ingegaan aangezien een diepgaande ontleding van de wetsvoorstellen niet tot het doel behoort van deze masterproef. Wel wordt een vlug beeld geschetst, waarna in het laatste hoofdstuk af en toe aan deze voorstellen zal gerefereerd worden. Wetsvoorstellen van C. NYSSENS (chH)²²², M. DE SCHAMPHELAERE (CD&V)²²³, W. BEKE (CD&V)²²⁴, M. VAN LERBERGHE (Sp.a) en M. TEMMERMAN (Sp.a)²²⁵ zijn er primair op gericht om commercieel draagmoederschap te verbieden. Deze voorstellen bieden geen regulerend kader aan. Andere voorstellen van C. DEFRAIGNE (MR)²²⁶, H. VAUTMANS (Open VLD)²²⁷, P. VANKRUNKELSVEN (Open VLD)²²⁸ en P. MAHOUX²²⁹ (PS) zijn weliswaar ook gekant tegen commercieel draagmoederschap en elke publiciteitsvorm voor draagmoederschap, maar werken elk wel een uitgebreid, regulerend kader uit. Waar de wetsvoorstellen van Open VLD niet sleutelen aan de afstammingsregels, maar draagmoederschap legaal willen inplannen via een verkorte adoptieprocedure, pleit het wetsvoorstel van MR om de afstamming – met notariële tussenkomst – via de draagmoederschapsovereenkomst te regelen. Het PS-voorstel daarentegen pleit ook voor een legale oplossing d.m.v. adoptie, maar legt een grote rol en verantwoordelijkheid weg voor de fertiliteitscentra. Té diverse meningen een grote complexiteit van het fenomeen stonden een consensus steeds in de weg.

²²⁰ B. TARZLATIS, D. DE WERT, F. SHENFIELD, G. PENNING, J. COHEN en P. DEVROEY, “ESHRE Task Force on Ethics and Law 10: surrogacy”, *Human Reproduction* 2005, Vol. 20, 2705-2707.

²²¹ Adv. RvS nr. 39.474/AV, 39.475/AV, 39.476/AV, 39.477/AV, 39.478/AV en 39.525/AV, Parl.St. Senaat 2005-06, nr. 3-417/3. De Raad van State zei echter ook dat er ook niets in de weg lag om draagmoederschap te verbieden.

²²² Wetsvoorstel (C. NYSSENS) tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St. Kamer BZ 2007*, nr. 52K0170/001.

²²³ Wetsvoorstel (M. DE SCHAMPHELAERE) tot wijziging van het Strafwetboek voor wat betreft het draagmoederschap, *Parl.St. Kamer 2007-2008*, nr. 52K0822/001.

²²⁴ Wetsvoorstel (W. BEKE) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St. Senaat 2007-2008*, nr. 4-555/1.

²²⁵ Wetsvoorstel (M. TEMMERMAN en M. VANLERBERGHE) tot bestraffing van het commercieel draagmoederschap en de publiciteit hiervoor, *Parl.St. Senaat 2007-2008*, nr. 4-557/1.

²²⁶ Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoeders, *Parl.St. Senaat 2007-2008*, nr. 4-308/1.

²²⁷ Wetsvoorstel (H. VAUTMANS) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St. Kamer 2007-2008*, nr. 52K0969/001.

²²⁸ Wetsvoorstel (P. VANKRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St. Senaat BZ 2007*, nr. 4-193/1.

²²⁹ Wetsvoorstel (P. MAHOUX) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St. Senaat 2007-2008*, nr. 4-633/1.

2 Ontleding van het fenomeen in een mensenrechtelijk licht

42. INLEIDING – In dit hoofdstuk wordt draagmoederschap op een diepgaandere manier onderzocht waarbij fundamentele vragen naar voor komen. Bij een mensenrechtelijk onderzoek naar draagmoederschap moet niet alleen draagmoederschap zelf onderzocht worden, maar ook of er een recht op een (genetisch) kind of toegang tot moderne voortplantingstechnieken bestaat. Daarnaast zal in deze materie ook het belang van het kind een aparte plaats krijgen. Tenslotte zal ook EHRM-rechtspraak over absolute afstammingsvermoedens onderzocht worden. Het doel van dit hoofdstuk is om op basis van de antwoorden van voorgaand mensenrechtelijk onderzoek al dan niet te besluiten tot een nationale reguleringsplicht omtrent draagmoederschap. In dit hoofdstuk zullen de rechtsdoctrines, een theoretische ontleding van de werking van de artikel(en) 8 (en 14) EVRM en EHRM-arresten een centrale rol spelen. Art. 2 en art. 3 EVRM over het recht op leven en recht op menswaardigheid worden niet in de mensenrechtelijke analyse betrokken.

2.1 Reikwijdte van art. 8 en art. 14 EVRM

43. RELEVANTIE ART. 8 EN 14 EVRM– Wensouders die bij de draagmoederschapsprocedure hun kinderwens wensen te vervullen, zouden zich voor de rechter kunnen beroepen op art. 8 EVRM. Echter zou ook de draagmoeder zelf zich op het artikel kunnen beroepen om de contractuele verplichting tot afgifte van het kind na de geboorte te vermijden. Ten slotte zou het artikel ook een significante rol kunnen vervullen voor vorderingen die vanuit het kind zelf zouden uitgaan.²³⁰ Echter moet hiervoor de betekenis en het toepassingsgebied van het artikel grondig doorgelicht worden. Artikel 14 EVRM wordt slechts erg kort besproken, maar is desalniettemin belangrijk.

²³⁰ W. WILS, "Bio-ethiek en recht: het geval van draagmoederschap", *N. Tijd. Pol.* 1989, afl. 5, (1) 7.

2.1.1 Toepassingsgebied van art. 8 EVRM (en art. 14 EVRM)

44. OPBOUW VAN ART. 8 EVRM – In art 8, eerste lid EVRM wordt verduidelijkt dat het artikel het privé- en familielevens van partijen beschermt. Het tweede lid duidt dat het niet om een absoluut recht gaat.²³¹ Inperkingen van dit recht zijn mogelijk indien dit op een wettelijke wijze gebeurt. Dit legaliteitsbeginsel houdt in dat het limiteren van een fundamenteel recht zoals art. 8 EVRM een (materiële) basis in het nationale recht moet hebben.²³² Het EHRM vestigt voornamelijk aandacht op de kwaliteit van die wetsbepaling.²³³ Deze moet gemakkelijk toegankelijk en voorzienbaar zijn, zodat particulieren de consequenties van hun handelingen kunnen inschatten.²³⁴ Het tweede criterium houdt in dat inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving (proportionaliteitsbeginsel).²³⁵ Dit betekent dat de inmenging moet beantwoorden aan een dringende, maatschappelijke behoefte en het handelen

²³¹ I. RASILLA DEL MORAL, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine”, *German Law Journal* 2006, Vol. 7, 611-624; K.A. KAVANAUGH, “Policing The Margins: Rights Protection And The European Court Of Human Rights”, *European Human Rights Law Review* 2006, (422) 424-425; P. DE HERT, “Recht op privacy” in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (705) 782.

²³² EHRM 25 maart 1983, nrs. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, en 7136/75, Silver en anderen v. Verenigd Koninkrijk, §86-88; EHRM 18 januari 2007, nr. 73819/01, Estrikh v. Letland, § 175-178; C. WARBRICK, “The Structure of Article 8”, *EHRLR* 1998, 32-36; G. LODDER, K. WOUTERS, M. DEN HEIJER en P. BOELES, *European Migration Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 150; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 716-717. S. FOSTER, *Human Rights and Civil Liberties*, Harlow, Longman, 2011, 44.

²³³ EHRM 25 maart 1983, nrs. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, en 7136/75, Silver en anderen v. Verenigd Koninkrijk, §86-88; EHRM 24 maart 1988, nr. 10465/83, Olsson v. Zweden, §61. In deze arresten werden concrete richtlijnen aan het legaliteitsprincipe toegevoegd. Volgende arresten zijn concrete toepassingen i.v.m. art. 8 EVRM. Het legaliteitsprincipe stelt zich vooral in uitwijzingszaken: EHRM, 20 juni 2002, nr. 50963/99, Al-Nashif en anderen v. Bulgarije, §117-128; EHRM 8 juni 2006, nr. 10337/04 Lupsa v. Roemenië, § 29-42; EHRM 11 januari 2007, no. 61259/00, Musa en anderen v. Bulgarije, § 60-63; EHRM 10 mei 2012, nr. 45237/08, Madah en anderen v. Bulgarije, § 27-30; EHRM 12 februari 2013, nr. 58149/08, Amie en anderen v. Bulgarije, §92-100.

²³⁴ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk, §49; EHRM 25 maart 1983, nrs. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, en 7136/75, Silver en anderen v. Verenigd Koninkrijk, §61; EHRM 20 juni 2002, nr. 50963/99, Al-Nashif en anderen v. Bulgarije, §119.

²³⁵ B.R. DE VRIES, C. PRINS en S. NOUWT, *Reasonable expectations of privacy?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 192; D. EHLERS en U. BECKER, *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2004, 75-76; C. CHODKIEWICZ en M. DELMAS-MARTY (Eds.), *The European convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictions*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 326; D. OLIVER en J. FEDTKE (Eds.), *Human rights and the private sphere: A comparative study*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007, 106-107; H. LAMBERT, “The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion”, *IJRL* 1999, (427) 443; U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. Human rights handbook no. 1*, Straatsburg, Council of Europe publishing, 2003, 30-31.

proportioneel aan dit vooropgestelde doel moet gebeuren.²³⁶ Dit nagestreefde doel wordt gekenmerkt door de afweging van individuele en algemene belangen.²³⁷ Op welke wijze dit gebeurt, zal met de *fair balance*- en *margin of appreciation*-criteria duidelijk worden (*infra* randnummers 54 en 56).²³⁸ Soms hanteert het EHRM hierbij het subsidiariteitsbeginsel, waarbij de overheid alternatieve maatregelen moet vergelijken om een minimale inmenging in de toegekende rechten van de burgers te bekomen.²³⁹ Het laatste criterium is het legitimiteits- of finaliteitsbeginsel. Slechts indien een maatregel dient om één van de finaliteiten in art. 8, tweede lid EVRM te bewerkstelligen, kan een inbreuk op art. 8, eerste lid EVRM verantwoord worden.²⁴⁰ Deze worden door het EHRM erg ruim uitgelegd.²⁴¹ Doordat een wettelijke, materiële basis gemakkelijk te bewerkstelligen is en de legitieme doelen erg breed worden uitgelegd (en gemakkelijk aanvaard worden), vormt de proportionaliteitstest het belangrijkste element in de mensenrechtelijke toets.²⁴² Een steeds terugkerende leidraad voor de beoordeling van de rechtvaardiging van de inmenging in het privé- en gezinsleven van

²³⁶ EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, *Berrehab v. Nederland*, §28; A.A. OSTROVSKY, "How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", *Hanse Law Review* 2005, Vol. 1, (47) 50; M. EISSEN, "The principle of proportionality in the case-law of the European Court of Human Rights" in R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD (Eds.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Martinus Nyhoff, 1993, (125) 126-131.

²³⁷ D. EHLERS en U. BECKER, *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2004, 75-80.

²³⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 60.

²³⁹ EHRM 25 maart 1992, nr. 13590/88, *Campbell en Fell v. Verenigd Koninkrijk*, §52-53; EHRM 28 januari 2003, nr. 44647/98, *Peck v. Verenigd Koninkrijk*, § 80; C. WARBRICK, "The Structure of Article 8", *EHRLR* 1998, (32) 34; H. TOMLINSON en R. CLAYTON, *The Law of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 285; P. DE HERT, "Recht op privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (705) 720.

²⁴⁰ D. EHLERS en U. BECKER, *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2004, 74; E.J. KINDT, *Privacy and data protection issues of biometric applications: a comparative legal analysis*, Dordrecht, Springer, 2013, 566; K. MÖLLER, *The global model of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 182-183; U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. Human rights handbook no. 1*, Straatsburg, Council of Europe publishing, 2003, 30. Deze doelstellingen uit art. 8, tweede lid EVRM zijn het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het democratisch welzijn van een land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

²⁴¹ B. RAINEY, C. OVEY en E. WICKS, *Jacobs, White and Overy: The European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 334; C. WARBRICK, "The Structure of Article 8", *EHRLR* 1998, (32) 35; D. EHLERS en U. BECKER, *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2004, 74-75; D. FELDMAN, "The developing scope of article 8 of the European human rights", *European Human Rights Law Review* 1997, 265-274; P. DE HERT, "Recht op privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (705) 719.

²⁴² F. DORSEMONT, I. SCHÖMANN en K. LÖRCHER, *The European Convention on human rights and the employment relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 197-198; R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 66.

individuen hangt samen met het aspect van het privé- en gezinsleven. Hoe intiemer dat aspect is, hoe sterker de redenen voor een inmenging beargumenteerd moeten worden om een inmenging te kunnen rechtvaardigen.²⁴³

45. BESCHERMING VAN HET PRIVÉLEVEN DOOR ART. 8 EVRM – Het recht op een privéleven van een individu vormt de essentiële kiem van de individuele vrijheid en behelst twee dimensies. Enerzijds is het een afweerrecht en dus het recht om inmenging van anderen tegen te gaan.²⁴⁴ Aan de andere kant moet het recht ook mogelijk maken dat elk individu zijn levensstijl kan ontwikkelen.²⁴⁵ Het recht mag slechts worden uitgeoefend indien de beoefening de fundamentele rechten van anderen respecteert.²⁴⁶ Het privéleven is erg ruim.²⁴⁷ Volgens het EHRM kan geen exhaustieve definitie van de term gegeven worden.²⁴⁸ Gesteld kan worden dat alles dat wat het relationele, emotionele, professionele en seksuele leven, de individuele gezondheidstoestand of godsdienstige, filosofische of ethische opvattingen behelst, deel uitmaakt van het privéleven van een individu.²⁴⁹ In dit perspectief omvat het privéleven niet enkel de intieme sfeer van persoonlijke banden, maar ook het recht van elk individu om interacties met andere personen tot stand te brengen.²⁵⁰ Het recht op persoonlijke levensstijl of eigen persoonlijkheid houdt ook een zeker recht van autonomie in bij het nemen van belangrijke beslissingen en bij de wijze waarop deze beslissingen tot uiting

²⁴³ A.I. SCHOENHOLTZ en R.T. MRAZIK, "Protecting and Promoting the Human Right to Respect for Family Life: Treaty-based Reform and Domestic Advocacy", *GILJ* 2009-2010, (651) 657-658; H.D.C. ROSCAM ABBING, "Artikel 8: recht op privéleven", in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (105) 113.

²⁴⁴ A.W. BRADLEY, M.W. JANIS en R.S. KAY, *European human rights law. Text and materials*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, 374.

²⁴⁵ U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. Human rights handbook no. 1*, Straatsburg, Council of Europe publishing, 2003, 11-15.

²⁴⁶ A.W. BRADLEY, M.W. JANIS en R.S. KAY, *European human rights law. Text and materials*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, 374; K. MÖLLER, *The global model of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 182-183.

²⁴⁷ R. UERPMANN-WITZACK, "Personal Rights and the Prohibition of Discrimination" in D. EHLERS (Ed.), *European Fundamental rights and freedoms*, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften, 2007, 69.

²⁴⁸ EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87, Costello-Roberts v. Verenigd Koninkrijk, §36; EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, Pretty v. Verenigd Koninkrijk, §61; EHRM 28 januari 2003, nr. 44647/98, Peck v. Verenigd Koninkrijk, §57.

²⁴⁹ EHRM 25 maart 1992, nr. 13343/87, B. v. Frankrijk, §63; EHRM 22 februari 1994, nr. 16213/90, Burghartz v. Zwitserland, §24.

²⁵⁰ EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz v. Duitsland, §29; EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §80; EHRM 28 mei 2009, nr. 26713/05, Bigaeva v. Griekenland, §23; EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, Oleksandr Volkov v. Oekraïne, §165-67; EHRM 19 oktober 2010, nr. 20999/04, Özpinar v. Turkije, §43-48.

worden gebracht.²⁵¹ Zo maakt de beslissing om als individu beroep te doen op moderne voortplantingstechnieken ook deel uit van art. 8 EVRM.²⁵² Het privéleven impliceert verder ook de fysieke en mentale integriteit, waaronder seksuele oriëntatie en het seksuele leven van het individu vervat zijn.²⁵³ Verder zijn het recht op identiteit²⁵⁴, de kinderwens en de wil om een kind op te voeden en lief te hebben allemaal elementen die deel uitmaken van het privéleven.²⁵⁵

46. BESCHERMING VAN HET FAMILIELEVEN DOOR ART. 8 EVRM – Het EHRM poogde verscheidene keren om het begrip familieleven te definiëren.²⁵⁶ Het gevolg is dat het begrip een autonomie betekenis omvat die niet noodzakelijk samenvalt met een nationale invulling ervan.²⁵⁷ Het recht op familieleven veronderstelt vooraleerst het bestaan van een familie of gezin. Indien het wenskind nog niet geboren is, kan dus ook nog geen sprake van familieleven zijn tussen wensouders en wenskind.²⁵⁸ Enkele arresten maken duidelijk dat het recht op

²⁵¹ EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty v. Verenigd Koninkrijk*, §61; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 65-66.

²⁵² EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, *Evans v. Verenigd Koninkrijk*, §71; EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04, *Dickson v. Verenigd Koninkrijk*, §66; EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, *S.H. en anderen v. Oostenrijk*, §78; H.D.C. ROSCAM ABBING, "Artikel 8: recht op privéleven" in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 105-107.

²⁵³ EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80, *X en Y v. Nederland*, § 22; EHRM 17 februari 2005, nr. 42758/98 en 45558/99, *K.A. en A.D. v. België*, §79; P. DE HERT, "Recht op privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (705) 733-734; S. SOTTIAUX, "Recente ontwikkelingen in de Europese rechtspraak inzake seksuele betrekkingen: een gemiste kans?", *TBP* 2001, (375) 380.

²⁵⁴ EHRM 7 juli 1989, nr. 10454/83, *Gaskin v. Verenigd Koninkrijk*. In deze zaak werd ook expliciet naar art. 3 IVRK verwezen; EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99, *Mikulic v. Kroatië*; EHRM, nr. 42326/98, *Odièvre v. Frankrijk*, 2003.

²⁵⁵ B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 64-67.

²⁵⁶ Het omvattendste voorbeeld komt uit EHRM, 20 juni 2002, *Al-Nashif en anderen v. Bulgarije*, §112: "The existence or non-existence of "family life" is essentially a question of fact depending upon the reality in practice of close personal ties. Nevertheless, it follows from the concept of family on which article 8 is based that a child born of a marital union is ipso jure part of that relationship; hence, from the moment of the child's birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to "family life" which subsequent events cannot break save in exceptional circumstances. In so far as relations in a couple are concerned, "family life" encompasses families based on marriage and also de facto relationships. When deciding whether a relationship can be said to amount to "family life", a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means."

²⁵⁷ P. DE HERT, *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht: de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 212-213.

²⁵⁸ D. VAN GRUNDERBEECK, *Grondbeginselen van een Europees personen- en familierecht geformuleerd vanuit het perspectief van de mensenrechten – Deel I*, onuitg. Doctoraatsthesis Rechten K.U.Leuven, 2002, 23.

familielevens ook *de facto* familierelaties viseert.²⁵⁹ Hieruit kan afgeleid worden dat een genetische link geen constitutieve voorwaarde impliceert om te kunnen spreken van familielevens.²⁶⁰ Uit enkele EHRM-arresten kan immers afgeleid worden dat familielevens tussen niet-bloedverwanten mogelijk is.²⁶¹ Dit is belangrijk voor draagmoederschap, in de hypothese dat de wensouders niet genetisch verwant zijn met het kind. Sinds de arresten *Marckx v. België* en *Johnston en anderen v. Ierland* is het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen irrelevant voor het begrip familielevens.²⁶² Een effectief samenwonen tussen ouder(s) en kind is ook niet nodig om van een gezinsleven te spreken.²⁶³ Dit werd duidelijk in zaken waar de scheiding tussen ouders geen invloed had op het verder bestaan van het gezinsleven van de respectievelijke ouders ten aanzien van het kind.²⁶⁴ Een laatste conclusie uit de EHRM-rechtspraak is dat de notie intentioneel familielevens ook beschermd wordt door art. 8 EVRM. Dit begrip doelt op situaties waarbij zich een band tussen een individu en kind zou kunnen ontwikkelen. Hierbij staat de toets van de interesse van het individu voor het kind – zowel voor als na de geboorte – centraal.²⁶⁵ Hierbij aansluitend is de potentie om familielevens te vestigen met een kind voldoende om de bescherming van familielevens in te roepen.²⁶⁶ Ook deze vaststelling is belangrijk voor draagmoederschap. Een sterke analogie valt te trekken met het geval waarbij de draagmoeder het kind nog niet overhandigd heeft aan de wensouders, omdat ze dat niet wenst of omdat het kind nog niet geboren is.

²⁵⁹ EHRM 11 september 1979, nr. 6289/73, *Airey v. Ierland*; EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, *Kroon v. Nederland*, §30; EHRM 22 april 1997, nr. 21830/93, X, Y en Z v. Verenigd Koninkrijk, §36; EHRM 1 juni 2004, nr. 45582/99, L. v. Nederland, §35; EHRM 15 september 2011, nr. 17080/07, *Schneider v. Duitsland*, §79;

²⁶⁰ EHRM 17 januari 2012, nr. 1598/06, *Kopf en Liberda v. Oostenrijk*, §35.

²⁶¹ ECRM 5 oktober 1982, nr. 7626/76, X. v. Frankrijk; EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, E.B. v. Frankrijk, §41; EHRM 17 januari 2012, nr. 1598/06, *Kopf en Liberda v. Oostenrijk*, §35; EHRM 14 mei 1986, nr. 16580/90, *Jolie en Lebrun v. België*; U. KILKELLY, "Children's Rights: a European Perspective", *JSIJ* 2004, (68) 71.

²⁶² EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx v. België*; EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82, *Johnston en anderen v. Ierland*; C. FORDER, "Article 8 ECHR: The Utter Limits of 'Family Life' and the Law of Parenthood", *MJECL* 1997, Vol. 4, (125) 130-131.

²⁶³ C. RUSSO, F. MARROTTA en P. TRICHILO, "Article 8, § 1" in E. DECAUX, P.H. IMBERT en L.E. PETITI (Eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme; commentaire article par article*, Parijs, Economica, 1995, 305-316; G. BAETEMAN en P. HOFSTRÖSSLER, "Het EVRM en het Belgisch familierecht: waakzaamheid geboden" in J. VELU (Ed.), *Présence du droit public et des droits de l'homme; mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 1683-1693; G. COHEN-JONATHAN, "Respect for private and family Life" in R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD MACDONALD (Eds.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Martinus Nyhoff, 1993, (405) 441.

²⁶⁴ EHRM 28 mei 1985, nr. 9214/80, nr. 9473/81 en nr. 9474/81, *Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk*, §62; EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, *Berrehab v. Nederland*.

²⁶⁵ EHRM 22 juni 2004, nr. 78028/01 en nr. 78030/01, *Pini en anderen v. Roemenië*; EHRM 13 januari 2009, nr. 33932/06, *Todorova v. Italië*, §53.

²⁶⁶ EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90, *Keegan v. Ierland*.

47. DRAAGMOEDERSCHAPSSITUATIES VALLEN ONDER ART. 8 EVRM - Hoewel de arresten van het EVRM krachtens art. 46 EVRM enkel gevolgen voor de partijen zelf resulteren, worden de interpretaties van begrippen uit het EVRM geacht om integraal deel uit te maken van het EVRM zelf.²⁶⁷ Door de ruime interpretaties van de begrippen privé- en familielevens in de aangehaalde arresten moet aangenomen worden dat situaties ten gevolge van draagmoederschap onder de noemer privé- en familielevens van art. 8 EVRM thuishoren.²⁶⁸ Het EHRM benadrukt zelfs steeds dat het EVRM een 'living instrument' is dat zich aanpast aan de ontwikkelingen in de Europese samenleving.²⁶⁹ Het verdrag moet zo uitgelegd worden dat de rechten in praktijk ook een effectieve bescherming kunnen bieden.²⁷⁰

48. BELANG VAN HET KIND BIJ EEN INPERKING VAN ART. 8 EVRM – Door een inperking van art. 8 EVRM wordt de bescherming van het privé- en gezinsleven van een individu aan banden gelegd. Aan het belang van het kind wordt een aparte functie gegeven om de mogelijkheid van een aanvaardbare inperking van art. 8 EVRM te beoordelen.²⁷¹ Hoewel de opstellers van het EVRM zelf het belang van het kind niet gecodificeerd hebben, maakt de EHRM-rechtspraak duidelijk dat het EVRM steeds met samenhangende verdragen (zoals het IVRK) moet worden geïnterpreteerd.²⁷² In het arrest *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer v. Nederland* gebruikte het EHRM in de toepassing van art. 8 EVRM de formulering van art. 3 IVRK over het

²⁶⁷ E. BREMS en J. GERARDS (Eds.), *Shaping rights in the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 319; J. GERARDS, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 29-30.

²⁶⁸ Adv. RvS nr. 39.474/AV, 39.475/AV, 39.476/AV, 39.478/AV en 39.525/AV, *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-417/3, 48; U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. Human rights handbook no. 1*, Straatsburg, Council of Europe publishing, 2003, 9.

²⁶⁹ EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, *Tyrer v. Verenigd Koninkrijk*, §31; EHRM 12 maart 2003, nr. 46221/99, *Öcalan v. Turkije*, §193; E. BREMS en J. GERARDS (Eds.), *Shaping rights in the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 319.

²⁷⁰ EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, *Airey v. Ierland*, §24.

²⁷¹ Adv. RvS nr. 39.474/AV, 39.475/AV, 39.476/AV, 39.478/AV en 39.525/AV, *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-417/3, 49; K. TRIMMINGS en P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Oxford, Hart-Publishing, 2013, 78-79; M. FREEMAN (Ed.), *Law and childhood studies: current legal issues*, Volume 14, Oxford, Oxford University Press, 484-485.

²⁷² EHRM 10 mei 2001, nr. 28945/95, *T.P. en K.M. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, *Rodrigues da Silva en Hoogkamer v. Nederland*, §44; EHRM 21 juni 2007, no. 23499/06, *Havelka en Anderen v. Tsjechië*, §31: in deze laatste zaak werd het betreurd dat de drie kinderen, verwaarloosd door hun vader, niet werden gehoord zoals art. 12 IVRK voorschrijft; EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, *S. en Marper v. Verenigd Koninkrijk*. In deze laatste twee zaken werd gerefereerd aan art. 40 IVRK i.v.m. de privacy van minderjarigen in strafprocedures.

doorslaggevende belang van het kind.²⁷³ Ook in o.a. *Maire v. Portugal* hanteerde het EHRM duidelijk het criterium van het belang van het kind, dat bij de afweging van een aanvaardbare inmenging van art. 8 EVRM steeds een bijzondere aandacht geniet. Ook hier werd art. 3 IVRK aangehaald.²⁷⁴ In het arrest *Nylund v. Finland* lag de vraag voor of een biologische vader (minnaar van de getrouwde vrouw) het vaderschapsvermoeden van de juridische vader mocht aanvechten. Aangezien dit verzoek inwilligen het belang van het kind manifest zou miskennen, werd dit verzoek afgewezen.²⁷⁵ Een inmenging van het privé- en gezinsleven van een individu, dat een kind blijkt te zijn, wordt dus steeds strenger beoordeeld.²⁷⁶

49. BESCHERMING TEGEN DISCRIMINATIE DOOR ART. 14 EVRM – In art. 14 EVRM wordt gewag gemaakt van het verbod op discriminatie bij toebedeelde rechten uit het EVRM.²⁷⁷ Dit artikel kent geen autonome bestaansgrond, dus is voor het inroepen van dit verdragsartikel steeds vereist dat het in samenhang met een ander artikel uit het EVRM wordt ingeroepen.²⁷⁸ In afstammingszaken wordt art. 8 vaak samen met art. 14 EVRM gecombineerd.²⁷⁹ Hiermee is duidelijk dat de focus van deze masterproef zich vooral op art. 8 EVRM (als hoofdgrond om

²⁷³ EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, *Rodrigues da Silva en Hoogkamer v. Nederland*, §44.

²⁷⁴ EHRM 26 juni 2003, nr. 48206/99, *Maire v. Portugal*, §72.

²⁷⁵ EHRM 29 juni 1999, nr. 27110/95, *Nylund v. Finland*.

²⁷⁶ EHRM 10 mei 2001, nr. 28945/95, *T.P. en K.M. v. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 5 november 2002, nr. 33711/96, *Yousef v. Nederland*, §48: “In judicial decisions where the rights under art. 8 of parents and those of a child are at stake, the child’s right must be the paramount consideration. If any balancing of interests is necessary, the interests of the child must prevail.”; EHRM 8 april 2004, nr. 11057/02, *Haase v. Duitsland*, §93; C. SMYTH, *European asylum law and the rights of the child*, Abingdon, Routledge, 2014, 47-48; U. KILKELLY, “Children’s Rights: A European perspective”, *Judicial Studies Institute Journal* 2004, (68) 75.

²⁷⁷ G. DUTERTRE, *Key Case-law extracts – European Court of human rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2003, 357; O. DE SCHUTTER, *International Human Rights law: cases, materials, commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 634.

²⁷⁸ A. BAKER, “The enjoyment of rights and freedoms: A new conception of the ambit under article 14 ECHR”, *Modern Law Review* 2006, 714-737; G. DUTERTRE, *Key Case-law extracts – European Court of human rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2003, 357-358; M. FOROWICZ, *The reception of international law in the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 180; R. UERPMANN-WITZACK, “Personal Rights and the Prohibition of Discrimination” in D. EHLERS (Ed.), *European Fundamental rights and freedoms*, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften, 2007, (69) 70-71.

²⁷⁹ A. BUYSSE en M. HAMILTON, *Transnational jurisprudence and the ECHR: Justice, politics and rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 191-192; D. EHLERS en U. BECKER, *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2004, 32-33; J. SCHOKKENBROEK, “The prohibition of discrimination of art. 14 of the Convention and the margin of appreciation”, *Human rights law journal* 1998, 20-23; R. O’CONNELL, “Cinderella comes to the ball: Art. 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, *Legal studies* 2009, 1-20; D. HARRIS, D. MOECKLI, S. SANGEETA en S. SIVAKHUMARAN (Eds.), *International human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 161-165

een recht in te roepen) ligt, aangezien dit artikel wel een autonome bestaansgrond kent. Art. 14 EVRM zal wel een rol in het derde hoofdstuk kennen.

2.1.2 De (door)werking van art. 8 EVRM

50. HORIZONTALE WERKING VAN ART. 8 EVRM – Het EVRM bepaalt niet uitdrukkelijk of art. 8 EVRM ook toepasbaar is in situaties waar particulieren inbreuk maken op het privé- en gezinsleven van andere particulieren. Door de hand van de rechtspraak van het EHRM is duidelijk geworden dat particulieren niet kunnen worden veroordeeld door het EHRM indien ze een verdragsartikel schenden.²⁸⁰ Het zal immers niet die particulier, maar de overheid zijn die voor de schending wordt aangesproken (middelbare Drittwirkung).²⁸¹ Deze visie is te kaderen in het leerstuk dat het EVRM in de eerste plaats gecreëerd is om rechten te scheppen voor particulieren.²⁸² De overheid wordt immers aansprakelijk geacht, in de veronderstelling dat de lidstaat verzuimde aan zijn positieve plicht tot handelen.²⁸³

51. VERTICALE WERKING VAN ART. 8 EVRM – Het is ongetwijfeld duidelijk dat art. 8 EVRM een verticale werking inhoudt, wat wil zeggen dat de burger door het artikel beschermd moet worden door en tegen de overheid.²⁸⁴ Deze verticale werking vertaalt zich ten aanzien van de

²⁸⁰ G.J.M. VAN WISSEN, *Grondrechten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 39; K. RIMANQUE en P. PEETERS, “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen – algemene probleemstelling”, in K. RIMANQUE (Ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (1) 11; R. ERGEC, *Protection Européenne et internationale des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 2006, 9

²⁸¹ A. CLAPHAM, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, in R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD (Eds.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, 63; A.Z. DREMZWESKI, “La Convention européenne des droits de l’homme et les rapports entre particuliers”, *C.D.E.* 1980, 3; E. ENGLE, “Third party effect of fundamental rights”, *Hanse Law Review* 2009, Vol. 5, 165-173; F. DORSEMONT, I. SCHÖMANN en K. LÖRCHER, *The European Convention on human rights and the employment relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 141

²⁸² J. COOPER, “Horizontality: The Application of Human Rights Standards in Private Disputes”, in R. ENGLISH en P. HAVERS (Eds.), *An Introduction to Human Rights and the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, (53) 54; J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2007, 14; P.H.P.H.M.C. VAN KEMPEN, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nijmegen, Oratie Radboud Universiteit Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 9-13.

²⁸³ F. DORSEMONT, I. SCHÖMANN en K. LÖRCHER, *The European Convention on human rights and the employment relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 141; H.L. JANSSEN, “Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid”, *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiek recht* 2003, 667-668.

²⁸⁴ C. RUSSO, “Article 8, § 1” in E. DECAUX, L.-E. PETITI en P.-H. IMBERT (Eds.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Parijs, Economica, 1995, 306-307.

overheid tot een positieve en negatieve plicht. De negatieve plicht tot onthouding houdt in dat de overheid erop moet toezien om zelf geen inbreuk te maken op de rechten, die burgers aan art. 8, eerste lid EVRM ontlenuen. De positieve plicht daarentegen betekent dat de overheid de plicht opneemt om te voorzien in een adequate wettelijke bescherming tegen inbreuken op art. 8 EVRM in de onderlinge (rechts)verhoudingen tussen burgers.²⁸⁵ Overheden moeten dus het effectieve genot van de rechten uit art. 8 EVRM aan hun burgers garanderen.²⁸⁶ Een andere positieve plicht van de overheid is om preventieve en/of punitieve bepalingen in te voeren voor (potentiële) inbreuken op het privé- en familieleven van burgers.²⁸⁷ Het begrip ‘positieve verplichtingen van de staat’ werd voor het eerst door het Marckx-arrest van 1979 ingevoerd.²⁸⁸ Vrij veralgemeniseerd oordeelde de EHRM-rechter dat positieve verplichtingen van de staat ten aanzien van het gezinsleven inhouden dat bij het uitwerken van familierechtelijke afstammingsregels de normale ontplooiing van gezinsbanden niet verstoord mag worden.²⁸⁹ In de rechtspraak m.b.t. art. 8 EVRM stelde het EHRM duidelijk in de zaak X en Y. v. Nederland dat EVRM-lidstaten een positieve verplichting hebben om het privé- of gezinsleven te waarborgen, zelfs indien het om een situatie gaat “in the sphere of relations of individuals between themselves...”.²⁹⁰ In het arrest Hatton v. Verenigd Koninkrijk werd het Verenigd Koninkrijk aansprakelijk geacht omdat ze als overheid niet de vereiste maatregelen nam om de lawaaioverlasten van de luchthaven Heathrow te beperken.²⁹¹ Dit werd als een inbreuk op het privé- en gezinsleven gezien.²⁹² Vooraleerst is het dus aan de

²⁸⁵ EHRM 27 september 1995, nr. 18984, McCann en anderen v. Verenigd Koninkrijk, §152. In dit arrest werd duidelijk dat een letterlijk overnemen van de bewoordingen van een EVRM-arrest onvoldoende is. Een positieve plicht houdt daarentegen in dat de rechten, die burgers aan het EVRM ontlenuen, moeten gewaarborgd worden; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 84.

²⁸⁶ EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, Airey v. Ierland, §32; EHRM, X. en Y v. Nederland, 26 maart 1985, §23; EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §31; D. SPIELMANN, “Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention”, in F. SUDRE (Ed.), *L’Interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 1998, 133-136.

²⁸⁷ P. DE HERT, “Recht op privacy” Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (705) 741.

²⁸⁸ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx v. België; X, *Legal problems relating to parentage*, Straatsburg, Council of Europe publishing, 1999, 17.

²⁸⁹ EHRM 4 oktober 2012, nr. 43631/09, Harroudj v. Frankrijk, §41.

²⁹⁰ EHRM, X. en Y v. Nederland, 26 maart 1985, §23; Zie hierbij ook: EHRM 12 juni 2008, nr. 71127/01, Bevacqua en S. v. Bulgarije; EHRM 15 september 2009, nr. 8227/04, E.S. en anderen v. Slovakije.

²⁹¹ J. VERSCHUUREN en R. VAN GESTEL, “Nachtvluchten aan banden door artikel 8 EVRM”, *NJCM-Bulletin* 2002, 154-162.

²⁹² EHRM 2 oktober 2001, nr. 36022/97, Hatton en anderen v. Verenigd Koninkrijk, §95 jo. §106-107. Later is de zaak naar de Grote Kamer van het EHRM gegaan.

EVRM-lidstaten zelf om fundamentele rechten, conform de minimumstandaarden van het EVRM, aan hun burgers te garanderen.²⁹³ De EVRM-lidstaten dragen hiervoor zelf de eerste aansprakelijkheid, vermits zij beter geplaatst zijn om fundamentele rechten te waarborgen op een wijze die het best aansluit bij hun nationale recht en uitgestippeld beleid.²⁹⁴ Deze plicht vloeit voort uit art. 1 EVRM.

52. FAIR BALANCE-CRITERIUM – Het arrest *Reese v. Verenigd Koninkrijk* gaf met het ‘fair balance’-criterium een concretere gedaante aan de term positieve verplichtingen van de staat.²⁹⁵ Dit criterium is sterk te linken aan art. 8, tweede lid EVRM en de appreciatiemarge die de staat in gedachten moet houden bij zijn optreden. In de eerste plaats moet bij het overheidsoptreden een evenwichtsoefening gehouden worden tussen de belangen van de individuele partijen en daarnaast een evenwicht tussen deze individuele belangen en het algemeen, maatschappelijk belang.²⁹⁶

53. UNIFORME AANPAK POSITIEVE EN NEGATIEVE STAATSVERPLICHTINGEN – Het eerder stringente theoretische onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen werd door de EHRM-rechter zelf al gauw verlaten. Waar oorspronkelijk de negatieve verplichting van de staat werd beoordeeld aan de hand van art. 8, tweede lid EVRM (beperkingsclausule), werden de positieve staatsverplichtingen beoordeeld aan de hand van de rechten uit art. 8, eerste lid EVRM in relatie met het fair balance-criterium.²⁹⁷ In de zaak *Powell en Rayner v. Verenigd Koninkrijk* werd het demarcatiecriterium gerelativeerd. Het EHRM oordeelde dat dit onderscheid niet zoveel steek hield, aangezien toch dezelfde principes, nl. het fair balance-

²⁹³ J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2007, 36-44.

²⁹⁴ J. GERARDS, *Het prisma van de grondrechten: inaugurele rede*, Nijmegen, Radboud Universiteit Nijmegen, 2011, 12.

²⁹⁵ EHRM 17 oktober 1986, nr. 9532/81, *Reese v. Verenigd Koninkrijk*.

²⁹⁶ E. BREMS, *Human rights: Universality and diversity*, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 365; G.J.H. VAN HOOF en P. VAN DIJK (Eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 80-82; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: A study of proportionality, subsidiarity and primacy in the European Convention on human rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 192-193; L.C. GROEN, *Het zelfrealisatierecht: Ruimtelijk instrumentarium in verhouding tot het eigendomsrecht*, Amsterdam, Stichting Instituut voor Bouwrecht, 2014, 76-80.

²⁹⁷ A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Right by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2004, 2-3; J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2007, 11.

criterium en de marge van appreciatie voor de staat, moesten gehanteerd worden.²⁹⁸ Deze principes vormen bijgevolg kernbegrippen om kwesties omtrent art. 8 EVRM te beoordelen.²⁹⁹ De ratio achter deze positieve en negatieve overheidsverplichtingen is uiteraard om EVRM-lidstaten te sensibiliseren en tot actie aan te sporen indien fundamentele rechten in het gedrang komen.³⁰⁰

54. NATIONALE APPRECIATIEMARGE VAN EVRM-LIDSTATEN – De doctrine van de nationale appreciatiemarge werd in 1976 in de EHRM-rechtspraak geïntroduceerd.³⁰¹ Het begrip houdt in dat EVRM-lidstaten een zekere discretionaire beoordelingsmarge toebedeeld krijgen bij het uitvoeren van wetgevende, juridische of administratieve maatregelen die de vrijheid van een door het EVRM gewaarborgd recht beperken.³⁰² Beperkingen aan art. 8 EVRM zijn mogelijk, indien ze voldoen aan het legaliteits-, finaliteits- en proportionaliteitscriterium (*supra* randnummer 40). De nationale appreciatiemarge houdt verband met deze laatste voorwaarde. Doorheen de rechtspraak van het EHRM zijn er enkele criteria ontwikkeld om de omvang van de nationale appreciatiemarge te bepalen. Hierbij geldt dat de appreciatiemarge beperkt is, indien de situatie verband houdt met het bestaan of de identiteit van particulieren.³⁰³ De beoordelingsmarge is daarentegen ruimer indien er onder de bij het EVRM aangesloten staten geen consensus bestaat over het aangebrachte thema of de voorliggende situatie.³⁰⁴ Dit zal dan ook vooral het geval zijn indien er gevoelige morele of ethische kwesties

²⁹⁸ EHRM 21 februari 1990, nr. 9310/81, Powell en Raynor v. Verenigd Koninkrijk. De hangende vraag in dit arrest was of klachten, voortvloeiend uit art. 8 EVRM, voor overmatig lawaai van vliegtuigen een positieve of negatieve handelingsplicht voor de overheid inhield.

²⁹⁹ P. DE HERT, "Artikel 8: Recht op Privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM Deel 2 Artikelsgewijze commentaar*, Vol.I, Antwerpen, Intersentia, 2004, (705) 721.

³⁰⁰ T. LOENEN., "De herpositionering van het EHRM in het licht van de dynamiek tussen voortrekkersrol en waakhondfunctie", in J. GERARDS en A. TERLOUW (Eds.), *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, (183) 185-187.

³⁰¹ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside v. Verenigd Koninkrijk, NJ 1978, 236.

³⁰² G.J.H. VAN HOOFF en P. VAN DIJK (Eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 83-84; H.C. YOUNGROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 127-128; J. SCHOKKENBROEK, "The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal* 1998, (30) 31-32.

³⁰³ K. DZEHTSIAROU, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal* 2011, Vol. 12, 1730-1745; S. GREER, *The margin of appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2000, 10.

³⁰⁴ EHRM 28 november 1984, nr. 8777/79, Rasmussen v. Denemarken, §40. Het principe werd in dit arrest vooreerst uitgelegd; L.R. HELFER, "Consensus, Coherence, and the European Convention on Human Rights",

achter de zaak schuilgaan.³⁰⁵ Het uitgangspunt omtrent de nationale beoordelingsmarge is afgeleid van het subsidiariteitsvereiste: de EVRM-lidstaten zelf zijn in beginsel beter in staat om te oordelen wat de moraliteit in hun land vereist en welke begrenzings van EHRM-rechten daarvoor nodig zijn.³⁰⁶ Hoe groter de nationale beoordelingsmarge, hoe minder de mensenrechtelijke plicht tot het nemen van positieve of negatieve verplichtingen op een lidstaat weegt.³⁰⁷ De interstatelijke diversiteit op historisch, juridisch, cultureel, ethisch en sociaal vlak doorbreekt dus de uniforme uitlegging van mensenrechten.³⁰⁸ De marge van appreciatie is historisch immers terug te brengen tot de negentiende-eeuwse visie op staatssoevereiniteit waarbij een consensus noodzakelijk was voor nieuwe, toegewezen bevoegdheden.³⁰⁹

55. A, B & C v. IERLAND ALS TOEPASSING VAN DE NATIONALE APPRECIATIEMARGE – Deze abortuszaak³¹⁰ wordt gekozen vanwege enkele sterke gelijkenissen met het draagmoederschapsluik. Beide fenomenen behelzen een medische ingreep, gaan over het al dan niet hebben van kinderen, raken aan art. 8 EVRM en zijn fel bediscussieerbare ethische thema's waarover geen consensus bestaat over de geoorloofdheid ervan in de aangesloten

Cornell International Law Journal 1993, 133-135. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 84.

³⁰⁵ G.J.H. VAN HOOF en P. VAN DIJK (Eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 83-84; K. DZEHTSIAROU, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal* 2011, Vol. 12, 1730-1745; U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. Human rights handbook no. 1*, Straatsburg, Council of Europe publishing, 2003, 7-8; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 82.

³⁰⁶ S. GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 8; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 62-64.

³⁰⁷ K. DZEHTSIAROU, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal* 2011, Vol. 12, 1730-1745.

³⁰⁸ C. OVEY, "The margin of appreciation and article 8 of the Convention", *Human rights law journal* 1998, 10-12; H. FENWICK, *Civil Liberties and Human Rights*, Londen, Cavendish Publishing Limited, 2007, 34-37; P. MAHONNEY, "Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case law on free speech: explaining some recent judgements", *European Human Rights Law Review* 1997, 364-379; R. MACDONALD, "the margin of appreciation", in R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD (Eds.), *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, 83. Een citaat van R. MACDONALD in dit verband: "The doctrine introduces an element of relativity into the uniform interpretation of the Convention, resulting in differences in scope and emphasis depending on the circumstances of the case".

³⁰⁹ E. BENVENISTI, "Margin of appreciation, consensus, and universal standards", *International law and politics* 1999, Vol 31, (843) 853; J. BRAUCH, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law* 2005, Vol. 11, 113-114.

³¹⁰ EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05, A, B en C v. Ierland.

EVRM-lidstaten. Er was op dat moment een consensus over de legaliteit van abortus bij een overgrote meerderheid van de EVRM-staten aanwezig. Dertig landen maakten abortus beschikbaar op aanvraag. Veertig landen lieten abortus toe op grond van medische redenen en vijvendertig staten rechtvaardigden toegang op grond van het welzijn.³¹¹ Toch oordeelde het EHRM dat dit gegeven geen afbreuk doet aan de brede, nationale appreciatiemarge van Ierland.³¹² Deze marge hield in dat Ierland zijn bestaande anti-abortuswetgeving kon behouden, rekening houdende met het feit dat er nog 3 verdragstaten (nl. Andorra, Malta en San Marino – samen dus een uiterst kleine populatie) waren met een absoluut verbod op abortus en andere landen het fenomeen strikt reglementeerden.³¹³ Uit dit arrest valt de algemene tendens af te leiden, waarbij in sensitieve thema's al te vlug tot een gebrek aan consensus onder de EVRM-lidstaten wordt besloten. In dit arrest was duidelijk dat er – zeker in termen van inwonersaantal en landen – een absolute meerderheid was. Zo wordt aan de EVRM-lidstaten een wijde appreciatiemarge toebedeeld. Deze vaststelling is van belang voor het derde hoofdstuk.

³¹¹ EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05, A, B en C v. Ierland, §112.

³¹² EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05, A, B en C v. Ierland, §235-236.

³¹³ EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05, A, B en C v. Ierland, §112.

2.2 EHRM-rechtspraak over art. 8 EVRM in samenhang met moderne voortplantingstechnieken

56. FEITEN ARREST EVANS V. VERENIGD KONINKRIJK – Mrs. Evans werd geweigerd om de gecreëerde en ingevroren embryo's te laten plaatsen. Toen Mr. En Mrs. Evans uit elkaar gingen, had Mr. Evans zijn toestemming terug ingetrokken³¹⁴, terwijl de nationale wet wel het vereiste van een steeds aanwezige dubbele toestemming hanteert.³¹⁵ De ratio hierachter is dat de wet beide partners evenveel recht en stemgewicht wil toekennen in de keuze om al dan niet ouder te worden.³¹⁶ Mrs. Evans stapte naar het EHRM wegens schending van haar privéleven (art. 8 EVRM).³¹⁷ Het EHRM moest in dit arrest oordelen of een plaatsing van een embryo uitsluitend mogelijk moest zijn op basis van de toestemming van de vrouw.

57. EHRM-UITSPRAAK ARREST EVANS V. VERENIGD KONINKRIJK – Het EHRM besloot vooraleerst dat deze situatie inderdaad onder het toepassingsgebied van art. 8 EVRM resulteert.³¹⁸ Hiermee erkende het EHRM dat het recht om kinderen te krijgen onder art. 8 EVRM resulteert. Verder besloot het Hof dat deze wetgeving, die de plaatsing van de embryo's verbiedt, inderdaad een inbreuk vormde op haar privéleven. De overheid heeft op dit punt een erg ruime appreciatiemarge om tot een billijk evenwicht (*fair balance*) te komen tussen de belangen van de staat en de individuen en de individuen onderling.³¹⁹ Er is namelijk geen consensus en het betreft een erg sensitief onderwerp.³²⁰ Het gevoerde overheidsbeleid was volgens het Hof het resultaat van een zorgvuldige balans tussen de rechten van de vrouwen, de rechten van de man en de belangen van het kind waarbij hun ouders met volle steun achter de geboorte staan.³²¹ Het EHRM vond hierbij dus geen schending van art. 8 EVRM.³²²

³¹⁴ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk, §12.

³¹⁵ Sectie 3, Human Fertilisation and Embryology Act 1990, enacted on the first of Novembre 1990.

³¹⁶ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk, §65.

³¹⁷ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk, §48.

³¹⁸ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk, §57.

³¹⁹ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk, §58-62.

³²⁰ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk, §58-62.

³²¹ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk, §66-69.

³²² EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk, §69.

58. FEITEN ARREST S.H. EN ANDEREN V. OOSTENRIJK – In de samengevoegde zaken van het arrest S. H. en anderen v. Oostenrijk³²³ konden heteroseksuele koppels geen kinderen krijgen vanwege infertiliteit van beide partners. De Oostenrijkse wetgeving verbiedt de aanwending van gedoneerde ei- en zaadcellen voor IVF-gebruik. Eiceldonaties zijn in alle omstandigheden verboden, terwijl spermadonatie enkel mogelijk is wanneer het sperma direct in de baarmoeder van een vrouw wordt geplaatst. Het Oostenrijks Grondwettelijk Hof sprak uit dat er een inbreuk op het recht van het privé- en gezinsleven was, maar dat deze inbreuk gerechtvaardigd was door onpersoonlijke relaties te vermijden³²⁴ en door het risico van uitbuiting van vrouwen te vermijden. De ratio achter deze wetgeving is dat door rechtstreekse zaadcelinseminatie de natuurlijke verwekking van een kind het beste wordt gesimuleerd. Hierop trokken de koppels naar het EHRM voor schending van de artikelen 8 en 14 EVRM.

59. UITSPRAAK ARREST S.H. EN ANDEREN V. OOSTENRIJK IN 1^{STE} AANLEG VAN HET EHRM - Volgens het EHRM was er in eerste aanleg³²⁵ geen consensus over deze kwestie tussen de EVRM-lidstaten en hebben EVRM-lidstaten dus ook geen verplichting om voortplantingstechnieken toe te staan door een brede nationale appreciatiemarge. Wel moet de regelgeving coherent zijn, als je dit toestaat. Het Hof was niet overtuigd van de argumenten van de Oostenrijkse overheid: een volledig verbieden is niet de enige manier om risico's, geassocieerd met deze techniek, te vermijden.³²⁶ Het argument van de 'ongewone familierelaties' werd van de baan geschoven. Familierelaties met een niet-directe biologische link, zijn immers niets nieuws. Hierbij werd o.a. gerefereerd aan adoptie.³²⁷ Het EHRM zag hierbij geen onoverwinbare obstakels om familierelaties op grond van artificiële voortplantingstechnieken te voorzien door een algemeen kader in het familierecht. Het EHRM concludeerde met een 5 tegen 2- en een 6 tegen 1-beslissing dat er inderdaad een schending van artikel 8 en 14 EVRM voorlag.³²⁸

³²³ EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk; EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk.

³²⁴ EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §7-23. Hierbij werd gerefereerd aan het feit dat een kind meerdere moeders, nl. een biologische en een genetische moeder zou kennen.

³²⁵ EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk.

³²⁶ EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §75-76.

³²⁷ EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §79-81.

³²⁸ EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §82-85 en §90-94. Deze beslissingen stemmen respectievelijk overeen met het eerste en tweede koppel.

60. UITSPRAAK ARREST S.H. AND OTHERS V. OOSTENRIJK IN 2^E AANLEG VAN HET EHRM - In dit arrest³²⁹ keerde het EHRM met een 13 tegen 4-beslissing zijn eerste beslissing helemaal om.³³⁰ Het EHRM oordeelde hier dat Oostenrijk niet zijn appreciatiemarge overschreed door de complexiteit en sensitiviteit van de kwestie. Bijgevolg schendde Oostenrijk het EVRM dus niet.³³¹ De vraag dringt zich op hoe zo'n faliekante ommekeer in de houding van het EVRM te verantwoorden is. Het lijkt erop dat het EHRM zijn progressieve rechtspraak matigde na uitgesproken kritiek van meerdere EVRM-lidstaten. Deze kritiek ging er vooral om dat het EHRM te veel macht naar zich toe trok en inliet met gebieden, die voor de EVRM-lidstaten weggelegd waren. Zo reageert het EHRM open op deze kritiek door te stellen dat het niet de taak van het Hof is om de plaats van de bevoegde nationale autoriteiten in te nemen wanneer het meest geschikte beleidsinstrument voor het reguleren van kunstmatige voortplanting voorligt.³³² De Grote Kamer van het EHRM stelt de EVRM-lidstaten dan ook gerust dat het Hof de nationale staatssoevereiniteit van de EVRM-lidstaten wil respecteren, indien het gaat om gevoelige, morele kwesties waarbij geen consensus is over de sociale aanvaarding ervan.³³³ Meerder EVRM-lidstaten zoals Duitsland³³⁴ en Italië hadden dan ook de kant van Oostenrijk gekozen, waarbij Italië een apocalyps voorspelde bij goedkeuring van eiceldonatie.³³⁵ Het EHRM zwichtte duidelijk voor het politieke getouwtrek. Te stellen valt dat dit arrest niet meer louter ging over de geoorlooftheid van moderne voortplantingstechnieken, maar eerder over de nationale appreciatiemarge³³⁶ en de bevoegdheidsverdeling tussen het EHRM en de EVRM-lidstaten. Het arrest eindigt toch met een positieve noot.³³⁷

³²⁹ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk.

³³⁰ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, niet genummerde slotconclusie na §120.

³³¹ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §119-120. Een schending van art. 8 EVRM werd niet gevonden. De schending van art. 14 EVRM werd niet onderzocht.

³³² EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §92.

³³³ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §100.

³³⁴ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §69-71.

³³⁵ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §73.

³³⁶ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §83-84.

³³⁷ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk, §96 jo. §116. In deze paragrafen beklemtoont het EHRM de vlugge veranderingen en de dynamiek in dit gebied, waardoor de deur openstaat voor potentieel, andere beslissingen in de toekomst.

2.3 EHRM-rechtspraak over art. 8 EVRM in samenhang met draagmoederschap

61. FEITEN ARRESTEN MENNESSON EN LABASSEE V. FRANKRIJK – De feiten en uitspraak in het arrest *Mennesson*³³⁸ en *Labassee*³³⁹ v. Frankrijk zijn gelijklopend. Daarom worden ze samen besproken. Beide heteroseksuele koppels zijn Franse burgers die een draagmoeder uit de VS inschakelden. Telkens waren de mannelijke partners genetische vaders van de kinderen, aangezien Mrs. Mennesson en Labassee onvruchtbaar waren. De Franse autoriteiten weigerden door vermoedens van draagmoederschap om de geboorteaktes in het Franse geboorteregister op te nemen.³⁴⁰ Uiteindelijk besloot het Franse Hof van Cassatie dat een registratie een juridisch effect aan draagmoederschap zou geven, wat krachtens de Franse Code Civil nietig is op grond van redenen van openbare orde.³⁴¹ Daarbij werd geen inbreuk op het recht op privé- en familielevens vastgesteld aangezien de weigering niet de vaderlijke en moederlijke afstamming volgens het recht van California en Minnesota aantastte en niet verhinderde dat de kinderen bij de wensouders in Frankrijk konden leven. De koppels stapten naar het EHRM wegens schending van art. 8 en 14 EVRM.

62. EHRM-UITSPRAAK ARRESTEN MENESSON EN LABASSEE V. FRANKRIJK – Het EHRM overwoog dat art. 8 EVRM toepasselijk was doordat de zaak zowel de aspecten privé- als familielevens betrof. Er was geen twijfel mogelijk dat de wensouders en de kinderen samenleefden als een familie.³⁴² De weigering tot registratie van de Franse autoriteiten vormde een inbreuk op het privé- en gezinsleven. Deze overheidshandeling was echter wettelijk voorzien en streefde de legitieme doelen uit art. 8 EVRM, nl. bescherming van gezondheid en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, na. Op de proportionaliteitsvraag oordeelde het EHRM dat EVRM-lidstaten in topics als draagmoederschap over een brede appreciatiemarge beschikten.³⁴³ Het betreft immers een

³³⁸ EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankrijk*.

³³⁹ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee v. Frankrijk*.

³⁴⁰ In het geval van de *Mennessons* waren de geboorteaktes desalniettemin in het register opgenomen, terwijl het koppel *Labassee* de weigering van de registratie niet aanvocht, maar poogde om hun wettelijk ouderschap vast te leggen op basis van bezit van staat. Zij verkregen dan ook een ‘*acte de notoriété*’, dat de *de facto* ouder-kindrelatie bevestigde. De openbare aanklager weigerde om deze akte in het register op te nemen.

³⁴¹ Art. 16-7 en art. 16-9 Code Civil van 21 maart 1804, *Code Napoléon* 3 september 1807.

³⁴² EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee v. Frankrijk*, §37; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankrijk*, §45.

³⁴³ EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankrijk*, §40, 42 en 78.

ethische kwestie waarover geen Europese consensus bestaat. Ten eerste werd onderzocht of er een *fair balance* van de maatregel aanwezig was omtrent het recht op familieleven.³⁴⁴ De weigering was niet onoverkombaar om te genieten van een feitelijk familieleven. De kinderen en wensouders leefden *de facto* in Frankrijk samen als een normaal gezin. Er was ook geen risico dat kinderen en wensouders door Franse wetgeving van elkaar zouden gescheiden worden.³⁴⁵ De praktische moeilijkheden door de weigering affecteerden bijgevolg niet het recht op familieleven, waardoor een *fair balance* tussen de belangen van de staat en de individuen was bereikt.³⁴⁶ Vervolgens onderzocht het EHRM de *fair balance* van de maatregel ten aanzien van het privéleven van de kinderen. Dit recht op identiteit ging specifiek over de link tussen het privéleven van de draagmoederskinderen en de wettelijke vaststelling van hun ouderschap.³⁴⁷ Aangezien dit onderzoek toespitste op de identiteit van kinderen werd de nationale appreciatiemarge sterk ingeperkt.³⁴⁸ Hoewel de kinderen nog steeds in een ander land erkend werden als kinderen van hun wensouders, werd deze status hen onder het Franse recht geweigerd. Deze contradictie ondergraaft de rechtszekerheid en identiteit van de kinderen in de Franse samenleving. Hoewel hun genetische vaders de Franse nationaliteit hadden, was het onzeker dat ze zelf nog de mogelijkheid zouden hebben om de Franse nationaliteit te behalen.³⁴⁹ Dit zou een negatieve weerslag hebben op hun identiteit. Hun ab intestaat erfrechten worden zo ook ontnomen. In deze arresten had één van de wensouders weldegelijk een genetische link met het kind. Het EHRM benadrukte het belang van genetische verwant- en ouderschap als component van de identiteit van het kind.³⁵⁰ Het is niet in het

³⁴⁴ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk, §49; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §48-49.

³⁴⁵ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk, §54; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §62.

³⁴⁶ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk, §54; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §62.

³⁴⁷ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk, §71-73; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §92-94.

³⁴⁸ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk, §56-59; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §77-80.

³⁴⁹ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk, §75-76; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §96-97.

³⁵⁰ EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §99-100: Het hof zegt hierbij het volgende: “noting the existence of such a biological link with the father” en linkt dit aan “the importance of a biological relationship as part of an element of each person’s identity” and asserts that it is contrary “to the interests of a child to deprive him of a legal bond of this nature while the biological reality of this link has been established and both the concerned parent and child claim its full recognition.” Verder zegt het Hof ook letterlijk: “the importance of filiation as an element of one’s identity.”

belang van het kind om hem te beroven van een wettelijke band waarachter een biologisch-genetische realiteit schuilgaat, indien deze wettelijke band al verwezenlijkt werd en deze genetische ouder alle moeite doet om een volle erkenning van die band te verkrijgen.³⁵¹ Hierbij schond Frankrijk de toegelaten appreciatiemarge en werd geen *fair balance* (met extra aandacht voor het primordiale belang van het kind) bereikt. Het privéleven van de kinderen, beschermd door art. 8 EVRM, werd geschonden.³⁵² Uit dit arrest valt te concluderen dat het EHRM in principe toelaat dat draagmoederschap verboden wordt, maar de gevolgen van een absoluut verbod inperkt indien geraakt wordt aan de belangen van het kind.³⁵³

63. FEITEN ARREST PARADISO EN CAMPANELLI V. ITALIË – Het arrest *Paradiso and Campanelli v. Italy*³⁵⁴ gaat over draagmoederschapstoerisme. Het koppel gebruikte gedoneerde zaad- en eicellen in een IVF-procedure om bevruchte embryo's in de baarmoeder van een Russische draagmoeder te implanteren.³⁵⁵ Het kind wordt in Rusland geboren en op de Russische geboorteakte staan de namen van de wensouders ingeschreven. In Italië wordt de geboorteakte van het kind geweigerd aangezien er valse namen op de akte staan ingeschreven.³⁵⁶ Uiteindelijk plaatst de Italiaanse jeugdrechtbank het kind onder de voogdij van sociale diensten, met het oog op adoptie.³⁵⁷ Door het ontbreken van een genetische link was het kind strijdig met de internationale adoptieregels in Italië gebracht.³⁵⁸ De wensouders stapten naar het EHRM wegens strijdigheid met de artikelen 6, 8, 14 en art. 1 van het twaalfde EVRM-protocol.³⁵⁹

64. EHRM-UITSPRAAK ARREST PARADISO EN CAMPANELLI V. ITALIË – Eerst en vooral is het belangrijk om te weten dat de wensouders geen klacht bij het EHRM in naam van het kind. Ze

³⁵¹ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee v. Frankrijk*, §78; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankrijk*, §99.

³⁵² EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee v. Frankrijk*, §79; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankrijk*, §100.

³⁵³ G. PUPPINCK, "ECHR: Towards the liberalisation of Surrogacy", *Revue Lamy Droit Civil* 2014, http://www.academia.edu/8433481/ECHR_Towards_the_Liberalisation_of_Surrogacy_-_Regarding_the_Mennesson_v._France_and_Labassee_v._France_cases_n_65192_11_and_n_65941_11, 3-5.

³⁵⁴ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italië*.

³⁵⁵ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italië*, §22.

³⁵⁶ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italië*, §3-4.

³⁵⁷ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italië*, §13 en §31.

³⁵⁸ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italië*, §22.

³⁵⁹ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso and Campanelli v. Italië*, §45.

claimden daarentegen op grond van het belang van het kind – beschermd door art. 8 EVRM - een recht op het kind.³⁶⁰ Het EHRM beoordeelde dat de zes gespendeerde maanden in Italië en de paar weken in Rusland genoeg waren om een *de facto* gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM tussen het kind en de wensouders te verwezenlijken.³⁶¹ Verder erkende het EHRM de legaliteit en legitimiteit van de weigering van de Italiaanse overheidsinstantie om de geboorteakte te registreren én van het wegnemen van het kind van de wensouders.³⁶² Het EHRM overwoog dat deze maatregelen gerechtvaardigd waren wegens redenen van openbare orde: de handelingen van de wensouders waren immers strijdig met het internationaal adoptierecht. Tevens is er een verbod op draagmoederschap in Italië. Het doel van deze handelingen was immers om de rechten en vrijheden van het kind in kwestie te beschermen.³⁶³ Het EHRM oordeelde dat Italië een wijde appreciatiemarge genoot omtrent de noodzaak van deze handelingen.³⁶⁴ De strikte toepassing van de nationale afstammingswet en de weigering om de afstamming op grond van het Russische recht te erkennen, vond het EHRM redelijk in het licht van de omstandigheden.³⁶⁵ Omtrent de proportionaliteit van de overheidshandelingen onderzocht het EHRM in het bijzonder of het belang van het kind gerespecteerd werd. Het EHRM besloot dat de maatregel een einde moest maken aan de door de wensouders zelf gecreëerde illegale situatie. Het wegnemen van het kind uit zijn familieomgeving kan immers maar een uiterste maatregel zijn die slechts gerechtvaardigd kan worden door een reëel, dreigend gevaar.³⁶⁶ Het EHRM verklaarde dat de ontwikkeling van een sterke, emotionele band tussen het kind en de wensouders en de verdenking van de wensouders – terwijl er nog geen rechterlijke uitspraak is geweest – niet voldoende zijn om zo'n vergaande maatregel te rechtvaardigen.³⁶⁷ Het EHRM overweegt dat het voor een kind noodzakelijk is om niet benadeeld te worden op het feit dat een draagmoeder hem ter wereld

³⁶⁰ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §46.

³⁶¹ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §69-70.

³⁶² EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §72-73.

³⁶³ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §73-74.

³⁶⁴ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §74.

³⁶⁵ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §77. In §76, *in fine* licht het EHRM toe dat deze omstandigheden voornamelijk over het volgende ging: het missen van een genetische link tussen het kind en de wensouders, het feit dat het Russische recht geen noodzaak van een biologische kind tussen wensouders en kind in geval van draagmoederschap vereist, het participeren van de wensouders in commercieel draagmoederschap, het feit dat de gameten/embryo's afkomstig waren van totaal onbekende donoren en de wetsontduiking waarbij een Russisch geboortecertificaat met de namen van de wensouders op werd opgesteld.

³⁶⁶ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §80.

³⁶⁷ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §82-83.

bracht.³⁶⁸ Echter merkt het EHRM dat het kind in de tussentijd een nieuwe identiteit heeft gekregen³⁶⁹, nadat hij meer dan twee jaar wettelijk onbestaand was. Uiteindelijk besluit het EHRM dat de vastgestelde inbreuk op art. 8 EVRM daarom geen verplichting voor de staat met zich meebrengt om het kind terug aan de wensouders te bezorgen.³⁷⁰

³⁶⁸ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §85.

³⁶⁹ Het kind werd door de sociale diensten in de tussentijd ondergebracht in een nieuwe familie, waarmee het kind een nieuwe, emotionele band heeft ontwikkeld.

³⁷⁰ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §88.

2.4 EHRM-rechtspraak over art. 8 EVRM in samenhang met absolute afstammingsvermoedens

65. RECAPITULATIE BELGISCHE AFSTAMMINGSVERMOEDENS - In het eerste hoofdstuk werd duidelijk dat het absolute karakter van het *mater semper certa est*-adagium het onmogelijk maakt om op grond van het Belgische recht een oorspronkelijke afstammingsband tussen wensmoeder en kind te bewerkstelligen. Ook het *pater est quem nuptiae demonstrant*-vermoeden is problematisch, maar omzeilbaar. Het absolute *mater semper certa est*-adagium is daarentegen slechts met een erkenning na een anonieme bevalling in het buitenland te vermijden. In het volgende randnummer wordt het arrest Kroon v. Nederland besproken.

66. FEITEN EN EHRM-UITSPRAAK ARREST KROON V. NEDERLAND – De feiten zijn als volgt: Mevr. Kroon had een relatie met Mr. Zerrouk. In 1987 werd Samir als hun kind geboren.³⁷¹ Ze waren niet gehuwd, maar onderhielden wel al jaren een duurzame, intieme relatie.³⁷² Samir werd in het geboorteregister echter ingeschreven als kind van Mevr. Kroon en Mr. M’Hallem-Driss.³⁷³ Met deze man was Mevr. Kroon in 1979 gehuwd.³⁷⁴ Het huwelijk hield slechts enkele maanden stand, waarna Mr. M’Hallem-Driss geen enkel contact meer met mevrouw Kroon onderhield. De echtscheiding werd echter pas na de geboorte van Samir aangevraagd.³⁷⁵ De erkenning van het kind door Mr. Zerrouk werd geweigerd aangezien het vaderschapsvermoeden een absoluut karakter kende in het Nederlandse recht.³⁷⁶ Het EHRM oordeelde dat in dit geval een absoluut afstammingsvermoeden niet werkzaam is, waardoor Nederland art. 8 en art. 14 EVRM schendde.³⁷⁷ Het EHRM verzet zich echter niet steeds tegen een absoluut afstammingsvermoeden, maar oordeelde wel dat *“de eerbiediging van het familie- en gezinsleven vereist dat de biologische en sociale werkelijkheid primeert op een wettelijk vermoeden dat, zoals in casu het geval, indruist tegen de vastgestelde feiten en tegen de wensen van alle betrokkenen en waarmee niemand is gebaat.”*³⁷⁸ In de zaken Ahrens v.

³⁷¹ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §9.

³⁷² EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §7.

³⁷³ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §11.

³⁷⁴ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §8.

³⁷⁵ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §9.

³⁷⁶ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §10-11.

³⁷⁷ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §41-42.

³⁷⁸ Vertaald citaat uit: EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §40.

Duitsland en Nylund v. Finland hielden de voor het EHRM aangevochten, absolute afstammingsvermoedens wel stand.³⁷⁹ Het verschil tussen deze twee arresten en het arrest Kroon v. Nederland ligt in het feit dat het wettelijk vastgestelde vaderschap in het laatste arrest inging tegen de wensen van alle betrokkenen, er een erg hechte band tussen de genetische vader en kind aanwezig was en het belang van het kind erbij gebaat was dat het absolute afstammingsvermoeden niet werd toegepast.

³⁷⁹ EHRM 29 juni 1999, nr. 27110/95, Nylund v. Finland; EHRM 22 maart 2012, nr. 45071/09, Ahrens v. Duitsland.

2.5 EHRM-Rechtspraak over art. 8 EVRM in samenhang met het recht op een kind

67. RECHT OP PROCREATIE ALS ASPECT VAN HET RECHT OP EEN KIND – De vraag of ouders recht op een kind hebben, hangt nauw samen met de vraag of personen aanspraak kunnen maken op een recht op procreatie. *Sensu stricto* kan dit recht uitgelegd worden als het recht om een fertilisatie tot gang te brengen, terwijl het *sensu lato* eerder gaat om het recht om ouder te worden.³⁸⁰ Het EHRM heeft dit recht niet in het EVRM ingeschreven, maar het is duidelijk dat ook in dit geval het ruim te vatten art. 8 EVRM zich aandient.³⁸¹

68. EHRM-RECHTSPRAAK OVER HET RECHT OP PROCREATIE – Terwijl in het al aangehaalde arrest Evans (*supra* randnummers 56-57) de vraag omtrent de beslissing om al dan niet ouder te worden voorlag, gaat het in de zaken S.H. en anderen v. Oostenrijk en Dickson v. Verenigd Koninkrijk eerder over de mogelijkheid om ouder te worden. Beide elementen maken deel uit van het procreatierecht. Uit het arrest Evans mag gedistilleerd worden dat niet alleen de optie om ouder te worden, maar ook de optie om niet ouder te worden geëerbiedigd moet worden.³⁸² In de zaak Dickson v. Verenigd Koninkrijk verbood de wetgeving aan een gedetineerde vrouw om K.I. toe te passen. De vrouw zou op het ogenblik, dat ze zou vrij komen, echter te oud zijn om op een natuurlijke wijze kinderen te kunnen verwekken. Het EHRM oordeelde dat de weigering om gebruik van K.I. te maken een ongerechtvaardigde inbreuk vormde op art. 8 EVRM. Er was in deze feitenconstellatie immers geen *fair balance* tussen de algemene en individuele belangen.³⁸³ In tegenstelling tot dit arrest lijkt uit het uiteindelijke arrest S.H. en anderen v. Oostenrijk³⁸⁴ dat er geen recht op K.I. bestaat. Het al dan niet toestaan van dit recht ligt in de handen van de nationale wetgever ten gevolge van de erg ruime nationale beoordelingsmarge. In het arrest Fretté v. Frankrijk oordeelde het EHRM dat het EVRM geen recht op adoptie waarborgt en zulk recht ook niet kan

³⁸⁰ M. EIJKHOLT, "Het recht op procreatie: voldragen of in statu nascendi?", *TvGR* 2007, 2.

³⁸¹ L.E. KALKMAN-BOGERD, "Artikel 8 en artikel 12 in verband met kunstmatige voortplanting en draagmoederschap" in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (119) 121.

³⁸² EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk; M. EIJKHOLT, "Het recht op procreatie: voldragen of in statu nascendi?", *TvGR* 2007, (2) 5.

³⁸³ EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04, Dickson v. Verenigd Koninkrijk.

³⁸⁴ EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk.

beschermen.³⁸⁵ Adoptie is immers in de ruime definitie van het recht op procreatie ook een wijze om ouder van een kind te worden. Uit deze arresten valt af te leiden dat er in het perspectief van het EVRM niet zoiets bestaat als een recht op kinderen. Dat bevestigde het EHRM ook expliciet in het arrest Margarita Sijakova en anderen v. de voormalig Joegoslavische Republiek van Macedonië.³⁸⁶ Ook in het arrest Paradiso en Campanelli v. Italië werden de wensouders, die openlijk een recht op het kind claimden, afgestraft.³⁸⁷ Uit de houding van het EHRM valt af te leiden dat het recht om ouder van een kind te worden eerder een vrijheidsrecht dan een afdwingbaar claimrecht behelst. Een afdwingbaar claimrecht op een kind is niet verzoenbaar met de geest van de mensenrechten aangezien de mens steeds als doel en nooit als middel moet beschouwd worden.³⁸⁸ Daarentegen is er een opkomende visie waarin het recht op kinderen minder wordt gezien als het recht op procreatie, maar als het recht op procreatievrijheid.³⁸⁹ In deze visie moet de staat het individu hulp verschaffen indien het individu niet tot natuurlijke conceptie in staat is. Toegang verlenen tot het gebruik van moderne, medisch begeleide fertilisatietechnieken staat hierbij centraal.³⁹⁰ Dergelijke houding van het EHRM is o.a. te vinden in het Dickson v. Verenigd Koninkrijk en het eerste S.H. en anderen v. Oostenrijk-arrest.³⁹¹

³⁸⁵ EHRM 26 februari 2002, nr. 36515/97, Fretté v. Frankrijk, §32.

³⁸⁶ EHRM 6 maart 2003, nr. 67914/01, Margarita Sijakova en anderen v. voormalig Joegoslavische republiek van Macedonië.

³⁸⁷ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, Paradiso and Campanelli v. Italië.

³⁸⁸ A. ASCH, "Surrogacy and the family" in D.M. BARTELS, A. CAPLAN, R. PRIEST en D. VAWTER, *Beyond baby M.*, Clifton New Jersey, Human Press, 1990, (243) 244-245; A. ROUVROY, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *JT* 1997, 777; T. WUYTS, "De afstamming na medisch begeleide voortplanting" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (289) 296-297.

³⁸⁹ H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEEVERS, *Handboek gezondheidsrecht deel 1*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 102; M. EIJKHOLT, "Het recht op procreatie: voldragen of in statu nascendi?", *TvGR* 2007, (2) 6; M.L. GRAHAM, "Surrogate gestation and the protection of choice", *Santa Clara Review* 1982, (291) 322.

³⁹⁰ J.A. ROBERTSON, "Procreative liberty and the control of conception, pregnancy and childbirth", *Virginia law review*, 1983, (405) 414-416; T. WUYTS, "De afstamming na medisch begeleide voortplanting" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (289) 298.

³⁹¹ EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04, Dickson v. Verenigd Koninkrijk; EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk.

3 Suggesties aan de Belgische wetgever bij effectieve legalisering van draagmoederschap

69. INLEIDING – Deze masterproef heeft niet tot doel om zich in de plaats van de wetgever op te stellen. Vanuit het tweede hoofdstuk kan geconcludeerd worden dat er vanuit art. 8 EVRM niet zozeer een positieve plicht tot handelen weegt op België om draagmoederschap te legaliseren. De reden hiervoor is de grote nationale beoordelingsmarge. Deze wijde marge geeft anderzijds wel de mogelijkheid aan de wetgever om een wettelijk kader te ontwerpen. Deze mogelijkheid werd voorlopig onbenut gelaten, maar er ligt grote druk op de wetgever om dit te doen. Redenen hiervoor zijn controversiële zaken als baby D³⁹² en de kleine Samuel³⁹³, de potentieel mensonwaardige gevolgen van de afwijzing van draagmoederschap (*supra* 1.2. en 1.3.) en de groeiende tendens tot aanvaarding van het draagmoederschapsfenomeen (*supra* 1.4.). Ook valt in het primordiale belang van het kind hiervoor te pleiten. Het EHRM nam in de zaken *Mennesson en Labassee v. Frankrijk* hierin het voortouw: het belang van het kind werd in deze zaken boven het maatschappelijke belang om de draagmoederschapspraktijk te verbieden geplaatst.³⁹⁴ In deze arresten stond het EHRM in principe een verbod op draagmoederschap toe, maar wou de gevolgen van dergelijk verbod inperken in het geval het belang van het kind werd geraakt. Deze masterproef gaat er echter vanuit dat een afwijzing van draagmoederschap steeds een nefast effect heeft op het belang van het kind, waardoor zelfs aangeraden wordt om een permissief kader te ontwerpen. Daarom wil dit laatste hoofdstuk over enkele discussiepunten, die onvermijdelijk bij een regulering ter sprake komen, suggesties geven. Er wordt steeds gecheckt of de suggestie de mensenrechtelijke toets van art. 8 (en art. 14 EVRM) doorstaat. Wegens de maximumbarema van 20.000, die reeds overschreden is, worden slechts vier kwesties onderzocht. Het recht van de draagmoeder op abortus en de kwestie of een nationaliteitsvereiste bij applicanten voor de draagmoederschapsprocedure voorhanden moet zijn, worden bijgevolg niet besproken.

³⁹² Gent 5 september 2005, *TJK* 2006, 24-26.

³⁹³ Rb. Brussel 15 februari 2011, Tijdschrift@ipr.be 2011, 125.

³⁹⁴ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee v. Frankrijk*, §78; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankrijk*, §99-100; G. PUPPINCK, "ECHR: Towards the liberalisation of Surrogacy", *Revue Lamy Droit Civil* 2014, http://www.academia.edu/8433481/ECHR_Towards_the_Liberalisation_of_Surrogacy_-_Regarding_the_Mennesson_v._France_and_Labassee_v._France_cases_n_65192_11_and_n_65941_11, 2.

3.1 Commercieel versus altruïstisch draagmoederschap

70. SUGGESTIE VOOR VERBOD OP COMMERCIEEL DRAAGMOEDERSCHAP – Indien de wetgever toch overgaat tot een legalisering van draagmoederschap wijst alles erop dat er een verbod op commercieel draagmoederschap komt. Het inschrijven van dergelijk verbod valt uiteen in twee deelaspecten, nl. het verbod van effectieve betaling van de draagmoeder en het verbod op commercialisering door publiciteit van het fenomeen.³⁹⁵ Dergelijk verbod doorvoeren gaat met het oog op effectiviteit onvermijdelijk gepaard met strafsancties. Eén van de hoofdredenen om tot een verbod over te gaan zijn het principe van de niet-verhandelbaarheid van het lichaam en de menselijke persoon³⁹⁶. Dit criterium staat echter steeds meer onder druk.³⁹⁷ Een krachtiger argument daarentegen is dat het toestaan van commercieel draagmoederschap een sociale, feitelijke discriminatie (*supra* randnummer 33) als pervers effect tot gevolg heeft.³⁹⁸ Daarbij bestaat er geen draagvlak om commercieel draagmoederschap in België in te voeren. Het EHRM liet zich erg negatief uit over commercieel draagmoederschap in het arrest *Paradiso en Campanelli v. Italië*.³⁹⁹ In België waren alle wetsvoorstellen gekant tegen een commerciële vorm van draagmoederschap.⁴⁰⁰ Op een erg

³⁹⁵ Enkele voorbeelden uit wetsvoorstellen: Art. 4 Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoeders, *Parl.St. Senaat 2007-2008*, nr. 4-308/1; Art. 4 en art. 16 §3 Wetsvoorstel (P. MAHOUX) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St. Senaat 2007-2008*, nr. 4-633/1; Art. 5, eerste lid Wetsvoorstel (B. TOMMELEIN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St. Senaat 2010*, nr. 5-130/1; Wetsvoorstel (W. BEKE) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St. Senaat 2007-2008*, nr. 4-555/1; Wetsvoorstel (M. DE SCHAMPHELAERE) tot wijziging van het Strafwetboek voor wat betreft het draagmoederschap, *Parl.St. Kamer 2007-2008*, nr. 52K0822/001; G. VERSCHULDEN, "Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België" *TPR 2011*, (1421) 1431; J.B.M. VRANCKEN, "Contractualisering en draagmoederschap", *TPR 1997*, 1751-1761.

³⁹⁶ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 65; RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen*, 10 december 2007, nr. 43.

³⁹⁷ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, "Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), 5 juli 2004, nr. 30", in J. STIENNON, L. CASSIERS, M. BOGAERTS en M. ROELANDT (Eds.), *De adviezen van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek 2000-2004*, Heverlee-Leuven, LannooCampus, 2005, 579.

³⁹⁸ J. NORRE, R. CAMPO en S. GORDT, *Zwanger worden... Ook voor ons? Medische en psychologische adviezen over vruchtbaarheid*, Tielt, Lannoo Terra, 2003, 180-181; S. WILKINSON, "The exploitation argument against commercial surrogacy", *Bioethics* 2003, 169-187.

³⁹⁹ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*, §76, *in fine*.

⁴⁰⁰ Wetsvoorstel 19 oktober 2005 tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet-genetisch verwant is met het kind als draagmoeder waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St. Senaat 2005-06*, nr. 3-13991-1. Deze tekst van dit wetsvoorstel werd hernomen door Wetsvoorstel 4 oktober 2007 (C. NYSENS) tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St. Kamer, BZ 2007*, nr. 52-0170/001; Wetsvoorstel 20 juli 2005 tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St. Senaat, 2004-2005*,

kleine minderheid na (met E. GULDIX als uithangbord) vindt commercialisering geen steun in de rechtsdoctrine.⁴⁰¹ In de Belgische rechtspraak zijn genoeg arresten die commercieel draagmoederschap veroordelen.⁴⁰² Ook in de praktijk is er geen enkel Belgisch ziekenhuis die commerciële draagmoederschappen wil uitvoeren (*supra* randnummer 14).⁴⁰³ Voor altruïstisch draagmoederschap is daarentegen wel een ruim draagvlak. Het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek en het ESHRE vonden dat deze vorm perfect geoorloofd is en moest gelegaliseerd worden.⁴⁰⁴ Meer dan 80% beroept zich op altruïstisch draagmoederschap.⁴⁰⁵ Ook in het grootmoedersarrest is duidelijk dat de Belgische rechtspraak erg positief staat tegenover altruïstisch draagmoederschap.⁴⁰⁶ Ook meerdere wetsvoorstellen poogden een permissief kader uit te werken rond deze draagmoederschapsvorm.⁴⁰⁷

nr. 3-1319/1. De tekst van dit wetsvoorstel werd overgenomen door Wetsvoorstel 14 februari 2008 (M. DE SCHAMPHELAERE) tot wijziging van het Strafwetboek voor wat betreft het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer, 2007-2008, nr. 52-0822/001 en door Wetvoorstel 12 februari 2008 (W. BEKE) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-555/1; Wetsvoorstel (P. VANKRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-193/1; Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-308/1; Wetsvoorstel (H. VAUTMANS) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, nr. 52K0969/001; Wetsvoorstel 13 februari 2008 tot bestraffing van het commercieel draagmoederschap en de publiciteit hiervoor, *Parl.St.* Senaat, 2007-2008, nr. 4-557/1; Wetsvoorstel van 28 oktober 2008 (M. DETIÈGE, M. VANLERBERGHE en R. LANDUYT) tot wijziging van het strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer, 2010-11, nr. 0497/001; Wetsvoorstel (P. MAHOUX) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-633/1.

⁴⁰¹ E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, 1104-1128.

⁴⁰² Bijvoorbeeld: Jeugdrb. Brugge (21^e kamer) 19 januari 2012, *TJK* 2012, afl. 3, 260, noot L. PLUYM; Gent (Jk.) 30 april 2012, *T.Fam.* 2013, 141, noot. L. PLUYM;

⁴⁰³ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordP df>, 15-17. Hierbij moet opgemerkt worden dat de gegevens niet up to date zijn en slechts de gegevens van de bekende ziekenhuizen zijn gepubliceerd. In het licht van de indicatiecijfers kan wél tot deze vaststelling gekomen worden.

⁴⁰⁴ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies nr. 30 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, 5 juli 2004, http://www.health.belgium.be/filestore/7972417/Advies30-zwangerschap-voor-een-ander_7972417_nl.pdf, 24.

⁴⁰⁵ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordP df>, 24. We blijven benadrukken dat deze cijfers niet up to date zijn (bijgehouden tot 2013) en dat het in licht van de argumenten, opgelijst in randnummer 14 *in fine*, slechts om indicerende cijfers gaat.

⁴⁰⁶ Antwerpen (Jk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN.

⁴⁰⁷ Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-308/1; Wetsvoorstel (H. VAUTMANS) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, nr. 52K0969/001; Wetsvoorstel (P. MAHOUX) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-633/1; Wetsvoorstel (P. VANKRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-193/1.

71. VERBOD OP COMMERCIEEL DRAAGMOEDERSCHAP IN OVEREENSTEMMING MET ART. 8 EVRM? – Uit de brede invulling van de bescherming van privé- en familielevens⁴⁰⁸ en de arresten *Menesson en Labassee v. Frankrijk* (waarbij Frankrijk zelfs een volledig, wettelijk ingeschreven verbod op alle vormen van draagmoederschap hanteert⁴⁰⁹) valt af te leiden dat het verbod op commercieel draagmoederschap onder art. 8 EVRM resulteert. Commercieel draagmoederschap verbieden maakt een inbreuk op art. 8 EVRM: het bestaan van strafsancties alleen al zorgt ervoor dat een inmenging op de bescherming van het privéleven voorhanden is. Dit valt uit de EHRM-rechtspraak duidelijk uit het arrest *Dudgeon v. Verenigd Koninkrijk* af te leiden.⁴¹⁰ Deze inmenging van de overheid in het privéleven kan echter gerechtvaardigd worden. Aan de vereiste van de wettelijkheid is simpelweg voldaan door de wettelijke bepaling in te voeren.⁴¹¹ De legitieme doelen staan limitatief opgelijst in art. 8, tweede lid EVRM, maar moeten ruim geïnterpreteerd worden.⁴¹² Hier kan gepleit worden voor doelstellingen als bescherming van de goede zeden en volksgezondheid. Commercieel draagmoederschap kan immers aanleiding geven tot uitbuiting en misbruik van/door de draagmoeder. Tenslotte komen we tot de proportionaliteitsvoorwaarde. Eerst moet de nationale appreciatiemarge omtrent een verbod op commercieel draagmoederschap onderzocht worden. Er is tot op zekere hoogte sprake van een consensus bij de EVRM-lidstaten omtrent de mogelijkheid van een verbod op commercieel draagmoederschap.⁴¹³ Dit

⁴⁰⁸ EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87, *Costello-Roberts v. Verenigd Koninkrijk*, §36; EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty v. Verenigd Koninkrijk*, §61; EHRM, 20 juni 2002, *Al-Nashif en anderen v. Bulgarije*, §112; EHRM 28 januari 2003, nr. 44647/98, *Peck v. Verenigd Koninkrijk*, §57.

⁴⁰⁹ Art. 16-7 en art. 16-9 Code Civil van 21 maart 1804, *Code Napoléon* 3 september 1807.

⁴¹⁰ EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76, *Dudgeon v. Verenigd Koninkrijk*. In dit arrest stond een strafbepaling op homoseksuele betrekkingen centraal. Door het feit dat *Dudgeon* zijn gedrag moest veranderen, wat indruiste tegen zijn persoonlijkheidsvoorkeur, of een strafrechtelijke handeling moest stellen, veronderstelt dat het louter voorliggen van een strafbepaling automatisch een inmenging in het privéleven betekent.

⁴¹¹ H.D.C. ROSCAM ABBING, "Artikel 8: recht op privéleven", in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (105) 111; P. DE HERT, "Recht op privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 716-717; S. FOSTER, *Human Rights and Civil Liberties*, Harlow, Longman, 2011, 44.

⁴¹² B. RAINEY, C. OVEY en E. WICKS, *Jacobs, White and Overy: The European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 334; C. WARBRICK, "The Structure of Article 8", *EHRLR* 1998, (32) 35; D. EHLERS en U. BECKER, *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2004, 74-75; D. FELDMAN, "The developing scope of article 8 of the European human rights", *European Human Rights Law Review* 1997, 265-274; P. DE HERT, "Recht op privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 719.

⁴¹³ Onder de EVRM-lidstaten laten enkel Oekraïne en Rusland commercieel draagmoederschap toe in de wet. Griekenland en Verenigd Koninkrijk hebben enkel altruïstisch draagmoederschap in de wet opgenomen. Andere landen als Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland kennen een absoluut verbod op draagmoederschap. De overige

beperkt enigszins de nationale appreciatiemarge. Dergelijk wettelijk verbod maakt ook inbreuk op een hoogstpersoonlijk en sensitief onderdeel van het privéleven. Deze vaststellingen leiden ertoe dat er een ruime, nationale appreciatiemarge voorligt.⁴¹⁴ Deze wetgevende handelingen zijn noodzakelijk om de vooropgestelde, legitieme doelen te verwezenlijken. Ook is het moeilijk om alternatieve, minder inmengende wetgevingshandelingen te bedenken, die even effectief dezelfde doelstellingen zouden bereiken. Het belang van de overheid moet afgewogen worden tegenover de belangen van de onderscheiden partijen. De bezorgdheid van de overheid m.b.t. de mogelijk perverse effecten van commercieel draagmoederschap is oprecht. Daarbij wil de overheid met het invoeren van altruïstisch en verbieden van draagmoederschap onderlinge solidariteit bij het vervullen van de kindwens aanmoedigen. Op particulier niveau moet rekening gehouden worden dat enkel de commerciële variant wordt verboden. Draagmoederschap op altruïstisch niveau blijft mogelijk. In deze variant kunnen wensouders opteren voor een gekende en bevriende draagmoeder, waarbij dan ook enkel de onkosten moeten vergoed worden. De meeste mensen, die beroep doen op een draagmoeder, kennen structurele fertiliteitsproblemen.⁴¹⁵ In veel gevallen hebben wensouders er - vooraleer ze zich op draagmoederschap beroepen - al lang aanslepende en vrij kostelijke K.I- en IVF-pogingen en medische onderzoeken opzitten. Het enkele, pecuniaire belang van de draagmoeder zelf kan bijgevolg niet opwegen tegen het maatschappelijk belang van de overheid en op particulier niveau niet tegen het belang van de wensouders. Echter zou deze redenering nog te simplistisch zijn: altruïstisch draagmoederschap verdedigen, maar commercieel draagmoederschap afkeuren impliceert dat een welbepaalde groep zou uitgesloten worden. Het gaat om wensouders die geen sociaal netwerk hebben om op terug te vallen, maar zich wel commercieel draagmoederschap kunnen veroorloven. Hoewel het op papier niet wetenschappelijk bewezen is, is de situatie waarbij wensouders zich storten op een carrièreleven en de kindwens uitstellen (met de

landen kennen geen wetgeving omtrent (commercieel) draagmoederschap, maar staan er overwegend negatief over.

⁴¹⁴ Hoewel er min of meer een consensus onder de EVRM-lidstaten voorligt, zal rekening houdende met de bemerkings bij het arrest A, B en C v. Ierland wellicht tot een comfortabel, ruime appreciatiemarge besloten worden: EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05, A, B en C v. Ierland, §112 juncto 235-236.

⁴¹⁵ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordP>, 23; INSTITUUT SAMENLEVING EN TECHNOLOGIE, *Dossier 20: Fertiliteitsbehandelingen: de realiteit voorbij de technologie*, <http://ist.vito.be/nl/pdf/dossiers/fertiliteitsdossier.html>, 5-20; J. LAND, J. VAN ROOSMALEN, M. PRINS, M. VIERHOUT en R. BEKKERS, *Verloskunde en gynaecologie: casuïstiek uit de dagelijkse praktijk*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 22-23. Deze vaststelling zal echter aangevochten worden in het allerlaatste randnummer.

latere vaststelling van de onmogelijkheid van natuurlijke conceptie) niet ondenkbaar. In deze situaties, waarbij de wensouders ontegensprekelijk in staat zijn om commercieel draagmoederschap te bekostigen, lijkt de kans reëler dat deze wensouders ten gevolge van hun opofferingen ten gunste van hun carrière geen of een minder groot sociaal netwerk hebben om op terug te vallen, wat de kans om beroep te doen op altruïstisch draagmoederschap inperkt. Altruïstisch draagmoederschap, hoe nobel en solidair het doel ook moge zijn, impliceert immers dat wensouders zelf in staat moeten zijn om een kandidate-draagmoeder te vinden. Deze uitgangspositie als een vanzelfsprekendheid aannemen lijkt in het licht van deze masterproef fundamenteel verkeerd. Daarom stelt dit werk voor dat ook deze mensen niet uitgesloten worden en preferereert ze een systeem waarbij personen, die niet in staat zijn om een geschikte draagmoeder te vinden, zich laten registreren. Het fertiliteitscentrum of de tussenkommende arts brengt deze geregistreerde, draagmoederschapzoekende wensouders met elkaar in contact. Gezien de complexiteit van types draagmoederschap en applicanten is het immers mogelijk dat homoseksuele wensouders en heteroseksuele wensouders met fertiliteitsproblemen elkaar vraag-aanbodsgewijs kunnen helpen (*cross-over fertilization*). Op deze wijze zou ook voor deze doelgroep aan het altruïstische aspect draagmoederschap voldaan zijn. Draagmoederschap wordt op deze wijze kosteloos en met een actieve wil om de kinderwens van kinderloze wensouders vervuld. Uiteraard zal deze groep afhankelijk zijn van het aantal registraties en zal de procedure langer aanslepen dan personen die zelf een draagmoeder aanwijzen. Aangezien dit systeem streeft naar een eerlijk evenwicht tussen het algemeen belang en de respectievelijke belangen van alle partijen, kan dit onderscheid moeilijk discriminatoir geacht worden in het licht van art. 8 en art. 14 EVRM. Een verbod op commercieel en een permissief kader omtrent altruïstisch draagmoederschap is met deze uitwerking perfect in overeenstemming met art. 8 en art. 14 EVRM, doordat een billijk evenwicht in de *fair balance*-test is bereikt.

3.2 Oorspronkelijke versus adoptieve afstammingsband

72. ARGUMENTEN TEGEN ADOPTIEVE AFSTAMMINGSBAND – Het huidige, Belgische afstammingsrecht is onaangepast aan het draagmoederschapsfenomeen. Bij een legalisering van altruïstisch draagmoederschap is het duidelijk dat het afstammingsrecht moet gewijzigd worden. Dit kan enerzijds bewerkstelligd worden door de oorspronkelijke afstammingsregels te wijzigen, waarbij wordt voorzien in een wettelijke uitzondering op het *mater semper certa est*-adagium.⁴¹⁶ De vaderlijke afstammingsregels zijn in zekere zin afhankelijk van de moederlijke afstamming: langs vaderszijde wordt immers een onderscheid gemaakt, naargelang de vrouw getrouwd is of niet. Anderzijds kan men het adoptierecht hervormen op maat van het draagmoederschapsfenomeen.⁴¹⁷ In het laatste geval kan de bedenktijd van twee maanden afgeschaft worden en gepleit worden voor een vereenvoudigde procedure. Beide pistes leiden in principe tot werkzame oplossingen. In het draagmoederschapsvraagstuk gaat de voorkeur van deze masterproef uit naar een vaststelling van het juridische ouderschap op grond van oorspronkelijk afstammingsrecht. Een eerste argument werd al opgeworpen: Het arrest *Marckx v. België* hield in dat België alle kinderen - tot kort na de geboorte - een vaste moederlijke afstammingsband moest waarborgen.⁴¹⁸ Hierbij kan afgevraagd worden of het doorlopen van adoptieprocedures na de geboorte wel met dit arrest en art. 8 EVRM verzoenbaar is.⁴¹⁹ De ratio achter de adoptieprocedure is er één van zorg en een tweede kans geven, waarbij aan verwaarloosde - of weeskinderen een nieuw gezin wordt geschonken.⁴²⁰

⁴¹⁶ Wetsvoorstellen die hiervoor opteeden: Wetsvoorstel (J. DE ROECK en M. VANLERBERGHE) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2004-05, nr. 3-1271/1; Wetsvoorstel (K. JIROFLÉE en M. DE MEYER) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1915/001; Art. 6 en 8 Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-308/1; Art. 14-17 Wetsvoorstel (G. SWENNEN en M. TEMMERMAN) houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl. St.* Senaat 2010-2011, 5-929/1.

⁴¹⁷ Wetsvoorstellen die hiervoor opteeden: Wetsvoorstel (H. VAUTMANS) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, nr. 52K0969/001; Wetsvoorstel (H. VAUTMANS) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K1941/001; Wetsvoorstel (P. VANKRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-193/1; Wetsvoorstel (B. TOMMELEIN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1; G. MATHIEU en J. SOSSON, "L'enfant, né d'une gestation pour autrui: quelle filiation?" in G. SCHAMPS en J. SOSSON (Eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel, Bruylant, 2013, 375-409.

⁴¹⁸ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marckx v. België*.

⁴¹⁹ G. VERSCHULDEN, 'Origineel ouderschap' *herdacht*, Brugge, Die Keure, 2005, 183.

⁴²⁰ B. DE GROOTE en R. DE CORTE, *Handboek civiel recht*, Brussel, Larcier, 2010, 446; F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en P. SENAËVE, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 89-92; H. WALINKAMP en R.

In de draagmoederschapscontext wordt beroep gedaan op de adoptie-instelling om een kind aan wensouders te “schenken”, nadat deze ouders zelf een bewuste toestand van verlatenheid in het leven schiepen om de randvoorwaarden voor adoptie mogelijk te maken.⁴²¹ Hier wordt dus een kind aan kinderloze ouders gevoegd, terwijl de ratio achter adoptie net ouderloze kinderen wil helpen.⁴²² De adoptie-instelling wil adoptieouders ook zorg laten dragen voor andermans kinderen.⁴²³ Bijgevolg lijkt draagmoederschap in de adoptiewetgeving inpassen erg geforceerd. In de adoptieprocedure is het onmogelijk prenatiaal te adopteren of ouderlijke rechten over te dragen.⁴²⁴ Indien gekozen wordt voor de adoptiepiste, bestaat bijgevolg onvermijdelijk discussie over de vraag wie verantwoordelijk is voor het oordelen over een medische ingreep tijdens en na de geboorte van het kind. Deze discussie wordt vermeden bij het opteren voor een directe, oorspronkelijke afstammingsband. Verder zou de toestemmingsvereiste (art. 348-4 BW) van de draagmoeder, juridische moeder bij de geboorte, hervormd moeten worden.⁴²⁵ Er kan gesteld worden dat de draagmoeder in het huidig adoptierecht beschikt over een quasi-absoluut heroverwegingsrecht na de geboorte van het kind.⁴²⁶ Dit weigeringsrecht is enerzijds onverzoenbaar met een wettelijke draagmoederschapsreglementering, die wedijvert voor een vlotte en rechtszekere regeling. Anderzijds is dit recht inherent aan de adoptie-instelling.⁴²⁷ Dit recht is ingegeven door het feit dat een moeder (ouder) het beste wil voor

HOKSBERGEN, *Adoptie: een levenslang dilemma*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2000, 141; M. VERWILGHEN, *Het nieuwe adoptierecht in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 201-203.

⁴²¹ G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 218-220.

⁴²² Antwerpen (Jk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot SWENNEN, F.

⁴²³ F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en P. SENAËVE, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 89-92.

⁴²⁴ C. CASTELEIN, “Grondvoorwaarden voor adoptie” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (Eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 95-98. Een pre-birth order, gangbaar in meerdere Amerikaanse staten, is vreemd aan de West-Europese rechtstradities. De prenatale erkenning is wel mogelijk.

⁴²⁵ Art. 9 Wetsvoorstel (B. TOMMELEIN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1. Tommelein schaft dit recht niet af, wat één van de grootste punten van kritiek op zijn voorstel vormde. Zijn voorstel belet ook niet dat nog een volledige adoptieprocedure moet gevolgd worden. Tijdens dit proces blijft de draagmoeder wensmoeder. Dit is problematisch in geval van een overlijden van wensouders/draagmoeder, o.a. voor de implicaties betreffende het erfrecht; Art. 8 Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-308/1 schaft deze vereiste echt wel af.

⁴²⁶ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 309; G. VERSCHULDEN, “Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België” *TPR* 2011, 1421-1425.

⁴²⁷ B. DE GROOTE en R. DE CORTE, *Handboek civiel recht*, Brussel, Larcier, 2010, 446-447; G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 219-221; C. CASTELEIN, “Grondvoorwaarden voor adoptie” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (Eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 95-97; I. MARTENS, “Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht”, *NJW* 2006, 338-341.

het kind. Daarom kan de weigering tot instemming enkel *overruled* worden door redenen van algemeen belang en het hogen belang van het kind.⁴²⁸ Het wegnemen van dit reflectierecht zou de draagmoeder monddood maken in situaties waarbij een weigering toch in het belang van het kind zou zijn. Tenslotte is kiezen voor de adoptieprocedure nefast op grond van rechtseconomische overwegingen. Een adoptieprocedure veronderstelt sinds de adoptiehervorming een tussenkomst van de rechterlijke macht.⁴²⁹ In de regel van altruïstisch draagmoederschap kan verondersteld worden dat partijen het – behoudens de uitzonderlijke gevallen - steeds met elkaar eens zullen zijn. Het nut van een rechterlijke tussenkomst wordt volledig ontnomen doordat de eensgezindheid van de partijen de soevereine, ruime appreciatiemarge van de rechter uitholt tot een automatisch moeten uitspreken van de adoptie. De tussenkomst van de rechter vormt geen toegevoegde waarde indien hij een geformaliseerde, gerobotiseerde rol moet vervullen.⁴³⁰ Een beroep doen op de adoptieinstelling zou de gerechtelijke achterstand nog kunnen verhogen, zeker omdat de oprichting van de familierechtbank, waar adoptieprocedures behandeld worden, juist de intentie hadden om deze achterstand weg te werken. Een legalisering in het kader van de adoptiewetgeving werd echter verdedigd door het Belgische Raadgevend Comité voor Bio-ethiek⁴³¹, meerdere wetsvoorstellen⁴³² en sommige rechtsleer.⁴³³ Het lijkt erop dat de keuze voor de vereenvoudigde adoptie-instelling veeleer ingegeven is uit schrik om een uitzondering op één van de quasi-sacramentale uitgangspunten van het afstammingsrecht, nl. het *mater semper certa est*-adagium, in te voeren.

⁴²⁸ F. SWENNEN en P. SENAËVE (Eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 386-387; S. SVACINA, *Burgerlijk wetboek 20^{ste} herziene uitgave (Reeks Maklu Wetboekpockets)*, Antwerpen, Maklu, 2015, 101.

⁴²⁹ Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *BS* 16 mei 2005, 26956; J. GERLO, *Personen- en familierecht*, Deel I, Brugge, Die Keure, 2003, 130.

⁴³⁰ Gent (Jk.) 30 april 2012, *TBBR* 2012, 387, noot G. VERSCHULDEN.

⁴³¹ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, "Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), 5 juli 2004, nr. 30", in J. STIENNON, L. CASSIERS, M. BOGAERTS en M. ROELANDT (Eds.), *De adviezen van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek 2000-2004*, Heverlee-Leuven, LannooCampus, 2005, 580-581.

⁴³² Wetsvoorstel (H. VAUTMANS) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, nr. 52K0969/001; Wetsvoorstel (H. VAUTMANS) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K1941/001; Wetsvoorstel (P. VANKRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-193/1; Wetsvoorstel (B. TOMMELEIN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1.

⁴³³ N. GALLUS, *Le droit de la filiation: rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 407; P. SENAËVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *RW* 1989-90, (625) 638.

73. SUGGESTIE VOOR OORSPRONKELIJKE AFSTAMMINGSBAND – Kiezen voor het modificeren van de oorspronkelijke afstammingsregels hoeft zo drastisch niet te zijn. Er is geen enkele noodzaak om het *mater semper certa est*-adagium als principe te verlaten en te kiezen voor een genetische basis voor de ouderschapsregels. Die laatstgenoemde basis zou een oplossing kunnen bieden in geval van hoogtechnologisch draagmoederschap, maar zorgt voor complicaties in geval van laagtechnologisch draagmoederschap en eicel- of zaaddonaties. Het verdient de voorkeur om een duidelijke, rechtlijnige regeling in te voeren, die een directe afstammingsband tussen kind en wensouders tot stand brengt. In ons vigerend rechtssysteem speelt de genetische band slecht een bijkomstige rol. Het moederschap kan slechts succesvol betwist worden door te bewijzen dat een andere moeder van het kind bevallen is.⁴³⁴ Een genetische band wordt hierbij niet gevraagd. Ook voor de erkenning van het kind of de gerechtelijke vaststelling is geen genetische link gevraagd.⁴³⁵ Bij de vaderschapsbetwisting staat de genetische link daarentegen wel centraal, maar is de betwistingsprocedure slechts ontvankelijk, indien er geen bezit van staat is.⁴³⁶ Het bezit van staat-principe staat onder druk, maar is nog steeds het uitgangspunt.⁴³⁷ Het zou onlogisch zijn om plots te kiezen voor een primordiaal belang van een genetische link voor oorspronkelijke afstammingsregels. Het is

⁴³⁴ G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, die Keure, 2010, 79; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, 402-406; P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2008, 242; P. SENAËVE, "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007 – 2010", in C. DECLERCK, I. BOONE, J. DU MONGH en P. SENAËVE (Eds.), *Themis, vormingsonderdeel 85: Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, (1) 8; T. WUYTS, "De afstamming na medisch begeleide voortplanting" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de Wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 289; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 596.

⁴³⁵ B. DEGROOTE en R. DECORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, Zesde herwerking uitg., 443; F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en P. SENAËVE, *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 89; M.-T. MEULDERS-KLEIN, "La réforme du droit de la filiation en Belgique", *Rev. Trim.dr.Fam.* 1979, (5) 63-68; P. SENAËVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI. v. Gez.* 1988, (247) 252; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *TPR* 1990, (645) 668-669; X., *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen editie 2009*, Mechelen, Kluwer, 2009, 47.

⁴³⁶ F. SWENNEN, N. GEELHAND, R. BARBAIX en S. EGGERMONT, *Koekoekskinderen*, Gent, Larcier, 2009, 14; G. VERSCHULDEN, "Het nieuwe afstammingsrecht: een compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap", *RW* 2007-08, 338-358; I. KAMP, "Betwisting van de vaderlijke erkenning", *Jura Falconis* 2012-2013, (685) 687; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, 402-406; N. GALLUS, *Le droit de la filiation: rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 208-209; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, Dertiende herwerking uitg., 232; Y.-H. LELEU, "Le droit transitoire de la prescription des actions relatives à la recherche de la filiation adultérine", *JT* 1993, 845.

⁴³⁷ Grondwettelijk Hof 3 februari 2011, *Act.dr.Fam.* 2011, 75; Grondwettelijk Hof 7 maart 2013, *Juristenkrant* 2013, afl. 266, 1; Grondwettelijk Hof 19 juli 2013, nr. 105/2013; Grondwettelijk Hof 19 juli 2013, nr. 96/201.

zinvoller om het *mater semper certa est*-adagium te behouden, maar een uitzondering op dit principe in te voeren in het geval van draagmoederschap.

Zoals we in het Kroon v. Nederlandarrest zagen, wordt het afgeraden om een absoluut werkend afstammingsvermoeden in alle situaties consequent toe te passen. Aan de Kroonvoorwaarden om van een absoluut werken afstammingsvermoeden af te wijken, is voldaan in het geval van draagmoederschap. Het huidig *mater semper certa est*-adagium absoluut toepassen in het draagmoederschapsgeval druist immers in tegen de wensen van alle betrokkenen.⁴³⁸ De draagmoeder wil in principe niet de opvoeding van het kind op zich nemen, laat staan ouderlijke rechten uitoefenen. De wensouders hebben er ook geen baat bij dat deze rechten bij de geboorte naar de draagmoeder toegewezen worden. Alle partijen hebben er ook geen belang bij om een adoptieprocedure te beginnen, die pas twee maand na de geboorte aanvang kan nemen. Bijgevolg gaat het vermoeden in tegen alle belangen van de betrokken en is niemand daarbij gebaat. De ‘biologische werkelijkheid’ in §40 van het Kroon v. Nederlandarrest⁴³⁹ moet als genetische werkelijkheid geïnterpreteerd worden, aangezien het in het arrest zelf ging om het vaderschapsvermoeden. Om te voldoen aan dit criterium is dan wel slechts voldaan indien het kind een genetische link met één van de wensouders heeft (*infra* randnummers 76-77). Aan de vereiste van ‘sociale werkelijkheid’⁴⁴⁰ is ook voldaan, aangezien de wensouders daadwerkelijk zorg wensen te dragen voor het kind. Deze opvoedings- en zorggedachte waren immers al aanwezig voor de verwekking/geboorte van het kind.⁴⁴¹ De verwekking van het kind vond desbewust plaats met het doel later voor het kind te zorgen. Deze uitzondering op het absolute bevallingscriterium laat toe dat met de effectieve feitenconstellatie wordt rekening gehouden. Uit de arresten van het Grondwettelijk Hof in verband met het bezit van staat als absoluut afstammingsvermoeden viel deze tendens

⁴³⁸ Een eerste voorwaarde uit EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §40.

⁴³⁹ Tweede voorwaarde uit EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §40.

⁴⁴⁰ Derde voorwaarde uit EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §40.

⁴⁴¹ Interessante arresten en literatuur hierover uit de VS, meer bepaald California. Deze staat hanteert een ouderschap by intent-regel: Supreme Court of California, Johson v. Calvert, *California Reporter 2nd*, Vol. 19, 494-515; Court of Appeal of California 10 maart 1998, Marriage of Buzzanca, *California Appellate Reports 4th*, Vol. 61, 1410-1430; B.C. LEWIS, *Papa’s baby: Paternity and artificial insemination*, New York, New York University Press, 2012, 137-144; L. GLENNON en S. GILMORE, *Hayes and Williams’ Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 350-351; W. WILS, “Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika”, *Jura.Falc.* 1988-89, 9-33. Bij deze moet ik professor J. SCHERPE bedanken voor het onderzoek dat ik in het kader van comparative family law hieromtrent mocht voeren.

al af te leiden.⁴⁴² Het Grondwettelijk Hof ging hierin verder dan het EHRM zelf.⁴⁴³ Ten slotte moet opgemerkt worden dat deze ingreep op het *mater semper certa est*-criterium niet strijdig is met de ratio achter dit adagium, maar het juist omhelst. Van belang is om de verduidelijking in volgende voetnoot te lezen.⁴⁴⁴

74. CONSEQUENTIES VAN VOORGESTELD UITZONDERINGSREGIME - De instemmende echtgenoot van de draagmoeder moet bijgevolg ook juridische ouder van het kind worden op grond van het vaderschapsvermoeden. Zijn instemming met de draagmoederschapsprocedure moet uitsluiten dat hij later zijn vaderschap kan betwisten, indien hij zelf geen genetische vader zou zijn.⁴⁴⁵ De instemmende partner van de draagmoeder zou het kind prenataal moeten kunnen erkennen.⁴⁴⁶ Sinds de meemoederwetgeving wordt in deze materie immers geen onderscheid meer gemaakt naargelang de wensmoeder hetero- of

⁴⁴² Grondwettelijk Hof 3 februari 2011, *Act.dr.Fam.* 2011, 75; Grondwettelijk Hof 7 maart 2013, *Juristenkrant* 2013, afl. 266, 1; Grondwettelijk Hof 19 juli 2013, nr. 105/2013; Grondwettelijk Hof 19 juli 2013, nr. 96/201; A. QUIRYNEN en P. SENAËVE, "Het afstammingsrecht na de arresten van het Grondwettelijk Hof" in X. *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2013, 279-307; F. SWENNEN, "Afstamming en Grondwettelijk Hof", *RW* 2011-2012, 1102-1110; G. VERSCHULDEN, "De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 14-38; T. WUYTS, "Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privé-leven", *T.Fam.* 2011, 64.

⁴⁴³ EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09, *Kautzor v. Duitsland*, §70-71; EHRM 22 maart 2012, nr. 45071/09, *Ahrens v. Duitsland*, §69-70.

⁴⁴⁴ Rechtshistorisch werd het *mater semper certa est*-adagium in het canonieke recht ingevoerd ter bescherming van het kind. De invoering valt samen met de formaliteitsvereisten van het huwelijk, die het concilie van Trente van 1563 invoerde. Door de niet-formele huwelijksvereisten werden steeds meer clandestiene huwelijken gesloten en kwamen situaties voor waarbij mensen met meerdere partners tegelijk getrouwd waren. Om buitenwettelijke kinderen te beschermen kon bezit van staat als bewijsmiddel ingevoerd worden tegen de vader om het vaderschap vast te stellen. Ten aanzien van de vrouw speelde het *mater semper certa est*-criterium om zeker te zijn dat het kind alvast één juridische ouder heeft. Andere wijzen om moeder te worden van een kind dan het biologische criterium kende men destijds niet, waardoor het adagium een sacramentele werking kreeg. Deze voorgestelde uitzondering op het adagium heeft echter ook tot doel dat het kind de waarborg krijgt dat ze een juridische ouder krijgt, al zal dit wel een andere zijn dan de vrouw die het draagmoederschapkind baart.

⁴⁴⁵ Dit wordt voorgesteld doordat het krachtens 318 §4 BW reeds gangbaar is: Rb. Gent 31 mei 2001, *TBBR* 2002, 27, noot G. VERSCHULDEN; G. BAETEMAN, "Het afstammingsrecht in België", *TPR* 1989, (1539) 1573-1574; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, (402) 406; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître, le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Etude de droit civile*, Brussel, Bruylant, 1994, 950; P. SENAËVE, "Vaderlijke afstamming binnen het huwelijk" in P. SENAËVE (Ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, (57) 81-84; T. WUYTS, "De afstamming na medisch begeleide voortplanting" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (289) 366-378; W. DE MEESTER-DE MEYER (Ed.), *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega Editions, 1987, 79.

⁴⁴⁶ Prenatale erkenning is reeds mogelijk door art. 328bis BW. Over prenatale erkenning: F. SWENNEN, *Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 283; G. VERSCHULDEN, "Commentaar bij art. 319 BW" in *Comm.Pers.* 2009, (1) 3; T. WUYTS, "De afstamming na medisch begeleide voortplanting" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (289) 368.

homoseksueel zou zijn.⁴⁴⁷ Gepaard met de uitzondering op het *mater semper certa est*-adagium moeten enkele andere consequenties uit het afstammingsrecht doorgevoerd worden. Zo zullen de betwistingsregels ook hervormd moeten worden in het geval van draagmoederschap. Een betwisting van het juridisch ouderschap van de wensouders zal slechts ontvankelijk zijn bij een labofout of indien het geboren kind niet verwekt werd ten gevolge van de draagmoederschapsprocedure, maar op een natuurlijke wijze.⁴⁴⁸ Bij een succesvolle betwisting zullen de draagmoeder en haar echtgenoot/later erkennende partner de juridische ouder(s) worden. Een ander gevolg is dat de klassieke huwelijksbeletselen van art. 161, 162 en 164 BW in het geval van draagmoederschap moeten verlaten worden. De ratio achter deze huwelijksbeletselen is om incest tegen te gaan, wat in het geval van draagmoederschap helemaal niet toepasselijk is.⁴⁴⁹ Sterker nog, de moeder, de schoonzus, schoonmoeder of (uitzonderlijk) schoondochter van de wensmoeder participeert omdat ze op actieve wijze het koppel wil helpen bij het verwezenlijken van hun kinderwens.⁴⁵⁰ Kiezen voor altruïstisch draagmoederschap betekent huwelijksbeletselen in geval van draagmoederschap opheffen, aangezien een overgrote meerderheid (meer dan 80%) beroep doet op vrienden en familie.⁴⁵¹

⁴⁴⁷ Wetsontwerp houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, *Parl.St.* Senaat, 2013-2014, nr. 5-2445/5.

⁴⁴⁸ Inspiratie werd hierbij gehaald uit: Art. 9 Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4308/1; Art. 16 Wetsvoorstel (G. SWENNEN en M. TEMMERMAN) houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl. St.* Senaat 2010-2011, 5-929/1. Hierbij moet opgemerkt worden dat de betwistingsregels van C. DEFRAIGNE onduidelijk zijn opgesteld. Het tweede voorstel legt voor dat de draagmoeder nooit het ouderschap kan betwisten en de wensouders steeds. Deze masterproef volgt deze logica echter niet, aangezien lijkt dat niet aan alle (uitzonderlijke) omstandigheden is gedacht.

⁴⁴⁹ D. PIRE, "L'enfant incestueux et la Convention européenne des droits de l'Homme", *JLMB* 1990, 1169-1170; E. LANGENAKEN, "Le droit de la filiation face à l'inceste: norme égalitaire ou norme symbolique", *RTDF* 2004, 356-369; J. WITTE en R.M. KINGDON, *Sex, marriage, and family in John Calvin's Geneva: Courtship, engagement and marriage*, Grant Rapids, WM B. Eerdmans Publishing Co., 2005, 329.

⁴⁵⁰ Antwerpen (Jk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN; G. BIRNBAUM, "Surrogacy, autonomy and the surrogate mother", *Ucl Juris.Rev.* 1999, (100) 101-102; J.M. MASSON, R. BAILEY-HARRIS en R. PROBERT, *Principles of family law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 883; I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1994, 490; P. BORGHS, *Juridische aspecten homoseksueel ouderschap. Het recht om lief te hebben*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 72; P. VLAANDINGERBROEK, "Draagmoederschap" in X, *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. Du jeune Barreau de Liège, 1997, (10) 12.

⁴⁵¹ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 24. Er wordt benadrukt dat dit indicerende cijfers zijn. Aangezien vooral commerciële draagmoederschappen verborgen worden gehouden of voor deze vorm aan draagmoederschapstoerisme wordt gedaan, moeten deze cijfers dus enigszins genuanceerd worden. De tendens is wel duidelijk.

75. VOORGESTELD UITZONDERINGSREGIME IN OVEREENSTEMMING MET ART. 8 EVRM? – Aangezien de voorgestelde regeling raakt aan het afstammingsrecht, valt logischerwijze te concluderen dat deze regeling onder art. 8 EVRM valt.⁴⁵² Er kan tot een inmenging op art. 8 EVRM besloten worden, aangezien de overheid op strikte wijze oplegt hoe een wettelijke afstammingsband ontstaat. Om tot een schending van art. 8 EVRM te besluiten, worden de legaliteits-, finaliteits- en proportionaliteitsvereiste onderzocht. Door het simpele feit dat de overheid sleutelt aan de wettelijke afstammingsregels, is al voldaan aan de legaliteitsvereiste.⁴⁵³ De beperkingsgronden van art. 8, tweede lid EVRM worden ruim uitgelegd. Zo komt rechtszekerheid in aanmerking als passend, wettig doel zijn. Betreffende de proportionaliteitsvoorwaarde moet de nationale appreciatiemarge van EVRM-lidstaten omtrent een regeling van de vestiging van afstammingsbanden tussen kind en wensouders onderzocht worden. Gelet op het gebrek aan consensus en het gevoelige rechtsdomein, nl. afstamming na draagmoederschap, moet tot een zekere mate van appreciatiemarge besloten worden.⁴⁵⁴ Daarentegen zal in vergelijking met de appreciatiemarge van de EVRM-lidstaten omtrent moderne voortplantingstechnieken (*supra* randnummers 56-60), deze appreciatiemarge beperkter zijn. In het geval van de afstammingsmaterie is het kind immers al geboren, waardoor niet alleen het recht op privéleven van ouders, maar ook het familie- en gezinsleven van individuen en het privéleven van het kind – leg de link met het ouderschap als onderdeel van het recht op identiteit van het kind⁴⁵⁵ (*supra* randnummer 62) - in het gedrang komen. Echter zal in het *fair balance*-onderzoek de afweging van de onderliggende belangen cruciaal zijn. Opteren voor een uitzonderingsregime in het oorspronkelijk afstammingsrecht biedt de wensouders en het kind een groot voordeel. Op socio-affectief en juridisch vlak is het

⁴⁵² Zie hierbij o.a. EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx v. België; EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82, Johnston en anderen v. Ierland; EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland; EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk; EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk.

⁴⁵³ H.D.C. ROSCAM ABBING, "Artikel 8: recht op privéleven", in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (105) 111; P. DE HERT, "Recht op privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 716-717; S. FOSTER, *Human Rights and Civil Liberties*, Harlow, Longman, 2011, 44.

⁴⁵⁴ In volgende arresten werd besloten tot een wijde, nationale appreciatiemarge omtrent draagmoederschap, dus moet dit ook het geval zijn bij afstamming na draagmoederschap: EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli v. Italië; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk; EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk; EHRM 11 september 2014, nr. 29176/13, D en anderen v. België.

⁴⁵⁵ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk, §56-59; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §77-80. Omwille van deze redenen werd immers besloten tot een vrij beperkte nationale appreciatiemarge.

alsof de wensmoeder (en partner) zelf geboorte aan het kind zou(den) geven. Beroep doen op deze afstammingswijze is niet traceerbaar, waardoor de nodige discretie wordt verzekerd. De voorgestelde wijziging van de betwistingsregels (*supra* vorig randnummer) verzekert de draagmoeder gemoedsrust. De draagmoeder wordt bovendien niet meer betrokken in een aanslepende adoptieprocedure en is door een keurig uitgewerkt uitzonderingsregime geruster om haar medewerking te verlenen. Rechtszekerheid is hierbij zowel voor het kind, de draagmoeder, de wensouders en de maatschappij een gedeeld belang. Verder is het belang van de staat ook gediend: de uitgangsprincipes van het afstammingsrecht worden bij dit uitzonderingsregime niet verlaten. Enkel wordt één uitzondering op het quasi-sacramentale *mater semper certa est*-adagium ingevoerd. Als onderbouwing van dit uitzonderingsregime wordt daarbij ook gesteund op EHRM-rechtspraak, nl. het arrest Kroon v. Nederland en de rechtshistorische analyse van de ratio achter het adagium.⁴⁵⁶ De genetische en sociale werkelijkheid botsen immers met een absoluut werkend afstammingsvermoeden, dat niemand baat en ingaat tegen alle belangen van de betrokken partijen.⁴⁵⁷ Uit deze analyse moet aangenomen worden dat deze wettelijke regeling in overeenstemming is met art. 8 EVRM. De *fair balance* is daarbij gerespecteerd.

⁴⁵⁶ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland.

⁴⁵⁷ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §40.

3.3 Genetische link versus niet-genetische link

76. VOORKEUR VOOR EEN GENETISCHE LINK – De voorkeur van deze masterproef gaat uit naar de noodzaak van een genetische link tussen het kind met ten minste één van de wensouders om een draagmoederschapsprocedure te mogen opstarten. Deze gedachte is ten eerste ingegeven door de EHRM-rechtspraak. In het arrest Kroon v. Nederland wordt enerzijds de nadruk gelegd op de nood aan een genetische band met het kind om af te mogen wijken van een absoluut afstammingsvermoeden.⁴⁵⁸ Daarbij wordt in de arresten Labassee en Mennesson v. Frankrijk ook het belang van genetische verwantschap als component van de identiteit van het kind benadrukt.⁴⁵⁹ In het arrest Paradiso en Campanelli v. Italië werd de weigering van de Italiaanse ondermeer gerechtvaardigd, doordat geen enkele genetische band tussen het kind en de wensouders bestond.⁴⁶⁰ Ook spreken meerdere, ingediende wetsvoorstellen met een permissief kader omtrent draagmoederschap zich in deze zin uit.⁴⁶¹ Enkel het wetsvoorstel van B. TOMMELEIN opteerde naast hoogtechnologisch ook voor laagtechnologisch draagmoederschap.⁴⁶² Ook in de huidige praktijk worden in ziekenhuizen UZ Gent, Centre Hospital de Liège en UMC Sint-Pieter (de fertiliteitscentra die het meeste draagmoederschappen uitvoeren) enkel hoogtechnologische, altruïstische draagmoederschappen aanvaard.⁴⁶³ In de rechtspraak is een tendens waarneembaar waarbij

⁴⁵⁸ EHRM 27 oktober 1994, nr.18535/91, Kroon v. Nederland, §40.

⁴⁵⁹ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk, §78; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk, §99.

⁴⁶⁰ EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli v. Italië, §76, *in fine*.

⁴⁶¹ Wetsvoorstel (C. NYSSENS) tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St.* Kamer BZ 2007, nr. 52K0170/001; Art. 2, tweede lid en art. 8 Wetsvoorstel (P. MAHOUX) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-633/1; art. 3, eerste lid wetsvoorstel Wetsvoorstel (M. TEMMERMAN en M. VANLERBERGHE) tot bestraffing van het commercieel draagmoederschap en de publiciteit hiervoor, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-557/1; Art. 5 Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-308/1;

⁴⁶² Art. 2 Wetsvoorstel (B. TOMMELEIN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1.

⁴⁶³ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013,

<https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 15-17; I. STUYVER, K. DENYS en M. DHONT, "Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen: Medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2007, 1021-1029.

Hierbij moet opgemerkt worden dat de gegevens van beide bronnen niet up to date zijn en slechts de gegevens van de bekende ziekenhuizen zijn gepubliceerd. In het licht van de indicatiecijfers kan wél tot deze vaststelling gekomen worden.

adopties na hoogtechnologisch draagmoederschap wel worden aanvaard, maar verzoeken voor adopties na laagtechnologisch draagmoederschap vaak worden afgewezen.⁴⁶⁴ Er valt te concluderen dat een genetische link als ontvankelijkheidsvoorwaarde te prefereren valt.⁴⁶⁵

77. VEREISTE VAN GENETISCHE LINK STRIIDIG MET ART. 8 EVRM? – Dergelijke vereiste raakt ongetwijfeld aan het privéleven van wensouders, waardoor art. 8 EVRM van toepassing is.⁴⁶⁶ Door deze voorwaarde wettelijk in te voeren is automatisch aan de legaliteitsvereiste voldaan.⁴⁶⁷ Door de erg ruime interpretatiemogelijkheden van art. 8, tweede lid EVRM kan als wettig doel ‘de bescherming van de goede zeden’ gekozen worden. Het belangrijkste onderdeel van het mensenrechtelijke aftoetsen is de proportionaliteitstest.⁴⁶⁸ Betreffende de nationale appreciatiemarge moet ook hier besloten worden dat EVRM-lidstaten over een zekere appreciatiemarge beschikken.⁴⁶⁹ In de *fair balance*-afweging wordt het belang van de overheid door deze vereiste gediend. Deze vereiste zet een zekere rem op het aantal aanvragen, waardoor de kans op misbruik of een excessief gebruikmaken van draagmoederschap wordt tegengegaan. Aansluitend bij de rechtvaardiging van ‘goede zeden’ wordt ingegaan tegen de idee van ‘de samenstelling van van het eigen, perfecte kind’ (*supra* randnummer 33). Hiermee wordt bedoeld op scenario’s waarbij de wensouders zouden weigeren om van hun eigen zaad- en/of eicellen gebruik te maken, maar daarentegen donoren met specifieke, fysiologische eigenschappen (blond haar, groene ogen, bepaalde lengte, etc.)

⁴⁶⁴ Gent (15^e k.) 16 januari 1989, *TGR* 1989, 52-53; Jeugdrrb. Antwerpen 22 april 2010, *T.Fam.* 2010, 43, noot L. PLUYM; Jeugdrrb. Hoei (11^e k.) 22 december 2011, *RTDF* 2012, 404, noot.

⁴⁶⁵ P. D’ORNELLAS, *Bioéthique. Propos pour un dialogue*, Parijs, Lethellieux, 2009, 103.

⁴⁶⁶ Aangezien dergelijke voorwaarde zich situeert als ontvankelijkheidsvoorwaarde om een draagmoederschapsprocedure te beginnen, bestaat er nog geen kind. Het recht op familielevens tussen kind en ouders is in deze situatie bijgevolg niet van toepassing.

⁴⁶⁷ H.D.C. ROSCAM ABBING, “Artikel 8: recht op privéleven”, in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (105) 111; P. DE HERT, “Recht op privacy” in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 716-717; S. FOSTER, *Human Rights and Civil Liberties*, Harlow, Longman, 2011, 44.

⁴⁶⁸ F. DORSSEMONT, I. SCHÖMANN en K. LÖRCHER, *The European Convention on human rights and the employment relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 197-198; R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 66.

⁴⁶⁹ In volgende arresten werd besloten tot een wijde, nationale appreciatiemarge omtrent het draagmoederschapsfenomeen, dus moet dit ook het geval zijn bij het kiezen voor een genetische link bij regularisering van draagmoederschap: EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli v. Italië; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson v. Frankrijk; EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk; EHRM 11 september 2014, nr. 29176/13, D en anderen v. België.

prefereren.⁴⁷⁰ Op particulier niveau daarentegen, worden wensouders, die niet over werkbare ei- of zaadcellen beschikken, benadeeld. De mogelijkheid bestaat dat ze geen beroep meer kunnen doen op de draagmoederschapsprocedure. Voor deze wensouders staat echter nog steeds de mogelijkheid van adoptie open. De mogelijkheid tot kinderen wordt aan deze personen niet definitief ontzegd. Hier valt een sterke analogie met de arrest *Evans v. Verenigd Koninkrijk*⁴⁷¹ en *S.H. en anderen v. Oostenrijk*⁴⁷² te trekken. De mogelijkheid om genetisch ouder te worden weegt niet zwaarder door dan de mogelijkheid om niet-genetisch ouder te worden.⁴⁷³ Dit gegeven, gepaard met de ruime appreciatiemarge, zal niet strijdig zijn met art. 8 en art. 14 EVRM. Vanuit het perspectief van de draagmoeder is deze vereiste ook positief te onthalen. Dergelijke voorwaarde vergemakkelijkt het voor de draagmoeder om het kind na de geboorte aan de wensouders af te staan. Ze weet immers dat het kind genetisch gelinkt is aan (één van) de wensouders. Het kind zelf ook heeft ook belang bij deze voorwaarde. De genetische verwantschap maakt een sterk onderdeel uit van het recht op identiteit van het kind.⁴⁷⁴ Er moet aangenomen worden dat de vereiste van een genetische link met (één van) de wensouders bijgevolg niet strijdig is met art. 8 EVRM, aangezien deze maatregel een *fair balance* nastreeft. Tot slot moet opgemerkt worden dat de vereiste van genetisch verwantschap aansluit bij de Krooncriteria en het voorgestelde uitzonderingsregime op het *mater semper certa est*-adagium.

⁴⁷⁰ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, "Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), 5 juli 2004, nr. 30", in J. STIENNON, L. CASSIERS, M. BOGAERTS en M. ROELANDT (Eds.), *De adviezen van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek 2000-2004*, Heverlee-Leuven, LannooCampus, 2005, 579.

⁴⁷¹ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, *Evans v. Verenigd Koninkrijk*.

⁴⁷² EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, *S.H. en anderen v. Oostenrijk*.

⁴⁷³ EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, *Evans v. Verenigd Koninkrijk*; M. EIJKHOLT, "Het recht op procreatie: voldragen of in statu nascendi?", *TvGR* 2007, (2) 5.

⁴⁷⁴ EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee v. Frankrijk*, §78; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Menesson v. Frankrijk*, §99.

3.4 Medisch *ultimum remedium*-vereiste voor draagmoederschap?

78. VOORKEUR VAN WETGEVER VOOR MEDISCH *ULTIMUM REMEDIUM*-VEREISTE – Uit een analyse van de permissieve wetsvoorstellen omtrent draagmoederschap valt een onmiskenbare unanimiteit omtrent de voorwaarde van draagmoederschap als medisch *ultimum remedium* af te lezen.⁴⁷⁵ Dit betekent dat de ingediende wetsvoorstellen uitgaan dat individuen bio-fysiologisch niet in staat zijn om op natuurlijke wijze kinderen te krijgen. Met deze vereiste wordt tegemoetgekomen aan de grootste groep belanghebbenden, die kampen met structurele infertiliteit (*supra* randnummer 12). Dit laatste argument, waarbij copy-pastegewijs feitelijke gegevens als waarheid en norm worden aangenomen, zal echter worden aangevochten in het volgende randnummer. Alle wetsvoorstellen in die zin wijzen naar een voorgaand, gynaecologisch onderzoek, waarbij de conformiteit met deze voorwaarde gecontroleerd wordt. In de praktijk hanteert haast elke Belgische fertiliteitskliniek - op het UZ Gent na - deze 'dwingende, medische redenen'-vereiste. Deze unanimiteit vanuit het kamp van de wetgever en deze meerderheidsvisie vanuit de praktijk hebben tot gevolg dat bij legalisering van draagmoederschap deze vereiste niet genegeerd kan worden.

79. MEDISCH *ULTIMUM REMEDIUM*-VEREISTE STRIIDIG MET ART. 8 EVRM? – Het is duidelijk dat ook deze vereiste raakt aan het privéleven van de betrokken personen en een inmenging uitmaakt op de bescherming van het recht op privéleven.⁴⁷⁶ Aan de legaliteitsvereiste van art. 8, tweede lid EVRM is voldaan door de voorwaarde wettelijk in te schrijven.⁴⁷⁷ Er kan gepleit worden dat de wetgever de bescherming van de goede zeden en volksgezondheid beoogt. EVRM-lidstaten zullen rekening houdende met de sensitiviteit van deze materie en het gebrek

⁴⁷⁵ Art. 5 §1 Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-308/1; Art. 4 §1 Wetsvoorstel (B. TOMMELEIN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1; Wetsvoorstel (P. VANKRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-193/1; Wetsvoorstel (H. VAUTMANS) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, nr. 52K0969/001.

⁴⁷⁶ Net zoals bij de genetische link-vereiste kan hier geen sprake van familielevens tussen ouders en kind zijn, aangezien deze vereiste ook een ontvankelijkheidsvoorwaarde betreft. Op het ogenblik van het onderzoek van de *ultimum remedium*-vereiste is nog geen kind, waardoor nog geen familielevens om te beschermen voorhanden is.

⁴⁷⁷ H.D.C. ROSCAM ABBING, "Artikel 8: recht op privéleven", in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (105) 111; P. DE HERT, "Recht op privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM – Deel 2: Artikelsgewijze Commentaar – Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 716-717; S. FOSTER, *Human Rights and Civil Liberties*, Harlow, Longman, 2011, 44.

aan internationale consensus over een zekere, nationale appreciatiemarge beschikken.⁴⁷⁸ In de *fair balance*-afweging is de ratio achter deze voorwaarde vanuit het perspectief van het algemeen belang van de overheid erg logisch. De wetgever wil zich ervan verzekeren dat draagmoederschap wordt voorbehouden voor koppels, die er ook effectief nood aan hebben. Daarom wil de wetgever potentieel misbruik vermijden en een rem op het aantal aanvragen zetten. Individuen kunnen immers uit eigen belang beroep doen op een draagmoeder om negatieve zwangerschapsgevolgen⁴⁷⁹ te ontlopen. Op particulier niveau betekent het invoeren van de vereiste van dwingende, medische redenen het uitsluiten van een specifieke groep personen, die wegens andere omstandigheden niet in staat zijn om kinderen te krijgen. Er wordt gerefereerd aan homoseksuele koppels die kampen met functionele infertiliteit (*supra* randnummer 12). Dit onderscheid zal redelijk en verantwoord moeten zijn om een eerlijk evenwicht tussen de belangen van de overheid en de betrokken individuen te bewerkstelligen.⁴⁸⁰ De medische *ultimum remedium*-vereiste kan gezien worden als een (onbewuste) indirecte discriminatie op grond van seksuele oriëntatie.⁴⁸¹ Enkel het wetsvoorstel TEMMERMAN en SWENNEN geeft homoseksuelen de mogelijkheid tot draagmoederschap.⁴⁸² In de zaak E.B. v. Frankrijk oordeelde het EHRM dat het uitsluiten van homoseksuelen als adoptievoorwaarde strijdig was met art. 8 EVRM.⁴⁸³ Zo veranderde België

⁴⁷⁸ Als EVRM-lidstaten bij draagmoederschap over een zekere appreciatiemarge beschikken, is dit bijgevolg ook bij een regulering omtrent draagmoederschap. Illusterende arresten betreffende de appreciatiemarge omtrent draagmoederschap: EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli v. Italië*; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Menesson v. Frankrijk*; EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee v. Frankrijk*; EHRM 11 september 2014, nr. 29176/13, *D en anderen v. België*. Omtrent de ruim, toegekende appreciatiemarge betreffende ethische thema's moet gerefereerd worden aan: EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05, *A, B en C v. Ierland*, §112 juncto 235-236.

⁴⁷⁹ Denk hierbij o.a. aan ongewenste carrièreonderbrekingen, lichamelijke ontwikkelingen en stemmingswisselingen ten gevolge van de zwangerschap, etc.

⁴⁸⁰ A. BAKER, "The enjoyment of rights and freedoms: A new conception of the ambit under article 14 ECHR", *Modern Law Review* 2006, 714-737; E. BREMS, *Human rights: Universality and diversity*, Den Haag, Kluwer law International, 2001, 365; G.J.H. VAN HOOF en P. VAN DIJK (Eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 80-82; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: A study of proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on human rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 192-193; L.C. GROEN, *Het zelfrealisatierecht: Ruimtelijk instrumentarium in verhouding tot het eigendomsrecht*, Amsterdam, Stichting Instituut voor Bouwrecht, 2014, 76-80; R. UERPMANN-WITZACK, "Personal Rights and the Prohibition of Discrimination" in D. EHLERS (Ed.), *European Fundamental rights and freedoms*, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften, 2007, (69) 70-71.

⁴⁸¹ D. HARRIS, D. MOECKLI, S. SANGEETA en S. SIVAKHUMARAN (Eds.), *International human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 165-166.

⁴⁸² Art. 2, 2° Wetsvoorstel (G. SWENNEN en M. TEMMERMAN) houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, Parl. St. Senaat 2010-2011, 5-929/1.

⁴⁸³ EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, *E.B. v. Frankrijk*.

ook zijn adoptievoorwaarden door adoptie open te stellen voor homoseksuelen.⁴⁸⁴ De verklaring om hen uit te sluiten was dat een adoptie, in belang van het kind, moest corresponderen aan het biologische vermogen om ouder van een kind te kunnen worden.⁴⁸⁵ Ook de recentelijk ingevoerde meemoederwet wenste op afstammingsvlak naar een gelijkheid van homoseksuele partners te streven. De rol van het Grondwettelijk Hof was hierin toonaangevend en progressief.⁴⁸⁶ Het recht niet (in)direct te discrimineren op grond van seksuele oriëntatie wordt in het bijzonder beschermd door art. 14 EVRM, *in casu* in samenhang te lezen met art. 8 EVRM.⁴⁸⁷ Uit diverse EHRM-arresten blijkt immers dat een verschil in behandeling omtrent seksuele geaardheid slechts op grond van uitzonderlijk ernstige redenen kan verantwoord worden.⁴⁸⁸ De nationale appreciatiemarge van de EVRM-lidstaten is hieromtrent erg klein.⁴⁸⁹ Differentieel behandelen, louter en alleen gesteund op gronden van seksuele oriëntatie is voor het EHRM niet te rechtvaardigen.⁴⁹⁰ Uit het voorgaande moet aangenomen worden dat het betwijfelbaar is of een enge interpretatie van het medische *ultimum remedium*-vereiste verenigbaar is met art. 8 en art. 14 EVRM. Rekening houdende met alle belangen in de *fair balance*-afweging is het verdedigbaar dat de medische *ultimum remedium*-vereiste niet strijdig is met art. 8 en art. 14 EVRM indien deze voorwaarde ook homoseksuele partners toestaat. Op grond van functionele infertiliteit, nl. het ontbreken van twee diverse voortplantingsorganen, kan ook geconcludeerd worden tot een onmogelijke, natuurlijke conceptie. Op deze wijze wordt wél een *fair balance* tussen de algemene en

⁴⁸⁴ Wet 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepaling van het burgerlijk wetboek teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *BS* 20 juni 2006, in werking getreden op 30 juni 2006, 31128-31129.

⁴⁸⁵ M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, (402) 404.

⁴⁸⁶ Grondwettelijk Hof 12 juli 2012, nr. 93/2012, *RTDF* 2013, 153, noot J. SOSSON en S. CAP, *RW* 2012-13, 38 en *RW* 2012-13, 943; P. BORGHIS, "Grondwettelijk Hof versoepelt adoptie door meemoeder", *Juristenkrant* 2012, afl. 253, 4-5.

⁴⁸⁷ EHRM 27 september 1999, nr. 31417/96 en nr. 32377/96, *Lustig-Prean en Beckett v. Verenigd Koninkrijk*, §95; A. BAKER, "The enjoyment of rights and freedoms: A new conception of the ambit under article 14 ECHR", *Modern Law Review* 2006, 714-737; G. DUTERTRE, *Key Case-law extracts – European Court of human rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2003, 357-358; M. FOROWICZ, *The reception of international law in the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 180; R. UERPMANN-WITZACK, "Personal Rights and the Prohibition of Discrimination" in D. EHLERS (Ed.), *European Fundamental rights and freedoms*, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften, 2007, (69) 70-71.

⁴⁸⁸ EHRM 27 september 1999, nr. 33985/96 en nr. 33986/96, *Smith en Gardy v. Verenigd Koninkrijk*, §90; EHRM 9 januari 2003, nr. 39392/98 en nr. 39829/98, *L. en V. v. Oostenrijk*, §45.

⁴⁸⁹ EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98, *Karner v. Oostenrijk*, §41; EHRM 2 maart 2010, nr. 13102/02, *Kozak v. Polen*, §92; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 69.

⁴⁹⁰ EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, *E.B. v. Frankrijk*, §93 en §96.

particuliere belangen bereikt, waardoor art. 8 en art. 14 EVRM niet geschonden worden. Ten slotte vecht deze meesterproef het argument aan, waarbij op basis van feitelijke gegevens van Belgische fertiliteitscentra wordt besloten dat de grootste groep wensouders met structurele infertiliteit zijn. Het letterlijk aflezen van de verzamelgegevens van C. AUTIN staft immers dit argument. Bij het nader analyseren van de gegevens van C. AUTIN valt ons op dat homoseksuele koppels enkel in het UZ Gent worden aanvaard.⁴⁹¹ Het UZ Gent aanvaardt in het geval van draagmoederschap enkel Belgische applicanten.⁴⁹² In totaal werden sinds 2004 reeds twintig procedures in Gent uitgevoerd, wat iets meer dan één derde van het totale aantal Belgische applicanten is.⁴⁹³ Tot en met 2010 werden slechts zes procedures uitgevoerd, waarvan slechts vijf IVF's succesvol afliepen.⁴⁹⁴ Van de vijftien procedures, sinds de toelating van homoseksuele wensouders tot en met eind 2013, is de spreiding tussen de groep van de homoseksuele wensouders en de groep van de structurele infertiliteit onbekend.⁴⁹⁵ Deze masterproef duidt op het aanzienlijke verschil in aantal applicanten: over de periode 2004-2010 werd gemiddeld één procedure per jaar uitgevoerd door Belgische, heteroseksuele wensouders. In de periode 2011-2013 waren dat er vijf per jaar. Dit doet vermoeden dat een erg groot aandeel van de vijftien applicanten in de periode 2011-2013 homoseksuele wensouders moet zijn. Indien de gemiddelde lijn van 2004-2010 wordt doorgetrokken, zou dit betekenen dat er van de vijftien applicanten drie personen tot de groep structurele infertiliteit behoren en twaalf homoseksuele koppels aanwezig zouden zijn. Dit aantal betekent - rekening houdende met de strikte nationaliteitsvereiste van het UZ Gent - dat meer dan 20% van het totale aantal aanvaarde draagmoederschapsprocedures van Belgen over de periode 1995-2013 (namelijk 59) homoseksuele partners betreft, terwijl dit percentage van 20% afkomstig

⁴⁹¹ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 17.

⁴⁹² C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 17

⁴⁹³ C. AUTIN, *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>, 22.

⁴⁹⁴ I. STUYVER en P. DE SUTTER, "A five-year experience with gestational surrogacy and the impact of legal changes", *Human Reproduction* 2010, Vol. 25, 235.

⁴⁹⁵ 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.

is van slechts één van de drie Belgische klinieken (opgenomen in het onderzoek van C. AUTIN)⁴⁹⁶ en slechts slaat op een periode van drie jaar. Rekening houdende met de sterke stijging van het aantal applicanten voor het ethisch comité van het UZ Gent en met het doortrekken van bovenstaande redenering naar de toekomst toe, schat deze masterproef dat het aantal aanvaarde, homoseksuele, Belgische applicanten voor draagmoederschapsprocedures tegen 2020 geen minderheidsgroep meer is, maar integendeel uit een relatieve meerderheid zal bestaan. Op basis van deze redenering en analyse van feitelijke gegevens kan het medische *ultimum remedium*-vereiste niet verdedigen dat enkel personen met fertiliteitsproblemen geholpen kunnen worden aangezien zij de grootste belangengroep vormen. Homoseksuelen zijn op dit moment wellicht (de cijfers lopen in het onderzoek van C. AUTIN en de bijdragen in het verzamelwerk van S. TACK en G. VERSCHULDEN immers tot 2013 en niet tot 2015, dus gaan we uit van de huidig bekende cijfers) nog een minderheidsgroep, maar dit is eerder ten gevolge van de jarenlange uitsluiting van homoseksuele applicanten. Het is duidelijk dat deze ‘functionele infertiliteits’-groep aan een sterke inhaalbeweging bezig is. Daarom suggereert deze masterproef aan de wetgever om zich niet blind te staren op de huidig bekende, feitelijke gegevens en raadt ze alleen al omwille van het potentiële discriminatiegevaar ten aanzien van homoseksuelen aan om het medische *ultimum remedium*-principe ruim te interpreteren, zodat de procedure ook open staat voor homoseksuelen.

⁴⁹⁶ C. AUTIN neemt slechts drie fertiliteitscentra in rekening. Eigen onderzoek heeft het UZ Antwerpen eraan toegevoegd. In deze redenering wordt echter slechts rekening gehouden met het extensieve onderzoek van C. AUTIN.

4 Eindconclusie

Deze eindconclusie wenst een summiere samenvatting van deze masterproef te geven terwijl het antwoord biedt op de onderzoeksvragen uit de inleiding. Aangezien deze eindconclusie de opgedane kennis van de vorige drie hoofdstukken recapituleert, wordt omwille van deze reden de voetnoten beperkt tot een minimum om het leestempo te bevorderen. Nieuw, aangehaalde feiten of ondersteunende commentaren worden wel met een bron ondersteund.

Op de eerste deelvraag kan geantwoord worden dat draagmoederschap verschillende types kent en in het licht van de indicatiecijfers een vrij marginaal verschijnsel vormt. Er wordt vooral beroep op gedaan vanwege medische complicaties, waarvan het MRK-syndroom en hysterectomie de belangrijkste zijn. Alleenstaanden en homoseksuele koppels vormen ook een belangrijke belangengroep. Meerdere Belgische klinieken passen reeds draagmoederschap toe. Ook zijn er reeds meerdere wetsvoorstellen ingediend. Ook de Belgische rechtsspraak en ethische instanties lijken naar een aanvaarding van het (altruïstisch) draagmoedersfenomeen te streven. Er is dus duidelijk vraag naar toepassing van het fenomeen. Echter past draagmoederschap niet in het Belgisch rechtssysteem. Het is strijdig met het afstammings- en verbintenissenrecht. Deze masterproef focuste vooral op de strijdigheid met het afstammingsrecht.

De vaststelling van moeder- en vaderschap zijn in het Belgisch recht op geheel andere uitgangspunten gebaseerd, nl. een genetisch vaderschap en een biologisch, niet-genetisch moederschap. Dit zorgt ervoor dat de wensvader het in de draagmoederschapsproblematiek gemakkelijker dan de wensmoeder heeft om zijn vaderschap vast te stellen, aangezien hij meestal de genetische vader is op grond van hoogtechnologisch draagmoederschap (meest toegepaste vorm) en er niet perse een ‘concurrerende’ juridische ouder is (ongehuwde draagmoeder), wat steeds het geval is voor de wensmoeder. De vaderlijke afstamming daarbij ook ondergeschikt aan moederlijke afstamming: het maakt immers een verschil uit indien de vrouw gehuwd is of niet. Deze verschillende uitgangspunten zijn dan ook het gevolg van een afstammingswet die ooit ontworpen is vanuit een heteroseksuele ouderschapsnorm, waarbij man en vrouw (liefst getrouwd) samen instaan voor de opvoeding van het kind. Het Belgisch

afstammingsrecht is bijgevolg onaangepast aan het draagmoederschapfenomeen. De vraag dringt zich op of – vooral in het licht van technologische en medische progressie - het huidige afstammingsrecht niet herleid is tot een te formeel wettelijk recht. Het huidige afstammingsrecht is onaangepast aan draagmoederschapssituaties, wat pijnlijk duidelijk wordt door de rigide gevolgen bij een strikte toepassing van de wet. Draagmoederscontracten zijn nietig, waardoor het contract niet in rechte kan afgedwongen worden. Het *in pari causa*-adagium kan ook spelen. De draagmoeder wordt steeds de juridische draagmoeder. Nog gecompliceerder is de situatie waarbij de draagmoeder getrouwd is. Deze complicaties zijn het gevolg van een absoluut afstammingsvermoeden, nl. het *mater semper certa est*-criterium, waarbij geen enkele rekening wordt gehouden met feitelijke omstandigheden.

De enige mogelijke legale oplossingen zijn adoptie of de piste van het anoniem bevallen in het buitenland. Deze oplossingen zorgen echter voor rechtsonzekerheid door de complexiteit van deze juridische omwegen. Ook is een grenzeloos vertrouwen in de medewerking van de draagmoeder noodzakelijk. Haar toestemming na de geboorte is immers steeds doorslaggevend. Ten slotte kan het Openbaar Ministerie ter bescherming van het algemeen belang steeds ingrijpen. Het is nog maar de vraag of het inleiden van een gerechtelijke adoptieprocedure na de geboorte van het kind of het nemen van juridische sluiptwegen (erkenning na anonieme bevalling in het buitenland) om de afstamming vast te leggen mensenrechtelijk vanuit het belang van het kind en de wensouders te verantwoorden is. Het EHRM-arrest *Marckx. v. België* gaat er juist om dat aan elk kind een vaste moederlijke afstammingsband gewaarborgd moet worden. Aangezien het voor de wensvader haalbaarder is om zijn vaderschap vast te laten stellen, dringt zich dus vooral vanuit het perspectief van de wensmoeder en het primordiaal belang van het kind een vereenvoudigd juridisch statuut op. Wensouders moeten – ongeacht hun huwelijkse staat of seksuele aard - direct en dus zonder omwegen een oorspronkelijke afstammingsband kunnen vastleggen ten aanzien van het kind.

Op de tweede, derde en vierde deelvraag zoomde het tweede hoofdstuk dieper in. Hier werd niet alleen een mensenrechtelijke analyse van draagmoederschap zelf, maar ook van moderne voortplantingstechnieken, het recht op een kind en absolute afstammingsvermoedens gegeven. Door de ruim en autonoom te interpreteren begrippen privé- en familielevens (en

door meerdere EHRM-arresten) is af te leiden dat draagmoederschapsgevallen onder art. 8 EVRM vallen. Antwoordend op de derde vraag maken zowel de heersende mensenrechtendoctrine als de uitspraken van het EHRM duidelijk dat ouders niet zozeer een afdwingbaar recht hebben op een kind. Het betreft eerder een privilege dan een te claimen recht. De keuze om (genetisch) ouder te worden is immers even belangrijk om (genetisch) geen ouder te worden. Daarentegen valt in te brengen dat het EHRM positiever staat ten aanzien van de mogelijkheid om beroep te doen op moderne voortplantingstechnieken, wat eerder de mogelijkheid tot het recht op een kind dan een daadwerkelijk recht op een kind betreft. Nadat het EHRM zich hier positief over uitliet in het Dickson-arrest, verruimde het EHRM deze stelling op erg progressieve wijze in het eerste S.H. en anderen v. Oostenrijk-arrest. Het EHRM hervormde echter onder zware politieke druk dit laatste arrest. Het is nog maar de vraag of alle uitspraken uit dit arrest volledig toerekenbaar zijn aan het Hof en of de hervormde uitspraak niet diende als 'zoenoffer' om de vrede tussen de EVRM-lidstaten en het EHRM te bewaren. Mijn inziens oordeelde het EHRM in het tweede arrest niet op een volledig onafhankelijke wijze, waardoor meer belang te hechten is aan het eerste S.H. en anderen v. Oostenrijk-arrest. Objectiever valt te stellen dat het EHRM enerzijds schippert tussen een recht op toegang tot moderne voortplantingstechnieken en anderzijds het feit dat EVRM-lidstaten deze vereiste door hun ruime nationale appreciatiemarge zelf moeten invullen. Aangezien België reeds een wettelijk kader omtrent medisch begeleide voortplantingstechnieken kent, is het voor de beantwoording van de onderzoeksvraag relevanter om dit leerstuk aan de legalisering van draagmoederschap te linken.

Nu duidelijk is dat draagmoederschap onder art. 8 (en in mindere mate art. 14) EVRM thuishoort, drong de vraag zich op of het ontbreken van een wettelijke regeling omtrent draagmoederschap een beperking van de rechten van art. 8 EVRM tot gevolg heeft. Vanuit het leerstuk van de positieve staatsverplichtingen wordt duidelijk dat ook het stilzitten van een overheid een verdragschending tot gevolg kan hebben. Om te weten of er ook een effectieve beperking voorhanden is, moet enerzijds afgeleid worden uit de omvang van de nationale appreciatiemarge. Uit arresten als *Mennesson en Labassee v. Frankrijk*, *D. en anderen v. België*⁴⁹⁷ en *Paradiso en Campanelli v. Italië* valt dan ook te besluiten dat EVRM-lidstaten in

⁴⁹⁷ EHRM 11 september 2014, nr. 29176/13, *D en anderen v. België*. Dit arrest werd niet besproken, aangezien het in vergelijking met de overige arresten geen toegevoegde waarde was.

het geval van draagmoederschap over een erg ruime appreciatiemarge beschikken. Tussen de EVRM-lidstaten bestaat geen consensus over het fenomeen. Het gaat dan ook over een uiterst gevoelige, ethische kwestie. Hierdoor kan dan ook geen daadwerkelijke positieve plicht tot legalisering voor de Belgische wetgever gevonden worden. Anderzijds gebeurt de afweging ook aan de hand van het *fair balance*-onderzoek, waarbij de algemene belangen en de particuliere belangen worden afgewogen. Daarnaast worden alle particuliere belangen onderling, (nl. belang van het kind, belang van de wensouders, belang van de draagmoeder, belang van de partner van de draagmoeder, etc.) tegen elkaar afgewogen. Hiermee is antwoord gegeven op de tweede deelvraag.

Antwoordend op de vierde deelvraag, openden de recente arresten Labassee en Mennesson v. Frankrijk daarentegen een ander perspectief. In deze arresten werd de nadruk gelegd op het belang van het kind, waarbij het recht op identiteit van het kind als onderdeel van zijn recht op privéleven centraal stond. Dit belang werd boven het maatschappelijk belang geplaatst. Deze twee arresten gingen niet zozeer om de legalisering van draagmoederschap zelf, maar eerder om het wegwerken van de uiterst negatieve consequenties ten aanzien van draagmoederschapskinderen bij een totaal verbod van het fenomeen. De EHRM-rechters namen het in deze zaken in het primordiale belang van het kind op voor deze kinderen. De rechtszekerheid en de identiteit van de kinderen waren immers in het gedrang, indien de genetische kind-ouderrelatie niet wettelijk erkend zou worden. Op deze dag zijn een ganze boel zaken hangende voor het EVRM, zoals Laborie v. Frankrijk⁴⁹⁸, Foulon v. Frankrijk⁴⁹⁹ en Bouvet en anderen v. Frankrijk⁵⁰⁰. Al deze zaken hebben tot doel om via het EHRM de EVRM-lidstaten te dwingen om een draagmoederschapslegalisering te bekomen op basis van het belang van het kind. Het is duidelijk dat voor het belang van het kind een bijzondere rol is weggelegd. Het EHRM legt een zeer grote zorgvuldigheid aan de dag bij het *fair balance*-onderzoek om te zien of het belang van het kind is gerespecteerd. In de arresten Mennesson en Labassee v. Frankrijk stond het EHRM in principe een verbod op draagmoederschap toe, maar perkte dergelijk verbod in indien er aan het belang van het kind wordt geraakt. Deze masterproef gaat ervan uit dat afwijzen van draagmoederschap steeds een negatieve impact

⁴⁹⁸ EHRM (nog geen uitspraak), nr. 44024/13, Laborie v. Frankrijk.

⁴⁹⁹ EHRM (nog geen uitspraak), nr. 9063/14, Foulon v. Frankrijk.

⁵⁰⁰ EHRM (nog geen uitspraak), nr. 10410/14, Bouvet en anderen v. Frankrijk.

heeft op het belang van het kind. De potentieel mensonwaardige gevolgen van een strikte toepassing van het Belgische recht en de aanvaardende tendens gelinkt aan het primordiale belang van het kind vormen dan ook de sterkste argumenten om te pleiten voor een draagmoederschapslegalisering. Vanuit de vaststelling dat ouders niet zozeer een claimbaar recht op een (genetisch) kind hebben, wordt het perspectief van de wensouders niet als argument aangehaald. De ruime, nationale appreciatiemarge die EVRM-lidstaten enerzijds de vrijheid biedt om draagmoederschap te verbieden, biedt de Belgische wetgever anderzijds ook de vrijheid om tot een effectieve legalisering over te gaan. Een wettelijk kader uitvaardigen zou dan ook eerder ingegeven zijn door de gedachte dat het niet reguleren of verbieden té veel negatieve consequenties met zich meebrengt, die voornamelijk vanuit het belang van het kind niet wenselijk zijn.

Verder antwoordend biedend op het eerste deel van de laatste deelvraag, zijn andere argumenten dat draagmoederschap op ethisch vlak draagmoederschap steeds meer aanvaard is geworden. Het advies van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, de Raad van State en het ESHRE luidden dat draagmoederschap op zich geoorloofd is en er een wettelijk kader voor zou moeten bestaan. Strikte voorwaarden, begeleiding en controle van de overheid zouden hierbij wel cruciaal zijn. Enkele ziekenhuizen passen in geringe mate draagmoederschapsprocedures toe. Echter leidt dit tot een feitelijke onzekerheid. Het beleid van de fertiliteitsziekenhuizen werkt onderling onvoldoende transparant en uniform. Het valt op voorhand moeilijk in te schatten wie beroep kan doen op dergelijk fertiliteitsprogramma. Het UZ Gent heeft zich sinds 2011 opengesteld voor homoseksuele koppels, terwijl dat bij de andere, Belgische fertiliteitscentra nooit is gebeurd. Het is ook afhankelijk van het fertiliteitscentra of de arts, een groep artsen of een ethisch comité overgaat tot het al dan niet toestaan van de draagmoederschapsprocedure. Ook hanteren de fertiliteitscentra andere criteria omtrent de nationaliteitsvereiste van de applicanten. De rechtsonzekerheid ten gevolge van het juridisch vacuüm omtrent draagmoederschap is uitvoerig de leidraad doorheen het volledige eerste hoofdstuk geweest. Dit zorgt voor een oncomfortabele positie voor nationale rechters, die met dergelijke zaken op de proef gesteld worden. Hun creativiteit wordt hierbij erg op de proef gesteld. Door het ontbreken van een wettelijk kader, wordt door mensen naar een uitweg gezocht. Hierbij worden vaak daden gesteld die niet door de

strafrechtelijke beugel kunnen.⁵⁰¹ Deze neiging tot strafrechtelijk handelen en het beroep doen op draagmoederschapstoerisme kunnen vermeden worden door het fenomeen gewoon te reguleren.

De centrale onderzoeksvraag valt grotendeels samen met het tweede deel van de laatste deelvraag. Daarom worden deze vragen samen beantwoord. Bij een legalisering van draagmoederschap is het onvermijdelijk om enkele fundamentele kwesties te beoordelen. In het derde hoofdstuk werd dan ook bewust gekozen om slechts enkele, maar uiterst belangrijke facetten omtrent een legalisering van draagmoederschap te bespreken. Elke suggestie werd dan ook steeds in het mensenrechtelijk licht van art. 8 (en art. 14) EVRM onderzocht. Deze masterproef schuift als eerste suggestie het belang van altruïstisch draagmoederschap naar voor. Hierbij werd ook aandacht besteed aan de situatie van personen die geen sociaal netwerk hebben om op terug te vallen, maar zich wel commercieel draagmoederschap kunnen veroorloven. Daarnaast werd gepleit om te opteren voor een oorspronkelijke afstammingsband tussen kind en wensouders in plaats van een (vereenvoudigde) adoptieve afstammingsprocedure. Een mensenrechtelijke fundering voor een uitzonderingsregime op het *mater semper certa est*-adagium werd aangeboden door het arrest Kroon v. Nederland. Vervolgens werd geopteerd voor een genetische link en een ruim op te vatten medisch *ultimum remedium*-vereiste als ontvankelijkheidsvoorwaarden om een draagmoederschapsprocedure te starten.

Naast deze cruciale elementen zijn er nog veel voorwaarden omtrent een draagmoederschapslegalisering bedenikbaar, zoals voorwaarden waaraan draagmoeder en wensouders moeten voldoen. Hierbij valt te denken aan medische attesten, psychologische testen, een bewijs van de duurzame, intieme relatie van de wensouders,⁵⁰² een minimumleeftijd van draagmoeder en wensouders, etc. In dit licht valt af te vragen in welke mate de huidige adoptiewetgeving inspirerend kan zijn. Ook erg belangrijk is welke rol een draagmoederschapsovereenkomst nog kan spelen in een strikt gereguleerd, wettelijk

⁵⁰¹ Hierbij valt te refereren aan o.a. valse naamdracht (art. 231 SW), valsheid in geschrifte (art. 196 SW), onderschuiving van een kind (art. 363 SW) en ontterende behandeling (art. 417bis, 3° SW). Voor deze laatste strafrechtelijke grond is de Baby D-zaak een mooie illustratie. Voor deze zaak: Gent 5 september 2005, *TJK* 2006, 24-26.

⁵⁰² Het kind moet immers in een veilige, stabiele omgeving kunnen opgroeien.

kader. Een wet moet bepalen welke elementen een draagmoederschapsovereenkomst verplicht moet bevatten en over welke elementen een zekere vrijheid bestaat. Het lag echter niet in de doelstelling van deze masterproef om elke mogelijke vereiste te evalueren in een mensenrechtelijk licht. Daartegenover stond een diepgaand onderzoek van het huidige recht, relevante EHRM-arresten en maatschappelijke ontwikkelingen, die hebben geleid tot een ruwe schets van een mogelijke legalisering.

Bibliografie

Wetgeving

België

Art. 8 en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, *BS* 19 augustus 1955, *err. BS* 29 juni 1961, 394.

Art. 22bis en art. 23 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994, 4135.

Boek 1, Titel II, Hoofdstuk II (Akten van geboorten), Boek 1, Titel V, Hoofdstuk I (Hoedanigheden en voorwaarden vereist om een huwelijk te mogen aangaan), Boek 1, Titel VII (Afstamming) en Boek 1, Titel VII (Adoptie) van het Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804, *Code Napoléon* 3 september 1807.

Art. 231, 361, 1° en 363 van het Strafwetboek van 8 juni 1867, *BS* 9 juni 1867, 3133.

Art. 138bis §1 en 1231-13, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek van 10 oktober 1967, *BS* 31 oktober 1967, 11360.

Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 28 februari 2003, 09880.

Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, *BS* 16 mei 2005, 26956.

Wet 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepaling van het burgerlijk wetboek teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *BS* 20 juni 2006, in werking getreden op 30 juni 2006, 31128.

Wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *BS* 29 december 2006, 76040.

Buitenlandse wetgeving

Art. 16-7 en art. 16-9 Code Civil van 21 maart 1804, *Code Napoléon* 3 september 1807.

Art. 51-52 of The Russian Family Code 1995 (as amended), enacted from the first of March 1996.

Artikel 24novies Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, *Bundesblatt* 18 april 1999.

Art. 123 of The Family Code of Ukraine (as amended), enacted from the first of January, 2003.

Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern – Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG, 2001 (BGBl. 2002, I, Seite 354).

Human Reproductive Technology Act 1991 (Western-Australia), enacted from the tenth of January 2014.

Surrogate Parenthood Act 1988 (Queensland), enacted from the ninth of November 1995.

Section 3, Human Fertilisation and Embryology Act 1990, enacted from the first of November 1990.

The 2013 Florida Statutes, 742.14: Donation of eggs, sperm, or preembryos.

The 2013 Florida Statutes, 742.15: Gestational surrogacy contract.

The 2013 Florida Statutes, 742.16: Expedited affirmation of parental status for gestational surrogacy.

The 2013 Florida Statutes, 742.17: Disposition of eggs, sperm or preembryos; rights of inheritance.

The Assisted Reproductive Treatment Act 2008 (South-Australia), enacted from the first of January 2010.

Vorbereidende documenten

Adv. RvS nr. 39.474/AV, 39.475/AV, 39.476/AV, 39.478/AV en 39.525/AV, *Parl. St. Senaat* 2005-06, nr. 3-417/3.

Bulletin – Schriftelijke vragen en antwoorden, *Parl.St. Kamer* 2011-2012, B107.

Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot hervorming van de adoptie, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nr. 50-1366/01.

Verslag Kamer, *Parl. St. Kamer*, nr. 50-1366/011.

Verslag namens de commissie voor justitie, *Parl.St. Kamer*, 2004-2005, nr.51K0597/032.

Verslag over het wetsontwerp tot hervorming van de adoptie, *Parl.St. Kamer*, nr. 50-1336/11.

Verslag Senaatscommissie I, *Parl.St. Senaat* 1984-85, nr. 904/2, 55.

Verslag van de werkgroep bio-ethiek, *Parl.St. Senaat* 2004-05, nr. 3-417/2.

Wetsvoorstel (DEFRAIGNE, C.) betreffende draagmoederschap, *Parl.St. Senaat* 2007-2008, nr. 4308/1.

Wetsvoorstel (DE ROECK, J. en VANLERBERGHE, M.) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St. Senaat* 2004-05, nr. 3-1271/1.

Wetsvoorstel (DE MEYER, M. en JIROFLÉE, K.) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1915/001.

Wetsvoorstel (MAHOUX, P.) betreffende het draagmoederschap, *Parl.St. Senaat* 2007-2008, nr. 4-633/1.

Wetsontwerp houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder, *Parl.St. Senaat*, 2013-2014, nr. 5-2445/5.

Wetsvoorstel (G. SWENNEN en M. TEMMERMAN) houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl. St. Senaat* 2010-2011, 5-929/1.

Wetsvoorstel (NYSSENS, C.) tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St. Kamer* BZ 2007, nr. 52K0170/001.

Wetsvoorstel 20 juli 2005 (DE SCHAMPHELAERE, M.) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St. Senaat* 2004-05, nr. 3-1319/1.

Wetsvoorstel (BEKE, W.) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-555/1.

Wetsvoorstel (TEMMERMAN, M. en VANLERBERGHE, M.) tot bestraffing van het commercieel draagmoederschap en de publiciteit hiervoor, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-557/1.

Wetsvoorstel (VANKRUNKELSVEN, P.) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-193/1.

Wetsvoorstel (VAUTMANS, H.) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, nr. 52K0969/001.

Wetsvoorstel (DE SCHAMPHELAERE, M.) tot wijziging van het Strafwetboek voor wat betreft het draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, nr. 52K0822/001.

Wetsvoorstel (TOMMELEIN, B.) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1.

Rechtsspraak

Rechtsspraak van het EHRM en ECRM

EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside v. Verenigd Koninkrijk, NJ 1978, 236.

EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, Tyrer v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, Marckx v. België, RW 1979-80, 947-959.

EHRM 11 september 1979, nr. 6289/73, Airey v. Ierland.

EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76, Dudgeon v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 25 maart 1983, nrs. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 en 7136/75, Silver en anderen v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 28 november 1984, nr. 8777/79, Rasmussen v. Denemarken.

EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80, X en Y v. Nederland.

EHRM 28 mei 1985, nr. 9214/80, nr. 9473/81 en nr. 9474/81, Abdulaziz, Cabales en Balkandali v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 14 mei 1986, nr. 16580/90, Jolie en Lebrun v. België.

EHRM 17 oktober 1986, nr. 9532/81, Rees v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82, Johnston en anderen v. Ierland.

EHRM 24 maart 1988, nr. 10465/83, Olsson v. Zweden.

EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, Berrehab v. Nederland.

EHRM 7 juli 1989, nr. 10454/83, Gaskin v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 21 februari 1990, nr. 9310/81, Powell en Raynor v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 25 maart 1992, nr. 13343/87, B. v. Frankrijk.

EHRM 25 maart 1992, nr. 13590/88, Campbell en Fell v. Verenigd Koninkrijk, §52-53

EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, Niemietz v. Duitsland.

EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87, Costello-Roberts v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 22 februari 1994, nr. 16213/90, Burghartz v. Zwitserland.

EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90, Keegan v. Ierland.

EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, Kroon v. Nederland.

EHRM 27 september 1995, nr. 18984, McCann en anderen v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 22 april 1997, nr. 21830/93, X, Y en Z v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 29 juni 1999, nr. 27110/95, Nylund v. Finland.

EHRM 27 september 1999, nr. 31417/96 en nr. 32377/96, Lustig-Prean en Beckett v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 27 september 1999, nr. 33985/96 en nr. 33986/96, Smith en Gardy v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 10 mei 2001, nr. 28945/95, T.P. en K.M. v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 2 oktober 2001, nr. 36022/97, Hatton en anderen v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99, Mikulic v. Kroatië.

EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, Pretty v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM, 20 juni 2002, nr. 50963/99, Al-Nashif en anderen v. Bulgarije.

EHRM 26 februari 2002, nr. 36515/97, Fretté v. Frankrijk.

EHRM 5 november 2002, nr. 33711/96, Yousef v. Nederland.

EHRM 9 januari 2003, nr. 39392/98 en nr. 39829/98, L. en V. v. Oostenrijk.

EHRM 28 januari 2003, nr. 44647/98, Peck v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 13 februari 2003, nr. 42326/98, Odièvre v. Frankrijk.

EHRM 28 januari 2003, nr. 44647/98, Peck v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 6 maart 2003, nr. 67914/01, Margarita Sijakova en anderen v. voormalig Joegoslavische republiek van Macedonië.

EHRM 12 maart 2003, nr. 46221/99, Öcalan v. Turkije.

EHRM 26 juni 2003, nr. 48206/99, Maire v. Portugal.

EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98, Karner v. Oostenrijk.

EHRM 8 april 2004, nr. 11057/02, Haase v. Duitsland.

EHRM 1 juni 2004, nr. 45582/99, L. v. Nederland.

EHRM 22 september 2004, nrs. 78028/01 en 78030/01, Pini en Bertani & Manera en Atripaldi v. Roemenië.

EHRM 17 februari 2005, nr. 42758/98 en 45558/99, K.A. en A.D. v. België.

EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99, Rodrigues da Silva en Hoogkamer v. Nederland.

EHRM 8 juni 2006, nr. 10337/04 Lupsa v. Roemenië.

EHRM 11 januari 2007, no. 61259/00, Musa en anderen v. Bulgarije.

EHRM 18 januari 2007, nr. 73819/01, Estrikh v. Letland.

EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 21 juni 2007, no. 23499/06, Havelka en Anderen v. Tsjechië.

EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04, Dickson v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 12 juni 2008, nr. 71127/01, Bevacqua en S. v. Bulgarije.

EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, E.B. v. Frankrijk.

EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, S. en Marper v. Verenigd Koninkrijk.

EHRM 13 januari 2009, nr. 33932/06, Todorova v. Italië.

EHRM 28 mei 2009, nr. 26713/05, Bigaeva v. Griekenland.

EHRM 15 september 2009, nr. 8227/04, E.S. en anderen v. Slovakije.

EHRM 2 maart 2010, nr. 13102/02, Kozak v. Polen.

EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk.

EHRM 19 oktober 2010, nr. 20999/04, Özpınar v. Turkije.

EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05, A, B en C v. Ierland.

EHRM 15 september 2011, nr. 17080/07, Schneider v. Duitsland.

EHRM 3 november 2011, nr. 57813/00, S.H. en anderen v. Oostenrijk.

EHRM 17 januari 2012, nr. 1598/06, Kopf en Liberda v. Oostenrijk.

EHRM 22 maart 2012, nr. 45071/09, Ahrens v. Duitsland.

EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09, Kautzor v. Duitsland.

EHRM 9 mei 2012, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli v. Italië.

EHRM 10 mei 2012, nr. 45237/08, Madah en anderen v. Bulgarije.

EHRM 4 oktober 2012, nr. 43631/09, Harroudj v. Frankrijk.

EHRM 9 januari 2013, nr. 21722/11, Oleksandr Volkov v. Oekraïne.

EHRM 12 februari 2013, nr. 58149/08, Amie en anderen v. Bulgarije.

EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Menesson v. Frankrijk.

EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee v. Frankrijk.

EHRM 11 september 2014, nr. 29176/13, D en anderen v. België. Dit

EHRM (nog geen uitspraak), nr. 44024/13, Laborie v. Frankrijk.

EHRM (nog geen uitspraak), nr. 9063/14, Foulon v. Frankrijk.

EHRM (nog geen uitspraak), nr. 10410/14, Bouvet en anderen v. Frankrijk.

ECRM 5 oktober 1982, nr. 7626/76, X. v. Frankrijk.

België

Grondwettelijk Hof 16 december 2010, nr. 144/2010, *T.Fam.* 2011, 56, noot SWENNEN, F., *Act.dr.Fam.* 2011, 3, noot MASSAGER, N. en *TJK* 2011, 139, noot MELKEBEEK, C.

Grondwettelijk Hof 3 februari 2011, *Juristenkrant* 2011, afl. 224, 1, noot VERSCHULDEN, G., *Act.dr.fam.* 2011, afl. 3-4, 75, noot GALLUS, N.

Grondwettelijk Hof 7 maart 2013, *Juristenkrant* 2013, afl. 266, 1.

Grondwettelijk Hof 12 juli 2012, nr. 93/2012, *RTDF* 2013, 153, noot CAP, S. en SOSSON, J., *RW* 2012-13, 38 en *RW* 2012-13, 943.

Grondwettelijk Hof 19 juli 2013, nr. 96/2013.

Grondwettelijk Hof 19 juli 2013, nr. 105/2013.

Cass. 9 juni 1938, *Pas.* 1938, I, 207.

Cass. 14 november 1853, *Pas.* 1854, 1, 10.

Cass. 8 december 1966, *Arr.Cass.* 1967, 450.

Cass. 28 maart 1974, *RW* 1974-75, 343.

Cass. 24 september 1976, *Arr.Cass.* 1977, 98.

Cass. 29 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 129 en *Pas.* 1993, 121.

Cass. 4 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 919, *JT* 1994, 187 en *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 494, noot FALLON, M.

Cass. 14 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2200, *JLMB* 2002, 532, noot GENICOT, G. en LELEU, Y., *JLMB* 2002, 261, noot TROUET, C., *Jour.Jur.* 2002, 6, *Juristenkrant* 2002, afl. 42, 1, *Pas.* 2001, 2129., *RGAR* 2002, 494, *T.Gez./Rev.dr.Santé* 2001-02, 239, noot FAGNART, J. en *TBBR* 2002, 328, noot TROUET, C., www.cass.be.

Gent (15^e k.) 16 januari 1989, *TGR* 1989, 52.

Rb. Turnhout 4 september 1989, *RW* 1989-90, 686-687, noot DIRIX, E.

Gent 24 februari 1995, *RW* 1995-96, 611.

Rb. Brussel 7 januari 1998, *TBBR* 2002, 213, noot VAN GYSEL, A.-C.

Jeugdrrb. Torhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-2002, 207, noot SWENNEN, F.

Rb. Gent 31 mei 2001, *TBBR* 2002, 27, noot VERSCHULDEN, G.

Antwerpen (Jk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot SWENNEN, F.

Luik 19 februari 2008, *JLMB* 2008, 832-834, noot WAUTELET, P.

Rb. Antwerpen 19 december 2008, Tijdschrift@IPR.be 2010, 140, noot VERHELLEN J.

Jeugdrb. Antwerpen 22 april 2010, *T.Fam.* 2010, 43-51, noot PLUYM, L.
Rb. Hoei 22 maart 2010, *JT* 2010, 420, noot GALLUS, N. en *JLMB* 2010, 1815, noot WAUTELET, P.
Luik (1^{ste} kamer) 6 september 2010, *JT* 2010, 634, *RTDF* 2010, 1125, noot HENRICOT, C., SAROLÉA, S. en SOSSON, S., *JLMB* 2011, 57-61, noot WAUTELET, P.
Rb. Brussel 15 februari 2011, Tijdschrift@ipr.be 2011, 125.
Rb. Nijvel 6 april 2011, *RTDF* 2011, 700-704, noot HENRICOT, C.
Jeugdrb. Hoei (11^e k.) 22 december 2011, *RTDF* 2012, 404, noot.
Jeugdrb. Brugge (21^e kamer) 19 januari 2012, *TJK* 2012, 260, noot PLUYM, L.
Gent (Jk.) 30 april 2012, *TBBR* 2012, 387, noot VERSCHULDEN, G.
Jeugdrb. Brussel 23 augustus 2012, *Act.dr.fam.* 2013, 99, noot GALLUS, N.
Rb. Brussel (12^e k.) 18 december 2012, onuitg.
Rb. Luik 15 maart 2013, *Act.dr.fam.* 2013, 93-96, noot HENRICOT, C.

Buitenlandse rechtspraak

Supreme Court of California, Johson v. Calvert, *California Reporter 2nd*, Vol. 19, 494-515.
Court of Appeal of California 10 maart 1998, Marriage of Buzzanca, *California Appellate Reports 4th*, Vol. 61, 1410-1430.

Rechtsleer

Handboeken

- ADAMS, M., *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 544 p.
- ALOFS, E. en DE RUYSSCHER, D., *Het nieuw samengesteld gezin: recht en geschiedenis*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 2014, 188 p.
- ALEXY, R., *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 516 p.
- ARAI-TAKAHASHI, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 300 p.
- ARNOUX, I., *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1994, 575 p.
- ASSER, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht: Personen-en familierecht*, Deventer, Kluwer, 2010, 1144 p.
- BALDEW, I.M., *Dingen die niet voorbijgaan*, Assen, Van Gorcum, 1993, 195 p.
- BAETEMAN, G., *Afstamming en adoptie*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 462 p.
- BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen-en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer 1993, 1170 p.
- BARBAIX, R., EGGERMONT, S., GEELHAND, N. en SWENNEN, F., *Koekoekskinderen*, Gent, Larcier, 2009, 196.
- BAILEY-HARRIS, R., MASSON, J.M. en PROBERT, R., *Principles of family law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 917 p.
- BECKER, U. en EHLERS, D., *European fundamental rights and freedoms*, Berlijn, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2004, 618 p.
- BEAUMONT, P. en TRIMMINGS, K., *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 559 p.
- BEKKERS, R., LAND, J., PRINS M., VAN ROOSMALEN, J. en VIERHOUT M., *Verloskunde en gynaecologie: casuïstiek uit de dagelijkse praktijk*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 212 p.
- BERTING, J., *De versplinterde samenleving*, Delft, Eburon, 2006, 232 p.
- BOELES, P., DEN HEIJER, M., LODDER, G. en WOUTERS K., *European Migration Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 467 p.
- BLYGHT, E. en LANDAU, R., *Third party assisted conception across cultures: social, legal and ethical perspectives*, Londen, Jessica Kingsley publishers Ltd, 2004, 288 p.

BOELE-WOELKI, K., I. CURRY-SUMNER., VONK. M. en SCHRAMA, W., *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2012, 353 p.

BORGHS, P., *Juridische aspecten homoseksueel ouderschap. Het recht om lief te hebben*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 167 p.

BORGHS, P., *Juridische gids over ouderschap voor holebi's, en transgenders*, Brussel, Gelijke Kansen in Vlaanderen, 2010, 110 p.

BRADLEY, A.W., JANIS, M.W. en KAY, R.S., *European human rights law. Text and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1016 p.

BREMS, E., *Human rights: Universality and diversity*, Den Haag, Kluwer law International, 2001, 592 p.

BREMS, E. en GERARDS, J. (Eds.), *Shaping rights in the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 378 p.

BROECKHUIJSEN-MOLENAAR, A., *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 245 p.

BUYSSE, A. en HAMILTON, M., *Transnational jurisprudence and the ECHR: Justice, politics and rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 330 p.

CAMPO, R., GORDT, S. en NORRE, J., *Zwanger worden... Ook voor ons? Medische en psychologische adviezen over vruchtbaarheid*, Tielt, Lannoo Terra, 2003, 208 p.

CASMAN, H., *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 654 p.

CHAMBERS, D., *A sociology of family life*, Cambridge, Policy Press, 2012, 233 p.

CHODKIEWICZ, C. en DELMAS-MARTY, M. (Eds.), *The European convention for the protection of human rights: international protection versus national restrictions*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 346 p.

CHRISTOFFERSEN, J., *Fair Balance: A study of proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on human rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 670 p.

CLAEYS, I., *Algemeen Verbintenissenrecht*, Gent, 2011, 214 p.

CLAPHAM, A., "The 'Drittwirkung' of the Convention", in R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD (Eds.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, 63-82.

CLAYTON, R. en TOMLINSON H., *The Law of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 2768 p.

COOK, R., KAGANAS, F. en SCLATER, S. (Eds.), *Surrogate motherhood: international perspectives*, Oxford-Portland, Hart Publishing Ltd, 2003, 308 p.

CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 476 p.

COVEMAERKER, S. en VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 728 p.

CUMMINGS, M. en YASHON, R., *Human genetics and society*, Belmont, Brooks Cole, 2009, 400 p.

DE BUSSCHER M., MEESE J. en VAN DER KELEN, D., (Eds.), *Wet & Duiding, Boek 4: Straf- en strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 268 p.

DE CORTE, R. en DE GROOTE, B., *Handboek civiel recht*, Brussel, Larcier, 2010, 721 p.

DECORTE, R. en DEGROOTE, B., *Overzicht van het burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2005, Zesde herwerking uitg, 747 p.

DE HERT, P., *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht: de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 367 p.

DEKKERS, R. en DIRICKX, E., *Handboek burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 589 p.

DE MEESTER-DE MEYER, W. (Ed.), *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega Editions, 1987, 514 p.

DE SCHUTTER, O., *International Human Rights law: cases, materials, commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 1152 p.

DE VRIES, B.R., NOUWT, S. en PRINS, C., *Reasonable expectations of privacy?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 382 p.

DE VROEDE, P. en GORUS, P. (Eds.), *Inleiding tot het recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, 398 p.

DHONDT, M., *Handboek gynaecologie*, Leuven, Acco, 2012, 432 p.

D'HOOGHE T., ENZIN P. en VANDERSCHUEREN D., *Baby's gevraagd! Over de mogelijkheden en beperkingen van vruchtbaarheidsbehandelingen*, Leuven, Acco, 2005, 214 p.

DOCQUIR, B., *Le droit de la vie privée*, Brussel, Larcier, 2008, 358 p.

D'ORNELLAS, P., *Bioéthique. Propos pour un dialogue*, Parijs, Lethellieux, 2009, 153 p.

DORSSEMONT, F., LÖRCHER, K. en SCHÖMANN, I., *The European Convention on human rights and the employment relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 482 p.

DOUGLAS, G. en LOWE, N.V., *Bromley's family law*, Oxford, University Press, 2006, 1248 p.

DUIJST, W.L.J.M., *Gezondheidsstrafrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 229 p.

DUTERTRE, G., *Key Case-law extracts – European Court of human rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2003, 468 p.

ELSHOF, T., *Van huis uit katholiek*, Delft, Eburon, 2008, 494 p.

ENGLERT, Y., *Het menselijk embryo in-vitro*, Leuven-Apeldoorn, Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek Garant-Uitgevers, 1999, 149 p.

ERAUW, J. en FALLON, M., *De nieuwe wet op het internationaal privaatrecht, wet van 16 juli 2004*, Mechelen, Kluwer, 2004, 374 p.

ERAUW, J., FALLON, M., GULDIX, E., MEEUSEN, J., PERTEGÁS-SENDER, M., VAN HOUTTE, H., WATTÉ, N., en WAUTELET, P. (Eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 722 p.

ERGEC, R., *Protection Européenne et internationale des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2006, 336 p.

EUROPEAN PARLEMENT., *A comparative study on the regime of surrogacy in EU member states*, Brussel, 2013, 382 p.

FAES, P., *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken. Artikel 344 § 1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Brussel, Larcier, 2010, 586 p.

FEDTKE, J. en OLIVER, D. (Eds.), *Human rights and the private sphere: A comparative study*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007, 604 p.

FENWICK, H., *Civil Liberties and Human Rights*, Londen, Cavendish Publishing Limited, 2007, 1728 p.

FOROWICZ, M., *The reception of international law in the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 456 p.

FOSTER, S., *Human Rights and Civil Liberties*, Harlow, Longman, 2011, 880 p.

FREEMAN, M. (Ed.), *Law and childhood studies: current legal issues*, Volume 14, Oxford, Oxford University Press, 608 p.

GALLUS, N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier, 2008, 226 p.

GENICOT, G. en LELEU, Y.-H., *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck, 2001, 243 p.

GERLO, J., *Handboek voor familierecht, I, Personen-en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2003, 359 p.

GERARDS, J., *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 307 p.

GILMORE, S. en GLENNON L., *Hayes and Williams' Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 717 p.

GREER, S., *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 365 p.

GROEN, L.C., *Het zelfrealisatierecht: Ruimtelijk instrumentarium in verhouding tot het eigendomsrecht*, Amsterdam, Stichting Instituut voor Bouwrecht, 2014, 487 p.

HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, W.C.E., ROBERT, W.C.J. en VAN MOURIK, M.J.A., *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink BV, 1986, 147 p.

HANDELSTEIN, O., HAYDEN, S. en D. LYNN. (Eds.), *Contemplating maternity in an era of choice*, Plymouth, Lexington books, 2010, 344 p.

HARRIS, D., MOECKLI, D., SANGEETA, S. en SIVAKHUMARAN, S. (Eds.), *International human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 688 p.

HEIRBAUT, D., *Cumulatieve editie van het burgerlijk wetboek*, Mechelen, Kluwer, 2004, 2269 p.

HEIRBAUT, D., *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent, Academia Press, 2002, 428 p.

HENSTRA, A., *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht: een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, 213 p.

HOKSBERGEN, R. en WALENKAMP H., *Adoptie: een levenslang dilemma*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2000, 302 p.

JACOBS, F.C.L.M. en MARIS, C.W., *Rechtsvinding en grondslagen van het recht*, Assen, Van Gorcum, 2003, 512 p.

KINDT, E.J., *Privacy and data protection issues of biometric applications: a comparative legal analysis*, Dordrecht, Springer, 2013, 907 p.

KINGDON R.M. en WITTE J., *Sex, marriage, and family in John Calvin's Geneva: Courtship, engagement and marriage*, Grant Rapids, WM B. Eerdmans Publishing Co., 2005, 513 p.

KUITENBROUWER M. en LEENDERS, M., *Geschiedenis van de mensenrechten: bouwstenen voor een interdisciplinaire benadering*, Hilversum, Uitgeverij Verloren, 1996, 318 p.

LAMMENS, F. en VIERHOUT M., *Praktische gynaecologie*, Bohn Stafleu van Louthem, Houten, 2005, 276 p.

LAMMERANT, I., *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 763 p.

LEENEN, H.J.J., *Handboek gezondheidsrecht Deel I, Rechten van mensen in gezondheidszorg*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 386 p.

LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 771 p.

LEWIS, B.C., *Papa's baby: Paternity and artificial insemination*, New York, New York University Press, 2012, 256 p.

MAHIEU, G. en PIRE, D., *La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, 230 p.

MASSAGER, N., *Droit familial de l'enfance*, Brussel, Bruylant, 2009, 616 p.

MASSAGER, N., *Les droits de l'enfant à naître, le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation. Étude de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1997, 1013 p.

MÖLLER, K., *The global model of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 240 p.

MORGAN, R., *The genetics revolution: history, fears, and future of a life-altering science*, Westport, Greenwood Press, 2006, 232 p.

MOSELMAANS, S., *Voogdij*, Mechelen, Kluwer, 2004, 531 p.

MOWBRAY, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Right by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2004, 255 p.

NICOLAU, G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bourdeaux, Presses universitaires de Bourdeaux, 1991, 644 p.

NYS, H., *Geneeskunde: Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 714 p.

NYS, H. en WUYTS, T., *De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting: commentaar op de wet van 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 117 p.

OVEY, C., RAINEY, B. en WICKS, E., *Jacobs, White and Overy: The European convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 720 p.

PUELINCKX-COENE, M., *Erfrecht: openvallen en toewijzing nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng*, Mechelen, Kluwer, 2011, 926 p.

RAES, K., *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent, Academia Press, 2003, 211 p.

SCHWENZER, I. (Ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, 391 p.

SENAEVE, P., *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, dertiende herwerking uitg, 2011, 700 p.

SENAEVE, P., SWENNEN, F. en VERSCHULDEN G., *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 444 p.

SMYTH, C., *European asylum law and the rights of the child*, Abingdon, Routledge, 2014, 250 p.

SPEYBROECK, J., *Recht. Principes en praktijk*, Gent, Academia Press, 2014, 266 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 268 p.

SVACINA, S., *Burgerlijk wetboek 20^{ste} herziene uitgave (Reeks Maklu Wetboekpockets)*, Antwerpen, Maklu, 2015, 668 p.

SWANN, S. en VON BAR, C., *Principles of European contract law: unjustified enrichment*, Vol. 8, Oxford, Hart Publishing, 2010, 776 p.

SWENNEN, F., *Gezins-en familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 261 p.

SWENNEN, F., *Het personen-en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 511 p.

TER HEERD, J., *Het experiment beproefd: een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 2000, 106, 721 p.

TROUET, C., *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 590 p.

VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn, Kluwer, 2006, 1314 p.

VAN DIJK, P. en VAN HOOF, G.J.H. (Eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 1190 p.

VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 728 p.

VAN KEMPEN, P.H.P.H.M.C., *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nijmegen, Oratie Radboud Universiteit Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, 97.

VAN MALDEREN, C., *Adoptie en wettiging door adoptie*, Brussel, Larcier, 1970, 367 p.

VAN WISSEN, G.J.M., *Grondrechten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 167 p.

VERSCHULDEN, G., *Afstamming*, Mechelen, Kluwer, 2004, 762 p.

VERSCHULDEN, G., *De nieuwe afstammingswetgeving*, Mechelen, Kluwer, 2007, 460 p.

VERSCHULDEN, G., *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 842 p.

VERWILGHEN, M., *Het nieuwe adoptierecht in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 559 p.

VRG ALUMNI., *Recht in beweging – 19^e VRG Alumnidag 2012*, Antwerpen, Maklu, 2012, 397 p.

WAUTELET, P. (Ed.), *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, Luik, Athemis, 2010, 264 p.

X., *Personen- en gezinsrecht ont(k)leed editie 2012*, Mechelen, Kluwer, 2012, 479 p.

X., *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 518 p.

YOUDROW, H.C., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, 232 p.

Bijdragen in verzamelwerken

ANTOKOLSKAIA, M., "Draagmoederschap naar Russisch recht", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, 121-149.

ASCH, A., "Surrogacy and the family" in D.M. BARTELS, A. CAPLAN, R. PRIEST en D. VAWTER, *Beyond baby M.*, Clifton New Jersey, Human Press, 1990, 243-259.

AUTIN, C., "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, 9-21.

BAETEMAN, G. en HOFSTRÖSSLER, P., "Het EVRM en het Belgisch familierecht: waakzaamheid geboden" in J. VELU (Ed.), *Présence du droit public et des droits de l'homme; mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1992, 1683-1710.

BALTHAZAR, T., "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.

BARTELS, D.M., "Surrogacy arrangements. An overview" in D.M. BARTELS, A. CAPLAN, R. PRIEST en D. VAWTER (Eds.), *Beyond baby M. ethical issues in new reproductive techniques*, Clifton New Jersey, Humana Press, 1990, 173-182.

BOGAERT, M., CASSIERS, L., ROELANT, M. en STIENNON, J.-A. (Eds.), in X, *De adviezen van het Belgisch raadgevend Comité voor Bio-ethiek van 2000-2004*, Brussel, Lannoo Campus, 2005, 547-582.

BOPP, J., "Surrogate motherhood agreements. The risk to innocent human life" in D.M. BARTELS, A. CAPLAN, R. PRIEST en D. VAWTER (Eds.), *Beyond baby M. ethical issues in new reproductive techniques*, Humana Press, Clifton, New Jersey, 1990, 173-182.

BRINSDEN, P.R., "Clinical Aspects of IVF Surrogacy in Britain" in R. COOK en S.H. SCLATER (Eds.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 99-112.

CASTELEIN, C., "Grondvoorwaarden voor adoptie" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (Eds.), *De hervorming van de interne en internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 1-120.

COENE, G. en RAES, K., "Een vreemde eend in de buik. Draagmoeders of baarvrouwen? De ethiek van het gewilde, niet-uterine ouderschap" in W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en H. WILLEKENS (Eds.) *Met rede ontleed, de rede ontkleed*, Gent, Mys en Breesch, 2002, 125-155.

COHEN-JONATHAN, G., "Respect for private and family Life" in R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD (Eds.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Martinus Nyhoff, 1993, 405-444.

COOPER, J., "Horizontally: The Application of Human Rights Standards in Private Disputes", in R. ENGLISH en P. HAVERS (Eds.), *An Introduction to Human Rights and the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, 53-69.

DE BOECK, A. en VAN OEVELEN, A., "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van het menselijk lichaam" in M. ADAMS, L. BRAECKMANS, D. CUYPERS, A. DE BOECK, X. DIJON, M. KEMPEN, H. NYS, P. REYNAERT, E. TANGHE, G. VANHEESWIJCK, D. VAN HEULE, F. VAN NESTE, L. VAN SLYCKEN, A. VAN OEVELEN, J. VELAERS en W. WEYNS (Eds.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 305-353.

DE HERT, P., "Artikel 8: recht op privacy" in Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE (Eds.), *Handboek EVRM - Deel 2; artikelsgewijze commentaar*, Volume I, Antwerpen, Intersentia, 705-788.

DE WOLF, A., "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken" in K. BOELEWOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 89-126.

EISSEN, M., "The principle of proportionality in the case-law of the European Court of Human Rights" in R. MACDONALD, F. MATSCHER en H. PETZOLD (Eds.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Martinus Nyhoff, 1993, 125-146.

HEIDA, A., "Draagmoederschap" in J.K.M. GEVERS en H.J.T. LEENEN (Eds.), *Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1986, 42-48.

HENRICOT, C., “Le droit international privé à l’épreuve d’un nouveau mode d’établissement de la filiation: le cas de la gestation pour autrui” in N. GALLUS (Ed.), *Actualité en droit familial*, Brussel, Bruylant, 2010, 31-72.

KALKMAN-BOGERD, L.E., “Artikel 8 en artikel 12 in verband met kunstmatige voortplanting en draagmoederschap” in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 119-135.

KHAZOVA, O., “Genetics and Artificial Procreation in Russia”, in R. DEECH, M.-T. MEULDERS-KLEIN en P. VLAARDINGENBROEK (Eds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Kluwer Law International, 2002, 377-391.

KHAZOVA, O., “Russia, the new family code” in A. BAINHAM (Ed.), *The international survey of family law*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 371-381.

LOENEN, T., “De herpositionering van het EHRM in het licht van de dynamiek tussen voortrekkersrol en waakhondfunctie”, in J. GERARDS en A. TERLOUW (Eds.), *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 183-191.

MARROTTA, F., RUSSO, C. en TRICHILO, P., “Article 8, § 1” in E. DECAUX, P.H. IMBERT en L.E. PETITI (Eds.), *La Convention européenne des droits de l’homme; commentaire article par article*, Parijs, Economica, 1995, 305-316.

MASSAGER, N., “L’influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l’enfant à naître” in X., *10 années d’application du nouveau droit de la filiation*, Volume I, Luik, Jeune Barreau de Liège, 1997, 135-263.

MATHIEU, G. en SOSSON, J., “L’enfant, né d’une gestation pour autrui: quelle filiation?” in G. SCHAMPS en J. SOSSON (Eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel, Bruylant, 2013, 375-409.

NARAYAN, U., “The gift’ of a child: Commercial surrogacy, gift surrogacy, and motherhood” in P. BOLING (Ed.), *Expecting trouble; Surrogacy, fetal abuse and new reproductive technologies*, Boulder, Westview Press, 1995, 177-202.

PEETERS P. en RIMANQUE, K., “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen – algemene probleemstelling”, in K. RIMANQUE (Ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 1-33.

QUIRYNEN A. en SENAEEVE, S., “Het afstammingsrecht na de arresten van het Grondwettelijk Hof” in X., *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2013, 279-307.

ROSCAM ABBING, H.D.C., "Artikel 8: recht op privéleven", in J.K.M. GEVERS (Ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 105-117.

ROSCAM ABBING, H.D.C., "Enige gezondheidsrechtelijke aspecten van het draagmoederschap" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 25-32.

RUBELLIN-DEVICHI, J., "Congélation d'embryon. Fécondation in vitro. Mère de substitution. Point de vu d'un juriste", in H. NYSENS (Ed.), *Génétique, procreation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, 307-328.

SENAEVE, P., "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht" in P. SENAEVE (Ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 19-123.

SENAEVE, P., "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007-2010" in J. DU MONGH en P. SENAEVE (Eds.), *Personen- en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 43-47.

SENAEVE, P., "Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011 - 2013" in I. BOONE, C. DECLERCK, J. DU MONGH en P. SENAEVE (Eds.), *Themis, vormingsonderdeel 85: Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2014, 1-51.

SENAEVE, P., "Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten", in J. HERBOTS, Y. MERCHERS en M. STORME (Eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen, XVI Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1989-1990*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 415-453.

SENAEVE, P., "Vaderlijke afstamming binnen het huwelijk" in P. SENAEVE (Ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 57-124.

SPIELMANN, D., "Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention", in F. SUDRE (Ed.), *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1998, 133-174.

STEENHOFF, G., "Rechtsvergelijkende synthese" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (Eds.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 150-175.

UERPMMANN-WITZACK, R., "Personal Rights and the Prohibition of Discrimination" in D. EHLERS (Ed.), *European Fundamental rights and freedoms*, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften, 2007, 67-96.

VERSCHELDEN, G., "De hervorming van het afstammingsrecht door het Grondwettelijk Hof" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 14-38.

VLAANDINGERBROEK, P., "Draagmoederschap" in X., *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. Du jeune Barreau de Liège, 1997, 10-34.

WAUTELET, P., "Draagmoederschap en afstammingsbanden - een Belgisch Ipr-perspectief," 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*, Mechelen, Kluwer, 2013, 159-170.

WUYTS, T., "De afstamming na medisch begeleide voortplanting" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (Eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 289-401.

Tijdschriften

ANDERSON, E.S., "Is women's labour a commodity?", *Philosophy and public affairs* 1990, Vol. 19, 71-92.

ANNAS, G. J., "The Changing Face of Family Law: Global Consequences of Embedding Physicians and Biotechnology in the Parent-Child Relationship", *Family Law Quarterly*, Vol. 42, 2008, 511-528.

ANTOKOLSKAIA, M., "Russian family law", *FJR* 1997, 54-62.

BAETEMAN, G., "Het afstammingsrecht in België", *TPR* 1989, 1539-1578.

BAKER, A., "The enjoyment of rights and freedoms: A new conception of the ambit under article 14 ECHR", *Modern Law Review* 2006, 714-737.

BALTHAZAR, T. en TACK, S., "Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties", *CABG* 2007/5, Brussel, Larcier, 2007, 1-106.

BENVENISTI, E., "Margin of appreciation, consensus, and universal standards", *International law and politics* 1999, Vol 31, 843-854.

BIRNBAUM, G., "Surrogacy, autonomy and the surrogate mother", *Ucl Juris.Rev.* 1999, 100-106.

BLAKE, F., HAMILL R. en LODGE M., "The breadth, depth and utility of class, partisan and ideological schemata", *American Journal of political science* 1985, Vol. 29, 850-870.

BORGHS, P., "Grondwettelijk Hof versoepelt adoptie door meemoeder", *Juristenkrant* 2012, afl. 253, 4-5.

BORGHS, P., "Homoseksualiteit en ouderschap. Actuele stand van zaken", *NJW* 2004, 290-302.

BRAUCH, J., "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law* 2005, Vol. 11, 113-150.

BRAZIER, M., "Regulating the reproduction business", *Medical Law Review* 1999, 166-193.

DANA, A.R., "The state of surrogacy laws: determining legal parentage for gay fathers", *Duke journal of gender law and policy* 2010-11, Vol. 18, 353-390.

BUIJSEN, C. en VAN DEN BERG, M., "Hoogtechnologisch draagmoederschap: de techniek staat voor niets, nu het recht nog!", *NJB* 2004, 724-728.

COHEN, J., DEVROEY, P., DE WERT., PENNING, G., SHENFIELD, F. en TARZLATH, B., "ESHRE Task Force on Ethics and Law 10: surrogacy", *Human Reproduction* 2005, Vol. 20, 2705-2707.

DE BOTH, A. en DE SUTTER, P., "Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2010, 795-799.

DE HERT, P. en HERBOTS, P., "Wettelijke regeling van draagmoederschap dringt zich op", *Juristenkrant* 2008, afl. 179, 10-11.

DE KEZEL, E., "Draagmoederschap", *Juristenkrant* 2011, 5.

DE MEUTER, S., "Het kind en zijn moeder(s), het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *TPR* 1990, 645-677.

DENYS, K., DHONT, M. en STUYVER, I., "Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen. Medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2007, 1021-1029.

DE SUTTER, P. en STUYVER, I., "A five-year experience with gestational surrogacy and the impact of legal changes", *Human Reproduction* 2010, Vol. 25, 235-236.

DREMZWESKI, A.Z., "La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers", *C.D.E.* 1980, 3-24.

DZEHTSIAROU, K., "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal* 2011, Vol. 12, 1730-1745.

EIJKHOLT, M., "Het recht op procreatie: voldragen of in statu nascendi?", *TvGR* 2007, 2-9.

ENGLER, E., "Third party effect of fundamental rights", *Hanse Law Review* 2009, Vol. 5, 165-173.

FELDMAN, D., "The developing scope of article 8 of the European human rights", *European Human Rights Law Review* 1997, 265-274.

FORDER, C., "Article 8 ECHR: The Utter Limits of 'Family Life' and the Law of Parenthood", *MJECL* 1997, Vol. 4, 125-142.

GENICOT, G. en LELEU, Y.-H., "La maîtrise de son corps par la personne", *JT* 1999, 589-600.

GERSZ, S.R., "The contract in surrogate motherhood: a review of the issues", *Law, Med. & Health Care* 1984, 107-114.

GOBERT, M., "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", *Rev.trim.dr.civ.* 1992, 489-528.

GRAHAM, M.L., "Surrogate gestation and the protection of choice", *Santa Clara Review* 1982, 291-323.

GULDIX, E., "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, 1104-1128.

HEIDA, A., "De Engelse wet betreffende draagmoederschapsregelingen", *N.J.B.* 1987, 12-14.

HEIDA, A., "Juridische perikelen rond het draagmoederschap", *W.N.P.R.* 1984, 649-653.

HEYVAERT, A., "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987", *VI.T.Gez.* 1988, 227-246.

HELPER, L.R., "Consensus, Coherence, and the European Convention on Human Rights", *Cornell International Law Journal* 1993, 133-165.

JANSSEN, H.L., "Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid", *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiek recht* 2003, 667-668.

JONGENEEL-VAN AMERONGEN, M., "Commercieel draagmoederschap", *FJR* 1993, 258-260.

KAMP, I., "Betwisting van de vaderlijke erkenning", *Jura Falconis* 2012-2013, 685-711.

KAVANAUGH, K.A., "Policing The Margins: Rights Protection And The European Court Of Human Rights", *European Human Rights Law Review* 2006, 422-444.

KERSTEN, H. en SUTORIUS, E., "Het gezag van de draagmoeders", *NJB* 1997, 1116-1120.

KILKELLY, U., "Children's Rights: a European Perspective", *JSIJ* 2004, 68-95.

KOK, J., "Afstand van ouderrechten", *FJR* 2007, 105.

KRUGER, T. en VERHELLEN, J., "De erkenning in België van buitenlandse familierechtelijke akten", *T.Vreemd.* 2006, 278-285.

LAMBERT, H., "The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion", *IJRL* 1999, 427-450.

LAMPE, M.F., "Procréation assistée – Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon – Statut de l'enfant à naître", *RTDF* 1986, 129-174.

LANGENAKEN, E., "Le droit de la filiation face à l'inceste: norme égalitaire ou norme symbolique", *RTDF* 2004, 356-369.

LAWRENCE, D.E., "Surrogacy in California: Genetic and gestational rights", *Golden gate university Law Review* 2010, Volume 21, 525-557.

LEE, R.L., "New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation", *Hastings Women's Law Journal* 2009, Vol. 20, 275-288.

LELEU, Y.-H., "Le droit transitoire de la prescription des actions relatives à la recherche de la filiation adultérine", *JT* 1993, 845-850.

MAHIEU, G., "L'adoption", *Rép.Not.*, Brussel, Larcier, 1989, 1-15.

MAHONNEY, P., "Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case law on free speech: explaining some recent judgements", *European Human Rights Law Review* 1997, 364-379.

MARTENS, I., "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.", *TJK* 2006, 5-19.

MARTENS, I., "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NJW* 2006, 338-361.

MERCKX, D., "Onderschuiving van een kind" in X., *Strafrecht en strafvordering: commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1984-heden, losbladig.

MEULDERS-KLEIN, M.-T., "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Rev.Trim. Dr.Civ.* 1988, 645-672.

MEULDERS-KLEIN, M.T., "La réforme du droit de la filiation en Belgique", *Rev.Trim.dr.Fam.* 1979, 5-72.

MONTERO, E., "L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse", *T.Gez.* 1997-98, 124-128

MORTIER, F., "Ethici: koele minnaars van draagmoederschap", *TJK* 2006, 20-26.

MRAZIK, M.T. en SCHOENHOLTZ, A.I., "Protecting and Promoting the Human Right to Respect for Family Life: Treaty-based Reform and Domestic Advocacy", *GILJ* 2009-2010, 651-684.

MUTCHERSON, K.M., "How parents are made: A response to discrimination in baby making: The unconstitutional treatment of prospective parents through surrogacy", *Indiana law journal* 2013, Vol. 88, 1207-1216.

NYS, H. en WUYTS, T., "De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten", *RW* 2007-08, 762-776.

O'CONNELL, R., "Cinderella comes to the ball: Art. 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", *Legal studies* 2009, 1-20.

OSTROVSKY, A.A., "How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", *Hanse Law Review* 2005, Vol. 1, 47-64.

OVEY, C., "The margin of appreciation and article 8 of the Convention", *Human rights law journal* 1998, 10-12.

PIERCE, W.L., "Survey of state activity regarding surrogate motherhood", *Family law reports* 1985, 3001-3004.

PIRE, D., "L'enfant incestueux et la Convention européenne des droits de l'Homme", *JLMB* 1990, 1169-1170.

PLUYM, L., "Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België", *TJK* 2012, 5-22.

RASILLA DEL MORAL, I., "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine", *German Law Journal* 2006, Vol. 7, 611-624.

ROBERTSON, J.A., "Procreative liberty and the control of conception, pregnancy and childbirth", *Virginia law review* 1983, 405-464.

ROUVROY, A., "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *JT* 1997, 769-777.

RUBY, L., "New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation", *Hastings Women's Law Journal* 2009, 275-300.

RYZNAR, M., "International Commercial Surrogacy and its Parties", *J. Marshall L. Rev.* 2009, 1009-1039.

SCHOOTS, M., "Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?", *FJR* 2004, 189-194.

SCHOKKENBROEK, J., "The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal* 1998, 30-36.

SCHOKKENBROEK, J., "The prohibition of discrimination of art. 14 of the Convention and the margin of appreciation", *Human rights law journal* 1998, 20-23.

SENAEVE, P., "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, 247-258.

SENAEVE, P., "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *RW* 1985-86, 625-652.

SHENFIELD, F., "ESHRE: Task force on ethics and law 10: surrogacy", *Human Reproduction* 2005, Vol. 20, 2705-2707.

SOSSON, J., "La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui: une question de filiation ou d'adoption?", *RTDF* 2011, 176-179.

SOTTIAUX, S., "Recente ontwikkelingen in de Europese rechtspraak inzake seksuele betrekkingen: een gemiste kans?", *TBP.* 2001, 375-383.

SWENNEN, F., "Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk", *T.Gez.* 1997-98, 3-21.

SWENNEN, F., "Afstamming en Grondwettelijk Hof", *RW* 2011-2012, 1102-1110.

VAN DEN AKKER, O.B.A., "Psychosocial aspects of surrogate motherhood", *Human Reproduction Update* 2007, Vol. 13, 53-62.

TILLEMANS, D. en WILLEMS, E., "Overzicht van rechtspraak – De controle op de geschiktheid van de kandidaat-adoptanten om te adopteren", *T.Fam.* 2011, 24-51.

TRAEST, F., "Interlandelijke adoptie na de wet van 24 april 2003", *RW* 2003-04, 1361-1375.

VAN CROMBRUGGE, S., "De invoering van het leerstuk van fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht", *TRV* 1993, 271-286.

VAN GESTEL, R. en VERSCHUUREN, J., "Nachtvluchten aan banden door artikel 8 EVRM", *NJCM-Bulletin* 2002, 154-162.

VAN POPPEL, V., "Wetsontduiking bij clandestiene huwelijken", *TPR* 1968, 427-457.

VANSWEEVELT, T., "De toestemming van de patiënt", *TPR* 1991, 285-378.

VERHELLEN, J., "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", Tijdschrift@ipr.be 2010, 164-172.

VERHELLEN, J. "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR", *TPR* 2011, 1511-1557.

VERSCHELDEN, G., "Een pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *TPR* 2011, 1421-1510.

VERSCHELDEN, G., "Commentaar bij art. 319 BW", *Comm. Pers.* 2009, 1-12.

VERSCHELDEN, G., "De discrete bevalling: onaanvaardbare ontwijking van ouderlijke verantwoordelijkheid", *T.Fam.* 2009, 81-84.

VERSCHELDEN, G., "Het nieuwe afstammingsrecht: een compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap", *RW* 2007-08, 338-358.

VERSCHELDEN, G., "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T. Fam.* 2010, 69-70.

VEYS, M., "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, 402-415.

VRANCKEN, J.M.B., "Contractualisering en draagmoederschap", *TPR* 1997, 1751-1761.

WAUTELET, P., "De doorwerking in België van buitenlandse akten: een kritisch overzicht", *T.Vreemd.* 2008, 36-48.

WARBRICK, C., "The Structure of Article 8", *EHRLR* 1998, 32-36.

WILKINSON, S., "The exploitation argument against commercial surrogacy", *Bioethics* 2003, 169-187.

WILLIAMS, J.F., "Surrogate parenthood, an analysis of the problems and a solution: representation for the child", *W. Mitchell Law Review* 1985, 142-182.

WILS, W., "Bio-ethiek en recht: het geval van draagmoederschap", *N. Tijd. Pol.* 1989, afl. 5, 1-15.

WILS, W., "Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika", *Jura'Falc.'* 1988-89, 9-33.

WUYTS, T., "Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privé-leven", *T.Fam.* 2011, 64-70.

X, "Adviezen van de Nationale Raad: draagmoeder", *Tijdschrift van de Nationale Raad – Orde van Geneesheren* 2010, afl. 131, 1-8.

Andere bronnen

AKANDJI-KOMBE, J.-F., *Positive obligations under the European Convention on Human rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2007, 72 p.

AUTIN, C., *Surrogacy: the Belgian experience*, 15 december 2013, <https://onedrive.live.com/view.aspx?cid=22D684049E1FACC7&resid=22d684049e1facc7%21824&app=WordPdf>.

BELRAP, Report of the College of Physicians for Assisted Reproduction Therapy: Belgium 2011, http://www.belrap.be/Documents/Reports/Global/FinalReportV2_IVF11_10JAN14.pdf.

GERARDS, J., *Het prisma van de grondrechten: inaugurele rede*, Nijmegen, Radboud Universiteit Nijmegen, 2011, 58 p.

GREER, S., *The margin of appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2000, 60 p.

HAAGSE CONFERENTIE VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT, *Document préliminaire No 11 de mars 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence. Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*, <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>.

HANCOCK, M., *Draagmoederschapsovereenkomsten in Europa en wereldwijd. Medische, sociale, ethische en juridische aspecten*, Parlementaire assemblee van de Raad van Europa, Sociale zaken, gezondheid en familie zaken commissie, 2004, 30 p.

INSTITUUT SAMENLEVING EN TECHNOLOGIE, *Dossier 20: Fertiliteitsbehandelingen: de realiteit voorbij de technologie*, 5-20, <http://ist.vito.be/nl/pdf/dossiers/fertiliteitsdossier.html>.

KILKELLY, U., *The right to respect for private and family life. Human rights handbook no. 1*, Straatsburg, Council of Europe publishing, 2003, 72 p.

PLUYM, L., *De notariële akte in het kader van draagmoederschap: De lege lata en de lege ferenda*, masterproef notariaat Universiteit Gent, 2010, 77 p.

PUPPINCK, G., "ECHR: Towards the liberalisation of Surrogacy", *Revue Lamy Droit Civil* 2014, http://www.academia.edu/8433481/ECHR_Towards_the_Liberalisation_of_Surrogacy_-_Regarding_the_Menesson_v._France_and_Labassee_v._France_cases_n_65192_11_and_n_65941_11, 13 p.

RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies nr. 30 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, 5 juli 2004, http://www.health.belgium.be/filestore/7972417/Advies30-zwangerschap-voor-een-ander_7972417_nl.pdf.

VAN GRUNDERBEECK, D., *Grondbeginselen van een Europees personen- en familierecht geformuleerd vanuit het perspectief van de mensenrechten – Deel I*, onuitg. Doctoraatsthesis Rechten K.U.Leuven, 2002, 253 p.

VANSTEELANDT, B., “Draagmoederschap”, *Bibliotheek van het federaal Parlement dossier nr. 99*, 28 september 2005, www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/biblio/dossier99N.pdf.