

THEMADOSSIERS VAN HET EUROPEES INSTITUUT VOOR BIO-ETHIEK



April 2010

Moet het draagmoederschap gelegaliseerd worden?

Het legaliseren van het draagmoederschap staat in verschillende landen op de politieke agenda. In Frankrijk gaf een omvangrijk rapport gepubliceerd door een Senaatscommissie aanleiding tot een belangrijk maatschappelijk debat omtrent het draagmoederschap. De kans is groot dat in verschillende andere landen binnenkort een gelijkaardig debat aan de orde zal zijn. In België liggen alvast verschillende wetsvoorstellen op tafel, die erop gericht zijn het draagmoederschap te legaliseren en er een juridisch kader voor te scheppen.

Waarom wordt de druk om het draagmoederschap te legaliseren en er een juridisch kader voor te scheppen alsmat groter? Hét argument dat steeds naar voren geschoven wordt: de « ongelijke behandeling van verschillende situaties van onvruchtbaarheid ».

In veel landen waar medisch begeleide bevruchting op grote schaal toegepast wordt, hebben vrouwen met een probleem aan de baarmoeder (ontbrekende, verwijderde of misvormde baarmoeder...) het gevoel onrechtvaardig behandeld te worden: zij kunnen immers op geen enkele manier hun verlangen naar een genetisch eigen kind vervullen, terwijl vrouwen die lijden aan een medische aandoening van de eierstokken hun toevlucht kunnen nemen tot eiceldonatie, onvruchtbare mannen tot spermadonatie, en onvruchtbare koppels tot *in-vitro* fertilisatie. Ook wordt de ongelijkheid aangehaald tussen de situatie van vrouwelijke homoseksuele koppels, die zelf een kind ter wereld kunnen brengen, en mannelijke homoseksuele koppels, die hiervoor een beroep moeten doen op een draagmoeder.

De bedoeling van dit themadossier is om een beknopte stand van zaken op te maken van de belangrijkste argumenten in het debat rond het draagmoederschap.

Verklarende woordenlijst

MBV Medisch Begeleide Voortplanting (kunstmatige bevruchting of IVF)

IVF *In-vitro* fertilisatie

DMS Draagmoederschap
Andere uitdrukkingen worden ook gebruikt:
- baarmoederverhuur
- zwangerschapsdelocalisatie
- het «moederschap» voor een ander...

Om de betrokken vrouw aan te duiden gebruikt men de termen draagmoeder, draagvrouw of vervangmoeder; «surrogate mother» in het Engels

WENSoudERS

Het koppel dat een kind wenst en hiervoor een beroep doet op een draagmoeder. Ook hier worden soms andere uitdrukkingen gebruikt: ontvangouders, opdrachtgevende ouders, vragend koppel,...

I - Twee verschillende situaties

Binnen de praktijk van het draagmoederschap dient men zorgvuldig twee verschillende mogelijke situaties van elkaar te onderscheiden.

Eerste situatie : kunstmatige inseminatie

Een vrouw stemt ermee in om kunstmatig bevrucht te worden met het zaad van de man van het opdrachtgevende koppel (die het kind wenst op te voeden en de wettelijke vader wil zijn), of met het zaad van een derde (die « slechts » de genetische vader zou zijn). Deze vrouw gaat akkoord om het verwekte kind te dragen en bij de geboorte af te staan aan de wensouders.

In dit geval is de draagmoeder zowel de genetische moeder van het kind (gezien het kind voortkomt uit een eicel van haar) als de juridische moeder (want de vrouw die van het kind bevalt wordt juridisch beschouwd als zijnde de moeder van het kind dat ze ter wereld brengt). Er is dus *ab initio* een samenvallen van het fysieke moederschap¹, het genetische moederschap, en het juridische moederschap. Na afstand te hebben gedaan van het kind zal de draagmoeder – fysieke en genetische moeder – niet langer de juridische moeder zijn : het kind zal bijgevolg twee moeders hebben, enerzijds de fysieke en genetische moeder, anderzijds de juridische moeder.

Tweede situatie : *in-vitro* fertilisatie met embryo-overdracht

Een vrouw aanvaardt om draagmoeder te zijn van een kind dat voortkomt uit de geslachtscellen van de opdrachtgevende ouders. Er vindt dus eerst *in-vitro* fertilisatie plaats waarna het embryo wordt ingeplant in de baarmoeder van de draagmoeder. Na de zwangerschap en de bevalling staat de draagmoeder dan het kind af aan de wensouders. Deze situatie wordt ook wel het « verhuren (of lenen) van de baarmoeder » genoemd².

In dit geval is er van bij het begin sprake van een dubbel moederschap: enerzijds een genetische moeder en anderzijds een fysieke moeder (de draagmoeder) die tevens ook de juridische moeder is, daar zij van het kind bevalt. Na afstand te hebben gedaan van het kind vallen het genetische en het juridische moederschap samen. Uiteindelijk zal het kind hier dus ook twee moeders hebben: enerzijds de genetische en juridische moeder, anderzijds de fysieke moeder (draagmoeder).

Er dient evenwel vermeld te worden dat de *in-vitro* fertilisatie ook plaats kan vinden door de geslachtscellen van slechts één van de partners van het opdrachtgevende koppel te gebruiken, waarbij ofwel de eicel ofwel de zaadcellen door een derde geleverd worden. Indien de eicel geleverd wordt door een derde kan het kind drie verschillende moeders hebben: een genetische moeder (die de eicellen levert), een fysieke moeder (de draagmoeder) en een juridische moeder (één van de partners van het opdrachtgevende koppel). Indien de zaadcellen door een derde geleverd worden, zal het kind niet alleen twee moeders maar ook

¹ Hiermee wordt bedoeld : het moederschap van de vrouw die het kind draagt en ervan bevalt.

² Een betwistbare benaming, zie R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Voorwoord door F. CHABAS, Parijs, L.G.D.J., 1996, p. 271, nr. 485.

twee vaders hebben: een genetische vader (spermadonor) en een juridische vader (één van de partners van het opdrachtgevende koppel).

II - Draagmoederschap in België

In België wordt de toepassing van het draagmoederschap gedoogd, maar wel afgeremd door het afstammingsrecht. In de praktijk moeten de wensouders na de geboorte van het kind immers de volledige adoptieprocedure doorlopen. In elk geval is het zo dat de vrouw die bevalt van een kind, al dan niet afkomstig uit een eigen eikel juridisch beschouwd wordt als zijnde de moeder van het kind (cf. het adagium *mater semper certa est*).

Het kind kan enkel en alleen op de naam van de vrouw die gebaard heeft ingeschreven worden in de burgerlijke stand. Wie zich hier niet aan houdt, riskeert strafrechtelijke vervolging: artikel 363 van het Strafwetboek bepaalt immers dat « Met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar wordt gestraft hij die een kind met een ander kind verwisselt of aan een vrouw een kind toeschrijft waarvan zij niet is bevallen » (onderschuiving van een kind).

De vaderlijke afstamming is afhankelijk van de burgerlijke staat van de draagmoeder. Indien zij niet gehuwd is kan de man van het opdrachtgevende koppel het kind erkennen³. In dat geval dient hij zijn echtgenote (als hij getrouwd is⁴) op de hoogte te brengen. Die kan het kind dan vervolgens adopteren (indien de draagmoeder daarmee akkoord gaat). De wensouders hebben eveneens de mogelijkheid een gezamenlijke adoptie aan te vragen.

Indien de draagmoeder gehuwd is wordt haar echtgenoot als de vader van het kind beschouwd. Er bestaat immers een vermoeden van vaderschap in hoofde van de echtgenoot van de vrouw die bevalt : *pater is est quem nuptiae demonstrant*⁵. Dit vermoeden kan evenwel betwist worden door de moeder, het kind, de man ten aanzien van wie de afstamming vaststaat en de persoon die het vaderschap van het kind opeist, tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot (B.W. art. 318, §1). Deze vordering tot betwisting van het vermoeden van vaderschap is echter niet ontvankelijk «als de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie (...) tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn.» (B.W. art. 318, §4). Met andere woorden kan gesteld worden dat in geval van draagmoederschap de echtgenoot van de draagmoeder de juridische vader is van het kind, behalve indien hij zijn toestemming niet heeft gegeven voor de inseminatie van zijn echtgenote met het sperma van een andere man⁶.

Deze regels van het afstammingsrecht verplichten de draagmoeder om *afstand te doen van het kind*. De wensouders kunnen vervolgens een procedure tot volle adoptie opstarten en

³ Zie bvb. arrest Hof van beroep Brussel van 1 maart 2007 (*Rev. trim dr. fam.*, 2007, p. 754) en vonnis Rechtbank van eerste aanleg Hasselt (1^{ste} kamer) van 27 maart 2001 (*Limb. Rechtsl.*, 2001, p. 323).

⁴ Zie B.W. art. 319bis. Voor de wet van 1 juli 2006 moest een gehuwde man noodzakelijk de toestemming van zijn echtgenote verkrijgen om een kind «verwekt» bij een andere vrouw te erkennen. Tegenwoordig dient hij enkel aan zijn vrouw kennis te geven van deze erkenning.

⁵ Om hier verder op in te gaan, zie B.W. art. 315 e.v.

⁶ Deze vreemde situatie vloeit voort uit het feit dat deze bepaling oorspronkelijk bedoeld was om kunstmatige inseminatie met donorsperma te regelen, en niet bedoeld was om van toepassing te zijn op het draagmoederschap. Om dieper in te gaan op enkele andere gevallen, zie Raadgevend Comité voor Bio-ethiek (België), Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende het draagmoederschap, p. 10.

doorlopen. Dit is de enige juridische mogelijkheid om het ouderlijk gezag over te dragen aan de wensouders. In de huidige stand van zaken dient men dus vast te stellen dat er een oneigenlijk gebruik gemaakt wordt van de juridische mogelijkheid tot adoptie⁷. Adoptie heeft immers tot doel om –zo goed als mogelijk– een jammerlijke feitsituatie recht te zetten door ervoor te zorgen dat «een weeskind of een verlaten kind een gezin toegewezen krijgt». In het geval van draagmoederschap echter wordt adoptie gebruikt om «een kind te schenken aan een gezin» nadat men eerst vrijwillig een situatie van verlatenheid heeft gecreëerd.

In België bestaat een kaderwet over de medisch begeleide voortplanting. De wetgever heeft de kwestie van het draagmoederschap echter niet willen regelen. Het draagmoederschap wordt in België gedoogd, net als in Denemarken, Finland en Nederland. In Frankrijk is het draagmoederschap verboden. Artikel 16-7 van het Frans Burgerlijk wetboek verklaart dat draagmoedercontracten als nietig beschouwd dienen te worden. De tussenpersonen en eventueel de wensouders (indien bewezen is dat zij de draagmoeder ertoe aanzetten om afstand te doen van het kind) riskeren een gevangenisstraf of een boete (art. 227-12 en 227-13 van het Strafwetboek). In andere Europese landen (Spanje, Italië, Portugal, Noorwegen, Zweden, Zwitserland, Duitsland en Oostenrijk) is het draagmoederschap eveneens verboden, krachtens specifieke wetten die eventueel specifieke strafrechtelijke sancties voorzien voor de tussenpersonen en/of de artsen. In Groot-Brittannië en Griekenland wordt het draagmoederschap daarentegen wel bij wet toegelaten en geregeld.

In de Verenigde Staten verschilt de situatie van staat tot staat. Meerdere staten (Arizona, District of Columbia, Michigan, New York) verbieden het draagmoederschap en bestraffen de praktijk soms. Andere staten (Indiana, Kentucky, Louisiana, Nebraska) houden het bij de nietigverklaring van draagmoederschapsovereenkomsten. In nog een tiental andere staten (Californië, Arkansas, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire, Noord Dakota, Texas, Virginia, Washington) is het draagmoederschap in mindere of meerdere mate juridisch omkaderd. Ook in bepaalde Canadese provincies is het draagmoederschap gereguleerd.

III - Moet het draagmoederschap gelegaliseerd worden?

De technieken in verband met medisch begeleide voortplanting hebben de onderstaande drievoudige opdeling tot stand gebracht, die reeds door de wetgever werd overgenomen.

1 - Elke vorm van kunstmatige voortplanting maakt de voortplanting los van het beoefenen van de seksualiteit: de man en de vrouw worden niet meer vader en moeder door elkaar, door het vleselijk samengaan van hun beider lichamen. Het *in-vitro* of door kunstmatige bevruchting verwekte kind is niet langer een vrucht van de echtelijke daad: het ontstaat door een reeks technische handelingen, die objectief gezien volledig los staan van de (menselijke) uitingsvorm van de liefde, en – doorgaans – door tussenkomst van derden (medisch team).

2 - *In-vitro* fertilisatietechnieken maken de voortplanting ook los van het dragen van het kind en brengen dus een scheiding teweeg tussen het juridisch moederschap⁸ en het fysieke moederschap. Dit fenomeen van «dubbel moederschap» vindt men reeds terug bij kunstmatige voortplantingstechnieken met behulp van eiceldonatie. Laten we er *en passant*

⁷ De Belgische rechtspraak blijkt echter zeer gunstig gezind te zijn voor adoptie in dit geval. Zie bvb. Jeugdrechtbank Brussel, 6 mei 2009, *J.L.M.B.*, p. 1083; Hof van beroep Antwerpen, 14 januari 2008, *R.W.*, 2007-2008, p. 1774, noot F. SWENNEN; Jeugdrechtbank Turnhout, 4 oktober 2000, *J. dr. jeu.*, nr. 209, p. 61.

⁸ En desgevallend ook het genetische moederschap.

even aan herinneren dat men een tijdje geleden in het debat rond het toelaten van eiceldonatie maar al te graag benadrukte dat de tijdens de zwangerschap gegroeide liefdesband tussen fysieke moeder en kind primeerde op de genetische band tussen het kind en de donorgedragende vrouw (de moeder, zo argumenteerde men, is in de eerste plaats zij die het kind gedragen en gebaard heeft). Vandaag probeert men echter het draagmoederschap te rechtvaardigen door het belang van de zwangerschap en de bevalling te minimaliseren, en de nadruk te leggen op de genetische band met het kind : « Ik ben de moeder en het is mijn kind omdat het uit mijn stamcellen voortkomt »⁹.

3 - Tot slot maken bepaalde praktijken de band tussen de voortplanting en de huwelijkse staat losser. Heterologe kunstmatige voortplanting¹⁰ pleegt immers inbreuk op de eenheid van het huwelijk zodra de geslachtscedonor of de wensouders getrouwd zijn. Merken wij trouwens op dat een gehuwde draagmoeder zich waarschijnlijk zou moeten houden aan een « onthoudingsbeding » dat zou bepalen dat zij zich zou moeten onthouden van echtelijke seksuele betrekkingen gedurende de inseminatie- of inplantingsperiode, wat op zich ten eerste onverenigbaar lijkt met de verplichtingen die voortvloeien uit het huwelijk en ten tweede problematisch lijkt met het oog op de basisbeginselen en principes betreffende het recht op privacy.

Gezien het draagmoederschap een beroep doet op kunstmatige voortplantingstechnieken (kunstmatige inseminatie of *in-vitro* fertilisatie met embryo-overdracht) die reeds erkend en gereguleerd zijn door de wetgever, lijkt het op het eerste gezicht moeilijk om het draagmoederschap niet eveneens toe te laten.

In wat hierna volgt worden de specifieke problemen die het draagmoederschap met zich meebrengt aangekaart. Ook zal worden nagegaan of het draagmoederschap in de huidige stand van zaken een onrechtvaardige discriminatie teweeg brengt (voor vrouwen met een probleem aan de baarmoeder), dan wel of er eerder sprake is van twee situaties die objectief gezien van elkaar verschillen en dus bijgevolg op verschillende wijze geregeld mogen worden.

IV - Welke specifieke problemen brengt het draagmoederschap met zich mee?

Als vertrekpunt van onze redenering nemen we een principe dat door de meest uiteenlopende filosofische stromingen aanvaard wordt: het principe van de menselijke waardigheid. Dit principe ligt aan de basis van het onderscheid tussen mens en natuur, en vormt tevens de grondslag voor het beschouwen van de mens als rechtssubject. Zo heeft KANT duidelijk een onderscheid gemaakt tussen enerzijds het begrip « waardigheid » (intrinsieke waarde), eigen aan de mens, en het begrip « prijs » (relatieve waarde), dat kenmerkend is voor dingen¹¹.

Elk mens, elke persoon is een uniek wezen, een « subject », dat niet geobjectiveerd kan worden. Emmanuel MOUNIER stelt het als volgt: ik kan mij buigen over het verschijnsel 'Jan', en hem bestuderen vanuit psychologisch, sociologisch, medisch... standpunt. Maar mijn studie

⁹ P. D'ORNELLAS, *Bioéthique. Propos pour un dialogue*, Desclée de Brouwer, 2009, p. 103.

¹⁰ *i.e.* met geslachtscellen van een donor die geen deel uitmaakt van het koppel der wensouders.

¹¹ Zie E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, in *Oeuvres philosophiques*, Bibliothèque de la Pléiade, vol. II, Uitg. Gallimard, 1985, 2^{de} sectie, pp. 301-302.

betreft telkens slechts één enkel aspect van zijn bestaan. Zelfs als ik erin slaag om al die aspecten samen te voegen zijn ze samen niet voldoende, niet in staat om « Jan » volledig, als één geheel weer te geven. Want Jan is *een* ambtenaar, *een* burger, *een* Vlaming, *een* verzamelaar, *een* opgewekte man... maar hij is niet «een» Jan : hij *is* « Jan »¹². Kortom, hij is een absoluut unieke persoon. Hij is « iemand », wat hem van de andere wezens uit de zichtbare wereld onderscheidt, die eigenlijk slechts « iets » zijn. Er gaapt een diepe kloof tussen de wereld van de personen en de wereld van de dingen, « objecten » zonder ziel of leven. Maar er is meer. De mens verschilt ook radicaal van de planten en zelfs van de dieren, die nochtans ook levende wezens zijn, maar die we niet zomaar « voorwerpen » (objecten) durven noemen. Men zegt niet van een spin of van een plant dat het « iemand » (een subject) is. Evenmin wordt gesproken van een « plantaardige persoon » of een « dierlijke persoon » om planten of dieren aan te duiden. Men spreekt van een plantaardig of dierlijk individu, termen die gebruikt worden om een exemplaar van een bepaalde soort aan te duiden en waaraan wij ons niet storen. Over de mens spreken, of de mens aanduiden als slechts een individu van het menselijk ras of de menselijke soort daarentegen zou ons wél tegen de borst stuiten, omdat we beseffen dat elk menselijk wezen een uniek exemplaar is, met een originele eigenheid die beslist veel duidelijker tot uiting komt dan bij de niet-levende objecten of de andere levende wezens. Daarom gebruikt men niet het concept « exemplaar of individu van een soort » maar krijgt de mens de heel bijzondere benaming « persoon » toegewezen¹³. Met andere woorden, het is net omdat de mens een waardigheid bezit dat men hem een « persoon » noemt. Zo bekeken kun je dan ook stellen dat de uitdrukking « menselijke waardigheid » eigenlijk redundant is.

Op ethisch vlak gebiedt het respect voor de menselijke waardigheid zich tegen elke vorm van gebruik of instrumentalisatie van de mens te verzetten. Elke persoon is immers een doel op zich en moet ook als dusdanig behandeld worden, en nooit uitsluitend als slechts een middel ten dienste van andersmans verlangens of behoeftes. Sinds de Romeinse oudheid is het onderscheid tussen personen en zaken (dingen) een cruciaal element binnen ons rechtssysteem. Dit onderscheid is « de principiële grondslag van onze beschaving »¹⁴ en de *summa divisio* van het recht: enerzijds de personen of rechtssubjecten, anderzijds de dingen of rechtsobjecten.

Het hedendaags juridisch humanisme houdt, trouw aan een lange filosofische traditie, in principe zeer sterk vast aan dit fundamenteel onderscheid, hoewel gezegd dient te worden dat het steeds vaker onder druk komt te staan door het toepassen van verscheidene biomedische technieken (medisch begeleide voortplantingstechnieken). Die laatste lijken vaak een instrumentalisatie of reïficatie van de betrokken subjecten (geslachtsceldonor, draagmoeder, kind) met zich mee te brengen en behelzen bijgevolg een gevaarlijke vervlakking van het voornoemde onderscheid¹⁵. Het verloochenen van het radicaal onderscheid dat bestaat tussen dingen enerzijds en personen anderzijds komt er feitelijk op neer dat men ermee instemt om personen te behandelen en te gebruiken als objecten, wat een zeer betreurenswaardige achteruitgang zou vormen.

¹² E. MOUNIER, *Le personnalisme*, P.U.F., 14^{de} uitgave, 1985, p. 5.

¹³ T. VAN AQUINO, *S. Th.*, I, 29, 1.

¹⁴ P. MALAURIE, *Droit civil. Les personnes*, 4^e uitgave, Parijs, Cujas, 1999, p. 22.

¹⁵ Zie R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Voorwoord door F. CHABAS, Parijs, L.G.D.J., 1996.

Hoe moet men, gelet op het voorgaande, omgaan met het draagmoederschap? Het draagmoederschap lijkt om verschillende redenen in strijd met de menselijke waardigheid en brengt een ernstige verstoring van het voornoemd fundamenteel onderscheid met zich mee.

Aangaande de draagmoeder

Zelfs indien de draagmoeder vrijwillig, vrijgevig en belangeloos haar diensten aanbiedt wordt ze objectief gezien herleid tot een louter instrumentele rol. Ze is feitelijk verplicht om haar zwangerschap te beschouwen vanuit een zuiver functioneel perspectief, en niet als een gebeuren dat haar hele wezen behelst. Het is haar niet toegestaan het kind dat zij draagt ook affectief te bejegenen. De draagmoeder stelt anders gezegd haar « voortplantingssysteem » ter beschikking van de wensouders, zonder dat die verregaande lichamelijke betrokkenheid haar hele persoon verbindt met de zwangerschap. Vandaar ook dat er sprake is van een aantasting van de wezenlijke eenheid van de persoon die steeds, vanuit het standpunt van de humanistische antropologie, samen en onafscheidelijk lichaam en ziel is. De draagmoeder kan zich immers niet met hart en ziel inleven in de zwangerschap. Ze moet de zwangerschap noodzakerlijkerwijs beleven in het vooruitzicht afstand te zullen moeten doen van het kind, en dus deze zwangerschap beleven met een zekere onverschilligheid, zonder zich te hechten aan het kind en met de gedachte dat dit haar kind niet is. Willens en wetens moet de draagmoeder haar zwangerschap beleven als een gebeurtenis die zich buiten haar afspeelt, in het besef dat zij slechts een instrument is, een middel dat ten dienste van de wensouders staat. Is er in dit geval geen sprake van een onverenigbaarheid tussen het principe van de menselijke waardigheid en de louter instrumentele rol die wordt toegewezen aan het lichaam van de draagmoeder?

Kan men stellen dat deze situatie eigenlijk analoog is met alle situaties waarin een vrouw (of een man) zich ertoe verbindt om, mits vergoeding, werk te verrichten ten voordele van een derde? Het is inderdaad niet uitgesloten dat bepaalde werkomstandigheden mensonterend kunnen zijn, en als dusdanig in strijd met het principe van de menselijke waardigheid. Een terecht verzet tegen deze vorm van ontoring is dan zeker op zijn plaats. Om daaraan tegemoet te komen hebben onze moderne wetgevers een strenge arbeidswetgeving op poten gezet. Wanneer een subject zijn werkkraft ten dienste stelt van een ander, doet hij dat in principe *als persoon*.

De verbintenis die de draagmoeder aangaat is van een heel andere aard. Het voorwerp van het contract is het « ter beschikking stellen » van de baarmoeder in ruil voor een « compensatie », wat lijkt in te druisen tegen het principe van de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam. Doordat de draagmoeder haar voortplantingsorganen – wezenlijke en uiterst intieme kenmerken van haar *zijn*, die haar onderscheiden als vrouw – ten dienste stelt van de wensouders, lijkt het wel alsof zij over zichzelf *beschikt*. Bovendien beschikt zij ook over haar moeder-zijn – *en dit is van ontologische aard* – door na de bevalling het kind af te staan. Maar doet zij daarmee niet ook afstand van wat zij zelf *is*? Loochent de draagmoeder, door afstand te doen van het moeder-zijn – want zij *is* wel degelijk moeder – niet in zekere zin zichzelf als persoon?¹⁶ Het is niet onredelijk om dat te denken, zeker als zij enkel de fysieke

¹⁶ In geval van draagmoederschap is het afstaan van het kind bij de geboorte reeds op voorhand beslist. Dit geval verschilt dus van andere gevallen waarbij een vrouw om diverse redenen (armoede...) afstand doet van haar kind in de hoop dat het opgevangen en opgevoed zal worden, en een betere toekomst zal kennen... In dergelijke gevallen kan men het afstaan van het kind door de moeder zien als een bevestiging – hoe paradoxaal dit ook moge wezen – van haar moederinstinct.

moeder is van het kind (bij *in-vitro* fertilisatie met embryo-overdracht), en nog meer als zij daarnaast ook de genetische moeder is (bij inseminatie).

Met andere woorden : bij draagmoederovereenkomsten vormen zowel de voortplantingsorganen van de draagmoeder als haar hoedanigheid als moeder het voorwerp van de overeenkomst. Beide elementen zijn wezenlijke bestanddelen van een persoon, en zijn dus, net als heel het menselijk lichaam, onverhandelbaar, omdat zij het wezen zelf van de persoon aangaan (en niet van de voorwerpen-objecten). Het geldig verklaren van draagmoederovereenkomsten komt indirect neer op het beschouwen van de mens als object: artikel 1128 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt immers dat « alleen zaken die in de handel zijn het voorwerp van overeenkomsten kunnen uitmaken »¹⁷. Het is ook niet overbodig om te vermelden dat elementen die onverhandelbaar zijn niet alleen gevrijwaard worden van commerciële transacties, maar ook buiten elke vorm van juridische verhandeling moeten worden gehouden, in die zin dat ze niet het voorwerp van een overeenkomst mogen uitmaken, zelfs niet ten kosteloze titel. Zulke elementen zijn letterlijk *onbeschikbaar*: « de menselijke wil mag geen vat hebben op de wezenlijke bestanddelen van de persoon »¹⁸. Dit is de exacte betekenis – en het cruciale belang – van het principe van de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam¹⁹.

Alles bij elkaar beslist de draagmoeder om mee te stappen in een proces dat ei zo na een vervreemding – van het Latijn *alienus*, vreemd aan zichzelf – inhoudt en niet vergeleken kan worden met enige andere arbeidsprestatie.

Het wettelijk toelaten van het draagmoederschap behelst bovendien onvermijdelijk het risico te leiden tot de uitbuiting van minderbedeelde, arme of makkelijk beïnvloedbare vrouwen. Men voorziet wel in een bepaling die stelt dat het draagmoederschap niet vergoed mag worden. Maar hoe controleer je de naleving van die regel, en hoe voorkom je privé-overeenkomsten tussen particulieren? Het geval van de kleine Donna, het resultaat van kunstmatige inseminatie in opdracht van een Belgisch koppel in 2004, die na haar geboorte in 2005 door de draagmoeder overgedragen werd aan een Nederlands echtpaar dat meer had geboden op het zoekertje op het internet (15.000 euro in plaats van de 10.000 euro die zij overeengekomen was met de wensouders), illustreert duidelijk welke misbruiken met draagmoederschap gepaard kunnen gaan.

We kunnen derhalve besluiten dat het draagmoederschap de menselijke waardigheid van de draagmoeder schendt, en in strijd blijkt te zijn met haar eigen belang.

Aangaande het kind

De moeder verbindt zich ertoe om het kind na de geboorte over te dragen aan de wensouders. Bijgevolg vindt een reïficatie van het kind plaats, dat niet als rechtssubject maar als het voorwerp van de schuldvordering behandeld wordt, niet als persoon (subject), maar als het voorwerp dat krachtens een contract verschuldigd is. Dit gebeuren ondermijnt ernstig de waardigheid van het kind daar het eigenlijk gaat om het *beschikken over* een persoon, het

¹⁷ Draagmoederschapsovereenkomsten zijn eveneens nietig omdat het ongebooren kind (een persoon) het voorwerp uitmaakt van deze overeenkomsten (zie hierna).

¹⁸ A. SERIAUX, noot. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 13 dec. 1989, *J.C.P.*, 1990, 21526, n° 8.

¹⁹ De draagmoederschapsovereenkomst is eveneens nietig omdat ze het beginsel van de onbeschikbaarheid van de staat der personen schendt (zie hierna).

ongeboren kind. Ook om die reden lijkt de draagmoederschapsovereenkomst onrechtmatig te zijn (art. 1128 B.W.).

Maar er is meer. Het Franse Hof van Cassatie stelt immers dat « draagmoederschapsovereenkomsten strijdig zijn met het principe van openbare orde van de onbeschikbaarheid van de staat van personen voor zover zij beogen een kind ter wereld te brengen waarvan de staat niet zal overeenkomen met zijn ware afstamming doordat er – en dit is wel degelijk verboden – afstand gedaan wordt en er een overdracht plaatsvindt van de door de wet aan de toekomstige moeder toegekende rechten »²⁰.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat het principe van de onbeschikbaarheid volgens datzelfde Hof niet van toepassing is op de *legale* staat (bij adoptie krijgt een verlaten kind immers ook een andere burgerlijke staat) maar op de *natuurlijke* staat van het kind.

Het gaat hier over een privaatrechtelijke rechtshandeling van *beschikken over de reële staat* van een kind... en zijn moeder. Hierin wordt duidelijk hoe fundamenteel het principe van de onbeschikbaarheid van de persoon is voor de maatschappelijke orde. In wat voor een samenleving zouden we wel niet leven als afstamming en ouderschap gewoon bepaald konden worden door de individuele wilsuiting? Door het draagmoederschap toe te laten zou de wetgever echter duidelijk net die kant op gaan, want vaders en moeders zouden de toestemming krijgen om hun nakomelingen in de steek te laten, af te zien van hun hoedanigheid als vader of moeder en om hun ouderlijke verantwoordelijkheid van zich af te schuiven. Merken wij in dit verband wel op dat draagmoederschapsovereenkomsten fundamenteel verschillen van adoptie. Het klopt wel dat na de adoptieprocedure personen die niet de echte verwekkers van het kind zijn, er officieel de vader en de moeder van worden. Adoptie kan echter niet gezien worden als een *daad van beschikken over* de staat van het kind, want het is uitgesloten dat de biologische ouders en de adoptieouders *overeenkomen om* de bij wet voorziene afstamming te wijzigen. Adoptie wordt door een rechtbank uitgesproken en komt in geen geval voort uit een privaatrechtelijke rechtshandeling, met andere woorden uit het in overeenstemming zijn van twee wilsuitingen²¹. Bovendien dient benadrukt te worden dat adoptie in de praktijk slechts gebeurt als noodoplossing, in het belang van een verlaten kind of weeskind – om een zo goed mogelijke uitkomst te bieden aan een ongelukkige situatie die onbedoeld tot stand is gekomen – wat niet het geval is bij draagmoederschap waar van meet af aan duidelijk is dat het kind zal worden afgestaan/in de steek gelaten. Er bestaat tussen die twee situaties een onbetwistbaar antropologisch verschil.

En trouwens: wat als het kind, dat het voorwerp vormt van de overeenkomst, niet voldoet aan de wensen van de vraagouders, bijvoorbeeld omdat het gehandicapt is? Om hierop voorbereid te zijn overweegt de Franse Senaat om de draagmoeder een contractbreukbeding toe te kennen, waardoor zij op elk ogenblik haar «recht op abortus» zou kunnen uitoefenen. Maar zal de draagmoeder dan omgekeerd verplicht kunnen worden om tot abortus over te gaan als bij het kind een afwijking wordt ontdekt (b.v. syndroom van Down)? Het is niet moeilijk om je voor te stellen onder welke druk de draagmoeder in een dergelijk geval zou kunnen komen te staan.

Daarbij komt nog dat het draagmoederschap voorbij gaat aan het – steeds beter gestaafde – belang van de relatie die het kind al in de baarmoeder met de moeder ontwikkelt. Het

²⁰ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 13 déc. 1989, voornoemd.

²¹ Zie de bijzonder interessante opmerkingen van A. SERIAUX bij Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 13 dec. 1989, *op. cit.*, nr. 15.

draagmoederschap verbreekt de band tussen zwangerschap, bevalling en moederschap. Het bestaan van een intrabaarmoederlijke relatie wordt – zo blijkt – door niemand meer in vraag gesteld²². Het ongeboren kind heeft van nature een fusionele relatie met de moeder die het draagt: het kind « detecteert in het vruchtwater heel wat elementen en neemt die hele wereld van geuren en smaken – dat het na de geboorte zal terugvinden in de borstvoeding – in zich op »²³; het kind went aan het lichaam van de moeder, aan haar geur, haar stem, aan die van zijn vader en zijn broers en zussen en het onthoudt alles op wonderbaarlijke wijze. Dit alles bereidt het voor op de band met zijn gezinsleden na de geboorte. *In utero* « voelt het kind ook de emoties van de moeder, dankzij de geluidsgolven die het met grote nauwkeurigheid interpreteert. Hoe kan men het in zijn hoofd halen om dit hechtingsproces na de geboorte vrijwillig te onderbreken? »²⁴.

« Zwangerschap en bevalling », schrijft Xavier LACROIX, « doen een zeer verfijnde wisselwerking ontstaan tussen het lichaam van de vrouw en dat van het kind [dat] de emoties van zijn moeder aanvoelt en reageert op haar dromen. Omgekeerd ontstaat er bij de vrouw een proces dat men de gehechtheid noemt: het idee van een zwangerschap die in onverschilligheid zou worden beleefd is bijgevolg huiveringwekkend »²⁵.

Het draagmoederschap toelaten is doen alsof de zwangerschap *in utero* niet integraal deel uitmaakt van het moederschap. Het draagmoederschap lijkt dan sterk op een verlating: het risico bestaat dat het kind de afwezigheid van de vrouw die het gedurende 9 maanden heeft gedragen na de geboorte aanvoelt als het « in de steek gelaten worden door zijn moeder ». Het zal misschien tevergeefs zoeken naar de zintuigelijke ankerpunten die het gewend was; een zoektocht die hem misschien als een erg negatieve ervaring zal bijblijven. In de veronderstelling dat het mogelijk zou zijn voor de draagmoeder om zich niet te hechten aan het kind, is het voor het kind hoe dan ook onmogelijk om zich niet te hechten aan de draagmoeder. Het relationele belang van zwangerschap en geboorte voor het kind zomaar van tafel vegen komt neer op een regelrechte discriminatie en blijkt in strijd te zijn met de fundamentele rechten van elke mens. Het risico dat het kind ter wereld komt met een blijvend trauma is meer dan reëel. De draagmoeder wordt gevraagd om zich tijdens de zwangerschap niet te hechten aan het kind, om het na de geboorte onmiddellijk te kunnen afstaan. Volgens vele psychologen is de intrabaarmoederlijke relatie tussen moeder en kind – waarvan het belang bij draagmoederschap niet wordt erkend – echter essentieel voor diens verdere ontwikkeling tot een evenwichtig kind, jongere en volwassene.

Daar komt nog bij dat de perceptie van zijn eigen afkomst bij het kind wordt verstoord. Het risico is groot dat het kind zich, zodra het oud genoeg is om een en ander te begrijpen en te beseffen, verscheurd zal voelen ten aanzien van de veelheid aan moederfiguren waarmee het geconfronteerd wordt. Zal het zich niet – terecht – afvragen wie nu eigenlijk zijn moeder is? De vrouw die hem ter wereld bracht, of de vrouw van het opdrachtgevende koppel, die tevens de juridische moeder is? Zal het in staat zijn om een onvermijdelijk innerlijk conflict te overwinnen zonder nefaste gevolgen te ondervinden bij de vorming van zijn eigen 'ik'? Hoe zal het kind het verlaten-worden door de moeder die hem heeft gedragen en ter wereld bracht

²² Zie informatief rapport opgesteld in naam van de Commissie van Sociale Zaken en de Commissie voor constitutionele wetgeving, algemeen stemrecht en de Algemene Administratie door de Werkgroep inzake draagmoederschap (Frankrijk) door M. ANDRÉ, A. MILON en H. RICHEMONT, Franse Senaat, Sess. Ord. 2007-2008, nr. 421, bijlage bij de notulen van de vergadering van 25 juni 2008, p. 60.

²³ P.-O. ARDUIN, « *Les partisans des mères porteuses ne désarment pas* », www.libertepolitique.com.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *La Croix*, 26 juni 2008.

ervaren? Temeer daar het kind er in dit geval, in tegenstelling tot andere verlaten kinderen, niet eens van zal kunnen uitgaan dat « zijn draagmoeder » het heeft afgestaan uit liefde, om een betere toekomst te verzekeren. Die psychologisch belangrijke buffer is bij kinderen ontstaan uit een draagmoederschapsovereenkomst onbestaande²⁶.

En hoe zullen de kinderen van de draagmoeder het verlies van het kind dat zij terecht als broer of zus konden beschouwen verwerken?

Bovendien draagt het draagmoederschap de kiem van een conflict tussen de twee betrokken «moeders» in zich: wat als uiteindelijk geen van beide het kind aanvaardt, of omgekeerd, als ze het «uit elkaars armen rukken» omdat de draagmoeder het kind voor zich wenst te houden?

En er rijzen nog andere interessante vragen. Wat met de aansprakelijkheid van de draagmoeder als zij tijdens de zwangerschap ziek wordt of risicovol gedrag vertoont (alcohol, drugs, tabak)? Wat gebeurt er in geval van feitelijke scheiding of echtscheiding tijdens de zwangerschap? En wat als de vraagouders overlijden voor de geboorte?

Kortom: het legaliseren van het draagmoederschap lijkt een bijkomende stap naar de erkenning van een *recht op een kind*, wat feitelijk zou neerkomen op een ontmenselijking van het kind, dat zou worden gezien als een object, verstrekt door de Staat en bedoeld om aan de wensen van de volwassenen te voldoen.

Het draagmoederschap lijkt dan ook onverenigbaar met de waardigheid en de belangen van het kind.

BESLUIT

We kunnen onmogelijk onverschillig blijven ten opzichte van het gemis van koppels die geen kinderen kunnen krijgen. In het bijzonder mogen we het leed en de ontredde van vrouwen die te maken hebben met een probleem aan de baarmoeder niet negeren. Maar hun verlangen naar een kind, hoe begrijpelijk en eerbiedwaardig dit verlangen ook moge zijn, kan op zich geen rechtvaardiging zijn voor het legaliseren van het draagmoederschap.

We staan hier voor een ernstig maatschappelijk debat waarvan alle elementen zorgvuldig moeten worden gewikt en gewogen. Wat hier op het spel staat is niet enkel de tegemoetkoming van het verlangen naar een kind. De sociale waarde van het moederschap alsook de grondslagen van het afstammingsrecht en van het gezin staan eveneens op het spel, net als enerzijds de waardigheid van de vrouw die zich aanbiedt om een kind te dragen dat haar eigen kind niet zal mogen zijn, en anderzijds het belang – of zelfs de fundamentele rechten – van het ongeboren kind. We stellen vast dat er doortastende redenen van antropologische, juridische, ethische en sociaal-politieke aard bestaan die het weigeren van de legalisatie van het draagmoederschap staven.

²⁶ In verband met dit onderwerp: overwegingen van MYRIAM SZEJER, kinderpsychiater, en professor Marcel RUFO, kinderpsychiater in het voornoemde rapport, pp. 62-63.

We moeten erkennen dat het draagmoederschap te veel risico's en nadelen inhoudt om vooropgesteld te worden als middel om tegemoet te komen aan het verlangen naar een kind. Draagmoederschap tracht niet, in tegenstelling tot adoptie, om de situatie van een weeskind zo goed als mogelijk te regelen, maar brengt een dergelijke situatie tot stand en dit uitsluitend in het belang van een kinderloos koppel.

Het draagmoederschap druist in tegen de essentie van het moederschap, dat wezenlijk steeds ondeelbaar en onoverdraagbaar is. Moederschap en zwangerschap worden van elkaar losgemaakt, terwijl de zwangerschap wel degelijk integraal deel uitmaakt van het moederschap. De intrabaarmoederlijke relatie die de –uiterst verfijnde en gevoelige– band tussen moeder in verwachting en kind tot stand brengt wordt zomaar over het hoofd gezien. Het kind wordt noodzakelijkerwijs door de draagmoeder verlaten, wat onmiskenbaar risico's voor de ontwikkeling van de persoonlijkheid en de identiteit van het kind met zich meebrengt. Draagmoederschap ondermijnt ook de grondslagen en de coherentie van het afstammingsrecht, want het legaliseren van het draagmoederschap zou er op neerkomen dat men :

- het achtenswaardige principe *mater semper certa est* in vraag stelt. Wenst men echt, omwille van enkele bijzondere gevallen, te raken aan dit fundamenteel principe dat de afstamming, in het bijzonder van het kind en in zijn belang, verzekert?
- de verlating van een kind door zijn moeder na de geboorte, alsook het feit dat een moeder haar plichten en verantwoordelijkheid jegens haar nakomelingen van zich afzet, aanvaardt.
- een stap zet richting contractualisatie (overeenkomstverband) van de afstamming, en bijgevolg ook toestaat dat een mens behandeld wordt als zijnde een object.
- zou instemmen met het uiteenvallen van de afstamming van een kind, want in bepaalde extreme gevallen zou het kind tot vijf verschillende ouders kunnen hebben : een genetische moeder, een genetische vader, een draagmoeder, een wettelijke moeder en een wettelijke vader.

De afstamming kan zeker niet uitsluitend herleid worden tot het bestaan van een biologische band tussen personen: het is een verwantschapsband tussen verschillende opeenvolgende generaties die niet alleen op biologische gegevens berust maar ook op gegevens die van psychische en juridische aard zijn. Deze gegevens zijn essentieel, individueel gezien voor de ontwikkeling van het kind, en collectief gezien voor het bestaan van ankerpunten tussen de generaties²⁷. Indien we dit alles indachtig zijn blijkt duidelijk dat draagmoederschap niet enkel vanuit het ene (zeer) specifiek verlangen naar een kind beschouwd mag worden.

Draagmoederschap houdt bovendien voor de draagmoeder (en haar naasten), naast de risico's die inherent zijn aan zwangerschap, ook bepaalde risico's van psychologische aard in. Aangaande de draagmoeder kunnen we stellen dat er uitendelijk sprake is van een instrumentalisatie : ze wordt objectief gezien herleid tot het vervullen van een louter functionele rol. Voor wat betreft het kind, tenslotte, kunnen we spreken over een ware reïficatie: het kind wordt beschouwd als een object.

²⁷ Zie M.-T. HERMANGE, « La gestation pour autrui: malaise dans la civilisation », bijdrage aan het voorvernoemde rapport, p. 95.

Er dient respect en medeleven betoond te worden voor het leed dat onvruchtbare koppels ondervinden. Dit leed moet gehoord en begrepen worden door onze maatschappij, maar men kan niet verwachten dat er op medisch vlak aan elke vorm van leed tegemoet zou worden gekomen. Er kan niet worden ingegaan op het verlangen naar een kind indien deze tegemoetkoming ten koste gaat van de rechten van het kind, de waardigheid van de vrouw, de vervaging van het afstammingsrecht en uiteindelijk het ontwrichten van fundamentele antropologische en juridische maatstaven.

Enkele bibliografische elementen

Nationale Academie voor de Geneeskunde (Frankrijk), *'La gestation pour autrui'*, rapport opgesteld in naam van een werkgroep door R. HENRION en C. BERGOIGNAN-ESPER, 10 maart 2009, met uitgebreide bibliografie.

Center for American Progress, *Futures Choices – Assisted Reproductive Technologies and the Law*, door J. ARONS, december 2007.

Raadgevend Comité voor Bio-ethiek (België), Advies nr. 30 van 5 juli 2004 met betrekking tot het draagmoederschap.

Informatief rapport opgesteld in naam van de Commissie van Sociale Zaken en de Commissie voor constitutionele wetgeving, algemeen stemrecht en de Algemene Administratie door de Werkgroep inzake draagmoederschap (Frankrijk), door M. ANDRÉ, A. MILON en H. RICHEMONT, Franse Senaat, Sess. Ord. 2007-2008, nr. 421, bijlage bij de notulen van de zitting van 25 juni 2008.

* * *

R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, voorwoord door F. CHABAS, Parijs, L.G.D.J., 1996 (in het bijzonder pp. 259-286 betreffende het draagmoederschap).

X. DIJON en J.-P. MASSON, noot onder Cass. fr., 31 mei 1991, *J.T.*, 1991, pp. 767-771.

M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *R.T.D.Civ.*, 1988, p. 645 e.v., bijz. pp. 657 e.v.

A. MIRKOVIC, « À propos de la maternité pour autrui », *J.C.P. - Droit de la famille*, juni 2008, pp. 9-13.

P. D'ORNELLAS, *Bioéthique. Propos pour un dialogue*, Desclée de Brouwer, 2009.

A. SERIAUX, opmerkingen bij Cass. fr., 13 december 1989, *J.C.P.*, 1990, vol. II, 21526.

Themadossier opgesteld door Etienne MONTERO



Europees Instituut voor Bio-ethiek
Waverssesteenweg 205 - 1050 Brussel - België
Tel: +32 (0)2 647 42 45
secretariat@ieb-eib.org
www.ieb-eib.org