

SAMENVATTING

Draagmoederschap is een fenomeen dat heel wat problemen met zich meebrengt. Al deze moeilijkheden kunnen worden teruggekoppeld naar één centrale kwestie: Quid in geval van niet afgifte van het kind bij draagmoederschap? Deze meesterproef gaat van start met een uitvoerige bespreking van draagmoederschap. Deze rechtsfiguur kampt met verschillende problemen zoals de onafdwingbaarheid van de draagmoederschapsovereenkomst. Verschillende praktijkgevallen tonen aan dat een wettelijke regeling omtrent draagmoederschap noodzakelijk is. Nochtans zijn er al verschillende wetsvoorstellen opgesteld, helaas echter zonder resultaat. De draagmoederschapsovereenkomst wordt hierbij ook verder uitgediept. Toekomstige wensvaders die geconfronteerd worden met een draagmoederschapsovereenkomst moeten op de hoogte worden gesteld waarom deze overeenkomst als ongeldig wordt beschouwd. Vervolgens wordt er een rechtsvergelijkende studie betreffende draagmoederschap uitgevoerd tussen België, Frankrijk en Nederland. Daarnaast zal er kort worden besproken in welke landen draagmoederschap wel wettelijk geregeld is. De echte opzet van deze meesterproef is het onderzoeken of bemiddeling een oplossing kan bieden bij betwisting van een draagmoederschapsovereenkomst. Wensvaders die geconfronteerd worden met een draagmoeder die het kind niet meer aan hen wil afstaan kunnen niet gaan procederen. Bovendien zijn gerechtelijke procedures duur en omslachtig waarbij een gunstig resultaat niet gegarandeerd is. Daarom zal in deel twee van deze meesterproef onderzocht worden of het draagmoederschapconflict al dan niet bemiddeld kan worden. Hieraan voorafgaand wordt er een korte uiteenzetting gegeven over de kenmerken, erkende bemiddelaars, soorten conflicten en escalatiefases van conflicten, die mogelijk kunnen opduiken bij bemiddeling. Daarna wordt het draagmoederschapconflict voorgesteld aan twee in België erkende bemiddelaars en geven zij hun standpunten omtrent het al dan niet bemiddelbaar zijn van het geschil. Hierbij aansluitend heb ik onderzocht of bij een bemiddelingsakkoord tussen de partijen de rechter dat kan homologeren of niet. Het laatste onderdeel van deze meesterproef gaat over de mogelijke nood aan een nieuw bemiddelingskader voor draagmoederschap. De meesterproef wordt afgesloten met een conclusie waarin teruggekoppeld wordt naar de onderzoeksvraag en waarin deze ook beantwoordt wordt. In deze conclusie komen alle behandelde delen van deze meesterproef even terug aan bod.

DANKWOORD

Als eerste zou ik graag mijn promotor, Prof. Dr. Erik Lancksweerd, bedanken. Hij zag potentieel in mijn moeilijk onderwerp en gaf mij de kans om hierover te schrijven. Zonder zijn begeleiding zou het mij niet zijn gelukt. Daarnaast wil ik ook mijn familie en vrienden bedanken. Zonder hun steun zou mijn zes jaar in Rechten niet hetzelfde zijn geweest. Ook wil ik Karen Bloemen en Marco Manganiello bedanken voor het nalezen van deze meesterproef. Tot slot wil ik mijn vriend, Maarten Bloemen, bedanken voor zijn geduld en raad tijdens de moeilijke momenten bij het schrijven van deze meesterproef.

Houthalen, 15 mei

Djalil Labyed

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING	1
DANKWOORD	2
INHOUDSOPGAVE.....	3
DEEL 1. INLEIDING	5
HOOFDSTUK 1. PROBLEEMSTELLING	5
<i>Afdeling 1. Onderzoeksonderwerp?</i>	<i>5</i>
<i>Afdeling 2. Wat is de stand van zaken met betrekking tot het onderwerp in de wetgeving, de hogere rechtspraak en de literatuur?.....</i>	<i>6</i>
HOOFDSTUK 2. RECHTSVRAAG EN METHODOLOGIE.....	7
<i>Afdeling 1. Onderzoeksvragen.....</i>	<i>7</i>
<i>Afdeling 2. Onderzoeksmethode</i>	<i>9</i>
DEEL 2. BELGIË	11
HOOFDSTUK 1. DRAAGMOEDERSCHAP.....	11
<i>Afdeling 1. Algemeen</i>	<i>11</i>
§1. Inleiding	11
§2. Laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap	12
<i>Afdeling 2. De wetsvoorstellen</i>	<i>13</i>
<i>Afdeling 3. Besluit uit de wetsvoorstellen.....</i>	<i>18</i>
HOOFDSTUK 2. DRAAGMOEDERSCHAP IN DE PRAKTIJK.....	19
HOOFDSTUK 3. DRAAGMOEDERSCHAPSOVEREENKOMST	23
<i>Afdeling 1. De algemene geldigheidsvoorwaarden van een overeenkomst</i>	<i>24</i>
§ 1. Toestemming.....	24
§ 2. Bekwaamheid	25
§ 3. Voorwerp	26
§ 4. Oorzaak.....	31
<i>Afdeling 2. Gevolgen van de ongeldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst</i>	<i>33</i>
§ 1. Nietigheid	33
§ 2. Onafdwingbaarheid.....	34
§ 3. Conclusie draagmoederschap in België	35
DEEL 3. INTERNATIONALE CONTEXT VAN DRAAGMOEDERSCHAP	37
HOOFDSTUK 1. DRAAGMOEDERSCHAP IN NEDERLAND	37
HOOFDSTUK 2. DRAAGMOEDERSCHAP IN FRANKRIJK	39
HOOFDSTUK 3. SITUATIE IN ANDERE LANDEN	41
DEEL 3. BEMIDDELING	45
HOOFDSTUK 1. BEMIDDELING.....	45
<i>Afdeling 1. Algemeen</i>	<i>45</i>
<i>Afdeling 2. Kenmerken.....</i>	<i>49</i>
§ 1. Basiskenmerken.....	49
§ 2. Andere onderscheidende kenmerken.....	51

<i>Afdeling 3. Erkende bemiddelaars</i>	52
<i>Afdeling 4. Soorten conflicten</i>	52
<i>Afdeling 5. Escalatie van het conflict</i>	60
HOOFDSTUK 2. INTERVIEW MET ERKENDE BEMIDDELAARS.....	61
HOOFDSTUK 3. DRAAGMOEDERSCHAPSCONFLICT BEMIDDELBAAR?	65
HOOFDSTUK 4. NOOD AAN EEN NIEUW BEMIDDELINGSKADER VOOR DRAAGMOEDERSCHAP?	67
CONCLUSIE	69
BIBLIOGRAFIE	71

Deel 1. Inleiding

Hoofdstuk 1. Probleemstelling

Afdeling 1. Onderzoeksonderwerp?

Eerst zal er kort geschetst worden wat draagmoederschap precies inhoudt. Daarnaast is het toch belangrijk om het verschil te onderzoeken tussen een niet-anonieme bevalling en een anonieme bevalling. Zorgt het laatste voor meer mogelijkheden voor een homoseksueel stel? Deze meesterproef zal enkel op draagmoederschap voor homokoppels focussen, omdat dit probleem te weinig aandacht krijgt.¹ In feite is het de bedoeling een kritische blik te werpen op dit complex onderwerp.

Vervolgens wordt de geldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst onderzocht. De Belgische rechtsleer beschouwt draagmoederschapsovereenkomsten als absoluut nietig. Hierdoor hebben homoseksuele wensvaders geen juridische houvast ten opzichte van de draagmoeder. De draagmoeder kan zonder enige reden weigeren om de ouderschapsrechten over het kind af te staan. Dit komt door de "*mater semper certa est*"-regel of anders gezegd "het kind heeft als moeder de persoon die als zodanig in de akte van de geboorte is vermeld"².

Toch is bij draagmoederschap een draagmoederschapsovereenkomst vereist tussen de wensvaders en de draagmoeder. In het advies van het Raadgevend Comité³ wordt er een definitie gegeven over wat draagmoederschap precies inhoudt. Draagmoederschap is per definitie: *een afspraak of een overeenkomst die bestaat tussen de zwangere vrouw en (een) wensouder(s). Het voorwerp van de afspraak betreft de ouderschapsrechten en -plichten tegenover het kind.* Dit zorgt natuurlijk voor heel wat verwarring aangezien bij draagmoederschap wel een overeenkomst vereist is, maar die toch absoluut nietig wordt beschouwd. Het is dus de bedoeling dat de algemene voorwaarden van een overeenkomst afgetoetst worden voor draagmoederschap en waar het dan precies misloopt. Daarnaast zullen de gevolgen van een nietige overeenkomst aan bod komen. Enerzijds vanuit het perspectief van de draagmoeder en anderzijds vanuit het perspectief van de wensvaders. Bij het lezen van het studiemateriaal overweegt het gevoel dat de wensvaders kansloos zijn, maar is er toch een mogelijkheid om alsnog de overeenkomst afdwingbaar te stellen?

Mijn meesterproef tracht te onderzoeken of **Alternative Dispute Resolution**, met nadruk op **bemiddeling** een oplossing kan bieden voor conflicten die bij draagmoederschap kunnen ontstaan.

¹ X., "Draagmoederschap voor homokoppels", *Juristenkrant* 2011, afl. 233, 14.

² Art. 312 § 1 BW.

³ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO- ETHIEK, *Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, vrij te consulteren op www.health.fgov.be.

De Belgische wetgever tracht meer en meer bemiddeling te promoten, dit is ook te merken bij de centrale rol die bemiddeling binnen de familierechtbank kreeg. Volgens de wetgever deden veel te weinig mensen beroep op bemiddeling bij familiale conflicten.

Bemiddeling kan een betere oplossing brengen dan een dispuut regelen voor de rechter. Het bespaart de partijen niet alleen veel geld uit, maar ook veel tijd.

Tenslotte is het ook interessant om de landen te bestuderen waar draagmoederschap wel wettelijk geregeld is. Hier kunnen we eventueel inspiratie opdoen voor het creëren van een eigen wettelijk kader voor draagmoederschap.

Afdeling 2. Wat is de stand van zaken met betrekking tot het onderwerp in de wetgeving, de hogere rechtspraak en de literatuur?

- **Wetgeving**

Draagmoederschap is nog geen erkende rechtsfiguur in België. Hierdoor is er ook geen wettelijke regeling voorzien. Ik zal dus vooral informatie moeten halen uit de wetsvoorstellen van afgelopen jaren. Daarnaast kan het advies van de Raad van State als hulpmiddel gebruikt worden bij het bepalen van de juiste terminologie. Ten slotte kan het advies nr.30 van het Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek een beter zicht geven op zowel de juridische als de ethische aspecten van draagmoederschap.

Voor het bemiddelingsgedeelte kunnen we terugvallen op de algemene bemiddelingswet⁴. De wetgever heeft deze wet niet enkel opgericht om de gerechtelijke achterstand weg te werken, maar ook omdat bemiddeling een alternatieve manier is om met conflicten om te gaan. Een geschil hoeft dus niet altijd te eindigen in een rechtszaal.

Voor familiale geschillen heeft de wetgever de familierechtbank opgericht.⁵ Ook bij familiale geschillen hecht de wetgever veel belang aan bemiddeling. Dat betekent dat wanneer er een vordering⁶ wordt ingesteld door de draagmoeder of door de wensvaders, de griffier hen eerst informeert over de mogelijkheid tot bemiddeling, verzoening of een andere minnelijke oplossing voor het aangaande conflict.⁷ Het laatste is voor mijn onderzoek zeer belangrijk.

⁴ Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *BS* 22 maart 2005.

⁵ Wet van 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *BS* 27 september 2013.

⁶ Artikel 572bis Ger. W.

⁷ W. HENSEN, "Alternatieve geschillenoplossing in de nieuwe familierechtbank: een stap voorwaarts of een gemiste kans?", *Tijdschrift voor procesrecht en bewijsrecht* 2014, 38-58.

- **Rechtspraak**

Over de problematiek rond draagmoederschap voor homokoppels, zijn er slechts enkele arresten en vonnissen terug te vinden. Na mijn onderzoek moet ik een duidelijk overzicht kunnen geven van de belangrijke arresten en of deze een invloed kunnen hebben op de toekomstige wetgeving omtrent draagmoederschap.

- **Rechtsleer**

Inzake rechtsleer zijn juridische teksten de beste bron. Nochtans wordt er nergens besproken of ADR een oplossing kan zijn bij niet-afgifte van het kind aan de wensvaders. Dit zal veel onderzoek vergen, aangezien hierop nergens een eenduidig antwoord wordt gegeven.

Er zijn een aantal bijdragen of tijdschriften die de pijnpunten van draagmoederschap bespreken. Ze leggen vooral de nadruk op de moeilijkheid om een wetgevend kader te schetsen voor draagmoederschap.

Er zijn ook heel wat boeken geschreven omtrent draagmoederschap. Vooral het recente boek van LIESBET PLUYM zal een nuttige bron zijn voor mijn onderzoek. Ze schetst een duidelijk beeld van de manier waarop draagmoederschap vandaag de dag geregeld wordt in België.

Draagmoederschap is een zeer actueel en dynamisch onderwerp, waardoor er steeds een evolutie te bemerken is in de praktijk. Er worden constant nieuwe wetsvoorstellen ingediend om een wettelijk kader te creëren, maar telkens zonder resultaat. Dit geldt ook voor de rechtsleer. De voor- en nadelen van draagmoederschap worden constant tegen elkaar afgewogen. In de literatuur komen steeds drie dezelfde overwegingen terug. Ten eerste het ontbreken van een geïnformeerde toestemming van de draagmoeder, ten tweede de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam en ten derde dat draagmoederschapsovereenkomsten in rechte niet kunnen worden afgedwongen. Dat laatste zal een probleem vormen indien de draagmoeder weigert het kind af te staan. Na een grondig onderzoek blijkt dat dit de conflicten zijn die kunnen ontstaan bij draagmoederschapsovereenkomsten.

Hoofdstuk 2. Rechtsvraag en methodologie

Afdeling 1. Onderzoeksvragen

a. Welk probleem (uit de stand van zaken) wil je juridisch (verder) uitwerken?

Het grootste probleem dat zich voordoet bij draagmoederschap is de geldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst. Hierdoor ontstaat de vraag: wat als de draagmoeder ineens beslist het kind te houden? Hetgeen ik wil bestuderen is of bemiddeling een oplossing kan bieden voor het conflict tussen het homokoppel en de draagmoeder. Daarnaast wil ik proberen te onderzoeken of het nodig is om een nieuw wettelijk kader te schetsen voor bemiddeling waarin ook draagmoederschap verwerkt kan worden.

Onderzoeksvraag: Conflict inzake niet-afgifte van het kind bij draagmoederschap. Juridisch afdwingbare oplossing of niet?

b. Geef aan waarom het probleem dat je wilt aankaarten wetenschappelijk en/of maatschappelijk relevant is?

Zoals eerder al werd aangehaald zorgt het ontbreken van een wettelijk kader omtrent draagmoederschap voor heel wat verwarring en onduidelijkheid. Het spreekt voor zich dat het positief zou zijn om een duidelijke wet hiervoor op te stellen. Enerzijds wordt er wel een overeenkomst vereist bij draagmoederschap, maar anderzijds wordt de geldigheid van een draagmoederschap in de praktijk betwist.

Ieder homoseksueel koppel dat graag een beroep zou doen op een draagmoeder is dus gewaarschuwd dat het zeer ingewikkelde en tegelijk gevaarlijk procedure kan zijn. Dit is te wijten aan het gebrek aan een wettelijke regeling hieromtrent. Aangezien het een zeer gevoelig onderwerp is, blijkt het moeilijk om een wettelijk kader rond de problematiek te creëren.

De hoofdvraag van dit onderzoek is natuurlijk of bemiddeling een uitweg kan bieden voor een conflict tussen de draagmoeder en de wensvaders. De wetgever heeft meermaals benadrukt dat bemiddeling centraal dient te staan bij conflicten. Eerst moet men trachten om onderling tot een oplossing te komen. Pas wanneer hier geen positieve resultaten uit voortkomen, kan men kiezen om het conflict voor de rechter op te lossen. Ook moeten de wensvaders de mogelijkheid hebben om alsnog het kind te bekomen en dit zou mogelijk kunnen zijn via bemiddeling. Men zou kunnen argumenteren dat het niet correct is dat na het betalen van een som voor de diensten van de draagmoeder, zij zonder enige reden de draagmoederschapsovereenkomst kan betwisten. Bemiddeling kan ervoor zorgen dat er alsnog een akkoord komt tussen de partijen.

Anderzijds kan dit onderzoek ook relevant zijn voor de toekomstige wettelijke regeling omtrent draagmoederschap. Indien na mijn onderzoek blijkt dat bemiddeling een mogelijkheid biedt om het conflict onderling op te lossen, dan zou het ook een optie kunnen zijn voor de wetgever om dit in de toekomstige wet te integreren.

c. Formuleer je probleem in een onderzoeksvraag (eventueel uitgesplitst in meerdere subvragen).

Conflict inzake niet-afgifte van het kind bij draagmoederschap. Juridisch afdwingbaar of niet?

- Wat is draagmoederschap?
- Waarom is er een onderscheid tussen anonieme en niet-anonieme bevalling?
- Wat is de juridische geldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst?
 - Welke conflicten kunnen hierdoor ontstaan?
 - Hoe is draagmoederschap in het buitenland geregeld?
- Kan bemiddeling een oplossing bieden bij betwisting van een draagmoederschapsovereenkomst?
- Is er nood aan een nieuw wettelijk kader voor bemiddeling voor draagmoederschap?
 - Volstaat de huidige Bemiddelingswet niet voor draagmoederschap?

Afdeling 2. Onderzoeksmethode

Mijn eerste subonderzoeksvraag is een **beschrijvende vraag**. Hierbij wordt overgegaan tot een beschrijving van het begrip in al haar onderdelen. Er wordt uitgelegd wat het onderwerp behelst. Wat zijn de kenmerken en de voorwaarden? Dit is eigenlijk een vrij algemene uitleg over het onderwerp. Een werkstuk kan niet op een goede manier worden geschreven zonder een krachtige omschrijving van het onderwerp. Hierdoor kan een onbekende lezer op een vlotte manier de meesterproef bestuderen. Hier zal ik dus vooral gebruik maken van een teleologische interpretatie aangezien er nog geen wet is opgesteld. Mijn voornaamste bronnen zullen dus vooral de wetsvoorstellen zijn.

De tweede subonderzoeksvraag is een **verklarende vraag** omdat ik met deze vraag tracht te weten te komen welke motieven en oorzaken aan de oorsprong liggen van het onderscheid tussen een anonieme en niet-anonieme bevalling. Ik me beroepen op verschillende wetenschappen om echt een verklaring te krijgen voor deze onderzoeksvraag. De toelichting van deze onderzoeksvraag zal dus vooral door middel van een multidisciplinair onderzoek gebeuren uitsluitend vanuit een juridisch-academisch oogpunt.

De derde subonderzoeksvraag is een combinatie van verschillende methodes van rechtswetenschappelijk onderzoek. Ten eerste is het een **beschrijvende vraag**, aangezien we de voorwaarden van een contract dienen na te gaan. Vervolgens ga ik onderzoeken welke conflicten er kunnen ontstaan bij een draagmoederschapsovereenkomst, wat ook als een beschrijvende vraag beschouwd kan worden. In beide gevallen wordt er gebruikt gemaakt van een teleologische interpretatie. We zullen dus draagmoederschap proberen te analyseren in het licht van de wetgever.

Ten slotte is hier ook nog de vergelijkende vraag. Het gaat om externe microrechtsvergelijking, waarbij de dogmatische methode van rechtsvergelijking gebruikt wordt die vertrekt vanuit een duidelijk juridisch begrip, namelijk de geldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst.

De vierde subonderzoeksvraag zal ook een grote uitdaging zijn. Het betreft hier een **evaluerende vraag**, aangezien de positieve en negatieve elementen van bemiddeling onderzocht zullen moeten worden. Het zal dus een kritische beoordeling zijn. Zou bemiddeling een oplossing kunnen zijn? Zullen de partijen bereid zijn om met elkaar te communiceren bij niet-afgifte van het kind? Dit zijn allemaal kritische aspecten die relevant kunnen zijn voor de beantwoording van mijn onderzoeksvraag.

Daarnaast is mijn laatste subonderzoeksvraag **een normatieve vraag**. Aangezien er nog geen wettelijk kader is geschetst, zal ik onderzoeken hoe het recht zou moeten zijn. Hierbij zal ik informatie uit de wetsvoorstellen moeten halen.

Deel 2. België

Hoofdstuk 1. Draagmoederschap

Afdeling 1. Algemeen

§1. Inleiding

1. Draagmoederschap is een voortplantingstechniek die gecreëerd werd voor wensouders. In het leven is het mogelijk dat men voor bepaalde uitdagingen komt te staan, zoals onvruchtbaarheid of de onmogelijkheid om kinderen te baren. Draagmoederschap maakt het mogelijk voor de wensouders om alsnog hun kinderwens waar te maken. Thans is het in België niet zo evident, aangezien het nog niet wettelijk geregeld werd. Hierdoor kan draagmoederschap bij wet niet verboden worden, maar toch wordt er een enorme druk op de schouders van de wetgever gelegd om een wettelijk kader te schetsen voor draagmoederschap.⁸ Door deze wettelijke lacune kan draagmoederschap zowel toegelaten, als verboden worden. Het verbieden van draagmoederschap is op zich geen enkel probleem, aangezien er geen nationale wettekst is die dit belemmert. Ook op Europees en internationaal niveau zijn er geen bepalingen die draagmoederschap goedkeuren.

2. Het uitblijven van een wet zorgt voor heel wat verwarring. Het gevolg hiervan is dat vele wensouders naar het buitenland vertrekken om daar hun kinderwens te volbrengen. Op zich is dat geen enkel probleem totdat men het kind terug naar België zou willen brengen. Indien het kind in het buitenland geboren is, wordt er een buitenlandse geboorteakte opgesteld waarin de wensouders als juridische ouders worden ingeschreven. In België is er echter sprake van de moederschapsregel "*mater semper certa est*"⁹. Dat houdt in dat het kind als moeder de persoon heeft die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld. Hierdoor zal de buitenlandse geboorteakte met de wensouders als juridische ouders niet erkend worden, waardoor het kind als ouder- en staatloos beschouwd kan worden. Het Belgisch afstammingsrecht kent geen uitzonderingen toe waardoor de enige mogelijkheid om het kind alsnog te erkennen via de adoptieve weg moeten gebeuren. Het adopteren van het kind moet via de wettelijke procedure gebeuren. Dit kan echter heel wat tijd in beslag nemen.

⁸ G. VERSCHULDEN, "Editoriaal, nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T.Fam.* 2010/4, 69.

⁹ Art. 312 § 1 BW.

3. Om draagmoederschap tot stand te laten komen moet er sprake zijn van een draagmoederschapsovereenkomst tussen de wensouders en de draagmoeder.¹⁰ Thans wordt zo een draagmoederschapsovereenkomst in België niet als een geldige overeenkomst erkend. Dit wordt later in deze meesterproef nog uitvoerig besproken.

4. Door de ongeldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst is er geen enkele garantie dat bij het einde van de zwangerschap het kind effectief aan de wensvaders wordt overhandigd. Het is dus niet mogelijk om deze overeenkomst voor de rechter af te dwingen aangezien het in strijd met de openbare orde blijkt te zijn.¹¹

§2. Laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap¹²

5. Draagmoederschap kan op twee manieren uitgevoerd worden. Ten eerste is er sprake van **laagtechnologisch** draagmoederschap, dit wil zeggen dat de draagmoeder ook als de genetische moeder van het kind wordt beschouwd. Er is dus nog steeds sprake van een genetische band. De reden dat er een genetische band tot stand is gekomen, is door middel van het gebruik van een eigen eikel van de vrouw.¹³ Een andere benaming is het genetische draagmoederschap. Deze methode kan gebruikt worden voor homoseksuele wensouders om hun kinderwens te volbrengen.¹⁴

6. Daarnaast heb je nog het **hoogtechnologisch**¹⁵ draagmoederschap. In tegenstelling tot de eerste methode is hier geen sprake meer van een genetische band. Hier wordt in vitro fertilisatie (hierna IVF) gebruikt om zo de embryo die gevormd is uit de gameten van de wensouders in te planten in de draagmoeder. De draagmoeder zal dus een beroep moeten doen op een arts. Een andere benaming is het gestationeel draagmoederschap.

7. De draagmoeder is de vrouw die aanvaardt om het kind voor de wensouders te dragen en baren.¹⁶ In deze meesterproef zal een homokoppel beschouwd worden als de intentionele ouders, die een beroep doen op een draagmoeder.

In het Frans wordt draagmoeder "*mère porteuse*" genoemd, een letterlijke vertaling "draag moeder". Het is ook belangrijk om de Franse benaming van de draagmoeder te kennen, omwille van het rechtsvergelijkend aspect.¹⁷

¹⁰ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO- ETHIEK, *Advies nr. 30 juli van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander* vrij te consulteren op www.health.fgov.be.

¹¹ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 1.

¹² S. TACK, S. en G. VERSCHULDEN, *Medische voortplanting: in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121.

¹³ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO- ETHIEK, *Advies nr. 30 juli van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander* vrij te consulteren op www.health.fgov.be.

¹⁴ A. DE BOTH en P. DE SUTTER, "Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland. Is er nood aan een wettelijk kader?", *Tijdschr. voor Geneeskunde* 2010, 795.

¹⁵ K. DENYS, I. STUYVER en M. DHONT, "Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen: medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek", *Tijdschr. voor Geneeskunde* 2007, 1021-1029.

¹⁶ A. DE BOTH en P. DE SUTTER, "Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland. Is er nood aan een wettelijk kader?", *Tijdschr. voor Geneeskunde* 2010, 795-796.

¹⁷ G. MATHIEU en D. PIRE, "La filiation", in G. LEVAL, J.-F. TAYMANS en M. RENARD- DECLAIRFAYT (ed.), *Rép. not.*, I, 1.XII, Brussel, Larcier, 1999, 63, nr. 29.

8. Draagmoederschap kan dus beschouwd worden als een ruim begrip, aangezien er verschillende methodes mogelijk zijn om de wensen van de wensouders waar te maken. Wanneer de wensouders gebruik maken van een speciale voortplantingstechniek en/of een draagmoeder, worden ze als *intentionele ouders* beschouwd.¹⁸

9. Voor een homoseksueel paar kan enkel laagtechnologisch draagmoederschap toegepast worden. Indien zij beroep doen op een draagmoeder zal zij automatisch beschouwd worden als de moeder van het kind. Dit kan natuurlijk voor heel wat juridische problemen zorgen indien de draagmoeder het kind niet meer aan hen wil afstaan. In deze meesterproef wordt de nadruk gelegd om het probleem voor homokoppels te bestuderen. Deze koppels hebben evenveel recht op een gezinsleven als een heteroseksueel koppel.¹⁹

Afdeling 2. De wetsvoorstellen

10. Op dit moment is er nog steeds geen wettelijk kader geschetst voor het toelaten van draagmoederschap. Nochtans zijn er al verschillende wetsvoorstellen geschreven die mogelijk als toekomstige regelgeving zouden kunnen gebruikt worden. In deze verschillende wetsvoorstellen worden eveneens voorwaarden gesteld waaraan de draagmoeder en de wensouders dienen te voldoen, vooraleer er beroep gedaan kan worden op het principe van het draagmoederschap. Het leek me aangewezen om deze verschillende wetsvoorstellen grondig te bestuderen en om te onderzoeken wat de oorzaak is van het ontbreken van een wet.

11. De definitie in het wetsvoorstel luidt als volgt: "Draagmoederschap betreft elke situatie waarin een vrouw, die draagmoeder wordt genoemd, aanvaardt om voor een of meer personen een zwangerschap uit te doen en aanvaardt om bij de geboorte afstand te doen van het kind ten gunste van de laatstgenoemde, die als wensouders worden bestempeld".²⁰

12. Men mag zich niet beroepen op een draagmoeder zonder een grondige reden. Het wetsvoorstel van DEFRAIGNE²¹ plaatst draagmoederschap in de geschiedenis. Opmerkelijk is dat deze rechtsfiguur al geruime tijd bestaat.

Zelfs in de Heilige Bijbel wordt er gesproken over de onvruchtbaarheid van Sarah die een beroep doet op dienaars Agar om voor haar en haar echtgenoot een kind te baren. Hoe is het mogelijk dat de methode draagmoederschap zo oud is en er nog steeds geen wettelijk kader is voorzien?

¹⁸ A. VEYS, "Afstamming na medische begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, 403.

¹⁹ Art. 8 EVRM en art. 22 GW.

²⁰ Adv. RvS van 14 februari 2006 bij het wetsvoorstel betreffende draagmoeders (39.474), bij het wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap (39.475/AV), bij het wetsvoorstel betreffende draagmoeders (39.476/AV), bij het wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap (39.477/AV), bij het wetsvoorstel tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat (39.478/AV), bij het wetsvoorstel betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van overtollige embryo's en gameten (39.525/AV), *Parl.St.* Senaat 2005-2006, nr. 3-417/3.

²¹ Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende de draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-308/1.

Het antwoord ligt in de verandering van de waarden van de maatschappij. Voorheen lag de macht van de bevolking in handen van de rijke burgerij en kon men met geld alles bereiken of verkrijgen.²²

Dit is niet langer het geval. Iedereen is baas over zijn eigen lichaam. Thans moet dit ook genuanceerd worden aangezien er ook beperkingen worden opgelegd aan het beschikken van het lichaam (bv. Euthanasie).²³

13. Het wetsvoorstel van DEFRAIGNE betreffende draagmoeders stelt onder andere als voorwaarde dat een gynaecoloog een voorafgaandelijke schriftelijke vaststelling dient op te stellen dat de wensmoeder onmogelijk zwanger kan worden van de wensvader of omwille van het zeer grote gezondheidsrisico van een zwangerschap voor de wensmoeder of het kind.²⁴

Daarnaast zijn er nog andere voorwaarden die opgesteld zijn in het wetsvoorstel zoals de burgerlijke stand (ongehuwd, alleenstaand of weduwe) en de leeftijd van de draagmoeder (max. 45 jaar) en eventuele verwantschap met de wensouders, de verplichting voor de draagmoeder om een onderhoud te hebben met een psychiater, de voorlichting door een gynaecoloog en een attest van afwezigheid van voorzienbare risico's. Toch blijft het algemeen uitgangspunt volgens artikel 3 van het wetsvoorstel dat iedere overeenkomst nietig is die draagmoederschap tot rechtstreeks of onrechtstreeks doel of gevolg heeft.

14. In het artikel 4 van het wetsvoorstel van VANKRUNKELSVEN²⁵ blijft het algemeen uitgangspunt dat een draagmoederschapsovereenkomst nietig is, behoudens bepaalde uitzonderingen. In het wetsvoorstel van VANKRUNKELSVEN wordt het onderscheid tussen hoog- en laagtechnologische draagmoederschap doorgetrokken, maar benadrukt men dat in beide gevallen dezelfde medische, psychische, emotionele en juridische problemen ontstaan. Daarom is het nodig om voorwaarden op te stellen ter bescherming van zowel de draagmoeder als het kind. Eén van de voorwaarden is dat de draagmoeder minstens één levend kind moet hebben gebaard. De leeftijdsgrens van het wetsvoorstel DEFRAIGNE (zie supra) wordt hier verder benadrukt. Men moet elke mogelijke situatie van een problematische zwangerschap voorkomen. Een leeftijdsgrens kan hiervoor een oplossing bieden. Beide partijen moeten zich wenden tot een centrum voor draagmoederschap. Hier zullen ze de nodige medische, psychologische, maatschappelijke en juridische begeleiding krijgen. Daarnaast moeten ze bereid zijn een diepgaande counseling te ondergaan in de periode voor de realisatie van een zwangerschap, tijdens de zwangerschap en ook gedurende het eerste jaar na de bevalling van het kind. Tenslotte moeten de wensouders en de draagmoeder een Belgische nationaliteit bezitten om aanspraak te kunnen maken op een wettelijk draagmoederschap.²⁶

²² A. DE BOTH en P. DE SUTTER, "Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland. Is er nood aan een wettelijk kader?", *Tijdschr. voor Geneeskunde* 2010, 795.

²³ H. JACOBUS en J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht deel 1*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 52-55.

²⁴ Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende de draagmoeders *Parl.St.* Senaat 2003-2004, nr. 3-417/1.

²⁵ Wetsvoorstel (P. VANRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007, nr. 4-193/1.

²⁶ Wetsvoorstel (P. VANRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2004-2005, nr. 3-1230/1.

15. In het wetsvoorstel van VANLERBERGHE en DE ROECK vertrekken ze van hetzelfde uitgangspunt als de vorige twee (zie supra): dat draagmoederschap in principe verboden is. Ook hier worden, in het artikel 4 van het wetsvoorstel, uitzonderingen toegelaten. Draagmoederschap kan onder strikte voorwaarden worden toegelaten.

Het commercieel draagmoederschap is evenwel ten alle tijden verboden. Dit betekent dat de draagmoeder op geen enkele manier betaald mag worden voor het dragen van een kind.²⁷

In het wetsvoorstel wordt er voor het eerst gesproken over de mogelijkheid van draagmoederschap voor een homoseksueel paar. Ondanks het feit dat draagmoederschap hier niet wordt uitgesloten, moet er toch sprake zijn van een *ultimum remedium*. Dit wil zeggen dat er geen andere optie voorhanden is voor het verkrijgen van een genetisch verwant kind. In dit voorstel worden dezelfde voorwaarden opgenomen als in de vorige twee die reeds werden besproken (zie supra). Toch gaan ze hier nog een stap verder door de verplichting van een SOA-screening, die zowel de draagmoeder als haar partner moeten ondergaan. Uiteraard dienen die negatief te zijn vooraleer ze als draagmoeder in aanmerking kan komen.²⁸ Dit is ter bescherming van de gezondheid van het kind en om elke mogelijke complicatie te voorkomen gedurende de zwangerschap. Daarbovenop wordt in artikel 6 van het wetsvoorstel de verplichting opgelegd aan zowel de draagmoeder als de wensouders om in België te wonen.

16. In het wetsvoorstel van MAXHOUX²⁹ betreffende het draagmoederschap wordt er enkel gesproken van een vorm van draagmoederschap indien ten minste één van de wensouders een biologische band heeft met het kind. De andere voorwaarden van het wetsvoorstel komen overeen met de reeds besproken wetsvoorstellen. Er wordt sterk benadrukt dat het lichaam van de vrouw niet op een commerciële manier ter beschikking gesteld mag worden. Elke vorm van reclame dient ten strengste verboden te worden. Er staat duidelijk omschreven: "Er mag in geen geval tegen worden gezondigd omdat anders het draagmoederschap een vorm van sociaal-economische uitbuiting wordt."³⁰ Uit het wetsvoorstel blijkt dat er een enorme druk heerst op de wetgevers om een regelgeving omtrent draagmoederschap op te stellen, zodat er in de praktijk streng kan worden opgetreden tegen alle vormen van misbruik.

17. De wetsvoorstellen tot regeling van het draagmoederschap hebben in grote lijnen dezelfde voorwaarden opgesteld. Het ene wetsvoorstel gaat wat dieper dan het andere.

Opmerkelijk is dat er als voorwaarde wordt gesteld dat een gynaecoloog een voorafgaandelijke schriftelijke vaststelling dient op te stellen dat de wensmoeder onmogelijk zwanger kan worden van de wensvader of omwille van het zeer grote gezondheidsrisico van een zwangerschap voor de wensmoeder of het kind.

²⁷ Artikel 12 van het Wetsvoorstel (P. VANRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2004-2005, nr. 3-1230/1.

²⁸ Wetsvoorstel (M. VANLERBERGHE en J. DE ROECK) betreffende de draagmoeders *Parl.St.* Senaat 2004-2005, nr. 3-1271/1.

²⁹ Wetsvoorstel (P. MAHOUX) betreffende draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-633/1.

³⁰ Toelicht van het Wetsvoorstel (P. MAHOUX) betreffende draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-633/1.

Thans is het heel onduidelijk hoe het beroepen op een draagmoeder wettelijk geregeld zou kunnen worden voor een homokoppel. Er wordt niets in de wetsvoorstellen vermeld over dergelijke situaties behalve in het wetsvoorstel van VANLERBERGHE en DE ROECK. Toch zijn het net deze mensen die nood hebben aan duidelijke en informerende regelgeving, om alsnog hun kinderwens te kunnen vervullen. Homokoppels hebben nog de mogelijkheid om een succesvolle adoptieprocedure te starten, maar dit zal niet eenvoudig zijn.

Volgens de laatste gegevens van de Senaat zijn er tussen 2006 en 2012 slechts 47 kinderen geadopteerd door een holebi-koppel. Dat zijn ongeveer 8 adopties per jaar.³¹ In totaal hebben maar liefst 358 holebi-koppels een aanvraag tot adoptie ingediend. De redenen zijn volgens de Senaat heel divers, maar de voornaamste reden zou kunnen zijn dat de holebi-koppels niet voldoen aan de juridische voorwaarden om te adopteren.

Naar mijn mening geven ze niet het juiste beeld van het verhaal en ligt de reden eerder bij het feit dat de biologische ouders niet bereid zijn om hun kind af te staan aan koppels van hetzelfde geslacht. Deze meesterproef is geen psychologische en pedagogische studie, maar door gebruik te maken van bepaalde gegevens kan je een duidelijke weergave verkrijgen van de realiteit. Hierdoor merk je dat het voor homoseksuele koppels geen eenvoudige situatie is, terwijl net zij hopen op een gunstige regelgeving.

18. Het wetsvoorstel van NYSENS³² gaat uit van een strengere aanpak door elke vorm van draagmoederschap te verbieden waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind. Volgens mevrouw NYSENS zou er dus in geen enkel omstandigheid beroep gedaan kunnen worden op een draagmoeder. Hierdoor zou ook het Strafwetboek moeten worden aangepast, aangezien er geen enkele strafbepaling dergelijk verbod voorziet. Volgens het wetsvoorstel ontstaan er bij draagmoederschap grote complicaties. Een voorbeeld ter illustratie: indien een vrouw in België bevalt van een kind wordt ze geacht moeder te zijn volgens artikel 312 van het Burgerlijk Wetboek. Indien er een beroep gedaan wordt op de rechtsfiguur draagmoederschap worden het genetische moederschap en de zwangerschap uit elkaar gehaald. Maar dit is niet mogelijk vanwege de moederschapsregel die wettelijk in het Burgerlijk Wetboek verankerd is.³³ Krachtens de geldende regels die van openbare orde zijn, is elke vorm van draagmoederschap volkomen onwettig.

Ook het commercieel draagmoederschap is dan onwettig, aangezien dit volgens mevrouw NYSENS afbreuk zou doen aan de menselijke waardigheid. Er wordt in het wetsvoorstel op gewezen dat draagmoederschap veel meer nadelen heeft dan voordelen.³⁴

³¹ www.senaat.be/www/?Mival=/Vragen/SVPrint&LEG=5&NR=8198&LANG=nl

³² Wetsvoorstel (C. NYSENS) tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetisch waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St.* Senaat 2005-2006, nr. 3-1399/1; Wetsvoorstel in de kamer hernomen, *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 52-170/1.

³³ Art. 312 § 1 BW.

³⁴ Toelichting bij het wetsvoorstel nr. 3-1399/1.

19. Het wetsvoorstel van BEKE³⁵ tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap gaat verder op het wetsvoorstel dat reeds op 20 juli 2005³⁶ bij de Senaat werd ingediend.

Een gegeven uit de actualiteit, namelijk de *zaak Baby D*, zorgde ervoor dat er dringend moest opgetreden worden om misbruiken tegen te gaan. Deze zaak zal later in deze meesterproef uitvoerig besproken worden. Dit wetsvoorstel wil weerwerk bieden tegen de amerikanisering van het systeem.

In de Amerikaanse staat California is het mogelijk om een beroep te doen op een draagmoeder. In de Verenigde Staten is er dus een tendens naar een contractualisering van de verhoudingen tussen de partijen, hetgeen de erkenning inhoudt van het commerciële karakter van de overdracht. De indianen verzetten zich tegen de evolutie die zich op het Amerikaans grondgebied voordoet. Het belang van het kind staat centraal en tegen elke vorm van instrumentalisering van het moederlichaam dient te worden opgetreden.³⁷ De indianen willen streng optreden tegen elke vorm van draagmoederschap. Kinderen zijn geen koopwaar en daarom is de handel en bemiddeling vóór de geboorte uit den boze.

Dat principe moet in de strafwet worden vastgelegd, naar analogie van de Nederlandse³⁸ en de Franse wetgeving³⁹. Het is niet de bedoeling van de indianen om het familierecht te wijzigen, de moederschapsregels van artikel 312 van het Burgerlijk Wetboek blijven ongewijzigd. Maar het Strafwetboek zal dan het commerciële draagmoederschap verbieden en bestraffen. Het gaat meer bepaald om elke vorm van bemiddeling bij draagmoederschap, ook als ze niet commercieel is, het aanbieden van bemiddeling in het openbaar en het openbaar maken dat een vrouw zich aanbiedt als draagmoeder of dat een draagmoeder gezocht wordt.

De laatste twee wetsvoorstellen blijven in dezelfde sfeer, namelijk het strafbaar maken van elke mogelijk vorm van kinderhandel.

20. Het wetsvoorstel van DE BETHUNE tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen wil ervoor zorgen dat het commerciële aspect van het draagmoederschap bestraft wordt onder de huidige wetgeving tegen mensenhandel en kinderhandel.⁴⁰

Aangezien het commerciële draagmoederschap noch toegelaten noch strafbaar is, valt het dus nergens onder te brengen. Men wil ervoor zorgen dat commerciële draagmoederschap onder mensenhandel/kinderhandel valt zodat er sterk tegen kan opgetreden worden.

³⁵ Wetsvoorstel (W. BEKE C.S.) 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.

³⁶ Wetsvoorstel (M. DE SCHAMPHLAERE) tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2004-2005, nr. 3-1391/1.

³⁷ Toelichting bij het Wetsvoorstel (W. BEKE C.S.) 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.

³⁸ Art. 151 b, lid 1 en 2, en 151 c van het Wetboek van Strafrecht.

³⁹ Art. 227-12 van de Code Pénal.

⁴⁰ Wet van 10 augustus 2005 tot wijziging van diverse bepalingen met het oog op de versterking van de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel en tegen praktijken van huisjesmelkers, *BS* 2 september 2005.

21. Tot slot het wetsvoorstel van MONFILS⁴¹ omtrent het verbod op kinderhandel. Het commercieel draagmoederschap wordt in verband gebracht met kinderhandel. Het wetsvoorstel is gericht op praktijken waarbij ongeboren of pasgeboren kinderen worden verkocht via het internet of andere wegen. Men vreest dat, wanneer draagmoederschap wettelijk toegelaten zal worden, er praktijken zullen ontstaan die voornamelijk gericht zijn op het streven naar winst bij de verkoop van het ongeboren of pasgeboren kind. Het klinkt vanzelfsprekend dat zulke praktijken strafbaar zouden moeten zijn, maar er is geen enkele bepaling in het Strafwetboek die dat duidelijk aangeeft. Het doel van dit wetsvoorstel is de leemte te vullen door een nieuw hoofdstuk in het Strafwetboek te voegen dat elke vorm van kinderhandel strafbaar stelt zonder enige vorm van uitzonderingen.

Het moet misbruiken op commercieel draagmoederschap, waarbij het kind als een pure verkoop wordt beschouwd, beëindigen.⁴² Naar mijn mening is het bijzonder moeilijk om elke vorm van draagmoederschap zomaar te verbieden. Er zijn heel veel homoseksuele koppels die hopen dat er in de toekomst een wettelijk kader gecreëerd wordt dat hen alsnog de mogelijkheid biedt om hun kinderwens te vervullen. Enerzijds ben ik het volledig eens met de afschaffing van commercieel draagmoederschap om kinderhandel tegen te gaan. Anderzijds bestaan er heel wat homoseksuele koppels met goede bedoelingen, die reeds lange tijd een kinderwens koesteren. Met deze koppels wordt er door de afschaffing helaas geen rekening gehouden.

Afdeling 3. Besluit uit de wetsvoorstellen

22. De wetsvoorstellen geven een beeld van hoe een wettelijk kader betreffende draagmoederschap eruit zou kunnen zien. De meningen zijn grotendeels verdeeld. Hierdoor wordt het bijzonder moeilijk om een wettelijk kader te creëren waarin iedereen zich kan vinden. Opvallend is dat men in geen enkel van de wetsvoorstellen vertrekt van wettelijk toegelaten draagmoederschap. Dit toont aan dat de indieners eerder een negatief beeld hebben van de rechtsfiguur draagmoederschap. De meerderheid acht draagmoederschap toelaatbaar mits ze aan de strikte voorwaarden voldoet die in de wetsvoorstellen staan opgesomd. Op het eerste gezicht zal het voor homoseksuele koppels bijzonder moeilijk worden om aanspraak te kunnen maken op een draagmoeder zonder zich op het gevaarlijk terrein van commercieel draagmoederschap te begeven. De voorwaarden die in de wetsvoorstellen staan opgesomd, zijn enkel voor een altruïstisch draagmoederschap. Dit betekent dat de draagmoeder slechts vergoed zal worden voor de kosten die gedurende de zwangerschap gemaakt worden (bv. afspraken bij de gynaecoloog, gereedschap voor de zwangerschap,...). Bij commercieel draagmoederschap kan het kind worden verkocht aan het koppel dat het meeste geld biedt. Dit komt grotendeels overeen met een vorm van kinderhandel, omdat de menselijke waardigheid van het kind hier wordt aangetast.

⁴¹ Wetsvoorstel (P.MONFILS) houdende verbod op de kinderhandel, *Parl.St.* Senaat 2007, nr. 4-122/1.

⁴² Toelichting van het Wetsvoorstel (P.MONFILS) houdende verbod op de kinderhandel, *Parl.St.* Senaat 2007, nr. 4-122/1.

23. Persoonlijk deel ik de mening dat elke vorm van commercieel draagmoederschap verboden dient te worden. Voor heel veel homoseksuele koppels is een draagmoeder een last resort. Er werd reeds aangetoond dat adoptie bij holebi-koppels in weinig gevallen voorkomt, wat ik enorm betreurt. Een mogelijke oplossing is het toekennen van meer adopties aan holebi-koppels waardoor het gebruik van een draagmoeder in vele gevallen niet meer nodig zou zijn. Wanhoop drijft veel homokoppels om tot het uiterste te gaan om hun kinderwens te realiseren. Het gaat zelfs zo ver dat ze bereid zijn de hoogste prijs te betalen om een kind te krijgen.

24. Ondanks de heersende meningsverschillen lijkt het erop dat men een gemeenschappelijk akkoord gaat kunnen bereiken omtrent het verbieden van commercieel draagmoederschap. Het is echter niet duidelijk welke gevolgen dit gaat hebben voor draagmoederschap in het algemeen. Nochtans is er nog geen sprake van een concrete wet, waardoor het toekomstig wettelijk kader alle vormen kan aannemen.

Hoofdstuk 2. Draagmoederschap in de praktijk

Arrest Baby D⁴³

25. De beste manier om aan te tonen dat er nood is aan een wettelijk kader, is door middel van een arrest. Het hoofdprobleem is dat een draagmoederschapsovereenkomst in België niet erkend wordt en niet afgedwongen kan worden. Indien de draagmoeder beslist om het kind alsnog te houden, kunnen de wensouders geen juridische aanspraken maken. De zaak rond Baby Donna zorgde voor heel wat ophef in ons land.⁴⁴ In dit arrest gaat het niet over een homoseksueel koppel, maar alle wensouders zouden met hetzelfde probleem geconfronteerd kunnen worden. Dit arrest bewijst nogmaals dat de tijd voor de totstandkoming van een wet zich opdringt.

26. De zaak baby Donna is een duidelijk voorbeeld van misbruik van de rechtsfiguur draagmoederschap. De feiten zijn als volgt: een Nederlands koppel gaat via het internet op zoek naar een draagmoeder omdat het niet in staat is zelf kinderen te baren. Bij toeval komen ze terecht bij een Belgische zwangere vrouw en haar echtgenoot. Ze zouden tegen betaling een draagmoederschapsovereenkomst hebben afgesloten waarbij baby Donna aan het Nederlandse koppel werd afgestaan. Ongeveer een drietal weken voor de geboorte van het kind, heeft het Nederlandse paar zowel de Raad voor Kinderbescherming als de burgemeester van de gemeente Leusden bij brief op de hoogte gesteld dat ze een minderjarig kind via draagmoederschap in hun gezin gingen opnemen. In geen van de brieven werd er vermeld dat het om een Belgisch kind ging. Er zou pas een onderzoek komen van de Raad voor Kinderbescherming op het moment dat het kind effectief in het gezin in Leusden is opgenomen.

⁴³ Gent 5 september 2005, *TJK* 2006, 24-26; I. MARTENS, —Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.I, *TJK* 2006, (5) 5-19, nrs. 1-43 (hierna verkort I. MARTENS, *Familierechtelijke aspecten*). Baby D was een kind dat werd verwekt op verzoek van een Belgisch wenspaar, waarbij de draagmoeder het kind eveneens verkocht aan Nederlandse adoptieouders.

⁴⁴ I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland: De zaak baby D.", *TJK* 2006/1, 5.

Na de geboorte op 26 februari, werd baby Donna op 1 maart 2005 naar Leusden, de woonplaats van het Nederlandse koppel, gebracht met de toestemming van de Belgische draagmoeder. Sindsdien wordt het kind in Leusden verzorgd en opgevoed. Op het eerste gezicht zou je kunnen zeggen dat het draagmoederschap op een correcte manier verlopen is, totdat een Belgisch koppel de baby opeist. Volgens het Belgisch koppel zou baby Donna eerst aan hen beloofd zijn en beweert de Belgische wensvader de biologische vader te zijn van baby Donna. Zij zouden ook via het internet in contact zijn gekomen met de draagmoeder waarbij ze een mondelinge overeenkomst zijn aangegaan dat baby Donna aan hen zou worden afgestaan. De draagmoeder had aan de Belgische wensouders laten weten dat zij een miskraam had gehad, terwijl ze het kind nadien aan het Nederlandse echtpaar meegaf. Het afstaan van baby Donna aan het Nederlandse koppel zou dus volgens hen in strijd zijn met hun onderlinge afspraak. Bovendien zou het Belgisch koppel de draagmoeder een enorme bedrag hebben betaald om baby Donna te verkrijgen. De Raad voor de Kinderbescherming wilde niet dat het kind zou lijden onder de juridische strijd en verzocht daarom de kinderrechter van Utrecht bij verzoekschrift d.d. 25 mei 2005 om het kind onder voorlopige voogdij te plaatsen.⁴⁵

Dit was het begin van een hels juridisch conflict tussen de verschillende partijen. Het kind zat in het midden van een juridisch getouwtrek. Op verzoek van de jeugdrechter van Oudenaarde werd het kind op 29 juni 2005⁴⁶ terug naar België gebracht, waar het onder voorlopig toezicht werd geplaatst van de Sociale Dienst van de Vlaamse Gemeenschap.

Tegen deze beschikking werd beroep aangetekend door zowel de draagmoeder en haar echtgenoot als het Openbaar Ministerie. Op 5 september 2005⁴⁷ heeft het Hof van Beroep te Gent zich territoriaal onbevoegd verklaard waardoor de zaak terug naar de kinderrechter te Utrecht werd verwezen. Het Nederlands koppel trachtte de draagmoeder en haar echtgenoot te ontzetten van het ouderlijk gezag, maar dit zonder succes. De rechtbank oordeelde wel dat er volgens artikel 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens een gezinsband bestaat tussen de wensouders en baby Donna. Ook het Belgisch koppel ging de juridische strijd aan om koste wat het kost het kind alsnog bij hen te krijgen, helaas nog steeds zonder resultaat. Het koppel diende op 6 juli 2005 een klacht in met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter te Hasselt wegens het onderwerpen van het kind aan een ontorende behandeling.

Arrest Baby J

27. Een ander praktijkgeval is het arrest Baby J waarbij een Nederlandse journalist van het actualiteitsprogramma "Netwerk" het volgende feitenrelaas aan het licht bracht.⁴⁸ In juli 2008 werd de geboorteakte opgesteld voor baby J. door de ambtenaar van de burgerlijke stand. De registratie gebeurde niet door de biologische vader van het kind, maar onder de naam van de Nederlandse wensouders.

⁴⁵ I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland: De zaak baby D.", *TJK* 2006/1, 6.

⁴⁶ Jeugdrb. Oudenaarde 29 juni 2005, noot. nr. JE 42 99 130/05, *onuitg.*

⁴⁷ Gent (Jk) 5 september 2005, *RW* 2005-06, 432.

⁴⁸ L. TILMANS, *Draagmoederschap in het licht van persoonlijkheidsrechten*, *onuitg.* Masterscriptie Rechten K.U. Leuven, 2008-2009, 4.

Enkele maanden na de registratie van het kind diende de administratief directeur van een ziekenhuis in Gent klacht in bij de lokale politie wegens zware aanwijzingen van commercieel draagmoederschap. Voor de bevalling zou de mogelijke draagmoeder niet haar eigen naam doorgegeven hebben, maar die van de wensmoeder. Eens dat baby J. werd geboren, wou de draagmoeder zo snel mogelijk het ziekenhuis verlaten. De draagmoeder zou het kind op de parking van het ziekenhuis overhandigd hebben aan het Nederlands paar. Dit waren vermoedens van een commercieel draagmoederschap, wat uiteindelijk ook zo bleek te zijn.

28. Een Nederlands koppel zou in juli 2008, nadat de geboorte werd aangegeven, baby J. gekocht hebben van een Gents koppel. Het koppel zou via het internet op zoek gegaan zijn naar een draagmoeder. Een Gents koppel leek bereid te zijn om de kinderwens van het Nederlands koppel te vervullen in ruil voor een aardige vergoeding. Alles verliep goed volgens het Nederland koppel totdat ze op een chatforum met een ander Nederlands koppel in contact kwamen die ook de ideale draagmoeder gevonden zouden hebben om hun kinderwens te vervullen. Het bleek over dezelfde draagmoeder te gaan. Algauw werd duidelijk dat de Belgische draagmoeder zich door de twee koppels liet betalen. Het was echter niet de eerste keer dat ze haar kind verkocht in ruil voor geld.

Hetzelfde Nederlandse actualiteitsprogramma ontdekte dat ze in het voorjaar van 2008 een tweeling zou hebben gekregen en deze verkocht heeft voor 10 000 euro aan een Belgische vriendin.

29. In november 2008 is het Openbaar Ministerie⁴⁹ een gerechtelijk onderzoek gestart naar de verdachte draagmoeder, haar toenmalige partner, de moeder van de draagmoeder en de Nederlandse wensouders. Alweer werd het kind het slachtoffer van een juridisch geschil. In december 2008 werd het kind door de Nederlandse autoriteiten overgedragen aan België. Het kind werd voorlopig in een pleeggezin geplaatst, totdat het strafonderzoek meer duidelijkheid opleverde of er al dan niet sprake was van een commercieel draagmoederschap.

30. Het gebrek aan een wettelijk kader omtrent draagmoederschap zorgt voor heel wat misbruiken en problemen. Wensouders zullen achterpoortjes zoeken om hun kinderwens alsnog te vervullen.

Voor homoseksuele koppels zal de frustratie nog groter zijn. In de reeds besproken wetsvoorstellen wordt er, behalve adoptie, geen enkele andere oplossing aangeboden om een kind te kunnen verkrijgen. De druk op de wetgevers is groot om snel een oplossing te zoeken tegen mogelijke misbruiken.

⁴⁹ www.jeuqdrecht.be/?action=nieuws_detail&nieuws=290&titel=Baby+J+%3A+verkoop+van+een+baby&them a=

Actueel

Op 22 december 2014 heeft de correctionele rechtbank van Brugge een koppel (Carmen en Johnny) vrijgesproken voor onmenselijke behandeling.⁵⁰ Het koppel zou jaren geprobeerd hebben om op een natuurlijke wijze kinderen te krijgen, maar helaas zonder succes. Ook een ivf-behandeling kende geen succes voor het koppel. Een gemeenschappelijke vriendin van het koppel was uiteindelijk bereid om het kind voor het koppel te dragen. Een eikel van de draagmoeder zou door de zaadcel van Johnny bevrucht worden. Johnny wordt dus beschouwd al de biologische vader van het kind. De draagmoeder is bevallen van een jongen die later door het koppel geadopteerd zou worden. Kort na de geboorte van Mylan keurde de jeugdrechtbank de adoptie goed. Het parket ging niet akkoord met de adoptie van Mylan en tekende hoger beroep aan waardoor deze in april 2012 nietig werd verklaard.

Volgens het parket was hier duidelijk sprake van een geval van commercieel draagmoederschap. Het koppel zou de draagmoeder een bedrag van 12 800 euro betaald hebben voor haar diensten. Het parket sleepte dus niet enkel de wensouders, maar ook de draagmoeder voor de rechter wegens onmenselijke behandeling. Volgens het koppel zou het bedrag enkel de kosten dekken die gemaakt werden om het kind te verwekken. De advocaat van het koppel vroeg de vrijspraak omdat er in geen enkel geval sprake zou zijn van het kopen van een kind. Het bedrag was een leefloon voor de draagmoeder. De correctionele rechtbank van Brugge sloot elke vorm van commercieel draagmoederschap uit. Het parket is het niet eens met de uitspraak van de correctionele rechtbank en tekent hoger beroep aan. De zaak zal hierdoor in handen van het Hof van Beroep van Gent terechtkomen.

31. Zulke misbruiken worden de laatste jaren vooral door de media naar voren gebracht. Er dient onderzocht te worden waarom het zo moeilijk is voor de wetgevers om tot een compromis te komen. Hoe sneller men een wet kan creëren, hoe minder misbruiken er zich kunnen voordoen.⁵¹ Indien er een regelgeving zou ontstaan, hoe moet die er dan uitzien om aan alle eisen tegemoet te komen? Het grote probleem bij draagmoederschap is de geldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst. Uit het eerste hoofdstuk is gebleken dat draagmoederschap een fenomeen is dat zeer actueel is in onze maatschappij. Een zijsprong naar de wetsvoorstellen heeft aangetoond dat er geen eensgezindheid is omtrent de wettelijke regeling van draagmoederschap. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de druk hoog is voor de wetgevers. Zonder een wettelijke regeling blijft het bestrijden van misbruiken op draagmoederschap onmogelijk.

⁵⁰ www.demorgen.be/binnenland/draagmoeder-en-wensouders-vrijgesproken-voor-onmenselijke-behandeling-a2160049/

⁵¹ P. DE HERT en P. HERBOTS, "Wettelijke regeling van draagmoederschap dringt zich op", *Juristenkrant* 2008, afl. 179, 10-11.

Hoofdstuk 3. Draagmoederschapsovereenkomst

32. Bij draagmoederschap is een draagmoederschapsovereenkomst vereist. In het advies van het Raadgevend Comité voor Bio- Ethiek wordt dit bevestigd. De draagmoeder belooft het kind na de geboorte aan de wensouders af te staan en de wensouders beloven op hun beurt het kind in hun gezin op te voeden.⁵² De draagmoederschapsovereenkomst wordt door de betrokken partijen opgemaakt en ondertekend. De draagmoederschapsovereenkomst zal echter enkel maar van toepassing zijn, indien de draagmoeder het kind effectief heeft verwekt. Dit betekent dat de ene verbintenis maar bestaat omwille van de andere. Artikelen 1102 en 1126 van het Burgerlijk Wetboek omschrijven dat een overeenkomst wederkerig moet zijn en dat ze telkens verbintenissen betreffen om iets te doen.⁵³ Indien de draagmoeder niet in staat is om een kind te verwekken, zal de draagmoederschapsovereenkomst ook niet gesloten worden. Op het eerste gezicht lijkt dit een overeenkomst als geen ander. Dit is echter niet het geval. De bespreking van de geldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst is algemeen. Het is zowel van toepassing voor homoseksuele als heteroseksuele koppels. In dit hoofdstuk zal er geen onderscheid gemaakt worden tussen beiden.

Het verdere verloop van hoofdstuk 3 kent een logische opbouw waarom een draagmoederschapsovereenkomst niet beschouwd kan worden als een gewone overeenkomst.

Er werden reeds verschillende praktijkgevallen besproken waar een draagmoederschapsovereenkomst als niet geldig werd beschouwd. Hierdoor wordt er een sterk signaal gestuurd naar toekomstige wensouders om geen overeenkomst te sluiten bij een draagmoederschap.⁵⁴ De belangrijkste reden waarom wensouders een draagmoederschapsovereenkomst zouden willen sluiten, is om te garanderen dat het kind in hun gezin wordt opgenomen en dat er juridische stappen ondernomen worden om als juridische ouders beschouwd te worden.

Aan de hand van algemene geldigheidsvoorwaarden van een contract zal duidelijk moeten worden waarom een draagmoederschapsovereenkomst als strijdig wordt beschouwd met de openbare orde.⁵⁵ Desalniettemin is dit geen vaste gewoonte. In België is er geen wettelijke regeling, zodat de rechter moet bepalen of en in welke gevallen zo'n overeenkomst kan.⁵⁶

⁵² RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO- ETHIEK, *Advies nr. 30 juli van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander* vrij te consulteren op www.health.fgov.be.

⁵³ Art. 1102 en 1126 BW.

⁵⁴ I. MARTENS, "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland: De zaak baby D.", *TJK* 2006/1, 5.

⁵⁵ Art. 1133 BW.

⁵⁶ E. DE KEZEL, "Draagmoederschap", *Juristenkrant* 2011, 5.

Afdeling 1. De algemene geldigheidsvoorwaarden van een overeenkomst

33. Er zal onderzocht worden waarom een draagmoederschapsovereenkomst niet voldoet aan de geldigheidsvoorwaarden van een overeenkomst. Het is verkeerd ervan uit te gaan dat de geldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst ook de geoorloofdheid van een draagmoederschap bepaalt. Er werd reeds hoger ingegaan op het verschil tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap. Het laatste werd door het Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek als geoorloofd bevonden.⁵⁷ Er dient dus een strikt onderscheid gemaakt te worden tussen de geldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst en de geoorloofdheid van draagmoederschap.

§ 1. Toestemming

34. Om een overeenkomst te sluiten, moet aan de voorwaarden van artikel 1108 van het Burgerlijk Wetboek zijn voldaan. De eerste geldigheidsvoorwaarde is de toestemming. Een overeenkomst dient de toestemming te verkrijgen van de partij die zich verbindt. Zowel de wensouders als de draagmoeder moeten hun toestemming geven.⁵⁸

Er ontstaat discussie over de toestemming van de draagmoeder. Volgens de rechtsleer zou de situatie voor de draagmoeder om haar toestemming te geven niet zo evident zijn. Tijdens de zwangerschap en bevalling kunnen er zich risico's voordoen waardoor het volgens sommige auteurs onmogelijk zou zijn dat de draagmoeder hiermee instemt. Maar volgens auteur VERSCHELDEN dient een toestemming van een draagmoeder wel als volwaardig beschouwd te worden, indien ze op een vrije en geïnformeerde wijze toegekend geweest is.⁵⁹

35. Een draagmoeder zal niet zomaar voor willekeurige wensouders een kind baren. Een draagmoeder zal heel informatief te werk gaan. Ze zal het koppel grondig bestuderen vooraleer ze een verbintenis aangaat om specifieke wensouders te helpen om hun kinderwens te vervullen. Een draagmoederschapsovereenkomst zal dus vaak *intuitu personae* worden aangegaan, aangezien de identiteit van wederpartij bepalend is voor het sluiten van de overeenkomst.

Artikel 1109 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat geen toestemming geldig is, indien zij alleen door dwaling is gegeven, door geweld is afgeperst of door bedrog is verkregen. Vooraleer de draagmoeder de verbintenis zou aangaan, dient ze op voorhand de beweegredenen van de wensouders te achterhalen. Dwaling kan enkel als nietigheidsgrond ingeroepen worden wanneer zij de zelfstandigheid betreft van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt.

⁵⁷ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies nr. 30 juli van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander* vrij te consulteren op www.health.fgov.be.

⁵⁸ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 25.

⁵⁹ G. VERSCHELDEN, *Afstamming* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 699-700, nr. 1271.

Dit kan niet wanneer zij alleen de persoon betreft met wie men bedoelde te handelen, tenzij de overeenkomst hoofdzakelijk uit aanmerking van deze persoon is aangegaan.⁶⁰

Geweld is een oorzaak van nietigheid wanneer geweld gepleegd is tegen de persoon die de verbintenis is aangegaan. Het geweld moet van die aard zijn dat het op een redelijk mens indruk moet maken en hem kan doen vrezen dat hij zelf of zijn vermogen aan een aanzienlijk en dadelijk kwaad is blootgesteld. Dit kan het geval zijn wanneer er sprake is van een altruïstisch draagmoederschap waarbij familieleden een enorme druk uitoefenen op de draagmoeder om de draagmoederschapsovereenkomst te tekenen omwille van het financieel voordeel.⁶¹

Ten slotte kan bedrog een oorzaak van nietigheid zijn wanneer de kunstgrepen door een van de partijen gebezigd van die aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet zou zijn aangegaan.⁶² Wanneer de wensmoeder gelogen heeft omtrent haar onmogelijkheid om een kind te baren, zou er sprake kunnen zijn van bedrog.

36. De sanctie voor een gebrekkige toestemming is de relatieve nietigheid. Dit is een sanctie die enkel de gebiedende maatregelen sanctioneert waarbij men de belangen van één van de partijen beschermt. Bij draagmoederschap zouden dus zowel de draagmoeder als de wensouders de nietigheid kunnen opwerpen.⁶³

Uit het bovenstaande blijkt dat er een geldige toestemming gegeven kan worden, zolang de partijen hun toestemming op een vrije en geïnformeerde wijze hebben toegekend. Een wilsgebrek kan een oorzaak zijn van nietigheid, maar deze wilsgebreken hebben een zware bewijslast. De kans dat de draagmoeder een wilsgebrek kan invoeren dat de nietigheid van de overeenkomst als gevolg heeft, is echter klein.⁶⁴ De draagmoeder kan trachten te proberen om een wilsgebrek in te roepen indien ze verlost wil worden van de draagmoederschapsovereenkomst gesloten met het homoseksuele paar. Dit zal echter moeilijk worden door de zware bewijslast.

§ 2. Bekwaamheid

37. Vooraleer men een contract kan afsluiten, dient men bekwaam te zijn. Dit betekent dat een ieder slechts een contract kan aangaan, indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard.⁶⁵ Overeenkomstig artikel 491 van het Burgerlijk Wetboek valt onder bekwaamheid de bevoegdheid om rechten en plichten zelf en zelfstandig uit te oefenen.

⁶⁰ Art. 1110 BW; L., PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 26.

⁶¹ Art. 1112 en 1113 BW.

⁶² Art. 1116 BW.

⁶³ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 27.

⁶⁴ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 851, nr. 385.

⁶⁵ Art. 1123 BW.

*De handelingsonbekwame zijn ten eerste de meerderjarige die wegens zijn gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, niet in staat is zonder bijstand of andere beschermingsmaatregel zijn belangen van vermogensrechtelijke of niet- vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen, kan onder bescherming worden geplaatst, indien en voor zover de bescherming van zijn belangen dit vereist.*⁶⁶ Ten tweede een minderjarige die de volle leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt zal nog niet bekwaam zijn om alle handelingen van het burgerlijk leven te stellen.⁶⁷ Indien de draagmoeder of de wensouders zich in een van de twee toestanden bevinden, is het onmogelijk om een geldige draagmoederschapsovereenkomst te sluiten.

38. Uit het voorgaande blijkt dat, indien men de wet strikt volgt wat de toestemming en bekwaamheid betreft, het nog steeds mogelijk is om een geldige draagmoederschapsovereenkomst te sluiten.

§ 3. Voorwerp

39. Om een geldige overeenkomst te kunnen sluiten, moet er sprake zijn van een geldig voorwerp. Overeenkomstig artikel 1126 van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat ieder contract iets tot voorwerp heeft dat een partij zich verbindt te geven, of dat een partij zich verbindt te doen of iets niet te doen.

In deze meesterproef onderzoek ik of er in een draagmoederschapsovereenkomst sprake is van een geoorloofd voorwerp. Indien dit niet het geval is, zal de draagmoederschapsovereenkomst een ongeoorloofd voorwerp hebben en in strijd zijn met de openbare orde of goede zeden. Dit zal leiden tot de absolute nietigheid van de overeenkomst.

Bevat een draagmoederschapsovereenkomst een ongeoorloofd voorwerp? Volgens artikel 1128 van het Burgerlijk Wetboek kunnen alleen zaken die in de handel zijn het voorwerp van overeenkomsten uitmaken. Dit betekent dat de specifiek beloofde prestatie, namelijk het overhandigen van het kind, de toets aan de vereisten van de openbare orde moet doorstaan.⁶⁸ In België is er geen wettelijke definitie van openbare orde geregeld. Nochtans is het van belang om het weinige dat er effectief is beschreven, toch in kaart te brengen. In het arrest van 14 januari 1954 heeft het Hof van Cassatie omschreven wanneer een schending van de openbare orde mogelijk is: *"als een wet die raakt aan de essentiële belangen van de staat of de gemeenschap, of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische en morele orde van de maatschappij rust."*⁶⁹

⁶⁶ Art. 488/1 BW.

⁶⁷ Art. 488 BW.

⁶⁸ S. STIJNS en J. SMITS, *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2005, 204-205.

⁶⁹ Cass. (1^{er}k.) 14 januari 1954, *RCJB* 1954, 252.

Het artikel 6 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat "aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk gedaan worden."⁷⁰

Dit spreekt enkel in het geval dat een wet in strijd zou zijn met de openbare orde, maar de rechtsleer en de rechtspraak hebben aanvaard dat een contract vernietigd kan worden wegens strijdigheid met de openbare orde zonder dat er een wet van openbare orde bestaat.⁷¹

40. Het wordt duidelijk dat de voorwaarden van een geldig voorwerp veel strikter zijn dan die van toestemming en bekwaamheid. Een belangrijke vraag zal zijn of de beschikbaarheid van lichaamsmaterieel als een geldig voorwerp beschouwd kan worden. Algemeen wordt aanvaard dat er geen handel gevoerd kan worden met het menselijk lichaam.⁷² Het commercieel draagmoederschap zal dus strijdig worden bevonden. Maar hoe zit het voor altruïstisch draagmoederschap?

41. Als een vrouw beslist om als draagmoeder voor een homokoppel op te treden, zullen er in de draagmoederschapsovereenkomst verschillende verbintenissen en procedures worden opgesteld. Men kan de vraag stellen hoe ver de betrokken partijen kunnen gaan bij het voorwerp van de verschillende verbintenissen.

Voor een homokoppel zal de vorm van laagtechnologisch draagmoederschap van toepassing zijn. De draagmoeder zal dus de verbintenis aangaan om geïnsemineerd te worden met de zaadcellen van een van de twee mannen. In de wet van 6 juli 2007, betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, wordt de procedure uitvoerig toegelicht. Volgens artikel 7 van deze wet zal, voordat er wordt overgegaan tot enige medische stap die verband houdt met medisch begeleide voortplanting, een overeenkomst opgesteld worden tussen de wensouder(s) en het geraadpleegde fertiliteitscentrum. Deze overeenkomst is niet in strijd met de openbare orde, omdat het voorwerp van deze overeenkomst de bedoeling heeft om een kind te verwekken.⁷³ Zowel de donor als de ontvanger van gameten dienen op voorhand hun toestemming op een vrij en geïnformeerde wijze te geven.⁷⁴

Daarnaast zal de draagmoeder, eens ze het kind heeft verwekt, een periode moeten aangaan van seksuele onthouding. Kan het homoseksuele koppel van de draagmoeder verlangen dat ze gedurende de zwangerschap geen seksuele betrekkingen heeft? Elke persoon heeft het recht op eerbied van zijn/haar privéleven, deze onthoudingsverplichting kan als nietig beschouwd worden indien het niet verenigbaar is met deze vrijheid.⁷⁵

⁷⁰ N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten: Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 368, nr. 630.

⁷¹ N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten: Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 368, nr. 630.

⁷² J. TER HEERDT, "Het experiment beproefd, een juridische analyse van medische experimenten met mensen", Antwerpen-Apeldoorn, *Maklu*, 2000, 319.

⁷³ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 29.

⁷⁴ Art. 58 en 60 MBV-Wet.

⁷⁵ Art. 8 EVRM en art. 22 GW.

42. In een draagmoederschapsovereenkomst wordt overeengekomen dat het verwekken van een kind niet voor de draagmoeder zelf is, maar voor het homoseksuele koppel. De draagmoeder verbindt zich met haar lichaam door een kind voor iemand anders te dragen. Reeds werd door artikel 1126 van het Burgerlijk Wetboek benadrukt dat alleen zaken die in de handel zijn, het voorwerp van een overeenkomst kunnen uitmaken. Een lichaam kan niet beschouwd worden als een zaak die in de handel is. Het niet-commercialiseren van het lichaam is een principe dat door de samenleving zelf is gecreëerd. Het verhandelen van menselijke lichaamsdelen zijn praktijken die in strijd zijn met de openbare orde en de goede zeden.⁷⁶

De meningen over de geldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst zijn verdeeld. Sommigen vinden dat een draagmoederschapsovereenkomst onmogelijk het lichaam als voorwerp hebben van een overeenkomst.⁷⁷ Anderen zijn dan weer van mening dat de overeenkomst wel een voorwerp heeft, maar dat deze ongeoorloofd is.⁷⁸

Nieuwe wetenschappelijke technieken, zoals laagtechnologisch draagmoederschap, hebben een principieel zelfbeschikkingsrecht van de persoon tot stand gebracht. Er bestaat ook het recht op fysieke integriteit dat omschreven kan worden als een persoonlijkheidsrecht.⁷⁹ Het recht op fysieke integriteit is een recht dat elke persoon toekomt. Het geeft elke persoon een vorm van eigen controle over hun eigen lichaam. Daaruit volgt dat elk individu zich steeds meer bewust wordt van zijn autonomie en zeggenschap ten aanzien van zijn lichaam. Dit wil echter niet zeggen dat men eigenaar is van zijn eigen lichaam. Het recht op fysieke integriteit blijft een persoonlijkheidsrecht.

Er is geen wettelijke definitie omschreven voor een persoonlijkheidsrecht, maar er zijn een aantal rechtsgeleerden die een poging hebben ondernomen om het begrip 'persoonlijkheidsrechten' te omschrijven. GULDIX beschreef persoonlijkheidsrechten als volgt: "*Persoonlijkheidsrechten noemt men het geheel van de subjectieve rechten waarvan elkeen door de enkele omstandigheid van zijn persoon-zijn, titularis is, en die ertoe strekken met betrekking tot de fysieke, psychische en morele bestanddelen van zijn persoonlijkheid rechtsbescherming te bieden.*"⁸⁰

Persoonlijkheidsrechten zijn absolute rechten omdat ze tegenover iedereen ingeroepen kunnen worden. Maar de persoonlijkheidsrechten zijn niet absoluut in de zin dat ze onbegrensd zouden zijn.⁸¹ Dit betekent dat er, in het concreet geval van draagmoederschap, beperkingen op het lichaam kunnen worden opgelegd. Het dragen en baren van een kind voor een ander is op zichzelf geoorloofd, als uiting van het zelfbeschikkingsrecht met betrekking tot de fysieke bestanddelen van de mens.

⁷⁶ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 163.

⁷⁷ P. SENAËVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, (247) 250, nr. 10.

⁷⁸ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 29.

⁷⁹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1997, 326.

⁸⁰ E. GULDIX, *Persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, Doctoraatproefschrift Faculteit der Rechtsgeleerdheid V.U.B., Brussel, 1986 in P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 92.

⁸¹ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 97.

Dit neemt nochtans niet weg dat een draagmoederschapsovereenkomst tussen draagmoeder en het homokoppel nietig is.⁸² Het zelfbeschikkingsrecht wordt buiten toepassing gelaten door de goede zeden. Net zoals bij euthanasie zijn er dus ook beperkingen om een kind te dragen voor iemand anders.

Hieruit blijkt dat het principe van niet-commercialiteit van het lichaam ontstaan is door de maatschappij zelf. Het principe wordt daarom ook beschouwd als een algemeen beginsel van het recht.

Het is echter nodig deze principes in een wet te omschrijven waardoor elke mogelijke twijfel omtrent de toepasbaarheid van deze principes wordt uitgesloten. In het juridisch besluit van het advies van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek staat vermeld dat sommige leden van mening zijn dat de artikelen 6, 1128 en 1598 van het Burgerlijk Wetboek en de traditionele interpretatie volstaat om een principe van onbeschikbaarheid en niet-commercialisering van het menselijk lichaam, de delen en producten ervan tot uitdrukking te brengen.⁸³ Deze artikelen benadrukken dat een overeenkomst slechts een zaak die in handel is als voorwerp kan hebben.

Niet alle leden van het Raadgevend Comité zijn het hiermee eens. Het is niet langer voldoende om een verbod te laten baseren op een algemeen principe zoals de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam. Een wetsbepaling kan ervoor zorgen dat elke juridische dubbelzinnigheid omtrent het verbod wordt uitgesloten. Er dienen expliciete principes opgesteld te worden die het menselijk lichaam, de delen en producten ervan regelen in ons juridisch stelsel.⁸⁴ Nergens staat uitdrukkelijk in een wet dat het baren van een kind voor iemand anders verboden is.

Dit verbod is puur gebaseerd op het principe van onbeschikbaarheid en niet-commercialisering van het menselijk lichaam. De auteur MASSAGER is immers van mening dat het beginsel van onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam niet volstaat om een draagmoederschapsovereenkomst nietig te verklaren.⁸⁵ Volgens de auteur worden er op dit principe teveel uitzonderingen toegelaten waardoor het principe niet meer geloofwaardig zou overkomen. Indien het verbod op draagmoederschap enkel gebaseerd zou zijn op het principe van onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam, zou dit een groot probleem kunnen vormen. Dit verbod was ook eerst de hoofdreden waarom gametendonatie eerst niet werd toegelaten, maar deze praktijk wordt ondertussen al aanvaard en heeft zelfs een eigen wettelijke regeling.⁸⁶

Niettemin is het van cruciaal belang om te weten wanneer het om commercieel of altruïstisch draagmoederschap gaat. De reeds besproken principes zijn er vooral op gericht om elke vorm van commercieel draagmoederschap tegen te gaan. Een vrouw die om altruïstische redenen een draagmoederschap aangaat, is niet per se in strijd met de regels van zelfbeschikking van het menselijk lichaam.

⁸² P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 127.

⁸³ Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, Advies betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen, 10 december 2007, nr. 43, 17.

⁸⁴ Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, Advies betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen, 10 december 2007, nr. 43, 18.

⁸⁵ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 852-853, nr. 386.

⁸⁶ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 31.

Bij deze vorm van draagmoederschap gebruikt de draagmoeder haar lichaam niet op een ongeoorloofde manier. Ze stelt haar lichaam ter beschikking met een goede intentie. Helaas is niet elke vrouw bekwaam om een kind te baren en draagmoederschap biedt deze vrouwen een kans om alsnog hun kinderwens te vervullen. Naar mijn mening wordt er bij draagmoederschap te veel op de negatieve aspecten gefocust, terwijl de rechtsfiguur ook heel veel positieve aspecten met zich meebrengt.

Wensouders moeten op voorhand weten dat het bevruchten van de eicel ook medische complicaties kan kennen. Het kan zijn dat het kind een fysieke afwijking heeft. Wanneer dit het geval is, kan er niet verwacht worden van de wensouders dat ze dan een abortus laten plegen. Ze zullen niet contractueel kunnen overeenkomen een abortus te laten plegen, aangezien dit strijdig zou zijn met de goede zeden. Het is een beslissing die enkel en alleen gemaakt kan worden door de draagmoeder, dit betekent dat de wensouders ook geen schadevergoeding kunnen vorderen van de draagmoeder.⁸⁷ Mijns inziens is dit juridisch correct. Het vorderen van een abortus is geen beslissing die de wensouders moeten nemen. Indien het kind zwaar gehandicapt geboren zou worden en de ouders daarnaast ook nog eens een schadevergoeding zouden kunnen vorderen, dan zou dit de waarde van het rechtsfiguur onderscheppen. Als het vorderen van een schadevergoeding toegelaten zou worden, zou de maatschappij een verkeerd beeld krijgen van draagmoederschap.

43. Het is ook niet toegelaten om in een draagmoederschapsovereenkomst een schriftelijke toestemming op te nemen waar de draagmoeder en haar eventuele partner het kind na de geboorte willen afstaan voor adoptie aan de wensouders. De Belgische wetgeving heeft uitdrukkelijk in artikel 348-4 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen dat zowel de moeder als de vader slechts twee maanden na de geboorte van het kind hun toestemming voor adoptie kunnen geven.

De afstammingsregels die in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen, zijn van openbare orde. Bijgevolg kan men hiervan niet afwijken.

Evenzeer is het niet mogelijk om een kind voor de geboorte te erkennen. Het Burgerlijk Wetboek heeft hiervoor ook een regeling getroffen zodat het voor de wensouders niet mogelijk is om het kind in de draagmoederschapsovereenkomst te erkennen. Artikel 329bis, § 2 geeft aan dat indien het kind minderjarig en niet ontvoegd is, de erkenning alleen ontvankelijk is mits de ouder ten aanzien van wie de afstemming vaststaat of, indien de erkenning voor de geboorte van het kind gebeurt, de moeder, vooraf daarin toestemt.

44. De bedoeling van een draagmoederschapsovereenkomst is ervoor te zorgen dat de draagmoeder na de geboorte van het kind geen enkele inspraak meer heeft op het kind, met andere woorden dient de draagmoeder de ouderlijke verplichtingen af te staan aan de wensouders. Het is echter niet de intentie om het kind af te zonderen van de draagmoeder, maar het is belangrijk om vanaf het begin duidelijke regels op te stellen.

⁸⁷ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 32.

Het overhandigen van de ouderlijke verplichtingen in een draagmoederschapsovereenkomst is niet zo simpel als het op het eerste gezicht lijkt.

Indien een vrouw bevalt van een kind wordt het door de moederschapsregel meteen beschouwd als de moeder van het kind. Dit betekent dat de moederschapsregel als onvervreemdbaar wordt beschouwd. Het onbeschikbare karakter van het moederschap is van dwingend recht, waaronder ook het ouderlijk gezag.⁸⁸ De enige wijze waarop er afstand gedaan kan worden van het moederschap, is door middel van een strikte adoptieprocedure die wettelijk geregeld is.

Daarnaast wordt er door verschillende auteurs benadrukt dat een kind nooit het voorwerp kan zijn van een geldige verbintenis.⁸⁹ Andere auteurs zoals GULDIX zijn dan weer van mening dat het kind niet het voorwerp is van de overeenkomst, aangezien het contract aangegaan is alvorens het kind verwekt is.⁹⁰

45. Het dragen van een kind voor iemand anders is op zich niet in strijd met de openbare orde. De wens van de wensouders dat de moeder haar ouderlijke verplichtingen afstaat in de draagmoederschapsovereenkomst, wordt daarentegen wel als een schending van de openbare orde beschouwd.⁹¹

§ 4. Oorzaak

46. Ten slotte moet er onderzocht worden of een draagmoederschapsovereenkomst een geldige oorzaak heeft.⁹² Indien dit niet het geval is, heeft de draagmoederschapsovereenkomst een ongeoorloofde oorzaak waardoor het geen gevolg kan hebben. Al het voorgaande in acht genomen, is een oorzaak ongeoorloofd wanneer de oorzaak in strijd is met de openbare orde of goede zeden.

47. Eerder werd besproken dat het principe van onbeschikbaarheid van de staat van de persoon algemeen aanvaard wordt. De staat van een persoon bepaalt de rechtstoestand van een individu tegen de staat en zijn gezin, wat het algemeen belang dient. Daarnaast bepaalt de staat van een persoon het geheel van bepaalde hoedanigheden van een persoon die zijn juridische toestand in de maatschappij en in de familie bepalen. Met behulp van "een staat van persoon" verschilt de ene persoon van de ander, wat het bezit en de uitoefening van bepaalde rechten betreft.⁹³ Bij een draagmoederschapsovereenkomst wordt net de beschikbaarheid van het lichaam als oorzaak van de overeenkomst beschouwd.

⁸⁸ Art. 331 quater BW.

⁸⁹ E. MONTERO, "L'adaption consécutive à un contract de mère porteuse" (noot onder Jeugdrrb. Brussel 4 juni 1996), *T.Gez.* 1997-98, (124) 127, nr. 8.

⁹⁰ E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, (1104) 1106, nr. 11.

⁹¹ L. PLUYM, *De notariële akte in het kader van draagmoederschap: de lege lata en de lege ferenda*, onuitg. Masterscriptie Notariaat Universiteit Gent, 2010-2011, 14.

⁹² Art. 1131 BW.

⁹³ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 32.

48. De kenmerken van de staat van persoon is dat ze niet vatbaar is voor autonome wijziging, onbeschikbaar is, niet vatbaar is voor verjaring en enkelvoudig is. De hoofdreden waarom een draagmoederschapsovereenkomst een ongeoorloofde oorzaak heeft, is dat de staat van de persoon niet in handel is. Dat betekent dat men er niet over kan beschikken door middel van een overeenkomst, met uitzondering van welbepaalde wettelijke gevallen (vordering tot echtscheiding, verzoek tot adoptie, verzoek tot ontvoogding,...).⁹⁴

49. Bij een draagmoederschapsovereenkomst staat de wijziging van de staat in de familie centraal. Hieronder valt de afstammingsband van het kind ten opzichte van zijn familie. Bij draagmoederschap zijn de gewone afstammingsregels van het Burgerlijk Wetboek van toepassing. Deze wetgeving is van openbare orde. Het is niet mogelijk om door middel van een overeenkomst hiervan af te wijken. Een wijziging van deze afstammingsband zou bijgevolg een ongeoorloofde oorzaak tot stand brengen.⁹⁵

50. Bovendien moet er even stilgestaan worden bij het onderscheid tussen een getrouwde en een ongetrouwde draagmoeder.

Overeenkomstig artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek heeft het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk, de echtgenoot tot vader. Er is de mogelijkheid voor de homoseksuele wensvader om deze vaderschapsregel te betwisten, hoewel dit niet eenvoudig zal zijn.⁹⁶ Het ideale scenario voor een homoseksueel echtpaar zou zijn dat de draagmoeder ongehuwd is. De homoseksuele wensvader zal hier de mogelijkheid krijgen om het kind te erkennen zonder eerst de vaderschapsregel van de echtgenoot te moeten aanvechten.⁹⁷ De erkenning van de homoseksuele wensvader moet enkel goedgekeurd worden door de draagmoeder. Uit het voorgaande blijkt dat de homoseksuele wensvader niet de biologische vader van het kind dient te zijn, de toestemming van de draagmoeder is echter voldoende. Nadien kan de mee-vader de co-ouderadoptieprocedure starten om het kind op een wettelijke manier te adopteren.⁹⁸

51. Daarnaast zou er een manier zijn om deze ongeoorloofde oorzaak te omzeilen, namelijk door een anonieme bevalling van de draagmoeder. Indien de draagmoeder zou verkiezen om in het buitenland te bevallen dan zou het kind in principe ouderloos zijn. Een van de twee homoseksuele wensvaders zou het kind op een eenvoudige wijze kunnen erkennen, aangezien er geen toestemming vereist is van de juridische moeder noch de vader.⁹⁹ Anoniem bevallen in België is echter niet mogelijk omwille van artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek. In de akte van geboorte moet uitdrukkelijk de plaats van de geboorte vermeld staan.¹⁰⁰ VERSCHULDEN maakt mijns inziens een terechte opmerking. Volgens hem is het zo dat een draagmoeder uitsluitend omwille van het feit dat zij het kind gebaard heeft, ook wordt beschouwd als juridische moeder.

⁹⁴ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 34.

⁹⁵ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 35.

⁹⁶ P. BORGHS, *Juridische gids over ouderschap voor holebi's en transgenders*, Gent, Cavaria, 2010, 18-22.

⁹⁷ Art. 329bis § 2 BW.

⁹⁸ L. PLUYM, "Adoptie na internationaal draagmoederschap", *TJK* 2012/2, 45-51.

⁹⁹ P. BORGHS, *Juridische gids over ouderschap voor holebi's en transgenders*, Gent, Cavaria, 2010, 20.

¹⁰⁰ Art. 57, 2^o en 213 § 1 BW.

Het afstaan van het kind ter adoptie kort na de bevalling van het kind, verandert daar niets aan. Daarnaast is het ook mogelijk dat een draagmoeder in het buitenland bevalt en hierdoor niet haar ouderlijke verplichtingen dient op te nemen.

Het creëert de mogelijkheid voor de homoseksuele wensvaders om op een eenvoudige manier het kind te erkennen. Volgens VERSCHULDEN wordt er geen inbreuk gemaakt op de afstammingswetgeving en is er dus ook geen sprake van een ongeoorloofde oorzaak.¹⁰¹

52. Andere auteurs beschouwen een anonieme bevalling als een vorm van wetsontduiking. In deze meesterproef zal er niet verder ingegaan worden op deze problematiek.

53. Er kan geconcludeerd worden dat het commercieel draagmoederschap wel degelijk in strijd is met de openbare orde en goede zeden. Er mogen geen overeenkomsten gesloten worden waar de beschikbaarheid van het lichaam centraal staat. Volgens mij is dit terecht: een vrouw moet haar lichaam niet voor een financiële vergoeding ter beschikking stellen. Daarnaast moet ook elke vorm van kinderhandel worden bestreden.

Een lijn trekken blijkt moeilijk: bij prostitutie krijgt de vrouw ook een financiële vergoeding in ruil voor haar lichaam. In België wordt prostitutie niet officieel erkend. Prostitutie zelf is nochtans niet strafbaar, het uitbuiten ervan wel. De vraag kan gesteld worden waarom deze redenering niet op dezelfde manier toegepast kan worden op draagmoederschap. Er kan pas strafrechtelijk opgetreden worden als een draagmoeder misbruik maakt van haar lichaam.

Afdeling 2. Gevolgen van de ongeldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst

§ 1. Nietigheid

54. Het grote struikelblok bij een draagmoederschapsovereenkomst, is het vinden van een geldige toestemming en een geoorloofde oorzaak. Hoewel niet alle auteurs dezelfde denkwijze hebben over de algemene geldigheid van een overeenkomst, kan er algemeen afgeleid worden dat een draagmoederschapsovereenkomst als absoluut nietig wordt beschouwd.¹⁰²

55. De absolute nietigheid brengt met zich mee dat de draagmoederschapsovereenkomst niet afgedwongen kan worden voor de rechter.¹⁰³ Het homoseksueel echtpaar kan geen geldig bewijs naar voren brengen waardoor ze geen enkel recht kunnen afdwingen. Het onafdwingbare karakter van de draagmoederschapsovereenkomst kent voor beide partijen verschillende gevolgen.

¹⁰¹ G. VERSCHULDEN, *Afstamming* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 702, nr. 1274.

¹⁰² G. VERSCHULDEN, *Afstamming* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 702-703, nr. 1276.

¹⁰³ G. VERSCHULDEN, *Afstamming* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 703, nr. 1277.

56. Door de onafdwingbaarheid van de draagmoederschapsovereenkomst, zijn alle onderlinge afspraken tussen de draagmoeder en het homoseksueel echtpaar ongeldig. Dit betekent dat de draagmoeder niet gedwongen kan worden om het kind af te staan aan het koppel.

57. Door de ongeldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst komt het homoseksueel paar in een onzekere positie terecht. Want het koppel is niet zeker of ze de vergoeding die ze betaald hebben om alle kosten te dekken, terug zullen krijgen.

Langs de andere kant kan door de ongeldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst het homoseksueel paar niet verplicht worden om een kind in hun gezin op te nemen (bijvoorbeeld wanneer het kind gehandicapt is). Thans is dit laatste enkel correct wanneer geen van beide mannen het kind erkend heeft en niet de biologische vader van het kind is.

§ 2. Onafdwingbaarheid

De onafdwingbaarheid van de draagmoederschapsovereenkomst is niet het enige gevolg van de absolute nietigheid. Het brengt ook een restitutieplicht tot stand. Dit betekent dat de partijen zich in de toestand moeten bevinden alsof de overeenkomst nooit tot stand was gebracht.¹⁰⁴

Indien de wensouders de draagmoeder alsnog een bepaald bedrag hebben betaald, rijst de vraag of dit kan worden teruggevorderd door de wensouders. Indien de wensouders zelf de overeenkomst niet hebben nageleefd, zullen zij grote problemen ondervinden omwille van het adagia *'in pari cause turpitudinis cessat repetitio'* en *'nemo auditur turpitudinem allegans'*. Thans moeten deze twee worden onderscheiden van elkaar, traditioneel wordt aangenomen dat het adagium *'in pari causa'* een facultatief karakter heeft. Dit betekent dat er ruimte is voor een rechterlijk oordeel op basis van de billijkheid.¹⁰⁵ Het adagium *'nemo auditur'* daarentegen heeft een verplichtend karakter. De meningen over de toepassing van deze adagia zijn verdeeld.

Volgens auteur MASSAGER hebben de wensouders geen enkel recht om de terugbetaling van de reeds betaalde bedragen terug te vorderen omdat beide adagia zich verzetten tegen elke aanspraak die gegrond is op de nietige draagmoederschapsovereenkomst.¹⁰⁶

Volgens auteur SENAËVE hebben de wensouders het recht niet om de terugbetaling te vorderen, wat al reeds naar de draagmoeder is toegekomen, wanneer deze weigert de overeenkomst verder uit te voeren op basis van *'in pari causa...'* Volgens SENAËVE heeft dit adagium een facultatief karakter en moet de rechter enkel en alleen de terugvordering weigeren indien hij meent dat het in strijd is met het algemeen belang en goede zeden.¹⁰⁷

¹⁰⁴ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 41.

¹⁰⁵ G. VERSCHULDEN, *Afstamming* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 705, nr. 1279.

¹⁰⁶ N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître" in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 221, nr. 76.

¹⁰⁷ P. SENAËVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, (247) 251, nr. 11.

Naar mijn mening zal dit facultatief karakter voor heel wat rechtsonzekerheid zorgen. Indien er in de toekomst een wetgevend kader gecreëerd wordt, moet men trachten om elke vorm van rechtsonzekerheid weg te werken. Hierdoor weet elke betrokken partij op voorhand wat ze kunnen verwachten bij het sluiten van een draagmoederschapsovereenkomst.

58. Algemeen wordt aangenomen dat een draagmoederschapsovereenkomst als nietig wordt beschouwd. Dit betekent dat draagmoederschap op zich wel toegelaten kan zijn indien deze beslissing gebaseerd is op vertrouwen tussen de betrokken partijen. Beide partijen geven de intentie dat ze willen deelnemen aan deze vertrouwensrelatie. Het wordt ook wel een *gentlemen's agreement* genoemd, dit betekent dat de partijen weten dat deze vertrouwensrelatie geen verdere juridische gevolgen kan hebben.¹⁰⁸

§ 3. Conclusie draagmoederschap in België

59. Het is duidelijk dat het voor homoseksuele koppels niet eenvoudig zal zijn om hun kinderwens alsnog te vervullen. Uit de wetsvoorstellen kan worden afgeleid dat er een absoluut verbod dient te komen wat het commercieel draagmoederschap betreft. Het altruïstisch draagmoederschap wordt nauwelijks besproken, waardoor het hier eerder zou gaan om een vertrouwensrelatie tussen de betrokken partijen.

60. Het is noodzakelijk dat er spoedig een wetgevend kader komt dat ervoor zorgt dat mensen zoals homoseksuele koppels een eerlijke kans krijgen om hun kinderwens te vervullen. Dit betekent dat oude wetgeving zoals het Burgerlijk Wetboek aangepast dient te worden, om zo meer oplossingen te bieden voor hedendaagse situaties. Zolang deze afstammingsregels niet worden aangepast, zal het voor zowel homoseksuele als heteroseksuele wensouders een bijzonder moeilijk verhaal worden.

61. Daarnaast is de afdwingbaarheid ook van groot belang. Om misbruiken zoals Baby D en Baby J tegen te gaan moet er ook een wettelijk kader opgesteld worden om elke vorm van commercieel draagmoederschap tegen te gaan. Het is opvallend dat het merendeel van de politieke partijen over het onderwerp commercieel draagmoederschap grotendeels overeenkomen, maar dat elke wettelijke regeling nog steeds ontbreekt. Hierdoor hebben gevallen zoals Baby D en Baby J kunnen plaatsvinden.

De afdwingbaarheid bij altruïstisch draagmoederschap is identiek aan die van het commercieel draagmoederschap. Op dit moment is bij een altruïstisch draagmoederschap alles gebaseerd op vertrouwen. Maar dit creëert rechtsonzekerheid voor beide partijen. Ze hebben allebei geen mogelijkheid om naar de rechter te stappen voor de afdwingbaarheid van hun mondelinge overeenkomst. Dit betekent dat indien een van de partijen besluit om niet verder te gaan met de uitvoering van hun mondelinge overeenkomst, er geen juridische gevolgen aan gekoppeld zijn.¹⁰⁹

¹⁰⁸ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 42.

¹⁰⁹ G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *TPR* 2011(4), 1421-1510.

Indien de wensouders de draagmoeder al haar medische kosten heeft betaald, hebben zij dan niet het recht om dit terug te vorderen als de draagmoeder beslist om het kind niet meer af te staan? Wat als het kind gehandicapt is? Moeten de wensouders het kind opnemen of niet? Dit zijn vragen die ontstaan door het ontbreken van een wettelijke regeling. Het verbod op het sluiten van een overeenkomst betreffende draagmoederschap zorgt voor een nog grotere onzekerheid.

Deel 3. Internationale context van draagmoederschap

62. In deze meesterproef is het de bedoeling om te zoeken naar oplossingen voor deze probleemstellingen. Hierbij zal ik trachten te onderzoeken of bemiddeling een mogelijkheid kan bieden om tot een oplossing te komen. Vooraleer ik me hierin zal verdiepen, is het ook van belang te weten hoe draagmoederschap in het buitenland geregeld is. Het bestuderen van de internationale context van draagmoederschap kan een goede inspiratiebron zijn voor onze toekomstige wettelijke regeling.

63. De meeste landen hebben geen wettelijke regeling opgesteld. Het ontbreken van een wettelijk kader wil niet zeggen dat het algemeen recht zal worden toegepast. Enerzijds zijn er landen die een beperkende regeling hebben opgesteld, anderzijds zijn er landen die net een wet hebben opgesteld waar elke vorm van draagmoederschap verboden is.

Hoofdstuk 1. Draagmoederschap in Nederland

64. Bij onze noorderburen wordt er ook een onderscheid gemaakt tussen het commercieel en altruïstisch draagmoederschap. Daarnaast kan een draagmoeder op twee verschillende manieren zwanger geraken, enerzijds door hoogtechnologisch en anderzijds door laagtechnologisch draagmoederschap.

65. De juridische regeling van Nederland kent grote gelijkenissen met die van België. De betrokken partijen kunnen een overeenkomst laten opstellen door een advocaat of notaris, maar net zoals in België kan de draagmoederschapsovereenkomst geen juridische gevolgen hebben. Het Nederlands Burgerlijk Wetboek zorgt voor dezelfde hinderpalen als in België. De bepalingen van Boek 1 van het Nederlands Burgerlijke Wetboek zijn van dwingend recht waarvan niet afgeweken kan worden door middel van een draagmoederschapsovereenkomst. Het is onmogelijk om de draagmoeder te dwingen om het kind af te staan aan de wensouders. Thans wordt deze verplichting van de draagmoeder dikwijls in een draagmoederschapsovereenkomst opgenomen. De verplichting van de wensouders is dat ze na de geboorte het kind moeten opnemen in hun gezinsleven. Daarnaast kunnen andere verplichtingen van de partijen in de overeenkomst worden opgenomen. Op zich vormt dit geen enkel probleem, totdat een van de partijen beslist om deze verplichtingen niet meer na te komen. Wat als de draagmoeder plots beslist om het kind niet aan de wensouders af te staan?

66. Ook in Nederland is het algemeen aanvaard dat afspraken waar de draagmoeder verplicht wordt het kind af te staan, nietig zijn wegens strijdig met artikel 3:40 lid 2 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Daarnaast zou dit in strijd zijn met het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw om die reden dat de draagmoeder gedwongen zou zijn om bevrucht te worden.

Daarnaast zou het belang van het kind zich verzetten tegen een verplichting tot doen van afstand door de draagmoeder en ook het aanvaarden en opnemen door de wensouders.¹¹⁰

67. Waar België nog steeds geen enkele wettelijke regeling heeft genomen omtrent het draagmoederschap, heeft Nederland al sinds 1993¹¹¹ strafbepaling opgenomen om het commercieel draagmoederschap onmogelijk te maken.¹¹² Uit de toelichting blijkt dat commercieel draagmoederschap onwenselijk is.

Een financiële beloning als hoofdreden om een zwangerschap aan te gaan, zou volgens het wetsvoorstel grote risico's teweegbrengen. Vrouwen zouden via een hoge financiële vergoeding overtuigd kunnen worden om zwanger te worden, wanneer ze zich in een slechte financiële situatie bevinden op het ogenblik van de beslissing. Bijgevolg wordt het commercieel draagmoederschap in Nederland strikt verboden verklaard.¹¹³ Het commercieel draagmoederschap wordt niet direct strafbaar gesteld, maar wel de gedragingen die ertoe zouden leiden.

68. Nederland heeft twee bepalingen opgenomen in hun Wetboek van Strafrecht om het commercieel draagmoederschap strafbaar te stellen. De artikelen 151b en 151c van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht stellen zowel de draagmoeder als de wensouders strafbaar bij het openbaarmaking van hun wensen. Dit is voor een draagmoeder niet toegelaten volgens artikel 151b lid 2 (b) van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Volgens de Nederlandse wetgever zou het openbaar maken van potentiële draagmoeders een ontwikkeling in de richting van commercieel draagmoederschap kunnen bevorderen.¹¹⁴

69. De Nederlandse wetgever heeft in 1993 gekozen om uitsluitend het commercieel draagmoederschap aan te pakken. De wet voorkomt dat het commercieel draagmoederschap zich als een maatschappelijk verschijnsel zou gaan ontwikkelen. Het valt op bij de totstandkoming van de wet dat de Nederlandse regering eerst aangeeft dat draagmoederschap geen plaats mag hebben in de samenleving. Maar een aantal jaren later (in 1997) begint het absoluut verbod af te zwakken omdat hoogtechnologisch draagmoederschap onder strikte voorwaarden in Nederland wordt toegelaten.¹¹⁵

70. Mijns inziens heeft Nederland een heel vreemde regeling, aangezien draagmoederschap wel onder strikte voorwaarden wordt aanvaard, maar ze niet bereid zijn om civielrechtelijke bepalingen op te stellen voor het verkrijgen van juridisch ouderschap over het kind.

¹¹⁰ S.H.J. BEKKERS, *Draagmoederschap: naar een civielrechtelijke regeling*, onuitg. Masterscriptie Rechtsgeleerdheid Universiteit van Tilburg, 2011, 16 vrij te consulteren op <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=114818>

¹¹¹ Wet van 16 september 1993, Stb. 486.

¹¹² Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2, p. 31-36 (Notitie kunstmatige bevruchting en draagmoederschap).

¹¹³ Kamerstukken II 1991/92, 21 968, nr. 7, p. 3 (EV II).

¹¹⁴ Kamerstukken II 1990/91, 21 968 nr. 3, p. 6.

¹¹⁵ Zie de patientenfolder van het VUMC: <www.vumc.nl> (zoeken op draagmoederschap). Deze eisen komen overeen met die uit de N.V.O.G. richtlijn.

Hoofdstuk 2. Draagmoederschap in Frankrijk

71. Frankrijks standpunt over draagmoederschap is eenduidig in tegenstelling tot die van Nederland. Frankrijk heeft in de Code Civil uitdrukkelijk een artikel opgenomen dat elke vorm van een draagmoederschapsovereenkomst ten zeerste verbiedt.¹¹⁶ Frankrijk wil hierdoor trachten draagmoederschap af te raden aan wensouders. Frankrijk heeft deze strenge aanpak echter niet altijd toegepast.¹¹⁷

72. Rond de jaren 80 bestonden er in Frankrijk organisaties die wensouders hielpen om hun kinderwens te vervullen met hulp van een draagmoeder. Frankrijk wordt in deze meesterproef besproken omwille van de bemiddelingsrol van dokter Sacha Geller, die een belangrijke rol speelde bij de oprichting van een aantal niet-winstgevende bemiddelingsstructuren.¹¹⁸ Deze dokter creëerde een bemiddelingsstructuur waarbij de wensvader zijn sperma insemineert in de baarmoeder van de draagmoeder en waarbij de wensmoeder vervolgens de mogelijkheid kreeg het kind na de geboorte te adopteren. Het was een organisatie die heel wat dromen deed uitkomen voor koppels die niet de kans kregen om hun kinderwens zelf te doen vervullen.

Maar in 1989 kreeg deze organisatie te maken met een plotse terugval. De organisatie van dokter Sacha Geller werd plots door het Openbaar Ministerie voor de rechtbank van Marseille gedaagd. Het Openbaar Ministerie vorderde de ontbinding van de organisatie omwille van het opstellen van ongeldige draagmoederschapsovereenkomsten. De aanleiding van de ontbinding was de weigering van een draagmoeder om het kind aan de wensouders af te staan. Dit praktijkgeval zorgde voor de ontbinding van de organisatie met als reden dat het zou handelen in strijd met de wet en goede zeden. De organisatie ging in Cassatie, maar het Franse Hof van Cassatie veroordeelde openlijk het sluiten van een draagmoederschapsovereenkomst op 13 december 1989.¹¹⁹

73. Om zulke praktijken niet meer mogelijk te maken heeft Frankrijk gekozen om de wetten van 29 juli 1994 betreffende de bio-ethiek aan te nemen. In één van deze wetten wordt de draagmoederschapsovereenkomst uitdrukkelijk verboden. De verbodsbepaling viseert alle vormen van draagmoederschap, er wordt voor geen enkel geval een uitzondering gemaakt.

Frankrijk heeft dan wel gekozen voor een strenge aanpak voor het opstellen van een draagmoederschapsovereenkomst. Maar een algemeen verbod op draagmoederschap dat gekoppeld zou zijn aan strafsancities is in Frankrijk op dit moment nog niet van toepassing.

¹¹⁶ Art.16- 7 Code Civil.

¹¹⁷ A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in BOELE-WOELKI, K. en ODERKERK, M. (red.), in *Ongeoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1999, 89-126.

¹¹⁸ E. CAMUZET, *La convention de gestation pour autrui: une illégalité française injustifiée*, onuitg. Masterproef Rechten Universiteit Lille, 2005-2006 vrij te consulteren op http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/060/733/RUG01-002060733_2013_0001_AC.pdf

¹¹⁹ Cass. (fr.) 13 december 1989, nr. 8815655, *JCP* 1990, II, 21526, noot A. SERIAUX.

74. Opvallend is dat enkel de tussenpersonen bij draagmoederschap strafrechtelijk vervolgd worden. Zowel de bemiddelaars¹²⁰ als de medici¹²¹ kunnen een gevangenisstraf van één jaar riskeren. Het Franse Code Pénal heeft geen strafsancities opgenomen voor de draagmoeder en de wensouders.¹²²

75. Net zoals in Nederland wordt er in Frankrijk een vreemde regeling getroffen. Er wordt geen algemeen verbod uitgevaardigd voor draagmoederschap, maar een draagmoederschapsovereenkomst wordt als absoluut nietig beschouwd. Daarnaast worden niet de rechtstreekse betrokken partijen bij draagmoederschap strafrechtelijk gevisieerd, zoals de draagmoeder en de wensouders, maar wel de tussenpersonen.

Voor de Belgische wetgever zal Frankrijk niet als een inspiratiebron gebruikt kunnen worden. Hun restrictieve aanpak zorgt ervoor dat draagmoederschap als een taboe wordt beschouwd. Voor homoseksuele koppels die in Frankrijk wonen wordt het heel moeilijk om hun kinderwens in Frankrijk zelf te vervullen. Ze zullen naar het buitenland moeten trekken om hun wens om een eigen gezin op te starten, te verwezenlijken.

¹²⁰ Art. 227-12 Code Pénal.

¹²¹ Art. 511-24 Code Pénal.

¹²² E. CAMUZET, *La convention de gestation pour autrui: une illégalité française injustifiée*, onuitg. Masterproef Rechten Universiteit Lille, 2005-2006 vrij te consulteren op http://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/060/733/RUG01-002060733_2013_0001_AC.pdf

Hoofdstuk 3. Situatie in andere landen

76. Ten slotte is het van belang om landen te bespreken waar draagmoederschap wel mogelijk is. Dit zijn landen die niet tot de Europese Unie behoren, maar waar wel inspiratie gehaald kan worden om een wettelijk kader samen te kunnen stellen.

77. In bepaalde staten van de Verenigde Staten is draagmoederschap sterk geregeld. Commerciële bedrijven staan in voor de communicatie tussen de draagmoeder en wensouders. In de staat Californië opteert men voor "*gestational contracts*", dit wil zeggen dat bij de geboorte van het kind de wensouders als de juridische ouders worden beschouwd. Het kind wordt juridisch erkend door de wensouders en hun namen staan meteen vanaf de geboorte van het kind op de geboorteakte vermeld. Hier wordt geen rekening gehouden met de "*mater semper est*" regel. Met behulp van een eenvoudig contract kunnen de afstammingsregels van het kind gewijzigd worden. Er is dus een veel grotere contractuele verplichting dan in de Europese landen, waaraan een expliciet commercieel karakter gekoppeld wordt. Dit lijkt voor vele homoseksuele koppels een oplossing om op een legale wijze een kind te krijgen. Maar de wensouders krijgen pas in de praktijk problemen wanneer ze het kind willen overbrengen naar België. De weigerachtige houding van de Belgische rechtbanken van de geboorteaktes zorgt in de realiteit voor heel wat juridische problemen. Dit betekent dat het kind van een homoseksueel paar in België als ouderloos wordt beschouwd en in het buitenland wordt het homoseksueel paar wel als de juridische ouders van het kind erkend.¹²³

78. Draagmoederschap is niet federaal geregeld in de Verenigde Staten, elke staat heeft een eigen regeling rond draagmoederschap. Enkel de staten Florida en Californië hebben een gunstige regeling voor draagmoederschap gecreëerd. De grote wettelijke regelingen tussen de verschillende staten zorgt ook in de Verenigde Staten voor heel wat rechtsonzekerheid.

79. Naast de Verenigde Staten wordt ook India als een topbestemming bestempeld voor wensouders. Het commercieel draagmoederschap kende in 2003 een enorme opkomst. India wou beschouwd worden als een wereldwijde bestemming voor de gezondheid.¹²⁴ Het zorgde voor een enorme opkomst van medische toeristen, waaronder ook van wensouders.

Naast de Verenigde Staten wordt ook India als een topbestemming bestempeld voor wensouders. India voorziet echter in een wettelijke bescherming van de draagmoeder. Opmerkelijk wordt er als bescherming opgesomd dat de draagmoeder het recht heeft om het kind te behouden, indien ze dit verlangt. Daarnaast heeft de draagmoeder het recht om een abortus te laten voeren volgens de Indische abortus-wet en hebben de wensouders geen enkel recht om de reeds betaalde bedragen terug te vorderen. Dit is naar mijn mening geen evenredige bescherming. Er wordt enkel in een bescherming voorzien van de draagmoeder, maar niet van de wensouders.

¹²³ G., VERSCHULDEN, "Editoriaal, nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T.Fam.* 2010/4, 69-70.

¹²⁴ U. SMERDON, *Crossing bodies, crossing borders: International surrogacy between the United States and India*, 2008 vrij te consulteren op www.childtrafficking.com/Docs/smerdon_08_cross_borders_1009.pdf.

Opmerkelijk is dat fertiliteitscentra in India het recht hebben om homoseksuele koppels te weigeren als mogelijke kandidaten voor draagmoederschap.¹²⁵

80. Net zoals in de Verenigde Staten worden de wensouders in India meteen als de juridische ouders op de geboorteakte ingeschreven. Ook hier zullen de wensouders met dezelfde probleem te maken krijgen als in de Verenigde Staten. De erkenning van de wensouders als juridische ouders van het kind zal afhangen van de uitspraak van de Belgische rechters. De uitspraak kan in elk rechtsgebied verschillend zijn. De wensouders zullen weer geconfronteerd worden met de rechtsonzekerheid die algemeen gekoppeld wordt aan draagmoederschap.

81. Nieuw-Zeeland kan een mogelijke inspiratiebron zijn voor de Belgische wetgever. Het land heeft sinds 2004 een bijzondere wet aangenomen. Deze wettekst heeft betrekking op de regeling van draagmoederschap. Nieuw-Zeeland is geen tegenstander van het draagmoederschap en biedt in tegenstelling tot Frankrijk geen weerstand tegen het omkaderen van draagmoederschap. Het opstellen van een draagmoederschapsovereenkomst wordt in Nieuw-Zeeland getolereerd, maar het is verboden om de overeenkomst tegen de draagmoeder uit te oefenen. Daarnaast wordt enkel de altruïstische vorm van draagmoederschap aanvaard. Indien er een financiële beloning contractueel wordt opgesteld zullen er strafsancities kunnen worden uitgevaardigd tegen de partijen. Het is louter aanvaard dat de kosten die aan de zwangerschap verbonden zijn worden vergoed.¹²⁶

Thans is de bijzondere wet betreffende draagmoederschap niet zo eenvoudig geregeld. Vooraleer een draagmoederschapprocedure van start kan gaan, moeten er verschillende stappen gevolgd worden. Het project van draagmoederschap wordt omkaderd door een bijzondere procedure want het principe draagmoederschap moet eerst goedgekeurd worden door een comité. Het comité keurt het goed wanneer een van de wensouders een genetische ouder is. Er moeten ernstige medische aanwijzingen zijn vooraleer de wensouders het recht hebben om beroep te doen op een draagmoeder. Daarbovenop moet de draagmoeder ook aan bepaalde voorwaarden voldoen vooraleer ze als draagmoeder in aanmerking mag komen. Bijvoorbeeld de draagmoeder moet een gezin hebben.¹²⁷

De bijzondere wet van Nieuw- Zeeland is thans geen volledige regelgeving. De bijzondere wet kent nog heel wat lacunes zoals de afstamming. De wet vertelt niets over de afstamming tussen het kind en de wensouders. Hierdoor zal het gemeenrecht toegepast moeten worden. Dit betekent dat de wensouders enkel als juridische ouders van het kind beschouwd kunnen worden als ze de algemene adoptieprocedure van Nieuw- Zeeland volgen. Slechts dan zal het kind wettelijk erkend worden binnen hun gezin.¹²⁸ Totdat de adoptie voltooid is, zullen ook hier de wensouders gedurende de adoptieprocedure in onzekerheid moeten leven.

¹²⁵ U. SMERDON, *Crossing bodies, crossing borders: International surrogacy between the United States and India*, 2008 vrij te consulteren op www.childtrafficking.com/Docs/smerdon_08_cross_borders_1009.pdf.

¹²⁶ Uiteenzetting studiedag 30 januari 2015, Draagmoederschap: is er een wettelijke regeling nodig?, georganiseerd door de fractie Groen- Ecolo.

¹²⁷ Uiteenzetting studiedag 30 januari 2015, Draagmoederschap: is er een wettelijke regeling nodig?, georganiseerd door de fractie Groen- Ecolo.

¹²⁸ Uiteenzetting studiedag 30 januari 2015, Draagmoederschap: is er een wettelijke regeling nodig?, georganiseerd door de fractie Groen- Ecolo.

82. Ten slotte kan ook Zuid-Afrika als een goede inspiratiebron gebruikt worden. De Zuid-Afrikaanse wettelijke regeling kent grote gelijkenissen met de bijzondere wet van Nieuw-Zeeland. Maar er zijn toch grote verschillen tussen beiden. Draagmoederschap is in Zuid-Afrika enkel toegelaten wanneer de draagmoeder niet de genetische moeder is van het kind. Er kan pas beroep worden gedaan op de rechtsfiguur draagmoederschap wanneer de wensouders op omkeerbare wijze geen kinderen kunnen krijgen. Dit moet op voorhand door de Zuid-Afrikaanse rechter worden vastgesteld. Dit betekent dat de rechter gaat moeten onderzoeken of de wensouders niet in staat zijn om zelf kinderen te krijgen.¹²⁹

Daarnaast gaat de rechter na of de wensmoeder reeds een kind heeft gekregen en net zoals in Nieuw-Zeeland kan er enkel beroep worden gedaan op de altruïstische vorm van draagmoederschap. In Zuid-Afrika is er wel een luik voorzien dat de afstamming van het kind betreft. Als de draagmoederschapsovereenkomst door de rechter wordt goedgekeurd, worden de wensouders vanaf de geboorte de juridische ouders. Er zal bijgevolg niet teruggekeken worden naar het gemeenrecht. Het Zuid-Afrikaans systeem voor draagmoederschap is veel efficiënter en minder tijdrovend. Vanaf het moment dat de rechter de draagmoederschapsovereenkomst goedkeurt, zal het kind wettelijk erkend zijn in het gezin.¹³⁰

¹²⁹ Uiteenzetting studiedag 30 januari 2015, Draagmoederschap: is er een wettelijke regeling nodig?, georganiseerd door de fractie Groen- Ecolo.

¹³⁰ Uiteenzetting studiedag 30 januari 2015, Draagmoederschap: is er een wettelijke regeling nodig?, georganiseerd door de fractie Groen- Ecolo.

Deel 3. Bemiddeling

Hoofdstuk 1. Bemiddeling¹³¹

Afdeling 1. Algemeen

83. Uit het eerste deel van deze meesterproef is gebleken dat de rechtspositie van de wensouders bijzonder zwak geregeld is. Door het ontbreken van een wettelijk kader hebben de wensouders geen enkel recht op het kind. Dit betekent dat wanneer de draagmoeder beslist het kind niet meer aan de wensouders af te staan, de wensouders geen enkele juridische stappen kunnen nemen om het kind alsnog op te eisen. Vooraleer er dieper op de probleemstelling wordt ingegaan, is het aan te raden om eerst kort te bespreken wat bemiddeling nu precies inhoudt. Vervolgens moet het duidelijk worden in hoeverre de probleemstelling bemiddeld kan worden en welke criteria bij bemiddeling een belangrijke rol zullen spelen.

Daarom wordt er in het derde deel van deze meesterproef besproken of bemiddeling een oplossing kan bieden bij een juridisch conflict over draagmoederschap. Er zal bijgevolg getracht worden een oplossing te zoeken voor het geschil buiten de rechtbank. Nochtans moet er een onderscheid gemaakt worden tussen bemiddeling in Nederland en België. In Nederland wordt de term bemiddeling veel ruimer beschouwd, hierdoor wordt er in Nederland eerder gesproken over *mediation*. In België betekent mediation hetzelfde als bemiddeling. Dit zorgt voor wat verwarring, maar het verschil vindt men terug in het doel van beide.

In Nederland is er het probleem met het definiëren van *mediation* omdat er geen correcte vertaling voorzien is voor deze term. *Mediation* komt oorspronkelijk uit de Angelsaksische wereld, waardoor de Engelse term volledig is aangenomen in de Nederlandse maatschappij. De Nederlandse vertaling van *mediation* zou bemiddeling zijn. Thans zou de Nederlandse vertaling in veel bredere betekenis hebben dan *mediation*.¹³² Het verschil is dat bemiddeling in België ook kan gebeuren door een advocaat, terwijl bij *mediation* is dit niet het geval. Naast een advocaat is ook een notaris te beschouwen als een juridisch geschoolde die, mits eventuele aanscherping van zijn communicatieve en psychologische vaardigheden, goed geplaatst is om een bemiddelingsproces te begeleiden.

¹³¹ R. HEYNINCKX en D. LAMERS, *Bemiddeling*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1-19.

¹³² H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 1.

Het verschil tussen deze twee vormen is dat bij *mediation* beide partijen opdrachtgever zijn en de mediator eerder een begeleidende rol heeft. Bemiddeling daarentegen is een wat bredere term waarbij de bemiddelaar zelf voorstellen doet om tot een compromis te komen. Hij treedt vaak directer op dan een mediator.¹³³

In België zijn er twee soorten bemiddeling. Ten eerste is er sprake van de gerechtelijke bemiddeling, dit wordt wettelijk geregeld door artikel 1734 van het Gerechtelijk Wetboek.¹³⁴ Verder is er de vrijwillige bemiddeling, die geregeld wordt in artikel 1730 van het Gerechtelijk Wetboek. De wet van 21 februari 2005 op de bemiddeling heeft voor vernieuwingen gezorgd aan het Gerechtelijk Wetboek. Een nieuw deel werd toegevoegd dat specifiek gericht is op bemiddeling. De nieuwe bemiddelingswet zal zowel van toepassing zijn op familiale als niet- familiale geschillen en zowel de proceduregebonden als niet-proceduregebonden bemiddeling.

De vrijwillige bemiddeling is deze die plaatsvindt op initiatief van de partij of partijen, zonder dat een rechter dit heeft bevolen. Elke partij mag voor, tijdens of zelfs na een rechtspleging aan de andere partij(en) voorstellen om beroep te doen op een bemiddelingsprocedure. Voor deze meesterproef zal er getracht worden om met de vrijwillige bemiddeling een oplossing te zoeken voor het geschil tussen de wensvaders en de draagmoeder.

84. Bemiddeling vormt een onderdeel van het alternatieve geschillenbeslechting(AGB). Alternatieve geschillenbeslechting kan als volgt gedefinieerd worden: "*Van de verschillende mogelijke methoden om geschillen te beslechten is alternatieve geschillenbeslechting de methode waarbij de partijen tot een geschil op contractuele basis beroep doen op een derde die de partijen behulpzaam zal zijn bij het nastreven van een dading, doch deze derde kan, behoudens andersluidende overeenkomst tussen partijen, hoegenaamd geen uitspraken doen die de partijen zouden binden.*"¹³⁵

Een correcte definitie van bemiddeling kan er niet worden teruggevonden in het Gerechtelijk Wetboek.¹³⁶ Het weglaten van een definitie was een bewuste keuze van de wetgever. De wetgever koos ervoor om geen definitie te omschrijven zodanig dat in het licht van de vrijwillige bemiddeling niet gebonden zou worden aan strikte regels. Het gebrek aan een begripsomschrijving brengt echter ook een groot nadeel teweeg, aangezien de maatschappij nog steeds niet weet wat bemiddeling precies inhoudt.

85. Een belangenconflict tussen twee partijen kan zich in de praktijk heel snel voordoen. Partijen kunnen zelf die belangentegenstellingen oplossen. Indien dit niet het geval is, bestaat het gevaar dat het conflict zal escaleren.

¹³³ B. LA POUTRÉ en M. BOELRIJK, *Bemiddeling als alternatief: bemiddeling door hulp-en dienstverleners*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2001, 14.

¹³⁴ Gerechtelijk Wetboek van 10 oktober 1967, BS 31 oktober 1967, 11360.

¹³⁵ L. DEMEYERE, "Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting (ADR- Alternative Dispute Resolution)", *RW* 1996-1997, nr. 16, 524.

¹³⁶ www.fbc-cfm.be/nl/inhoud/begrip

Dit zorgt ervoor dat het veel moeilijker wordt voor de partijen om uit het conflict te komen. Vooraleer men in de fase van geschillenoplossing terechtkomt, kunnen ze door middel van onderhandelen trachten de belangentegenstelling te overbruggen.

Onderhandelen is een proces van beïnvloeding en communicatie waarbij twee of meer betrokkenen trachten overeenstemming te komen over een tegenstelling in belangen, standpunten, opvattingen, doelen en rollen. De partijen moeten door de juiste communicatie een oplossing vinden waarmee beide partijen akkoord zijn. Als de partijen niet tot een gezamenlijke oplossing kunnen komen, zal er een doorverwijzing gebeuren tot bemiddeling.¹³⁷

86. Indien de onderhandelingen tussen de partijen niet succesvol waren, kunnen ze bemiddeling overwegen. De partijen zullen over dezelfde bereidheid moeten beschikken als bij de onderhandelingen, want bemiddeling kan geen wonderen verrichten. Bij bemiddeling zal er beroep worden gedaan op een neutrale derde (bemiddelaar) die de partijen zal begeleiden in het op gang brengen en afronden van de onderhandelingen.

De bedoeling is dat de partijen hun beschadigde relatie gaan herstellen en hun situatie naar de toekomst verbeteren.¹³⁸ Partijen zullen hun geschil overdragen aan een onafhankelijke en onpartijdige persoon vermits ze niet zelf uit de impasse kunnen geraken. De partijen zullen hun vertrouwen in deze persoon vestigen waar de deskundigheid, positie en de persoonlijkheid van de derde neutrale een belangrijke rol zal spelen bij het komen tot een oplossing. Partijen kunnen met behulp van de juiste begeleiding en communicatie samen hun belangentegenstellingen overbruggen.

87. Met bemiddeling worden de onderhandelingsgesprekken voortgezet. Deze gesprekken zijn door invloed van verschillende factoren stopgezet. Een voorbeeld is macht, dat onder andere een belangrijke rol speelt bij het onderhandelingsproces. Als een partij over een sterkere positie beschikt dan de andere partij, zal deze partij de onderhandelingen naar zich toetrekken. De onderhandelingen worden in termen van winnen en verliezen uitgedrukt.

Bij bemiddeling tracht men afstand te nemen van de machtsstrijd tussen de partijen en krijgen de belangen van beide partijen evenveel respect. Tevens zullen de partijen tot een win-win-situatie moeten komen.¹³⁹ Dit zal niet altijd even eenvoudig zijn, maar met de juiste begeleiding van de bemiddelaar moet dit mogelijk zijn.

Bemiddeling kan vervolgens in het kort worden samengevat als een onderdeel van ADR, waar men met behulp van een onafhankelijke deskundige begeleid wordt in een vastgelopen onderhandelingsproces.

¹³⁷ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 2.

¹³⁸ H.G. VAN DER WERF en S.M.A.M. VENHUIZEN, *Bemiddeling*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, 11.

¹³⁹ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 3.

De partijen willen vrijwillig hun belangentegenstelling oplossen, met als voorwaarde dat de belangen van beide partijen evenveel respect verdienen. Daarnaast zal de rol van de bemiddelaar cruciaal zijn bij het toepassen van de juiste communicatietechnieken en moeten de partijen alle vertrouwen hebben in hun bemiddelaar. Bemiddeling is een vorm van geschillenoplossing waarbij de inspanningen van de partijen een belangrijke rol zullen spelen. De partijen moeten bereid zijn om constructief te onderhandelen, maar ze moeten ervoor zorgen dat dit niet ten koste gaat van hun onderlinge relatie. Beide partijen hebben belang in het zoeken naar een geschikte oplossing voor hun belangentegenstelling.¹⁴⁰

88. Er moet worden benadrukt dat bemiddeling een vrije keuze is van de partijen. Zij kiezen zelf om niet naar de rechter te stappen om het onderlinge conflict op te lossen. Bemiddeling staat in België, in het bijzonder in Vlaanderen net als in Nederland, in toenemende mate in de belangstelling. Sinds 1969 bestaat er zelfs een Belgische centrum voor arbitrage en bemiddeling (CEPANI).¹⁴¹ CEPANI staat in voor de juiste begeleiding bij arbitrage en bemiddeling om een bevredigende oplossing te beiden aan de partijen voor hun onderling conflict. Vooral sinds de nieuwe bemiddelingswet van 2005 is er een duidelijke toename in bemiddelingsprocedures.¹⁴² Het overgrote deel van bemiddelingsprocedures zijn personen- en familiecases.

In andere landen, zoals de Verenigde Staten¹⁴³ en Nederland¹⁴⁴, heeft bemiddeling als onderdeel van ADR een enorme opgang gemaakt. Bemiddeling is minder tijdrovend en kostbaar, via deze weg kunnen de partijen zelf tot een oplossing komen. In Nederland wordt ADR zelfs door de overheid gestimuleerd.¹⁴⁵ Het zorgt ervoor dat partijen eerst een weg kiezen die tot hetzelfde resultaat kan leiden als een rechter deze zou uitgesproken hebben.

Desalniettemin biedt bemiddeling geen garantie dat er een oplossing voor het geschil gevonden wordt, vermits ADR cultuurgebonden kan zijn.¹⁴⁶ Als er een vergelijking gemaakt wordt tussen Nederland en België, merken we dat er een verschil is in aanpak van een conflict. Een studie van cultuurpsycholoog GEERT HOFSTEDE beschrijft deze verschillen aan de hand van 5 dimensies (individualisme, machtsafstand, masculiniteit, onzekerheidsvermijding en lange termijn oriëntatie).¹⁴⁷

¹⁴⁰ C. JACOBS, "Doen we het of doen we het niet? Een conceptuele analyse van de voor- en nadelen van bemiddeling", in R. VAN RANSBEEK, *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, 69-91.

¹⁴¹ www.cepani.be/en/cepani-vzw/about-us.

¹⁴² M. EUWEMA, K. BOLLEN en S. PRINS, *Mediation in België en Nederland: een wereld van verschil*, licentiescriptie K.U. Leuven, 2008, www.lirias.kuleuven.be.

¹⁴³ K.J. KLAUS en F. STEFFEK, *Bemiddeling: principles and regulation in comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 1246-1310.

¹⁴⁴ K.J. KLAUS en F. STEFFEK, *Bemiddeling: principles and regulation in comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 697-773.

¹⁴⁵ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 6.

¹⁴⁶ P. PERRIN en P. WIDMER, *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits*, Genève, Publication de l'Institut suisse de droite comparé, 1992, 165.

¹⁴⁷ Hofstede voegde deze laatste dimensie later toe aan zijn model. Met name om de Aziatische culturen beter te kunnen beschrijven. Hij rapporteert geen gegevens over België en daarom laten we deze dimensie buiten beschouwing.

Bemiddeling kan eerder beschouwd worden als een andere vorm om een conflict op te lossen. Het kan een grotere meerwaarde hebben dan een rechterlijke uitspraak, aangezien partijen veel sneller tot een oplossing kunnen komen. Ten slotte kunnen andere vormen van ADR (arbitrage, verzoening, mini-trial en ombudsman) worden toegepast indien bemiddeling niet tot het beoogde resultaat leidt.

89. Bemiddeling kan dus zorgen voor een constructieve oplossing voor de partijen. Dit zal ervoor zorgen dat de partijen minder vijandig zijn ten opzichte van elkaar. Bovendien zal de procedure van bemiddeling financieel veel voordeliger zijn dan het starten van een rechtsprocedure.¹⁴⁸ Deze meesterproef moet duidelijk maken waarom bemiddeling bij draagmoederschap kan werken. Later in deze meesterproef zal bemiddeling toegepast worden op het concreet geval "Draagmoederschap".

Afdeling 2. Kenmerken

§ 1. Basiskenmerken¹⁴⁹

90. Bemiddeling is een vreedzame, eenvoudige, snelle en vaak efficiënte methode om conflicten op te lossen. Het is belangrijk te weten waarom er gekozen moet worden voor bemiddeling. Daarom is het van belang om de kenmerken van bemiddeling te bespreken.

91. Bemiddeling verschilt van schikken doordat er beroep wordt gedaan op een bemiddelaar. Deze onpartijdige en neutrale persoon zal de partijen begeleiden in het bekomen van een oplossing waaraan de belangen van de partijen tegemoet zijn gekomen. Bovendien moet de bemiddelaar onafhankelijk zijn, waarbij hij het vertrouwelijk karakter van bemiddeling dient te respecteren.

In de praktijk komt het vaak voor dat zowel rechters als advocaten schikken en bemiddelen. De vraag die hier rijst is of de rol van een rechter als bemiddelaar neutraal kan zijn. De heer JEAN LAENENS achtte de bemiddelingsrol van een rechter niet opportuun. Daarnaast werd terecht in het wetsvoorstel van 23 oktober 2003 opgemerkt dat een bemiddelingsrol van een rechter moeilijkheden kan doen rijzen in verband met de onpartijdigheid.¹⁵⁰

Rechters beschikken nog steeds over de bevoegdheid om een uitspraak te doen waarin ze schikken.¹⁵¹ Een advocaat die de bemiddelingsrol op zich neemt, kan aangenomen worden door één van de partijen. Daarom kan er twijfel rijzen of de advocaat een neutrale positie inneemt bij het bemiddelen.

¹⁴⁸ S. KAGEL en K. KELLY, *The anatomy of bemiddeling*, Washington, The Bureau of National Affairs, 1989, VII-XII.

¹⁴⁹ Art. 1726 Ger.W.

¹⁵⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *Parl. St.* Senaat 2003-2004, nr. 3-781.

¹⁵¹ H.G. VAN DER WERF en S.M.A.M. VENHUIZEN, *Bemiddeling*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, 31.

Rechters en advocaten behartigen onrechtstreeks belangen van een bepaalde partij, enerzijds omwille van de druk om een bepaalde uitspraak te doen, anderzijds omdat ze zijn aangezocht door één van de partijen.¹⁵²

Daarnaast is het ook mogelijk dat een advocaat wordt aangesproken om als bemiddelaar op te treden, indien hij geen enkele voorgeschiedenis zou hebben met de partijen. Dit om elke vorm van partijdigheid uit te sluiten.

Naar mijn mening zou bemiddeling een goed alternatief zijn voor de rechtbank. De partijen hebben niets te verliezen. Indien een bemiddelaar tot een oplossing zou kunnen komen, zullen alle partijen er voordeel uit halen. Bij het draagmoederschapsconflict zou het beter zijn om een bemiddelaar te kiezen die geen enkele band heeft met de partijen. Dit zal elke vorm van twijfel van partijdigheid kunnen uitsluiten.

92. Daarnaast wordt bemiddeling uitgevoerd door een opgeleide professional.¹⁵³ De bemiddelaar beschikt over de juiste kennis en vaardigheden om de dialoog tussen de partijen terug op gang te brengen. Het is van belang bij bemiddeling dat er tot de kern van het geschil wordt gekomen. De verschillende fases van bemiddeling moeten ervoor zorgen dat men tot een oplossing van het geschil komt.¹⁵⁴

De deskundigheid van de bemiddelaar moet ervoor zorgen dat de partijen hem kunnen vertrouwen. Door de juiste kennis en communicatietechnieken kan hij de partijen op het juiste pad leiden. Daarnaast zal ook de betrokkenheid van de partijen een belangrijke rol spelen bij het bekomen van een adequate oplossing. Ze zullen vrijwillig bereid moeten zijn om de bemiddelingsprocedure te doen slagen. De intake en exploratie fase moet ervoor zorgen dat de partijen tot een gezamenlijk punt komen waar ze samen naar een oplossing aan het zoeken zijn. De bemiddelaar moet in de verschillende fases van bemiddeling altijd neutraal en onpartijdig zijn.

Deze begeleiding van de bemiddelaar zal een belangrijke rol spelen om de gesprekken tussen de partijen terug op gang te brengen. Enerzijds zullen de wensvaders zeer emotioneel zijn wanneer het kind nog steeds geen plaats heeft kunnen innemen in hun gezin. Anderzijds zal ook de draagmoeder het emotioneel zeer moeilijk hebben. Het afstaan van een kind is bijzonder moeilijk en vandaar dat de begeleiding van een derde neutrale cruciaal zal zijn om tot een gemeenschappelijke oplossing te komen.

93. Ten slotte is een bemiddelingsprocedure strikt vertrouwelijk tussen de partijen. Alles wat er gedurende de bemiddeling gezegd of uitgewisseld wordt, is strikt vertrouwelijk. Dit vertrouwen mag in geen enkele situatie geschonden worden door de partijen.

¹⁵² H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 7.

¹⁵³ Art. 1726 en 1727 Ger.W.

¹⁵⁴ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 8.

Dit is een groot voordeel van bemiddeling. Partijen kunnen zonder enige terughoudendheid hun mening uitdrukken. Zowel de wensvaders als de draagmoeder zullen hun gevoelens kunnen uitdrukken. Hierdoor krijgt de bemiddelaar de kans om te achterhalen wat nu precies de draagmoeder tegenhoudt om het kind aan de wensvaders af te staan.

94. Wanneer de bemiddelingsprocedure een goede afloop heeft gekend, kunnen de partijen en de bemiddelaar een schriftelijk bemiddelingsakkoord ondertekenen.¹⁵⁵ Het gebruik van de bemiddelingsprocedure zorgt ervoor dat je de gerechtelijke kosten kunt vermijden en dat beide partijen tot een gunstige oplossing kunnen komen.

§ 2. Andere onderscheidende kenmerken

95. Bij bemiddeling kan er gekozen worden om gebruik te maken van de directe interactie met de partijen. In handelszaken bijvoorbeeld kan de bemiddelaar zelf beslissen of hij al dan niet de partijen samen of apart ontvangt.¹⁵⁶ De bemiddelaar kan de partijen afwisselend spreken en zal trachten met de verkregen informatie opzoek te gaan naar een oplossing. De bemiddelaar zal pas het vertrouwen verkrijgen van de partijen na het doorlopen van verschillende gesprekken. Bij bemiddeling kunnen partijen vaak afhankelijk zijn van de voorgestelde oplossing van de bemiddelaar of de partijen kunnen zelf hun creativiteit laten werken. De partijen dienen samen op zoek te gaan naar een mogelijke oplossing voor hun geschil. Ze zullen zelf weten wat voor hen een geschikte oplossing kan zijn voor hun belangentegenstelling. Indien de bemiddelaar verkiest om de partijen eerst afzonderlijk te spreken kan hij bij een bemiddelingssessie een sterke positie innemen. De bemiddelaar heeft gedurende de eerste gesprekken belangrijke informatie verworven, waardoor hij meer weet dan elk van de partijen. Dit is niet het geval wanneer de bemiddelaar de partijen samen ontvangt. In het laatste geval krijgt de bemiddelaar evenveel informatie als de partijen. De bemiddelaar neemt pas kennis van de situatie gedurende de gesprekken tussen de partijen.¹⁵⁷

96. Het resultaat bij bemiddeling verschilt ook van de resultaten na andere vormen van geschillenoplossing. De bemiddelaar kan geen bindende beslissingen uitspreken. Dit betekent dat de partijen bij het einde van de bemiddelingsprocedure een overeenkomst zullen moeten ondertekenen waaraan zij zich naar eigen keuze aan gebonden achten.¹⁵⁸

97. Ten slotte wordt bemiddeling ook beïnvloed door de machtsstrijd die vaak samengaat met bemiddeling. De bemiddelaar moet ervoor zorgen dat de partijen het gevoel hebben dat ze over een gelijkwaardige positie beschikken in de bemiddelingsprocedure.

¹⁵⁵ K. ANDRIES, "Bemiddelingsbeding", *NJW* 2011, 318-328.

¹⁵⁶ R. HEYNINCKX en D. LAMER, *Bemiddeling*, Mechelen, Kluwer, 2014, 4.

¹⁵⁷ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 8.

¹⁵⁸ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 9.

Ze moeten evenveel bijdragen in de gesprekken, opdat factoren zoals assertiviteit of financiële slagkracht geen rol meer spelen bij bemiddeling.¹⁵⁹

Afdeling 3. Erkende bemiddelaars¹⁶⁰

In principe kan iedereen in aanmerking komen om een bemiddelaar te worden, maar enkel erkende bemiddelaars komen in België in aanmerking om te bemiddelen.

98. Artikel 1726 van het Gerechtelijk Wetboek¹⁶¹ legt de voorwaarden vast om erkend te worden als bemiddelaar:

1. op grond van een in het heden of in het verleden uitgeoefende activiteit doen blijken van een bekwaamheid die door de aard van het geschil wordt vereist;
2. naargelang het geval, doen blijken van de voor de bemiddelingspraktijk passende vorming of ervaring;
3. de met het oog op de uitoefening van de bemiddeling noodzakelijke waarborgen bieden inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid;
4. niet het voorwerp zijn geweest van een in het strafregister opgenomen veroordeling die onverenigbaar is met de uitoefening van de functie van erkend bemiddelaar;
5. geen tuchtsanctie of administratieve sanctie hebben opgelopen die onverenigbaar is met de uitoefening van de functie van erkend bemiddelaar, noch het voorwerp zijn geweest van een intrekking van een erkenning.

Het doel van deze meesterproef is niet het onderzoeken of iemand al dan niet als bemiddelaar erkend wordt, maar het is belangrijk om te weten wanneer dit precies het geval is. Voor onderzoek in deze meesterproef heb ik enkele persoonlijke gesprekken gehad met bemiddelaars. Elk van hen was als bemiddelaar erkend.

Afdeling 4. Soorten conflicten

99. Om het conflict tussen de wensvaders en de draagmoeder beter te begrijpen, zal er een conflictdiagnose uitgewerkt worden. Een conflictdiagnose is van belang om te achterhalen wat er allemaal speelt en bovendien ook om te bepalen welke methode nodig is van aanpak. Door middel van een conflictdiagnose kan er eenvoudiger achterhaald worden of bemiddeling de correcte methode van conflictoplossing is.

100. Om het complex familiaal geschil tussen de wensvaders en de draagmoeder beter te begrijpen kan er een vragenlijst gebruikt worden. Het doel van deze vragenlijst is om de inhoud, de perceptie, het proces en de context van het conflict beter te kunnen achterhalen. Bovendien zullen de partijen er bewuster van worden waar het nu werkelijk om te doen is.

¹⁵⁹ www.gecertificeerdebemiddelaars.nl/bemiddeling/conflictbemiddeling/.

¹⁶⁰ www.mediation-justice.be/nl/bemiddelaar/gekozen.html

¹⁶¹ Gerechtelijk Wetboek van 10 oktober 1967, BS 31 oktober 1967, 11360.

101. Het conflict zal geanalyseerd worden met behulp van het MEKOG- model¹⁶². Bij het MEKOG model¹⁶³ zullen vijf aspecten centraal staan:

- Motivatie
- Emoties
- Kennis
- Omgeving
- Gedrag

Alle aspecten van het MEKOG-model zijn met elkaar verbonden. Dit betekent dat ze de neiging hebben om elkaar te versterken.¹⁶⁴ Het conflict tussen de wensvaders en de draagmoeder zal met het MEKOG-hulpmiddel gemakkelijker onderzocht kunnen worden. In deze meesterproef moet ervan uitgegaan worden dat de draagmoeder niet meer gehuwd is, maar wel kinderen heeft uit haar vorig huwelijk. Slechts indien de draagmoeder reeds kinderen heeft gehad, komt ze in aanmerking als draagmoeder (zie supra).

Motivatie¹⁶⁵

102. *Wat willen de partijen bereiken met het conflict? Wat is hun motief en drijfveer van het conflict?*

Het homoseksueel paar hun eis zou zijn dat ze het kind kunnen opnemen in hun gezin. In België is het bijzonder moeilijk om beroep te kunnen doen op een draagmoeder omwille van het ontbreken van een wettelijke regeling. Indien ze uiteindelijk toch iemand vinden die het kind voor hen wil baren, zal de frustratie enorm groot zijn wanneer de draagmoeder uiteindelijk beslist om het kind niet meer af te staan. De motivatie van het homoseksueel paar zal groot zijn om het kind alsnog in hun gezin te kunnen opnemen.

Bovendien heeft het koppel gedurende de negen maanden van de zwangerschap van de draagmoeder al hun medische, psychologische en financiële middelen ter beschikking gesteld. De draagmoeder kreeg de nodige steun van het koppel om de zwangerschap zo soepel mogelijk te doen verlopen. De frustratie zal des te groter zijn wanneer de draagmoeder, die gedurende negen maanden geen enkele vorm van twijfel liet merken, plotseling beslist het kind niet meer af te staan.

103. De draagmoeder heeft de moedige rol op haar genomen om voor een homoseksueel paar een kind te baren. Ze zal waarschijnlijk gedurende die negen maanden een emotionele band met het kind opgebouwd hebben, waardoor ze het emotioneel zeer zwaar heeft om het kind af te staan. De draagmoeder zal het verlangen hebben om nog steeds een deel uit te maken van het kind zijn leven (afhankelijk van haar gezinssituatie).

¹⁶² E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 13.

¹⁶³ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 26-34.

¹⁶⁴ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 26.

¹⁶⁵ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 13 en H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 27.

104. Stel dat de draagmoeder al reeds een kind op de wereld heeft gezet dat nu de leeftijd heeft van een tiener, dan is het mogelijk dat ze een groot gemis heeft naar de aanwezigheid van een kind in haar leven. Haar grote motivatie zal zijn dat ze het kind nog kan zien opgroeien en dat ze de belangrijke momenten van het kind mee kan beleven. Ze zal trachten om het kind niet meer te moeten afstaan aan het homoseksueel paar.

Dit zal bijzonder moeilijk zijn, aangezien een van de twee mannen de biologische vader is van het kind.

Emotie¹⁶⁶

105. *Hier staat de vraag centraal wat de partijen voelen ten gevolge van het conflict en ten gevolge van het gedrag van de ander? Welke gevoelens hebben de partijen ten opzichte van elkaar?*

Vooraleer het conflict zich voordoet, heerst er bij het homoseksueel paar een immens gevoel van dankbaarheid bij een altruïstisch draagmoederschap. In België is het strikt verboden om een financiële vergoeding te betalen voor het dragen van een kind. Maar dit zorgt ervoor dat bepaalde gevoelens bij een altruïstisch draagmoederschap de bovenhand kunnen nemen.

Naar mijn gevoel is het kind namelijk een enorm geschenk van de draagmoeder aan de wensvaders dat nooit geëvenaard zou kunnen worden. De wensvaders hun gevoel van dankbaarheid ten opzichte van de draagmoeder, zal onbeschrijfelijk zijn. Het gevolg kan zelfs zijn dat het gevoel van dankbaarheid zo groot is dat de wensvaders door het immense geluksgevoel niet weten welke houding ze moeten aannemen. Het gevolg kan zijn dat er gedurende de zwangerschap van de draagmoeder een emotionele barrière ontstaat tussen de partijen. Psychologisch is het perfect verklaarbaar dat gedurende en na de zwangerschap de draagmoeder afstand gaat nemen omdat ze niet constant geconfronteerd wil worden met het dankbaarheidsgevoel.

106. Het gevolg kan zijn dat de draagmoeder afstand gaat nemen en er twijfel bij haar kan rijzen of ze het kind al dan niet nog wil afstaan aan de wensvaders. Wanneer de draagmoeder haar gevoelens van twijfel niet met de wensvaders communiceert, zal het voor hen een complete shock zijn wanneer ze alsnog beslist om het kind te houden. Uit onderzoek is gebleken dat twijfel en bedenkingen bij altruïstisch draagmoederschap praktisch niet te voorkomen zijn, omdat het niet gaat om een louter financiële motivatie. In deze meesterproef gaan we ervan uit dat dit wel mogelijk is.¹⁶⁷

De emotionele barrière die tussen de partijen ontstaan is gedurende de zwangerschap, kan ervoor gezorgd hebben dat de partijen niet met elkaar communiceren. Dit betekent dat zowel de draagmoeder als de wensvaders hun emoties niet hebben uitgedrukt. De wensvaders zullen zowel gedurende de zwangerschap als na de bevalling altijd een vrees hebben dat het kind niet aan hen zal worden afgestaan.

¹⁶⁶ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 13 en H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 28.

¹⁶⁷ www.zwangervooreenander.nl

Als er in die periode van negen maanden nooit adequaat over die gevoelens van twijfel gecommuniceerd werd, zullen de ongeuite emoties de bovenhand nemen bij het conflict.¹⁶⁸

Het gevoel van teleurstelling bij de wensvaders zal enorm groot zijn. Zij hebben zich beiden emotioneel voorbereid op de komst van hun kind. Ze waren zowel aanwezig gedurende de negen maanden van de zwangerschap als na de bevalling. Op elke gynaecologische afspraak waren ze aanwezig om hun gevoel van dankbaarheid ten opzichte van de draagmoeder te uiten. Maar ook omdat ze zelf betrokken wilden zijn bij elk aspect van het leven van het kind. Ze hebben het kind voor hun ogen zien groeien om daarna alsnog het kind niet in hun gezin te mogen opnemen.

In het begin zullen de wensvaders een immens gevoel van teleurstelling en machteloosheid uiten ten opzichte van de draagmoeder. Vervolgens kan het gevoel van woede de bovenhand nemen bij het conflict. De wensvaders zullen de draagmoeder verwijten dat ze onvoldoende gecommuniceerd heeft met hen, waardoor ze volledig verbaasd zijn over haar beslissing. De wensvaders zijn zich echter al jarenlang aan het voorbereiden op de komst van het kind in hun gezin, waardoor het moeilijk wordt voor hen om dit een plaats te geven.

107. Voor de draagmoeder zal het emotioneel ook heel zwaar zijn. Na de bevalling heeft ze echter de moeilijke taak om het kind af te staan aan de wensvaders. Hierdoor is het mogelijk dat een draagmoeder te kampen krijgt met het gevoel van leegte. Bij een gewone zwangerschap is er het gevoel dat de moeder het kind na een zware bevalling kan omarmen. Draagmoeders hebben dat niet. De draagmoeder kan dan wel al psychologisch voorbereid zijn om het kind na negen maanden af te staan, toch zal het werkelijke gevoel anders zijn. De draagmoeder zelf leeft negen maanden toe naar het grote moment. Maar vervolgens voelt ze de verplichting om het kind af te staan. Het gevoel van leegte kan de bovenhand nemen bij de draagmoeder. De draagmoeder merkt dat de wensvaders en hun omgeving bijzonder uitkijken naar de komst van het kind, maar voor de draagmoeder is er een grote leegte. Ook al heeft het homoseksuele paar gedurende de negen maanden de draagmoeder op elke mogelijke manier gesteund en haar het gevoel gegeven dat ze deel uitmaakt van het gezin, dan nog zal ze in de leegte vallen. Het moment waar iedereen naartoe leefde, is voorbij. Ze zal vervolgens terug haar gewone leventje moeten oppakken. Het zal na de bevalling een zware emotionele weg zijn om die leegte weg te werken. Ze zal moeten rouwen om het feit dat het kind geen deel van haar leven zal uitmaken. Ze zal afscheid moeten nemen van het kind dat ze negen maanden heeft gedragen. Ze zal een deel van zichzelf moeten afstaan aan de wensvaders. Het avontuur van de draagmoeder met de wensvaders komt tot een einde.

Nochtans heeft ze de mogelijkheid gehad om zichzelf negen maanden voor te bereiden op het moment dat ze het kind aan de wensvaders zou moeten afstaan. Het is algemeen aangenomen dat hoe lang je ook jezelf op dat moment voorbereidt die leegte hoe dan ook zal komen.

Elke psycholoog zal de draagmoeder doen beseffen dat ze zal rouwen, huilen en verdriet zal hebben op het moment dat ze het kind zal afstaan.

¹⁶⁸ www.childrenparenting.com/nl/pregnancy/pregnancy-emotions-moods/1002001112.html

Deze gevoelens komen automatisch tot stand bij draagmoederschap. Met de juiste psychologische begeleiding zal de draagmoeder aanvaarden dat het verdriet er gaat zijn. Maar de wensvaders gaan ook beseffen dat het verdriet van de draagmoeder de normaalste zaak is. Gedurende de zwangerschap is het heel normaal dat de draagmoeder emotioneel is vanwege de hormonen, maar daarnaast is ze zich ook mentaal aan het voorbereiden op het moment dat het avontuur een einde neemt. Het is belangrijk voor de wensvaders om de draagmoeder de nodige ruimte te geven om al die emoties op haar eigen manier te verwerken. Dit is verschillend voor elk type persoon. De ene draagmoeder zou misschien graag voldoende ruimte willen krijgen bij het verwerkingsproces, de andere zou misschien graag voldoende steun willen krijgen om alle emoties makkelijker een plaats te kunnen geven.

108. Kortom de draagmoeder moet haar eigen gevoelens en verlangens aan de kant zetten voor de wensvaders. Maar wat als dit niet lukt? Wat als spijt de bovenhand neemt bij de draagmoeder? Het is mogelijk dat ze emotioneel nog niet klaar is om het kind los te laten. Het gevoel van gemis kan dan zo groot zijn bij de draagmoeder dat ze impulsief kan beslissen om het kind te houden. Het hoeft niet enkel het gemis te zijn van het kind, maar het kan ook best zijn dat ze door het draagmoederschapsavontuur een nieuwe vriendenkring heeft kunnen opbouwen die opeens wegvalt bij het afstaan van het kind.

Kennis(cognitie)¹⁶⁹

109. *Welke perceptie hebben ze van elkaar en van elkaars standpunt? Welke ideeën en vermoedens hebben ze ten opzichte van elkaar?*

De partijen hebben gedurende de negen maanden intens met elkaar samen geleefd. Ze hebben dit avontuur samen beleefd. Het homoseksueel paar zal voor het conflict de draagmoeder niet dankbaar genoeg zijn. Ze heeft de kinderwens van het koppel doen uitkomen. Zoals reeds hoger werd toegelicht, nemen de gevoelens dankbaarheid en machteloosheid bij de wensvaders de bovenhand. Ze zijn zo gelukkig dat iemand hun kinderwens in vervulling doet brengen, dat ze het soms emotioneel moeilijk hebben om het te aanvaarden. De perceptie van de wensvaders ten opzichte van de draagmoeder is voor het conflict enkel positief.

Dit verandert natuurlijk op het moment dat de draagmoeder het kind niet meer wil afstaan. Ze zullen het gevoel krijgen dat de draagmoeder een emotioneel spelletje heeft gespeeld. De teleurstelling en het verdriet kan de relatie tussen de partijen verzuren. Bovendien is het homokoppel er zich van bewust dat ze er juridisch niet sterk voorstaan. Een draagmoederschapsovereenkomst kan niet worden afgedwongen, waardoor ze er juridisch niet sterk staan. Enkel de biologische vader zal kunnen trachten het kind alsnog te zien want de niet-biologische vader wordt pas als ouder erkend nadat hij de volle adoptieprocedure heeft opgevolgd.¹⁷⁰ De biologische vader kan het kind volgens artikel 329bis van het Burgerlijk Wetboek erkennen. Daarentegen zal de toestemming van de draagmoeder van cruciaal belang zijn.

¹⁶⁹ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 13 en H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 29.

¹⁷⁰ Art. 356-1 BW.

Indien de draagmoeder alsnog haar toestemming weigert, zal de biologische vader de draagmoeder voor de rechtbank moeten dagvaarden.¹⁷¹

110. Wanneer de erkenning door de rechtbank wordt goedgekeurd, beschikken zowel de draagmoeder als de biologische vader over het ouderlijk gezag. Maar wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen en geldt het in artikel 373, tweede lid, bepaalde vermoeden.¹⁷² Tenzij dat er een gebrek is aan overeenstemming tussen de partijen, kan de familierechtbank beslissen om slechts het ouderlijk gezag aan één van beide ouders toe te kennen. Indien de draagmoeder de exclusieve bevoegdheid heeft over het ouderlijk gezag, dient ook de biologische vader een omgangsrecht op basis van artikel 375bis van het Burgerlijk Wetboek aan te vragen.

Het is slechts uitzonderlijk dat een ouder geen omgangsrecht verkrijgt met het kind, maar in het arrest van 10 december 1982 van het Hof van Beroep Gent¹⁷³ had de rechtbank van eerste aanleg in Brugge een homoseksuele vader elk omgangsrecht met kind ontzegt vanwege zijn seksuele voorkeuren.¹⁷⁴ Deze beslissing werd door het Hof van Beroep van Gent ongedaan gemaakt.¹⁷⁵

Voor de niet-biologische wensvader wordt de zaak veel ingewikkelder. Hij zal voor een omgangsrecht met het kind moeten zorgen.¹⁷⁶ Nochtans zal dit niet zo eenvoudig zijn want volgens artikel 375bis van het Burgerlijk Wetboek dient ieder ander persoon dan de grootouders een bijzondere affectieve band met het kind aan te tonen.

Juridisch gezien staan de wensvaders er dus niet bijzonder sterk voor. Dit weet de draagmoeder maar al te goed. Het ontbreken van een wettelijk kader zorgt ervoor dat zij de bovenhand heeft door het *mater semper est-regel*.

111. De draagmoeder weet dat ze wettelijk gezien beschouwd wordt als de moeder van het kind.¹⁷⁷ Indien ze beslist het kind niet meer af te staan, beschikt ze over een zeer sterke juridische positie. Hierdoor is het de draagmoeder die het naar het zeggen heeft bij een juridisch conflict. De draagmoederschapsovereenkomst wordt in België ongeldig beschouwd waardoor het juridisch niet afdwingbaar is.

Beide partijen realiseren zich welke juridische positie ze kunnen innemen, de ene wat sterker dan de andere. Deze juridische strijd kan hart tegen hart zijn met soms niet altijd het beoogde resultaat. Partijen worden daarom aangeraden om niet altijd voor de gemakkelijke richting te kiezen, namelijk een juridisch gevecht.

¹⁷¹ Art. 329bis paragraaf 2 lid 3 BW.

¹⁷² Artikel 374 BW.

¹⁷³ Hof van Beroep Gent, 10 december 1982, *RW* 1984-85, 2134.

¹⁷⁴ www.familie-recht.be/omgangsrecht/

¹⁷⁵ Hof van Beroep Gent, 10 december 1982, *RW* 1984-85, 2134.

¹⁷⁶ Art. 374 BW.

¹⁷⁷ Art. 56 en 312 BW.

Omgeving¹⁷⁸

112. *Hoe ziet de (voor het conflict relevante) omgeving van de betrokkenen eruit? Hoe beïnvloedt de omgeving de betrokkenen bij een conflict? Hoe is de relatie tussen de hoofdrolspelers bij het conflict en hun omgeving?*

De omgeving van de wensvaders kent gelijkaardige gevoelens voor het conflict als de wensvaders zelf. Dit betekent dat ook het gevoel van dankbaarheid enorm aanwezig is. Als ouders van een homoseksuele man accepteer je normaal dat je geen kleinkinderen van je zoon gaat krijgen. Hedendaagse technologie heeft voor enorm veel positieve veranderingen kunnen zorgen. Hoe ga je dan als toekomstige grootouders om met de draagmoeder die ervoor heeft kunnen zorgen dat hun zoon zijn kinderwens vervuld wordt? Elke persoon gaat verschillend om met deze situatie. Het is mogelijk dat de grootouders en de broers/zussen de keuze hebben gemaakt om geen bijzondere band met de draagmoeder aan te gaan. Hierdoor beschermen ze zich van de gevoelens die kunnen ontstaan bij het afstaan van het kind. Andere grootouders en familieleden hebben het verlangen om een familiale band aan te gaan met de draagmoeder. Ze willen hun dankbaarheid tonen ten opzichte van de vrouw die hun kleinkind en nichtje/neefje draagt. Ze zullen willen bijdragen op elke mogelijke wijze. Dit kan een psychologische steun zijn of een financiële steun door middel van geschenken. De steun kan zelfs nog na de bevalling blijven bestaan door telefonisch met elkaar in contact te blijven. Dit is verschillend voor elk gezin.

Als de draagmoeder beslist heeft om het kind niet meer af te staan zullen ook de grootouders en broers/zussen enorm gekwetst zijn door deze plotse beslissing. Ze zijn gedurende de negen maanden ook dicht betrokken bij het avontuur. Het gevoel van geluk zal vervangen worden door teleurstelling en machteloosheid. De omgeving kan een bijzonder grote rol spelen bij de wensvaders, ze kunnen hen op een bepaald spoor brengen dat negatief kan zijn voor het conflict.

De omgeving zal meteen afstand nemen van de draagmoeder omwille van haar drastische beslissing. Ze zullen de wensvaders proberen te steunen om alsnog het kind in het gezin te kunnen opnemen. De strijd zal niet enkel tussen de partijen zijn, maar ook met hun omgeving.

113. Vooraleer er sprake is van een conflict is het voor de omgeving van de draagmoeder niet eenvoudig. De ouders van de draagmoeder zullen hun dochter door een emotioneel en fysiek proces zien gaan. Bovendien zullen ze geconfronteerd worden met het feit dat hun biologisch kleinkind na negen maanden wordt afgestaan aan een homoseksueel paar zonder dat zij hier inspraak over hebben. Ook voor de oorspronkelijke nonkels en tantes zal het emotioneel zwaar zijn om het neefje/nichtje op afstand te zien opgroeien. Ten slotte zal het voor de kinderen van de draagmoeder ook emotioneel zwaar zijn om hun broertje/zusje te zien worden afgestaan aan een vreemd koppel.

Draagmoederschap kan dus zware emotionele gevoelens bij de omgeving naar boven brengen.

¹⁷⁸ E. LANCKSWEERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 14 en H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 30.

Het kan wel de persoonlijk beslissing van de draagmoeder zijn geweest om het kind voor de wensvaders te dragen, maar het is ook van belang om de zware last die op de omgeving kan berusten te erkennen.

Mijns inziens is het voor de omgeving van de draagmoeder niet verstandig zich te hechten aan de wensvaders. Als het kind eenmaal aan de wensvaders is afgestaan, zullen zij beslissen welke relatie het kind nog met hun biologische grootouders, tantes en nonkels mag hebben.

De draagmoeder zal waarschijnlijk gedurende de periode van haar zwangerschap haar twijfels met haar omgeving besproken hebben. De omgeving heeft ervoor kunnen zorgen dat die twijfels omgezet konden worden in spijt. Ze hebben de mogelijkheid gehad om de draagmoeder te overtuigen om het kind toch niet af te staan aan het homoseksueel paar. De omgeving van de draagmoeder zal ervoor kiezen om hun dochters beslissing volledig te steunen. Dit betekent dat ze samen met hun dochter de juridische strijd zullen aangaan.

Gedrag¹⁷⁹

114. Hoe maken ze ruzie? Hoe escaleert de ruzie?

Het gedrag van beide partijen zal verschillend zijn. Het homoseksueel paar zal de draagmoeder verwijten dat ze een emotioneel spelletje heeft gespeeld. Ze zullen haar confronteren waarom ze dat gedurende die negen maanden niet voldoende gecommuniceerd heeft met hen. Ze zullen vooral trachten mekaar van alles te verwijten.

Hoe een ruzie escaleert, hangt van persoon tot persoon af. De draagmoeder zal dreigen om naar de rechtbank te stappen omdat ze beseft dat ze over een sterker juridisch positie beschikt dan de wensvaders.

115. Door het MEKOG-model krijgen de bemiddelaars een zicht op het conflict. Deze vijf dimensies bieden de bemiddelaars een voordeel, omdat ze hierdoor de betrokkenen gaan proberen te beïnvloeden. Elke dimensie toont aan wat voor elk partij gevoelig ligt en van welke standpunten ze absoluut niet willen afstappen.

Indien de bemiddelaars één of twee dimensies zouden kunnen verbeteren, zou dit ook een impact hebben op de overige dimensies. Naar mijn mening kan er enorm veel vooruitgang geboekt worden bij de dimensie emoties. Beide partijen moeten begrip tonen voor elkaars gevoelens. Om die reden zouden ze de negatieve emoties kunnen onderdrukken. Daarnaast is ook hun kennis verschillend van elkaar. Zowel de draagmoeder als de wensvaders kunnen bepaalde opmerkingen anders interpreteren. De bemiddelaar moet ervoor zorgen dat de standpunten van de partijen correct worden geformuleerd zodat elke mogelijke vorm van conflict uitgesloten kan worden. De juiste communicatie kan leiden tot een goede oplossing, hier zal de bemiddelaar een zeer belangrijke rol spelen.

¹⁷⁹ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 14 en H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 33.

De bemiddelaar kan er ook voor kiezen om met de belangrijkste familieleden van de partijen aan de tafel te zitten. Om tot een goede oplossing te komen, moet ook de omgeving van de partijen betrokken worden aangezien deze een belangrijke rol spelen in het leven van de partijen. Vooral de ouders van de draagmoeder en wensvaders zullen een ondersteunende rol spelen bij de bemiddelingsprocedure.

Afdeling 5. Escalatie van het conflict

116. Om te onderzoeken hoe het conflict tussen de draagmoeder en wensvaders kan escaleren, wordt het model van Glasl¹⁸⁰ toegepast. Om tot een gezamenlijke oplossing te komen, moeten de partijen ervoor zorgen dat ze niet in fase drie van de escalatieladder terechtkomen. De drie escalatiefases zullen kort toegelicht worden.

117. In fase één¹⁸¹ zijn beide partijen zich bewust van de onderlinge spanningen, maar ze zijn allebei bereid om tot een oplossing te komen. Zowel de draagmoeder als de wensvaders zullen overtuigd zijn van hun gelijk, desalniettemin zijn ze overtuigd dat ze tot een oplossing kunnen komen die voordelig is voor iedereen. Het belang van het kind moet centraal staan om tot de beëindiging van het conflict te komen. Dit is de ideale fase voor de partijen om tot een gunstige oplossing te komen voor het conflict. Het is een win-winsituatie¹⁸² waar iedereen de mogelijkheid heeft om een einde te maken aan het langdurige conflict. In deze fase kan de bemiddelaar ervoor zorgen dat de partijen coöperatief het conflict oplossen.

118. In fase twee¹⁸³ zullen partijen mekaar proberen uit te schakelen, ze zullen trachten elkaar persoonlijk te raken. De partijen zullen in een negatieve cyclus terecht komen vermits ze elkaar negatief afschilderen.

Het conflict tussen de partijen zal groter worden vanwege de dreigementen van de partijen onderling. De wensvaders zouden bijvoorbeeld de draagmoeder kunnen verwijten dat ze een emotioneel spel heeft gespeeld waarbij heel wat gevoelens gekwetst werden. De bemiddelaar zal hier een cruciale rol spelen om de gesprekken tussen de partijen terug op gang te brengen. De bemiddelaar moet de situatie neutraliseren zodat de partijen uit de vastzittende situatie kunnen geraken. Het is een win-verliesrelatie.¹⁸⁴

119. In fase drie¹⁸⁵ zitten de partijen in een situatie waar ze mekaar als een pure vijand beschouwen. Het is een hard conflict waar elke vorm van communicatie is uitgesloten.

¹⁸⁰ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 34.

¹⁸¹ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 20.

¹⁸² H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 34.

¹⁸³ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 21.

¹⁸⁴ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 34.

¹⁸⁵ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 21.

Hun doelstelling is ervoor zorgen dat de andere schade heeft geleden. Alle beschikbare middelen zullen door de partijen worden ingezet om tot de vernietiging van de andere te komen. Het komen tot een oplossing voor de partijen, is uitgesloten. De belangrijkste drijfveer is de beschadiging van de ander. De partijen zullen er samen niet meer uitgeraken. De afgrond van beide partijen is onvermijdelijk. De bemiddelaar zal hier geen meerwaarde kunnen bieden. Er is een interventie van een autoriteitsinstantie nodig om het conflict te beëindigen. Het is een verlies-verliesrelatie.¹⁸⁶

Hoofdstuk 2. Interview met erkende bemiddelaars

120. Om te weten te kunnen komen hoe het conflict in de praktijk door erkende bemiddelaars behandeld zou worden, werd er contact opgenomen met Nele de Keyser en Miriam Beck. Beide bemiddelaars zijn gespecialiseerd in familiezaken en daarom de perfecte kandidates om de vraag te beantwoorden of een conflict bij draagmoederschap al dan niet bemiddeld kon worden.

Ik heb hen acht typische vragen gesteld die betrekking konden hebben op een bemiddelingsconflict.

121. Vraag één: *"Hebben ze al zelf bemiddeld in zaken van draagmoederschap? Of kennen ze bemiddelaars die gespecialiseerd zijn in dit type conflict?"*

Nele de Keyser: Persoonlijk ben ik nooit met conflicten bij draagmoederschap in contact gekomen. Maar mijn zus is zelf een lesbienne, hierdoor voelde ik me enorm aangesproken om jou te helpen bij het onderzoeken voor de mogelijkheden van de wensvaders.

Miriam Beck: Het is voor mij onbekend terrein. Ik denk dat er niet veel bemiddelaars reeds te maken gekregen hebben met zulke conflicten. Het is best mogelijk dat dit binnen nu en vijf jaar wel enorm zal kunnen toenemen. Alles hangt af van het wettelijk kader dat er hopelijk snel zal komen. Het ontbreken van een wettelijk kader komt niemand ten goede en zeker niet diegenen die in onzekerheid leven, zoals een homokoppel.

122. Vraag twee: *"Wat zien zij als de belangrijkste uitdagingen en valkuilen bij dit soort bemiddeling?"*

Nele de Keyser: De uitdaging zal er in liggen te weten te komen waar precies de verandering in gedachte ligt bij de draagmoeder. Juridisch wordt ze als de moeder van het kind beschouwd, maar wat zou haar reden zijn dat ze plots het kind niet meer zou willen afstaan aan de wensvaders? De bemiddelaar dient op voorhand alles grondig te onderzoeken, zoals het bekijken wat er schriftelijk is overeengekomen op het moment dat ze akkoord gingen met de draagmoedersprocedure. De bemiddelaar moet ervoor zorgen dat de partijen naar elkaar luisteren.

¹⁸⁶ H.J. BONENKAMP, A.F.M. BRENNINKMEIJER, J. VAN BRUGGEN en P. WALTERS, *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 34.

Alsook moet de bemiddelaar de partijen informeren over de mogelijkheden, zoals het overeenkomen van een verblijfsregeling.

Het zal voor de bemiddelaar niet eenvoudig zijn om geconfronteerd te worden met zoveel emoties van beide partijen. Toch is het van cruciaal belang dat de bemiddelaar de deontologische verplichtingen blijft respecteren. Indien de neutraliteit geschonden zou worden, zal de bemiddelaar genoodzaakt zijn om afstand te nemen van de zaak.

Miriam Beck: Het ontbreken van een juridisch kader zorgt ervoor dat de bemiddelaar voor een grote uitdaging staat. Het is zeer moeilijk voor de bemiddelaar te bepalen waar nu precies zijn grenzen liggen in het bemiddelen. Maar de valkuilen voor een bemiddelaar bij een conflict bij draagmoederschap, zijn dezelfde als bij een conflict bij echtscheiding. De bemiddelaar moet ervoor zorgen dat hij/zij zich niet laat meeslepen door de emoties van de partijen. De neutraliteit van de bemiddelaar staat centraal. Daarbovenop is dit ook een type van bemiddeling waar een kind bij betrokken is. Dit betekent dat het belang van het kind de absolute prioriteit moet zijn van de bemiddelaar. Het kind beschikt niet over de mogelijkheid om zichzelf te verdedigen.

123. Vraag drie: *"Wat is het gevolg van het gebrek aan een juridisch kader op de mogelijkheden tot bemiddeling? Werkt dit belemmerend of is dit juist een voordeel voor de bemiddelingsprocedure?"*

Nele de Keyser: Het kan zowel positief als negatief beschouwd worden. Langs de ene kant geeft het de bemiddelaar *carte blanche*, maar langs de andere kant zal het voor de bemiddelaar moeilijk worden om te weten te komen waar de grenzen van bemiddeling nu precies liggen.

De bemiddelaar krijgt de mogelijkheid om zijn creativiteit te laten spelen. Hij/zij kan bijvoorbeeld informatie halen uit de adoptieprocedure, hoe het bij een adoptie allemaal wettelijk geregeld wordt. Het is ook van groot belang dat de creatieve ideeën van de bemiddelaar allemaal in het voordeel zijn van het kind. De ruimte die de bemiddelaar krijgt tot bemiddeling, zorgt ervoor dat het conflict perfect bemiddeld kan worden.

Miriam Beck: Persoonlijk zou ik dit veel moeilijker vinden, aangezien ik niet zou weten wie bevoegd zou zijn om erover te beslissen. Voor ik in een bemiddelingsprocedure stap, bekijk ik grondig wie bevoegd zou zijn moest de bemiddeling geen succes zijn voor de partijen. De uitdaging van de bemiddelaar bestaat erin dat hij/zij zonder enige wettekst op zoek moet gaan naar een oplossing. Bemiddeling creëert de mogelijkheid om afstand te nemen van een wet, maar de randvoorwaarden blijven intact. Voor iedere bemiddelaar kan dit verschillen, aangezien elke bemiddelaar zijn eigen manier van bemiddeling toepast.

124. Vraag vier: *"Moeten partijen speciaal voorbereid worden op zo een bemiddeling omdat het over een emotionele kwestie gaat?"*

Nele de Keyser: Het is niet anders dan bij een echtscheiding. Partijen zullen nooit 100% voorbereid zijn op een bemiddelingsprocedure.

Het kan hard te verduren zijn wanneer er emotionele kwesties naar boven komen. Het is aan de partijen om goed naar elkaar te luisteren. Indien beide partijen eerlijk hun gevoelens uiten, zal er empathie en sympathie voor elkaar ontstaan. Bemiddeling is een procedure die gestart wordt uit goede wil van de partijen, waardoor luisteren naar elkaars gevoelens een mogelijkheid creëert om te komen tot resultaten.

Miriam Beck: Partijen hoeven niet speciaal voorbereid te worden bij een bemiddelingsprocedure. Enkel de bemiddelaar dient vooraleer de bemiddelingsprocedure van start gaat te weten welke partijen handelingsbekwaam zijn en welke niet. Bijvoorbeeld het kind (<18 jaar) is handelingsonbekwaam¹⁸⁷ waardoor het niet onafhankelijk zijn eigen rechten kan uitoefenen.

125. Vraag vijf: *"Zouden er problemen kunnen zijn met de eventuele homologatie van akkoorden uit zulke bemiddelingen?"*

Nele de Keyser: Het probleem bij draagmoederschap is dat er in België geen wettelijke regeling is. Dit betekent dat, ook al gaat de draagmoeder akkoord met het afstaan van het kind aan de wensvaders, de draagmoeder hier niet juridisch door gebonden is (draagmoederschapsovereenkomst). Een bemiddelingsakkoord daarentegen kan ervoor zorgen dat er wel een juridisch gebonden oplossing tot stand komt indien dit niet in strijd is met de openbare orde.

Miriam Beck: Ik ben van mening dat dit een juridische vraag is, maar naar mijn weten is een draagmoederschapsovereenkomst niet juridisch afdwingbaar. Het belangrijkste is dat het akkoord bij de bemiddeling gehomologeerd kan worden.

126. Vraag 6: *"Dienen bemiddelaars die dit soort zaken aanpakken speciaal gevormd te zijn? Dienen zij psychologische vorming te hebben genoten?"*

Nele de Keyser: Voor het bemiddelingsgedeelte is dit niet noodzakelijk. De bemiddelaar moet voldoende ruimte krijgen om het conflict grondig te kunnen bemiddelen. Indien de bemiddelaar opmerkt dat hij/zij de partijen emotioneel niet kan bereiken, dient er een psycholoog inschakelt te worden voor bijkomende hulp.

De partijen kunnen zelf kiezen of ze al dan niet externe hulp willen inschakelen. Bij een conflict zoals dat kan ontstaan bij draagmoederschap, is het altijd aan te raden om externe hulp te vragen voor extra emotionele ondersteuning. Het conflict ligt gevoelig bij beide partijen, waardoor bijvoorbeeld een familietherapeut ervoor kan zorgen dat deze gevoelens omgezet worden in oplossingen.

¹⁸⁷ Art. 388 BW.

Om terug te komen op de vraag of een bemiddelaar al dan niet speciaal gevormd dient te zijn, ben ik eerder van mening dat een bemiddelaar altijd bijscholing nodig heeft. Als bemiddelaar moet je altijd kunnen bijleren en je grenzen verleggen. Elke opleiding die kan bijdragen tot een betere werking van een bemiddelingsprocedure, is noodzakelijk.

Miriam Beck: Dit is heel belangrijk voor een bemiddelaar die start aan een bemiddeling waar hij/zij heel weinig kennis van heeft. Ten eerste moet de bemiddelingsmethodiek correct worden toegepast. Daarnaast is het heel belangrijk voor de bemiddelaar om voldoende onderzoek naar het geschil uit te voeren. Met hoe meer kennis je als bemiddelaar het conflict ingaat, hoe gemakkelijker het wordt voor de bemiddelaar om het conflict te bemiddelen.

De bemiddelaar zou contact kunnen opnemen met draagmoeders die hun kind reeds hebben afgestaan aan wensouders. Zo kan je te weten komen welke emoties naar boven kunnen komen bij een draagmoeder. Dit zou ook kunnen voor de wensouders.

127. Vraag 7: *"Zou co-bemiddeling tussen een jurist en een psycholoog hier aangewezen kunnen zijn?"*

Nele de Keyser: Partijen moeten de bemiddelaar kunnen vertrouwen en ze moeten het gevoel krijgen dat ze hem/haar alles kan vertellen. Indien er een psycholoog langs de bemiddelaar zou zitten, zullen de partijen niet het gevoel krijgen dat ze hun emoties gemakkelijk kunnen uiten.

Informatiewisseling kan eventueel wel een voordeel bieden voor de bemiddelaar. Ik weet uit ervaring dat mannen hun gevoelens niet snel zullen uiten bij de aanwezigheid van een therapeut. Ik ben dus eerder van mening dat dit niet zo een goed idee is.

Miriam Beck: Het kan een meerwaarde zijn als de partijen dit een voordeel vinden. Vooral bij een emotioneel conflict zoals draagmoederschap kan de ondersteuning van een psycholoog enorm behulpzaam zijn. Bij de bemiddelingsprocedure hoeft de psycholoog niet aanwezig te zijn, maar na de sessie moeten ze de mogelijkheid krijgen om bij de psycholoog terecht te kunnen.

128. Vraag 8: *"De belangrijkste vraag die ik U zou willen stellen is natuurlijk of het draagmoederschapsc conflict tussen de draagmoeder en wensvaders bemiddeld kan worden?"*

Nele de Keyser: Bemiddeling wordt te dogmatisch voorgesteld. Soms kan een bemiddelaar wonderen verrichten en soms ook niet. Maar de partijen moeten zich de vraag stellen wat ze met een bemiddelingsprocedure te verliezen hebben. Ze moeten beseffen dat het belang van het kind centraal staat in het conflict. Als dit door middel van bemiddeling opgelost kan worden, hebben de partijen weer een dure rechtszaak uitgespaard.

Elk conflict is bemiddelbaar. Het hangt van de partijen af in hoeverre ze hiervoor openstaan. De partijen kunnen de bemiddelaar vertrouwen en er samen uitkomen. De moeilijkheid bij het draagmoederschapsconflict is dat er geen wet is, maar dat is geen reden om te zeggen dat het niet bemiddelbaar is.

Miriam Beck: Bij elk conflict dient er naar mijn mening eerst bemiddeld te worden. Het is altijd een voordeel als je een andere methode uitprobeert dan een rechtszaak te starten. De partijen kunnen het conflict absoluut bemiddelen, maar ze moeten bereid zijn om samen tot een oplossing te komen.

Hoofdstuk 3. Draagmoederschapsconflict bemiddelbaar?

129. Deze meesterproef heeft het volledige probleem rond draagmoederschap besproken. Het is duidelijk voor welke uitdagingen andere toekomstige wensvaders te wachten staan. In dit hoofdstuk wordt er kort besproken of het familiaal draagmoederschapsconflict volgens de algemene vuistregels van bemiddeling bemiddeld kan worden.¹⁸⁸

130. Als eerste dient de bemiddelaar de aangeleerde vaardigheden en technieken van bemiddeling correct toe te passen.¹⁸⁹ De bemiddelaar moet zijn aandacht evenredig verdelen over de twee partijen. Indien de bemiddelaar actief naar de partijen luistert en correcte vragen stelt, dan creëert de bemiddelaar vertrouwen voor de partijen.

Zij zullen zich sneller openstellen, waardoor de communicatie tussen de partijen goed kan verlopen. Zowel de draagmoeder als de wensvaders moeten al hun emoties op tafel kunnen gooien.

131. Ten tweede is het van groot belang dat beide partijen elkaars gevoelens respecteren.¹⁹⁰ Ze moeten de wil hebben om een gunstige toekomst voor het kind uit te werken, waar ook de relatie tussen partijen een cruciale rol zal spelen. De draagmoeder zal moeten erkennen dat haar plotse beslissing om het kind niet meer af te staan, de wensvaders in zeer kwetsbare posities brengt. Maandenlang hebben ze hun leven in orde gesteld met de bedoeling een nieuw gezinslid in de familie op te nemen. Wanneer dit niet volgens plan verloopt, kan dit heel wat gevoelens naar boven brengen. Dit dient de draagmoeder te aanvaarden.

Hetzelfde geldt voor de wensvaders. Zij kunnen niet begrijpen welke band er ontstaat tussen het kind en de draagmoeder.

¹⁸⁸ N. BAUGNIET, *La médiation familiale: mode de règlement des conflits familiaux*, Brussel, De Boeck, 2008, 43-57.

¹⁸⁹ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 81.

¹⁹⁰ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 81.

Het erkennen dat het niet eenvoudig is om het kind af te staan, zal ervoor zorgen dat de draagmoeder het gevoel krijgt dat de wensvaders begrip tonen voor de moeilijke situatie waarin zij zich bevindt.

132. Ten derde moeten de partijen het conflict niet persoonlijk nemen. Ze moeten trachten tot een oplossing te komen voor het kind.¹⁹¹ De bemiddelaar moet ervoor zorgen dat het probleem gericht wordt op het bekomen van een gunstige regeling waar alle partijen gelukkig mee zijn.

133. Ten vierde moet de bemiddelaar ervoor zorgen dat de partijen afstappen van hun eigen standpunten.¹⁹² Als ze zich enkel op hun eigen standpunt gaan concentreren, zal bemiddeling echter geen oplossing kunnen bieden. De bemiddelaar moet op zoek gaan naar gemeenschappelijke belangen van de partijen. Bij het draagmoederschapconflict ligt het gemeenschappelijk belang van de partijen in het welzijn van het kind. Dit moet de eerste prioriteit zijn van de partijen, waardoor ze elk dienen af te stappen van hun eigen standpunt.

134. Ten vijfde moet de bemiddelaar op zoek gaan naar oplossingen voor de partijen.¹⁹³ De partijen zijn het erover eens dat het belang van het kind centraal staat in het komen tot een gunstige oplossing. De bemiddelaar moet nu zijn bemiddelingscapaciteiten in werking stellen.

Een voorlopige verblijfsregeling waarin zowel de draagmoeder als de wensvaders nog deel kunnen uitmaken van het kinds leven, lijkt op eerste gezicht de beste oplossing. Wat het financiële betreft, heeft de draagmoeder naar mijn mening geen enkel recht op alimentatie. De wensvaders kunnen juridisch gezien niet de kosten van de zwangerschap terugvorderen vanwege de ongeldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst. De draagmoeder moet daarom vanaf het moment dat ze beslist om het kind te behouden, ook zelf financieel instaan voor de kosten die gemaakt worden gedurende de opvoeding van het kind. Slechts gemeenschappelijke kosten die in het belang zijn van het kind zoals onderwijs, medische onderzoeken,... moeten evenredig verdeeld worden onder de twee partijen.

135. Ten zesde wordt het de bemiddelaar aangeraden om ook de familieleden van beide partijen te betrekken bij de bemiddelingsprocedure.¹⁹⁴ In hoofdstuk 1 afdeling 4 is reeds uiteengezet welke invloed de omgeving van de partijen op het conflict kan hebben. De omgeving van de partijen kan ervoor zorgen dat zowel de draagmoeder als de wensvaders gestimuleerd worden om tot een gunstige regeling te komen in het belang van het kind.

136. Ten zevende moet de bemiddelaar het overzicht over het conflict bewaren. De bemiddelaar moet goed met de emoties van beide partijen kunnen omgaan.¹⁹⁵ Bij het draagmoederschapconflict zullen er heel wat emoties naar boven komen. De bemiddelaar moet beiden het gevoel geven dat ze evenveel aandacht krijgen gedurende de bemiddelingsprocedure.

¹⁹¹ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 81.

¹⁹² E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 81.

¹⁹³ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 81.

¹⁹⁴ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 81.

¹⁹⁵ E. LANCKSWERDT, *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 82.

137. Ten slotte moet de bemiddelaar zijn/haar gezond verstand gebruiken. Hij/zij moet dit complex conflict niet anders beschouwen dan bijvoorbeeld een echtscheidingsprocedure waar twee kinderen bij betrokken zijn. De bemiddelaar dient dezelfde vaardigheden en technieken toe te passen als bij een ander conflict, maar moet anders inspelen op de emoties. De gevoelens die aanwezig kunnen zijn bij het afstaan van een kind, kunnen verschillen van die bij een echtscheidingsprocedure. Het is aan de bemiddelaar om een andere methode toe te passen, maar waar ook het belang van het kind centraal moet worden geplaatst.

138. **Samenvattende conclusie:** Hierboven werd uiteengezet of het conflict al dan niet bemiddeld kan worden. Hieruit blijkt dat het draagmoederschapsconflict bemiddeld kan worden als elk ander conflict. De bereidheid van de partijen om tot een bemiddelingsakkoord te komen, zal een doorslaggevende rol spelen.

De bemiddelaar zijn belangrijkste taak zal zijn de partijen erop te wijzen dat het bekomen van een oplossing in het belang van het kind is. De erkende bemiddelaars **Nele de Keyser** en **Miriam Beck** deelden dezelfde mening.

Hoofdstuk 4. Nood aan een nieuw bemiddelingskader voor draagmoederschap?

139. Op dit moment is er nog steeds geen wettelijk kader voor het draagmoederschap, waardoor we terugvallen op de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek. In dit hoofdstuk moet er onderzocht worden of er een wet tot stand zou komen voor het draagmoederschap, of er een apart hoofdstuk opgesteld moet worden voor bemiddeling.

Bemiddeling wordt reeds uitvoerig besproken in het zevende deel van het Gerechtelijk Wetboek.¹⁹⁶ Maar is dit voldoende om toekomstige problemen met betrekking tot het draagmoederschap op te vangen? Dankzij de nieuwe wet van 30 juli 2013 waarin de familierechtbank¹⁹⁷ werd opgericht, is de gerechtelijke reorganisatie een feit. Het doel van deze wet, is om het bestaande juridische systeem voor de aanpak van familiale conflicten te vereenvoudigen. Dankzij de oprichting van de familierechtbank kunnen alle familiale geschillen door dezelfde rechtbank beslecht worden.

140. In het zevende deel van het Gerechtelijk Wetboek worden eerst uitvoerig de algemene regels van bemiddeling uitgelegd.¹⁹⁸ Vervolgens worden de verplichtingen van de erkende bemiddelaars besproken. In het licht van het draagmoederschapsconflict is hoofdstuk twee van het zevende deel van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing. Hierin wordt gesteld dat elke partij aan de andere partij mag voorstellen om een beroep te doen op de bemiddelingsprocedure.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Gerechtelijk Wetboek van 10 oktober 1967, BS 31 oktober 1967, 11360.

¹⁹⁷ Wet betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, BS 30 juli 2013, 68429.

¹⁹⁸ P. DAUW, *Burgerlijk procesrecht: Basis met schema's*, Antwerpen- Cambridge, Intersentia, 2014, 521-530.

¹⁹⁹ Art. 1730 Ger. W.

Indien de wensvaders en de draagmoeder tot een akkoord zijn kunnen komen, wordt dit ondertekend door de partijen.²⁰⁰ Vervolgens wordt de homologatie van het akkoord door één van de partijen in gang gezet bij de rechter.²⁰¹ Maar hierbij kunnen de partijen moeilijkheden ondervinden om die reden dat de rechter de homologatie van het akkoord kan weigeren indien het in strijd is met de openbare orde of indien het akkoord dat werd bereikt na een bemiddeling in familiezaken strijdig is met de belangen van het minderjarig kind.

Alles hangt af van wat de twee partijen zijn overeengekomen. Indien er louter een verblijfsregeling is overeengekomen, zullen er geen problemen ontstaan voor de homologatie van het bemiddelingsakkoord. Stel bijvoorbeeld dat de wensvaders met de draagmoeder overeen zijn gekomen dat er een extra financiële vergoeding wordt uitgekeerd indien ze het kind afstaat, dan zal dit in strijd zijn met de openbare orde.

141. Naar mijn mening biedt het Gerechtelijk Wetboek voldoende ondersteuning voor het bekomen van een bemiddelingsakkoord. Maar door de hervorming van het gerechtelijk landschap, wordt er opgemerkt dat vele rechtbanken te beperkt zijn in omvang. De nieuwe wet betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank zorgt ervoor dat het woord jeugdrechtbank vervangen wordt door familie- en jeugdrechtbank. De familie- en jeugdrechtbank bestaat uit de familiekamer(s) en de kamer(s) voor minnelijke schikking die de familierechtbank vormen en uit de jeugdkamer(s) die de jeugdrechtbank vormen.²⁰²

Dit betekent dat de wetgever sinds de toepassing van de nieuwe wet alternatieven van conflictoplossing aan het promoten is. Elke kamer voor minnelijke schikking in de familie- en jeugdrechtbank bestaat uit een alleenrechtsprekend rechter die de door het Instituut voor gerechtelijke opleiding verstrekte gespecialiseerde opleiding heeft gevolgd.²⁰³ Het nieuw artikel 731 van het Gerechtelijk Wetboek luidt als volgt: *"In familiezaken kunnen de zaken ook met het oog op een verzoening worden voorgelegd aan de kamer voor minnelijke schikking van de familierechtbank, dan wel aan de familiekamers van het hof van beroep."*

Bovendien is de familierechtbank nu verplicht om de partijen tijdens de inleidende zitting in te lichten over de mogelijkheid hun geschil te beslechten via verzoening, bemiddeling of elke andere vorm van minnelijke schikking.²⁰⁴

142. De nieuwe wet versterkt enkel het principe dat elk familiaal geschil eerst via bemiddeling dient opgelost te worden. Indien er een wettelijk kader voor draagmoederschap tot stand zou komen, zou het aangeraden zijn om ook hier uitdrukkelijk de mogelijkheid tot alternatieve geschillenbeslechting toe te lichten aan de partijen.

²⁰⁰ Art. 1731 Ger. W.

²⁰¹ Art. 1025 en 1034 Ger. W.

²⁰² Art. 102 Wet Familierechtbank.

²⁰³ K. DEVOLDER, *De bevoegdheidsverdeling in familiezaken: voor en na de familierechtbank*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 220-232.

²⁰⁴ Art. 731, vierde lid Ger.W., zoals gewijzigd door art. 151 Wet Familierechtbank.

Conclusie

143. In deze meesterproef wordt duidelijk gemaakt waar de problemen bij draagmoederschap liggen. Eerst word het Belgische rechtsstelsel onder de loep genomen. Hierin blijkt dat het ontbreken van een wettelijk kader ervoor zorgt dat de definiëring van draagmoederschap een problematiek wordt van de rechtsleer en wetsvoorstellen. Nochtans kan draagmoeder omschreven worden als een vrouw die aanvaardt een kind te baren en bovendien aanvaardt het kind bij de geboorte af te staan aan de wensouders. Het is een voortplantingstechniek die voor wensouders gecreëerd werd indien ze niet over de mogelijkheid beschikken om een kind te baren. Homoseksuele koppels vallen onder het toepassingsgebied van de definitie van draagmoederschap.

144. Het ontbreken van een wettelijk kader zorgt al snel voor heel wat misbruiken in de praktijk. Wensvaders die een beroep willen doen op een draagmoeder zijn niet op de hoogte over wat wel of niet toegelaten is. Het probleem in België is dat de moederschapsregel van toepassing is, dit wil zeggen dat het kind als moeder de persoon heeft die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld. Het gevolg hiervan is dat vele wensvaders naar het buitenland vertrekken waardoor de wetsartikelen 57 en 312 van het Burgerlijk Wetboek omzeild worden. Dit wordt ook wel een anonieme bevalling genoemd. Nochtans zijn anonieme bevallingen strikt verboden in België, de afstammingsregels van het Burgerlijk Wetboek zijn van openbare orde.

145. Voor het homoseksueel paar kan er slechts een beroep worden gedaan op het laagtechnologisch draagmoederschap. Dit betekent dat de draagmoeder nog steeds de biologische moeder is van het kind. Dit maakt het niet eenvoudiger voor het homoseksueel paar met een grote kinderwens. Om elk mogelijk conflict tussen de partijen te vermijden zou er bij draagmoederschap een draagmoederschapsovereenkomst afgesloten moeten worden. Thans wordt de geldigheid van een draagmoederschapsovereenkomst betwist. De geldigheidsvoorwaarden van een overeenkomst worden in artikel 1108 van het Burgerlijk Wetboek opgesomd. Het voorwerp en de oorzaak vormen de obstakels voor de geldigheid van de overeenkomst. Het onvervreembare recht van de draagmoeder om haar moederschap t.a.v. het kind te laten wijzigen levert dus problemen op en leidt tot een ongeoorloofd voorwerp. Daarnaast raakt het wijzigen van de afstammingsregels de staat van een persoon en dit is van openbare orde. Het afstaan van haar recht op moederschap leidt tot een ongeoorloofde oorzaak van de overeenkomst. De draagmoederschapsovereenkomst wordt als absoluut nietig beschouwd waardoor het onafdwingbaar wordt voor de rechter.

146. Vervolgens werd de internationale context van draagmoederschap bestudeerd. Nederland, net zoals andere buurlanden, neemt daarentegen strenge maatregelen wat het commercieel draagmoederschap betreft. Nederland heeft twee strafbepalingen in haar Wetboek van Strafrecht opgenomen om elke vorm van commerciële draagmoederschap tegen te gaan.

Frankrijk neemt een nog strengere positie in door in hun Code Civil elke vorm van draagmoederschap uit te sluiten. Noch Nederland, noch Frankrijk bieden voor homoseksuele koppels een oplossing.

147. Tot slot werd ingegaan op de vraag of bemiddeling een oplossing kan bieden voor het conflict tussen de partijen inzake de geldigheid van draagmoederschapsovereenkomst. Bij het conflict tussen de draagmoeder en de wensvaders komen heel wat emotionele aspecten aan bod. Hierdoor kan elk persoon verschillend reageren op verschillende bemiddelingstechnieken. Door de toepassing van het MEKOG-model op het draagmoedersconflict wordt er een duidelijk beeld geschetst waar de gevoelige snaren liggen in het conflict. De emoties van de beide partijen spelen hier een belangrijke rol; ze zijn beide gekwetst en gefrustreerd door de situatie. Voor de bemiddelaar bestaat de uitdaging erin ervoor te zorgen dat de partijen naar elkaars gevoelens luisteren om zo begrip te kunnen tonen voor elkaars standpunt. Het probleem bij het draagmoedersconflict is dat wanneer bijvoorbeeld de draagmoeder bereid is om al haar ouderlijke verplichtingen af te staan aan de wensvaders, dit niet gehomologeerd kan worden door de rechter. De moederschapsregel is namelijk van openbare orde en er kan niet van afgeweken worden, tenzij ze het kind afstaat voor adoptie. De overeenkomst zou dus in strijd zijn met de openbare orde en vervolgens geen gevolgen hebben volgens artikel 1733 van het Gerechtelijk Wetboek. Indien de partijen wel een akkoord bereiken over een co- ouderschap vormt dit geen enkel probleem.

148. De Belgische wetgever wil ervoor zorgen dat partijen in de toekomst, ongeacht het conflict, eerst proberen te bemiddelen en pas indien elk resultaat uitblijft kiezen voor de juridische weg. De nieuwe familie- en jeugdrechtbank stimuleert het bemiddelingskanaal door een kamer voor minnelijke schikking op te richten.

Bemiddeling is mijns inziens de oplossing voor elk geschil, op voorwaarde dat partijen bereid zijn om samen uit het geschil te komen, de belangen van het kind in acht genomen.

BIBLIOGRAFIE

WETGEVING

- **Europees**

Europees Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

- **Nationaal**

Gecoördineerde grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994.

Wet van 21 maart 1804 Burgerlijk Wetboek, *BS* 3 september 1807.

Wet van 10 oktober 1967 Gerechtelijk Wetboek, *BS* 31 oktober 1967.

Wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtollige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007, laatst gewijzigd bij wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, *BS* 30 december 2008.

Wet betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtbank, *BS* 30 juli 2013, 68429.

Wetsvoorstel (C. DEFRAIGNE) betreffende de draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2003- 2004, nr. 3-417/1.

Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *Parl. St.* Senaat 2003-2004, nr. 3-781.

Wetsvoorstel (P. VANKRUNKELSVEN) tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2004-2005, nr. 3-1230/1.

Wetsvoorstel (M. VANLERBERGHE en J. DE ROECK) betreffende draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2004-2005, nr. 3-1271/1.

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

Wetsvoorstel (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.* Senaat 2005-2006, nr. 3-1399/1.

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

Wetsvoorstel (P. MONFILS) houdende verbod op de kinderhandel, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-122/1.

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

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

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

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

Wetsvoorstel (S. DE BETHUNE c.s.) tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Senaat 2008-2009, nr. 4- 1428/1.

Verslag (C. NYSENS) namens de werkgroep bio-ethiek, *Parl.St.* Senaat 2004-2005, nr. 3-417/2.

Adv. RvS van 14 februari 2006 bij het wetsvoorstel betreffende draagmoeders (39.474), bij het wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap (39.475/AV), bij het wetsvoorstel betreffende draagmoeders (39.476/AV), bij het wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap (39.477/AV), bij het wetsvoorstel tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat (39.478/AV), bij het wetsvoorstel betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van overtollige embryo's en gameten (39.525/AV), *Parl.St.* Senaat 2005-2006, nr. 3-417/3

Raadgevend Comité voor Bio- ethiek, Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), 5juli 2004, nr. 30 en vrij te consulteren op www.health.fgov.be.

Raadgevend Comité voor Bio- ethiek, Advies betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen, 10 december 2007, nr. 43, 47p.

- **Nederland**

Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken).

Wet van 16 september 1993, Stb. 486.

Artikel 151b van het Wetboek van Strafrecht, http://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/TweedeBoek/TitelIV/Artikel151b/geldigheidsdatum_15-05-2010.

Artikel 151c van het Wetboek van Strafrecht, http://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/TweedeBoek/TitelIV/Artikel151c/geldigheidsdatum_15-05-2010.

Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2.

Kamerstukken II 1991/92, 21 968, nr. 7.

Kamerstukken II 1990/91, 21 968 nr. 3.

Voorstel van de wet van het lid Van der Steur tot wijziging van Boek 3 en boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht) – advies van de afdeling advisering van de Raad van State, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2013-2014, nr. 4.

Voorstel van de wet van het lid Van der Steur tot wijziging van Boek 3 en boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering alsmede enkele andere wetten in verband met de bevordering van het gebruik van mediation (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht) – memorie van toelichting zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de afdeling advisering van de Raad van State, Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2013-2014, nr. 6.

- **Frankrijk**

Wet van 21 februari 1810 (Code penal)

- **Rechtsleer**

- **Boeken**

ANDRIES, K., *Het bemiddelingsbeding: geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Brussel, Larcier, 2007, 116 p.

ANDRIES, K. en EUWEMA, M., *Knelpunten onderhandelen en bemiddelen van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 84 p.

BAUGNIET, N., *La médiation familiale: mode de règlement des conflits familiaux*, Brussel, De Boeck, 2008, 95 p.

BEKKERS, S.H.J., *Draagmoederschap: naar een civielrechtelijke regeling, onuitg. Masterscriptie Rechtsgeleerdheid Universiteit van Tilburg*, 2011, 76 p.

BONENKAMP, H.J., BRENNINKMEIJER, A.F.M., VAN BRUGGEN, J. en WALTERS, P., *Alternatieve geschiloplossing: Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2001, 406 p.

BOGAERT, M., CASSIER, L., ROELANDT, M. en STIENNON, J., *De adviezen van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek 2000-2004*, Leuven, Lannoo Campus, 611 p.

BORGHS, P., *Juridische gids over ouderschap voor holebi's en transgenders*, Gent, Cavaria, 2010, 164 p.

CAMUZET, E., *La convention de gestation pour autrui: une illégalité française injustifiée*, onuitg. Masterproef Rechten Universiteit Lille, 2005-2006, http://edocorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/master_recherche/T_I_chargement/memoires/medical/camuzete06.pdf.

DAUW, P., *Burgerlijk procesrecht: Basis met schema's*, Antwerpen- Cambridge, Intersentia, 2014, 530 p.

DEVOLDER, K., *De bevoegdheidsverdeling in familiezaken: voor en na de familierechtbank*, Antwerpen- Cambridge, Intersentia, 2014, 380 p.

EUWEMA, M., BOLLEN, K. en PRINS, S., *Mediation in België en Nederland: een wereld van verschil*, licentiescriptie K.U. Leuven, 2008, www.lirias.kuleuven.be.

HEYINCKX, R. en LAMERS, D., *Bemiddeling*, Mechelen, Kluwer, 2014, 19 p.

JACOBUS, H. en LEENEN, J., *Handboek gezondheidsrecht deel 1*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2007, 386 p.

- KAGEL, S. en KELLY, K., *The anatomy of bemiddeling*, Washington, The Bureau of National Affairs, 1989, 205 p.
- KLAUS K.J. en STEFFEK, F., *Bemiddeling: principles and regulation in comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 1347 p.
- LANCKSWEERDT, E., *Syllabus onderhandelen en bemiddelen*, Universiteit Hasselt, 2014, 126 p.
- LA POUTRÉ, B. en BOELRIJK, M., *Bemiddeling als alternatief*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2001, 109 p.
- MASSAGER, N., *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, xiii+1013 p.
- MATTHIJS, C., WTTERS, A., WARSON, M., WAETERLOOS, V., DUBOIS, M., VAN DE GEHUCHTE, D. en NYSEN, L., *Praktische gids bemiddeling in burgerlijke en handelszaken*, Gent, Story Publisher, 2010, 223 p.
- PERRIN, P. en WIDMER, P., *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits*, Genève, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, 1992, 384 p.
- PLUYM, L., *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 156 p.
- PLUYM, L., *De notariële akte in het kader van draagmoederschap: de lege lata en de lege ferenda*, onuitg. Masterscriptie Notariaat Universiteit Gent, 2010-2011, 76 p.
- POUTRÉ, B. en BOELRIJK, M., *Bemiddeling als alternatief: bemiddeling door hulp- en dienstverleners*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2010, 125 p.
- SENAEVE, P., *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 671 p.
- STIJNS, S. en SMITS, J., *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2005, 449 p.
- TACK, S. en VERSCHULDEN, G., *Medische voortplanting: in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 229 P.
- TILMANS, L., *Draagmoederschap in het licht van persoonlijkheidsrechten*, onuitg. Masterscriptie Rechten K.U. Leuven, 2008-2009, 78 p.
- TROUET, C., *Van lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, xxviii+590 p.
- VAN DER WERF, H.G. en VENHUIZEN, S.M.A.M., *Bemiddeling*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, 116 p.

VAN LEUVEN, N., *Contracten en mensenrechten: een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 581 P.

VAN RANSBEECK, R., *Bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2008, 277 p.

VERSCHELDEN, G., *Afstamming* in *APR*, Mechelen, Story- Scientia, 2004, LIII+762 p.

VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1997, 960 p.

○ **Bijdrages**

ANDRIES, K., "Bemiddelingsbeding", *NJW* 2011, 318-328.

BORGHS, P., "Kinderen in holebi-gezinnen: Maatschappelijke en juridische positie", *TJK* 2004/2, 85-96.

DE BOTH, A. en DE SUTTER, P., "Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland. Is er nood aan een wettelijk kader?", *Tijdschr. voor Geneeskunde* 2010, 795-799.

DECOCK, G., "Praktijk van de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken: een beeld van rechtspraak", *T.J.K.* 2001/3, 115-116.

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, afl. 226, 5.

DEMEYERE, L., "Hoe alternatief is alternatieve geschillenbeslechting?", *RW* 1996/97, 521-530.

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

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

GULDIX, E., "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, (1104) 1106, nr. 11.

HENSEN, W., "Alternatieve geschillenoplossing in de nieuwe familierechtbank: een stap voorwaarts of een gemiste kans?", *Tijdschrift voor procesrecht en bewijsrecht* 2014, 38-58.

JACOBS, H., "Editoriaal. Draagmoederschap", *T.Fam.* 2009/3, 41.

MATHIEU, G. en PIRE, D., "La filiation", in G. LEVAL, J.-F. TAYMANS en M. RENARD-DECLAIRFAYT (ed.), *Rép. not.*, I, 1.XII, Brussel, Larcier, 1999, 63, nr. 29.

MARTENS, I., "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland: De zaak baby D.", *TJK* 2006/1, 5-19.

MASSAGER, N., "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître" in *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 221, nr. 76.

MONTERO, E., "L'adaption consécutive à un contract de mère porteuse" (noot onder Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996), *T.Gez.* 1997-98, (124) 127, nr. 8.

PLUYM, L., "Adoptie na internationaal draagmoederschap", *TJK* 2012/2, 45-51.

SENAEVE, P., "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, (247) 250, nr. 10.

SMERDON, U., *Crossing bodies, crossing borders: International surrogacy between the United States and India*, 2008, 15- 85 en vrij te consulteren op www.childtrafficking.com/Docs/smerdon_08_cross_borders_1009.pdf.

TER HEERDT, J., "Het experiment beproefd, een juridische analyse van medische experimenten met mensen", Antwerpen-Apeldoorn, *Maklu*, 2000, 319-321.

VERSCHELDEN, G., "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *TPR* 2011(4), 1421-1510.

VERSCHELDEN, G., "Editoriaal, nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T.Fam.* 2010/4, 69-70.

VERSCHELDEN, G., "De (on)mogelijkheid tot volle stiefouderadoptie na laagtechnologisch commercieel draagmoederschap", *TBBR* 2012/8, 374-387.

VEYS, A., "Afstamming na medische begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, 402-415.

VLAARDINGERBROEK, P., "Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie", *AA* 2003, 171-178.

X., "Draagmoederschap voor homokoppels", *Juristenkrant* 2011, afl. 233, 14.

- **Rechtspraak**

Cass. 14 januari 1954, *RCJB* 1954, 252.

Cass. (fr.) 13 december 1989, nr. 8815655, *JCP* 1990, II, 21526, noot A. SERIAUX.

Hof van Beroep Gent 10 december 1982, *RW* 1984-85, 2134.

Hof van Beroep Brussel 31 juli 2013.

Rb. Antwerpen 19 december 2008, *Tijdschrift@ipr.be* 2010, afl. 4, 410.

Rb. Gent 24 december 2009, *A.R.*

Rb. Huy 22 maart 2010.

Jeugdrb. Oudenaarde 29 juni 2005, noot. nr. JE 42 99 130/05, *onuitg.*

Jeugdrb. Gent 5 september 2005, *RW* 2005-06, 432.

- **Studiedag**

Studiedag 30 januari 2015, Draagmoederschap: is er een wettelijke regeling nodig?, georganiseerd door de fractie Groen- Ecolo.

- **Onlinebronnen**

www.bemiddelingvzw.be/particulier/soorten-bemiddeling/81-familiale-bemiddeling-.html

www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0343+0+DOC+XML+V0//NL#title2

www.justitie.belgium.be/nl/themas_en_dossiers/bemiddeling/

www.jeugdrecht.be/?action=artikel_detail&artikel=296

www.opm.gov/policy-data-oversight/employee-relations/employee-rights-appeals/alternative-dispute-resolution/handbook.pdf

www.cepani.be/en/cepani-vzw/about-us

www.zwangervooreenander.nl

www.cedires.be

www.fbc-cfm.be/nl/inhoud/begrip

www.bemiddeling-justitie.be

www.bemiddelingfamiliezaken.be

www.childrenparenting.com/nl/pregnancy/pregnancy-emotions-moods/1002001112.html

www.familie-recht.be/omgangsrecht/

www.demorgen.be/binnenland/draagmoeder-en-wensouders-vrijgesproken-voor-onmenselijke-behandeling-a2160049/

[www.gecertificeerdebemiddelaars.nl/bemiddeling/conflictbemiddeling/.](http://www.gecertificeerdebemiddelaars.nl/bemiddeling/conflictbemiddeling/)

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Quid in geval van niet-afgifte van het kind bij draagmoederschap?

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2015**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Labyed, Djaliil

Datum: **13/05/2015**