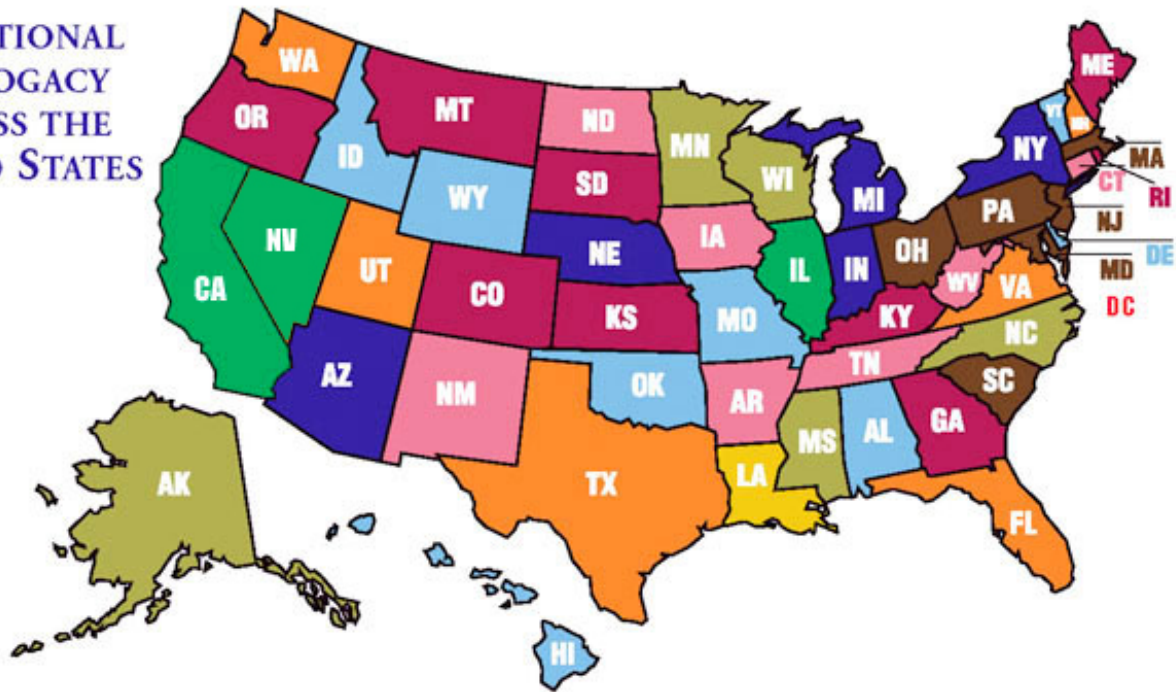


GESTATIONAL SURROGACY ACROSS THE UNITED STATES



1 Red Light: Statute prohibits surrogacy contracts, imposes criminal penalties, and they are not written. (DC only)

2 Proceed at Your Own Risk: Statutes declare GS contracts void and prohibit their enforcement, but surrogacy continues. (AZ, IN, MI, NY,* NE)

**Compassionate, uncompensated surrogacy contracts only; other contracts are criminal*

3 Yellow Light: Courts will not enforce GS contracts, even though no statutory prohibition; GS still practiced, but parents must adopt child after birth. (LA)

4 Squeeze into the Statutory Box: Statutes permit surrogacy but only if various restrictions are met. (FL, NH, TX, UT, VA, WA)

5 Green Light: Statute permits surrogacy and provides regulatory structure. (CA, IL, NV)

6 Statute Permits Surrogacy, but Without Much Detail (AR, CT, IA, ND, NM, TN, WV)

7 Published Case Supports Surrogacy, but No Statute (OH, MA, MD, NJ,** PA, SC)

***Case law is restrictive*

8 8 8 Vacuum—No Statute/No Published Case

Surrogacy practice in vacuum states:

● PBO routinely granted (CO, GA, KS, KY, ME, MT, OR, RI, SD)

● Unpredictable whether a PBO will be granted (AK, MN, MS, NC, WI)

● PBO typically not available, need to wait for a post-parentage order, DE***, HI, ID, MO, OK, VT, WY; or rely on a pre-planned adoption proceeding: AL

**** Unless compassionate surrogacy*

'Baby D.' en het juridische vacuüm rond draagmoederschap: de Verenigde Staten als leerschool voor het Belgische parlement?

Het Belgische recht kent tot op de dag van vandaag geen specifieke wettelijke regeling voor draagmoederschap. Bij gebrek aan juridische omkadering dienen wensouders en draagmoeders zich onder meer te beroepen op het bestaande afstammings-, adoptie-, verbintenissen- en strafrecht. Het ontbreken van specifieke regels kan echter dramatische gevolgen hebben, zoals reeds gebleken is uit Belgische ervaringen. Een typevoorbeeld is de befaamde zaak 'Baby D.', waarbij een Belgische draagmoeder het kind had afgestaan aan Nederlandse wensouders, hoewel later bleek dat het kind reeds was beloofd aan Belgische wensouders. Meer nog: de Belgische wensvader bleek de genetische vader te zijn. Desalniettemin kreeg het Nederlandse koppel de voorgedij. De zaak kreeg bovendien een strafrechtelijk staartje, waardoor alle betrokken partijen in eerste aanleg schuldig werden bevonden aan mensonterende behandeling van het kind. In beroep werden de Belgische wensouders vrijgesproken. De problematiek heeft, ondanks meerdere pogingen in het federaal parlement, nog geen gepast antwoord gekregen. Omdat verschillende staten binnen de V.S. wel over een regeling beschikken, kunnen wij ons afvragen in welke mate we iets kunnen leren van de Amerikaanse aanpak. In een rechtsvergelijkend onderzoek werd getracht een antwoord te vinden op deze vraag.

De gevallen die opduiken in de nationale pers zijn slechts het topje van de ijsberg. Exacte gegevens wat betreft de frequentie bestaan er echter niet. De juridische onzekerheid leidt immers tot een gebrek aan transparantie. Volgens bepaalde praktijkexperten zou er in België sprake zijn van 150 gevallen van hoogtechnologisch draagmoederschap (dit is draagmoederschap waarbij de draagmoeder géén genetische bijdrage levert) in de afgelopen 20 jaar. Over de laagtechnologisch variant, waarbij er wél een genetische band is met de draagmoeder, bestaat evenmin duidelijkheid.

In de V.S. is draagmoederschap een wijdverspreid fenomeen: een studie van de *Council for Responsible Genetics* schat dat er in de periode 2004-2008 maar liefst 5238 baby's op deze manier ter wereld zijn gekomen. Draagmoederschap is echter niet overal in de V.S. juridisch mogelijk. Als onderdeel van het familierecht gaat het immers om een statelijke bevoegdheid. Het hele spectrum komt bijgevolg aan bod: van de *District of Columbia* met een strafrechtelijk verbod tot staten die draagmoederschap op basis van *common law*-rechtspraak of gedetailleerde wetgeving mogelijk maken. De V.S. is hierdoor een waar lappendeken. Onderstaande kaart(*) geeft dit perfect weer wat betreft hoogtechnologisch draagmoederschap.



(*) © 2011 American Bar Association – All rights reserved.

Wanneer we naar België kijken, valt snel op dat het inadequate rechtssysteem een aantal onvermijdelijke problemen met zich meebrengt. Zo is de draagmoeder bij bevalling op een onaanvechtbare wijze de juridische moeder, zelfs als zij niet de genetische moeder is. Zij kan op geen enkele manier verplicht worden het kind af te staan. De wensouders kunnen van hun kant onmogelijk gedwongen worden het kind in hun gezin op te nemen, wat bijvoorbeeld problematisch kan zijn ingeval het kind gehandicapt ter wereld komt. Dit zijn slechts enkele van de gevolgen van het onaangepaste afstammingsrecht, en het feit dat een draagmoederschapsovereenkomst niet afdwingbaar is voor de Belgische rechtbanken. Het Belgische recht dwingt de betrokkenen er dan ook soms toe om beroep

te doen op bedenkelijke alternatieven, zoals de anonieme bevalling in het buitenland. Hierdoor is de draagmoeder immers niet de juridische moeder, en kan de wensmoeder in België overgaan tot de erkenning van het kind.

Uit de analyse van het recht uit Illinois, New Jersey, Californië en Florida blijkt alleszins dat, hoewel geen enkele regeling volmaakt is, deze statelijke regelingen één voor één antwoorden kunnen bieden op een aantal Belgische knelpunten zonder haaks te staan op onze rechtstraditie. Wat betreft de overeenkomst wordt in het onderzoek, in navolging van een aantal staten, een principiële geldigheid en afdwingbaarheid voorgesteld. Dit geldt ten minste wanneer aan een groot aantal strikte voorwaarden voldaan is. De naleving ervan dient bij voorkeur onderworpen te worden aan een rechterlijke controle vóór de verwekking. Deze strakke omkadering is nodig om te garanderen dat de partijen een vrije en geïnformeerde toestemming geven, en benadrukt dat het draagmoederschapproject niet door commerciële motieven mag zijn ingegeven. Diezelfde overeenkomst kan vervolgens als basis dienen om een oorspronkelijke, niet-adoptieve afstammingsband aan vast te knopen, en dit ongeacht de burgerlijke staat of seksuele geaardheid van de wensouders (d.i. *“parenthood by contract”* zoals gekend in Illinois). Hoewel het vreemd kan aanvoelen dat op die manier een centrale rol wordt gegeven aan een contract in het afstammingsrecht, mag men niet vergeten dat draagmoederschap in essentie een overeenkomst is. De contractvrijheid wordt bovendien sterk beperkt door het strakke kader, wat het risico op wantoestanden sterk vermindert.

Het is hoog tijd dat de wetgever zijn kop uit het zand haalt. De realiteit van het bestaan van de praktijk schreeuwt om een regeling. Ongeacht of men voor of tegen is, kan men niet ontkennen dat het gaat om een ernstige lacune met soms ronduit dramatische gevolgen. Dit geldt zowel voor de betrokken wensouders, de draagmoeder, maar vooral het kind dat het risico loopt om in zijn of haar eerste levensjaren in een zeer precaire situatie terecht te komen. Een strafrechtelijk verbod op draagmoederschap is alvast geen optie. Zo loopt men immers het risico dat het nog altijd verdoken zal plaatsvinden, ver van alle mogelijke controlemechanismen. Of zoals Californisch rechter DAVID SILLS het verwoordt: *“Again we must call on the Legislature to sort out the parental rights and responsibilities of those involved in artificial reproduction. No matter what one thinks of [...]”*

surrogacy [...], courts are still going to be faced with the problem of determining lawful parentage. A child cannot be ignored. Even if all means of artificial reproduction were outlawed with draconian criminal penalties [...], courts will still be called upon to decide who the lawful parents really are and who [...] is obligated to provide maintenance and support for the child. These cases will not go away.”

Het is maar de vraag of onze politici snel genoeg de moed zullen vinden om de koe bij de horens te vatten, vooraleer nieuwe menselijke drama's nodig zijn.

Tom Wijnant