

GJ 2011/104

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage

9 november 2010, 378466/KG ZA 10-1315; LJN BP3764.

(mr. Paris)

1. [Eiser],
2. [eiseres], beiden te [woonplaats],
eisers,
advocaat: mr. M.M. Schoots te Naarden,
tegen
de Staat der Nederlanden (Ministerie van Buitenlandse Zaken) te Den Haag,
gedaagde,
advocaat: mr. T. Novakovski te Den Haag.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als “[eiser c.s.]” en “de Staat”. [Eiser c.s.] worden afzonderlijk aangeduid als “[eiser]” en “[eiseres]”.

Hoogtechnologisch draagmoederschap, Biologische ouders, Geboren uit draagmoeder in Oekraïne, Juridische ouders, Erkennen kind, Nooddocument, Recht op respect voor familie- en gezinsleven, Humanitaire noodzaak, Vordering toegewezen

[BW Boek 1 - 198 ; BW Boek 1 - 204 ; lid 1 onder e ; EVRM - 8]

» **Samenvatting**

Eiser is een gehuwd stel van Nederlandse en Nederlandse-Russische nationaliteit. Het echtpaar heeft ervoor gekozen hun kinderwens te realiseren via hoogtechnologisch draagmoederschap via een draagmoeder in Oekraïne. Bij de twee (te vroeg) geboren kinderen in Oekraïne, weigert gedaagde, de Staat, afgifte van een paspoort voor de kinderen. Eiser vordert de Staat te veroordelen tot afgifte van een noodpaspoort voor de kinderen. De Staat stelt zich ten onrechte op het standpunt dat er twijfel bestaat over de identiteit en nationaliteit van de kinderen. Er is sprake van hoogtechnologisch draagmoederschap en eiser is het biologisch ouderpaar van de kinderen. Dat de Oekraïense geboortekten in Nederland niet worden erkend wegens strijd met openbare orde, betekent niet dat de ouders op enig moment niet alsnog naar Nederlands recht de juridische ouders van de kinderen zullen zijn. De voorzieningenrechter overweegt dat vaststaat dat eiser de mogelijkheid heeft de kinderen te erkennen. Eiser heeft aangegeven dit erkenningsverzoek op korte termijn in te willen dienen. De erkenning van de kinderen zal ertoe leiden dat zij de Nederlandse nationaliteit verkrijgen, tot Nederland worden toegelaten en mogen blijven. Eiser beroept zich tevens op het recht op respect voor familie- en gezinsleven (“family-life”), art. 8 EVRM. Dit family-life, dat zich tijdelijk in de Oekraïne heeft afgespeeld maar daar niet langer kan worden voortgezet, dient zowel in het belang van eiser als van de kinderen, gerespecteerd te worden. Gezien de omstandigheid dat de kinderen binnen afzienbare tijd wel de Nederlandse nationaliteit zullen bezitten en een tijdelijke maatregel, gelet op de humanitaire noodzaak, geboden is, is de vordering toewijsbaar. De voorzieningenrechter beveelt de Staat een nooddocument af te geven voor de twee kinderen die via hoogtechnologisch draagmoederschap uit een draagmoeder in Oekraïne zijn geboren.

[beslissing/besluit](#)

» **Uitspraak**

1. Het procesverloop

(...; red.)

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 5 november 2010 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. [Eiser c.s.] zijn op 20 april 2004 met elkaar gehuwd. [Eiser] bezit de Nederlandse nationaliteit. [Eiseres] beschikt over zowel de Nederlandse als de Russische nationaliteit.

2.2. [Eiser c.s.] hebben een grote kinderwens. Na drie mislukte pogingen in Nederland en drie in Rusland om via IVF kinderen te krijgen, hebben zij er voor gekozen hun kinderwens te realiseren door middel van hoogtechnologisch draagmoederschap. Hiervan is sprake als gebruik wordt gemaakt van een eicel die niet de eicel van de draagmoeder is, maar van de wensmoeder of een (anonieme) eiceldonor. Deze eicel wordt bevrucht door een zaadcel, die van de wensvader of een (anonieme) zaaddonor afkomstig is. De hieruit ontstane embryo wordt geplaatst in de baarmoeder van de draagmoeder.

2.3. [Eiser c.s.] hebben [draagmoeder] te Oekraïne (hierna: de draagmoeder) bereid gevonden om via voornoemde methode een kind te dragen. Op 1 juli 2009 hebben [eiser c.s.] en de draagmoeder een Child-carrying contract gesloten.

2.4. Op 17 augustus 2010 hebben [eiser c.s.] zich gewend tot de Raad voor de Kinderbescherming met de mededeling dat zij voornemens zijn de kinderen die uit de draagmoeder worden geboren in hun gezin op te nemen.

2.5. Bij brief van 25 augustus 2010 heeft de Raad voor de Kinderbescherming [eiser c.s.] bericht dat hij op dat moment niet voornemens is nader onderzoek te doen, aangezien ervan wordt uitgegaan dat er de komende weken twee kinderen geboren gaan worden waarvan [eiser c.s.] verklaren de ouders te zijn, zoals terug te vinden zal zijn op de geboorteakten van de kinderen. [Eiser c.s.] wordt verzocht zich bij terugkeer in Nederland te melden bij de Raad voor de Kinderbescherming met een kopie van de geboorteakten en van de paspoorten van de kinderen. De Raad voor de Kinderbescherming bericht voorts dat hij daarna zal besluiten of er nog onderzoek nodig is en om ondersteunend materiaal gevraagd gaat worden.

2.6. [Eiser c.s.] zijn op 22 augustus 2010 per auto naar de Oekraïne gegaan.

2.7. Op [geboortedatum] 2010 zijn te [geboorteplaats], Oekraïne, uit de draagmoeder geboren [kind A] en [kind B] (hierna: de kinderen). De draagmoeder heeft de kinderen aan [eiser c.s.] afgestaan. Aangezien de kinderen te vroeg geboren zijn, moesten zij enkele weken na de geboorte in het ziekenhuis blijven.

2.8. [Eiser c.s.] zijn ten behoeve van het inschrijven van de geboorteakten, ter verkrijging van apostilles en vertalingen van de geboorteakten bijgestaan door een jurist te [geboorteplaats], Oekraïne.

2.9. Op 23 september 2010 heeft [eiser] zich gewend tot de Nederlands ambassade te Kiev ([C]) met het verzoek om afgifte van Nederlandse paspoorten of nooddocumenten voor de kinderen, onder overlegging van de hiervoor genoemde stukken. [Eiser] heeft op verzoek van [C] een vragenlijst “commercieel draagmoederschap” ingevuld en naar hem getourneerd.

2.10. Bij emailbericht van 7 oktober 2010 heeft [C] namens het Ministerie van Buitenlandse Zaken aan [eiser] bericht dat een paspoortaanvraag voor de kinderen zal worden afgewezen vanwege twijfel aan de identiteit en de nationaliteit van de kinderen, onder verwijzing naar artikel 9 Paspoortwet juncto artikel 9 en 36 Paspoortuitvoeringsregeling Buitenland 2001 (PUB). Hij bericht voorts dat uit

het Child-carrying contract volgt dat het een draagmoederschap met een commercieel karakter betreft, zodat er sprake is van strijd met de Nederlandse openbare orde.

3. Het geschil

3.1. [Eiser c.s.] vorderen – zakelijk weergegeven – de Staat te veroordelen tot afgifte van een noodpaspoort voor de kinderen dan wel een andere door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen voorziening te treffen.

3.2. Daartoe voeren [eiser c.s.] het volgende aan.

De Staat stelt zich ten onrechte op het standpunt dat er twijfel bestaat over de identiteit en nationaliteit van de kinderen. Er is sprake van hoogtechnologisch draagmoederschap en [eiser c.s.] zijn de biologische ouders van de kinderen. Dat de Oekraïense geboorteakten in Nederland niet worden erkend wegens strijd met de openbare orde, betekent niet dat de ouders op enig moment niet alsnog naar Nederlands recht de juridische ouders van de kinderen zullen zijn.

3.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. De Staat stelt zich op het standpunt dat de Oekraïense geboorteakten van de kinderen in Nederland niet kunnen worden erkend wegens strijd met de Nederlandse openbare orde. In deze geboorteakten is [eiseres] als moeder van de kinderen vermeld. Volgens de Staat is dit naar Oekraïens recht onder omstandigheden mogelijk, maar druist dit rechtstreeks in tegen artikel 1:198 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarin is vastgelegd dat de vrouw die het kind gebaard heeft als moeder dient te worden aangemerkt. Dit betreft naar het oordeel van de Staat een fundamentele regel van het Nederlandse familierecht, waarop de wetgever geen uitzondering heeft willen maken. Volgens de Staat zijn verder ook de omstandigheden waaronder het draagmoederschap tot stand is gekomen in strijd met de openbare orde. De Staat heeft van [eiseres] begrepen dat zij via een website met de draagmoeder in contact is gekomen. Zij heeft daarmee in de visie van de Staat in strijd gehandeld met artikel 151b lid 2 sub b van het Wetboek van Strafrecht, waarin als misdrijf tegen de openbare orde is gesteld de openbaarmaking dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een draagmoeder wordt gezocht. Uit de toelichting bij dit artikel volgt dat het niet uitmaakt of de contacten een commercieel karakter hebben, aldus de Staat.

4.2. De vraag of de Staat zich op goede grond op voornoemd standpunt stelt kan in deze procedure onbesproken blijven. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Vaststaat dat [eiser] op grond van artikel 1:204 lid 1 sub e BW de mogelijkheid heeft de kinderen te erkennen. [Eiser] kan zich daartoe tot de rechtbank wenden met het verzoek tot vaststelling dat er tussen hem en de kinderen een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. [Eiser] heeft ter zitting ook aangegeven voornemens te zijn dit verzoek op korte termijn in te dienen, waarna hij de rechter zal verzoeken op grond van artikel 1:253c BW hem met het gezag over de kinderen te belasten. Na een jaar feitelijke verzorging kan [eiseres] vervolgens, op grond van artikel 1:228 BW, de kinderen adopteren als partner van [eiser].

4.3. Zoals de Staat ter zitting ook heeft erkend zal voornoemde erkenning van de kinderen door [eiser] er toe leiden dat zij de Nederlandse nationaliteit verkrijgen, dat zij hier te lande worden toegelaten en hier ook mogen blijven. Het is derhalve een kwestie van tijd, in het onderhavige geval totdat de rechtbank heeft vastgesteld dat er tussen [eiser] en de kinderen de in artikel 1:204 lid 1 sub e BW bedoelde band bestaat, totdat de kinderen in Nederland zullen worden toegelaten. Vaststaat dat de kinderen sinds de geboorte verzorgd zijn door [eiser c.s.] en later alleen door [eiseres] vanaf het moment dat [eiser] naar Nederland terug diende te keren wegens het aflopen van zijn adoptieverlof op 11 oktober 2010. Gegeven die situatie hebben [eiser c.s.] zich naar het oordeel van de

voorzieningenrechter terecht beroepen op artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens. Hierin is bepaald dat een ieder recht heeft op respect voor zijn familie- en gezinsleven ("family-life"). Geconstateerd wordt dat er in het geval van [eiser c.s.] sprake is van family-life met de kinderen. Dit family-life heeft zich tijdelijk en tot voor kort afgespeeld in de Oekraïne, maar kan daar, wegens de werkzaamheden van [eiser] in Nederland, niet langer worden voortgezet. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter dient dit family-life, zowel in het belang van [eiser c.s.] als in het belang van de kinderen, gerespecteerd te worden.

4.4. De Staat stelt zich voorts op het standpunt dat de kinderen niet op grond van de bepalingen van de Paspoortwet of het daarin neergelegde laissez passers-beleid, noch op grond van de Paspoortuitvoeringsregeling Buitenland 2001 in aanmerking komen voor verstrekking van een nooddocument. Wat daar echter ook van zij, gelet op de omstandigheid dat de kinderen binnen afzienbare tijd wel de Nederlandse nationaliteit zullen bezitten en een tijdelijke maatregel, gelet op de hiervoor geschetste humanitaire noodzaak, geboden is, valt niet in te zien waarom aan hen niet, zonodig naar analogie van één van de bepalingen in voornoemde wet en regeling, een nooddocument verstrekt kan worden. De door [eiser c.s.] gevorderde verstrekking daarvan is derhalve toewijsbaar.

4.5. De Staat zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- beveelt de Staat om binnen 48 uur na de betekening van dit vonnis aan [eiser c.s.] een nooddocument af te geven voor [kind A] en [kind B], beiden geboren op [geboortedatum] 2010 te [geboorteplaats], Oekraïne, op grond waarvan deze minderjarigen tijdelijk op Nederlands grondgebied mogen verblijven;
- veroordeelt de Staat in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van [eiser c.s.] begroot op € 1.158,93, waarvan € 816,= aan salaris advocaat, € 255,= aan griffierecht en € 87,93 aan dagvaardingskosten;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

» Noot

1. Draagmoederschap als zodanig is in Nederland niet bij wet verboden. Vanwege de vele juridische en vooral ook moreel controversiële aspecten heeft de wetgever wel commercieel draagmoederschap verboden. Dit is gebeurd via de Wet Commercieel Draagmoederschap (Stb. 1995, 592; inwerkingtreding op 15 december 1995) op grond waarvan aan het WvSr een bepaling (art. 151b Sr) is toegevoegd.

Tot welke onwenselijke situaties draagmoederschap aanleiding kan geven, bleek uit de gebeurtenissen in de geruchtmakende zaak baby Donna. Hierbij ging het om een Nederlands paar dat via internet een baby kocht van een Belgische draagmoeder. Deze draagmoeder had eerder afspraken gemaakt met een kinderloos Belgisch paar, maar zij wilde het kind – dat via zelfinseminatie was ontstaan uit een eikel van de draagmoeder en zaad van de Belgische wensvader – na de geboorte niet meer aan dit paar afstaan. Reden hiervoor was de kennelijk verstoord geraakte onderlinge verhouding tijdens de zwangerschapsperiode. De draagmoeder bood het kind vervolgens via internet te koop aan, nota bene voor een hoger bedrag dan zij eerder met de Belgische wensouders was overeengekomen. Het Nederlands paar reageerde op dit internetaanbod en kocht het kind. De

Belgische wensouders – aan wie door de draagmoeder was verteld dat zij een miskraam had gehad – kwamen hierachter en claimden via de rechter het recht op de opvoeding van en het gezag over het kind. Een jarenlange juridische strijd volgde, uiteindelijk zonder succes voor de Belgische wensouders. De Nederlandse kinderrechter oordeelde dat het kind in het Nederlandse pleeggezin mocht blijven (zie rechtspraak.nl => actualiteiten => bekende rechtszaken => dossier Baby Donna – rechtbank Utrecht).

2. In de onderhavige zaak gaat het minder om het draagmoederschap zelf, maar meer om problemen die de Nederlandse autoriteiten zagen ontstaan naar aanleiding daarvan.

Eisers – een Nederlandse man en zijn Nederlands-Russische echtgenote – vorderen in kort geding de afgifte van een nooddocument door de Nederlandse Staat ten behoeve van hun twee kinderen die in Oekraïne uit een draagmoeder zijn geboren. Dit document moet beide kinderen in staat stellen tijdelijk in Nederland te kunnen verblijven, in afwachting van hun later te verwerven Nederlandse nationaliteit. Na de geboorte van de kinderen verzoekt de man via de Nederlandse Ambassade in Kiev om afgifte van Nederlandse paspoorten of nooddocumenten voor zijn (wens)kinderen. Daartoe overlegt hij de Oekraïense geboorteakten van beide kinderen. Het verzoek van eisers wordt door het ministerie van Buitenlandse Zaken (BuZa) afgewezen wegens bestaande onzekerheid over de nationaliteit en identiteit van de kinderen. Tevens vermoedt BuZa dat het hier gepraktiseerde, hoogtechnologisch draagmoederschap een naar Nederlands recht (zie de art. 151b en 151c Sr) verboden commercieel karakter had en daardoor strijdig is met de Nederlandse openbare orde.

3. De primaire redenen voor BuZa om de gevraagde documenten te weigeren, houden verband met de bestaande paspoortwetgeving. Art. 9 Paspoortwet bepaalt dat iedere Nederlander binnen de grenzen van deze wet recht heeft op een nationaal paspoort geldig voor vijf jaren en voor alle landen. De art. 9 en 36 Paspoortuitvoeringsregeling Buitenland 2001 handelen – kort gezegd – over te verrichten onderzoek ter vaststelling van het Nederlanderschap als voorwaarde voor afgifte van een paspoort, respectievelijk over de te volgen procedure bij vaststelling van de identiteit van (bij te schrijven kinderen van) de aanvrager. BuZa valt met name over het gegeven dat eiseres in beide geboorteakten als moeder van de kinderen is opgevoerd en meent dat naar Nederlands afstammingsrecht alleen de vrouw waaruit een kind geboren is als “moeder” kan worden aangemerkt. Deze laatste opvatting is slechts ten dele juist, nu op grond van art. 1:198 BW ook de vrouw die een kind heeft geadopteerd als “moeder” wordt beschouwd. Ook al was hier op het moment van de aanvraag geen sprake van adoptie, over het voornemen van eisers om de kinderen te adopteren, kan nauwelijks twijfel bestaan. Zij zijn immers de biologische ouders van de kinderen. Mogelijk dat een eerder verzuim van eisers om duidelijkheid hierover te verschaffen de autoriteiten aanleiding gaf voor hun formele opstelling. Dat de aanduiding “moeder” in een officieel document niet mag worden gebaseerd op een verwachting, is nochtans niet onjuist.

4. De voorzieningenrechter laat in het midden of de handelwijze van BuZa getuigt van prudentie. Eiser kan – en is voornemens – de kinderen in Nederland te erkennen met een beroep op art. 1:204 lid 1 onder e BW (nauwe persoonlijke betrekking tussen hem en de kinderen), waardoor de kinderen de Nederlandse nationaliteit verwerven, tot Nederland zullen zijn toegelaten en hier ook mogen blijven. Verder blijken de kinderen sinds hun geboorte door eisers in Oekraïne te zijn verzorgd. Dat eisers hun bezwaar tegen de afwijzing van het verzoek onderbouwen met een beroep op art. 8 EVRM is dan ook niet zo verwonderlijk. Die gedachte had ook bij BuZa kunnen opkomen. Het rechterlijk oordeel dat het belang bij naleving van de eisen van de paspoortwet- en regelgeving ondergeschikt is aan de hier bestaande humanitaire noodzaak tot afgifte van de gevraagde documenten, doet BuZa’s opstelling in deze kwestie enigszins rigide voorkomen.

5. Toch is het standpunt van BuZa niet zo onbegrijpelijk als het lijkt. Nu commercieel draagmoederschap in Nederland bij wet is verboden, rijst de vraag hoe de overheid moet omgaan met verzoeken om identiteitsdocumenten voor kinderen die mogelijk uit een commerciële praktijk zijn voortgekomen. In casu waren de wensouders via een website met de draagmoeder in contact

gekomen. Hoe de draagmoeder zich op die website heeft gepresenteerd, wordt uit de uitspraak niet duidelijk. Haar presentatie kan wervend zijn geweest, maar dat hoeft niet. De vrouw die op internet enkel stelt in het verleden draagmoeder te zijn geweest, biedt zich formeel niet als zodanig aan, maar opent indirect wel het gesprek over een evt. beschikbaarheid hiervoor met een ieder die een draagmoeder zoekt. Ongewis is ook of de activiteiten van de draagmoeder via derden bekend zijn geraakt. Indien dit wel meer dan incidenteel is gebeurd, zou daaruit een vorm van bedrijfsmatige exploitatie van het draagmoederschap kunnen worden afgeleid. Daaruit zou vervolgens een vermoeden van schending van de Nederlandse openbare orde kunnen rijzen. Evenmin vermeldt de uitspraak nadere details over de inhoud van het Child-Carrying contract. Afspraken in de draagmoederovereenkomst over het achterwege laten van risicovol gedrag door de draagmoeder tijdens de zwangerschap of een tegemoetkoming in de onkosten voor zwangerschapskleding dan wel medische en/of verloskundige zorg, zijn niet ongeoorloofd. Afspraken over de afstandsprocedure gelden daarentegen als een nietig beding in een dergelijke overeenkomst wegens strijd met de goede zeden (zie art. 3:40 lid 1 BW), omdat familierechtelijke betrekkingen niet via contractuele afspraken mogen worden geregeld.

6. Blijft de vraag of het uit een commercieel draagmoederschap voortgekomen kind de dupe mag worden van de illegale voorgeschiedenis van zijn geboorte. Dat het onthouden van de hier gevorderde documenten aan het kind nauwelijks in diens belang is, behoeft geen betoog.

Wat de onderhavige zaak vooral duidelijk maakt is dat draagmoederschap – hoe begrijpelijk soms ook vanuit de gedachte hulp te bieden bij een onvervulde kinderwens – in menig regulatief opzicht problemen opwerpt, zeker als Nederlandse wensouders in het buitenland gebruik maken van diensten van een draagmoeder.

mr. dr. J.H.H.M. Dorscheidt, Sectie Gezondheidsrecht, UMCG - RUG