

JPF 2012/13

Rechtbank 's-Gravenhage

24 oktober 2011, 395186 FA RK 11-4086; LJN BU3627.

(mr. Don

mr. Zonneveld

mr. Keulen)

[De man] te [woonplaats A], Verenigde Arabische Emiraten,
en

[de vrouw] te [woonplaats A], Verenigde Arabische Emiraten, feitelijk verblijvende te [feitelijke
verblijfplaats verzoekers],

hierna ook te noemen: verzoekers,

advocaat: mr. L.A.S. Boersen te Rotterdam en mr. C.F.L.A. van der Vegt-Boshouwers te Rotterdam.

Als belanghebbenden worden aangemerkt:

de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente 's-Gravenhage te 's-Gravenhage,

de ambtenaar,

[de minderjarige], geboren op [geboortedatum minderjarige] te [geboorteplaats minderjarige], India,
de minderjarige,

in rechte vertegenwoordigd door mr. I.J. Pieters, advocaat te Leiden, in de hoedanigheid van
bijzonder curator.

[de draagmoeder] te [woonplaats B], India,

hierna te noemen: de draagmoeder.

Internationaal hoogtechnologisch draagmoederschap

[BW Boek 1 - 20 ; BW Boek 1 - 25c ; BW Boek 1 - 25f ; BW Boek 1 - 198 ; BW Boek 1 - 207 ; lid 1
; BW Boek 1 - 253c ; BW Boek 1 - 253q ; BW Boek 1 - 253r ; BW Boek 1 - 253t ; WCA - 3 ; WCA -
6 ; WCA - 9 ; WCA - 10 ; RWN - 4 ; RWN - 7 ; WCN - 5a ; Vw 2000 - 8 ; RV - 3 ; EVRM - 8 ;
Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 - 3 ; Verordening Brussel II bis - 8]

» **Samenvatting**

Verzoekers zijn in het Verenigd Koninkrijk gehuwd. Zij hebben gebruik gemaakt van een ongehuwde draagmoeder in India. De minderjarige is verwekt uit de zaadcellen van de man en een eikel van een onbekende vrouw, waardoor sprake is van hoogtechnologisch draagmoederschap. Op de Indiase geboorteakte van de minderjarige staan verzoekers als vader en moeder van het kind. Verzoekers wonen inmiddels in de Verenigde Arabische Emiraten (hierna: VAE). De vrouw (Ierse nationaliteit) en de minderjarige zijn op 20 mei 2011 naar Nederland gekomen. De man (Nederlandse nationaliteit) verblijft nog in de VAE, maar hij reist met enige regelmaat naar zijn vrouw en kind in Nederland. Verzoekers verzoeken primair inschrijving van de geboorteakte in de registers van de burgerlijke stand.

De rechtbank overweegt dat de geboorteakte niet kan worden ingeschreven wegens strijd met de Nederlandse openbare orde. Hierdoor doet zich een situatie voor als bedoeld in art. 1:25c BW. De gegevens die noodzakelijk zijn voor het opmaken van een geboorteakte kunnen worden vastgesteld mits onder andere de minderjarige Nederlander is. Nu de minderjarige eerst het Nederlanderschap verkrijgt door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, kunnen verzoekers alleen in hun verzoek worden ontvangen indien het verzoek tot gerechtelijke vaststelling voor toewijzing in aanmerking komt. De rechtbank acht zich vervolgens bevoegd om het vaderschap gerechtelijk vast te stellen. De man is echter slechts een donor en geen verwekker in de zin van art. 1:207 lid 1 BW. Desondanks oordeelt de rechtbank dat er sprake is van *family life* tussen de man (als biologische vader) en het kind, en dat dit *family life* moet worden gerespecteerd. De rechtbank oordeelt verder dat er genoeg

concrete omstandigheden zijn op grond waarvan het bestaan van *family life* kan worden aangenomen. Op basis hiervan is de bijzonder curator ontvankelijk in zijn verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. De rechtbank stelt vast dat de draagmoeder en de mannelijke verzoeker allebei als ouder dienen te worden aangemerkt op een door de ambtenaar op te maken geboorteakte.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

Procedure

(...; red.)

Verzoek en verweer

Het verzoekschrift strekt ertoe dat de rechtbank de ambtenaar op grond van artikel 1:18 juncto artikel 1:27 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zal gelasten de geboorteakte van de minderjarige te doen inschrijven in de registers van de burgerlijke stand van de gemeente 's-Gravenhage en daarvan een gewaarmerkt afschrift te verstrekken aan verzoekers, een en ander voor zover mogelijk met uitvoerbaarverklaring bij voorraad en kosten rechtens.

Het aanvullend verzoekschrift strekt ertoe:

Voorwaardelijk, te weten alleen en voorzover de rechtbank niet ter zitting danwel kort daarna tot een eindoordeel kan komen, tijdelijk te voorzien in de voogdij over de minderjarige en te bepalen dat de man en/of de vrouw met ingang van de dag van afgifte van de (tussen)beschikking, voorlopig tezamen danwel alleen worden belast met de voogdij over de minderjarige.

En daarnaast:

Primair

- Te verklaren voor recht dat de minderjarige de Nederlandse nationaliteit heeft.
- Te verklaren voor recht dat de man de juridische vader van de minderjarige is.
- Te verklaren voor recht dat de vrouw de juridische moeder van de minderjarige is.
- Te verklaren voor recht de man al dan niet tezamen met de vrouw het ouderlijk gezag heeft over de minderjarige.
- De ambtenaar te gelasten de geboorteakte te doen inschrijven in de registers van de burgerlijke stand van de gemeente 's-Gravenhage en daarvan een gewaarmerkt afschrift te verstrekken aan verzoekers, waarbij als geslachtsnaam van de minderjarige wordt genoteerd [geslachtsnaam man] en als voornamen [voornamen minderjarige].

Subsidiair

- Voor zover het juridisch ouderschap van verzoekers niet reeds vaststaat, de geboortegegevens van de minderjarige vast te stellen in die zin dat op de geboorteakte blijft staan dat de man de juridische vader is van de minderjarige, maar dat [de draagmoeder] in plaats van de vrouw de juridisch moeder is, en te bepalen dat als geslachtsnaam van de minderjarige wordt genoteerd [geslachtsnaam man] en als voornamen [voornamen minderjarige], waarna de ambtenaar wordt gelast bedoelde geboorteakte te doen inschrijven in de registers van de burgerlijke stand van de gemeente 's-Gravenhage en daarvan een gewaarmerkt afschrift te verstrekken aan verzoekers.

– Te verklaren voor recht dat de man het ouderlijk gezag heeft over de minderjarige, althans hem te belasten met het ouderlijk gezag over de minderjarige.

Meer subsidiair

– Voor zover het juridisch ouderschap van de man niet reeds vaststaat, de man vervangende toestemming te verlenen voor het erkennen van de minderjarige.

– Te bepalen dat de geslachtsnaam van de minderjarige [geslachtsnaam man] zal zijn.

– De man te belasten met het ouderlijk gezag over de minderjarige.

Uiterst subsidiair

– Het vaderschap van de man gerechtelijk vast te stellen.

– Te bepalen dat de geslachtsnaam van de minderjarige [geslachtsnaam man] zal zijn.

– De man te belasten met het ouderlijk gezag over de minderjarige.

Een en ander voor zover mogelijk met uitvoerbaarverklaring bij voorraad en kosten rechtens.

De ambtenaar voert verweer, welk verweer hierna – voor zover nodig – zal worden besproken.

Het (gewijzigde) zelfstandig verzoek van de bijzonder curator strekt ertoe dat de rechtbank:

– de voor het opmaken van de geboorteakte van de minderjarige, [de minderjarige], geboren op [geboortedatum minderjarige] te [geboorteplaats minderjarige] (India) uit [de draagmoeder] noodzakelijke gegevens zal vaststellen;

– aansluitend het gerechtelijk vaderschap zal vaststellen, inhoudende dat de man de vader is van de minderjarige en daarbij tevens zal vaststellen dat de minderjarige de geslachtsnaam [geslachtsnaam man] zal dragen.

Feiten

– Verzoekers zijn op [huwelijksdatum] te [plaats huwelijk], Verenigd Koninkrijk, gehuwd.

– Op [geboortedatum minderjarige] is te [geboorteplaats minderjarige], India geboren [de minderjarige], uit [de draagmoeder] (hierna: de draagmoeder).

– De minderjarige is verwekt uit zaadcellen van de man en een eicel van een onbekende vrouw, derhalve van een anonieme donor, waardoor sprake is van hoog technologisch draagmoederschap.

– Op de Indiase geboorteakte van de minderjarige staan verzoekers als vader en moeder van de minderjarige vermeld.

– De draagmoeder is ongehuwd.

– Uit het DNA-rapport d.d. 15 april 2011 blijkt dat de man de biologische vader van de minderjarige is.

– De minderjarige is direct na haar geboorte overgedragen aan verzoekers, waarna zij uitsluitend door verzoekers is verzorgd.

– Verzoekers wonen in [woonplaats A], Verenigde Arabische Emiraten.

– De vrouw en de minderjarige zijn vanuit India op 20 mei 2011 naar Nederland gekomen. De

minderjarige heeft via het Ministerie van Buitenlandse Zaken een laissez passer en visum gekregen. Het aan de minderjarige verstrekte visum is op 17 augustus 2011 verlopen. Haar verblijf in Nederland samen met de vrouw wordt echter toegestaan in afwachting van de onderhavige procedure.

– De man verblijft in [woonplaats A], alwaar hij zijn werk heeft, maar hij reist met enige regelmaat naar zijn vrouw en de minderjarige in Nederland.

– De man heeft de Nederlandse nationaliteit.

– De vrouw heeft de Ierse nationaliteit.

Beoordeling

Verweerschrift

Met betrekking tot de stelling van verzoekers dat geen acht moet worden geslagen op het verweerschrift vanwege overschrijding van de verweertermijn door de ambtenaar, overweegt de rechtbank dat ingevolge artikel 3.1. van het procesreglement (overige) Boek 1 zaken tot de aanvang van de behandeling ter zitting een verweerschrift kan worden ingediend. Er is dan ook geen sprake van een termijnoverschrijding en verzoekers zijn niet in hun belangen geschaad. Dit geldt te meer nu verzoekers zich gelet op de nadien van hun zijde ingediende stukken kennelijk voldoende op een inhoudelijke behandeling van de zaak hebben kunnen voorbereiden. De rechtbank zal het verweerschrift van de ambtenaar dan ook in haar beoordeling betrekken.

Oproeping draagmoeder

De oproeping van de draagmoeder is achterwege gebleven gelet op haar door een notaris gelegaliseerde verklaring d.d. 21 september 2011 waarin zij meldt dat zij op de hoogte is van de onderhavige procedure, dat zij afstand heeft gedaan en wederom doet van al haar rechten en verplichtingen met betrekking tot de minderjarige en dat zij bovendien voor zover nodig instemt met het verzochte.

Inschrijving geboortekte minderjarige

Verzoekers hadden de sterke wens een kind groot te brengen binnen hun eigen gezin. Door medische oorzaken is de vrouw niet in staat kinderen te krijgen. Om deze reden hebben verzoekers zich na zorgvuldig onderzoek en voorbereiding gewend tot een fertiliteitskliniek in India en hebben zij op 1 juli 2010 een “Gestational surrogacy agreement” (hierna: draagmoederschapsovereenkomst) gesloten als “intended parents” (hierna: wensouders) met de “surrogate mother” (hierna: draagmoeder).

De rechtbank ziet geen aanleiding om in haar oordeel de vraag te betrekken of hier al dan niet sprake is van commercieel draagmoederschap. Feit is dat de minderjarige bestaat en dat naar het oordeel van de rechtbank het belang van de minderjarige in deze leidend dient te zijn.

De draagmoeder heeft op 4 april 2011 een door een notaris gelegaliseerde verklaring afgelegd waarin zij afstand doet van al haar rechten en verplichtingen met betrekking tot de minderjarige. In een door een notaris gelegaliseerde verklaring uit India, gedateerd 21 september 2011, verklaart de draagmoeder onder meer wederom dat zij afstand doet van alle ouderlijke rechten en plichten en dat zij afstand doet van het gezag over de minderjarige. Ook verklaart zij toestemming te geven om de wensouders als juridische ouders te erkennen, en verklaart zij zich akkoord met de naamskeuze van de wensouders voor de minderjarige.

Op [geboortedatum minderjarige] is de minderjarige geboren in [geboorteplaats minderjarige]. Uit DNA onderzoek is gebleken dat de man de biologische vader is van de minderjarige. Verzoekers wensen dat de geboortekte die in India is opgemaakt en waarin zij als vader en moeder zijn vermeld,

wordt ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. De ambtenaar is van mening dat inschrijving van de akte niet mogelijk is wegens strijd met de openbare orde, reeds omdat de vrouw niet degene is uit wie de minderjarige is geboren.

De rechtbank heeft in de onderhavige zaak geen behoefte aan een uitlating van de zijde van het openbaar ministerie, zodat zij de officier van justitie niet zal vragen om alsnog een conclusie te nemen.

Nu de vrouw en de minderjarige sinds 20 mei 2011 in Nederland verblijven, de man de Nederlandse nationaliteit heeft en de minderjarige – gelet op het navolgende – de Nederlandse nationaliteit zal verkrijgen, acht de rechtbank zich op grond van artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bevoegd om van het verzoek kennis te nemen.

De rechtbank stelt voorop dat uit artikel 10 juncto artikel 9 van de Wet conflictenrecht afstamming (WCA) volgt dat in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, welke zijn neergelegd in door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte worden erkend, tenzij het rechtsfeit of de rechtshandeling niet is voorafgegaan door een zorgvuldig onderzoek of de erkenning van die in een akte neergelegde rechtsfeiten of handelingen in strijd met de openbare orde zou zijn.

Afstammingsbetrekkingen naar Indiaas recht

Nu niet anders is gesteld of gebleken, gaat de rechtbank er van uit dat de draagmoeder de Indiase nationaliteit heeft.

Uit artikel 3 WCA volgt dat Indiaas recht van toepassing is op de vraag of tussen de draagmoeder en de minderjarige familierechtelijke betrekkingen zijn ontstaan.

De rechtbank heeft kennisgenomen van de beschrijving van de wettelijke regeling rond draagmoederschap in India zoals dit is weergegeven in het rapport van Utrecht Centre for European Research into Family Law, genaamd “Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen”. Uit die beschrijving blijkt dat in India wetgeving wordt voorbereid die draagmoederschap zal regelen. Verder blijkt uit dit rapport dat de Supreme Court van Gujarat een arrest heeft gewezen (het zogenaamde Balaz arrest) waaruit kan worden geconcludeerd wie naar Indiaas recht de juridische ouders zijn van een kind in het geval gebruik is gemaakt van genetisch materiaal van de wensvader en van een anonieme eiceldonor. In dat geval is naar Indiaas recht de wensvader de juridische vader en de draagmoeder is de juridische moeder. In dat licht bezien stelt de rechtbank vraagtekens naar het onderzoek dat in India is voorafgegaan aan het opmaken van de geboorteakte. Verzoekers hebben daarover ter terechtzitting verklaard dat de akte is opgemaakt aan de hand van de draagmoederschapsovereenkomst, terwijl daarin – naar gebleken is abusievelijk – staat vermeld dat beide wensouders hun genetisch materiaal zouden afstaan voor de procedure, hetgeen in werkelijkheid niet mogelijk is geweest. Ook de door verzoekers overgelegde juridische opinie (bijlage 11 bij het verzoekschrift) inhoudende dat verzoekers naar Indiaas recht de juridische ouders van de minderjarige zijn, is gebaseerd op de draagmoederschapsovereenkomst. Voorts is – zelfs indien van genetisch materiaal van de wensmoeder sprake zou zijn geweest –, naar Indiaas recht, onduidelijk of in dat geval de wensmoeder wel als juridische moeder zou worden aangemerkt, zoals de rechtbank eveneens opmaakt uit voornoemd rapport.

Strijd met de openbare orde?

Naar Nederlands recht, artikel 1:198 BW, is moeder van een kind de vrouw uit wie het kind is geboren of die het heeft geadopteerd. Naar het oordeel van de rechtbank geeft deze regel een beginsel weer van juridische en sociale aard dat in de Nederlandse samenleving als fundamenteel wordt

beschouwd. Weliswaar is de draagmoeder in dit geval genetisch niet verwant aan de minderjarige, dit maakt het oordeel van de rechtbank niet anders. Zolang de Nederlandse wetgeving dienaangaande geen andere mogelijkheden biedt, kan de vrouw niet zonder meer als juridisch moeder van de minderjarige worden aangemerkt en dient de vrouw naar het oordeel van de rechtbank de minderjarige te adopteren, om zich als juridische moeder te kunnen laten registeren in de registers van de burgerlijke stand. Om deze reden zal de rechtbank het verzoek om de ambtenaar te gelasten tot inschrijving van de Indiase geboorteakte over te gaan, afwijzen.

Verklaring voor recht Nederlandschap ex artikel 17 van de Rijkswet op het Nederlandschap

Omdat dit verzoek is gedaan onder het kopje “primair” zal de rechtbank dit verzoek nu beoordelen, hoewel dit nauw verband houdt met het hierna nog aan de orde komende verzoek van de bijzonder curator tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Nu uit het hiernavolgende blijkt dat het verzoek om gerechtelijke vaststelling zal worden toegewezen, kan de minderjarige op grond van artikel 4 van de Rijkswet op het Nederlandschap (RWN) de Nederlandse nationaliteit verkrijgen niet eerder dan na een termijn van drie maanden na de datum van deze beschikking. Deze termijn hangt samen met het feit dat deze gerechtelijke vaststelling van het vaderschap pas onherroepelijk is als binnen die drie maanden geen hoger beroep is ingesteld. De minderjarige heeft echter een belang bij het verzoek tot vaststelling dat zij het Nederlandschap nu reeds bezit, aangezien dan aan haar een paspoort zal worden verstrekt zodat het gezin zich kan herenigen in [woonplaats A] in de Verenigde Arabische Emiraten, alwaar verzoekers een woning hebben en de man werkzaam is.

Hoewel de rechtbank van oordeel is dat aan deze schrijnende situatie snel een einde zou moeten komen, ziet zij geen mogelijkheid in de bepalingen van de RWN om het Nederlandschap vast te stellen op een moment eerder dan in artikel 4 van deze wet is bepaald. Het verzoek mist naar het oordeel van de rechtbank een juridische grondslag, zodat het zal worden afgewezen.

Overige verzoeken om verklaringen voor recht

De overige verzoeken zoals geformuleerd onder het kopje “primair” zal de rechtbank in het licht van bovenstaande overwegingen aangaande de Nederlandse openbare orde afwijzen. De verklaring voor recht dat de man vanaf het moment van geboorte de juridische vader zou zijn geweest is naar Nederlands recht ondenkbaar, nu hij niet getrouwd was en ook niet kon zijn, met de draagmoeder. Het feit dat hij op de geboorteakte staat vermeld brengt naar het oordeel van de rechtbank evenmin mee dat dit zou moeten worden gezien als een erkenning van de minderjarige zoals het Nederlands recht dit kent in artikel 1:199 BW. Voor het verzoek te verklaren voor recht dat verzoekers het gezag hebben over de minderjarige geldt eveneens dat dit verzoek een rechtsgrond ontbeert, nu de man niet eerder dan na drie maanden onherroepelijk juridisch vader zal zijn en de vrouw pas na adoptie juridisch moeder van de minderjarige zal zijn. In het hiernavolgende zal echter nog worden terug gekomen op het gezag over de minderjarige en de tijdelijke voogdij.

Vaststelling van de geboortegegevens van de minderjarige

Nu de Indiase geboorteakte van de minderjarige niet voor inschrijving in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand in aanmerking komt, doet zich de situatie voor als bedoeld in artikel 1:25c BW. Van de minderjarige, die in het buitenland is geboren, kan immers geen akte van geboorte overeenkomstig de plaatselijke voorschriften door een bevoegde instantie opgemaakt, althans geen voor inschrijving vatbare akte, worden overgelegd.

Gelet op het voorgaande kunnen van de minderjarige de voor het opmaken van de geboorte akte noodzakelijke gegevens worden vastgesteld, indien, voor zover hier van belang, de minderjarige Nederlander is, de minderjarige rechtmatig in Nederland verblijft op grond van artikel 8, onder c en d, van de Vreemdelingenwet 2000 dan wel indien op grond van Boek 1 BW een latere vermelding aan

de akte van geboorte van de minderjarige moet worden toegevoegd. Nu de minderjarige het Nederlanderschap pas verkrijgt door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de man en de minderjarige genoemde verblijfsstatus niet heeft, kunnen verzoekers alleen in hun verzoek worden ontvangen op de grond dat een latere vermelding aan de akte van geboorte van de minderjarige moet worden toegevoegd.

Indien het hierna te noemen verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap voor toewijzing in aanmerking komt, is van een dergelijke grond sprake. Aangezien dit verzoek zal worden toegewezen zijn verzoekers ontvankelijk in hun verzoek. Aangezien de ambtenaar geen verweer heeft gevoerd tegen dit verzoek zal het verzoek worden toegewezen als na te melden.

Uit artikel 5a van de Wet conflictenrecht namen (WCN) volgt dat indien de geslachtsnaam of de voornamen van een persoon ter gelegenheid van de geboorte buiten Nederland zijn vastgesteld, een en ander met inachtneming van ter plaatse geldende regels van internationaal privaatrecht, en zijn neergelegd in een overeenkomstig de plaatselijke voorschriften door een bevoegde instantie opgemaakte akte, worden de aldus vastgelegde geslachtsnaam of voornamen in Nederland erkend. De erkenning kan niet wegens strijd met de openbare orde worden geweigerd op de enkele grond dat een ander recht is toegepast dan uit de bepalingen van deze wet zou zijn gevolgd.

Uit de geboorteakte van de minderjarige blijkt dat zij een namenreeks heeft. Naar Indiaas recht worden de namen in India immers niet verdeeld in voor- en geslachtsnamen; iedereen draagt slechts één of meer "eigennamen". De namen [de minderjarige] worden derhalve door de rechtbank beschouwd als namenreeks.

De rechtbank is voorts van oordeel dat uit de inhoud van de in het geding gebrachte stukken en het behandelde ter terechtzitting voldoende aanwijzingen zijn verkregen omtrent de omstandigheden waaronder en de datum waarop de geboorte van de minderjarige moet hebben plaatsgehad.

Het verzoek is op de wet gegrond en op navolgende wijze voor toewijzing vatbaar.

Nu de aard van de zaak zich verzet tegen het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van de beschikking, zal de rechtbank het hiertoe strekkend verzoek afwijzen. De rechtbank verwijst hiervoor naar het bepaalde in de artikelen 1: 20 en 1: 25f BW.

Gerechtelijke vaststelling vaderschap/vaststelling geslachtsnaam en voornaam van de minderjarige

Bevoegdheid

Nu de vrouw en de minderjarige sinds 20 mei 2011 in Nederland verblijven, de man de Nederlandse nationaliteit heeft en de minderjarige – zoals hierna zal worden overwogen – de Nederlandse nationaliteit zal verkrijgen, acht de rechtbank zich op grond van artikel 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bevoegd om van de verzoeken kennis te nemen, met inachtneming van het navolgende.

Toepasselijk recht

Op de vraag of en onder welke voorwaarden het vaderschap van de man kan worden vastgesteld zal de rechtbank op grond van artikel 6 WCA Nederlands recht toepassen omdat de gewone verblijfplaats van de minderjarige sedert 11 mei 2011 en derhalve het grootste deel van haar leven in Nederland is gevestigd.

Ingevolge artikel 1:207 eerste lid van het BW kan het kind, vertegenwoordigd door een bijzonder curator, een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap doen. Om proceseconomische redenen zal de rechtbank zich eerst uitspreken over het verzoek van de bijzonder curator

dienaangaande.

Artikel 1:207, eerste lid, BW bepaalt – onder meer – dat het vaderschap van een man kan worden vastgesteld op de grond dat deze de verwekker is van het kind. Het verzoek kan worden ingediend door de moeder of het kind. De bijzonder curator heeft verzocht het vaderschap van de man vast te stellen. Voornoemd artikel verbindt voor het kind geen termijn aan indiening van het verzoek zodat de bijzonder curator te dien aanzien kan worden ontvangen in zijn verzoek. De minderjarige is verwekt door middel van in vitro fertilisatie, met zaad van de man. De man wordt derhalve aangemerkt als biologische vader en niet als verwekker van de minderjarige. Op die grond kan de bijzonder curator in beginsel niet worden ontvangen in zijn verzoek.

De rechtbank ziet in de onderhavige zaak evenwel aanleiding om aanknopingspunten te zoeken bij jurisprudentie betreffende artikel 1:204, derde lid, BW (vervangende toestemming tot erkenning) op grond van het bepaalde in artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). In de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt het onderscheid dat de Nederlandse wetgever heeft aangebracht tussen enerzijds een biologische vader – verwekker, en anderzijds een biologische vader – donor, niet aangetroffen. Het bestaan van de bloedverwantschap geldt als biologisch gegeven en de wijze van verwekking speelt daarbij geen rol. Voldoende is bloedverwantschap in combinatie met concrete omstandigheden benodigd voor het bestaan van een gezinsleven. Een biologische en sociale werkelijkheid dient volgens het EHRM te gaan boven de wettelijke presumptie. Gelet op het vorenstaande zou het niet-ontvankelijk verklaren van de bijzonder curator in zijn verzoek op de grond dat de man niet de verwekker is, in de lijn van de jurisprudentie van het EHRM naar het oordeel van de rechtbank een schending opleveren van artikel 8 EVRM.

Ingevolge dit artikel heeft de biologische vader die “family life” heeft met zijn kind, ongeacht de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan, recht op bescherming van dit “family life”.

De rechtbank dient aldus na te gaan of er in de thans voorliggende zaak voldoende concrete omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan het bestaan van “family life” kan worden aangenomen. Aangezien de minderjarige direct na haar geboorte aan de man en de vrouw is overgedragen en zij sindsdien de verzorging en opvoeding van de minderjarige op zich hebben genomen, is de rechtbank van oordeel dat vaststaat dat hier sprake is van “family life” tussen de man en de minderjarige. Nu uit DNA onderzoek vast staat dat de man de biologische vader is en vast staat dat er sprake is van “family life”, is de rechtbank van oordeel dat de man in dit geval gelijkgesteld dient te worden met de verwekker, zodat de bijzonder curator in zijn verzoek kan worden ontvangen.

Nu de draagmoeder herhaaldelijk te kennen heeft gegeven in haar verklaringen dat zij wenst dat de man als juridische ouder wordt erkend, gaat de rechtbank ervan uit dat zij met de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap instemt en zal zij niet in haar belangen wordt geschaad nu zij om voornoemde redenen niet ter zitting is opgeroepen om haar standpunt te kennen te geven. Het verzoek van de minderjarige zal als op de wet gegrond worden toegewezen nu dit in het belang van de minderjarige wordt geacht.

Nu het verzoek van de bijzonder curator wordt toegewezen, komt de rechtbank niet meer toe aan de beoordeling van het uiterst subsidiaire verzoek van de man tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

Naamskeuze

Artikel 1:5 tweede lid, BW bepaalt dat indien een kind door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in familierechtelijke betrekking tot de vader komt te staan het de geslachtsnaam van de moeder houdt, tenzij de moeder en de man wiens vaderschap is vastgesteld gezamenlijk verklaren dat het kind de geslachtsnaam van de vader zal hebben. De man en de draagmoeder hebben verklaard dat

zij als geslachtsnaam voor de minderjarige kiezen voor [geslachtsnaam man] waarmee de voornamen komen te luiden [voornamen minderjarige].

Nu bij de vaststelling van de geboortegegevens nog is uitgegaan van de in India genoteerde namen als namenreeks, zal de rechtbank het verzoek tot wijziging van die namenreeks in de voornamen: [voornamen minderjarige] toewijzen.

Vervangende toestemming erkenning

Nu het verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt toegewezen overweegt de rechtbank dat niet duidelijk is geworden wat het belang van de man nog is bij zijn subsidiair gedane verzoek tot verlening van vervangende toestemming tot erkenning van de minderjarige. Zulks is ter zitting door verzoekers onvoldoende toegelicht.

Voorzover dat belang zou zijn gelegen in een snellere verkrijging van het Nederlanderschap voor de minderjarige op grond van artikel 4 RWN geldt dat naar het oordeel van de rechtbank niet duidelijk is of die toestemming voor erkenning van de draagmoeder ontbreekt, nu zij uitdrukkelijk verklaart afstand te willen doen van alle rechten. Anderzijds is niet duidelijk gebleken in hoeverre de ambtenaar een dergelijk verzoek tot erkenning zou honoreren, gegeven het feit dat de geboorteakte uit India niet kan worden ingeschreven en de vaststelling van de geboortegegevens alleen plaats kan vinden vanwege de latere vermelding van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Op grond hiervan komt de rechtbank ten tijde van het afgeven van deze beschikking niet tot de conclusie dat het verkrijgen van het Nederlanderschap door middel van de vervangende toestemming voor erkenning een snellere weg voor verzoekers zou zijn dan de in onderhavige beschikking gegeven vaststelling van het vaderschap.

Gezag en tijdelijke voogdij

Ten aanzien van het verzoek aangaande gezag en tijdelijke voogdij overweegt de rechtbank als volgt.

Nu de minderjarige haar gewone verblijfplaats ten tijde van het verzoek in Nederland had en nog heeft, is de Nederlandse rechter bevoegd op grond van artikel 8 van de verordening (EG) nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000 (Brussel II-bis).

Nu de minderjarige is geboren voor 1 mei 2011 geldt dat op grond van artikel 3 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag van 1961 moet worden beoordeeld of naar de interne wet van de Staat waarvan de minderjarige onderdaan is, een gezagsverhouding is ontstaan. Nu onduidelijk is of de minderjarige bij de geboorte de Indiase nationaliteit heeft gekregen is van een uit Indiaas recht voortvloeiende gezagsverhouding niet gebleken.

Nu het verzoek in de onderhavige procedure is ingediend na 1 mei 2011 dient eveneens te worden beoordeeld of op grond van artikel 16 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag van 1996 naar Nederlands recht van rechtswege een gezagsverhouding is ontstaan. Naar Nederlands recht heeft de draagmoeder van rechtswege het eenhoofdig gezag verkregen op grond van artikel 1:253b BW eerste lid.

Nu de man pas na ommekomst van een termijn van drie maanden na deze beschikking en indien geen hoger beroep wordt ingesteld onherroepelijk juridisch vader zal zijn is hij thans nog niet ontvankelijk in zijn verzoek om te worden belast met het (eenhoofdig) gezag op grond van artikel 1:253c BW. De rechtbank zal de zaak daarom pro forma aanhouden tot 1 februari 2012 om de man in de gelegenheid te stellen zijn verzoek met betrekking tot het gezag desgewenst te herhalen. Ten aanzien van de vrouw geldt, dat zij, zolang de man nog geen juridisch vader is, geen beroep kan doen op artikel 1:253t van het BW en zolang zij ook nog geen moeder is door adoptie, evenmin kan worden

ontvangen in haar verzoek. Ook de vrouw zal in de gelegenheid worden gesteld om haar standpunt dienaangaande voor de pro forma datum kenbaar te maken omtrent de door haar gewenste gezagsvoorziening.

Voorwaardelijk verzoek: tijdelijke voogdij

De rechtbank is van oordeel dat zolang de vaststelling van het vaderschap nog niet onherroepelijk is, de man belang heeft bij zijn verzoek om te worden belast met de tijdelijke voogdij, samen met de vrouw. Hoewel de draagmoeder nu nog het eenhoofdig gezag van rechtswege over de minderjarige heeft, is zij niet in staat en ook niet bereid dit gezag uit te oefenen.

Het verzoek tot gezamenlijke voogdij kan ingevolge het bepaalde in artikel 1:282 BW slechts op eensluidend verzoek van de voogd en een ander die in een nauwe persoonlijke betrekking tot de minderjarige staat, worden gedaan. De rechtbank verstaat het verzoek met betrekking tot de voogdij aldus dat de man verzoekt te worden belast met de voogdij en aansluitend als voogd verzoekt om de voogdij gezamenlijk met de vrouw te mogen uitoefenen.

Het is in het belang van de minderjarige dat verzoekers beslissingen kunnen nemen in haar belang, nu de minderjarige sedert haar geboorte wordt verzorgd en opgevoed door verzoekers en met name door de vrouw. Artikel 1:253q BW derde lid, in samenhang met artikel 1: 253r BW eerste lid sub a, bepaalt dat wanneer een ouder die alleen het gezag uitoefent al dan niet tijdelijk in de onmogelijkheid verkeert het gezag uit te oefenen, de rechtbank de andere ouder, of een voogd, met het gezag belast. Aangezien de man pas na drie maanden en indien geen hoger beroep wordt ingesteld onherroepelijk juridisch vader zal zijn en de gezagsbeslissing in deze beschikking drie maanden wordt aangehouden, zal de rechtbank beide verzoekers belasten met de tijdelijke voogdij over de minderjarige, in afwachting van de uiteindelijke voorziening in het gezag.

Proceskosten

Nu de rechtbank de beslissing ten aanzien van het gezag zal aanhouden, zal ook de beslissing omtrent de proceskosten worden aangehouden.

Beslissing

De rechtbank:

– stelt de volgende voor het opmaken van een geboorteakte noodzakelijke gegevens vast:

naam : [de minderjarige]

geboortedatum : [geboortedatum minderjarige]

geboorteplaats : [geboorteplaats minderjarige], India

geslacht : vrouwelijk

naam moeder : [de draagmoeder]

geboortedatum moeder :

geboorteplaats moeder :

– stelt vast het vaderschap van:

[de man], geboren op [geboortedatum] te [geboorteplaats]

over:

[de minderjarige], geboren op [geboortedatum minderjarige] te [geboorteplaats minderjarige], India

uit:

[de draagmoeder];

– stelt vast dat de verklaring van de man en de moeder luidt dat de minderjarige de geslachtsnaam [geslachtsnaam man] zal dragen;

– gelast de wijziging van de voornamen van de minderjarige in die zin dat de voornamen komen te luiden: [voornamen minderjarige];

– belast met ingang van heden de volgende personen met de tijdelijke voogdij over [de minderjarige], geboren te [geboorteplaats minderjarige], India op [geboortedatum minderjarige]:

[de man], geboren op [geboortedatum] te [geboorteplaats] en

[de vrouw], geboren op [geboortedatum] te Pakistan,

en verklaart deze beschikking ten aanzien van de voorziening in de tijdelijke voogdij uitvoerbaar bij voorraad;

– houdt elke verdere beslissing omtrent het gezag en de proceskosten aan tot 1 februari 2012 pro forma teneinde partijen in de gelegenheid te stellen de alsdan opgemaakte geboorteakte over te leggen met de daaraan gehechte latere vermeldingen en hun standpunt(en) kenbaar te maken ten aanzien van de door hen gewenste gezagsvoorziening;

– wijst af het meer of anders verzochte, behoudens hetgeen is verzocht ten aanzien van de gezagsvoorziening en de proceskosten.

» Noot

Het aantal stellen dat problemen ondervindt bij het krijgen van kinderen op natuurlijke wijze lijkt te stijgen. Bovendien merkt men tegelijkertijd een daling in het aantal kinderen die kunnen worden geadopteerd. Deze tendensen brengen met zich dat stellen die niet op natuurlijke wijze een kind kunnen krijgen en geen kind kunnen of willen adopteren, op zoek moeten gaan naar andere mogelijkheden om hun kinderwens in vervulling te laten gaan. Eén van die mogelijkheden is draagmoederschap. De meeste gevallen die bij de rechtbank terecht komen, hebben bovendien een internationale dimensie. Twee gevallen worden in deze noot besproken, te weten de uitspraken van de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage van 9 november 2010 (LJN BP3764) en van de Rechtbank 's-Gravenhage van 24 oktober 2011 (LJN BU3627). In beide gevallen wordt de Nederlandse rechter met een buitenlandse geboorteakte geconfronteerd waarop de naam van de wensmoeder staat in plaats van de naam van de moeder uit wie het kind is geboren.

In gevallen waarin de wensouders gelijk als juridische ouders op de geboorteakte conform het ter plaatse geldende buitenlandse recht worden vermeld, rijst de vraag of sprake is van schending van de Nederlandse openbare orde indien er gebruik wordt gemaakt van draagmoederschapstechnieken. Een dergelijke situatie heeft de Rechtbank 's-Gravenhage in haar uitspraak van 14 september 2009 beoordeeld («JPF» 2011/36). Gesteld werd dat art. 1:198 BW een regel van openbare orde is:

“Gelezen in samenhang met voormelde artikelen van het IVRK [artikel 7] acht de rechtbank dit beginsel van openbare orde. Een kind moet, indien mogelijk, aan de hand van de geboorteakte in staat worden gesteld zijn afstamming van moederszijde te kennen.”

Deze redenering lijkt inmiddels wel vaste jurisprudentie te worden. Rechtbank 's-Gravenhage (LJN BU3627) komt met het argument dat deze regel een beginsel weergeeft “*van juridische en sociale aard dat in de Nederlandse samenleving als fundamenteel wordt beschouwd. Weliswaar is de draagmoeder in dit geval genetisch niet verwant aan de minderjarige, dit maakt het oordeel van de rechtbank niet anders*”. Kortom, art. 1:198 BW is van openbare orde en de moeder uit wie het kind is geboren moet op de geboorteakte worden vermeld.

De vraag rijst echter waarom een schending van deze regel in strijd is met de Nederlandse openbare orde: is het niet vermelden van de biologische moeder op de geboorteakte (schending van het *mater certa semper est* beginsel) relevant of gaat het om de onmogelijkheid voor het kind om zijn of haar afstammingsgegevens te traceren (schending van status- en afstammingvoorlichting)? Gelet op de verschillende manieren waarop het buitenland omgaat met draagmoederschap is een antwoord op deze vraag cruciaal.

In de Tweede Kamer heeft de Minister van Justitie gesteld dat draagmoederschap strijdig is met de openbare orde omdat de *mater certa semper est* regel wordt geschonden (*Kamerstukken II 2001/02, 26 675, nr. 6, p. 19*). De Nederlandse openbare orde zou zich tegen het vermelden op de geboorteakte van een vrouw verzetten die niet de biologische moeder van het kind is. Zoals Schwenzer heeft opgemerkt baseren de meeste jurisdicties de regels met betrekking tot de afstamming aan moederszijde op het beginsel van *mater certa semper est*. De reden voor de handhaving van deze regel wordt echter verder niet uitgelegd. Een van de mogelijke redenen lijkt de schending van het recht op afstammingsvoorlichting te zijn.

Als de openbare orde zich meer richt op de bescherming van het recht om over afstammingsgegevens te beschikken dan dienen twee vragen te worden gesteld. Ten eerste: welke personen vallen onder de reikwijdte van dit beginsel? In beginsel moet een kind aan de hand van de geboorteakte in staat worden gesteld zijn afstamming van moederszijde te kennen. Maar van wie stamt het kind af, van de genetische moeder of van de biologische moeder of beiden? Kan de bescherming geboden door art. 7 IVRK zich ook uitstrekken tot bescherming van de afstammingsgegevens met betrekking tot een draagmoeder die slechts biologisch is verwant met het kind en niet genetisch? Tot nu toe is er hier geen duidelijk antwoord op te geven.

Ten tweede: op welke manieren kan er invulling worden gegeven aan dit recht? Bijvoorbeeld, in de Oekraïne wordt een geboorteakte rechtstreeks opgemaakt op naam van de wensouders, en wordt daarnaast een aantekening gemaakt in de registers van de burgerlijke stand van het feit dat er sprake is geweest van een draagmoederschap. De identiteit van de draagmoeder zou in dit geval alsnog kunnen worden achterhaald. Is een dergelijke vermelding genoeg om te voldoen aan de internationale en nationale verplichting jegens een kind om het recht op afstammingsvoorlichting te waarborgen? Met het oog op de mogelijkheid om de niet-genetische draagmoeder te kunnen traceren, zou kunnen worden betoogd dat een dergelijke vermelding of registratie voldoende is om aan de mensenrechtelijke verplichting te kunnen voldoen. Dan rijst wederom de vraag of een geboorteakte waarop de biologische moeder niet vermeld staat (maar wel de genetische moeder) in combinatie met de registratie van de identiteit van de biologische moeder in strijd is met de Nederlandse openbare orde. In dit geval zouden andere redenen moeten worden aangedragen om schending van de openbare orde aan te tonen.

Wat opvalt in de uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage (LJN BP3764) is het totale gebrek aan verwijzingen naar het internationaal privaatrecht. Ondanks het feit dat er wellicht sprake zou kunnen zijn van een beroep op art. 8 EVRM, had de rechter op z'n minst moeten beoordelen of er sprake was van een geboorteakte die in Nederland in aanmerking komt voor erkenning. De redenering dat de man in Nederland de bevoegdheid had om te erkennen, is in die zin erg kort door de bocht. Het feit dat de man de bevoegdheid heeft en ter zitting aangeeft daar gebruik van te willen maken, is absoluut geen garantie dat hij er *daadwerkelijk* gebruik van gaat maken. Een Nederlands paspoort afgeven op basis van de toezegging van de man die de bevoegdheid heeft om te

erkennen, gaat voor mij een stap te ver. Bovendien waarom zou de man überhaupt moeten erkennen als de geboorteakte in Nederland in aanmerking komt voor erkenning? Genoeg reden dus om die vraag altijd als eerste te behandelen.

De Rechtbank 's-Gravenhage van 24 oktober 2011 daarentegen heeft een dergelijke beoordeling wel degelijk uitgevoerd. Na een uitgebreide beschouwing inzake de mogelijkheid om de Indiase geboorteakte in Nederland te erkennen (waarin tot de conclusie wordt gekomen dat erkenning van de geboorteakte onmogelijk is wegens strijd met de Nederlandse openbare orde), worden de geboortegegevens van de minderjarige vastgesteld. Op deze manier wordt toch recht gedaan aan de Nederlandse wettelijke regels omtrent erkenning van buitenlandse geboorteaktes, maar tegelijkertijd ook recht gedaan aan de feitelijke situatie en de bedoelingen van partijen. Door deze manier van redeneren wordt het gelukkig moeilijk voor ouders om een buitenlandse geboorteakte in Nederland erkend te krijgen indien beide ouders niet genetisch verwant zijn met het kind. De rechtbank heeft namelijk de geboortegegevens vastgesteld via het verzoek tot gerechtelijke vaststelling en niet via de route van vervangende toestemming tot erkenning. Hierdoor kan toch nog worden verzekerd dat ten minste de vader een genetische band zou moeten hebben met het kind. Op deze manier wordt de mogelijkheid om een draagmoeder in te schakelen om de adoptieprocedure te omzeilen toch enigszins beperkt.

I. Curry-Sumner,