

Consultatie over het conceptwetsvoorstel Kind, draagmoederschap en afstamming

## **Draagmoederschap, wensouders en nationaliteit**

### **1.**

Ik beperk me hoofdzakelijk tot de situatie waarin op grond van de eenzijdige conflictregel BW 10:98a Nederlands recht van toepassing is op het draagmoederschap. Er is in die situatie voldoende aanknopingspunt met Nederland, blijkens de eisen omtrent gewone verblijfplaats en/of nationaliteit van draagmoeder en wensouders ( art.BW 1:215. )

Een van de doelstellingen van het wetsvoorstel is dat het kind de nationaliteit van tenminste één van de wensouders zal bezitten. (art.1:215(i)BW. Ik wil ingaan op de nationaliteitsrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel. Het heeft mij enigszins verrast, dat de Rijkswet Nederlanderschap (RWN) in deze aangelegenheid niet betrokken is. Dat heeft tot gevolg dat de RWN en het onderhavige wetsvoorstel niet op elkaar aansluiten.

In art.1 RWN, het definitieartikel, staat vermeld dat voor de toepassing van deze wet 'moeder: de vrouw (is) die het kind ter wereld heeft gebracht.'

Art.3(1)RWN luidt: 'Nederlander is het kind waarvan ten tijde van zijn geboorte de vader of de moeder Nederlander is (...)'

Dit brengt mee, dat het kind van een Nederlandse draagmoeder Nederlander is. Daarmee is zeker voldaan aan de eis van art. 1:215(i) BW, maar ik vraag mij af of dat ook de bedoeling is. Tot nog toe spoorde de definitiebepaling van art.1 RWN met art. 1:198 BW, maar die bepaling is nu juist zo gewijzigd, dat de draagmoeder niet meer de 'moeder' van het kind is. Zoals blijkt uit de Mvt ( p.14) : 'het uitgangspunt dat de geboortemoeder altijd de moeder van het kind is, wordt met deze aanpassing verlaten'. Naar mijn mening dient dan ook art.1 RWN op dit punt te worden gelijkgetrokken met art. 1:198 B, voor zover het niet de bedoeling is dat de draagmoeder haar Nederlandse nationaliteit doorgeeft. Nu de strekking van het wetsvoorstel is, de banden van het kind met de draagmoeder in talrijke opzichten te verbreken, behoudens de wetenschap van de identiteit van de draagmoeder, ligt het niet voor de hand te Nederlandse nationaliteit toe te kennen op grond van het 'moederschap' van de draagmoeder.

De situatie kan zich voordoen, dat alle betrokkenen, de draagmoeder en de wensouder(s), rechtmatig verblijf in Nederland hebben zonder dat één van hen de Nederlandse nationaliteit bezit(art.215(k) BW. Dat rechtmatig verblijf is voldoende aanknopng met Nederland om het Nederlandse recht toe te passe, zeker gecombineerd het vereiste dat de in Nederland een draagmoederschapsovereenkomst is gesloten ( art. 10:98a BW). De Nederlandse rechter zal dus moeten vaststellen 'dat het kind vanaf de geboorte de nationaliteit van één van de wensouders zal bezitten.' In de huidige versie van art.3(3) RWN kan het kind de Nederlandse nationaliteit verkrijgen op grond van het feit dat de buitenlandse 'moeder' hoofdverblijf in Nederland heeft en zelf geboren is als kind van een vader of moeder die ten tijde van haar geboorte in( Nederland) hoofdverblijf had (...)' Hier geldt dezelfde vraag: is dat beoogd? Daarbij dient wel bedacht te worden, dat het recht op en nationaliteit van het kind in verschillende verdragen is vastgelegd, en dat dit artikeldeel daarin voorziet.

Hebben staatloze wensouders met rechtmatig verblijf in Nederland recht op het gebruik maken van het draagmoederschap? Zij kunnen geen nationaliteit overdragen. Het vaststellen van de nationaliteit van vluchtelingen loopt ook op problemen, omdat er in beginsel geen contact gezocht mag worden met de autoriteiten van het land van herkomst. Ik zie niet in waarom deze categorieën van personen het recht op een uit een draagmoederschapsovereenkomst voortspruitend kind ontzegd zou moeten worden. Ik meen daarom dat deze bepaling in art.215(i) BW zou dienen te vervallen, dan wel dat er in ons nationaliteitsrecht een mouw aan dient te worden gepast.

2.

Wat betreft de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen draagmoederschapsrelaties toch nog het volgende. In art.BW 10:101 (a) komt de RWN even om de hoek kijken. Maar er rijzen ook hier vragen.

'Een in het buitenland tot stand gekomen xxxxx waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming na draagmoederschap zijn vastgesteld of gewijzigd in Nederland (wordt) uitsluitend erkend als de rechter dit verklaart,'

Wordt ook bij deze rechterlijke erkenning de eis gesteld dat vaststaat dat het kind de nationaliteit van één van de wensouders heeft verworven? Is het niet verwerven van de nationaliteit van één van de wensouders een grond om de

openbare orde in het geweer te roepen teneinde de erkenning te weigeren? Zo niet, dan zijn de eisen te stellen aan de erkenning van buitenlandse draagmoederschappen lichter dan die in eigen land. Daar is veel voor te zeggen in termen van het aanvaarden van een fait accompli, maar het doet ook de vraag rijzen of de internrechtelijke eis niet te streng is, afgezien van de soms moeilijke toepasbaarheid. Het is vaak lastig om vast te stellen of iemand een nationaliteit bezit, zoals blijkt uit de overvloedige jurisprudentie met betrekking tot het al dan niet bezitten van de Nederlandse nationaliteit. Welke graad van zekerheid zal worden geleverd?

Prof. Mr. H.U. Jessurun d'Oliveira

(oud-vicevoorzitter Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, oud-hoogleraar migratierecht Universiteit van Amsterdam, verbonden aan Prakken d'Oliveira, Human Rights Lawyers.