



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Horizontale werking van grondrechten

Vos, B.J. de

Citation

Vos, B. J. de. (2010, October 14). *Horizontale werking van grondrechten*. Meijers-reeks. Maklu, Apeldoorn. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16040>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16040>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

5 | Overvloed en onbehagen

Zoals in hoofdstuk 3 geschetst behelst de Europese derdenwerkingrechtspraak relatief weinig revolutionaire of zelfs maar door fundamentele rechten substantieel verrijkte uitspraken. Wat de hoofdtoon voert in deze collectie zijn ornamentale en formele referenties of in het beste geval, zoals in hoofdstuk 4 geïllustreerd, transformaties van privaatrechtelijke begrippen naar een constitutionele noemer.¹ De verklaring voor de overvloed aan dergelijke weinig beduidende applicaties is tweeledig.

5.1 PROCESPARTIJEN

Enerzijds ligt de verantwoordelijkheid deels bij de procespartijen of beter gesteld hun vertegenwoordigers. Vooreerst is een verwijzing naar fundamentele rechten uiteraard een aanlokkelijk stijlelement in zowel pleidooi als neergelegde conclusie, het geeft een aura van rechtmatigheid en gewicht mee aan de handelingen of belangen van de cliënt. Hoewel eerder vrijblijvend in de procedure geïmporteerd, belanden de fundamentele rechten via deze weg toch frequent in een vonnis of arrest dat daardoor onder de noemer van horizontale werking gecatalogeerd komt te staan.

Onontkoombaar is dit het geval wanneer de referentie daadwerkelijk als instrumenteel tot het bekomen van de gewenste uitspraak aangevoerd wordt. In contemporain kader geschiedt dit steeds des te meer, niet slechts omdat dit middel bijvoorbeeld beter zou zijn dan een equivalente privaatrechtelijke norm of het conformerende algemeen rechtsprincipe, maar omdat het constitutioneel argument, zeker bij huidige generaties juristen die opgeleid zijn met de impact van de Europese Conventie voor de rechten van de mens als een der rode draden doorheen het curriculum, eenvoudigweg sneller in de geest opduikt.² Dat daarbij eventueel een *faux pas* wordt gemaakt maakt niet uit, de advocaat put slechts alle rechtsmiddelen uit en vervult daarmee zijn plicht, zodat dienaangaande geen verwijt kan worden gemaakt.

Evenwel wordt regelmatig de toelaatbare marge overschreden, vage of irrelevante aanhalingen zijn daarbij schering en inslag. Voornamelijk in landen

¹ Vgl. in deze richting tevens Berka 1990, p. 40.

² Cf. Atias 1991, p. 435. Vgl. Huls 1995, p. 58-59.

die meer recent het EVRM hebben omhelsd, zoals Engeland³ en in het bijzonder Frankrijk (waar wordt gewaagd van een *logorrhée européenne*⁴ en banalisering⁵ van de Conventie),⁶ is irritatie het resultaat⁷ wanneer hieraan weer eens lukraak wordt gerefereerd, maar het gegeven beperkt zich allerminst tot deze sferen. Fundamentele rechten fungeren in toenemende mate als ultieme reddingsboei. Beroep op hun retorische kracht is voor velen, zoals de zich op zijn *family life* beroepende *stalker* of de godsdienstvrijheid invokerende gezinsteroriserende zeloof,⁸ een laatste vertwijfelde poging de balans niettemin toch nog in het eigen voordeel te laten omslaan.

Uiteraard behoeven de voorbeelden niet consequent dermate extreem te zijn; meer onschuldige exemplaren zijn daarom echter niet minder contaminerend. Zo is heel het *Drittwirkung*-type aangaande (bloed- of) DNA-tests tot vaststelling van de vaderschapsband tot deze oorsprong te herleiden. Hoewel het zuivere privaatrecht, bewijsrecht voorop, nauwkeurig de grenzen van deze actie uitstippelt, daarbij de belangen en rechtmatige aanspraken van de verweerder volwaardig in rekening nemende (*a priori* is een grondig vermoeden van vaderschap noodzakelijk vooraleer dergelijke optie openstaat en bestaat geen dwang⁹ tot medewerking doch kan uit een weigering (in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM)¹⁰ de waarheidsgetrouwheid van de aanspraak worden afgeleid),¹¹ toch worden grondrechten, in bijzonder het

3 Zie bijvoorbeeld *North West Lancashire HA v A, D & G*, [1999] *Lloyd's Rep. Med.*, 415 per Buxton LJ: 'I am disturbed by the appeal to Convention and Community authority that has no sensible connexion with the issues in this case; and by the alternative argument that since those systems protect rights that are in some ways related to the rights asserted in this case they can be used as some sort of support for the applicants' primary case'.

4 Marguénaud 1998, p. 233 (zie tevens Heuschling 2003, p. 33).

5 Eissen 1992, p. 85.

6 Zie tevens de cynische commentaar van Andriantsimbazovina 2001b, p. 2615 alsdat '[l]a Convention et la Cour européenne des droits de l'homme ont pris la place de la religion dans le coeur des justiciables et leurs conseils. Les juristes se convertissent en masse au droit européen des droits de l'homme'.

7 Uiteraard niet noodzakelijk expliciet, cf. Marguénaud 1998, p. 233: 'Alors le juge judiciaire néglige ou écarte l'argument sans pouvoir toujours s'empêcher de laisser transparaître une certaine exaspération'.

8 Zie respectievelijk o.a. Hof Amsterdam 18 maart 1991, *NJ* 1992, 449 en STJ 18 mei 2002 (nr. 02B1290) (zie hoofdstuk 4, voetnoot 121).

9 In Duitsland en Oostenrijk zou wel rechtstreekse dwang mogelijk zijn (cf. Massip 2004b, p. 661, voetnoot 4), doch uit deze landen ontbreekt *fundamental rights* rechtspraak. Tevens dient te worden gesignaleerd dat in België (aarzelend) de mogelijkheid wordt aanvaard een dwangsom op te leggen (o.a. Rb. Gent 21 september 1995, *R.W.* 1998-99, 97; Hof Antwerpen 18 december 2001, *R.W.* 2002-03, 949).

10 Cf. EHRM 7 februari 2002 (*Mikulic v Kroatië*), nr. 53176/99.

11 In België is de legitimiteit neergelegd in art. 331octies B.W. en verdere aspecten resultante van rechtspraak, zie uitvoerig Verschelden 2005, p. 138-142 (en wat de reeds lang voorheen in deze zin gevestigde rechtspraak betreft De Liedekerke 1959, p. 414). Voor Engeland zie Sectie 20-23 *Family Law Reform Act 1969* waarin de rechterlijke macht uitdrukkelijk wordt gemachtigd om in gedingen betreffende de vaststelling van ouderschap tot de afname van bloed of enig ander lichaamsstaal te verzoeken; voor illustraties van de bevoegdheid van

recht op lichamelijke integriteit *c.q.* gezondheid, niettemin ingeroepen om zelfs de legitimiteit *in abstracto* van dergelijke tests te betwisten. Uiteraard zonder al te veel gevolg, al was het maar omdat de afname van een genetische *sample* dermate onbeduidend is dat amper in ernst van aantasting van integriteit kan gewaagd worden. Hoewel het *fundamental rights* argument hier dus al bij voorbaat inzichtelijk is als een vergeefse charge, toch kan dit niet verhinderen dat de jurisprudentie hierdoor in *Drittwirkung* exemplaren wordt getransformeerd. Hier, net als in tal van andere gelijkwaardige situaties, is de rechter immers tot bespreking van dit argument gehouden, zou het niet zijn wegens de voorschriften inzake motivering, dan enkel reeds omdat een omissie op dit vlak de uitspraak verdacht zou maken of althans aan overtuigingskracht zou doen inboeten.¹² Aldus ontstaat een kapitaal aan derdenwerkingjurispru-

de rechtbank bij weigering hieruit de overeenkomstig de omstandigheden passende conclusies te trekken zie o.a. *McVeigh v Beattie*, [1988] 2 W.L.R. 992; *GW (A Minor) (Blood Tests)*, [1994] 2 F.C.R. 908; *G (Parentage: Blood Sample)*, [1997] 1 F.L.R. 360; *H (A Minor) (Blood Tests: Parental Rights)*, [1996] 3 W.L.R. 506; *R v Secretary of State for Social Security Ex p. G. alias Child Support Agency v G*, [1997] 3 F.C.R. 728; *F v Child Support Agency*, [1999] 2 F.L.R. 244; *Child Support Agency v Rust*, (2 december 1999, ongepubliceerd); *Child Support Agency v DF* (26 mei 2000, ongepubliceerd)). Opgemerkt dient te worden dat evenwel geen toestemming is vereist bij afname van jongeren onder de 16 jaar zo de rechtbank dit in hun belang acht, hetwelk voortvloeit uit zekere *Drittwirkung*-rechtspraak, nl. *Re O & J (Paternity: Blood Tests)*, [2000] 2 W.L.R. 1248 (waarin Wall J vooropstelde dat de toenmalig geldende wetgeving volgens dewelke *the person with care and control of the child* een absoluut recht had de afname van een staal bij dergelijke minderjarigen te weigeren onverenigbaar was met het EVRM). In Frankrijk wordt in de regel verwezen naar art. 311-12 cc (hetwelk aangaande betwistingen terzake afstamming in beginsel alle mogelijke bewijsmiddelen toelaat), doch specifiek is art. 16-11 cc welk uitdrukkelijk de mogelijkheid voorziet genetische tests te verzoeken in procedures betreffende de ontkenning of vaststelling van ouderschap met evenzeer de expliciete bepaling dat de adreassaant uitdrukkelijk en voorafgaand toestemming dient te verlenen. Overeenkomstig art. 11 *Nouveau Code de Procédure Civile* kan de rechter uit een weigering tot medewerking het passende gevolg trekken. In praktijk betekent dit dat, ook al zijn er geen bijzondere indicaties die de waarheidsgetrouwheid van de aangevoerde beweringen doen vermoeden (*cf.* art. 340 *code civil*, zie terzake Mirabail 2004, p. 1766-1768) de rechtbank dient te instrueren tot afname van een genetische test telkens wanneer een der partijen hiertoe verzoekt, tenzij hiertegen enig legitiem bezwaar in te brengen valt (Cass. 28 maart 2000, *JCP* 2000, II, 10409; Cass. 29 mei 2001, *D.* 2002, Jur. 1588; Cass. 17 september 2003 (01-03.408), *D.* 2004, Jur., 659; Cass. 12 mei 2004, *D.* 2005, Jur. p. 1766; Cass. 14 juni 2005 (04-13.913), *D.* 2005, IR, 1961; Cass. 14 juni 2005 (04-15.445), *D.* 2005, IR, 1732; zie tevens Granet-Lambrechts 2004, p. 1419-1421) Ongemotiveerde weigering tot medewerking kan (Cass. 13 oktober 1998, *D.* 1999, Somm. comm., 199) doch hoeft niet (Cass. 17 september 2003 (01-13.856), *D.* 2004, Jur., 659) tot vaststelling van ouderschap te leiden. In Italië voorziet art. 269 cc dat bewijs van ouderschap met alle mogelijke middelen kan worden geleverd, waaronder evenzeer begrepen wordt genetische tests en het gegeven dat zich zonder geldige reden hieraan onttrekken een onderschrijving van de aangevoerde bewering uitmaakt (*cf.* Thomas 2001). In Portugal bepaalt art. 1801 *Código Civil* de rechtmatigheid terwijl art. 519 *Código de Processo Civil* de rechter toelaat uit een weigering conclusies te trekken. In Spanje is de rechtsgeldigheid expliciet neergelegd in art. 127 BW zo begin van bewijs voorhanden is.

12 Zäch 1989, p. 9.

dentie waarin deze rechten overvloedig of zelfs misplaatst zijn, maar welke toch aan de collectie bijdragen.¹³

5.2 MAGISTRATUUR

Anderzijds is ook de magistratuur zelf niet vrij te pleiten van inhoudsloze of althans dubieuze toevoegingen. Ten eerste bestaat de mogelijkheid dat toevoeging van fundamentele rechten slechts opulstering van het vonnis hetzij illustratie van de eigen eruditie beoogt.¹⁴ Ook de gemiddelde rechter is immers niet gespeend van een zekere *vanitas*. Aan dergelijke referentie een instrumentele werking toeschrijven is uiteraard onterecht, zo niet dient bijvoorbeeld evenzeer literatuur als rechtsbron te worden erkend, ook hieruit worden immers (zelfs misleidende)¹⁵ rechtsdirectieven ‘gededuceerd’.¹⁶ Daarnaast behoren vanzelfsprekend ook minder *ego*-beladen verwijzingen tot de mogelijkheid, net als bij de advocatuur ligt bij de magistratuur associatie naartoe fundamentele rechten voor de hand, eventueel zal de rechter daarbij onder meer de vanwege procespartijen op onbepaalde vrijheden gemaakte aanspraken in grondrechten hertalen.¹⁷

In de tweede plaats speelt de problematiek van open normen: uiterst interessante portalen tot de bijna unaniem geprefereerde indirecte horizontale werking, soepele regels met uiterst brede speelruimte maar tegelijk ook kwetsbaar in de dekkingskracht die zij aan de *in concreto* bekomen beslissing verlenen. Juist hier waar zijn autonomie het grootst is zal de rechter, zoals Wiarda terecht schrijft, zich de meeste moeite dienen getroosten objectieve aanknopingspunten voor zijn oordeel aan te reiken,¹⁸ teneinde niet enkel zijn eigen rechtsgevoel te bevredigen maar zich naar de ruimere rechtsgemeenschap als

13 Vgl. bijvoorbeeld ook Alkema over de Maimonides-uitspraak: ‘Tijdens de hele procedure werd een kwistig beroep op mensenrechtenverdragen gedaan, maar dat was niet steeds ter zake’ (Alkema 1988, p. 3062).

14 Het verschijnsel is evenzeer bekend vanuit de studie van rechtsvergelijkende annotaties in rechtspraak (zie o.a. Drobnig 1996, p. 79; Drobnig 1999a, p. 17). Overigens vertoont horizontale werking wel meer gelijkenissen met rechtsvergelijking (al dan niet die naam waardig) in jurisprudentie zoals het frequent exclusief descriptief d.w.z. non-instrumenteel gebruik (cf. Drobnig 1999b, p. 127), de dependentie van het respectievelijk gegeven van aanvoer door procespartijen (in bijzonder in het VK; cf. Örüçü 1999, p. 256, tevens Alpa 2005, p. 199) en applicatie in functie van de bijdrage aan de door de rechtsprekende instantie geprefereerde conclusie (cf. Alpa 2005, p. 199).

15 Cf. Cohen Jehoram 2006, p. 331 m.b.t. de misleidende impact van Süsskind’s *Das Parfum*.

16 Cf. o.a. de verwijzing naar Kundera’s *Ondraaglijke lichtheid van het bestaan* in concl. A-G Leijten (nr. 16) onder HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), NJ 1987, 928.

17 Expliciete hertalingen zijn schaars doch bestaan. Zie o.a. Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, WR 1995, nr. 53 (‘De kantonrechter leest in het verweer van de gedaagde om meerdere – met name – Turkse zenders te mogen ontvangen een beroep op vrijheid van nieuwsgaring in art. 10 van het EVRM’).

18 Wiarda 1988, p. 105.

onafhankelijk waarnemer der geldende normen en waarden te presenteren.¹⁹ Hierin schuilt een der belangrijkste oorzaken voor het succes van (indirecte) horizontale werking, want waar kan hiertoe een beter, meer gezaghebbend of imponerend instrument worden gevonden dan in de fundamentele rechten, deze hooggestemde uitingen der aan het recht ten grondslag liggende *Wertordnung* 'qui ont le prestige des grandes évidences sensibles, intellectes et morales'?²⁰ De enkele verwijzing, de enkele aanspraak dat een bepaald waardenoordeel met grondrechten, met de Constitutie strookt is voor het overgrote *Publikum* afdoende.²¹ Zelfs de loutere toevoeging, als simpel meta-argument, dat een bepaalde waarde aan de rechtsorde fundamenteel is (zonder het daarmee noodzakelijk tot grondrecht *sensu stricto* te promoveren), zoals frequent geschiedt in de Franse jurisprudentie maar evenzeer in de Nederlandse Valkenhorstuitspraak valt te bespeuren, zou, zolang maar een aangepaste terminologische inkleding wordt gehanteerd, in staat blijken dergelijke rol te vervullen.²² Kortom, fundamentele rechten verlossen de rechter uit zijn fragiele individuele, en daarmee van subjectiviteit verdachte, keuze die hij binnen het kader van open normen heeft gemaakt en verheffen deze tot het niveau van onaanraakbare waarheid, maken ze deelachtig aan de (zoals de anarchistische filosoof Stirner uitdrukte)²³ bijna 'religieuze' boodschap en eerbied die zijzelf voorstaan. Aldus betreden dergelijke uitspraken, hun zuiver privaatrechtelijke *collegae* achter zich latende, een van kritiek afgeschermd terrein, verrijkt met *illusie* van nauwkeurigheid en standvastigheid. Daarenboven, en dat is niet zonder belang, geschiedt dit alles zonder dat hierbij een malafide achtergrond speelt: niet beweerd wordt immers dat de magistratuur zich van kunstgrepen zou bedienen, maar integendeel dat deze associatie zozeer voor de hand ligt dat zij in feite neerkomt op een natuurlijke juridische wetmatigheid: waar *Drittwirkung* en open normen in een enkel systeem verenigd zijn, is vanuit motiveringsoogpunt een *liaison* tussen beide bijna onvermijdelijk. Hiermee wordt aan de uitspraak *qua* geldigheid in de regel echter niets toegevoegd, slechts werpt het grondrecht een denkbeeldige (doch daarom niet minder effectieve) barrière tegen kritiek op.

De opwerping tegen deze voorstelling van zaken in te brengen alsdat zij causaal incorrect is en fundamentele rechten niet als dekmantel dienen doch in de regel wel degelijk, vanuit het station der feiten, als (onwrikbare) rails

19 Cf. Scholten 1949, p. 21.

20 Rials 1980, p. 59.

21 Zäch 1989, p. 10.

22 Cf. Champeil-Desplats 1995, p. 327-328.

23 Cf. o.a. 'Als die Revolution die Gleichheit zu einem "Rechte" stempelte, flüchtete sie ins religiöse Gebiet, in die Region des Heiligen, des Ideals. Daher seitdem der Kampf um die "heiligen, unveräußerlichen Menschenrechte"' (M. Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum*, Leipzig: Wigand 1844, p. 248). Zie overigens tevens het taalgebruik van Andriantsimbazovina weergegeven in voetnoot 6).

naartoe de beslissing geleiden, kan in zijn geheelheid niet worden verworpen (en dat is ook niet de bedoeling), maar getuigt wat betreft de meerderheid der rechtspraakcollectie van een naïeve en bovenal met de reële rechtspraktijk onvoldoende vertrouwde visie. Hoewel dergelijke zaken zich inderdaad voordoen (daarbij in het midden gelaten in welke mate de fundamentele rechten daarin een noodzakelijke rol spelen), wijst een veelheid aan indicaties voor het overige in een andere richting. Voor de belangrijkste twee daarvan is zelfs geen diepgravende analyse nodig, maar gewoon basaal theoretisch inzicht *c.q.* casuïstische kennis.

Enerzijds zijn grondrechten in de regel te onbepaald om privaatrechtelijke geschillen af te handelen, al was het maar omdat zij, uiteraard, slechts algemene principes neerpoten van waaruit weinig concrete lessen te trekken vallen (in verticale zin is dat een stuk makkelijker, omdat zij juist, in bijzonder wat betreft de exclusieclausules, op deze verhouding toegesneden zijn en zich daarrond ook een hele aanvullende theorievorming heeft ontwikkeld (welke vanzelfsprekend slecht hecht op de horizontale dimensie)) evenals dat meestal beide partijen fundamentele rechten inroepen, zodat de afweging noodgedwongen toch weer via de privaatrechtelijke *balancing of interests* zal plaatsgrijpen.

Anderzijds blijkt dat het in bijzonder de gevestigde rechtspraktijken en -visies zijn die heden middels fundamentele rechten bestendigd worden; wat voorheen een zuiver privaatrechtelijke afweging was krijgt nu een constitutioneel tintje. Uiteraard zou in weerspraak kunnen geopperd worden dat op de achtergrond dan een nieuwe afweging heeft plaatsgegrepen, een controle van bestaande rechtspraak tegen de constitutionele maatstaf, het is immers niet omdat het resultaat hetzelfde blijft dat de afweging daarachter niet diepgraverder, complexer is geschied. Vanzelfsprekend kan ook deze mogelijkheid *an sich* niet worden uitgesloten en dient eveneens te worden erkend dat hiervan in enkele gevallen ook indicatie bestaat; niettemin gaat het ook hier *in globo* om een eerder theoretische suggestie die door het merendeel der rechtspraak niet wordt ondersteund maar integendeel van impliciete contra-indicaties wordt voorzien: geschiedt dergelijk hernieuwde afweging dan mag immers worden vermoed dat het desbetreffende vonnis of arrest hiervan een blijk geeft, dat is niet enkel een kwestie van motivering maar evenzeer intellectueel prestige, dergelijks doet zich echter niet voor, grondrechten worden in deze louter naakt genoemd, in betere gevallen voorzien van een begeleidende frase, doch niet gehanteerd.

Kortom, beide elementen tonen reeds dat de waarde van fundamentele rechten in horizontale context veel meer het terrein van motivatie dan van oriëntatie betreft, en benevens deze onmiddellijk inzichtelijke elementen zijn er nog verscheidene andere, meer detaillistische indicaties waarneembaar die deze these ondersteunen, zoals het feit dat in de rechtspraak naar de noodzaken van het geval fundamentele rechten worden genegeerd, gedeconstrueerd, van interpretatie voorzien of onttrokken, in zekere waardenschaal geplaatst of deze omgekeerd *etc.* Samengevat dat deze fundamentele rechten in praktijk

zo heerlijk kneedbaar blijken dat duidelijk niet wordt gezocht naar hun inhoud of geleiding, maar naar hun inpasbaarheid binnen een vooropgestelde argumentatie.

5.3 DOCTRINE

Samengevat kan, vanuit perspectief van advocatuur en magistratuur, dergelijke overwegend formele applicatie van fundamentele rechten, althans wanneer het leerstuk van horizontale werking volkomen ingeburgerd is, bijna onvermijdelijk, eerder zelfs vanzelfsprekend heten. In deze wetenschap wordt het gevaar van overschatting van de impact van derdenwerking bezworen, wordt het fenomeen tot zijn werkelijke proporties herleid. Zelfs valt daarmee groten-deels het doek over de aloude vrees ten aanzien van horizontale werking, namelijk dat dit tot een destructie van het privaatrecht leiden zou.

Echter, dergelijk besef blijkt geen gemeengoed. Tekenend is de lichtvaardigheid die in zekere doctrine heerst en waarbij de auteurs zich welwillend door de uitstraling van de in rechtspraak aangehaalde fundamentele rechten laten bedwelmen. Resultante is literatuur waarin de daadkracht van horizontale werking geprezen wordt o.a. middels verwijzing naar wat *in se* slechts *obiter dicta* betreft, en zelfs de vraag naar het dragend vermogen van deze referenties niet eens wordt gesteld.²⁴

Soortgelijke assertaties, frequent samenhangend met de reeds gesignaleerde tendens om onwetendheid omtrent de totaliteit van derdenwerkingrechtspraak te vertalen in geloof aan de uniciteit van het individuele exemplaar, zijn op termijn echter zeer nefast. Stelselmatig lange of korte opmerkingen dat fundamentele rechten in deze of gene jurisprudentie *effect* hebben uitgeoefend creëren de mythe dat de fundamentele rechten *en masse* het perfide privaatrecht corrigeren. Mits eindeloze herhaling kunnen ook druppels een steen uithollen.

Daarbij speelt in het voordeel van dit fenomeen nog eens een uitermate gediensstige factor, namelijk de weg van de minste weerstand. Immers is zo dat dergelijke assertaties slechts vergen dat vastgesteld wordt dat in een privaatrechtelijke litigatie fundamentele rechten worden gehanteerd (kortom dat vastgesteld wordt dat het inderdaad een *Drittwirkung*-uitspraak betreft) en is daarmee de taak afgehandeld. Dat is een dankbare onderneming, uiterst arbeidsarm en meestal behoorlijk vrij van kritiek. Kritiek vraagt namelijk een omvattendere analyse van de uitspraak in kwestie, en de gemiddelde lezer, overigens sterker gebrand op publicaties die over revolutie berichten dan zij die 'All Quiet on the Western Front' verhalen, zal daarvan gespeend zijn. Vereist is, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kennis van de

24 Tevens Bucher 1987a, p. 45.

voorgaande jurisprudentie in de desbetreffende aangelegenheid,²⁵ zo mogelijk ook van deze in de periode van de uitspraak en daarna,²⁶ kennis van ongenoemde wetten,²⁷ wetswijzigingen²⁸ of gewijzigde interpretatie²⁹ op voorlig-

-
- 25 Zie onder meer De Vos 2008, p. 801 *et seq.* waaruit blijkt dat de contemporaine *fundamental rights* rechtspraak slechts opvattingen verkondigt zoals die reeds meer dan een eeuw voorheen in de privaatrechtelijke rechtspraak werden geproclameerd, meer zelfs, dat het ook in deze laatste rechtspraak niet ontbrak aan beschouwingen omtrent de vrijheid van testator en begunstigde.
- 26 Zo schijnt geheel ander licht op de uitspraak van het Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331, door een deel der doctrine, zowel in Nederland (*cf.* § 2.2.4) als daarbuiten (o.a. Ciacchi 2006b, voetnoot 29; Ciacchi 2007, voetnoot 25) erkend als (een der) eerste (Nederlandse) derdenwerkingsexempelen (zie kritisch de referenties in hoofdstuk 2, voetnoot 158), in de wetenschap van een uitspraak van datzelfde Hof uit 1958 (Hof Arnhem (pachtkamer) 15 november 1958, *NJ* 1959, 472) waarin een gelijkaardige conclusie, namelijk vernietiging van een beding dat ontbinding van een pachtcontract voorzag indien de pachter geen medewerking meer verleende aan de religieuze oogmerken van de verpachter, werd bereikt zonder dat zelfs de minste nood aangevoeld werd naar vrijheden, laat staan grondrechten, te verwijzen.
- 27 Zie bijvoorbeeld de befaamde *Mel Yedei* uitspraak (Cass. 6 maart 1996, *D.* 1997, Jur. 167 (zie hoofdstuk 3, voetnoot 290)) waarvan geheel onzeker is wat het Franse Hof van Cassatie ertoe dreef niet eenvoudigweg het even afdoende art. 9 (eventueel 6) *Code civil* te hanteren (zie § 3.3.2.2). Zie in gelijkaardige zin de commentaar van Lemouland 2005, p. 2127 aangaande Cass. 18 mei 2005 waar de vraag wordt gesteld naar de referentie aan art. 3 IVRK wijl hetzelfde had kunnen worden bereikt met een niet genoemde interne norm (nl. wet nr. 2002-305 *de dato* 4 maart 2002 m.b.t. ouderlijk gezag welk evenzeer het belang van het kind als primair vooropstelt).
- 28 Zie bijvoorbeeld het Franse Cass. 12 januari 1999, *D.* 1999, Jur. Comm., 645 m.b.t. een aan een werknemer opgelegd residentiebeding (zie tevens aanmerkingen in hoofdstuk 3, voetnoot 289). Hoewel slechts art. 8 EVRM wordt gehanteerd, verhaalt de daaraan gevoegde terminologie overige inspiratiebronnen, met name heet de inperking van de vrijheid van domicilie door de werkgever slechts geldig mits ‘proportionnée, compte tenu de l’emploi occupé et du travail demandé, au but recherché’, welk in essentie een ontleening is aan art. 120-2 *c. trav.* welk artikel op de feiten *in casu* echter niet toegepast worden kon daar zij van voor de inwerkingtreding van deze bepaling plaats vonden (zie tevens Marguénaud & Mouly 1999, p. 647; vgl. Hunter-Henin 2007, p. 110). In latere rechtspraak blijkt deze laatste bepaling overigens zonder verwijzing naar grondrechten afdoende te zijn tot bescherming der fundamentele *vrijheden*, zie bijvoorbeeld Cass. 12 juli 2005, *D.* 2005, IR, 2174 ([...] alors que, cependant, toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile et que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché et que la clause litigieuse fonde l’obligation faite à l’avocat de fixer son domicile au lieu d’implantation du cabinet sur la seule nécessité d’une “bonne intégration de l’avocat dans l’environnement local”, un tel objectif ne pouvant justifier l’atteinte portée à la liberté individuelle de l’avocat salarié) en Cass. 14 oktober 2008, *JCP S* 2008, A 552.
- 29 Zie bijvoorbeeld de conclusie van het Belgische Cass. 8 december 1976, *J.T.T.* 1977, 27 waar de lagere derdenwerkingrechtspraak i.v.m. ontbinding of beëindiging van arbeidsovereenkomst wegens het feit dat de werknemer zich in een staat had begeven onverenigbaar met de wetten van de katholieke Kerk of moraal als redundant werd gemarkeerd als ressorteert dit casustype eenvoudigweg onder voorschriften van art. 21bis Arbeidsovereenkomstenwet (zie § 4.3).

gend en aanverwante velden,³⁰ van verankerde³¹ of gewijzigde maatschappelijke opvattingen³² en andere paradigmaverschuivingen,³³ een notie van de inhoud die aan de ingeroepen fundamentele rechten toegeschreven wordt³⁴ evenals eventuele pijnpunten daarin³⁵ *etc.* Pas dan kan immers werkelijk iets zinvols omtrent de toegevoegde waarde van de fundamentele rechten in een specifieke casus gezegd worden, pas dan kunnen deze referenties naar ornamentele, formele of substantiële aard gekwalificeerd worden.

Dat klinkt als beschouwingen in het luchtledige, een illustratie is dan ook aangewezen. Met het oog op inzichtelijkheid wordt deze uit het Nederlandse recht gepuurd en, *qui peut le plus peut le moins*, gaat de voorkeur uit naar een meer uitdagende, *de primo visu* het gelijk in pacht hebbende stelling. Zo is bijvoorbeeld interessant de recente bewering van de Nederlandse Mak dat in de jurisprudentie op het vlak van draagmoederschap fundamentele rechten 'have had a strong impact on court decisions rejecting the transfer of parental authority from the surrogate mother to the intended parent'.³⁶ Daartoe wordt verwezen naar uitspraken van de rechtbank van Rotterdam *de dato* 23 maart 1998³⁷ en het Hof van Leeuwarden *de dato* 6 oktober 2004,³⁸ evenals in ondergeschikte orde naar een vonnis van de rechtbank van Utrecht uit 1997.³⁹ Kortom, de gehele verzameling derdenwerkinglitigaties die de Nederlandse jurisprudentie terzake rijk is.⁴⁰ Het behagende element schuilt hierin dat gegronde reden bestaat in eerste instantie met deze bewering in te stemmen daar deze *fundamental rights* rechtspraak inderdaad een restrictiever karakter

30 Vgl. *par exemple* HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 148) waar expliciet in uitdrukking werd gebracht de afhankelijkheid van een *fundamental rights*-argument vanwege door de wetgever nog te maken keuzes inzake de herziening van het afstammingsrecht.

31 Zie bijvoorbeeld de illustratie *infra* aangaande vrijheid van religie en 'consumer discrimination' (§ 6.2.2), waaruit blijkt dat evenzeer fundamentele rechten (kunnen) geketend blijven binnen een historisch gegroeid lokaal waardenkader.

32 Onder meer valt daarbij te denken aan de toenemende appreciatie van voorheen nog verketterde duurzame samenlevingsverbanden die nu op (bijna) gelijke lijn met het huwelijk worden gewaardeerd en welke hierdoor in jurisprudentie bij wetsinterpretatie ook onder die noemer worden geïncorporeerd, soms met, doch evengoed zonder verwijzing naar fundamentele rechten.

33 Bijvoorbeeld van rigide contractsgebondenheid naar – onder meer via concepten als rechtsmisbruik – een toenemende verplichting tot inachtnaam van de belangen van de tegenpartij; een sterkere nadruk op altruïsme waarbinnen horizontale werking goed kan aarden maar waarvan zij ten onrechte steeds meer als *causa causans* zelve voorgesteld wordt.

34 *Cf.* bijvoorbeeld de door Engelse rechtspraak (naar veronderstelling opzettelijk) incorrecte inhoud toegeschreven aan art. 8 EVRM (zie hoofdstuk 7, voetnoot 213).

35 Bijvoorbeeld m.b.t. het begrip 'ouders' in art. 7 IVRK (zie *infra*).

36 Mak 2007, p. 68.

37 Rb. Rotterdam 23 maart 1998, NJ Kort 1998, 33.

38 Hof Leeuwarden 6 oktober 2004 LJN: AR3391.

39 Rb. Utrecht 18 juni 1997, NJ Kort 1997, 59.

40 Zie hoofdstuk 4, voetnoot 153.

dan haar privaatrechtelijke tegenhangers vertoont. Een tegenanalyse schijnt dan ook reeds bij voorbaat verloren moeite. Of toch niet?

a. Rotterdam

De Rotterdamse zaak betrof een eenvoudige niet-commerciële draagmoederschap met de wensvader als donor. De uitvoering van de overeenkomst geschiedde zonder problemen en de Raad voor Kinderbescherming,⁴¹ zoals steeds agerende *in het belang van het kind*, werd, naar gebruikelijk, aangezocht een verzoek tot ontheffing van de draagouders van het ouderlijk gezag bij de rechtbank in te dienen. Ook dat leverde geen problemen op.

Onverzettelijk was echter de rechtbank. Kort samengevat trok zij haar handen van het onderwerp af, daarbij onderstrepende dat het de taak van de *wetgever* was een positie in deze in te nemen en het de rechtbank bij afwezigheid daarvan ook niet vrij stond draagouderschap te autoriseren middels ruime toepassing van art. 1:266 BW. Daarmee was de litigatie, in alles behalve naam, afgehandeld.

Immers, nadat in Nederland midden jaren negentig het grootste verzet tegen niet-commercieel⁴² draagmoederschap was weggeëbd,⁴³ werd, juist wegens het ontbreken van specifieke wettelijke regeling, naar een geschikte methode gezocht om de afstammingsband van draag- naar wensouders te verleggen. Volgens de wet is namelijk de draagmoeder, als zijnde 'de vrouw uit wie het kind is geboren',⁴⁴ de rechtmatige moeder; de wensouders, die in realiteit de zorg voor het kind dragen, slechts insignificante derden. Geconcludeerd werd dat de enige toereikende techniek erin zou bestaan de draagouder(s) eerst door de rechtbank van hun ouderlijk gezag te laten ontheffen, dit gezag onder de noemer van voogdij vervolgens naar de wensouders te transfereren en deze laatsten daarna de gehele adoptieprocedure overeenkomstig art. 1:227 *et seq.* BW te laten doorlopen.⁴⁵

Aanvankelijk verliep dit zonder al te veel bedenkingen,⁴⁶ tot voorjaar 1995 enkele kinderrechtters, uitgerekend van het arrondissement Rotterdam, en

41 Zie m.b.t. de (noodzaak tot) tussenkomst van de Raad voor Kinderbescherming Sutorius & Kersten 1997, p. 1117.

42 Commerciële bevordering van of bemiddeling bij draagmoederschap is sinds 1993 strafbaar (art. 151b & 151c Sr). Zie terzake o.a. Kalkman-Bogerd 1996, p. 200-202.

43 Merk op dat De Ruiter anno 1993 de algemene houding ten aanzien van draagmoederschap nog als 'zeer negatief' bestempelt (De Ruiter 1993, p. 79).

44 Art. 1:198 BW.

45 Zie o.a. Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 40; Henstra 2002, p. 66; Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 189; Sutorius & Kersten 1997, p. 1117; Vlaardingerbroek 2003, p. 174. Vgl. tevens Heida 1984, p. 651.

46 Zie enquête studiekering familie- en jeugdrecht van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 1994 (waarvan resultaten summier weergegeven in o.a. *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622; *NJB* 1995, p. 576) waaruit blijkt dat in alle (7) gevallen het verzoek

uitgerekend met de voorzitter in deze litigatie als woordvoerder,⁴⁷ hun bezwaren via de pers in de openbaarheid brachten.⁴⁸ Deze bestonden hierin dat vereiste ontheffing slechts gerealiseerd kon worden middels een gecorrumpeerde of althans oneigenlijke wetstoepassing. Immers, deze ontheffing kan niet dan geschieden op basis van art. 1:266 BW hetwelk *in se* gestoeld is op overwegingen van kindbescherming en als dusdanig vereist dat de ouders 'onmachtig of ongeschikt' zijn tot opvoeding en verzorging. Hieronder worden traditioneel situaties verstaan als een langdurige lichaams- of geestesstoornis bij de ouder,⁴⁹ casustypen die mijlen verwijderd liggen van en naar aard compleet ongerelateerd zijn aan de eenvoudige *onwil* het kind op te voeden zoals dat bij draagmoederschap het geval is.⁵⁰ Daarenboven hebben draagmoeders vaak zelf kinderen die zij naar behoren verzorgen en opvoeden,⁵¹ zodat alhier van onmacht of ongeschiktheid gewagen wel dubieus wordt.⁵² Kortom, waar het verzet zich tegen richtte was de onverantwoorde oprekking die de rechter van een overduidelijk niet op deze situaties toegesneden bepaling diende te verzorgen, enkel omdat de wetgever (zij het voornamelijk in het kader van een ontradingsspolitiek)⁵³ weigerde de handen aan dit delicate onderwerp te branden.⁵⁴ De bezwaarvoeders proclameerden in reactie dan ook geen onthef-

tot ontheffing gehonoreerd werd (vgl. tevens 'Discussie nodig over draagmoederschap', *Trouw* 23 maart 1995 waar kinderrechtser Quik-Schuijt gewaagt van een dertigtal draagmoederzaken die, voor zover geweten, bijna alle ingewilligd werden). Zie tevens Heida 1984, p. 650-651 alwaar vermeld wordt dat het Hof Amsterdam op 5 mei 1976 en 22 februari 1984, in weerwil van tegenstrijdige uitspraken *a quo*, in deze de verzoeken tot ontheffing toestond.

- 47 'Justitie overlegt over adoptie bij draagmoederschap', *Trouw* dinsdag 14 maart 1995.
- 48 *Algemeen Dagblad* 10 maart 1995 en (blijkens *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622) NOS-journaal diezelfde datum. Zie tevens voetnoot 47. Zie terzake o.a. Sutorius & Kersten 1997, p. 1118.
- 49 Broekhuijsen-Molenaar 1998, p. 319.
- 50 Zie overigens de duidelijke referentie hieraan in deze uitspraak van de rechtbank van Rotterdam zelf als aangehaald in voetnoot 56.
- 51 Onderwijl is (onder meer teneinde het reactiepatroon van de draagmoeder inzake eventuele psychische schade resulterende uit de afgifte van het gedragen kind correct in te schatten (Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, *Richtlijn Hoog-technologisch draagmoederschap* (18 januari 1999), p. 2)) zelfs vereist dat de draagmoeder reeds een of meer kinderen heeft (oorspronkelijk voorstel: één of meer levende kinderen heeft en haar gezin voltooid acht (cf. *Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XVI, nr. 51, p. 2)) (Planningsbesluit IVF, *Stcrt.* 1998, nr. 95, p. 14).
- 52 Een in het kader van bestaande jurisprudentie nochtans niet geheel onbetwistbare stelling. Zie voetnoot 82.
- 53 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XVI, nr. 54, p. 7 en voetnoot 54. Zie tevens Heida & van der Steur 2001, p. 211; Sutorius & Kersten 1997, o.a. p. 1119.
- 54 Bijzonder interessant in deze optiek is de historiek van het wetsvoorstel 'Afstand Ouderrechten' (*Kamerstukken II*, 1976/77, 14.167; zie in het bijzonder Bruning 2001, p. 172-173 en verder Heida 1984, p. 651-652). Het ontwerp voorzag voor de moeder (nadien *ratio personae* uitgebreid) van een niet-erkend onwettig kind de mogelijkheid na een zekere bedenktijd afstand te doen van de ouderrechten. Voorheen werd in deze (net zoals actueel bij draagmoederschap) de ontheffingsmaatregel gehanteerd, maar naar oordeel van de Minister van

ding op basis van dit artikel (meer) uit te spreken in de hoop dat een gepaste wetgeving zou worden ontwikkeld. Zoals uit voorliggende uitspraak overduidelijk blijkt was dat geen loze belofte.⁵⁵

Het is pas in de wetenschap van deze context dat de betekenis van de aanzet van het vonnis, welk tegelijk ook reeds de finale belichaamt, kan worden begrepen en naar waarde geschat. De inzet is een principiële strijd over de toepassing van art. 1:266, een strijd voor accurate normen in de plaats van voor het recht nefast geachte judiciële acrobatieën. Dat wordt in het vonnis ook zeer duidelijk, en zelfs voor een amateur inzichtelijk, naar voren gebracht.⁵⁶ In ieder geval is, met de weigering in navolging van de gedane eed

Justitie bood de mogelijkheid tot afstand een meer neutrale, en dus daarom reeds preferabele optie (*Kamerstukken II*, 1976/77, 14.167, nr. 3 (MvT), p. 15). Daarenboven werd hieraan toegevoegd dat ontheffing terzake geen geschikte maatregel is. Enerzijds is hierbij herstel in gezag steeds mogelijk, wat niet strookt met de in deze aangelegenheden voorliggende noodwendigheden (noteer dat actueel ontheffing wel als definitieve maatregel wordt aanzien cf. Punselie 2006, p. 76). Anderzijds zou, aldus de Minister, hierbij van de criteria 'onmacht' en 'ongeschiktheid' een oneigenlijke toepassing worden gemaakt 'indien bij de ouders op zich wel de feitelijke en pedagogische mogelijkheden aanwezig zijn tot verzorging en opvoeding van hun kind, maar zij niettemin van hun kind afstand willen doen, het niet willen verzorgen en opvoeden', kortom hetzelfde bezwaar als nadien in het kader van draagmoederschap naar voor zou worden geschoven (*Kamerstukken II*, 1979/80, 14.167, nr. 7, p. 4-5). Aanvang jaren '90 werd het voorstel niettemin afgeschreven. Daarbij speelde in eerste instantie dat voor een kind de wetenschap dat zijn oorspronkelijke ouders van het gezag werden ontheven beter verteerbaar zou zijn dan de kennis dat ze van hun ouderrechten afstand hadden gedaan. Daarenboven dook tevens de angst op dat een wettelijke regeling als *incentive* zou werken met een toename van het aantal moeders dat zich van de ouderrechten zou ontdoen tot gevolg (zie o.a. *Kamerstukken II*, 1991/92, 14.167, nr. 15, p. 2). Overigens kwam op dit laatste vlak reeds de problematiek van draagmoederschap om de hoek kijken, het ontradingsbeleid terzake bracht immers mee alle maatregelen die draagmoederschap in de hand zouden kunnen werken, zoals deze voorziene mogelijkheid tot afstand van ouderrechten, achterwege te laten (Bruning 2001, p. 173).

55 Van belang is daarenboven dat juist in deze periode waarin de rechtbank van Rotterdam haar oordeel velde, de kwestie ook in het parlement aan de orde was en daarbij onder meer (vanwege PvdA & D66) de vraag naar de wenselijkheid van een snellere, eenvoudigere procedure tot overdracht van ouderschap in aangelegenheden van draagouderschap was opgeworpen (zie Sutorius & Kersten 1997, p. 1119). De weigering art. 1:266 toe te passen, kan dus verondersteld worden niet enkel te zijn gestoeld op getrouwheid aan de eed, maar ook op het feit dat de zaak in beweging was; art. 1:266 nu toepassen zou het signaal geven dat de verzochte specifieke wettelijke regeling uiteindelijk toch niet hoefde.

56 Gepreciseerd wordt dat naar mening van de rechtbank art. 1:266 slechts van toepassing is op ouders met de natuurlijke wil om hun kind op te voeden, maar hiertoe (zonder dat ze daar verder nog iets aan kunnen verhelpen) niet in staat zijn, in welk geval dan aan de overheid de bijzondere bevoegdheid is verleend zich tegenover de ouders op te stellen, zich te mengen in het gezinsleven en een ontheffing van het ouderlijk gezag te initiëren. Applicatie van deze bepaling in de voorliggende situatie waar de betrokkenen zelf voorafgaandelijk en doelbewust hebben bepaald dat het kind niet bij de wettige ouders zal worden verzorgd en opgevoed 'sluit daarbij niet aan' en tevens zou 'geforceerd' zijn wanneer de beoordeling van de afspraak evenals de uitvoering daarvan aan de hand van begrippen als 'onmacht' of 'ongeschiktheid' zou geschieden. Kortom, de ruime interpretatie van art. 1:266 die verzoekers voorstaan is 'in het kader van de rechtspraak niet gerechtvaardigd'.

om deze bepaling niet meer toe te passen, daarmee ook onherroepelijk het doek over het voorliggende verzoek gevallen. Wat ook daarna in het vonnis nog aangeroerd wordt, het kan slechts *fait divers* uitmaken.

De fundamentele rechten zijn hierbij zo'n *fait divers*. Na hieraan voorheen incidenteel te hebben gerefereerd,⁵⁷ keert de rechtbank zich uit eigen beweging⁵⁸ naar het IVRK, niet zozeer als puur autonoom argument, maar in samenspel met andere wettelijke bepalingen. Zo wordt art. 1:247 BW (het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden) gekoppeld⁵⁹ aan art. 7 IVRK (overeenkomstig hetwelk het kind vanaf de geboorte, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd). Verder wordt verwezen naar de bepaling van de toenmalig recente Nederlandse Afstammingswet,⁶⁰ waarin is vastgelegd dat als moeder wordt aanzien de vrouw uit wie het kind geboren is, en anderzijds naar art. 8 IVRK volgens hetwelk een kind het recht heeft zijn identiteit te behouden, met inbegrip van onder meer naam en familiebetrekkingen. Uit dit amalgaam van verdrags- en wetsbepalingen wordt ten slotte gededuceerd dat draagmoederschap *c.q.* ontheffing van het wettig gezag ten behoeve van de wensouders, daar het niet beoogt de verzorging van het kind over te laten uit de vrouw uit wie het is geboren⁶¹ en daarenboven 'door de wijziging van familiebetrekkingen en de in een later stadium beoogde adoptie, de identiteit van het kind in de in het verdrag bedoelde zin niet wordt behouden', niet strookt met de rechten van het kind in deze.⁶²

57 Te midden van de 1:266-argumentatie doken ze op in de vorm van een kort intermezzo van welgeteld één enkele zin waarin *ten overvloede* (zoals de connector 'overigens' afdoende duidt) wordt vermeld dat de rechtbank bij de eventuele inwilliging van dit verzoek verder ook zou stuiten op het 'voor Nederland op 8 maart 1995 in werking getreden Verdrag inzake de rechten van het kind'. Slechts één zin om daarna terug te keren naar de kern van de zaak, namelijk art. 1:266, en met name om de in voetnoot 56 aangehaalde motivatie te verschaffen.

58 De rechtbank merkt zelf op dat de Raad voor Kinderbescherming het verzoek enkel heeft gebaseerd op art. 1:266 BW.

59 'Evenvermelde verzorgingsplicht van de ouder nu sluit aan [...]'.

60 Wet 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772. Huidig art. 1:198 BW.

61 Welk alvast louter kan worden gelezen als art. 1:198 *jo.* 1:247.

62 Ten titel van volledigheid zij erop gewezen dat aansluitend op gelijkaardige grondslag (zoals vanzelf spreekt) met twee opwerpingen van de verzoekende partijen tegen deze argumentatie wordt afgerekend. In de eerste plaats wordt gepreciseerd dat het feit dat de wensvader hier donor is, en dus de biologische identiteit van het kind mede heeft bepaald, (evenals volgens weergave in Strooper-Lammerts & Vlaardingerbroek 2003, p. 91 dat de genetische identiteit van het kind door de wensouders is gevormd) niet tot een andersluidende conclusie noopt 'aangezien genoemd verdrag en wet nu eenmaal aan het kind in ieder geval het recht verschaffen te worden verzorgd en opgevoed door de vrouw uit wie het kind is geboren'. In de tweede plaats wordt geduid dat 'in een geval als het onderhavige ook de praktische omstandigheid, dat het kind niet bij de wettige ouders verblijft, er niet zonder meer toe noopt en ook in verband met bovenvermelde verdragsrechtelijke bezwaren niet zonder meer toe behoort te leiden, dat de voogdij wordt overgedragen aan degenen

Zou hierin dus nog een werkelijke rol voor verdragsrechten weggelegd zijn, *quod non*, dan betreft het zeker geen 'sterk effect': de verdragsrechten fungeren als argument *ten overvloede* en dan nog naast gelijkaardige bepalingen uit het Nederlandse privaatrecht. Kortom, een *nevengeschikte* positie in een hoogstens *subsidiare* rol.

Daarenboven rijzen nog eens twijfels bij deze *fundamental rights* argumentatie door de rechtbank ontplooid. Deze kan op zijn minst kort door de bocht worden genoemd.

Zo is significant dat de rechtbank uit het Verdrag puurt om zonder meer 'wijziging van familiebetrekkingen en de in een later stadium beoogde adoptie' te verketteren met de suggestie alsdat dit in strijd zou zijn met art. 8 IVRK (identiteit). In werkelijkheid staat deze bepaling, ooit gegroeid uit reactie tegen misstanden uit het Argentijnse militaire regime waar tientallen ontvoerde of in de gevangenis geboren kinderen onherroepelijk van hun oorspronkelijke identiteit werden ontdaan teneinde door kinderloze medewerkers van het staatsapparaat als eigen nageslacht te worden opgevoed,⁶³ adoptie, hoewel het er mogelijk wel (net als overige grondrechtsnormen) op gespannen voet mee kan staan,⁶⁴ geenszins in de weg.⁶⁵ Slechts is vereist dat deze adoptie, en naar mag aangenomen worden verwante figuren, voldoet aan de vereisten in het Verdrag vooropgezet, waarbij als voornaamste geldt dat deze wijziging in familiebetrekkingen geschiedt in het belang van het kind. In deze laatste – bijzonder heikele – evenwichtsoefening treedt de rechtbank echter niet,⁶⁶ zodat de voorafgaande assertatie eerder als vrijblijvende *Spielerei* behoort geklasseerd te worden.⁶⁷

Daarnaast gaat de rechtbank in relatie tot art. 7 IVRK, en dat is een meer fundamentele opmerking, al te vanzelfsprekend uit van een assimilatie van het moederbegrip uit het Nederlandse recht ('de vrouw uit wie het kind geboren is') en de notie ouders gehanteerd in het Verdrag,⁶⁸ en bezondigt

bij wie het kind feitelijk verblijft, nu er nog andere wettelijke mogelijkheden in deze reteren'.

63 Van den Brink 2006, p. 81.

64 Cf. Thomassen 1994, p. 158.

65 Cf. art. 20-21. Zie tevens o.a. *Kamerstukken II* 1992/93, 22.855 (R1451), Goedkeuring van het op 20 november 1989 te New York tot stand gekomen verdrag inzake de rechten van het kind, MvT nr. 3, p. 19.

66 Het is overigens opvallend dat de maatstaf van 'het belang van het kind' nergens wordt vernoemd behoudens in de argumenten van de Raad van de Kinderbescherming, argumenten waaraan de rechtbank voorbij gaat omdat zij niet passen in het verhaal van de rechtbank.

67 Ook Kalkman-Bogerd 1998, p. 201-22 ziet in deze geen strijd met art. 8 IVRK.

68 Zie tevens de opmerkingen van C. De Groot (waarvan wegens de naamgelijkenis en gelijklopende argumentatie aangenomen mag worden dat het hier betreft de) voorzitter in deze uitspraak, in de discussiebijdragen opgenomen in K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 163 waar deze zienswijze in een duidelijk syllogisme wordt gegoten.

zich aldus aan een kortsluiting tussen referentiekaders. De correcte interpretatie van het ouderbegrip in het verdrag is weliswaar omstreden, maar juist uit deze strijd blijkt dat het *allerminst* mag verengd worden tot de biologische moeder en haar echtgenoot. Waar het eertijds met een zekere vanzelfsprekendheid duidde op de genetische ouders die het kind hadden verwekt,⁶⁹ wordt actueel gesuggereerd dat het zowel zuiver biologische als zuiver genetische (en eventueel zelfs sociale) ouders viseert.⁷⁰ Zo stelt de Belgische Raad van State, een instantie die toch beter geplaatst lijkt dan een eenvoudige rechtbank, dat helemaal niet duidelijk is of onder de notie 'ouders' in art. 7 IVRK de biologische ouders (draagmoeder en eventueel 'de persoon met wie ze samenleeft') dienen te worden verstaan, dan wel de wensouders.⁷¹ Meer zelfs, volgens de Belgische Raad van State zou de omgeving die wordt gecreëerd door de wensouders als zijnde de enigen die een echt plan hebben opgevat het kind in het gezin op te nemen⁷² beschouwd kunnen worden als vormende het oorspronkelijke gezin van het kind.⁷³ Dit getuigt van een heel wat diepgravendere analyse dan de lezing die de rechtbank van Rotterdam voorstaat.

Hoe dan ook lijken de assertaties van de rechtbank toch een poging à rebours. Binnen het Nederlandse taalgebied lijkt alvast de opvatting hebben plaatsgevat dat werkelijk fundamenteelrechtelijke bezwaren tegen draagmoederschap niet bestaan.⁷⁴ Specifiek met betrekking tot het IVRK is zelfs twijfelachtig dat hieruit ook maar richtlijnen aangaande de juridische consequenties van medisch begeleide bevruchting in het algemeen zouden kunnen gededuceerd worden,⁷⁵ laat staan specifieke normen wat betreft overdracht

69 Zie o.a. Veys 2006, p. 410.

70 Van den Brink 2006, p. 94-95.

71 Wetsvoorstel betreffende de draagmoeders, Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, Wetsvoorstel betreffende draagmoeders, Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, 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, Wetsvoorstel betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en de gameten – Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-417/3 (hiernavolgend geciteerd als 'Advies Raad van State (Be) betreffende draagmoederschap'), p. 41.

72 Letterlijk wordt in de Nederlandstalige versie gewag gemaakt van 'de andere ouders die de enigen zijn die een echt plan hebben opgevat om een gezin te stichten' wat de bizarre (vgl. tevens voetnoot 51) suggestie wekt dat deze stelling slechts geldt in zoverre de draagmoeder zelf een gezin (of de wil daartoe) ontbeert. De Franstalige versie, die aan de wensouders refereert als 'les seuls à avoir conçu un véritable projet parental', draagt deze strekking niet (noodzakelijk) in zich, het voornoemd ouderlijk project logischerwijze duidend op de intentie ten aanzien van het draagkind. Hoewel beide versies authentiek zijn lijkt raadzaam eerder aan te sluiten bij de meer aannemelijke bewoordingen van de Franstalige versie.

73 Advies Raad van State (Be) betreffende draagmoederschap, p. 41.

74 O.a. Vranken 1997, p. 1757; Advies Raad van State (Be) betreffende draagmoederschap, p. 20.

75 Zo o.a. Raadgevend Comité voor Bio-ethiek [2004], *s.f.*

van ouderschap bij draagmoederschap.⁷⁶ Met Wortmann⁷⁷ en Kalkman-Bogerd⁷⁸ kan alvast niet worden ingezien waarom art. 7 IVRK zich tegen het *in casu* verworpen verzoek verzetten zou. Het is dan ook zo dat globaal genomen de indruk ontstaat dat de rechtbank zich in het opfleurende *fundamental rights* argument wat heeft vergaloppeerd of er zich althans overhaast heeft vanaf gemaakt.

Overigens heeft het Hof van Den Haag⁷⁹ dat zich in de beroepsprocedure uitspreken moest, zich alvast geen jota aangetrokken van deze zogenaamde 'strong impact' de fundamentele rechten: het vonnis *a quo* werd op zuiver privaatrechtelijke grond herroepen, samengevat werd eenvoudigweg gesteld dat art. 1:266 BW toegepast diende te worden.⁸⁰ Het feit dat het Hof zich niet eens inlaat met het *fundamental rights* argument van het bestreden vonnis, hoewel ze volgens de logica daarvan met haar tegenstrijdig arrest nochtans een manifeste inbreuk op deze grondnormen pleegt, geeft te denken over de intellectuele waardering die het Hof aan de terzake ontsponnen argumentatie lijkt toegekend te hebben.

b. Utrecht

De uitspraak van de rechtbank van Utrecht was op gelijkaardige leest geschoeid. Ook hier lag een betrekkelijk ongecompliceerde situatie voor. Het draagmoederschap was onbezoldigd, uitgevoerd met de wensvader als donor en de draagouders hadden zelf reeds twee kinderen en beschouwden hun gezin daarmee als compleet. Het kind was na de geboorte onmiddellijk aan

76 Ironisch genoeg werd in CA Parijs 15 juni 1990, JCP 1991.II.21653 zelfs besloten dat het IVRK, onder meer art. 7, juist in het voordeel van gezagsoverdracht (*in casu* adoptie *plénère*) pleitte (noteer dat deze argumentatie bekritiseerd werd door de *conseiller* in cassatie Chartier (D. 1991, Jur., p. 421) in diens advies aan het Hof van Cassatie welke instantie voornoemde uitspraak op privaatrechtelijke gronden vernietigde (Cass. 31 mei 1991, D. 1991, Jur., 417), evenals o.a. in Edelman & Labrusse-Riou 1990, p. 115).

77 Wortmann 1998, p. 1486.

78 Kalkman-Bogerd 1998, p. 201.

79 Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, NJ 1998, 865. Het arrest geeft zelf weliswaar geen referentie van het bestreden vonnis, maar deze relatie blijkt uit Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 40, voetnoot 17 evenals uit Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 193 voetnoot 16 (alwaar de uitspraak *a quo* gepreciseerd wordt als 'Rechtbank Rotterdam 23 maart 1998 (niet gepubliceerd)'; dat het hier een ander vonnis m.b.t. draagmoederschap, uitgesproken op dezelfde datum en door dezelfde rechtbank zou betreffen lijkt, gezien de schaarste aan dergelijke litigaties, en in het bijzonder deze waar het verzoek tot ontheffing negatief wordt beantwoord (*cf.* enquête studiekering familie- en jeugdrecht van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 1994, waarvan resultaten summier weergegeven in o.a. *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622 en *NJB* 1995, p. 576) hoogst onwaarschijnlijk en aan de mededeling 'niet gepubliceerd' dient in dit geval weinig aandacht te worden besteed, eenzelfde opmerking prijkt immers naast de verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Utrecht *de dato* 18 juni 1997 (p. 193, voetnoot 15) welke nochtans spoedig publicatie kende in *NJkort* 1997, 59). Zie tevens Kalkman-Bogerd 1998, p. 198, voetnoot 1 (althans referentie aan 'Den Haag 31 [sic] augustus 1998 (nog niet gepubl.)').

80 Instemmend o.a. Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 192.

de wensouders overgedragen, het werd door hen opgevoed en had zich volgens het rapport van de Raad voor Kinderbescherming in het gezin van de wensouders gehecht. Een verzoek tot ontheffing van de draagouders van het ouderlijk gezag evenals de benoeming van de pleegmoeder tot voogdes werd door de Raad ingediend.

Het beoordelingsschema dat de rechtbank vooropzette, is bijna didactisch te noemen aangaande de principale betekenis van art. 1:266 en de marginale rol die daarbij nog voor het *fundamental rights* argument weggelegd was. Gesteld werd dat onderzocht moest worden (1) 'of de draagouders onmachtig of ongeschikt zijn om [het kind] op te voeden', (2) 'of een kinderbeschermingsmaatregel als ontheffing gebruikt mag worden voor een ander doel dan waarvoor de wetgever deze in het leven heeft geroepen' en ten slotte, de vraag waarin het derdenwerkingsaspect zich zou manifesteren, (3) '*mochten deze vragen positief worden beantwoord, of het belang van het kind zich tegen ontheffing verzet*'.⁸¹

Reeds bij behandeling van de eerste onderzoeksvraag blijkt dat voor deze laatste analyse maar weinig betekenis kan weggelegd zijn. De rechtbank weigert immers de draagouders onmachtig of ongeschikt te verklaren wegens 'het enkele feit dat een derde kind niet gepland is en bij de draagouders de wil ontbreekt om dit kind op te voeden'. Overigens, zo wordt gepreciseerd, zou dergelijke onmacht of ongeschiktheid enkel kunnen vastgesteld worden mocht het kind bij de draagouders verblijven.

Vervolgens gaat de rechtbank, hoewel dit niet in uitdrukkelijke bewoordingen wordt gesteld, tevens in op de reactie van de Staatssecretaris van Justitie Schmitz ten aanzien van de protesten aangaande het zogenaamd oneigenlijk gebruik van art. 1:266. De Staatssecretaris had opgemerkt een wetsaanpassing niet noodzakelijk te achten daar van een oneigenlijk gebruik in feite geen sprake was. Immers, zo werd gesteld, dient volgens de rechtspraak van de Hoge Raad de onmacht of ongeschiktheid niet algemeen te zijn, maar kan deze evenzeer een enkel specifiek kind betreffen; het onvermogen is hierbij dan gelegen in (of samenhangend met) de bijzondere eigenschappen van dit kind of de omstandigheden waarin het zich ten tijde van het nemen van de beslissing tot ontheffing bevindt.⁸² Naar oordeel van de Staatssecretaris maakt de bij draagouderschap absolute afwezigheid van de wil het kind te verzorgen evenals de wens dit aan een ander over te laten (wat samengevat neerkomt op een volkomen afwijzing van dit kind) dergelijke 'bijzondere omstandig-

⁸¹ Eigen cursivering.

⁸² HR 29 juni 1984, *NJ* 1984, 767. Een geheel nieuwe stelling is dit overigens niet, zie o.a. Hof Amsterdam 30 januari 1916, *TKw* VIII, p. 46 *et seq.* (aangehaald in Bruning 2001, p. 29) ('Absolute onmacht om zijn plicht uit te oefenen is geen vereischte, de onmacht kan ook haar oorzaak vinden in de bijzondere eischen welke de eigenschappen van een bepaald kind aan dien ouder stellen').

heden' uit; bijgevolg zou een specifieke wetsbepaling dan ook overbodig zijn.⁸³

Het is een overtuiging die de rechtbank van Utrecht duidelijk niet deelt. In de erkenning van deze jurisprudentie⁸⁴ wordt gesteld dat dergelijke omstandigheden *in casu* niet aanwezig zijn. Praktisch gezien beschouwt de rechtbank dat het kind bij de draagouders zou opgroeien, onder meer doordat de pleegouders hiervoor niet meer willen of kunnen instaan, best mogelijk; of de draagouders werkelijk ongeschikt of onmachtig zouden zijn zou pas kunnen blijken na 'verloop van tijd, inzet van hulpverlening en dergelijke'. Op het meer dogmatische niveau heet het:

[h]et enkele niet-willen levert op zich geen onmacht of ongeschiktheid op. De wetgever heeft er immers uitdrukkelijk voor gekozen ouders niet de bevoegdheid te geven zichzelf uit het ouderlijk gezag te doen ontheffen.⁸⁵

Het is een impliciete doch duidelijke kritiek op de pragmatische benadering van de Staatssecretaris. Toepassing van 'onmacht of ongeschiktheid' in deze situatie wordt door de rechtbank een 'fictie' genoemd, waarvoor er enkel aanleiding bestaat

wanneer er een breed maatschappelijk draagvlak zou zijn voor draagmoederschap en voor een daarop aansluitende interpretatie van de wettelijke regels voor ontheffing en de wetgeving ten aanzien daarvan overduidelijk achter zou lopen.

Daarbij wordt onderstreept dat hiervan geenszins sprake is zoals overtuigend is gebleken bij de parlementaire behandeling van het strafbaar stellen van commercieel draagmoederschap, zodat de rechtbank dan ook terughoudendheid past zolang van maatschappelijke consensus nog geen sprake is.⁸⁶ Kortom, de rechtbank verzoekt hier met stelligheid om een duidelijke wetsbepaling en volhardt dan ook in de weigering art. 1:266 toe te passen (zoals overigens voorheen ook de voorzitter in deze zaak in de pers verklaard had te doen).⁸⁷

83 *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622.

84 Er weze nogmaals benadrukt dat aan de respons van de Staatssecretaris zelf niet gerefereerd wordt.

85 Verwezen ('vgl.') wordt hierbij naar HR 9 februari 1990, NJ 1990, 767 waarin geweigerd werd te voldoen aan het (o.a. op art. 8 EVRM gebaseerde) verzoek van een na echtscheiding tot voogdes benoemde moeder om deze voogdij naar de feitelijke verzorgers over te hevelen.

86 Zie tevens de opmerkingen van H. Gorter, rechter in deze uitspraak, in de discussiebijdragen opgenomen in K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 167.

87 Mr. A.C. Quik-Schuijt verklaarde reeds enige tijd de aangaande draagmoederschap 'ongemerkt gegroeide praktijk dat rechters iets doen "dat tegen de wet is"' onder collega's aan de kaak te hebben gesteld. Nochtans had ook zij in het verleden tot drie maal toe een ontheffing toegestaan. Daarbij erkende ze dat bij het laatste verzoek, waarbij de RvK (als ging het om een automatisme, een formaliteit) niet eens meer de moeite had genomen aan de gronden van 'onmacht' of 'ongeschiktheid' te refereren, bij haar de kritieke grens was

Opnieuw is middels deze weigering de aanvraag volledig en definitief verworpen.⁸⁸

Daarenboven wordt ook de tweede onderzoeksvraag nog eens negatief beantwoord. Naar het oordeel van de rechtbank kan ontheffing als zijnde een kindbeschermingsmaatregel in voorliggende situatie niet gehanteerd worden onder meer daar het doel vanwege de Raad voor Kinderbescherming niet is het kind te beschermen tegen opgroeien in een daartoe ongeschikte omgeving maar integendeel slechts om de wensouders in staat te stellen het kind te adopteren.

Ten slotte wordt 'ten overvloede', zoals de rechtbank zelf stelt, overwogen of, *mochten* nu beide voorafgaande overwegingen ten onrechte negatief zijn beantwoord, het belang van het kind zich tegen ontheffing verzet. In eerste instantie wordt hierbij uit zuiver Nederlands recht gepuurd, namelijk het feit dat strafbaar is het ten vondeling leggen evenals het zonder toestemming van de RvK plaatsen van een kind jonger dan zes maanden in een pleeggezin, teneinde te concluderen dat (aan deze niet nader gepreciseerde wetsbepalingen ten grondslag ligt dat) het niet in het belang van het kind is om weggegeven te worden. Vervolgens wordt daaraan gevoegd: '[h]et verdrag inzake de [r]echten van het kind geeft in art. 7 "The right to be known and be cared for by his or her parents"'. Op deze laatste bepaling⁸⁹ hinkt de rechtbank dan kortstondig voort, niet teneinde een absolute geldigheid te claimen, maar om integendeel juist, in de geest van het IVRK (zonder dat overigens wordt geduid of de rechtbank door enige theorievorming daaromtrent wordt geïnspireerd), een (terechte) nuancering aan te brengen, namelijk dat *in casu* het kind hier wordt 'weggegeven (mede) aan de biologische vader zodat het kind in elk geval voor een deel door één van de eigen ouders wordt verzorgd'. Daarmee lijkt het inzicht dat aan deze bepalingen kan onttrokken worden uitgeput. De rechtbank gaat vervolgens immers kortstondig in op de 'huidige stand van de wetenschap op pedagogisch en psychologisch gebied' welk 'steun biedt aan de gedachte dat het belang van het kind zich verzet tegen verwekt worden om weggegeven te worden'. Ten slotte wordt hieraan nog gevoegd dat '[z]elfs indien het kind in liefde wordt verwekt, gebaard, weggegeven en opgevoed,

overschreden. 'Elke keer denk je "het is er maar één, dus laat ik het maar doen", maar ongemerkt wordt zo wèl een trend gezet'. Slechts na een gesprek met de draag- en wensmoeder en in de overtuiging dat het kind niet de dupe van de affaire behoorde te worden, werd ze naar eigen zeggen verleid een laatste maal ontheffing uit te spreken, maar nam tegelijk ook het besluit 'geen draagmoederzaken meer te behandelen zolang een wettelijke regeling ontbreekt'. ('Discussie nodig over draagmoederschap', *Trouw* 23 maart 1995).

88 Zoals de rechtbank zelf ook duidelijk aangeeft: 'Nu van onmacht of ongeschiktheid in de zin van art. 266 van het Burgerlijk Wetboek niet is gebleken, dient het verzoek alleen al op die grond te worden afgewezen'.

89 In kritische zin zou evenzeer kunnen gesteld worden dat de rechtbank hierbij niet enkel doelt op het IVRK doch tevens op de overige, Nederlandse, bepalingen waaruit gededuceerd wordt (voor welke zienswijze onder meer de reïteratie van het woord 'weggegeven' pleit). Het IVRK ten exclusieve titel zij evenwel het voordeel van de twijfel gegund.

is het niet zonder meer duidelijk dat het belang van het kind meebrengt dat zijn of haar juridische status [...] wordt aangepast'.

Slotsom is dat ook deze beslissing opnieuw draait rond de toepassing van art. 1:266. Pas nadat op twee onderscheiden gronden is geconcludeerd dat deze bepaling alhier geen toepassing kan vinden, en het verzoek dus tot tweemaal toe afdoende is verworpen, wordt in een laatste rechtsvraag verwezen naar fundamentele rechten. Daarbij zij opgemerkt dat de rechtbank reeds in de aanzet van de uitspraak expliciet heeft gesteld dat deze overweging slechts relevantie toekwam mochten beide voorafgaande rechtsvragen positief zijn beoordeeld, *quod non*. De uitspraak stelt dus *letterlijk* dat van de overwegingen in deze derde rechtsvraag geen effect *kan* uitgaan. Overigens is dit argument niet enkel opgebouwd uit een referentie aan art. 7 IVRK, maar wordt het belang van het kind evenzeer afgeleid uit overige rechtsnormen en de stand van de wetenschap. Dus ook in deze *louter hypothetische constructie* spelen fundamentele rechten slechts een *nevengeschikte* rol. Ten slotte is interessant dat ook deze beslissing in beroep hervormd werd zonder enige referentie aan fundamentele rechten, doch op art. 1:266 als exclusieve grondslag.⁹⁰

c. Leeuwarden

In de Leeuwardse litigatie was een draagmoeder, vijf maanden na de afstand van het kind aan de wensouders, op haar beslissing teruggekomen. Pittig detail was dat, om aan de slopende rechtsgang tot overdracht van ouderlijk gezag en diens meer te ontsnappen, de wensvader bij de burgerlijke stand in eigen naam aangifte van het kind had gedaan.⁹¹

Waar dergelijke fraude vaststaat impliceert dit grofweg dat de geboorteaangifte gecorrigeerd dient te worden en aldus de draagouders gelden als de met gezag beklede juridische ouders wiens recht en plicht het is voor het kind te zorgen en op te voeden (althans voor zover het belang van het kind zich hiertegen niet verzet). Het is een logica die in eerste aanleg correct toegepast werd en waarbij dan ook afgifte van het kind werd bevolen.⁹²

90 Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJ kort* 1998, 32.

91 Zie m.b.t. deze praktijk Nuytinck 1998, p. 142-143. Secundair Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 189.

92 Rb. Groningen 20 juli 2004, *LJN*: AQ8757. Ter volledigheid zij opgemerkt dat ook hierin kortstondig wordt gerefereerd aan fundamentele rechten. De rechtbank merkt op dat 'Uitgangspunt is dat het kind recht heeft opgevoed te worden door de eigen ouders, welk uitgangspunt is neergelegd in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind' om vervolgens te duiden dat '[o]ok de verschillende wettelijke regelingen in boek I van het Burgerlijk Wetboek' dit uitgangspunt hanteren, waarna het gehele *fundamental rights* discours verder niet meer aangeroerd wordt. Merk overigens op dat deze uitspraak aansluit bij de heersende visie dat overdracht van een kind bij draagmoederschapscontracten niet afgedwongen worden kan, zo o.a. Heida 1984, p. 653; Heida & van der Steur 2001, p. 214; Kalkman-Bogerd 1996, p. 197; Kalkman-Bogerd 1998, p. 202; Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190 (uitdrukkelijk gemotiveerd uit oogpunt van het belang van het kind); Vlaardingbroek 2003, p. 178 (overdracht van een kind kan niet door een contract worden afge-

In de nogal desperaat aandoende beroepsprocedure (onder meer worden juridische onmogelijkheden ingeroepen als zouden de draagouders *afstand* van gezag hebben gedaan⁹³ en wordt er zelfs een particulier verzoek tot ontheffing van gezag ingesteld⁹⁴), verschijnen de fundamentele rechten halverwege ten tonele onder noemer van het IVRK. Naar gewoonte fungeren ze niet als autonome bron maar worden ze met de basale privaatrechtelijke bepalingen gekoppeld. Veel verrassends levert dat in eerste instantie niet op. Met name blijkt dat:

Zowel in het 'Verdrag inzake de rechten van het kind' (verdrag van 20 november 1989, Trb. 1990, 17° (rectificatie Trb. 1997, 83)) als in het Burgerlijk Wetboek is als uitgangspunt neergelegd dat het in beginsel in het belang van het kind wordt geacht te worden verzorgd en opgevoed door de met het gezag belaste ouder(s).

dwongen); Vranken 1997, p. 1758 (genuanceerd: opgemerkt wordt dat het onwaarschijnlijk lijkt dat een rechter dergelijk bevel zou geven, onderstreept wordt dat in deze het belang van het kind beslissend behoort te zijn); Werkgroep studie problematiek rond bevruchting en afstamming 1985, p. 210; *Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XVI, nr. 62, p. 14; *Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XVI, nr. 54, p. 7 (zie in deze zin overigens op het internationale veld België: Borghs 1998, p. 74-75, De Wolf 1999, p. 103, Verschelden 2004, p. 704, Engeland: Forder 1999, p. 49 (cf. art. 1 A van de *Surrogacy Arrangements Act* 1985 bepalende dat draagmoederschapscontracten niet afdwingbaar zijn)); contra zijn enkel Moltmaker die stelt dat, althans in zoverre de draagmoeder genetisch niet met het kind verwant is, tot afgifte kan worden gedwongen (Moltmaker & van Hoeven-Oud 1989, p. 1498; Moltmaker 1990, p. 137); Hammerstein-Schoonderwoerd 1988, p. 4 (weigert de draagmoeder het kind aan de genetische wensmoeder af te staan, dan zou de wensmoeder de mogelijkheid moeten hebben om het juridisch moederschap van de draagmoeder te betwisten en tegelijk haar moederschap over het kind vast te doen stellen; zie kritisch t.a.v. de ontplooid argumentatie De Ruiter 1989, p. 75) en Nieuwenhuis 2001, p. 1798 (die een toenemende contractuele gebondenheid in gelijke tred met het voortschrijdende geboorteprocess voorstaat hetwelk in een casus als onderhavige, waar de draagmoeder zich na de afgifte bedenkt, impliceert dat het 'serieuze overweging' verdient de draagmoeder toch tot naleving van gemaakte afspraken te veroordelen). Noteer daarenboven dat in geheel deze doctrine nauwelijks aan fundamentele rechten werd gerefereerd (enkel Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 36 verwijst in dit opzicht naar art. 6 UVRK & art. 8 EVRM, maar daar mag geen overdreven belang aan toegekend worden aangezien deze auteur in anterieure publicaties diezelfde opvatting verdedigde zonder referentie aan fundamentele rechten; Heida & van der Steur 2001, p. 214 beperken zich in relatie tot 'bepaalde afspraken' tot een verwijzing naar 'strijd met mensenrechten, zoals bijvoorbeeld het recht op persoonlijke levenssfeer en onaantastbaarheid van het menselijk lichaam').

93 Per definitie onverenigbaar met art. 1:247 BW welk van *plicht* gewaagt en bijgevolg niet voor enigsoortige 'rechtsverwerking' vatbaar is.

94 Nl. 'de biologische ouders, de draagmoeder (draagouders), te ontheffen van het ouderlijk gezag (voor het geval de raad of het OM dit verzoek niet doet)'. Art. 1:267 lid 1 BW stelt nochtans duidelijk: 'Ontheffing wordt slechts uitgesproken op verzoek van de raad voor kinderbescherming of van het openbaar ministerie', wjl van de uitzondering van lid 2 (aanvraag door degene die *mits instemming van de ouder* (cf. art. 1:268 lid 2 (d)) het kind op het tijdstip van verzoek ten minste een jaar verzorgd en opgevoed heeft) *in casu* geen sprake is.

Werkelijk nieuw inzicht kan dat niet worden genoemd. Vanuit de concrete privaatrechtelijke bepalingen is dat daarenboven zeer oppervlakkig. Zoals het Hof onmiddellijk daarop zelf in rekening brengt:

Slechts in die gevallen waarin de (wijze van) opvoeding en verzorging van het kind van dien aard zijn dat kan worden gesproken van een situatie dat de minderjarige zodanig opgroeit dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of gezondheid ernstig worden bedreigd en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald, of, naar te voorzien is zullen falen, kan de (kinder)rechter een of meer beschermende maatregelen nemen, te weten een ondertoezichtstelling, dan wel een ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing, welke tot gevolg heeft dat het gezag van de ouders wordt beperkt.

Geëxpliciteerd wordt dit niet, maar dit is eenvoudigweg art 1:254 en 1:261 NBW, aangaande ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing, en tegelijk ook de *crux* van de zaak, aangezien het deze maatregelen zijn waar de rechtbank in de stand van zaken *de facto* om verzocht wordt.

Wat hieraan daarna nog gevoegd wordt lijkt dan in feite niet meer dan luchtige addenda. Met name gaat het dan om art. 7 IVRK (in deze, zoals *supra* reeds aangegeven, niet onmiddellijk een eenduidige leidraad); evenals 'het systeem van boek 1 titel 14 BW' waaruit volgt dat 'kinderbeschermingsmaatregelen die het gezag van de ouder(s) beperken dan wel beëindigen, slechts genomen kunnen worden indien deze in het belang van het kind zijn en het belang van het kind zich daartegen niet verzet' en ten slotte de centrale bepaling van het IVRK (art. 3) stellende dat bij alle maatregelen die het kind betreffen, de belangen van het kind de eerste overweging vormen.

Tezamen een rijke overdaad om te concluderen dat het in principe aan de biologische ouders toekomt het kind te verzorgen en op te voeden tenzij diens belang zich daartegen verzet. Dat is gewoonweg het klassieke Nederlands privaatrechtelijke standpunt, met of zonder fundamentele rechten. Hoe aan deze fundamentele rechten dan niettemin een sterke impact kan worden toegeschreven is een methodologisch enigma. Overigens zou zelfs in dergelijke hypothese het werkelijk instrumenteel effect niet mogen worden overschat: vlagvoerend zijn de diverse psychologische rapporten (die in deze uitspraak prominent aanwezig zijn) en niet de enkele rechtsfrase.

Ten slotte verschuilt zich in de genoemde conclusie evenals het finale oordeel hierin mijns inziens nog een subtiële indicatie van de werkelijke bijdrage van de fundamentele rechten. Net als in de opzet dat verzorging in principe aan de biologische ouders toekomt tenzij het belang van het kind zich daartegen verzet heet het in het eindoordeel op basis van de deskundigenrapporten genomen dat de 'omstandigheden niet zo zwaar [wegen] dat de belangen van [het kind] zich er thans tegen verzetten dat zij wordt afgegeven'. Daaruit spreekt het BW-systeem: het kind wordt in principe door de biologische ouders opgevoed *tenzij* diens belangen zich daartegen verzetten; de IVRK-systemathiek hanteert een inversieve logica: het belang van het kind vormt

de eerste en primaire overweging en het recht bij de 'ouders' te worden opgevoed dient te worden beschouwd als een in de regel valabele precisering van dit belang...

Samengevat blijkt de 'strong impact' die Mak beweert te constateren spijs *de primo visu* ondersteunende indicatoren geheel afwezig. Niet enkel fungeren de fundamentele rechten in de uitspraak van het Hof van Leeuwarden als een *addendum* dat in de typering van het Hof niets aan de klassieke Nederlandse uitgangstheze schijnt toe te voegen (zodat een conclusie van werkelijke impact in feite een methodologische onmogelijkheid is), zijn ze als het ware fantomig naast de meer concrete privaatrechtelijke bepalingen in het afwijkende kader waarvan ze als bij nonchalance worden ingepast, maar valt in de uitspraken van de rechtbanken van Utrecht en Rotterdam zo goed als letterlijk te lezen dat de aangehaalde fundamentele rechten aan de bekomen conclusie vreemd zijn, *hierop geen effect kunnen hebben*. Niet enkel is dit immers duidelijk te deduceren uit het feit dat beide uitspraken openlijk draaien rond verzet artikel 1:266 BW toe te passen in aangelegenheden van draagmoederschap (*nota bene* waren het juist de in deze optredende voorzitters die met hun bezwaren de pers hebben gehaald), maar des te meer uit het feit dat zij rechtstreeks aangeven het fundamenteelrechtelijke argument als element ten overvloede te beschouwen. Daarenboven fungeren ook daarin de fundamentele rechten niet autonoom, doch in samenspel met zuiver privaatrechtelijke bepalingen welke laatste in hun boodschap niet werkelijk door de fundamenteelrechtelijke toevoeging blijken te worden verrijkt. Overigens, mocht een substantiële impact in deze toch een optie zijn, dan zou zij, alvast wat de uitspraak van Rotterdam betreft, de nodige argwaan dienen te wekken, aangezien de rechtbank – al dan niet bewust – behoorlijk lichtzinnig met de fundamentele rechten om-springt en daar eerder een geprefereerde dan werkelijke inhoud aan toe schrijft. Ten slotte dient onderstreept te worden dat beide uitspraken in beroep op zuiver privaatrechtelijke grondslag en specifiek in het belang van het kind (dat nochtans het centraal concept van het door de rechtbanken ingeroepen kinderrechtenverdrag uitmaakt) werden hervormd.⁹⁵ Kortom, een voldoende hoeveelheid indicaties om substantieel effect van horizontale werking in deze te ontkrachten, maar tot vaststelling waarvan wel wat navorsing vereist is; het contrast met de (valse) assertatie dat zich effect voordoet is schrijnend, daartoe is binnen het huidige tijdsgewricht immers voldoende dat vastgesteld wordt dat fundamentele normen binnen de privaatrechtelijke litigatie present zijn en kan voor het overige alle bewijslast worden ontdoken.

95 Merk op dat C. De Groot in de discussiebijdragen opgenomen in K. Boele-Woelki & M. Oederkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 166 meedeelde dat in reactie de procureur-generaal bij de Hoge Raad zou worden aangezocht zich over deze rechtspraak te buigen met het oog op cassatie in het belang van de wet. Dit blijkt heden een loze hoop te zijn geweest.

5.4 CONCLUSIE

De toenemende overvloed aan horizontale werking litigaties dient niet in eerste plaats toegeschreven te worden aan het innoverend, compenserend of anderswijze substantieel effect dat hierin schuilgaan zou, maar aan verleidingen van een meer basale aard. Wat appelleert is met name het retorisch vermogen van fundamentele rechten, en dit zowel voor de advocatuur als voor de zittende magistratuur. Waar dan voor de eersten de fundamentele rechten eventueel een opluistering van de conclusies bieden, de importantie van de in het geding zijnde belangen onderstrepen, andere rechtsprincipes herarticuleren of als *ultimum remedium* vanuit een zwakke procespositie dienen, vinden de laatsten hierin een potentieel welgekomen decoratie, evenzeer een hertaling van ongenoemde belangen, maar in het bijzonder een gezagvolle aankleding van in kader van open of vage normen neergelegde (en bijgevolg van subjectiviteit verdachte) oordelen. Resultante is een collectie derdenwerkingrechtspraak die veelal formele referenties beslaat.

Nochtans wordt dit gegeven zelden erkend, integendeel wordt zelfs vanuit de doctrine een andere teneur bestendigd. Symptomatisch voor een deel van de rechtsliteratuur is immers dat zij uitspraken waarin aan fundamentele rechten gerefereerd wordt *qua* resultaat ook onmiddellijk aan de inwerking hiervan toeschrijft. Het is alsof de minder substantiële gebruikswijzen zoals die (h)erkend worden in de toepassing van alle andere rechten (o.a. gebruiken overvloedige of als zuiver ornament) plots niet meer bestaan als het gaat om fundamentele rechten. Daarmee wordt een verdere bijdrage geleverd aan de mythologisering van horizontale werking en een oprekking van verwachtingen.