Surrogaatmoederskap
Voorgestelde wetgewing lank verwag

Surrogate motherhood
Proposed legislation eagerly awaited

Oosthuizen H, B.Iuris; LL.B; LL.D; LL.D (UOVS)
Professor en Hoof in Departement Straf- en Geneeskundige Reg,
Verschoor T, B.Iuris; LL.B, LL.D (PRET),
Waarnemende Vise Rektor: Studente Aangeleenthede,
Voormalige Hoof in Departement Straf- en Geneeskundige Reg,
Universiteit van die Vrystaat, Bloemfontein.

Korrespondensie: Prof. H. Oosthuizen, e-pos: oosthuh@rs.uovs.ac.za
Sleutelwoorde: surrogaatmoederskap, wetgewing, ooreenkoms

Abstract/Abstrak

The inability to bear a child by natural means is a common phenomenon in modern times. Surogacy has become an acceptable option for many. The surrogate mother can be the recipient of a fertilised embryo, or she can be impregnated by the sperm of the childless couple's male partner. A surrogacy agreement can pose many ethical and legal questions, making clear guidelines essential. The proposed Act on Surrogate Motherhood of 1994 contains these guidelines within which surrogace agreements can function, but has yet to materialise.

Die onvermoë om kinders op natuurlike wyse te verwek is vandag 'n algemene verskynsel. Vrouens wat nie self kinders kan baar nie, kan van 'n surrogaatmoeder gebruik maak vir die doel. Die "abba-ma" kan of met sperm van die man van die opdraggewende ouers bevrug word of sy kan 'n bevrugte embrio van die ouers ontvang. Aangesien 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms baie regs- en etiese aspekte behels is duidelike riglyne daarvoor noodsaaklik. Die voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap van 1994 is welkom en stel riglyne waarbinne surrogaatmoederskapooreenkomste kan funksioneer, maar dit het tot op hede nog nie gerealiseer nie.

Inleiding

Die media gee gereeld aandag aan die geboorte van surrogaatbabas. Infertiliteit van een of beide die ouers en gevolglike kinderloosheid, is vandag 'n bekende verskynsel. Infertiliteit het alreeds in die Bybel se tyd voorgekom toe Sara, Abraham se vrou kinderloos was en sy haar slavin Hagar as "surrogaatmoeder" gebruik het.

Onvrugbaarheid by die man kan opgelos word deur kunsmatige bevrugting van sy vrou met saadselle van 'n skenker en kan ook *in vitro* plaasvind. Met surrogaatmoederskap word onvrugbaarheid van die vrou oorbrug deurdat die "dramoeder" die funksie oorneem om die baba te dra en te baar.

Vanweë al die regsaspekte by 'n ooreenkoms is duidelike riglyne nodig om alle fasette van surrogasie te omvat. Alvorens die Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap bekyk word, word sekere begrippe en problematiek rondom surrogasie ontleed.

Wat is surrogaatmoederskap?

Surrogaatmoederskap is 'n ooreenkoms waarvolgens een vrou onderneem om 'n kind namens 'n ander te dra en te baar. Daar is twee tipes: gedeeltelike en volledige surrogasie.

Gedeeltelike surrogasie

Die surrogaatvrou onderneem om bevrug te word met sperm van die man van die egpaar (wensouers) wat die kind verlang, met die verwagting dat sy lewe sal skenk. Sy is die biologiese en genetiese moeder en die wensouers neem die kind na geboorte aan.

Volledige surrogasie

Die surrogaatvrou ontvang die embrio van die genetiese ouers na *in vitro* bevrugting en word in die baarmoeder van die surrogaatvrou geplaas om vir die volle swangerskaptydperk te dra.

Uit 'n juridiese oogpunt is onderskeid tussen kommersiële- en altruistiese surrogasie belangrik. Eersgenoemdee geskied teen vergoeding, terwyl laasgenoemde, altruistiese surrogasie, uit naasteliefde gedoen word. Alhoewel kommersiële surrogasie baie kritiek uitlok, blyk altruistiese surrogasie meer

aanvaar te word. Potensiële sluikhandel in babas bring mee dat vergoeding vir surrogasie veroordeel word.

Kontrak by surrogasie

Hofsake voortspruitend uit surrogasie wentel gewoonlik om die uitleg en afdwingbaarheid van kontrakte tussen die partye. Die kontrakte kom tussen die surrogaatmoeder en wensouers tot stand en behels dat die:

- surrogaatmoeder instem tot kunsmatige inseminasie met donorsperms of tot embrio-oordrag;
- wensvader instem tot gebruik van sy sperms vir kunsmatige inseminasie of *in vitro* bevrugting van die vroulike eiersel of indien die wensvader onvrugbaar is, tot gebruik van donorsperm;
- surrogaatmoeder die baba vir die volle swangerskap dra;
- surrogaatmoeder afstand doen van alle moederlike regte na geboorte en die kind so gou as moontlik aan die wensouers oorhandig;
- surrogaatmoeder onderneem om haar te weerhou van optrede wat die kind mag benadeel;
- wensouers onderneem om alle onkostes te dra;
- wensmoeder instem tot aanneming van die baba na geboorte;
- indien die surrogaatmoeder getroud is, haar man toestemming tot surrogasie en die nodige onderneming tot afstanddoening van die kind moet gee.

Regsposisie in suid-afrika

Daar is geen spesifieke wetgewing wat surrogaatmoederskap reguleer nie, maar sekere aspekte daarvan word deur die volgende wetgewing gereël:

Wet op Kindersorg 74 van 1983

Artikel 24 van hierdie Wet verbied vergoeding by aanneming. Dit is egter onseker of die verhaal van kostes as vergoeding kwalifiseer. Indien vergoeding vir mediese, hospitaal- en regskostes, wat aan die surrogaatmoeder betaal word as vergoeding vir die kind beskou word, is dit 'n misdryf ingevolge die Wet op Kindersorg. Die doel van die bepaling is veral om te verhoed dat jong ongetroude moeders deur finansiële oorwegings oorreed word om afstand van hul ouerlike regte te doen.

Die kommersiële aspekte van surrogaatmoederskap kan egter duidelik van kinderhandel of bogenoemde verbod op vergoeding onderskei word. Die Wet was nooit bedoel om op surrogaatmoederskap van toepassing te wees nie. Dit is dus belangrik dat surrogaatmoederskap onderskei moet word van swartmark-aannemings.

Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983

Hierdie Wet bepaal dat kunsmatige bevrugting en embrio-oorplasing slegs deur geneeshere of persone onder hulle toesig uitgevoer mag word. Tegnies gesien sou die surrogaatmoeder haarself met behulp van 'n spuitnaald kan bevrug en so die Wet oortree. Vervolging vir so 'n tegniese oortreding is egter hoogs onwaarskynlik. 'n Ooreenkoms tot geslagsgemeenskap kan nie uitgeskakel word nie, maar kan nie in 'n hof afgedwing word indien een van die partye kontrakbeuk sou pleeg nie omdat dit teen die goeie sedes van die samelewing indruis. Regulasie 8(1) bepaal dat die kunsmatige bevrugting met die toestemming van die eggenoot moet geskied. Daar rus wetlik sowel as gemeenregtelik 'n plig op die geneesheer om die partye ten volle in te lig oor die moontlike implikasies en risiko's wat kunsmatige bevrugting inhou.

Wet op die Registrasaie van Huwelike, Geboortes en Sterftes 51 van 1992

Registrasie van kinders wat deur kunsmatige bevrugting en veral in surrogaatmoeders verwek word, kan problematies wees. Volgens hierdie Wet word 'n kind as binne-egtelik beskou indien sy natuurlike ouers ten tye van sy verwekking of swangerskap of geboorte geldig met mekaar getroud was. Vanweë die vermoede van vaderskap, word daar veronderstel dat die man van die vrou uit wie die kind gebore word, die wettige vader van die kind is.

Wet op die Status van Kinders 82 van 1987

Artikel 5 van hierdie Wet bepaal dat wanneer die gameet of gamete van 'n ander persoon as 'n getroude vrou of haar eggenoot met sowel daardie vrou as haar eggenoot se toestemming vir die kunsmatige bevrugting van daardie vrou gebruik is, word 'n kind daardeur gebore vir alle doeleindes geag die wettige kind van daardie vrou en haar eggenoot te wees asof die gameet of gamete van daardie vrou of haar eggenoot vir sodanige kunsmatige bevrugting gebruik is.

By volledige surrogaatmoederskap is die kind die genetiese kind van die wensouers. Die kind behoort die binneegtelike kind van die wensouer te wees en daar behoort weinig beswaar te wees om die kind as sodanig te registreer. By gedeeltelike surrogaatmoederskap is die posisie egter meer gekompliseerd. Die surrogaatmoeder is sy genetiese ma en derhalwe sal die kind in die naam van haar man geregistreer word en sal die wensouers aansoek moet doen om aanneming van die kind. Die Wet benadeel egter die posisie van babas wat weens gedeeltelike surrogasie gebore word. Die effek hiervan is dat surrogaatbabas as die binne-egtelike kinders van die surrogaatmoeder en haar eggenoot beskou word en dat hulle as sodanig geregistreer moet word. Ingevolge artikel 6(2) word die biologiese vader as saadskenker se ouerlike regte ten opsigte van die kind opgeskort.

Bogenoemde is dus duidelik weersprekend en onvoldoende om surrogaatmoederskap te reguleer, en daarom is dit noodsaaklik dat wetgewing spesifiek vir surrogasie daargestel moet word. Die Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap om menslike voortplanting deur die kunsmatige bevrugting van vroue, wat as surrogaatmoeders optree, te reguleer, is reeds in 1994 aan

die parlement voorgehou. Tot op hede is dit nog nie in werking gestel nie.

Voorgestelde wetsontwerp op surrogaatmoederskap

In die woordomskrywingsartikel word ondermeer die volgende begrippe omskryf:

Gameet - enigeen van die twee geslagsselle wat vir menslike voortplanting noodsaaklik is.

Kunsmatige bevrugting - die invoering op 'n ander wyse as 'n natuurlike wyse van 'n manlike gameet of gamete in die inwendige voortplantingsorgane van 'n vroulike persoon vir die doel van menslike voorplanting met inbegrip van –

- samevoeging buite die liggaam van 'n manlike en 'n vroulike gameet of gamete met die oog op die plasing van die produk van 'n samesmelting van sodanige gamete in die baarmoeder van 'n vroulike persoon;
- plasing van die produk van 'n samesmelting van 'n manlike en 'n vroulike gameet of gamete wat buite die menslike liggaam saamgevoeg is, in die baarmoeder van 'n vroulike persoon vir sodanige doel.

Opdraggewende ouers - persone wat 'n surrogaatmoederskapooreenkoms met 'n vrou sluit.

Surrogaatmoeder - vrou wat 'n surrogaatmoederskapooreenkoms met 'n opdraggewende ouer of ouers sluit.

Surrogaatmoederskapooreenkoms - 'n ooreenkoms tussen 'n surrogaatmoeder en opdraggewende ouers waarby ooreengekom word dat die surrogaatmoeder haarself kunsmatig sal laat bevrug met die doel om 'n kind vir die opdraggewende eggenote te baar en waarby die surrogaatmoeder onderneem om die kind by geboorte of binne 'n redelike tyd daarna aan die opdraggewende ouers te oorhandig.

Die wetgewer se gebruikmaking van die woorde "opdraggewende ouers" in bogenoemde omskrywing asook in die omskrywing van "opdraggewende ouers" dui daarop dat enkellopende persone nie 'n ooreenkoms met 'n surrogaatmoeder kan sluit nie.

'n Surrogaatmoederskapooreenkoms is ongeldig tensy dit:

- op skrif en deur al die partye onderteken is
- in die Republiek van Suid-Afrika gesluit is
- die opdraggewende ouers, die surrogaatmoeder en haar eggenoot indien sy een het, tydens die sluiting van die ooreenkoms in die Republiek van Suid-Afrika woonagtig is
- die ooreenkoms bekragtig is deur 'n hof binne wie se regsgebied die surrogaatmoeder woonagtig is.

Die inhoud van die ooreenkoms word nie bepaal nie. Dit moet skriftelik en deur al die partye onderteken wees. Die Voorgestelde Wet bepaal dat 'n surrogaatmoeder by kontraksluiting reeds op natuurlike wyse aan minstens een lewende kind geboorte moes gegee het, en getroud, geskei of 'n weduwee moet wees. Die wetgewer het hier duidelik die deur vir ongetroude enkellopende persone toegemaak om as surrogate op te tree. Slegs 'n eggenoot en eggenote wat regtens met mekaar getroud is, is bevoeg om as opdraggewende ouers 'n geldige surrogaatmoederskapooreenkoms te sluit. Voorafgenoemde sluit persone in gebruiklike verbindings, persone wat saamwoon en persone wat geslagsveranderingsoperasies ondergaan het word ook deur hierdie omskrywing uitgesluit.

'n Surrogaatmoederskapooreenkoms is slegs geldig waar die verwekking van die kind bewerkstellig word deur die gebruik van die gamete van albei die opdraggewende ouers of waar dit nie moontlik is nie, van ten minste een van die opdraggewende ouers. Die wetgewer is van bedoeling dat in geval van infertiliteit van een van die ouers, van donorsperms of oösiete gebruik gemaak kan word. Indien albei ouers infertiel is, kan hulle nie van donors gebruik maak nie, en is surrogasie nie moontlik nie. Die gamete van die surrogaatmoeder of haar eggenoot kan nie gebruik word in die verwekking van 'n kind nie.

'n Hof bekragtig slegs 'n surrogaatmoederskapooreenkoms indien hy oortuig is van die volgende:

- Opdraggewende eggenote nie in staat is om aan 'n kind geboorte te gee nie en die toestand permanent en onomkeerbaar is (ginekoloog moet dit bevestig).
- Opdraggewende ouers -
  - bevoeg is om die ooreenkoms te sluit
  - in alle opsigte geskik is om die ouerskap van die kind te aanvaar
  - die regsgevolge van die ooreenkoms, die wet en hulle regte en verpligtinge daarkragtens begryp en aanvaar.
- Surrogaatmoeder -
  - nie onbevoeg is om die ooreenkoms te sluit nie
  - in alle opsigte 'n geskikte persoon is om as surrogaatmoeder op te tree
  - die regsgevolge van die ooreenkoms en van die wet en haar regte en verpligtinge daarkragtens begryp en aanvaar.
- Die eggenoot van die surrogaatmoeder indien sy getroud is 'n party by die ooreenkoms is en skriftelik tot die ooreenkoms toestem.
- Die nie-materiële belange van enige kind van enige van die partye mag nie deur die uitvoering van die ooreenkoms benadeel word nie.
- Die ooreenkoms genoegsame bepalings bevat wat voorsiening maak vir toesig en beheer oor en versorging, opvoeding en algemene welsyn van die kind in geval van die dood van die opdraggewende ouers of een van hulle, of hulle egskeiding voor geboorte van die kind.
- Oor die algemeen, die inagneming

van die persoonlike en gesinsomstandighede van al die betrokke partye, maar bowenal die belange van die kind.

Die Voorgestelde Wet bepaal dat afdoende getuienis aan die hof voorgelê moet word oor die volgende faktore:

- Onvermoë van opdraggewende eggenote om aan 'n lewende kind geboorte te gee en permanentheid en onomkeerbaarheid van die onvermoë (moet in mediese verslag deur ginekoloog bevestig word).
- Fisieke en geestelike geskiktheid van surrogaatmoeder om as sodanig op te tree (moet in mediese verslag deur ginekoloog bevestig word).
- Sielkundige geskiktheid van opdraggewende ouers om die ouerskap van kind te aanvaar (moet in verslag deur sielkundige bevestig word).
- Gesinsomstandighede van betrokke partye (moet in verslag deur maatskaplike werker bevestig word).
- Belange van enige afstammeling of aangenome kind van opdraggewende ouers.

Die ooreenkoms moet aan die hof voorgelê word en die hof is bevoeg om dit te bekragtig onderworpe aan die voorwaardes wat hy goedvind.

Die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder mag slegs plaasvind nadat die ooreenkoms deur die hof bekragtig is en nie later as 12 maande daarna nie.

'n Geldige ooreenkoms het die volgende gevolge:

- Enige kind wat as gevolg van die kunsmatige bevrugting van 'n surrogaatmoeder ooreenkomstig die ooreenkoms gebore word, is vir alle doeleindes die kind van die opdraggewende ouers asof die opdraggewende eggenote binne haar huwelik met die opdraggewende eggenoot aan die kind geboorte gegee het.
- Surrogaatmoeder is verplig om die kind so gou as wat redelik moontlik is na geboorte aan die opdraggewende ouers te oorhandig.
- Surrogaatmoeder of haar eggenoot het geen regte van ouerskap, toesig, beheer oor of toegang tot die kind nie.
- Behalwe in geval van 'n vrugafdrywing, kan geen surrogaatmoederskapooreenkoms beëindig word nadat kunsmatige bevrugting van surrogaatmoeder plaasgevind het nie.
- Kind het geen reg van onderhoud of erfopvolging teenoor surrogaatmoeder, haar eggenoot of enige van hulle familie nie, behalwe indien die surrogaatmoederskapooreenkoms dit anders reël.

Effek van bogenoemde beperkings is dus soos volg:

- Die kind word as binne-egtelike kind van opdraggewende ouers beskou. Dus sal die geboortesertIfikaat die name van opdraggewende ouers aangee as ouers van die kind.
- Die opdraggewende ouers word as biologiese en genetiese ouers beskou - sy natuurlike ouers en hoef hom nie aan te neem nie.
- Die Wetgewer se woorde dat die surrogaatmoeder die kind "so gou as redelik moontlik na geboorte" aan die opdraggewende ouers moet oorhandig kan problematies wees. Indien die bewoording behou gaan word, sal "so gou as redelik moontlik na geboorte" omskryf moet word aangesien daar verwarring sal wees oor hoe lank dit moet wees. Deur die woorde "by geboorte" te gebruik sal die baba onmiddellik na geboorte in die sorg van "sy moeder" geplaas word. Dit klink wreed, maar indien die surrogaatmoeder die baba vir 'n tydperk versorg, sal dit nog wreder teenoor haar wees om die baba na die tydperk af te staan.
- Die surrogaatmoeder of eggenoot het geen regte oor die kind nie.
- Daar is geen aanduiding of die surrogaatmoeder anoniem moet bly nie. Die opdraggewende ouers kan besluit of hulle die kind oor sy identiteit en surrogaatmoeder gaan inlig.
- 'n Surrogaatmoederskapooreenkoms kan nie na bevrugting beëindig word nie. Probleme wat kan ontstaan is dat moeder skadelike middels kan inneem of sy kan haar aan skadelike of gevaarlike optrede blootstel wat nadelig vir die ongebore baba kan wees. Dit kan permanente skade veroorsaak en 'n baba lewer wat die opdraggewende ouers sowel as die surrogaatmoeder nie wil hê nie. Die ooreenkoms kan wel deur 'n wettige vrugafdrywing beëindig word.
- Die kind het slegs 'n reg op onderhoud teenoor die opdraggewende ouers. As sy "natuurlike ouers" moet hulle hom volgens hulle onderskeie vermoëns onderhou en versorg. Die kind kan geen aanspraak maak op enige erfopvolging van sy surrogaatouers nie, maar kan wel testamentêr by hul erf.

'n Surrogaatmoederskapooreenkoms wat nie aan die wet voldoen nie, is ongeldig. 'n Kind wat uit so 'n ongeldige ooreenkoms gebore word, word vir alle doeleindes geag die kind van die surrogaatmoeder te wees wat aan daardie kind geboorte gegee het.

Die ooreenkoms kan nie na die kunsmatige bevrugting van surrogaatmoeder beëindig word nie. Artikel 9(1) van die Voorgestelde Wet bepaal egter dat 'n surrogaatmoederskapooreenkoms deur 'n vrugafdrywing ingevolge die Wet op die Keuse op Swangerskapsonderbreking beëindig kan word. Dié besluit, om 'n vrugafdrywing te ondergaan, berus by die surrogaatmoeder. Die opdraggewende ouers moet oor die omstandighede ingelig word en hulle moet toegelaat word om met die surrogaatmoeder te konsulteer alvorens die vrugafdrywing uitgevoer word.

Niemand mag aan enige persoon 'n beloning, vergoeding in geld/goed gee, belowe om te gee of van enige persoon ontvang nie. Uitgesonder die uitgawes direk in verband met die kunsmatige bevrugting en swangerskap van die sur-

rogaatmoeder, geboorte en bekragtiging van ooreenkoms, is geen belofte of ooreenkoms vir die betaling van enige vergoeding aan 'n surrogaatmoeder of iemand anders in verband met die surrogaatmoederskapooreenkoms of die uitvoering van so 'n ooreenkoms afdwingbaar nie. Kommersiële surrogaatmoederskap word dus uitgeskakel. Dit kan omseil word deur geriewe te voorsien om swangerskapperiode so gerieflik moontlik maak.

Vergoeding is wel betaalbaar aan iemand wat ter goeder trou 'n professionele regs- of mediese diens lewer met die oog op bekragtiging van of die uitvoering van so 'n ooreenkoms.

Die identiteit van partye by hofverrigtinge oor 'n surrogaatmoederskapooreenkoms mag net met die skriftelike toestemming van die partye bekend gemaak word. Niemand mag feite publiseer wat die identiteit openbaar van 'n persoon wat as gevolg van 'n surrogaatmoederskapooreenkoms gebore is nie. Dit beteken dat die kind nooit sal weet wie sy surrogaatmoeder was nie.

Die Wet stel die volgende gevalle strafbaar:

- Waar iemand 'n vrou ter uitvoering van 'n surrogaatmoederskapooreenkoms kunsmatig bevrug of by so 'n kunsmatige bevrugting hulp verleen, tensy daardie kunsmatige bevrugting ingevolge die bepalings van die wet deur 'n hof gemagtig is.
- Waar iemand teen of met die oog op vergoeding op enige wyse bekend maak dat enige iemand bereidwillig is of moontlik bereidwillig sal wees om 'n surrogaatmoederskapooreenkoms aan te gaan.
- Waar iemand die identiteit van die partye tot 'n surrogaatmoederskapooreenkoms openbaar.

Die wetgewer wil dus ongemagtigde kunsmatige bevrugting voorkom deur persone wat dit doen of daarmee behulpsaam is, te straf. Soos gesien, word selfs die bereidwilligheid tot deelname aan 'n surrogaatmoederskapooreenkoms ook duidelik deur die wetgewer aan bande gelê. Oortreding van of versuim om aan die bepalings te voldoen is by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete van hoogstens R20 000 of met gevangenisstraf van hoogstens een jaar of beide.

Slot

Lupton merk tereg op dat surrogasie teweeggebring is deur infertiliteit. Infertiliteit kan nie deur wetgewing verwyder word nie en daarom is dit 'n realiteit waarmee die reg sal moet handel. Die reg sal moet aanpas by die nuutste tegnologie op die gebied van infertiliteit, want slegs deur wetlike ordening, soos in die Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap uiteengesit, kan die reg sy funksie vervul.

Bibliografie

1. Clark B. Surrogate motherhood: Comment on the South African Law Commissions Report on Surrogate Motherhood (Project 65) *SA Law J* 1993;110(11):769.
2. Lupton ML. The right to be born: Surrogacy and the legal control of human fertility. *Medicine and Law* 1989;7:483.
3. Nortje JD, Cronje HS en Verschoor T. Surrogaatmoederskap. *Voortgesette Mediese Onderrig* 1991;9(1):81.
4. Pretorius R. Surrogaatmoederskap: Implikasies in die Suid-Afrikaanse Regstelsel. *De Rebus* 1987;270(Junie).
5. Pretorius R. Surrogate motherhood: A worldwide view. 1994. *Charles C Thomas Publishing Co: Illinios.*
6. Surrogaatmoederskap Suid-Afrikaanse Regskommissie *Republiek van Suid-Afrika* 1993. RP65 Pretoria: Staatsdrukker.
7. Regulasies in Goewermentskennisgewing. *Staatskoerant* R 1182 van 30 Junie 1986.
8. Regulasies in Goewermentskennisgewing. *Staatskoerant* R 2612 van 12 Desember 1986.
9. Tager L. Surrogate motherhood: legal dilemma. *SA Law J* 1986;103(3):381.