Internasionale regulering van surrogaatmoederskap

BS GROENEWALD

20556705

Mini-skripsie voorgelê ter gedeeltelike nakoming vir die graad *Magister Legum* in Vergelykende Kinderreg aan die Potchefstroomkampus van die Noordwes-Universiteit

Studieleier: Me I Booysen

Mei 2014

NORTH-WEST UNIVERSITY
YUNIBESITI YA BOKONE-BOPHIRIMA
NOORDWES-UNIVERSITEIT

Dit begin alles hier ™

Lys van afkortings

CA	*Central Authority*
CRC	*Convention on the Rights of the Child*
SAPD	Suid-Afrikaanse Polisiediens
SARK	Suid Afrikaanse Regskommissie

BEDANKINGS

Ek wil graag die volgende persone bedank vir hul bydrae tot die suksesvolle voltooiing van hierdie studie:

1. My man en beste vriend, Charl, vir sy konstante bemoediging en onskatbare ondersteuning. Jou geduld en jou liefde het my deur die moeilike tye gedra.

2. My ouers, Piet en Henriëtte Groenewald, vir hul onvoorwaardelike liefde, geduld en ondersteuning, nie net vir die voltooiing van my studies nie, maar vir die afgelope 25 jaar in geheel. Sonder julle sou die voltooiing van hierdie navorsing onmoontlik gewees het. Julle het my gevorm in die persoon wat ek vandag is.

3. My studieleier, Mevrou Ilze Booysen, vir haar bystand, leiding, ondersteuning, geduld en gewilligheid om altyd te help. Dankie dat ek altyd op u kon staatmaak.

OPSOMMING

Surrogaatmoederskap bied ŉ opsie aan onvrugbare paartjies om ŉ kind van hul eie te hê wat ook geneties aan een of albei verwant is. Paartjies wend hulleself egter doelbewus tot ander jurisdiksies waar surrogaatmoederskap aanvaarbaar is, aangesien hul eie staat nie die moontlikheid daartoe bied nie. Wanneer verskillende jurisdiksies met mekaar vermeng word in een ooreenkoms, is daar verskeie probleme wat na vore kom, veral in die afwesigheid van internasionale regulering. Hierdie probleme moet gevolglik deur ŉ internasionale dokument of ooreenkoms ondervang word.

Die bespreking sal dus eerstens fokus op die nasionale regsposisie van surrogaatmoederskap in die Suid-Afrikaanse konteks om uiteindelik vas te stel of Suid-Afrika baat sal vind by die inwerkingtreding van ŉ voorgestelde internasionale dokument of ooreenkoms. In die tweede plek sal die navorsing op internasionale surrogaatmoederskap fokus en hierdie konsep evalueer om probleme te identifiseer wat tans ten opsigte van surrogaatmoederskap op die internasionale vlak bestaan. Vervolgens word die inhoud van die voorgestelde dokument of ooreenkoms indringend bespreek om sodoende vas te stel wat die inhoud van so dokument of ooreenkoms behoort te wees. Die doel van die navorsing is dus om te bepaal welke kwessies en probleme spesifiek by die voorgestelde dokument of ooreenkoms ingesluit moet word ten einde internasionale surrogaatmoederskap doeltreffend te reguleer.

Sleutelwoorde:

Familiereg; Internasionale Privaatreg; Kinderreg; Surrogaatmoederskap

ABSTRACT

Surrogacy motherhood provides an option for infertile couples to have a genetically related child of their own. However, in jurisdictions where surrogacy motherhood are not legally accepted, couples deliberately turn to other jurisdictions to conclude a surrogacy agreement where it is in fact legal to do so. When different jurisdictions are involved in one surrogacy motherhood agreement, several problems arise, especially due to the lack of regulation on an international level. These poblems must therefore be resolved by the implementation of an international document or agreement.

This discussion will therefore firstly focus on the national position regarding surrogacy motherhood in the South African content to determine whether South Africa will benefit from the implementation of a proposed international document or agreement. Secondly, the research focus on international surrogacy and evaluate the concept to identify the problems arising as a result thereof. Thirdly, the contents of the proposed international document or agreement will be discussed in depth in order to determine what the contents of the document or agreement should include. The aim of the research is to determine which issues and problems should be included in the proposed document or agreement in order to effectively regulate international surrogacy.

Keywords:

Child Law; Children's Rights; Family Law; International Private Law; Surrogacy Motherhood

INHOUDSOPGAWE

1	**Inleiding en probleemstelling**	1
2	**Surrogaatmoederskap: Nasionale regsposisie**	5
2.1.	***Die regsposisie in Suid-Afrika***	5
2.1.1.	*Inleiding*	5
2.1.2.	*Die betrokke partye*	6
2.1.3.	*Die ooreenkoms*	13
2.1.4.	*Regspraak*	23
2.1.5.	*Suid-Afrika se regsposisie ten opsigte van surrogaatmoederskap*	32
2.2.	***Algemene bespreking en argumente rakende surrogaatmoederskap***	34
2.2.1.	*Argumente teen en pro surrogaatmoederskap*	36
2.3.	***Gevolgtrekking***	40
3	**Internasionale surrogaatmoederskap**	41
3.1.	***Inleiding***	41
3.2.	***Spesifieke probleme ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap***	42
3.3.	***Regte van kinders gebore vanuit surrogaatmoederskap***	46
3.4.	***Pogings ten opsigte van regulering***	48
3.5.	***Gevolgtrekking***	49
4	**Voorstelle vir 'n internasionale instrument**	50
4.1.	***Inleiding***	50
4.2.	***Doelwitte***	51
4.3.	***Trefwydte***	51
4.4.	***Fundamentele beginsels***	52
4.4.1.	*Die beste belang van die kind*	52
4.4.2.	*Biologiese verbintenis*	53
4.5.	***Lesse te leer vanuit ander internasionale instrumente***	53
4.5.1.	*Adoption Convention*	54
4.5.2.	*Fourth World Conference on Women*	57
4.5.3.	*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*	58
4.5.4.	*International Convention on Economic, Social and Cultural Rights*	58
4.6.	***Raamwerk vir samewerking***	59
4.7.	***Ander probleme***	62
4.7.1.	*Ouerskap en nasionaliteit*	62
4.7.2.	*Vergoeding*	64
4.7.3.	*Afdwinging, effek en erkenning van die ooreenkoms*	66
4.7.4.	*Toegang tot inligting*	67
4.8.	***Gevolgtrekking***	67
5	**Samevatting**	68
Bibliografie		71
Sertifikaat: Taalversorger		74

1 Inleiding en Probleemstelling

Surrogaatmoederskap behels die konsepsie van ŉ kind sonder die teenwoordigheid van seksuele omgang by wyse van kunsmatige bevrugting.[1] Volgens *In re Baby M*[2] verwys surrogaatmoederskap na die proses waardeur ŉ vrou doelbewus swanger word met ŉ baba wat sy geen bedoeling het om as haar eie te behou nie. Sy dra en baar die baba namens iemand anders. Alhoewel surrogaatmoederskap as sodanig nie in die *Children's Act* 38 van 2005[3] gedefinieer word nie, word ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms wel in artikel 1 van die *Children's Act* gedefinieer. Dit behels ŉ ooreenkoms tussen ŉ surrogaatmoeder en toestemmende ouer waar hulle ooreenkom dat die surrogaatmoeder kunsmatig bevrug sal word om ŉ kind namens die toestemmende ouers te baar en waarin die surrogaatmoeder onderneem om die kind aan sodanige ouer te oorhandig binne ŉ redelike tyd na geboorte van die betrokke kind, met die doel dat die kind die binne-egtelike kind van die toestemmende ouer word.

ŉ Surrogaatmoeder kan verder gedefinieer word as ŉ vrou wat ŉ kind namens ŉ ander vrou of paartjie baar ingevolge ŉ ooreenkoms met sodanige vrou of paartjie. Hierdie ooreenkoms word gesluit met die uitsluitlike bedoeling om die kind, wat uit hoofde van sodanige ooreenkoms gebore word, aan die vrou of paartjie te oorhandig om as hul eie groot te maak. Die surrogaatmoeder verbeur dus alle regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die betrokke kind, al is sy biologies aan sodanige kind verwant.[4]

Menslike voortplanting, veral deur middel van surrogaatmoederskap, is ŉ uiters private en sensitiewe onderwerp met verskeie geloofs-, sosiale- en politieke implikasies wat die regswerking daarvan kompliseer.[5] Surrogaatmoederskap bied ŉ opsie aan onvrugbare paartjies om ŉ kind van hul eie te hê wat ook geneties aan een of albei verwant is.[6] Nie alle state het egter dieselfde uitkyk op die toelaatbaarheid van surrogaatmoederskap nie. Terwyl sommige state surrogaatmoederskap

1 Louw *Surrogate Motherhood Act* 19-2.
2 *In re Baby M* 537 N.J. 396, 410 (1988).
3 Hierna verwys as die *Children's Act*.
4 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 628-629.
5 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 120.
6 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 631.

reguleer, is daar ander lande wat dit geheel en al verbied. Sommige state verkies egter om die onderwerp geheel en al te ignoreer. Die verskillende benaderings tot surrogaatmoederskap het oor die afgelope paar jaar aanleiding gegee tot wat in Engels bekend staan as *forum shopping*. Hierdie beginsel impliseer dat onvrugbare paartjies hulle doelbewus tot ander jurisdiksies wend, waar surrogaatmoederskap aanvaarbaar is, aangesien hul eie staat nie die moontlikheid van surrogaatmoederskap bied nie.[7]

In state waar die regulering daarvan swak is, neem die gewildheid van *forum shopping* jaarliks toe.[8] Die vinnige uitbreiding van surrogaatmoederskap dui op die noodsaaklikheid vir die internasionale regulering daarvan. Dit blyk ook duidelik dat die wetenskaplike ontwikkeling van surrogaatmoederskap die reg wat dit moet reguleer, oorskry het in so ŉ mate dat persone wat van sodanige proses gebruik wil maak, verskeie regsprobleme moet oorkom alvorens hulle suksesvol sal wees. Alhoewel bogenoemde probleem ŉ algemene verskynsel is wanneer wetenskap en die reg met mekaar versoen word, is surrogaatmoederskap ŉ uiters sensitiewe kwessie. Dit handel nie bloot oor die regte van die beoogde ouers en die surrogaatmoeder nie, maar dit raak ook die kinders wat uit hoofde van sodanige ooreenkoms gebore word, welke kinders moontlik sonder burgerskap en ouerloos kan, en moontlik sal wees.[9]

Die gevaar van ŉ kind om ouerloos te wees, het verrykende gevolge. Wanneer ŉ kind ten tye van geboorte geen ouer het nie, is daar geen persoon wat verantwoordelik is vir die sorg en opvoeding van sodanige kind nie. Sou die beoogde ouers ook tydens die swangerskap van die surrogaatmoeder van plan verander, sal die kind in die sorg van die surrogaatmoeder bly, of in welsynsisteme opgeneem word. Hierdie kinders word ook deur die gevaar van mensehandel in die oë gestaar.

7 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 629.
8 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 121.
9 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 130; Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 631; In die bekende Engelse saak, *X & Y (Foreign Surrogacy* [2008] EWHC 3030*,* is die probleme wat met internasionale surrogaatmoederskap gepaardgaan, geïllustreer. In hierdie saak, tree ŉ Oekraïense vrou as surrogaat op vir ŉ Britse paartjie en ŉ tweeling word vanuit die ooreenkoms gebore. Ingevolge die Oekraïnse reg word die Britse paartjie geag as die wettige ouers van die betrokke kinders te wees, terwyl die Engelse reg bepaal dat die surrogaat die wettige ouer van sodanige kinders is, aangesien sy aan hulle geboorte geskenk het. In hierdie omstandighede is die kinders dus sonder burgerskap en ouerloos.

Verder kan die surrogaatmoeder ook besluit om die betrokke kind as haar eie te hou en self groot te maak, eerder as om die kind na geboorte aan die beoogde ouers te oorhandig, selfs al is die betrokke kind nie geneties aan haar verwant nie.[10] Die Verenigde Nasies se *Convention on the Rights of the Child*[11] erken dat kinders ŉ fundamentele reg het om in ŉ veilige omgewing groot te word. Die gebrek aan internasionale regulering van surrogaatmoederskap laat kinders dus kwesbaar vir die omstandighede waarteen die CRC poog om kinders te beskerm.[12]

Daar is ook verskeie ander probleme wat met die afwesigheid van internasionale regulering gepaard gaan, soos in die geval waar die howe van die staat waar die beoogde ouers woon, weier om ŉ bevel van ouerskap van ŉ ander land te erken of die geboortesertifikaat van die betrokke kind te erken. Verder, kan gevra word, wat gebeur in gevalle van meer as een geboorte? Wat gebeur as die kind met ernstige gestremdhede gebore word? Hoe sal ŉ internasionale hofgeding ten opsigte van bewaring en onderhoud hanteer word, sowel as ŉ saak van internasionale ontvoering van die betrokke kind?[13] Verdere kommer ten opsigte van die afwesigheid van internasionale regulering van surrogaatmoederskap, is die moontlike betrokkenheid van die swart mark. Hierdie probleem is veral ŉ realiteit in gevalle waar agentskappe hulp aanbied om paartjies se soeke na vroue wat bereid is om as surrogaatmoeders op te tree, te vergemaklik, maar hierdie hulp dan aanbied met die oog daarop om finansiële gewin daaruit te put. Dit skep ŉ probleem, aangesien dit ingelyks die moontlikheid van mensehandel skep.[14]

Dit is duidelik dat daar ŉ probleem bestaan ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap. Hierdie probleem sal deur ŉ internasionale dokument of ooreenkoms ondervang moet word. In hierdie navorsing word ondersoek ingestel na wat die probleme is wat deur ŉ nuwe internasionale dokument of ooreenkoms ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap aangeraak moet word om sodoende ŉ oplossing vir die huidige situasie te bied en dit te evalueer.

10 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 135.
11 Hierna verwys na die CRC.
12 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 135.
13 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 632.
14 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 632-633.

Die bespreking sal eerstens fokus op die nasionale regsposisie van surrogaatmoederskap in die Suid-Afrikaanse konteks om uiteindelik vas te stel of Suid-Afrika baat sal vind by die inwerkingtreding van 'n voorgestelde internasionale dokument of ooreenkoms. Om tot hierdie gevolgtrekking te kan kom moet daar dus intensief na die nasionale regsposisie gekyk word om vas te stel wat die bepalings kragtens die *Children's Act* is ten opsigte van surrogaatmoederskap-ooreenkomste, en meer spesifiek ten opsigte van surrogaatmoederskap tussen Suid-Afrika en die buiteland.

In die tweede plek sal die navorsing op internasionale surrogaatmoederskap fokus en hierdie konsep evalueer om probleme te identifiseer wat tans ten opsigte van surrogaatmoederskap op die internasionale vlak bestaan. Hierdie hoofstuk sal dus die basis vorm van die daaropvolgende bespreking rakend die huidige probleme wat in 'n voorgestelde dokument of ooreenkoms ondervang moet word. Sonder enige probleme, is 'n internasionale dokument of ooreenkoms van geen belang vir die betrokke onderwerp nie.

Vervolgens word die inhoud van die voorgestelde dokument of ooreenkoms indringend bespreek om sodoende vas te stel wat die inhoud van so 'n instrument behoort te wees. Hierdie bespreking sal fokus op die moontlike doelwitte en trefwydte van die voorgestelde dokument of ooreenkoms, asook die fundamentele beginsels waarop die dokument of ooreenkoms gebou moet word. Verder sal die navorsing ook fokus op ander probleme wat by die dokument ingesluit moet word om internasionale surrogaatmoederskap doeltreffend te reguleer. In hierdie hoofstuk sal die bepalings van ander bestaande internasionale instrumente ook gebruik word om vas te stel of die bepalings kan bydra tot die doeltreffende regulering van internasionale surrogaatmoederskap.

Die doel van die navorsing is dus om te bepaal welke kwessies en probleme spesifiek by die voorgestelde dokument of ooreenkoms ingesluit moet word ten einde internasionale surrogaatmoederskap doeltreffend te reguleer.

2 Surrogaatmoederskap: Nasionale Regsposisie

In die onderstaande bespreking sal die Suid-Afrikaanse posisie ten opsigte van die regulering van surrogaatmoederskap indringend bespreek word om sodoende vas te stel of internasionale surrogaatmoederskap enigsins ŉ opsie is binne die Suid-Afrikaanse konteks, en of Suid-Afrika baat sal vind by internasionale regulering van surrogaatmoederskap wanneer dit in werking gestel word. Verder sal surrogaat-moederskap in die algemeen bespreek word aan die hand van argumente ten gunste van en ter teenkanting van surrogaatmoederskap.

2.1 Die regsposisie in Suid-Afrika

2.1.1 Inleiding

Surrogaatmoederskap kan in twee vorme geklassifiseer word, naamlik tradisionele- en volle surrogaatmoederskap. Tradisionele surrogaatmoederskap verwys na gevalle waar die surrogaatmoeder haar eie eiersel 'skenk' vir die verwekking van die betrokke kind.[15] Volle surrogaatmoederskap, daarenteen, verwys na surrogaat-moederskap waar die toestemmende ouers en/of skenkers se eier- en spermselle kunsmatig bevrug word buite die liggaam van die surrogaatmoeder, en die bevrugte embrio in die liggaam van die surrogaatmoeder ingeplant word.[16] In hierdie geval is die surrogaatmoeder dus nie geneties aan die betrokke kind verwant nie.

Nie alleen is daar twee vorme van surrogaatmoederskap nie, maar dit kan ook verder twee eienskappe aanneem, naamlik ekonomies of altruïsties van aard. Ekonomiese surrogaatmoederskap verwys na omstandighede waar ŉ vrou as surrogaatmoeder optree ter wille van die finansiële gewin wat sy daaruit kan put. Sy word dus finansieel vergoed vir haar diens wat sy aan die toestemmende ouers lewer om die kind namens hulle te baar en na geboorte aan hulle te oorhandig. Die altruïstiese eienskap wat surrogaatmoederskap moontlik kan aanneem word aangetref in gevalle waar ŉ vrou as surrogaatmoeder optree vir toestemmende ouers wat nie in staat is om hul eie kind te verwek nie, sonder dat sy enige

15 Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 1.
16 Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 1.

vergoeding of kompensasie in ruil vir sodanige optrede terug verwag. Alhoewel dit ŉ uiters edel handeling is, kom dit nie so dikwels voor dat vroue bereid is om sonder enige vergoeding as surrogaatmoeder op te tree nie.[17] Verder bestaan die moontlikheid ook dat nóg die toestemmende ouers nóg die surrogaatmoeder geneties aan die kind verwant is, deurdat slegs die eier- en spermselle van onafhanklike skenkers gebruik word vir die bevrugting en gevolglik die verwekking van die kind wat uit die surrogaatmoederskap-ooreenkoms gebore sal word.[18] Elkeen van hierdie kategorieë en eienskappe van surrogaatmoederskap gee vanselfsprekend aanleiding tot verskillende probleme, vrae en gevolge.[19]

Voor die inwerkingtreding van die *Children's Act* is surrogaatmoederskap bloot indirek gereguleer deur die *Wet op Status van Kinders* 82 van 1987[20] en die *Wet op Kindersorg* 74 van 1983.[21] Die posisie is egter deur die inwerkingtreding van die *Children's Act* verander deurdat hoofstuk 19 van sodanige wet nou uitsluitlik te make het met surrogaatmoederskap en dit reguleer. Aangesien surrogaatmoederskap, deur die regulering uit hoofde van Hoofstuk 19 van die *Children's Act*, nog so 'n nuwe ontwikkeling in die reg is, is daar tot op hede nog geen regulasies rakende hierdie Wet uitgevaardig nie. Die Regter-President van die Suid-Gauteng Hoë Hof het egter ŉ praktyksnota[22] uitgevaardig wat spesifiek oor hierdie aansoeke handel.[23]

2.1.2 Die betrokke partye

Soos later sal blyk, berus Suid-Afrikaanse surrogaatmoederskap basies uitsluitlik op die surrogaatmoederskap-ooreenkoms. Die partye wat by ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms betrokke is, word dus vervolgens kortliks bespreek aan die hand van

17 Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 1.
18 Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2.
19 Ryznar 2010 *John Marshall Law Review* 2.
20 Hierna verwys as die Wet op Status van Kinders.
21 Hierna verwys as die Wet op Kindersorg.
22 Praktyksnota 5 van 2011. Hierdie praktyksnota bepaal op welke wyse die aansoek deur ŉ party voor die hof gebring word. In die eerste plek moet die aansoek op die normale wyse deur die Registrateur van die Hooggeregshof uitgereik word waarna die hoflêer direk na die Regter President geneem moet word waarna ŉ Regter vir die aangeleentheid aangewys sal word. Nadat die aangeleentheid ter rolle geplaas is, sal die betrokke Regter verdere vereistes aandui waaraan die betrokke partye moet voldoen.
23 Carnelley en Soni 2011 *De Rebus* 30.

die bepalings van die *Children's Act*.

2.1.2.1 Die toestemmende ouers

Dit kan uit die reeds gemelde definisie van die surrogaatmoederskap-ooreenkoms afgelei word dat die toestemmende ouers verwys na die partye wat die ooreenkoms inisieer. Dit is ook hierdie partye wat uiteindelik die ouers van die betrokke kind sal word.[24] Artikel 1 van die *Children's Act* definieer die toestemmende ouer of ouers as 'n persoon of persone wat 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms met die surrogaat-moeder aangaan sluit.

Artikel 295 sit ook sekere voorvereistes uiteen waaraan die toestemmende ouers moet voldoen, welke voorvereistes insluit dat die toestemmende ouers nie in staat is om geboorte aan 'n kind te kan skenk nie en dat hierdie toestand, van watter aard ook al, permanent van aard moet wees, sonder die moontlikheid van herstel.[25] Hierdie bepaling maak dit duidelik dat surrogaatmoederskap bedoel is om slegs as die laaste uitweg te dien vir paartjies wat graag 'n kind wil hê.[26] Surrogaatmoederskap is dus nie tot beskikking van 'n toestemmende ouer of ouers wat self bevoeg is om 'n kind deur 'n suksesvolle swangerskap te verwek en in die wêreld te bring nie.[27] Die enigste vereiste vir die onbevoegdheid is dat dit permanent van aard moet wees, sonder enige vooruitsig op herstel. Die onbevoegdheid moet verkieslik ook deur 'n mediese praktisyn bevestig word.[28] Wanneer die toestemmende ouer of ouers manlike persone is, sal sodanige persone vanselfsprekend binne die bestek van die bepaling val uit hoofde van die biologiese aard van konsepsie en swangerskap.[29]

Verder moet die toestemmende ouers ook bevoeg wees om die ooreenkoms met die surrogaatmoeder te sluit, soos deur die *Children's Act* voorgeskryf,[30] dat hulle in elke aspek gepaste persone is om ouerskap van die kind te aanvaar wat kragtens die

24 Ryznar 2010 *John Marshall Law Review* 16.
25 Soos uiteengesit in artikel 295(1)(a) van die *Children's Act*.
26 Louw *Surrogate Motherhood* 19-14.
27 Louw *Surrogate Motherhood* 19-14.
28 Louw *Surrogate Motherhood* 19-14.
29 Louw *Surrogate Motherhood* 19-14.
30 Artikel 295(1)(b)(i) van die *Children's Act*.

ooreenkoms gebore sal word,[31] en dat hulle die regsgevolge van die ooreenkoms en hul regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die ooreenkoms en die wet verstaan en aanvaar.[32]

Die bevoegdheid van die toestemmende ouers, soos bepaal in artikel 295(1)(b)(i) van die *Children's Act*, impliseer dat hulle ten volle handelingsbevoeg moet wees om die ooreenkoms te kan aangaan, en dat hulle gedomisilieerd moet wees binne die Republiek ten tye van die sluiting van die ooreenkoms, die lewensmaat of huweliksmaat skriftelik toegestem het tot die sluiting van die ooreenkoms, een of albei die toestemmende ouers geneties aan die kind verwant is en nie self in staat is om 'n kind te verwek of geboorte te skenk nie.[33] In die onwaarskynlike geval waar die toestemmende ouers minderjarig is,[34] moet die voog van die toestemmende ouers ook bykomstig toestem tot die sluiting van die surrogaatmoederskap-ooreenkoms. 'n Hof sal egter nie maklik onder normale omstandighede 'n minderjarige kind as geskik ag om ouerlike regte en verantwoordelikhede vir die kind te aanvaar nie, soveel te meer in die geval van 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms wat met verskeie ander komplekshede en risiko's gepaard gaan.[35]

Dit staan verder ook vas dat die partye betrokke by die surrogaatmoederskap-ooreenkoms, insluitend die toestemmende ouer of ouers, onderworpe is aan streng keuringsprosesse en sielkundige berading alvorens die ooreenkoms gesluit en geïmplementeer kan word. Die keuringsproses moet ten minste 6 maande voor die sluiting van die ooreenkoms uitgevoer word om sodoende seker te maak van die partye se sosiale en sielkundige agtergrond en ook of die partye geskik is vir die sluiting van 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms.[36]

Die bepaling van artikel 295(1)(a)(iii) is belangrik omdat dit poog om die risiko's ten opsigte van 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms te elimineer. Daar word geensins uitdruklik gestel wie verantwoordelik is daarvoor om die partye in te lig oor hul regte en verantwoordelikhede ingevolge die wet en die ooreenkoms nie. Daar kan egter

31 Artikel 295(1)(b)(ii) van die *Children's Act*.
32 Artikel 295(1)(b(iii) van die *Children's Act*.
33 Louw *Surrogate Motherhood* 19-14 – 19-15.
34 Onder die ouderdom van 18 jaar, soos bepaal deur artikel 17 van die *Children's Act*.
35 Louw *Surrogate Motherhood* 19-15.
36 Louw *Surrogate Motherhood* 19-15.

afgelei word dat hierdie verantwoordelikheid op die regspraktisyn rus wat gemoeid is met die opstel van die ooreenkoms.[37]

2.1.2.2 Die surrogaatmoeder

Die surrogaatmoeder word in artikel 1 van die *Children's Act* gedefinieer as 'n meerderjarige vroulike persoon wat 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms met die toestemmende ouers aangaan.

Soos in die geval van die toestemmende ouers, sit artikel 295 van die *Children's Act* ook vereistes uiteen waaraan die surrogaatmoeder moet voldoen. Sy moet bevoeg wees, ingevolge die wet, om die ooreenkoms aan te gaan,[38] sy moet 'n gepaste persoon wees om as surrogaatmoeder op te tree[39] en die regsgevolge, regte en verpligtinge kragtens die ooreenkoms en die Wet verstaan en aanvaar.[40] Verder mag die surrogaatmoeder ook nie die ooreenkoms gebruik as 'n bron van inkomste nie.[41] Dus word die ooreenkoms bloot vir altruïstiese doeleindes gesluit en nie vir kommersiële doeleindes nie.[42] Die surrogaatmoeder moet ook ten minste een gesonde kind van haar eie sonder enige komplikasies met die geboorte in die wêreld gebring het,[43] welke kind steeds lewend moet wees.[44]

Die vereistes wat dus deur die wet ten opsigte van 'n bevoegde surrogaatmoeder gestel word, is dat sodanige surrogaatmoeder meerderjarig moet wees,[45] dat sy en haar lewens- of huweliksmaat, indien enige, binne die Republiek gedomisilieerd moet wees ten tye van die sluiting van die ooreenkoms, tensy daar goeie rede is waarom hierdie vereiste afgeskaf kan word,[46] en dat die lewens- of huweliksmaat van die surrogaatmoeder skriftelik moet toestem tot die sluiting van die ooreenkoms,[47] tensy die hof oortuig is daarvan dat die toestemming onredelik deur

37 Louw *Surrogate Motherhood* 19-16.
38 Artikel 295(1)(c)(i) van die *Children's Act*.
39 Artikel 295(1)(c)(ii) van die *Children's Act*.
40 Artikel 295(1)(c)(iii) van die *Children's Act*.
41 Artikel 295(1)(c)(iv) van die *Children's Act*.
42 Artikel 295(1)(c)(v) van die *Children's Act*.
43 Artikel 295(1)(c)(vi) van die *Children's Act*.
44 Artikel 295(1)(c)(vii) van die *Children's Act*.
45 Soos per die definisie van 'n surrogaatmoeder in artikel 1 van die *Children's Act*.
46 Soos uiteengesit in artikel 292(1)(d) en (2) van die *Children's Act*.
47 Soos uiteengesit in Artikel 293(2) van die *Children's Act*.

sodanige lewens- of huweliksmaat weerhou word.[48]

Die keuringsproses en berading ten opsigte van die partye, soos reeds bespreek ten opsigte van die toestemmende ouers geld ook in die geval van die surrogaatmoeder om seker te maak dat die surrogaatmoeder wel bevoeg en gepas is om as sodanig op te tree, soos voorgeskryf in artikel 295(1)(c)(ii) van die *Children's Act*, aangesien die suksesvolle uitvoering van die surrogaatmoederskap-ooreenkoms grootliks afhang van die fisiese en sielkundige geskiktheid van die surrogaatmoeder.[49] Daar word verder aangevoer dat die surrogaatmoeder en haar lewens- of huweliksmaat, indien enige, selfs in 'n meerdere mate die regte en verpligtinge kragtens die ooreenkoms moet begryp, aangesien die surrogaatmoeder haar nie bloot onderwerp aan die ooreenkoms nie, maar haar ook onderwerp aan die fisiese risiko's ten opsigte van 'n swangerskap uit hoofde van kunsmatige bevrugting.[50] Sou die surrogaatmoeder voldoen aan die bepalings van artikel 297 van die *Children's Act*, sal sy verplig wees om die betrokke kind na die geboorte van sodanige kind aan die toestemmende ouer of ouers te oorhandig.[51] Sou sy egter besluit om die ooreenkoms te beëindig, in die geval waar sy geneties aan die kind verwant is,[52] moet sy en haar lewens- of huweliksmaat ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind aanvaar, aangesien hulle dan geag word die wettige ouers van die betrokke kind te wees.[53]

Daar bestaan ook twee algemene vorme van surrogaatmoederskap, welke vorme uitsluitlik geïdentifiseer word uit hoofde van die motivering van die surrogaatmoeder om sodanig op te tree. In die eerste plek, surrogaatmoederskap uit hoofde van altruïstiese motivering. Hierdie vorm van surrogaatmoederskap is gewoonlik in gevalle waar die surrogaat 'n vriend of familielid van die toestemmende ouers is wat bereid is om die toestemmende ouers by te staan deur 'n kind te baar wat aan hulle verwant is. In die tweede plek is daar die vorm van kommersiële surrogaatmoederskap waar die motief vir 'n surrogaatmoeder suiwer finansieel van aard is. Ingevolge

48 Artikel 293(3) van die *Children's Act*; Louw *Surrogate Motherhood* 19-16.
49 Louw *Surrogate Motherhood* 19-16.
50 Louw *Surrogate Motherhood* 19-16.
51 Artikel 297 van die *Children's Act*.
52 Ingevolge artikel 298 van die *Children's Act* kan 'n surrogaatmoeder alleenlik die ooreenkoms beëindig indien sy self geneties aan die kind verwant is.
53 Artikel 299 van die *Children's Act*; Louw *Surrogate Motherhood* 19-16 – 19-17.

die Suid-Afrikaanse reg word hierdie vorm van surrogaatmoederskap egter geag as synde handeldryf met kinders, en is dit onwettig.[54]

Bogemelde kwessie word in artikel 295(1)(c)(iv) en (v) van die *Children's Act* behandel deurdat dit stel dat die surrogaatmoeder geensins finansiële gewin as motivering mag hê vir die aangaan van ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms nie, aangesien dit aanleiding kan gee tot handeldryf met kinders.[55]

Artikel 295(1)(c)(vi) en (vii) van die *Children's Act*, soos reeds genoem, handel oor die vereiste ten opsigte van die surrogaatmoeder se vorige swangerskap. Hierdie bepaling, bykomend tot die uitdruklike vereistes rakende die fisiese geskiktheid van die surrogaatmoeder, impliseer ook dat die surrogaatmoeder, wat reeds ŉ kind in die wêreld gebring het, die impak daarvan om ŉ kind na die geboorte aan ŉ ander te begryp.[56]

2.1.2.3 Die kinders wat gebore is uit ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms

Soos reeds bespreek, mag ŉ surrogaatmoeder geensins, anders as dit wat deur die *Children's Act* voorgeskryf word, vergoeding ontvang vir, of enigsins finansieel baat vind by die surrogaatmoederskap-ooreenkoms ontvang nie.[57] Indien die surrogaat-moeder wel vergoeding vir die swangerskap aanvaar, sal sodanige transaksie as handeldryf met kinders geag word.[58]

Die genetiese oorsprong van die kind word voorgeskryf in artikel 294 van die *Children's Act* wat bepaal dat die gamete van ten minste een van die toestemmende ouers gebruik moet word vir die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder. Dit blyk egter dat die ideaal sou wees dat die gamete van albei toestemmende ouers vir die bevrugting gebruik word, indien moontlik. In die lig van hierdie bepaling is dit dus duidelik dat die kind geneties aan ten minste een van die toestemmende ouers verwant moet wees.

54 Louw *Surrogate Motherhood* 19-17.
55 Louw *Surrogate Motherhood* 19-17.
56 Louw *Surrogate Motherhood* 19-18.
57 Soos uitdruklik verbied word deur artikel 301 van die *Children's Act*.
58 Louw *Surrogate Motherhood* 19-17.

Artikel 295(1)(d) van die *Children's Act* bepaal dat behoorlik voorsiening gemaak moet word vir die kontak, sorg, opvoeding en algemene welstand van die betrokke kind en dat sodanige kind in 'n stabiele familie-omgewing gebore moet word. Verder moet die toestemmende ouers ook voorsiening maak vir die heenkome van die betrokke kind, sou hulle na die verwekking van die kind gelyktydig te sterwe sou kom of sou skei. Hierdie bepaling het ten doel om die kind veral teen langdurige litigasie ten opsigte van sy of haar status te beskerm.[59] Par (d) van hierdie bepaling maak voorsiening vir die partye om oor enige ander aspek ten opsigte van die kind ooreen te kom, soos dat die toestemmende ouers onderneem om die kind te aanvaar ten spyte van fisiese of verstandelike gestremdhede, wat moet gebeur in die geval waar die surrogaatmoeder 'n aborsie moet of wil ondergaan, wat met die kind sal gebeur wanneer die toestemmende ouers skei of te sterwe kom na die geboorte van die kind en besoekreg van die surrogaatmoeder, indien enige.[60]

Artikel 295(1)(e) van die *Children's Act* bepaal dat, met inagneming van die persoonlike omstandighede en die familie-situasies van die betrokke partye, moet die ooreenkoms in die beste belang van die kind wees wat uit sodanige ooreenkoms gebore sal word. Hierdie bepaling impliseer dus 'n alomomvattende oorweging van die hof of die ooreenkoms in die beste belang van die kind sal wees, al dan nie. Sou die ooreenkoms egter nie in die beste belang van die kind wees nie, is daar geen moontlikheid dat die hof sodanige ooreenkoms sal bevestig nie.[61]

Artikel 297 van die *Children's Act* gaan verder deur uitsluitlik te handel oor die effek van 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms op die status van die kind wat kragtens sodanige ooreenkoms gebore sal word. Hierdie bepaling is van deurslaggewende belang ten opsigte van die erkenning van surrogaatmoederskap en die kinders wat kragtens surrogaatmoederskap gebore word.[62] Ingevolge hierdie bepaling word die kind gebore kragtens die surrogaatmoederskap-ooreenkoms vir alle doeleindes geag die kind van die toestemmende ouers te wees vanaf geboorte,[63] waarna die kind

59 Louw *Surrogate Motherhood* 19-18.
60 Louw *Surrogate Motherhood* 19-18 – 19-19.
61 Die beste belang van die kind word in artikel 28(2) van die Grondwet uiteengesit, asook in artikel 9 van die *Children's Act*. Hierdie beginsel is van deurslaggewende belang in alle aangeleenthede rakende kinders, insluitend surrogaatmoederskap; Louw *Surrogate Motherhood* 19-19.
62 Louw *Surrogate Motherhood* 19-21.
63 Artikel 297(1)(a) van die *Children's Act*

binne ŉ redelike tydperk na geboorte aan die toestemmende ouers oorhandig moet word.[64] Hierdie bepaling is dus in teenstelling met die gemenereg wat bepaal dat die vrou wat aan ŉ kind geboorte skenk geag word die moeder van sodanige kind te wees.[65] Na die geboorte van die kind het die surrogaatmoeder, haar lewens- of huweliksmaat en enige van hul familielede geen reg ten opsigte van sorg of kontak met die kind nie, tensy dit uitdruklik in die ooreenkoms uiteengesit is.[66] Eweneens het die kind ook geen eis ten opsigte van onderhoud teen die surrogaatmoeder, haar lewens- of huweliksmaat of enige van hul familielede nie.[67] Aangesien die kind geag word die kind van die toestemmende ouers te wees, het die kind wel ŉ eis vir onderhoud teen die toestemmende ouers en sal die kind ook geag word ŉ afstammeling te wees van die toestemmende ouers ingevolge die intestate erfreg.[68]

Sou die ooreenkoms nie aan al die vereistes ingevolge die wet voldoen nie, sal sodanige kind, ingevolge artikel 297(2), geag word die kind van die surrogaatmoeder te wees, aangesien sy geboorte aan die kind geskenk het, soos dit vasstaan ingevolge artikel 40(2) van die *Children's Act*.

2.1.3 Die ooreenkoms

Uit hoofde van die feit dat surrogaatmoederskap as sodanig nie in die *Children's Act* gedefinieer word nie, maar wel die surrogaatmoederskap-ooreenkoms, kan die afleiding gemaak word dat die ooreenkoms die middelpunt van surrogaatmoederskap in Suid-Afrika is.

Die *Children's Act* sit spesifieke vereistes uiteen waaraan voldoen moet word alvorens ŉ hof dit sal bevestig.[69] Die feit dat die ooreenkoms deur die hof bevestig moet word, word geag noodsaaklik te wees om die risiko's wat inherent is aan ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms, tot ŉ minimum te beperk en te verseker dat die ooreenkoms in die beste belang van al die betrokke partye is, veral in die beste

64 Artikel 297(1)(b) van die *Children's Act*.
65 Louw *Surrogate Motherhood* 19-21.
66 Artikel 297(1)(c) en (d) van die *Children's Act*.
67 Artikel 297(1)(f) van die *Children's Act*.
68 Louw *Surrogate Motherhood* 19-22.
69 Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 27.

belang van die kind.[70] Dit is belangrik om kennis te neem van die feit dat indien daar nie streng aan al hierdie vereistes voldoen word nie, 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms ongeldig is en dus nie deur 'n hof bevestig sal word nie.[71]

Vir 'n ooreenkoms om geldig te wees, moet dit op skrif gestel wees en deur al die partye daartoe, onderteken wees,[72] asook binne die Republiek gesluit wees.[73] Sou 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms dus nie in die Republiek gesluit wees nie, sal die ooreenkoms onafdwingbaar binne die Republiek wees. Hierdie situasie sal egter later in hierdie hoofstuk verdere aandag geniet. Hierdie bepaling gaan ook hand aan hand met artikel 292(1)(c) en (d) van die *Children's Act* wat bepaal dat die toestemmende ouers (of een van hulle) en die surrogaatmoeder (en haar lewens- of huweliksmaat) binne die Republiek gedomisilieerd moet wees ten tye van kontraksluiting, welke bepaling ook later bespreek sal word.

Soos reeds in die vorige afdeling bespreek is, moet die lewens- of huweliksmaat van die toestemmende ouer en die surrogaatmoeder toestem tot die surrogaatmoederskap-ooreenkoms, en dus 'n party tot die ooreenkoms word, alvorens die hof sodanige ooreenkoms sal bevestig.[74] In die afwesigheid van die toestemming sal geen hof die ooreenkoms bevestig nie.[75] Vir die toestemming van die betrokke partye om geldig te wees, moet dit op skrif wees.[76] Daar bestaan egter 'n uitsondering op die reël rakende die toestemming. Sou die lewens- of huweliksmaat van sodanige partye hul toestemming onredelikerwys weerhou, kan die hof afstand doen van hierdie vereiste ten opsigte van toestemming.[77] Hierdie bepaling is egter net van toepassing indien die surrogaatmoeder se lewens- of huweliksmaat sy of haar toestemming onredelik weerhou. Sou die lewens- of huweliksmaat van die toestemmende ouer sy of haar toestemming onredelik weerhou, sal die hof onder geen omstandighede die ooreenkoms bevestig nie.[78]

70 Louw *Surrogacy Motherhood* 19-7.
71 Carnelley en Soni 2011 *De Rebus* 30.
72 Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 27; Artikel 292(1)(a) van die *Children's Act*.
73 Artikel 292(1)(b) van die *Children's Act*.
74 Artikel 293(1) en (2) van die *Children's Act*.
75 Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 28..
76 Louw *Surrogate Motherhood* 19-8.
77 Artikel 293(3) van die *Children's Act*.
78 Louw *Surrogate Motherhood* 19-11.

Artikel 295 sit verder ook sekere voorvereistes uiteen waaraan voldoen moet word alvorens die hof die ooreenkoms sal bevestig. Hierdie bepaling is egter reeds bespreek, en sal die bepaling dus slegs kortliks vir doeleindes van verwysing uiteengesit word. Die Toestemmende ouers moet onbevoeg wees om ŉ kind van hul eie te verwek, welke toestand permanent van aard moet wees, sonder vooruitsig op herstel.[79] Hulle moet verder bevoeg wees om die ooreenkoms te kan aangaan, in alle aspekte bevoeg en gepas wees om ouerskap van die kind te aanvaar, en moet verder ook die regsgevolge, ouerlike regte en verantwoordelikhede rakende die ooreenkoms begryp en aanvaar.[80] Die surrogaatmoeder moet ook bevoeg wees om die ooreenkoms aan te gaan, in alle opsigte bevoeg en gepas wees om as surrogaatmoeder op te tree, die regsgevolge en haar regte en verpligting rakende die ooreenkoms verstaan en aanvaar, nie die ooreenkoms gebruik as ŉ bron van inkomste nie, die ooreenkoms slegs om altruïstiese redes aangaan en nie om kommersiële redes nie, en sy moet verder ook voorheen ŉ suksesvolle swangerskap voltooi het en ŉ lewende kind van haar eie hê.[81]

Die ooreenkoms moet verder ook voorsiening maak vir die kontak, sorg, opvoeding en algemene welstand van die kind en verseker dat sodanige kind in ŉ stabiele familie-omgewing gebore sal word. [82] Die kind is geregtig daarop om binne so ŉ stabiele familie-omgewing gebore te word.[83] Verder moet daar ook voorsiening gemaak word vir die kind se welstand in die geval waar die toestemmende ouers na verwekking van die kind, maar voor sy of haar geboorte te sterwe kom of skei.[84] Die ooreenkoms moet ook in die beste belang van die kind wees alvorens sodanige ooreenkoms deur die hof bevestig kan word.[85]

Die bevestiging van die ooreenkoms word ook as voorvereiste gestel ten opsigte van sekere handelinge. Artikel 296 van die *Children's Act* bepaal dat die surrogaat-moeder nie kunsmatig bevrug mag word nie alvorens die ooreenkoms deur die hof

79 Artikel 295(a) van die *Children's Act*.
80 Artikel 295(b) van die *Children's Act*.
81 Artikel 295(c) van die *Children's Act*.
82 Artikel 295(d) van die *Children's Act*.
83 Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 28.
84 Artikel 295(d) van die *Children's Act*.
85 Artikel 295(e) van die *Children's Act*.

bevestig is,[86] maar binne ŉ tydperk van 18 maande na sodanige bevestiging.[87] Hierdie bepaling het ten doel om die kunsmatige bevrugting van ŉ surrogaatmoeder te voorkom voordat die ooreenkoms wat sodanige surrogaatmoederskap reguleer, deur die hof bevestig is. Wanneer die ooreenkoms nie deur die hof bevestig is nie, is dit ongeldig en word die kind dus geag die kind van die surrogaatmoeder te wees.[88] Artikel 303 van die *Children's Act* bepaal uitdruklik dat geeneen ŉ surrogaatmoeder kunsmatig mag bevrug alvorens die ooreenkoms deur die hof bevestig is nie, en diegene wat dit wel doen, is skuldig aan ŉ misdryf wat strafbaar is met ŉ boete of tronkstraf wat nie ŉ tydperk van tien jaar oorskry nie.[89] Die beperking van 18 maande is ingesluit om te voorkom dat die partye wat betrokke is, se persoonlike omstandighede nie so drasties kan verander vanaf die datum van bevestiging van die ooreenkoms tot datum van die konsepsie nie.[90] Sou daar egter geen konsepsie binne die 18-maande periode plaasvind nie, word die ooreenkoms geag verval te wees en moet die aansoek om bevestiging van die ooreenkoms van nuuts af voor die hof gebring word.[91]

Die surrogaatmoederskap-ooreenkoms het sekere effekte ten opsigte van die status van die kind wat gebore word kragtens die ooreenkoms tussen die partye. Die bepaling, te wete artikel 297 van die *Children's Act*, is reeds voorheen bespreek en sal daar bloot hierna verwys word, aangesien dit ook in hierdie afdeling relevant is. Uit hoofde van hierdie bepaling is die kind wat gebore word kragtens ŉ geldige surrogaatmoederskap-ooreenkoms vir alle doeleindes van geboorte af reeds geag die kind van die toestemmende ouers te wees[92] en is die surrogaatmoeder dus verplig om die kind binne ŉ redelike tyd na geboorte aan die toestemmende ouers te oorhandig.[93] Die surrogaatmoeder, haar lewens- of huweliksmaat of enige van hul familielede, het geen reg ten opsigte van ouerskap, sorg of kontak ten opsigte van die kind nie, tensy die ooreenkoms spesifiek voorsiening maak vir enige regte van die surrogaatmoeder ten opsigte van die betrokke kind.[94] Die kind het verder ook

86 Artikel 296(1)(a) van die *Children's Act*; Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 28.
87 Artikel 296(1)(b) van die *Children's Act*.
88 Louw *Surrogate Motherhood* 19-19.
89 Louw *Surrogate Motherhood* 19-19
90 Louw *Surrogate Motherhood* 19-20.
91 Louw *Surrogate Motherhood* 19-20.
92 Artikel 297(1)(a) van die *Children's Act*.
93 Artikel 297(1)(b) van die *Children's Act*.
94 Artikel 297(1)(c) en (d) van die *Children's Act*; Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 29.

geen eis ten opsigte van onderhoud teen die surrogaatmoeder, haar lewens- of huweliksmaat of enige van hul familielede nie,[95] maar wel ten opsigte van die toestemmende ouers, aangesien die kind vir alle doeleindes geag word die kind van die toestemmende ouers te wees.[96] Sou die ooreenkoms egter ongeldig wees, sal die kind geag word die kind van die surrogaatmoeder te wees, soos bepaal deur artikel 40(2) van die *Children's Act*.

Alhoewel artikel 297(e) van die *Children's Act* bepaal dat die ooreenkoms nie meer deur die partye gekanselleer mag word na kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder nie, is daar egter sekere omstandighede waar dit wel moontlik is. In gevalle waar die twee uitsonderings nie van toepassing is nie,[97] sal die pogings van die toestemmende ouers of die surrogaatmoeder om die ooreenkoms te kanselleer, geen regseffek hê nie. In hierdie geval sal die toestemmende ouers steeds ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind verkry, en is die surrogaatmoeder steeds verplig om die kind binne 'n redelike tyd aan die toestemmende ouers te oorhandig.[98] Hierdie bepaling bestaan as gevolg van die redenasie dat 'n kind ten minste met een genetiese ouer sal grootword wanneer die surrogaatmoeder, wat geensins geneties aan die kind verwant is nie, verhoed word om die ooreenkoms te kanselleer en die kind as haar eie groot te maak.[99] Dit is verder ook opvallend dat die opsie ten opsigte van kansellering van die ooreenkoms nie aan die toestemmende ouers beskikbaar is nie. Dit word geag onregverdig te wees teenoor die surrogaatmoeder om diegene wat die kind in die eerste plek wou verwek, toe te laat om hul verantwoordelikhede ten opsigte van sodanige kind te verwerp en oor te laat aan die surrogaatmoeder wat nie die kind as haar eie wil hou nie.[100] Dit blyk egter dat daar 'n moontlikheid bestaan vir die toestemmende ouers om die ooreenkoms te kanselleer in gevalle waar die kind 'n gebrek het as gevolg van die uitsluitlike optrede en/of nalatigheid van die surrogaatmoeder tydens swangerskap.[101] Hierdie beginsel word egter nêrens in die *Children's Act* verwoord nie.

95 Artikel 297(1)(f) van die *Children's Act*.
96 Louw *Surrogate Motherhood* 19-22.
97 Hierdie uitsonderingsgevalle sal later bespreek word.
98 Louw *Surrogate Motherhood* 19-22.
99 Louw *Surrogate Motherhood* 19-23.
100 Louw *Surrogate Motherhood* 19-23.
101 Louw *Surrogate Motherhood* 19-23.

Artikel 298 van die *Children's Act* maak voorsiening vir die moontlikheid van die kansellering van die ooreenkoms deur die surrogaatmoeder. Ingevolge hierdie bepaling kan die surrogaatmoeder egter net die ooreenkoms kanselleer indien sy self geneties aan die kind verwant is.[102] Sy mag verder ook die ooreenkoms kanselleer binne 60 dae na geboorte van die kind.[103] Hierdie 60-dag periode word deur Slabbert[104] verwys as 'n afkoel periode wat die surrogaatmoeder die geleentheid gee om te dink oor die kind wat sy oorhandig het. Wanneer die surrogaatmoeder by wyse van 'n kennisgewing aan die hof haar voorneme uitgespreek het om die ooreenkoms te kanselleer, en die hof 'n verhoor gehou het waarin vasgestel is dat die surrogaatmoeder die besluit uit eie wil geneem het en die effek van die kansellering begryp, moet die hof die ooreenkoms kanselleer en 'n bevel maak wat in die beste belang van die kind is.[105] Die hof moet, met ontvangs van die kennisgewing van die surrogaatmoeder, die ander partye tot die ooreenkoms in kennis stel van die voorneme van kansellasie en ook die datum waarop die verhoor gehou sal word.[106] Die doel van die verhoor is tweevoudig; eerstens om vas te stel of die surrogaat se keuse om die kind as haar eie te hou, uit vrye wil geneem is en geensins daartoe mislei of gedwing is nie, en tweedens om te verseker dat die surrogaatmoeder die effek van die kansellering van die ooreenkoms begryp. Die hof het verder ook 'n diskresie om 'n bykomende bevel te maak wat in die beste belang van die kind is.[107] Wanneer die surrogaatmoeder haar reg uitoefen ten opsigte van artikel 298 van die *Children's Act*, doen sy geen siviele aanspreeklikheid op ten opsigte van die toestemmende ouers nie, met die uitsondering van die vergoeding en die betalings gemaak deur die toestemmende ouers kragtens artikel 301.[108] Die rede vir hierdie bepaling is dat die finansiële implikasies nie die surrogaatmoeder verhoed om haar regte ten opsigte van die wet en die kind uit te oefen nie.[109] Uit hoofde van die effek wat sodanige kansellasie op die status van partye kan hê, maak dit sin dat die proses wat gevolg moet word, duidelik in die wet uiteengesit moet

102 Artikel 298(1) van die *Children's Act*; Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 29.
103 Artikel 298(1) van die *Children's Act*.
104 Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 29.
105 Artikel 298(2) van die *Children's Act*.
106 Louw *Surrogate Motherhood* 19-26.
107 Louw *Surrogate Motherhood* 19-26.
108 Artikel 298(3) van die *Children's Act*; Artikel 301 van die *Children's Act* maak voorsiening vir die betaling van sekere kostes wat aan die swangerskap van die surrogaatmoeder verbonde is.
109 Louw *Surrogate Motherhood* 19-25.

word.[110]

Wanneer die ooreenkoms gekanselleer word, is daar sekere effekte wat intree uit hoofde van die kansellasie, welke effekte in die *Children's Act* in artikel 299 uiteengesit word. Hierdie bepaling reguleer die effek van die kansellasie van die ooreenkoms deur 'n surrogaatmoeder kragtens artikel 298 van die *Children's Act*.[111] Wanneer die ooreenkoms deur die surrogaatmoeder gekanselleer word nadat die kind gebore is, sal alle ouerlike regte en verantwoordelike van die toestemmende ouers af na die surrogaatmoeder of haar lewens -of huweliksmaat oorgaan, en in die afwesigheid van sodanige lewens- of huweliksmaat, sal die toestemmende vader van die kind die ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind saam met die surrogaatmoeder uitoefen.[112] Wanneer die surrogaatmoeder tot sterwe kom na kansellering van die ooreenkoms maar alvorens effek gegee kon word aan sodanige kansellasie, sal die ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind oorgaan na die wyle surrogaatmoeder se lewens- of huweliksmaat. Indien die wyle surrogaatmoeder egter enkellopend was, sal die ouerlike regte en verantwoordelikhede in die toestemmende vader van die kind vestig.[113] Die rasioneel agter hierdie bepaling is dat die kind, in gedeeltelike surrogaatmoederskap, geneties aan die surrogaatmoeder en die toestemmende vader verwant is, en ingevolge artikel 294 van die *Children's Act* moet die kind by ten minste een geneties verwante ouer grootword. Die probleem is egter dat indien die surrogaatmoeder wel getroud of in 'n permanente verhouding is, sal sodanige persoon geensins aan die kind verwant wees nie. Aangesien daar voorkeur gegee word aan die lewens- of huweliksmaat van die surrogaatmoeder, is dit debatteerbaar of hierdie bepaling in die beste belang van die kind is.[114] Wanneer die ooreenkoms voor die geboorte van die kind gekanselleer word, sal die surrogaatmoeder en haar lewens- of huweliksmaat geag word die ouers van die kind te wees reeds van geboorte af, en indien die surrogaatmoeder geen lewens- of huweliksmaat het nie, sal die toestemmende vader van die kind die ouerlike regte en verantwoordelikhede saam met die

110 Louw *Surrogate Motherhood* 19-25.
111 Louw *Surrogate Motherhood* 19-27.
112 Artikel 299(a) van die *Children's Act*.
113 Louw *Surrogate Motherhood* 19-27.
114 Louw *Surrogate Motherhood* 19-27.

surrogaatmoeder ten opsigte van die kind uitoefen.[115] Die surrogaatmoeder en haar lewens- of huweliksmaat[116] is verplig om die ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind te aanvaar wanneer die ooreenkoms gekanselleer word.[117] Uit hoofde van hierdie bepaling blyk dit dat die lewens- of huweliksmaat van die surrogaatmoeder verplig is om die ouerlike regte en verpligtinge ten opsigte van die kind moet aanvaar wanneer die surrogaatmoeder tot sterwe kom, al is die toestemmende vader gewillig om sodanige regte en verpligtinge te aanvaar.[118] Die toestemmende ouers het verder geen ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind wanneer die surrogaatmoeder die ooreenkoms kanselleer nie, en moet sodanige ouerlike regte en verantwoordelikhede by wyse van aanneming verkry word.[119] Eweneens het die kind, wanneer die surrogaatmoeder die ooreenkoms kanselleer, geen eis ten opsigte van onderhoud of kragtens die erfreg teen die toestemmende ouers nie, ook nie teen enige van hul familielede nie.[120] Hierdie bepaling bestaan ten spyte daarvan dat die toestemmende vader aan die kind verwant is en daar ingevolge die gemenereg ŉ verpligting op hom rus om na die kind om te sien en te onderhou.[121]

Die surrogaatmoederskap-ooreenkoms kan ook gekanselleer word wanneer die swangerskap beëindig word.[122] Hierdie bepaling handel spesifiek oor die reg van ŉ vrou om haar swangerskap te beëindig ingevolge die *Wet op Keuse van Beëindiging van Swangerskap*[123] selfs in die geval waar sy onderneem het om die kind vir die volle tydperk namens die toestemmende ouers te dra.[124] Die keuse ten opsigte van die beëindiging van die swangerskap lê by die surrogaatmoeder, maar sy is egter verplig om die toestemmende ouers van haar voorneme in kennis te stel alvorens die swangerskap beëindig word, sowel as met hulle te konsulteer rakende die voorneme ten opsigte van beëindiging van swangerskap.[125] Dit blyk egter dat hierdie

115 Artikel 299(b) van die *Children's Act*.
116 Indien geen, die toestemmende vader van die kind.
117 Artikel 299(c) van die *Children's Act*.
118 Louw *Surrogacy Motherhood* 19-27.
119 Artikel 299(d) van die *Children's Act*.
120 Artikel 299(e) van die *Children's Act*.
121 Louw *Surogate Motherhood* 19-28.
122 Ingevolge artikel 300(1) van die *Children's Act*; die beëindiging van die swangerskap moet geskied ingevolge die *Wet op Keuse van Beëindiging van Swangerskap* 92 van 1996.
123 *Wet op Keuse van Beëindiging van Swangerskap* 92 van 1996.
124 Louw *Surrogate Motherhood* 19-28.
125 Artikel 300(2) van die *Children's Act*.

bepaling onafdwingbaar is, aangesien die toestemmende ouers niks kan doen om die beëindiging te voorkom nie en dat die surrogaatmoeder nie gestraf kan word vir die versuim om die toestemmende ouers van haar voorneme in kennis te stel en met hulle daaromtrent te konsulteer nie.[126] Benewens die reg van die vrou om 'n keuse uit te oefen om die swangerskap te beëindig, bestaan die reg ook van die surrogaatmoeder om te kies om nie die swangerskap te beëindig nie, al sou sy geboorte skenk aan 'n kind wat ernstige fisiese- en psigiese abnormaliteite toon.[127] Aangesien hierdie moontlikheid nie deur die wet gereguleer word nie, is dit ideaal dat die betrokke partye spesifiek ooreenkom wat met die kind sal gebeur in so situasie. Soos die geval ingevolge artikel 298(3) van die *Children's Act*, bepaal artikel 300(3) ook dat die surrogaatmoeder geen siviele aanspreeklikheid ten opsigte van die toestemmende ouers opdoen wanneer sy haar keuse ten opsigte van die beëindiging van die swangerskap uitoefen nie, met die uitsondering van die vergoeding wat die toestemmende ouers aangegaan het ten opsigte van die swangerskap wanneer sy die swangerskap beëindig om 'n rede anders as op mediese gronde.[128]

Ingevolge artikel 301 van die *Children's Act* word sekere betalings deur die toestemmende ouers aan die surrogaatmoeder verbied. Ingevolge hierdie bepaling mag die surrogaatmoeder geen vergoeding, anders as die vergoeding wat deur die Wet voorgeskryf word, in kontant of soortgelyk ontvang vir haar optrede as sodanig nie.[129] Hierdie bepaling het ten doel om die kommersialisering van surrogaatmoederskap te voorkom deurdat die surrogaatmoeder verhoed word om finansieel baat te vind uit die ooreenkoms,[130] soos dit duidelik blyk uit die aard van betalings wat wel toegelaat word.[131] Al word daar betaling onderhandel tussen die partye, is sodanige bepalings van geen krag en onafdwingbaar, benewens betaling wat gepaard gaan met die uitgawes ten opsigte van die kunsmatige bevrugting, die swangerskap, die geboorte van die kind en die proses om die ooreenkoms deur die hof bevestig te kry.[132] Verder word betaling toegelaat ten opsigte van die verlies aan verdienste van

126 Louw *Surrogate Motherhood* 19-28.
127 Louw *Surrogate Motherhood* 19-29.
128 Louw *Surrogate Motherhood* 19-29.
129 Artikel 301(1) van die *Children's Act*.
130 Louw *Surrogate Motherhood* 19-30.
131 Nöthling Slabbert 2012 *SABJL* 30.
132 Artikel 301(2)(a) van die *Children's Act*.

die surrogaatmoeder as gevolg van die ooreenkoms,[133] sowel as versekering om die surrogaatmoeder te dek vir enige komplikasies uit hoofde van die swangerskap wat aanleiding kan gee tot haar dood of onbevoegdheid.[134] Enige persoon wat 'n bona fide professionele regs- of mediese diens lewer ten opsigte van die bevestiging van die ooreenkoms ingevolge artikel 295 van die *Children's Act*, is geregtig op redelike vergoeding daarvoor.[135] Enige persoon wat in stryd met hierdie bepaling optree, is skuldig aan 'n kriminele oortreding wat strafbaar is met 'n boete of gevangenisstraf wat nie 10 jaar oorskry nie.[136]

Wanneer partye 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms aangaan, mag die identiteit van die partye tot die hofverrigtinge nie gepubliseer word sonder die skriftelike toestemming van sodanige partye nie.[137] Eweneens mag geen persoon feite publiseer wat die identiteit van die kind wat kragtens die ooreenkoms gebore sal word, bekendmaak nie.[138] Hierdie bepaling het ten doel om die identiteit van die betrokke partye te beskerm. Wanneer 'n verslag uit hoofde van 'n dispuut tussen die betrokke partye gepubliseer word, mag die verslag nie die betrokke partye se identiteite bekendmaak sonder dat die partye skriftelik daartoe toestem nie.[139]

Laastens verbied artikel 303 van die *Children's Act* sekere optredes ten opsigte van surrogaatmoederskap. Artikel 303(1) van die *Children's Act* bepaal dat geen persoon 'n vrou kunsmatig mag bevrug uit hoofde van 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms indien die kunsmatige bevrugting nie deur die hof gemagtig is nie. Verder mag geen persoon te kenne gee, met of sonder vergoeding, dat sy gewillig is om 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms aan te gaan nie.[140] Ingevolge hierdie bepaling word agentskappe verbied om te adverteer dat vroue beskikbaar en gewillig is om as surrogaatmoeders op te tree sou iemand belangstel. Dit staan egter enige vrou vry om aan te bied om as surrogaatmoeder op te tree sou sy te wete kom van die behoefte van 'n paartjie wat 'n geneties verwante kind wil hê, maar onbevoeg is om

133 Artikel 301(2)(b) van die *Children's Act*.
134 Artikel 301(2)(c) van die *Children's Act*.
135 Artikel 301(3) van die *Children's Act*.
136 Artikel 305 van die *Children's Act*.
137 Artikel 302(1) van die *Children's Act*.
138 Artikel 302(2) van die *Children's Act*.
139 Louw *Surrogate Motherhood* 19-30.
140 Artikel 303(2) van die *Children's Act*.

dit wel te doen.[141]

2.1.4 Regspraak

Op 27 September 2011 het Regter Tolmay en Regter Kollapen die eerste uitspraak gegee wat aanleiding gegee het tot die suksesvolle bevestiging van 'n surrogaat-moederskap-ooreenkoms,[142] te wete die uitspraak van *Ex parte WH.*[143] Alhoewel daar voorheen ander aangeleenthede[144] ten opsigte van surrogaatmoederskap voor die howe was, het die uitsprake nie aanleiding gegee tot die suksesvolle bevestiging van die surrogaatmoederskap-ooreenkomste nie, weens 'n gebrek aan bewys-materiaal. Die tweede uitspraak wat vir doeleindes van hierdie bespreking aandag sal geniet, is die ongerapporteerde sake van *Ex parte applications for the confirmation of three surrogate motherhood agreements.*[145]

2.1.4.1 Die beslissing: *Ex parte WH*

Die saak van *Ex parte WH* het spesifiek te make met die vereistes ten opsigte van die genetiese materiaal wat gebruik word vir die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder, sowel as betalings en/of vergoeding wat ten opsigte van die surrogaatmoederskap-ooreenkoms toelaatbaar is al dan nie.[146]

Die uitdruklike bedoeling van die uitspraak van *Ex parte WH* was om 'n konsekwente en uniforme praktyk te ontwikkel ten opsigte van surrogaatmoederskap-aansoeke in die howe, asook om 'n riglyn neer te lê vir die wyse waarop toekomstige aansoeke van soortgelyke aard hanteer moet word.[147]

In die uitspraak het die hof spesifiek twee relevante aspekte aangeraak. In die eerste

141 Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL* 30.
142 Carnelley 2012 *De Jure* 179.
143 *Ex parte WH* 2011 6 SA 514 (GNP) (hierna verwys as *Ex parte WH*).
144 *Ex parte applications for the confirmation of three surrogate motherhood agreements* 2011 6 SA 22 (GSJ)
145 *Ex parte applications for the confirmation of three surrogate motherhood agreements* (Saaknommers 153/2011; 154/2011; 679/2011 en ander saaknommers: 1314/2011; 1315/2011 en 1316/2011) (hierna verwys as die Drie Ex parte aansoeke).
146 Carnelley 2012 *De Jure* 179.
147 Carnelley 2012 *De Jure* 181; *Ex parte WH* par 9.

plek, die benadering wat gevolg moet word wanneer die genetiese materiaal van die partye nie gebruik word nie, en tweedens, addisionele inligting rakende ŉ agentskap wat gebruik word om die surrogaatmoederskap te fasiliteer. Die addisionele inligting wat in verband met die tweede aspek verlang is, was ŉ beëdigde verklaring van die proses wat deur die agentskap gevolg is ter fasilitering van die surrogaatmoederskap, afskrifte van addisionele ooreenkomste aangegaan tussen die toestemmende ouers en die potensiële surrogaatmoeder, sowel as tussen die agentskap en die surrogaatmoeder, indikasies van betalings en/of vergoeding wat betaalbaar sou wees deur die toestemmende ouers aan die agentskap en/of die surrogaatmoeder, sowel as tussen die agentskap en die surrogaatmoeder, met volledige inligting ten opsigte daarvan.[148]

Die feite van die saak is eenvoudig. Die aansoek is deur ŉ homoseksuele, manlike paartjie gebring wat binne die Republiek gedomisilieerd was en kragtens die *Civil Union Act*[149] in die eg verbind was, welke paartjie nie oor hul eie kinders beskik het nie. Uit hoofde van die feit dat hulle albei manlik is, is dit uiteraard onmoontlik vir hulle om self ŉ kind van hul eie te verwek.[150] Die aansoek is voor die hof gebring, gepaard met die beëdigde verklarings van die toestemmende ouers en van die surrogaatmoeder en haar eggenoot, sowel as verslae deur sielkundiges wat die partye se bevoegdheid om die ooreenkoms aan te gaan, uiteengesit het. Die partye het dus voldoen aan die statutêre bepalings van die *Children's Act*. Daar was egter geen inligting voor die hof geplaas ten opsigte van die oorsprong van die eiersel wat vir die bevrugting gebruik sou word nie, behalwe dat dit uitdruklik gestel is dat dit nie die eiersel van die surrogaatmoeder sal wees wat vir sodanige bevrugting gebruik sal word nie.[151] Verder het die hof ook gehandel met die vergoeding ten opsigte van die surrogaatmoeder en die agentskap, wat die toestemmende ouers moes bewys. Hulle moes die hof tevrede stel dat daar geen betalings gemaak sal word aan enige van die partye wat strydig met die Wet is nie.[152] Die getuienis wat voor die hof geplaas is, was dat die agentskap se verteenwoordiger wat getuig het dat die agentskap primêr met eiersel donasies handel en dat die surrogaatmoederskap bloot

148 Carnelley 2012 *De Jure* 181; *Ex parte WH* par 10-12, 24.
149 *Civil Unions Act* 16 van 2006.
150 *Ex parte WH* par 15-16
151 Carnelley 2012 *De Jure* 181; *Ex parte WH* par 22.
152 *Ex parte WH* par 18.

ŉ uitbreiding van hul primêre funksies is en vervolgens vra hulle nie ŉ fooi indien hulle die toestemmende ouers aan ŉ potensiële surrogaatmoeder voorstel nie.[153] Verder is aangevoer dat daar geen betaling of belofte ten opsigte van betaling aan die agentskap gemaak is vir die fasilitering nie.[154]

In die aansoek is die betalings wat deur die toestemmende ouers aan die surrogaatmoeder gemaak moet word, soos volg uiteengesit: mediese versekering van R 20,400, lewens-versekering van R6,000 en ander uitgawes ten opsigte van vervoer, klere ensovoorts van R20,000.[155] Die hof was egter besorgd oor die R20,000 wat moontlik die betaling van vergoeding verbloem het, welke betaling deur die *Children's Act* verbied word. Die hof het egter die getuienis aanvaar dat daar geen vergoeding betaal is aan die surrogaatmoeder wat teenstrydig is met die *Children's Act* nie.[156] Die hof het egter net genoem dat in die toekoms ŉ gedetailleerde lys van al die uitgawes aan die hof verskaf moet word om die moontlikheid van misbruik te voorkom.[157]

Na aanleiding van die bogenoemde gaan die hof verder deur aan te toon dat kommersiële surrogaatmoederskap in Suid-Afrika verbied word en dat, alhoewel agentskappe ŉ belangrike rol vervul deur toestemmende ouers aan surrogaatmoeders voor te stel, mag hulle rol nie misbruik word nie.[158] Die regter meen dat:

> One would be naïve not to see how it is possible to develop to the point where 'a womb for hire' would become *de facto* part of surrogacy practice ... it becomes clear that, particularly in countries such as ours with deep socio-economic disparities and the prevalence of poverty, that the possibility of abuse of underprivileged women is a real and ever present danger. Ideally the involvement of agencies should be the subject of regulation and oversight in order to avoid abuse which ordinarily is very difficult to detect from the face of a contract of surrogacy. Commercial surrogacy can quite easily be disguised and payments in contravention of the law can just as easily be included under the guise of legal and legitimate payments.

Die hof het dus tot die gevolgtrekking gekom dat enige betalings buite die bestek van artikel 301 van die *Children's Act*, ontoelaatbaar is, insluitend ŉ fasiliteringsfooi wat

153 *Ex parte WH* par 25-26.
154 *Ex parte WH* par 27.
155 *Ex parte WH* par 28.
156 *Ex parte WH* par 30.
157 *Ex parte WH* par 29.
158 *Ex parte WH* par 40 en 64.

betaalbaar is aan agentskappe wat die surrogaatmoederskap proses fasiliteer.[159] Die hof gaan selfs verder deur te beslis dat in gevalle waarby ŉ agentskap wel betrokke is, bykomende voorsorg getref moet word en bykomende inligting[160] voor die hof geplaas moet word om die hof sodoende in staat te stel om sy diskresie uit te oefen ter bevestiging van die ooreenkoms, al dan nie.[161] Die hof het verder aangevoer dat ŉ aansoek van hierdie aard uitdruklik moet uiteensit waar die gamete vandaan kom wat vir die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder gebruik sal word, sonder om die identiteit van die betrokke persone te verstrek.[162]

2.1.4.1.1 Kritiek teen die uitspraak

Die kritiek is teen twee aspekte van die bogemelde uitspraak gelewer. In die eerste plek, die genetiese verwantskap van die kind met die toestemmende ouers, en in die tweede plek, betalings wat gemaak is.[163]

In *Ex parte WH* was dit onduidelik of een van die toestemmende ouers inderdaad geneties aan die kind verwant sal wees wat kragtens die ooreenkoms gebore sal word, soos bepaal deur artikel 294 van die *Children's Act*. Dit is egter problematies deurdat hierdie beslissing, soos reeds genoem, ten doel het om ŉ uniforme praktyk en riglyne ten opsigte van surrogaatmoederskap daar te stel, en dit duidelik nie ooreenstem met die basiese vereistes en bepalings van die *Children's Act* nie.[164] Die hof het egter versoek dat inligting ten opsigte van die oorsprong van die gamete voor die hof geplaas moet word, maar dit is egter onduidelik uit die uitspraak of hierdie bykomende inligting slegs ten opsigte van die surrogaatmoeder versoek is, aangesien dit uitdruklik gestel is dat dit nie die eiersel van die surrogaatmoeder is wat vir die kunsmatige bevrugting gebruik sal word nie.[165]

---

159 *Ex parte WH* par 69.
160 Die addisionele inligting wat verlang word sluit in, die besonderhede van die agentskap, enige betalings gemaak aan die agentskap,, inligting ten opsigte van die betrokkenheid van die agentskap, die bekendstelling van die surrogaatmoeder aan die toestemmende ouers, die wyse waarop die inligting ten opsigte van die surrogaatmoeder bekom is, of die surrogaatmoeder enige vorm van kompensasie vanaf die agentskap of die toestemmende ouers ontvang het. Carnelley 2012 *De Jure* 182-183.
161 *Ex parte WH* par 67.
162 *Ex parte WH* par 68
163 Carnelley 2012 *De Jure* 183-184.
164 Carnelley 2012 *De Jure* 183.
165 Carnelley 2012 *De Jure* 183.

Die onduidelikheid hiervan is problematies deurdat, indien die toestemmende ouers nie as gameetskenkers kragtens die ooreenkoms optree nie, die ooreenkoms ongeldig is en sal die kind gevolglik geag word die kind van die surrogaatmoeder te wees, soos voorgeskryf deur artikel 297(2) van die *Children's Act*.[166] Sou die ooreenkoms ongeldig wees, sal die surrogaatmoeder se lewens- of huweliksmaat geag word die vader van die kind te wees, en indien die surrogaatmoeder geen lewens- of huweliksmaat het nie, die toestemmende vader in hierdie geval, sal sy ouerlike regte en verantwoordelikhede saam met die surrogaatmoeder ten opsigte van die kind uitoefen.[167] Dit is duidelik dat die uitkoms van die ooreenkoms in so 'n geval geheel en al anders sal wees as wat die partye aanvanklik beoog het. Juis om hierdie rede is dit belangrik om die hofbevel ter bevestiging van die ooreenkoms te bekom alvorens die surrogaatmoeder kunsmatig bevrug word.[168]

Die tweede aspek van kritiek ten opsigte van die uitspraak van *Ex parte WH* is die aspek ten opsigte van betalings uit hoofde van 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms. In die aansoek voor die hof was daar bedrae uiteengesit wat deur die toestemmende ouers betaal sou word aan die surrogaatmoeder kragtens artikel 301 van die *Children's Act*. Die probleem was egter dat 'n algemene R20,000 in die aansoek gelys was vir 'algemene uitgawes' van die surrogaatmoeder, welke bedrag nie uitdruklik in die *Children's Act* gelys word nie. Alhoewel die hof sy misnoeë oor die bedrag uitgespreek het, het die hof versuim om verdere uiteensetting van die spesifieke uitgawes aan te vra, soos hulle veronderstel was om te doen. In 'n land waar armoede seëvier, is 'n algemene bedrag van R20,000 genoegsame motivering vir vroue om as surrogaatmoeder op te tree, al word kommersiële surrogaatmoederskap uitdruklik deur die *Children's Act* verbied.[169]

Verder is agentskappe ook problematies uit hoofde van die verbanning van kommersiële surrogaatmoederskap. Daar kan geargumenteer word dat die agentskap binne die bestek van artikel 301 val deurdat die agentskap 'n bona fide

166 Wanneer die toestemmende ouers nie geneties aan die kind verwant kan wees nie, vir welke rede ook al, is die enigste alternatief vir sodanige ouers, die aanneming van 'n kind. Die *Children's Act* sit duidelik uiteen dat een of albei die toestemmende ouers geneties aan die kind verwant moet wees alvorens die hof die ooreenkoms sal bevestig.
167 Carnelley 2012 *De Jure* 183.
168 Carnelley 2012 *De Jure* 183.
169 Carnelley 2012 *De Jure* 184.

mediese diens lewer, welke diens vergoed mag word uit hoofde van die ooreenkoms, soos uiteengesit in artikel 301(3) van die *Children's Act*. Hierdie argument word egter deur artikel 303 geëlimineer, aangesien hierdie bepaling sekere handelinge verbied. Van hierdie handelinge sluit in dat geeneen[170] vir vergoeding bekend mag maak dat daar ŉ persoon is wat gewillig is om as surrogaatmoeder op te tree nie.[171] Dit wil voorkom of die agentskap in hierdie geval presies dit gedoen het wat deur artikel 303 verbied word, aangesien hulle aan die toestemmende ouers bekend gemaak het dat die skenker van die eiersel gewillig sal wees om ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms met hulle aan te gaan, met kompensasie vir haar gamete. Die onderskeid tussen vergoeding vir die gamete en vergoeding vir haar rol as surrogaatmoeder, blyk nie oortuigend te wees nie, aangesien kommersiële surrogaatmoederskap, in enige vorm, deur die *Children's Act* verbied word en poog om vroue en agentskappe te verhoed om te adverteer dat hulle of ander vroue vir finansiële gewin bereid is om as deelnemer in ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms op te tree.[172]

Die hof neem kennis van die belangrikheid van agentskappe om surrogaatmoeders aan toestemmende ouers voor te stel, maar dit blyk dat die hof nie deel in die gees van nie-kommersialisering van surrogaatmoederskap, soos dit in wetgewing uiteengesit word nie. In hierdie beslissing het die hof egter verder gegaan deur die agentskap te prys vir die goeie werk wat deur hulle gedoen is. Wanneer daar kontak gemaak is met ŉ agentskap van hierdie aard, veral in gevalle van manlike, homoseksuele paartjies, is daar niks wat die agentskap verhoed om sodanige toestemmende ouers en surrogaatmoeders aan mekaar bekend te stel nie.[173] Dit is verder moeilik om te glo dat ŉ entiteit wat poog om geld te maak, ŉ diens sal lewer sonder om daarvoor vergoed te word.[174]

Daar word aangevoer dat die hof anders moes optree in sy beslissing deurdat hy die aangeleentheid moes uitstel om die partye in staat te stel om volledige inligting ten opsigte van die R20,000 aan die hof beskikbaar te stel. Verder moes die hof

170 Insluitend ŉ agentskap.
171 Carnelley 2012 *De Jure* 185.
172 Carnelley 2012 *De Jure* 185.
173 Hierdie optrede impliseer ŉ *de facto* kommersiële surrogaatmoederskap-ooreenkoms.
174 Carnelley 2012 *De Jure* 185.

uitdruklik die onaanvaarbaarheid van kommersiële surrogaatmoederskap uitgespreek het, eerder as om die agentskap te prys vir sy betrokkenheid by die betrokke aangeleentheid.[175]

Die hof het egter beslis dat die partye ŉ voldoende saak uitgemaak het ten opsigte van die regshulp wat aangevra is en dat die partye die ooreenkoms om altruïstiese redes gesluit het en dat alle betalings in ooreenstemming was met die voorgeskrewe toelaatbare vergoeding ingevolge die *Children's Act*.[176]

2.1.4.2 Die beslissing: *Ex parte applications for the confirmation of three surrogate motherhood agreements*

Hierdie drie aansoeke is op 7 Januarie 2011 voor die hof gebring op ŉ dringende basis. Daar was egter geen gronde vir dringendheid van die aansoeke uitgemaak nie en die aansoeke was heen en weer as voorbeelde gebruik en verskeie foute is uitgewys. Daar is onder andere melding gemaak van ŉ beëdigde verklaring van ene BCB in al drie die aansoeke, terwyl sodanige verklaring by slegs een van die aansoeke relevant en aangeheg was. Daar was verder ook na verkeerde bepalings in die *Children's Act* verwys.[177] Daar was ŉ verskeidenheid ander inligting in die aansoeke wat foutief en gebrekkig was, welke gebreke nie vir doeleindes van hierdie bespreking van belang is nie.

Die regsverteenwoordiger het verder ook opgetree op ŉ wyse waarvoor hy uiteindelik by die Prokureursorde van die Noordelike Provinsies aangekla is deurdat hy die aansoeke heropen het onder ander saaknommers in ŉ poging om die aansoeke voor ŉ ander regter te laat dien. Die aansoeke is vier keer heropen. Hierdie bespreking is ook nie van belang vir doeleindes van hierdie bespreking nie.[178]

Die eerste applikant was ŉ 43-jarige manlike persoon, en die surrogaatmoeder is getroud met ŉ ander vroulike persoon. Die tweede aansoek is gebring deur ŉ man

175 Carnelley 2012 *De Jure* 185.
176 *Ex parte WH* par 79-80.
177 Drie Ex parte aansoeke par 1.
178 Drie Ex parte aansoeke par 13.

en ŉ vrou wat met mekaar getroud is, terwyl die surrogaatmoeder ŉ geskeide persoon is. Die toestemmende ouers van die derde aansoek is ook ŉ getroude paartjie, ŉ man en ŉ vrou, en die surrogaatmoeder is ook getroud met ŉ manlike persoon. Daar is aangevoer dat al die betrokke partye kwalifiseer as toestemmende ouers vir doeleindes van die aansoeke.[179]

Die hof maak die opmerking dat die hof, as oppervoog van alle minderjariges,[180] en ingevolge artikel 28 van *Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*[181] onder verpligting staan om gehoor te gee aan die beste belang van die kind en dat sodanige oorweging deurslaggewend moet wees. Regters is dus verplig om toe te sien dat die inhoud van die ooreenkomste in die kinders se beste belang sal wees sodra hulle gebore word.[182] Uit hoofde hiervan sal daar van die hof verwag word om gedetailleerde besonderhede ten opsigte van die toestemmende ouers te versoek, hul finansiële posisie, ondersteuningsnetwerke, lewenstandaard en hoe hulle van plan is om na die kind om te sien. In hierdie aspek is die praktyk ten opsigte van aanneming ŉ praktyk wat in die geval van surrogaatmoederskap ingestel moet word, te wete verslae deur maatskaplike werkers ten opsigte van die geskiktheid van die partye, asook uitklaringsertifikate soos verstrek deur die SAPD,[183] om die geskiktheid van die partye aan te dui om ŉ kind groot te maak. Eweneens kan ŉ soortgelyke verslag aangevra word ten opsigte van die toestemmende ouers en die surrogaatmoeder se gepastheid vir die ooreenkoms voorhande.[184]

Uit hoofde van bogenoemde het die applikant van die eerste aansoek bloot gestel dat hy ŉ 43-jarige manlike persoon is wat ŉ stadium in sy lewe bereik het waar hy finansieel stabiel is, en oor die nodige hulpbronne beskik om die verantwoordelikhede van ŉ voltydse ouer te aanvaar. Alhoewel finansiële stabiliteit ŉ faktor is, is die teenwoordigheid daarvan nie genoeg om ŉ saak uit te maak dat die betrokke persoon geskik en gepas is om ŉ kind groot te maak nie.[185] Eweneens het die tweede aansoek se toestemmende ouers bloot gemeen dat hulle as stabiel en gepas

179 Drie Ex parte aansoeke par 14.
180 *Vista University , Bloemfontein Campus v SRC, Vista University* 1998 (4) SA 102 (O).
181 *Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,* 1996.
182 Drie Ex parte aansoeke par 16.
183 Die Suid-Afrikaanse Poliesiediens.
184 Drie Ex parte aansoeke par 17.
185 Drie Ex parte aansoeke par 18.

genoeg geag word om die verantwoordelikhede van ouerskap op hulle te neem, en dat hulle ook ekonomies en emosioneel stabiel genoeg is om as sodanig op te tree. Die hof meen dat die partye nie genoeg feite voor die hof geplaas het om hom in staat te stel om te beslis dat hulle in alle aspekte stabiel is om ouerskap te aanvaar nie, soos vereis in artikel 295(b)(ii) van die *Children's Act*. Verder het die kliniese sielkundige se verslag aangedui dat die moeder van een van die toestemmende ouers die primêre versorger van die kind sal wees. Die hof versoek in hierdie verband dat daar meer inligting voor die hof geplaas moet word om die onbevoegdheid van die toestemmende ouers aan te dui ten opsigte van die primêre versorging van die betrokke kind.[186]

In 'n poging van die toestemmende ouers van die tweede aansoek om aan artikel 295(a) van die *Children's Act* te voldoen, heg hulle 'n brief van die ginekoloog by hul aansoek aan wat uiteensit dat die toestemmende moeder, uit hoofde van mediese redes, nie 'n swangerskap kan deurmaak nie. Daar word egter geen inligting verstrek ten opsigte van die toestand self nie, of dit permanent en onherstelbaar van aard is nie.[187] Verder sit hierdie toestemmende ouers ook uiteen dat die sielkundige, wie se verslag aangeheg is, die onderhoud met die partye deur die internet gevoer het. Die hof meen dat hierdie verslag onbetroubaar is en dat daar nie uit hoofde van hierdie verslag afgelei kan word dat die partye aan die bepalings van artikel 295(b)(ii) van die *Children's Act* voldoen nie. Verder is daar ook geen besonderhede verstrek oor die gepastheid van die persoon wat deur die toestemmende ouers genomineer is nie, sou hulle tot sterwe kom.[188]

Die hof gaan verder en bepaal dat volledige inligting verlang word ten opsigte van die vergoeding wat aan die surrogaatmoeder betaal sal word, om op hierdie wyse die kommersialisering van surrogaatmoederskap te voorkom.[189] Die hof versoek ook dat daar spesifiek aan die bepalings van artikel 303 van die *Children's Act* in die aansoek voldoen moet word om die hof sodoende tevrede te stel dat geen van die handelinge, soos in die wet genoem, wel uitgevoer is of sal word nie.[190]

186 Drie Ex parte aansoeke par 19.
187 Drie Ex parte aansoeke par 20.
188 Drie Ex parte aansoeke par 21.
189 Drie Ex parte aansoeke par 22.
190 Drie Ex parte aansoeke par 23.

Die hof maak ook die opmerking dat die partye, wanneer die belange van kinders betrokke is, volledige inligting ten opsigte van hulleself moet verstrek om die hof in staat te stel om ŉ ingeligte besluit te neem om die persone met ouerlike regte en verantwoordelikhede te beklee.[191]

Daar word ŉ direktief uitgevaardig waarin die Adjunk Regterpresident van die betrokke afdeling van die Hooggeregshof sekere riglyne verskaf vir die betrokke aansoeke. Daar word gestel dat daar aan partye wat ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms wil laat bevestig, die aansoek op die normale wyse uitgereik moet word en dat die hoflêer met die inhoud daarvan na die Adjunk Regterpresident se kantoor geneem moet word onmiddellik na uitreiking. Die kantoor sal met ontvangs van die hoflêer ŉ datum vir die aanhoor van die aansoek toeken voor ŉ spesifieke Regter wat verdere direktiewe sal uitvaardig om die aangeleentheid aan te hoor en daar moet streng aan hierdie vereistes, soos deur die Regter voorgeskryf, voldoen word.[192]

In hierdie aangeleentheid word al drie die aansoeke *sine die* uitgestel om die applikante in staat te stel om te voldoen aan die bepalings van die *Children's Act* en die bykomende inligting soos deur die hof verlang.[193]

2.1.5 Suid-Afrika se regsposisie ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap

Internasionale surrogaatmoederskap in Suid-Afrika impliseer die gebruikmaking van ŉ buitelandse surrogaatmoeder deur Suid-Afrikaanse toestemmende ouers.[194]

Vir doeleindes van die betrokke navorsing is dit belangrik om die posisie in Suid-Afrika te bepaal, spesifiek ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap. Vir sodanige bespreking is artikel 292 van belang. Ingevolge hierdie bepaling moet die surrogaatmoederskap-ooreenkoms, soos voorheen bespreek, binne die Republiek

191 Drie Ex parte aansoeke par 24.
192 Drie Ex parte aansoeke par 27.
193 Drie Ex parte aansoeke par 28.
194 Carnelley 2012 *De Jure* 186.

aangegaan word.[195] Indien die ooreenkoms dus in enige ander land gesluit is, sal daardie ooreenkoms in Suid-Afrika ongeldig wees.[196] Volgens Pretorius[197] is die doel van hierdie bepaling om toestemmende ouers te verhoed om surrogaatmoederskap-ooreenkomste in ander jurisdiksies te sluit waar die prosedures nie so streng is soos die geval is ingevolge die *Children's Act* in Suid-Afrika nie. Die domisilie vereiste wat in artikel 292(1)(b) geskep word, is van toepassing ten tye van die sluiting van die kontrak, daarom sluit dit die moontlikheid uit dat buitelanders na Suid-Afrika kan reis om misbruik te maak van die wettigheid van surrogaatmoederskap in Suid-Afrika.[198] Wanneer buitelanders na Suid-Afrika reis en 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms hier aangaan, sal die *lex loci contractus* die Suid-Afrikaanse reg wees wat sodanige ooreenkoms reguleer.[199] Die probleme wat gepaard gaan met internasionale surrogaatmoederskap-ooreenkomste, is die kwessie rakende die ouerskap van die betrokke kind. Aangesien die ooreenkoms nie deur die hof bevestig is nie, sal die ooreenkoms binne Suid-Afrika ongeldig wees, soos reeds bespreek. Die kind sal dus, ingevolge artikel 297(2) van die *Children's Act*, geag word as synde die kind van die surrogaatmoeder. Verdere probleme sluit ook kwessies rakend burgerskap en immigrasie in.[200]

Al word die domisilie vereiste spesifiek in die wet uiteengesit, het die hof 'n diskresie om hierdie vereiste af te skaf in gevalle waar daar goeie rede vir die afskaffing bestaan.[201] 'n Goeie rede vir die afskaffing van die domisilie vereiste blyk te wees dat indien die toestemmende ouers nie 'n naasbestaande kan vind wat binne die Republiek gedomisilieerd is, en wat gewillig is om as surrogaatmoeder op te tree nie. In so 'n geval sal die hof heel waarskynlik die domisilie vereiste afskaf om die toestemmende ouers toe te laat om 'n naasbestaande wat buite die Republiek gedomisilieerd is, 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms aan te gaan.[202] Dit is egter belangrik om kennis te neem van die moontlikheid dat die domisilie vereiste geensins die surrogaatmoeder verhoed om na die buiteland te vlug na kunsmatige

195 Artikel 292(1)(b) van die *Children's Act*.
196 Louw *Surogate Motherhood* 19-8.
197 Pretorius 1996 *De Rebus* 117.
198 Louw *Surrogate Motherhood* 19-8.
199 Louw *Surrogate Motherhood* 19-8.
200 Carnelley 2012 *De Jure* 186.
201 Die hof het egter net 'n diskresie om die domisilie vereiste ten opsigte van die surrogaatmoeder af te skaf, en nie in terme van die toestemmende ouer of -ouers nie.
202 Louw *Surrogate Motherhood* 19-8.

bevrugting om sodoende die uitvoering van die ooreenkoms, met ander woorde die oorhandiging van die betrokke kind, en die regsgevolge van sodanige ooreenkoms te ontduik nie.[203]

Verder blyk die algehele verbanning van gedeeltelike surrogaatmoederskap[204] in Suid-Afrika weens die ervaring in die buiteland ten opsigte daarvan. Uit hoofde van die Verslag van die Suid Afrikaanse Regskommissie[205] spruit die grootste probleme ten opsigte van surrogaatmoederskap voort uit die gevalle waar die surrogaat-moeder se gamete vir die bevrugting gebruik is. Verder word aangevoer dat dit beter sal wees vir ŉ surrogaatmoeder om afstand te doen van ŉ kind waaraan sy geen genetiese verwantskap toon nie, eerder as wat sy haar eie natuurlike kind aan ŉ ander moet oorhandig na geboorte.[206]

Indien die toestemmende ouers nie aan die kind verwant is in die geval van surrogaatmoederskap nie, is die aanneming van ŉ kind ŉ beter opsie[207] deurdat daar reeds aanneembare kinders beskikbaar is en dit dus nie nodig is om ŉ kind te verwek wat in elk geval nie aan die toestemmende ouers verwant is nie, soos ŉ aanneembare kind ook nie sal wees nie.

Alhoewel daar nog geen hofuitspraak is ten opsigte van internasionale surrogaat-moederskap met betrekking tot Suid-Afrikaanse toestemmende ouers nie, is dit ŉ verskynsel wat nie ongehoord is nie.[208]

2.2 Algemene bespreking en argumente rakende surrogaatmoederskap

Ontwikkeling in die biologiese en mediese veld het aanleiding gegee tot hierdie nuwe verskynsel van surrogaatmoederskap. Surrogaatmoederskap is nie alleen ŉ weten-skaplike konsep nie, maar is ook eties kontroversieel.[209] Die menslike liggaam is die instrument waardeur mense nuwe lewe genereer. Juis om hierdie rede word dit geag

203 Louw *Surrogate Motherhood* 19-8.
204 Gedeeltelike surrogaatmoederskap verwys na gevalle waar die toestemmende ouers geensins aan die betrokke kind verwant is nie.
205 SARK projek 65 paragraaf 8.2.7.
206 Louw *Surrogate Motherhood* 19-12.
207 Louw *Surrogate Motherhood* 19-12.
208 Carnelley 2012 *De Jure* 179.
209 Struyken *Surrogacy, A new way to become a mother* 358.

geregtig te wees op spesiale sorg en beskerming in die regskonteks, veral in omstandighede waar dit gekoop, verkoop of gehuur kan word. In die algemeen blyk daar ŉ groter toleransie te wees vir die kommersialisering van reproduktiewe dienste, soos die koop en verkoop van gamete vir reproduksie, of die huur van die vroulike liggaam vir surrogaatmoederskap.[210]

Verskeie jurisdiksies gaan verskillend te werk met die vereistes vir ŉ geldige surrogaatmoederskap-ooreenkoms tussen die betrokke partye. Soos die geval in Suid-Afrika is, word ŉ skriftelike ooreenkoms gewoonlik aangegaan tussen die voornemende surrogaatmoeder en die toestemmende ouers, wat die bepalings van die ooreenkoms tussen die partye uiteensit. Ingevolge hierdie ooreenkoms stem die surrogaatmoeder gewoonlik onder andere in om geboorte te skenk aan die betrokke kind en na sodanige geboorte alle ouerlike regte en verantwoordelikhede tussen haar en die kind wat aan die toestemmende ouers oorgedra word, te verbreek, wat vir alle doeleindes die wettige ouers van sodanige kind geag word. Wanneer die ooreenkoms finansieel van aard is,[211] word ŉ ooreengekome bedrag geld aan die surrogaatmoeder oorbetaal, bykomend tot vergoeding in verskeie ander vorme soos versekering, klere, vervoer en mediese kostes vir die swangerskap.[212] In ruil vir die vergoeding wat aan die surrogaatmoeder betaal word, word daar van haar verwag om sekere opofferings te maak gedurende en na afloop van die swangerskap. Dit kan byvoorbeeld insluit dat die surrogaatmoeder verbied word om tydens die swangerskap te rook of alkohol in te neem, of dat die toestemmende ouers haar na alle ondersoeke mag vergesel, en ook na die geboorte. Verder word daar gewoonlik ook van die surrogaatmoeder en haar man verwag om alle ouerlike regte en verantwoordelike ten opsigte van die kind prys te gee, en die toestemmende ouers toe te laat om sodanige regte en verantwoordelike oor te neem. Om daarin te kan slaag beteken dat die surrogaatmoeder moet saamwerk dat die kind, deur middel van die aannemingsproses, in die beheer en toesig van die toestemmende ouers geplaas word, indien die kind se geboortesertifikaat nie die toestemmende ouers as die wettige ouers van die kind benoem nie.[213] Dit is uiters belangrik dat alle bepalings en voorwaardes deeglik in die ooreenkoms uiteengesit moet word om

210 Brugger 2012 *Fordham International Law Journal* 669.
211 In sekere jurisdiksies word die kommersialisering van surrogaatmoederskap nie verbied nie.
212 Mc Ewen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 276.
213 Mc Ewen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 277

sodoende al die partye se regte en verpligtinge te bepaal en af te dwing.

Moderne ooreenkomste tussen surrogaatmoeders en toestemmende ouers het ŉ markgedrewe bedryf geword wat veel meer gekompliseerd is as bloot die lewe wat aan ŉ kind geskenk word.[214] Surrogaatmoederskap openbaar ouerskap, nie as ŉ biologiese feit nie, maar as ŉ reg- en sosiale status met verantwoordelike, verpligtinge en voordele. Surrogaatmoederskap gee aanleiding tot verskeie komplekse en soms teenstrydige reëls ten opsigte van die basiese familiereg-kwessies soos moederskap, vaderskap, beheer, toesig, toegang en die regte van kinders.[215]

2.2.1 Argumente teen en pro surrogaatmoederskap

Aangesien surrogaatmoederskap so ŉ kontroversiële kwessie is, blyk dit vanselfsprekend te wees dat daar verskeie argumente rakende die toelaatbaarheid van surrogaatmoederskap bestaan. Eerstens, die argument ten opsigte van geslag en armoede. Hierdie argument teen surrogaatmoederskap bestaan omdat dit uitsluitlik op die vroulike geslag gemik is, uit hoofde van die biologiese aard van reproduksie. Die realiteit is dat die demografiese vereistes vir reproduksie nie deur manlike persone nagekom kan word nie.[216] Aangesien vroue ŉ groter risiko loop om uitgebuit te word, veral in verarmde gebiede, bestaan die moontlikheid dat vroue arbitrêr gedwing kan word om as surrogaatmoeders op te tree wanneer hulle dit nie uit eie beweging sou oorweeg het nie. Daarenteen lei werkloosheid en die gebrek aan opvoeding dat vroue uit noodsaak ter wille van oorlewing as surrogaatmoeders optree.[217] Armoede is dus ook ŉ kwessie ten opsigte van surrogaatmoederskap. Die oorredingsvermoë van die betaling van ŉ bedrag geld vir die verhuring van ŉ vrou se liggaam dra by tot die uitbuiting van vroue.[218] Dit blyk juis die finansiële aard van hierdie ooreenkomste te wees wat vroue oorreed om as surrogaatmoeders op te tree, aangesien ŉ vrou uit hoofde van haar rol as moeder en versorger byna enigiets sal doen ter wille van die oorlewing en versorging van haar familie.

---

214 Mc Ewen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 273.
215 Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2.
216 Brugger 2012 *Fordham International Law Journal* 670.
217 Brugger 2012 *Fordham International Law Journal* 671.
218 Brugger 2012 *Fordham International Law Journal* 672.

Die volgende argument teen surrogaatmoederskap het betrekking op gesondheid en menswaardigheid. Wanneer 'n bedrag geld betaal word vir die gebruik van die menslike liggaam, bestaan die risiko ten opsigte van skending van die menswaardigheid van die betrokke persoon. Die gevaar is dat surrogaatmoeders hulle kan meet aan en hul waarde bepaal ooreenkomstig ouderdom en gesondheid wat 'n direkte uitwerking het op die styging of daling van die prys van die surrogaatmoeder. Aangesien die publiek 'n mening en negatiewe persepsie rakende surrogaatmoeders gevorm het, naamlik dat hulle tweedeklas-burgers is, kan ook aanleiding gee daartoe dat die betrokke vroue se waardigheid aangetas word.[219]

Daar is egter ook sekere argumente ten gunste van surrogaatmoederskap, byvoorbeeld die kwessie rakende betaling wat geag word voordelig te wees vir die vroue wat as surrogaatmoeders optree. Daar word verder aangevoer dat ten spyte van die konkrete bron van inkomste wat surrogaatmoederskap-ooreenkomste vir die betrokke vroue bied, hierdie ooreenkomste ook die partye wat nie hul eie kinders kan verwek nie, help om die geskenk van lewe te besef. Juis omdat surrogaatmoederskap 'n emosionele komponent dra, word hierdie aspek aangewend om die persepsie te kweek dat kinders wat geneties aan hul ouers verwant is, van groter waarde is as kinders wat geen genetiese verbinding met hul ouers het nie. Hierdie persepsie het egter aanleiding gegee tot 'n vraag en aanbod van onvrugbare paartjies, gewillige surrogaatmoeders en die kinders wat uit die ooreenkomste tussen hierdie partye gebore word. Die probleem hiermee is duidelik dat die middelman die vraag en aanbod wat uit hoofde van hierdie vooropgestelde idee ontstaan, tot sy voordeel gebruik met betrekking tot vergoeding. Hierdie persepsie dat 'n kind wat geneties aan sy ouers verwant is, van groter waarde is, word deur die middelman aangewakker om sodoende finansiële gewin daaruit te put. In sommige gevalle verdien die middelman ten opsigte van kommersiële surrogaatmoederskap selfs meer geld as die surrogaatmoeder self wat die hele proses van swangerskap namens die toestemmende ouers moet deurmaak. Hierdie bespreking ondersteun dus die uitbuiting argument, welke argument fokus op die kommersialisering van surrogaatmoederskap, asook die toelaatbaarheid al dan nie, van betaling van die surrogaatmoeder vir haar dienste. Daar word aangevoer dat die kommersialisering

219 Brugger 2012 *Fordham International Law Journal* 674.

van surrogaatmoederskap aanleiding gee tot die verkoop van kinders en die kommersialisering van vroue en kinders, welke transaksies oor die algemeen onwettig is.[220]

Publieke beleid is ook 'n verdere oorweging by die argumentering rakende surrogaatmoederskap aangesien dit sekere ooreenkomste verban, al stem al die betrokke partye toe tot die bepalings van sodanige ooreenkoms. Die verbanning daarvan bestaan ten opsigte van die bepalings van die betrokke ooreenkoms deurdat mense beskou word as kommoditeite wat nie op 'n mark van enige aard gekoop of verkoop kan word nie. Hierdie argument dra waarde in beide gevalle waar surrogaatmoederskap geag word die verkoop van kinders of die verkoop van die vroulike liggaam te wees. Soos in situasies van slawerny en prostitusie, maak die hoë agting vir menswaardigheid die verkoop van sekere dienste onwettig en dus onafdwingbaar. In teenstelling hiermee kan aangevoer word dat die vrou nie betaal word vir die kind of haar liggaam as sodanig nie, maar dat sy betaal word vir die diens wat sy lewer om die kind namens die toestemmende ouers te baar en die swangerkap namens partye wat nie in staat is daartoe om hierdie proses te verwesenlik nie, te voltooi. Hierdie argument blyk aanvaarbaar te wees wanneer die bepalings van die ooreenkoms tussen die betrokke partye oorweeg word, omdat sommige ooreenkomste voorsiening maak vir die betaling van die surrogaat in paaiemente en dat die restant van die betaalbare bedrag betaalbaar word sodra die surrogaatmoeder die volle swangerskap deurgemaak het, ongeag of die kind lewend of dood gebore word. Indien hierdie bepaling dus oorweeg word, blyk dit dat die betaling bloot geskied vir die diens wat gelewer word, en nie vir die kind wat uit sodanige swangerskap gebore word nie.[221] Die probleem hiermee is egter dat die meerderheid surrogaatmoederskap-ooreenkomste bepaal dat die ooreenkoms eers volkome uitgevoer is wanneer die betrokke kind na die geboorte aan die toestemmende ouers oorhandig word. Uit hoofde van sodanige feit blyk dit dus dat die betaling geskied vir die kind, en nie vir die diens wat deur die surrogaatmoeder gelewer is nie. Hierdie kwessie gee dus aanleiding tot handeldryf met kinders, welke handeling onwettig is.[222]

220 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 290.
221 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 291.
222 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 292.

Humbyrd[223] meen egter dat handeldryf met kinders en/of die vroulike liggaam as surrogaatmoeder niks anders is nie as die koop en verkoop van menslike reproduktiewe selle, en dat handeldryf ten opsigte van surrogaatmoederskap beskou moet word in die lig van die vreugde wat uit sodanige ooreenkoms sal voortspruit.

Verdere kritiek teen kommersiële surrogaatmoederskap is dat dit nie onderskei tussen die vergoeding van ŉ vrou vir haar arbeid en die verkryging van regte oor die liggaam van sodanige vrou nie. Om ŉ vrou te betaal om haar eie liggaam te gebruik op ŉ manier wat ŉ ander bevoordeel, is nie dieselfde as om ŉ vrou te betaal vir die gebruik van ŉ ander tot voordeel van die betalende party nie. Laasgenoemde heet ŉ dimensie van ontbloting terwyl die betaling van ŉ surrogaatmoeder nie daardie ontblotingselement besit nie. In so ŉ geval word die vroulike liggaam dus nie beskou as ŉ voorwerp van handel nie, maar word sy bloot vergoed vir ŉ diens wat sy vrywillig aanbied.[224]

Selfs al kom daar geen ander probleme ten opsigte van surrogaatmoederskap voor nie, is die uitbuiting element van weerlose vroue steeds ŉ realiteit en seker die grootste oorsaak van die teenkanting ten opsigte van surrogaatmoederskap. Indien surrogaatmoederskap, soos dit deur vele ondersteuners daarvan aangevoer word, geag ŉ werksaamheid te wees wat ŉ diens behels wat vir ŉ tydperk van nege maande gelewer word, is die betaling vir sodanige diens geheel en al te min, vergelyke met vergoeding vir ander werksaamhede. Sou die bedrag wat aan surrogaatmoeders betaalbaar is, verhoog word, verloor die argument ten opsigte van uitbuiting dus alle meriete.[225]

Daar kan ook aangevoer word dat surrogaatmoederskap nie uitbuiting kan wees nie, aangesien die ooreenkoms beide partye bevoordeel. Partye sal waarskynlik nie hierdie tipe ooreenkomste aangaan tensy hulle van mening is dat hulle self voordeel daaruit sal trek nie. Die probleem hiermee is egter dat die surrogaatmoeder gewoonlik die party is wat beïnvloed word om te glo dat sy uit die ooreenkoms bevoordeel sal word, maar die nadelige gevolge van sodanige ooreenkoms word

223 Humbyrd 2009 *Developing world bioethics* 113.
224 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 292.
225 McEwin 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 292.

dan nie aan die surrogaatmoeder gekommunikeer nie, juis om die effek van bevoordeling te bewerkstellig, sonder dat sy al die nadelige gevolge daarvan besef. Daar word dus aangevoer dat surrogaatmoederskap nie uitbuiting kan wees nie, aangesien die besluit om as surrogaatmoeder op te tree vrywillig geneem is.[226]

ŉ Verdere probleem wat met surrogaatmoederskap gepaard gaan is die kwessie van die surrogaatmoeder wat na verloop van ŉ sekere tydperk van plan verander en haar keuse uitoefen om die kind as haar eie te hou. Soos die geval was in *In re Baby M*[227] word die kind soms tussen die partye, die surrogaatmoeder en die toestemmende ouers gestuur tot op ŉ datum waar die hof ŉ beslissing kan gee ten opsigte van wat in die beste belang van die kind is, welke situasie opsigself nie in die beste belang van die kind is nie.[228]

2.3 Gevolgtrekking

Uit hierdie bespreking word dit duidelik dat surrogaatmoederskap ŉ kontroversiële kwessie is met vele dimensies en teenkanting. Tot onlangs toe was daar egter ŉ leemte in die Suid-Afrikaanse reg ten opsigte van surrogaatmoederskap, welke leemte egter suksesvol deur die *Children's Act* reggestel is deurdat die wetgewing nou uitsluitlik oor surrogaatmoederskap handel en streng vereistes neerlê om uitbuiting te voorkom, soos dit in die argumente uiteengesit is. Dit blyk verder dat Suid-Afrika die kommersialisering van surrogaatmoederskap ten sterkste afkeur deurdat die vergoeding van ŉ surrogaatmoeder of ŉ agentskap vir sodanige optrede spesifiek verbied word en dat sodanige optrede ook verder strafbaar is.

Benewens die probleme en kwessies wat uit surrogaatmoederskap voortspruit, verkry dit ŉ nuwe dimensie wanneer meer as een jurisdiksie met mekaar vermeng word. Dit blyk egter uit die bespreking dat Suid-Afrika ook streng vereistes ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap neergelê het deur middel van die *Children's Act*. Daar is egter uitsonderlike gevalle, soos reeds bespreek, waar die howe afstand kan doen van die vereistes ten opsigte van internasionale surrogaat-

226 McEwin 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 294.
227 *In re Baby M* 573 A.2d 1227 (N.J. 1988)
228 Ryznar 2010 *John Marshall Law Review* 26-27.

moederskap. Dit is dus duidelik dat selfs Suid-Afrika baat kan vind uit die internasionale regulering van surrogaatmoederskap-ooreenkomste waar partye van verskillende jurisdiksies met mekaar kontrakteer ten opsigte van die verwekking van ŉ kind.

Die konsep van internasionale surrogaatmoederskap sal vervolgens in meer besonderhede bespreek word om sodoende ŉ basis te skep vir die probleme wat onder die loep geneem moet word in ŉ moontlike internasionale instrument om hierdie tipe ooreenkomste te reguleer.

3 Internasionale Surrogaatmoederskap

3.1 Inleiding

Soos uit bogenoemde bespreking duidelik blyk, is surrogaatmoederskap opsigself ŉ kontroversiële kwessie. Die probleem vergroot in gevalle waar verskillende jurisdiksies met mekaar vermeng word in een surrogaatmoederskap-ooreenkoms.[229] Die rede vir die probleem is dat die regulering van surrogaatmoederskap van staat tot staat verskil.[230] Sommige state, soos Engeland en Suid-Afrika, reguleer surrogaatmoederskap terwyl ander state dit geheel en al verbied.[231] In ander state word hierdie kwessie egter geheel en al geïgnoreer.[232] In die jurisdiksies waar surrogaatmoederskap gereguleer word, vind die wyse van regulering ook op verskeie wyses plaas. Die mees algemene verskil ten opsigte van hierdie aspek heet die kwessie rakende betaling vir surrogaatmoederskap. Die verskillende wyses waarop jurisdiksies met surrogaatmoederskap te werk gaan, het egter aanleiding gegee tot ŉ verskynsel wat in Engels bekend staan as *forum shopping* waar paartjies wat op soek na ŉ kind van hul eie, tussen jurisdiksies reis om een te vind wat surrogaat vriendelik is om as hul eindbestemming te verkies vir die verwekking van hul kind deur middel van ŉ surrogaatmoeder. Hierdie *forum shopping* is ook

229 Soos in die gevalle waar die toestemmende ouers van Duitsland ŉ surrogaatmoederskapsooreenkoms met ŉ Amerikaanse vrou in Indië sluit en die kind in Suid-Afrika gebore word.
230 McEwen 1999 *Vanderbijlt Journal of Transnational Law* 28.
231 State soos byvoorbeeld Duitsland en Frankryk.
232 Soos in België en Finland.

bestempel as prekreatiewe toerisme.[233]

In 'n mark waar vraag hoog is en die aanbod oorskry, is die natuurlike gevolg dat die 'besigheid' na 'n internasionale vlak uitgebrei sal word. Dit is presies die geval met surrogaatmoederskap. Dieselfde verskynsel het ook plaasgevind met aanneming, wat tans doeltreffend op 'n internasionale vlak gereguleer word.[234] Die probleem met surrogaatmoederskap, soos reeds genoem, is dus die afwesigheid van regulering op internasionale vlak. Die afwesigheid van regulering maak die moontlikheid van misbruik van vroue en kinders soveel groter.[235] Ten spyte van die bestaande ontbloting en misbruik van surrogaatmoeders en hul babas, bestaan daar steeds geen mate van uniforme regulering op internasionale vlak nie.[236]

Terwyl elke jurisdiksie op sy eie manier met surrogaatmoederskap te werk gaan, is daar geen uniforme regulering van surrogaatmoederskap nie, en ook geen internasionale regulering ten opsigte daarvan nie, aangesien geen van die bestaande internasionale instrumente spesifiek na die regulering van internasionale surrogaatmoederskap verwys nie.[237]

3.2 Spesifieke probleme ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap

Die afwesigheid van internasionale regulering en die teenstrydige nasionale reaksie op die regulering van surrogaatmoederskap gee aanleiding tot komplekse regsprobleme rakende internasionale surrogaatmoederskap. Die mees algemene probleme op die internasionale front is die kwessie van ouerskap en die nasionaliteit van die kind wat kragtens hierdie ooreenkoms gebore word.[238] Dit is dus die kinders wat die slagoffers is van die regsprobleme wat uit surrogaatmoederskap-ooreenkomste voortspruit,[239] byvoorbeeld status.

---

233 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 629.
234 Internasionale aanneming word internasionaal gereguleer deur die *Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption 1993* (hierna genoem die *Adoption Convention*).
235 Leibowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal of Global Trade* 330.
236 Leibowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal of Global Trade* 331.
237 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 630.
238 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 630.
239 Struycken "A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue" 366.

Uit hoofde van die probleme rakende ouerskap het die howe en wetgewers in verskillende lande drie kontrasterende benaderings ten opsigte van ouerskap ontwikkel, te wete die geboortetoets, die genetika-toets en die bedoelingstoets. Die geboortetoets bepaal dat die vrou wat aan die betrokke kind geboorte skenk, geag word die moeder te wees van sodanige kind, selfs al is sy nie biologies aan die kind verwant nie. Die genetika-toets bepaal dat die ouers van die kind vasgestel word op die basis van die genetiese oorsprong van die kind. Die surrogaatmoeder kan dus net geag word die wettige moeder van die kind te wees in gevalle waar sy geneties aan die kind verwant is, andersins word die persoon of persone by wie die genetiese oorsprong van die kind berus, geag die wettige ouers van die kind te wees.[240] Hierdie benadering gee egter aanleiding tot ŉ groot probleem in gevalle waar die surrogaatmoeder bevrug is deur gebruikmaking van gamete van anonieme skenkers. In die laaste plek impliseer die bedoelingstoets dat die bedoeling van die partye, soos uiteengesit in die surrogaatmoederskap-ooreenkoms, die ouerskap van die kind sal bepaal.[241] Dit is duidelik uit hoofde van hierdie benaderings dat indien die surrogaatmoederskap van internasionale aard is, en die verskillende jurisdiksies ŉ ander benadering ten opsigte van ouerskap volg, die ouerskap van die betrokke kind in geskil sal wees, aangesien die benaderings verskillende persone as die ouers van die betrokke kind aanwys.

Ter illustrasie van bogenoemde probleme wat uit hoofde van die gebrek aan regulering kan ontstaan, kan die reeds vermelde Engelse saak van *X & Y (Foreign Surrogacy)*[242] bespreek word. In hierdie saak het ŉ Oekraïense vrou opgetree as surrogaat vir ŉ Britse paartjie. Die eiersel van ŉ skenker is bevrug deur die spermselle van die toestemmende vader, welke bevrugte embrio in die surrogaat-moeder ingeplant is. ŉ Tweeling is kragtens die ooreenkoms gebore. Ingevolge die Oekraïense reg, word die toestemmende ouers geag die wettige ouers van die betrokke kinders te wees, terwyl die Engelse reg bepaal dat die wettige ouers van die kind die surrogaatmoeder en haar man is. Die konflik tussen die regstelsels het dus aanleiding gegee daartoe dat die kinders in effek ouersloos en staatloos is. As oplossing vir die probleem voor hande het die hof uit hoofde van sy diskresie beslis

240 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 630.
241 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 631.
242 *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030.

dat die kinders Engeland kan binnegaan as spesiale vergunning tydens die proses van DNA-toetsing in ŉ poging om die probleem op te los. Hierdie beslissing is gebaseer op die welstand van die betrokke kinders. Alhoewel die kinders toegelaat is om Engeland binne te gaan het hierdie besluit nie aanleiding gegee tot die vestiging van ouerskap nie.[243]

Ander probleme sluit in die gevalle waar toestemmende ouers wel in staat is daartoe om die kind na hul land van oorsprong te neem, maar dat sodanige land nie ŉ hofbevel erken wat in ŉ ander land gegee is ten opsigte van die ouerskap van die kind nie. Die toestemmende ouers word dus nie geag die wettige ouers van die kind te wees nie. Verder kan die land van oorsprong van die toestemmende ouers ook weier om die geboortesertifikaat van die kind te erken wat bepaal dat die toestemmende ouers die wettige ouers van die kind is.[244] Terwyl sommige jurisdiksies ŉ geboortesertifikaat as ŉ feitelike dokument ag wat die ware toedrag van sake deurgee, is ander jurisdiksies nie so gretig om ander jurisdiksies se geboortesertifikate as eg en waar te beskou nie.[245] Verder kan die vrae ook gestel word rakende die posisie in gevalle van veelvuldige geboortes of die kind wat met ernstige defekte gebore word. Verder is die onderhoud en finansiële ondersteuning van die betrokke kind, sowel as die kwessie van internasionale ontvoering van die kind, als probleme wat uit hoofde van ŉ internasionale surrogaatmoederskap-oreenkoms kan voortspruit.[246]

Regsprobleme, soos hierbo genoem, is egter nie die enigste bekommernis wanneer dit kom by die beperkte regulering van internasionale surrogaatmoederskap-ooreenkomste nie. ŉ Verdere probleem is die swart mark waar daar op mense se emosionele en ekonomiese behoeftes geprooi word.[247] Hierdie is veral problematies in gevalle waar surrogaatmoederskap ter wille van finansiële voordeel voorkom.[248] Surrogaatmoederskap-ooreenkomste wat deur individue in verskillende state onderhandel word, maak uitbuiting en ontbloting van die betrokke partye ŉ

243 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 631.
244 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 632.
245 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 14.
246 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 632.
247 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 632.
248 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 633.

realiteit,[249] welke kwessies deur ander internasionale instrumente verhoed moet word.[250]

Wanneer surrogaatmoederskap ontleed word, blyk dit in die meeste gevalle die surrogaatmoederskap-ooreenkoms te wees wat verdere probleme skep.[251] Die ooreenkoms kan klousules bevat ten opsigte van sensitiewe kwessies rakende surrogaatmoederskap. Dit kan insluit die reg wat ŉ surrogaatmoeder kan uitoefen al dan nie, om te kies om die kind te oorhandig aan die toestemmende ouers, of die kind as haar eie groot te maak sou sy van plan verander sodra die oordrag moet plaasvind. ŉ Verdere kwessie is die keuse van aborsie, of die surrogaatmoeder self kan kies om ŉ aborsie te ondergaan, of die toestemmende ouers haar kan dwing om ŉ aborsie te ondergaan sou hulle dit so verkies. Wat gebeur met die kind indien geeneen van die betrokke partye ouerlike regte en verantwoordelikhede vir die kind na sy of haar geboorte wil aanvaar nie?[252] Dit is juis om hierdie redes dat die partye wat by ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms betrokke is, nie onbehoorlik beïnvloed moet word om sodanige ooreenkoms aan te gaan nie.[253] Verder is dit ook vir die partye belangrik om, alvorens ŉ ooreenkoms aangegaan word, te bepaal wat die regsgevolge van sodanige ooreenkoms in die verskeie jurisdiksies wat betrokke is, sal wees. Indien die ooreenkoms in byvoorbeeld die jurisdiksie van die toestemmende ouers geen regswerking geag te hê nie, sal die toestemmende ouers waarskynlik nooit die kind na die land waar hulle woonagtig is, kan neem nie, aangesien hulle nie geag word die ouers van sodanige kind te wees nie, ongeag wat die geboortesertifikaat van die kind mag aandui.

Alhoewel die ooreenkoms die oorsprong van verskeie probleme blyk te wees, is dit slegs ŉ kanaal waardeur die reg afgedwing kan word, soos tussen die partye ooreengekom is.[254] Die reëls van die Internasionale Privaatreg sal toepassing vind in hierdie gevalle, aangesien dit die enigste oplossing is in gevalle waar die regsaspekte van internasionale surrogaatmoederskap nie uitdruklik deur ŉ internasionale instrument gereguleer word nie. Wanneer die beginsels van die

249 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 286.
250 Soos byvoorbeeld die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1976.*
251 Struycken "A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue" 368.
252 Struycken "A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue" 369.
253 Struycken "A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue" 369.
254 Struycken "A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue" 371.

internasionale privaatreg op die probleem voorhande toegepas word, blyk dit dat die surrogaatmoeder die bepalende faktor in alle ooreenkomste van hierdie aard moet wees, al is die gamete wat vir die bevrugting gebruik word, geensins geneties aan haar verwant nie. Die reg van die jurisdiksie waar die surrogaatmoeder haar primêre woning het, sal dus die bepalende regstelsel wees in daardie spesifieke ooreenkoms. Die reg van waar die surrogaatmoeder woon sal dus die regte en verpligtinge ten opsigte van die betrokke kind bepaal.[255]

3.3 Regte van kinders gebore ingevolge surrogaatmoederskap

Die *Convention on the Rights of the Child*[256] is die konvensie wat deur die meeste state geratifiseer is, insluitend alle Afrika-state.[257] Ingevolge die CRC verkry kinders sekere regte, welke regte, soos dit toepassing vind in surrogaatmoederskap, vervolgens bespreek sal word. `

Artikel 2(1) van die CRC bepaal dat die kind se regte gerespekteer moet word en dat daar verseker moet word dat geen diskriminasie van enige aard teen sodanige kind bestaan nie, insluitend diskriminasie op grond van status en geboorte. Al is hierdie bepaling oorspronklik so opgestel ter beskerming van buite-egtelike kinders, sluit die wye en inklusiewe toepassing van hierdie bepaling ook kinders in wat ingevolge surrogaatmoederskap gebore is.[258] Uit hoofde van hierdie bepaling mag kinders wat dus ingevolge ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms gebore is, nie benadeel word bloot uit hoofde van die feit dat hulle die produk van sodanige ooreenkoms is nie. Dit word egter nie so in die praktyk toegepas nie, aangesien hierdie kinders in baie gevalle ouer- en staatloos is ten tye van geboorte. Vervolgens is artikel 7 van die CRC ook van belang en problematies.

Artikel 7(1) bepaal dat ŉ kind onmiddellik na geboorte geregistreer moet word en dat sodanige kind die reg het op ŉ naam en nasionaliteit en dat die kind die reg het om te weet wie sy of haar ouers is, en ook om deur sy of haar ouers versorg te word. Dit blyk dus duidelik dat hierdie bepalings problematies is wanneer nasionale reg

255 Struycken "A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue" 369.
256 *Convention on the Rights of Child* 1990 (hierna verwys as die CRC).
257 Skelton 2009 *African Human Rights Law Journal* 483.
258 Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 16.

oorweeg word. Indien die nasionale reg bepaal dat die surrogaatmoeder die ouer van die betrokke kind is uit hoofde van die feit dat sy geboorte geskenk het aan sodanige kind, is die status van die betrokke kind dus onduidelik. Eweneens is dit problematies indien die nasionale reg bepaal dat die kind wat ingevolge die surrogaatmoederskap-ooreenkoms gebore is, nie die nasionaliteit van die toestemmende ouers mag verkry nie, bevind die kind hom of haar in ŉ dilemma.[259] Die kind sal in hierdie geval ook ten tye van geboorte ouer- en staatloos wees.

Daar is verder ook ander probleme wat uit internasionale surrogaatmoederskap-ooreenkomste voortspruit, en wel ten opsigte van die beskerming van kinders op internasionale vlak. Van hierdie probleme heet kindermishandeling en kinderhandel. Hierdie kwessies is ŉ realiteit in jurisdiksies waar daar geen voorkomende meganismes in werking gestel is ten opsigte van partye wat by die kontroversiële ooreenkomste betrokke is nie. Dit blyk dus ŉ realiteit te wees dat kinders vir die uitsluitlike doel van mishandeling of handeldryf 'gekweek' word.[260] ŉ Voorbeeld hiervan is die Amerikaanse saak van *Huddleston v Infertility Clinic of America Inc*[261] waar ŉ ongetroude, 26-jarige man ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms aangegaan het met die bedoeling om na die kind se geboorte as enkelouer van die kind op te tree. Na die geboorte van die kind is hy aan die toestemmende vader oorhandig om sy ouerlike regte en verantwoordelikhede na te kom. As gevolg van die afwesigheid van voldoende regulering en ondersoek na die omstandighede van die betrokke man, is die baba binne 6 maande na geboorte oorlede weens die volgehoue fisiese mishandeling van die kind deur die toestemmende vader.

Verder bestaan die moontlikheid ook dat die kind ouerloos gelaat word wanneer die toestemmende ouers, na die verwekking van sodanige kind, besluit om nie meer die kind as hul eie te aanvaar en groot te maak nie. Die moontlikheid bestaan ook dat die surrogaatmoeder, na die verwekking van die kind, besluit om nie die kind aan die toestemmende ouers te oorhandig nie, en die kind as haar eie te hou en groot te maak.[262]

---

259 Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 16.
260 *Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law)* 18.
261 *Huddleson v Infertility Clinic of America Inc.* (20 August 1997) (Superior Court of Pennsylvania).
262 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 19.

Laastens bestaan die kwessie ten opsigte van die reg op anonimiteit en die reg op inligting. Hierdie probleem gee aanleiding tot teenstrydigheid in die regte van die partye wat betrokke is by ŉ surrogaatmoederskap-ooreenkoms. Aan die een kant het ŉ kind die reg op inligting ten opsigte van sy oorsprong, terwyl die skenkers van die gamete en die surrogaatmoeder die reg het op anonimiteit ten opsigte van hul rol in die verwekking van die betrokke kind.[263]

Die afwesigheid van regulering van surrogaatmoederskap op internasionale vlak laat kinders in ŉ kwesbare situasie, welke probleme deur die CRC voorkom moet word.[264] Hierdie probleme kan egter opgelos word deur middel van ŉ uniforme instrument wat uitsluitlik oor die status en ander kwessies van internasionale surrogaatmoederskap handel.

3.4 Pogings ten opsigte van regulering

Alhoewel daar verskeie internasionale en regionale pogings aangewend is ter regulering van kwessies rakende die status van kinders in internasionale aangeleenthede, is daar nog geen instrument wat uitdruklik handel oor internasionale surrogaatmoederskap nie.[265] Hierdie bestaande instrumente is egter tot op hede wyd toegepas in ŉ poging om die probleme rakende internasionale surrogaatmoederskap te reguleer en te beheer.

Op ŉ regionale vlak het die Europese Raad op verskeie vlakke gepoog om die substantiewe reg van lidstate te harmonieer ten opsigte van die regstatus van kinders. Die *European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock*[266] het voorsiening gemaak vir die beskerming van die kind teen diskriminasie op grond van die status van die ouers van sodanige kind. Tans word daar egter ŉ ander dokument[267] deur die Raad opgestel wat die regte en status van kinders reguleer, sowel as spesifiek handel met ouerlike verantwoordelikhede ten

263 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 19.
264 Davis 2012 *Minnesota Journal of Internasional Law* 135.
265 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 22.
266 *European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock* 1975.
267 *The Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities* (Mei 2010 weergawe).

opsigte van kinders.[268] Hierdie konsepdokument stel voor dat reëls neergelê moet word wat spesifiek handel met ouerskap in die konteks van geassisteerde reproduksie, maar poog geensins om kwessies rakende surrogaatmoederskap op te los nie. ŉ Navorsingsdokument is egter gepubliseer vir die Komitee van Regsake van die Europese Parlement wat voorstel dat die Europese Unie ŉ poging moet aanwend om ŉ internasionale instrument te konstrueer wat oor Internasionale Privaatreg handel ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap, welke instrument in samewerking met die *Hague Conference for Private International Law* opgestel moet word.[269]

3.5 Gevolgtrekking

Uit bogenoemde bespreking blyk dit duidelik dat daar wel ŉ probleem bestaan ten opsigte van surrogaatmoederskap-ooreenkomste wat oor jurisdiksies heen gesluit word tussen verskillende partye, en dat daar ŉ behoefte is aan regulering op ŉ internasionale vlak van hierdie ooreenkomste. Die behoefte aan regulering bestaan deurdat die afwesigheid van sodanige regulering aanleiding gee tot die ontbloting van en negatiewe uitwerking op al die partye wat betrokke is by sodanige ooreenkoms, veral die kinders wat gebore word ingevolge hierdie ooreenkomste,[270] byvoorbeeld nasionaliteit en ouerskap. Dit blyk egter duidelik dat die CRC poog om alle misbruik en ontbloting van kinders te verhoed, maar aangesien daar nie spesifiek melding gemaak word van surrogaatmoederskap nie, bly dit steeds ŉ probleem.

Die ideaal blyk te wees dat die regulering by wyse van ŉ internasionale instrument behoort te geskied wat soortgelyk is aan die *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-Country Adoptions*[271] wat met groot sukses in werking gestel is.[272] Die inhoud van ŉ voorgestelde dokument sal in die onderstaande bespreking aandag geniet.

268 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 22.
269 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 23.
270 Davis 2012 *Minnesota Journal of International Law* 130.
271 *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-Country Adoptions* 1993 (hierna genoem die Konvensie op Internasionale aanneming).
272 Humbyrd 2009 *Developing World Bioethics* 116-117.

4 Voorstelle vir ŉ Internasionale Instrument

4.1 Inleiding

In 2010 het die *Hague Conference on Private Inernational Law* die toenemende probleem ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap bespreek. Die raad het die kompleksiteit van die Internasionale Privaatreg ten opsigte van die beskerming van kinders in hierdie tipe ooreenkomste waargeneem. In die bespreking is daar ook aangedui dat die aantal internasionale ooreenkomste wat voorkom drasties toeneem, en juis om hierdie rede is die internasionale regulering van hierdie ooreenkomste ŉ prioriteit.[273]

Die eerste stap tot internasionale regulering is die erkenning dat daar ŉ probleem bestaan wat aandag verg.[274] Soos dit uit die bogemelde bespreking duidelik blyk, bestaan daar ŉ gaping in die reg ten opsigte van die suksesvolle regulering van surrogaatmoederskap in gevalle waar meer as een jurisdiksie met mekaar vermeng word. Juis om hierdie rede word daar ŉ multilaterale internasionale instrument voorgestel om sodoende ŉ oplossing vir die probleem te vind.[275] Die voorgestelde instrument sal ŉ riglyn aan lidstate gee om ŉ konkrete proses te volg ten opsigte van regulering.[276]

In die onderstaande bespreking sal die inhoud van ŉ moontlike internasionale instrument bespreek word om sodoende vas te stel welke kwessies uitdruklik in sodanige dokument vervat moet word om internasionale surrogaatmoederskap doeltreffend te reguleer. Verder sal daar gekyk word na bestaande instrumente om as riglyn te dien vir die nuwe instrument wat voorgestel word, wat die trefwydte van toepassing van die instrument moet wees, asook die doelwitte en die effek daarvan. Verder sal die fundamentele beginsels van sodanige instrument ook bespreek word, gepaard met die raamwerk vir samewerking waarvoor voorsiening gemaak moet word.

273 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 3.
274 Davis 2012 *Minnisota Journal of Internasional Law* 137.
275 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 633.
276 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 341.

4.2 Doelwitte

Die hoof doelwitte van die voorgestelde dokument of ooreenkoms is om eerstens ŉ sisteem van regsbindende standaarde in plek te stel wat deur lidstate oorweeg moet word wanneer internasionale surrogaatmoederskap ter sprake is. In die tweede plek moet ŉ sisteem ŉ mate van 'toesighouding' in die lewe bring wat verseker dat hierdie standaarde toegepas word. Derdens moet die instrument ŉ raamwerk van samewerking daarstel tussen die kommunikasie kanale van die verskillende jurisdiksies.[277]

4.3 Trefwydte

Die voorgestelde dokument of ooreenkoms moet van toepassing wees op surrogaatmoederskap-ooreenkomste waar die partye in verskillende lidstate woonagtig is, ongeag die lidstaat waar die ooreenkoms aangegaan is.[278] Soos reeds genoem, is daar voorgestel dat die *Adoption Convention* gebruik moet word om ŉ instrument vir internasionale surrogaatmoederskap te ontwerp. Sou die bewoording van die *Adoption Convention* gebruik word, sou die plek van gewone verblyf van die surrogaatmoeder die land van oorsprong van die kind wees, en die land van gewone verblyf van die toestemmende ouers, die ontvanger-land van die kind. Dit blyk dat die gewone verblyf bo nasionaliteit of woonagtigheid verkies word omdat owerhede van die ontvanger-land en die staat van oorsprong oor die nodige inligting beskik om die geskiktheid en gepastheid van die surrogaatmoeder en van die toestemmende ouers te evalueer. Verder verseker die voorkeur aan gewone verblyf van die partye dat die surrogaatmoeders, uit hoofde van die permanente aard van hul teenwoordigheid in ŉ spesifieke jurisdiksie, hulle nie deur ander partye na ŉ surrogaat-vriendelike jurisdiksie geneem kan word om daar as surrogaatmoeder op te tree nie, ŉ situasie wat in effek aanleiding gee tot handeldryf met vroue.[279] Daar word voorgestel dat die beoogde internasionale dokument of ooreenkoms ŉ periode moet voorskryf wat die partye in ŉ spesifieke land teenwoordig moet wees om sodoende hul gewone verblyf in sodanige jurisdiksie vir doeleindes van surrogaat-

277 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 636.
278 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 639.
279 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 639.

moederskap te vestig.[280]

4.4 Fundamentele beginsels

Die voorgestelde dokument of ooreenkoms moet op sekere fundamentele beginsels gebou word, welke beginsels vervolgens bespreek sal word.

4.4.1 Die beste belang van die kind

In ooreenstemming met artikel 3(1) van die CRC moet die voorgestelde dokument of ooreenkoms ook voorsiening maak vir die feit dat die beste belang van die kind na geboorte beskerm sal wees.[281] Die kind se fundamentele regte moet altyd voorrang geniet uit hoofde van hul kwesbaarheid.[282] Eweneens moet die regte en verpligtinge van die toepaslike partye ook ingevolge artikel 3(2) van die CRC oorweeg word. Juis om hierdie rede moet daar 'n balans gehandhaaf word tussen alle partye wat betrokke is by die surrogaatmoederskap-ooreenkoms, en wel deur middel van die werking van die voorgestelde dokument of ooreenkoms.[283]

Die voorgestelde dokument of ooreenkoms moet egter verander word in die sin dat, ingevolge die *Adoption Convention*, dit altyd in die beste belang van die kind is om by sy of haar natuurlike ouers te bly, terwyl dit ten opsigte van surrogaatmoederskap nie in alle gevalle moontlik is nie.[284] Daar moet verder ook in gedagte gehou word dat die beste belang van die kind in sekere gevalle beperk kan word wanneer die noodsaaklikheid van die beperking sterker is as die teendeel.[285]

---

280 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 640.

281 Net soos in artikel 3 van die CRC, bepaal die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* dat die beste belang van die kind 'n primere oorweging moet wees wanneer besluite ten opsigte van die kind geneem moet word.

282 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 352.

283 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 640.

284 In die geval van surrogaatmoederskap is dit problematies deurdat die skenkers van die gamete nie altyd die toestemmende ouers is nie, en skenking van gamete in die meeste gevalle anoniem geskied; Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 352.

285 Skelton 2009 *African Human Rights Law Journal* 487; *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick & Others* 2000 3 SA 422 (CC) par 20; *Sonderup v Tondelli & Another* 2001 1 SA 1171 (CC) par 33 en 35; *De Reuck v Director of Public Prosecutions, Witwatersrand Local Division & Others* 2004 1 SA 406 (CC) par 54-55; *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (CC) par 12-27.

Die voorgestelde dokument of ooreenkoms moet ook spesifiek voorsiening maak daarvoor dat die beste belang van die kind na geboorte ook voorrang geniet in ooreenstemming met artikel 3 van die CRC.

4.4.2 Biologiese verbintenis

Daar word voorgestel dat surrogaatmoederskap alleenlik as 'n finale opsie beskou moet word en dat wanneer 'n paartjie wel besluit om deur middel van surrogaatmoederskap 'n kind te verwek, ten minste een van hulle geneties aan die kind verwant moet wees. Indien die toestemmende ouers nie aan die kind verwant is nie, kan hulle eerder 'n kind aanneem wat indirek dieselfde beginsel behels.[286]

In hierdie geval kan die *Adoption Convention* ook toepassing vind deur middel van die subsidiariteitsbeginsel. Aangesien hierdie beginsel in drie verskillende Konvensies verskans is,[287] is dit duidelik dat dit 'n beginsel is wat met groot sukses toegepas word. Die beginsel behels, in terme van aanneming, dat daar eerstens gepoog moet word om die kind in sy land van oorsprong by 'n familie te plaas wat hom of haar kan aanneem, en indien dit nie slaag nie, ten spyte van alle redelike stappe wat geneem is om dit te bewerkstellig, kan die kind deur middel van internasionale aanneming, aangeneem word.[288] Hierdie beginsel kan egter op so 'n wyse aangepas word dat daar eerstens alle moontlike stappe geneem moet word om te verseker dat die paartjie geneties aan die kind verwant sal wees. Indien dit egter onmoontlik is, kan die paartjie voortgaan om 'n kind deur middel van surrogaatmoederskap te verwek wat geensins geneties aan die paartjie verwant is nie.

4.5 Lesse te leer vanuit ander internasionale instrumente

Aangesien die kwessies rakende surrogaatmoederskap geensins op 'n vinnige en eenvoudige wyse opgelos gaan word nie, is dit nodig om bestaande dokumente of ooreenkomste te gebruik om die voorgestelde dokument of ooreenkoms op so 'n

286 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 641.
287 Hierdie Konvensies heet die CRC, die African Charter en ook die Adoption Convention.
288 Couzens en Zaal 2009 *Obiter* 288.

manier op te stel dat dit bepalings bevat wat reeds suksesvol in werking gestel is.[289] Die bepalings kan aangepas word om toepassing te vind op surrogaatmoederskap. Alhoewel geen van hierdie dokumente of ooreenkomste uitdruklik melding maak van surrogaatmoederskap en die beginsels ten opsigte daarvan nie, raak elkeen van hierdie instrumente regte aan wat van kardinale belang is in die konteks van surrogaatmoederskap en die regulering daarvan.[290]

4.5.1 Adoption Convention

Surrogaatmoederskap kom heelwat ooreen met internasionale aanneming voor die 1993 *Adoption Convention*. Die mark van albei verskynsels is so na aan mekaar dat die oplossing van die een gebruik kan word vir die oplossing van die ander.[291] Soos internasionale aanneming, vorm internasionale surrogaatmoederskap ŉ integrale deel van die beskerming van kinders en al die betrokke partye.[292] Juis om hierdie rede word daar voorgestel dat die *Adoption Conventon* gebruik moet word as templaat wanneer die voorgestelde internasionale dokument of ooreenkoms vir surrogaatmoederskap opgestel word.

Die Verenigde Nasies het erken dat die enigste wyse waarop die partye wat by internasionale aanneming betrokke is, te beskerm, is deur te erken dat dit ŉ wettige diens is en dat die trefwydte daarvan uitdruklik bepaal en in ŉ instrument gedefinieer moet word. Dit blyk dat dieselfde besig is om te gebeur ten opsigte internasionale surrogaatmoederskap.[293]

Daar is verskeie redes waarom die *Adoption Convention* as templaat vir konstruksie gebruik moet word. Eerstens, uit hoofde van die feit dat die *Adoption Convention* 83 state aangetrek het om die konvensie te onderteken, blyk hierdie instrument hoogs suksesvol te wees ten opsigte van die internasionale beskerming van kinders.[294] Die wye belangstelling wat hierdie instrument aangewakker het, is ŉ oortuigende aanduiding dat die instrument die regte balans gevind het tussen die belange van die

289 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 297.
290 Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 3.
291 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 338.
292 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 138
293 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 338.
294 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 636.

staat van oorsprong en die ontvanger-staat, welke balans deurslaggewend is vir die sukses van ŉ instrument van hierdie aard. Dit is dus belangrik dat die voorgestelde instrument die voorsiening-state sowel as die ontvanger-state aktief betrokke hou by die proses.[295] Hierdie beginsel sal later bespreek word aan die hand van die samewerking tussen lidstate. In die tweede plek, sal die *Adoption Convention* met groot welslae gebruik kan word as templaat vir konstruksie deurdat surrogaat-moederskap, soos aanneming, ŉ morele kwessie is. Aangesien die *Adoption Convention* op ŉ moreel-neutrale en buigsame wyse opgestel is, reguleer die instrument die morele kwessies op 'n suksesvolle wyse. Die voorgestelde dokument of ooreenkoms rakende surrogaatmoederskap moet eweneens neutrale en buigsame formulering nastreef.[296] Derdens, maak die *Adoption Convention* voorsiening daarvoor dat state, alhoewel hulle nie noodwendig lidstate is nie, ook die beskerming van kinders kan implementeer. So moet die voorgestelde dokument of ooreenkoms ten opsigte van surrogaatmoederskap soortgelyke forumlering nastreef sodat nie-lidstate ook die beskerming wat die instrument ten opsigte van die kinders wat ingevolge hierdie ooreenkomste gebore is, bied, kan implementeer.[297] Laastens kom sekere ooreenkomste voor tussen surrogaatmoederskap en aanneming. Daar word aangevoer dat beide ŉ opsie is vir onvrugbare paartjies in hul soeke na kinders van hul eie.[298]

Die *Adoption Convention* bepaal ook dat geen onbehoorlike finansiële gewin uit internasionale aanneming geput mag word nie.[299] Hierby inbegrepe is ook dat agentskappe of tussentredende partye nie buitengewoon hoë fooie vir hul rol in die aanneming mag ontvang nie. Wanneer hierdie bepaling op surrogaatmoederskap van toepassing gemaak word, sal ŉ proporsionele vermindering van die toelaatbare fooie nodig wees wat aan agentskappe betaal mag word, aangesien hierdie fooie tans soortgelyk is aan dié wat aan die surrogaatmoeder betaal is.[300] Dit is nodig dat die voorgestelde instrument egter uitdruklik moet bepaal wat presies "onbehoorlike finansiële gewin" sal beteken in die konteks van betalings aan die surrogaatmoeder

295 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 637.
296 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 637.
297 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 637-638.
298 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 638.
299 Artikel 32(1).
300 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 302.

en die agentskap.[301]

Ten spyte van die ooreenkomste tussen surrogaatmoederskap en aanneming, is daar egter ook verskeie verskille wat in ag geneem moet word wanneer ŉ internasionale dokument of ooreenkoms opgestel word. Terwyl aanneming ŉ altruïstiese daad is wat die belang van die kind wat opsoek is na ŉ familie, nastreef, is surrogaatmoederskap die strewe van ŉ onvrugbare paartjie na ŉ kind wat geneties aan hulle verwant is. Dit is egter ook so dat aanneming die belang van ŉ kinderlose paartjie nastreef, eerder as die belang van die kind se soeke na ŉ familie.[302] Liebowitz-Dori[303] is van mening dat surrogaatmoederskap vir paartjies ŉ beter opsie is as aanneming, aangesien minder uitgawes betrokke is by die proses, byvoorbeeld sielkundige evaluasies.

Die verdere verskille tussen die twee beginsels blyk duidelik uit die betalings wat deur die *Adoption Convention* verbied word. Ingevolge die *Adoption Convention* word betalings ten opsigte van kostes en uitgawes toegelaat, asook die betaling van ŉ professionele fooi van die betrokke partye. In die konteks van surrogaatmoederskap kan hierdie bepaling geïnterpreteer word op so ‘n wyse dat betalings aan die surrogaatmoeder verbied moet word tensy die betaling kwalifiseer as ŉ professionele fooi. Dit is juis om hierdie rede dat die bewoording van die voorgestelde dokument of ooreenkoms aangepas moet word om voorsiening te maak vir die redelike vergoeding van die surrogaatmoeder. Die optrede van die surrogaatmoeder moet beskou word as professioneel in die sin dat dit uit hoofde van haar rol is dat die kind in die lewe gebring sal word, waarvoor sy vergoeding kan ontvang. Die aard en bedrag van die betalings kan egter gereguleer word.[304]

Alhoewel die *Adoption Convention* gebruik kan word as templaat vir konstruksie, moet egter gelet word daarop dat sekere vereistes uiteengesit is waaraan surrogaatmoederskap duidelik nie kan voldoen nie. Voorbeelde hiervan is artikel 4(c)(4) van die *Adoption Convention* wat bepaal dat die moeder van die kind na dié

301 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 302. Verder moet die bepalings van die voorgestelde dokument of ooreenkoms nie die handel in kinders bevorder nie maar die kriminalisering daarvan bepaal.
302 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 638.
303 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 334.
304 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 303.

se geboorte tot sodanige aanneming moet toestem.[305] Dit is duidelik dat toestemming ten opsigte van surrogaatmoederskap voor die verwekking van die kind moet geskied. Die moeder van die kind moet selfs nog voor verwekking afstand doen van haar ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind. Artikel 4(c)(3) bepaal ook dat toestemming geensins met vergoeding gepaard mag gaan nie. In gevalle van surrogaatmoederskap is dit duidelik dat daar wel betaling gaan geskied. Verder is die reeds bespreekte subsidiariteitsbeginsel problematies wanneer surrogaatmoederskap gereguleer moet word,[306] aangesien die kind in effek geskep word deur die toestemmende ouers en die kind nie na ŉ ander familie gestuur kan word nie.[307]

Die prosedurele voorsorgmaatreëls vervat in artikel 7 van die *Adoption Convention* kan egter aangepas word dat slegs die tipe maatreëls so verander word dat dit binne die bestek van surrogaatmoederskap val. Die maatreëls kan insluit dat die CA's toesien dat die partye geskik en gepas is om as toestemmende ouers of surrogaatmoeder op te tree.

4.5.2 Fourth World Conference on Women

ŉ Vrou se reg om as surrogaatmoeder op te tree word afgelei uit haar reg om te besluit oor reproduksie.[308] Die Verenigde Nasies het hierdie beginsel by bogemelde Konferensie uitgespreek, naamlik dat ŉ vrou die reg het, tot die hoogste moontlike vlak, om te besluit op welke wyse en tot welke vlak hulle wil reproduseer. Paartjies moet ook die keuse hê om te besluit tussen verskillende metodes van familiebeplanning.[309] Hierdie reg spruit voort uit die reg op privaatheid van die vrou.[310] Dit blyk dus duidelik dat ŉ vrou, en ook haar eggenoot, die reg het om self te besluit oor die wyse waarop hulle ŉ kind in die wêreld bring (of laat bring), hetsy vir hulleself of

305 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 21.
306 Die subsidiariteitsbeginsel word vervat in artikel 4(b) en bepaal dat daar eerstens gepoog moet word om die kind binne sy land van oorsprong by ŉ geskikte familie geplaas moet word alvorens internasionale aanneming oorweeg word. Artikel 21(b) van die CRC verskans ook die subsidiariteitsbeginsel, sowel as artikel 24 van die *Africn Children's Charter.*
307 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 21.
308 Die reg van die vrou om te bepaal oor reproduksie
309 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 298.
310 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 346.

vir iemand anders.[311] Die voorgestelde instrument sal dus op hierdie beginsel gegrond wees deur die reg op reproduksie aan mans en/of vroue te verleen, al is dit tot voordeel van 'n ander.[312]

4.5.3 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

Die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* erken ook die reg van 'n vrou om self te besluit hoeveel kinders sy wil hê en wanneer sy hulle wil hê. Eweneens bepaal die *Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* dat state moet toesien dat ekonomiese regte, met insluiting van regverdige en gunstige vergoeding aan alle individue, sonder onderskeid tussen ras, kleur, nasionaliteit of etnisiteit, verleen word. Die toepassing van hierdie Konvensies blyk dus beide die ontbloting en uitbuiting van vroue te elimineer, welke beginsel ook in die voorgestelde dokument of ooreenkoms vervat moet word.[313]

4.5.4 International Convention on Economic, Social, and Cultural Rights

Bogemelde Konvensie bepaal dat elke persoon die reg het om te kies hoe en waarop hy of sy hul vermoëns wil bestee, met dien verstande dat dit wedersydse voordeel inhou.[314] Uit hoofde van hierdie artikel blyk dit dus dat iemand wat 'n surrogaatmoeder vir haar dienste betaal, wel daartoe gemagtig sal wees. Eweneens maak hierdie Konvensie ook voorsiening daarvoor dat die persoon wat 'n diens lewer ook geregtig is op vergoeding vir sodanige dienste.[315] Ingevolge hierdie Konvensie sal die lidstate toesien dat die regte daarin vervat sonder diskriminasie van enige aard aan almal verseker sal word.[316] Die surrogaatmoeder mag gevolglik voordeel trek uit die ooreenkoms waarin sy as surrogaatmoeder optree.[317]

Uit hoofde van hierdie Konvensie kan afgelei word dat die voorgestelde dokument of

311 Indien die vrou dus nie as surrogaat mag optree nie, word sy in effek ontneem van haar reg om te besluit oor reproduksie.
312 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 338.
313 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 299.
314 Artikel 1(2).
315 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 299.
316 Artikel 2(1).
317 Humbyrd 2009 *Developing World Bioethics* 116.

ooreenkoms moet bepaal dat betaling wel mag geskied, sonder diskriminasie. Hierdie bepaling moet egter toesien dat sekere beperkings op betalings gestel word sodat uitbuiting van vroue en handel dryf met kinders daardeur voorkom kan word.

4.6 Raamwerk vir samewerking

Deur ŉ raamwerk van samewerking tussen lidstate op te stel, sal verseker dat die beskerming van die betrokke partye wel geskied en die uitbuiting van en handeldryf met vroue en kinders voorkom sal word.[318] Weens die verskillende nasionale reaksies op surrogaatmoederskap moet ŉ internasionale dokument of ooreenkoms geensins poog om alle reëls van die verskillende jurisdiksies eenvormig te maak nie. Die wyse waarop die probleem opgelos kan word, is deur die verskillende nasionale reëls deur middel van regserkenning met mekaar te versoen. In plaas daarvan dat hierdie instrument op die tradisionele reëls rakende jurisdiksie en toepaslike reg fokus, moet daar eerder gefokus word op ‘n raamwerk vir internasionale samewerking. Die fokus moet geplaas word op substantiewe voorsorg en hofprosedures, administratiewe liggame en private tussengangers.[319] Daar moet verder ook ŉ breë benadering gevolg word ten opsigte van die erkenning van internasionale surrogaatmoederskap en ook die effek wat sodanige ooreenkomste binne die raamwerk van samewerking sal hê, soos dit in die internasionale dokument of ooreenkoms uiteengesit word.[320]

Om internasionale surrogaatmoederskap doeltreffend te reguleer moet ŉ duidelike kommunikasiekanaal tussen die lidstate van die voorgestelde instrument bestaan. Die bepalings van die *Adoption Convention* is ten opsigte van hierdie aspek ook van groot waarde.[321]

Soos in die geval is ingevolge die *Adoption Convention*, sal elke lidstaat vereis word om ŉ Sentrale Gesag[322] in te stel wat bemoei is met samewerking tussen die CA’s

318 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 353.
319 Trimmins en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 635.
320 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 635.
321 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 21.
322 Hierna verwys as ‘n CA.

van die verskillende lidstate.[323] Daar moet ook, deur middel van die CA's, ooreengekom word op 'n verdeling van funksies tussen die verskillende lande wat betrokke is en dat hulle elk hul eie regsraamwerk sal toepas ten opsigte van hul eie funksies.[324] Die lidstate kan selfs, ten einde fondse te bespaar, die CA wat kragtens die *Adoption Convention* ingestel is, ook gebruik as die CA kragtens die nuwe instrument vir regulering van internasionale surrogaatmoederskap. Hierdie CA's kan ook, soos dit ingevolge die *Adoption Convention* uitgevoer word, ook hul bevoegdhede aan ander bevoegde gesagte delegeer, soos agentskappe wat amptelik deur sodanige CA geakkrediteer is. Die proses van akkreditasie sal egter baie streng moet wees en suksesvol uitgevoer moet word om sodoende surrogaatmoederskap suksesvol te kan reguleer.[325] Die kleiner detail kan deur elke lidstaat self vasgestel word.[326]

Binne hierdie raamwerk van samewerking en verdeling van verantwoordelikhede tussen die deelnemers (lidstate) van die instrument, sal die staat waar die toestemmende ouers gewoonlik teenwoordig is, se stel reëls dié wees wat toegepas sal word. Dit is ook hierdie stel reëls wat die geskiktheid van die toestemmende ouers en die effek van die ooreenkoms tussen die partye sal bepaal. Eweneens sal die staat waar die surrogaatmoeder gewoonlik teenwoordig is, alle reëls ten opsigte van die surrogaatmoeder self reguleer.[327]

Daar word voorgestel dat sekere verantwoordelikhede aan die land van elke party opgedra moet word. Die verantwoordelikhede van die staat waar die surrogaat-moeder gewoonlik teenwoordig is,[328] sal insluit, in die eerste plek, om te bepaal onder welke omstandighede hul inwoners as surrogaatmoeder kan optree. Die staat moet dus vereistes neerlê waaraan 'n vrou moet voldoen alvorens sy toegelaat sal word om as 'n surrogaatmoeder in daardie staat te kan optree. In die tweede plek,

---

323 Artikel 7 van die *Adoption Convention* bepaal dat elke lidstaat 'n CA in plek sal stel ten einde die kanaal van kommunikasie te wees tussen die lidstate om die aanneming te fasiliteer.

324 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 635.

325 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 641.

326 Soos byvoorbeeld die hoeveelheid geakkrediteerde liggame ingestel sal word, die omvang van sodanige liggame se bevoegdhede en verpligtinge, akkreditasie-prosedure, vereistes vir akkreditasie en die hernuwing van die akkreditasie, en in watter mate die liggame verantwoording moet doen ten opsigte van die CA's.

327 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 642.

328 Welke staat in die *Adoption Convention* bekendstaan as die *country of origin.*

moet hierdie state bepaal dat alle relevante partye toestem tot die sluiting van die ooreenkoms en dat alle partye ten volle ingelig moet wees oor die regsgevolge van die ooreenkoms. Derdens moet die surrogaatmoeder vergoed wees vir ten minste die uitgawes wat aangegaan moet word weens die swangerskap. Laastens moet hierdie staat magtiging gee dat die betrokke kind die staat kan verlaat, hetsy ingevolge ŉ aannemingsbevel of ander gepaste bevel.[329]

Daarteenoor het die staat waar die toestemmende ouers gewoonlik teenwoordig is[330] die verpligting om eerstens vas te stel of die toestemmende ouers geskik en gepas is en aan neergelegde vereistes voldoen om surrogaatmoederskap as opsie uit te oefen. Tweedens, om te verseker dat die regsgevolge van die ooreenkoms aan die partye deurgegee is en dat hulle dit verstaan. Om alle relevante inligting van die toestemmende ouers in te samel en die magtiging te verleen om die kind in die staat te ontvang. Laastens moet die staat verseker dat waar nodig, die kind beskerm word en reëlings getref word vir die toestemmende ouers om volle ouerlike regte te kan geniet en dat hulle volle verantwoordelikhede vir die kind te aanvaar.[331]

Indien ‘n raamwerk vir samewerking tussen die lidstate in plek gestel word, sal dit ŉ drievoudige effek tot gevolg hê. Eerstens sal dit die uitruil van inligting en die transmissie van dokumente tussen die lidstate bevorder om sodoende ŉ praktiese oplossing vir die probleem te fasiliteer. In die tweede plek sal dit surrogaat-moederskap-ooreenkomste wat nie erken word nie, beperk. Derdens sal dit die handel dryf met vroue en kinders[332] voorkom.[333] Hierdie instrument sal egter nie hierdie probleme direk ondervang nie, maar wel indirek deurdat dit hierdie misbruik sal voorkom.[334]

Soos die lidstate samewerking onderling moet verseker, moet elke lidstaat ook intern onderling saamwerk om te verseker dat internasionale surrogaatmoederskap doeltreffend gereguleer word, onder leiding van die voorgestelde dokument of

329 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 642.
330 Wat in die *Adoption Convention* bekendstaan as die *receiving country.*
331 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 643.
332 En ook ander soortgelyke probleme soos ontvoering en die verkoop van vroue en kinders.
333 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 636
334 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law 636.*

ooreenkoms.[335]

4.7 Ander probleme

4.7.1 Ouerskap en nasionaliteit

Van die probleme wat spesifiek aandag in die voorgestelde dokument of ooreenkoms moet geniet, is ouerskap en nasionaliteit. Alhoewel hierdie kwessies reeds kortliks in die bostaande bespreking genoem is, is dit ook in hierdie afdeling van groot belang. Dit is juis belangrik om hierdie aspekte uitdruklik in die voorgestelde dokument of ooreenkoms te reguleer omdat dit 'n direkte impak het op die welstand van die kinders wat ingevolge hierdie ooreenkomste gebore word. Dit is juis die kinders wat uiteindelik die slagoffers is van die afwesigheid van regulering op internasionale vlak.[336]

Waar 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms betrokke is, is die ouerskap van die betrokke kind problematies deurdat die genetiese oorsprong nie so eenvoudig is soos in gevalle waar 'n kind op 'n natuurlike wyse verwek word nie. Soos sommige jurisdiksies die surrogaatmoeder die natuurlike moeder van die kind ag te wees, bepaal ander jurisdiksies dat die toestemmende ouer die natuurlike moeder van die betrokke kind is. Eweneens is die vaderskap van die kind ook soms problematies, soos in die geval van die Engelse saak *In re X.*[337] Uit hierdie saak blyk dit dat die Britse reg die surrogaatmoeder se eggenoot as die vader van die betrokke kind beskou. Dit blyk vanselfsprekend dat indien die toestemmende ouers se jurisdiksiegebied se reg bepaal dat sodanige toestemmende vader die vader van die kind is, die betrokke kind, streng gesproke, ouerloos sal wees deurdat die reg teenstrydig is.[338]

Die gevaar verbonde aan die kind wat ouerloos is, is dat sodanige kind met geboorte dus geen ouer het wat verantwoordelikheid aanvaar vir sy of haar sorg nie en dat hulle verwaarloos, verkoop of verwerp kan word. Die CRC bepaal dat elke kind die

335 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 643.
336 Struycken "A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue" 366.
337 *In re X* [2008] EWHC (fam).
338 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 134-135.

reg het daarop om groot te word in 'n veilige familie-omgewing. Die gebrek aan regulering van internasionale surrogaatmoederskap laat kinders dus kwesbaar ten opsigte van die dinge wat deur die CRC voorkom moet word.[339]

Verder moet die voorgestelde dokument of ooreenkoms ook voorsiening maak vir die erkenning van ouerskap van toestemmende ouers en die kind wat geen verbintenis met 'n derde staat het nie. 'n Voorbeeld is in die geval waar 'n Britse paartjie met 'n Indiese surrogaatmoeder gekontrakteer het en die Britse paartjie na die geboorte van die kind na Frankryk verhuis het as gevolg van werksgeleenthede. Die voorgestelde instrument moet dus voorsiening maak dat die Britse paartjie ook in Frankryk as die ouers van die kind aanvaar moet word, al is daar geen verbintenis tussen hierdie partye en die betrokke staat nie.[340] Die voorgestelde dokument of ooreenkoms moet verder ook eenvormige reëls uiteensit ten opsigte van die jurisdiksie van howe, of alternatiewe gesagte instel wat besluitneming ten opsigte van ouerskap van die kinders sal behartig in gevalle waar daar 'n dispuut ontstaan, asook eenvormige reëls ten opsigte van die toepaslike reg, erkenning en afdwinging van hierdie besluite wat geneem is. Verder moet ook spesifiek melding gemaak word van die toepaslike reg en reëls wat gebruik moet word wanneer ouerskap deur middel van ooreenkoms of erkenning ontstaan.[341]

Soos ouerskap, is die nasionaliteit van die kind ook problematies wanneer meer as een jurisdiksie met mekaar in een surrogaatmoederskap-ooreenkoms vermeng word. Die gevolg van hierdie probleem is dat die kind tussen families heen oorgeplaas word terwyl die howe 'n beslissing moet vel ten opsigte van die nasionaliteit van sodanige kind. Totdat 'n hof 'n beslissing vel ten opsigte van die nasionaliteit van die kind, is daardie kind staatloos, terwyl elke kind na geboorte die reg het op nasionaliteit. Dit is dus van kardinale belang dat hierdie ooreenkomste gereguleer moet word om sodoende die kinders teen die nadelige effekte te beskerm.[342] Die fokus moet val op die ouer-kind verhouding om te verseker dat daar persone is wat verpligtinge het ten opsigte van die kind om sodoende seker te maak dat die kind na geboorte wel binne ‘n familie gebore sal word, en nie ouerloos sal

339 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 135.
340 Struycken “A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue” 372.
341 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 24.
342 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 13-137.

wees nie.[343]

Daar word gevolglik voorgestel dat 'n kind wat ingevolge 'n surrogaatmoederskap-ooreenkoms gebore word, outomaties die nasionaliteit van die ontvanger-staat moet verkry. Indien dit egter nie moontlik is nie, moet die CA van sodanige lidstaat verplig word om die nodige samewerking te gee en bystand te verleen sodat die kind die nasionaliteit van die toestemmende ouers kan verkry. Hierdie beginsel is gebaseer op die *Adoption Convention* wat bepaal dat die situasie wat meebring dat 'n kind staatloos is, ten alle koste vermy moet word.[344]

4.7.2 Vergoeding

Daar word voorgestel dat die surrogaatmoeder ten minste vergoed moet word vir haar verlies aan inkomste gedurende die swangerskap, en dat sy ook vir die uitgawes wat met die swangerskap gepaardgaan, vergoed moet word. Liebowitz-Dori[345] meen dat die vrou wat as surrogaatmoeder optree, geregtig is daarop om vergoeding te ontvang vir die verandering wat sy in haar liggaam en lewenstyl ondervind as gevolg van die swangerskap, asook die pyn en mediese risiko's en die geboorte van die kind. Die formule en spesifikasies ten opsigte van die trefwydte van die vergoeding kan uitdruklik in die instrument gemeld word. Dit is verder ook belangrik om te verseker dat die surrogaatmoederskap-ooreenkoms nie in effek aanleiding gee tot die verkoop van die kind nie. Vergoeding buite die bestek van verlies aan inkomste kan alleenlik regverdig word as vergoeding vir pyn en lyding. Alhoewel die voorgestelde dokument of ooreenkoms nie 'n verpligting op lidstate kan plaas om betaling aan surrogaatmoeders te wettig nie, kan lidstate dit wel ingevolge bilaterale ooreenkomste wettig en reguleer. Die voorgestelde dokument of ooreenkoms kan wel 'n maksimum vergoeding spesifiseer wat nie oorskry mag word nie, in welke geval dit op handeldryf met kinders sal neerkom.[346] Die surrogaat-moeder moet dus eweredig vergoed word vir die diens wat sy vir die tydperk van 9 maande aan die toestemmende ouers lewer.[347]

343 Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference On Private International Law) 4.
344 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 646.
345 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 347-348.
346 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 643-644.
347 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 291.

Verder, om te voorkom dat derdepartye voordeel trek uit surrogaatmoederskap-ooreenkomste, is deursigtigheid van fooie van regslui en tussengangers van kardinale belang. Dit word dus voorgestel dat die dokument of ooreenkoms sekere beperkings moet stel op die moontlike fooie wat deur hierdie rolspelers gehef mag word. Die CA's van elke lidstaat moet die beperkings in geldwaarde neerlê, aangesien dit onmoontlik is om, weens die verskillende geldeenhede van lidstate, 'n vasgestelde bedrag uiteen te sit.[348] Die voorgestelde dokument of ooreenkoms moet voorsiening maak daarvoor dat die surrogaatmoeder die meeste finansiële voordeel trek uit die ooreenkoms, eerder as wat verskillende rolspelers vergoed word wat die voordeel van die surrogaatmoeder af wegneem.[349]

Die probleem ten opsigte van vergoeding is dat, aangesien verskeie state kommersiële surrogaatmoederskap verbied, hierdie beginsels wat in die voorgestelde dokument of ooreenkoms ingesluit word, sodanige state daarvan kan weerhou om 'n lidstaat van die dokument of ooreenkoms te wees.[350] Die vraag wat egter gestel moet word, is: is dit belangriker om die vergoeding ten opsigte van surrogaatmoederskap te reguleer, maar in die proses sekere state van die ondertekening van die dokument of ooreenkoms af te skrik, of om geen poging aan te wend om surrogaatmoederskap te reguleer nie?

Hierdie beginsel loop hand aan hand met kinderhandel. Daar moet in alle opsigte gewaak word teen die moontlikheid dat kommersiële surrogaatmoederskap aanleiding kan gee tot kinderhandel. Kinderhandel word uitdruklik in artikel 35 van die CRC verbied, en juis om hierdie rede moet die voorgestelde dokument of ooreenkoms uitdruklike voorsorgmaatreëls instel om sodoende kinderhandel te voorkom. McEwen[351] meen dat mense nie as 'n kommoditeit beskou kan word nie, en juis om hierdie rede mag mense nooit verkoop en gekoop word nie.

---

348 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 644.
349 Brugger 2012 *Fordham International Law Journal* 681.
350 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 141.
351 McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 291.

4.7.3 Afdwinging, effek en erkenning van die ooreenkoms

Die afdwing van surrogaatmoederskap-ooreenkomste, in teenstelling met die afdwing van ŉ hofbevel van ŉ ander staat ten opsigte van surrogaatmoederskap, is ŉ aangeleentheid wat deur middel van nasionale reg gereguleer moet word. Dit is egter waar dat daar sekere minimum standaarde, oftewel reëls, in die voorgestelde dokument of ooreenkoms ten opsigte van die afdwingbaarheid van internasionale surrogaatmoederskap-ooreenkomste uiteengesit moet word.[352]

Verder moet die voorgestelde instrument ook bepaal in watter mate die ooreenkoms afdwingbaar is. Die reg van ŉ vrou om haar keuse uit te oefen ten opsigte van voortplanting bestaan ook naas die reg van die vrou om te kies om swangerskap te beëindig en ook, in die geval van surrogaatmoederskap, om te kies om die kind as haar eie te behou.[353] Dit blyk dus vanselfsprekend te wees dat die voorgestelde dokument of ooreenkoms uitdruklik moet bepaal in welke gevalle, indien wel toegelaat, ŉ surrogaatmoeder die swangerskap kan beëindig of die kind as haar eie kan behou.

ŉ Wettige ouer-kind verhouding tussen die toestemmende ouers en die betrokke kind moet outomaties in die lidstaat[354] erken word. Hierdie beginsel word afgelei uit artikel 26 van die *Adoption Convention* wat bepaal dat die ouer-kind verhouding tussen die kind en die aanneemouers erken moet word in die land waar die kind ontvang word. Artikel 23 verskaf ook ŉ sertifikaat van ooreenkoms wat deur die voorgestelde instrument geïnkorporeer moet word.[355] Hierdie sertifikaat dien in effek as die paspoort van die kind om deur die ouers tussen lidstate heen vervoer te kan word. Dit lewer onmiddellik getuienis van die status van die betrokke kind. Dieselfde beginsel kan toepassing vind ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap.[356]

---

352 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 644.
353 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal on Global Trade* 349.
354 Die ouer-kind verhouding soos dit bestaan in die land van oorsprong, moet ook in die ontvangende land erken word, ingevolge die voorgestelde instrument.
355 Ingevolge hierdie sertifikaat word daar deur die CA's gesertifiseer dat die aanneming, oftewel surrogaatmoederskap, in ooreenstemming met die Konvensie uitgevoer is.
356 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 645.

4.7.4 Toegang tot inligting

Die reg van ŉ kind om toegang te verkry tot inligting rakende sy oorsprong word deur middel van artikel 7(1) van die CRC verseker. Daar moet egter altyd ŉ balans gevind word tussen die reg van die kind op toegang tot inligting rakende sy biologiese oorsprong en die biologiese ouers se reg op privaatheid. Ingevolge die *Adoption Convention* word die kind se reg op inligting deur middel van artikel 30 verleen, maar die trefwydte daarvan bestaan alleenlik ooreenkomstig die toelating daarvan deur die betrokke lidstaat se wetgewing. ŉ Soortgelyke bepaling kan ook in die voorgestelde dokument of ooreenkoms vervat word waardeur daar erken word dat dit nie die kind se absolute reg is om toegang tot inligting te verkry nie, aangesien dit inbreuk kan maak op die reg op privaatheid van die surrogaatmoeder en skenkers. Verder kan dit ook problematies wees om hierdie reg wat die kind het, af te dwing, aangesien die skenking van eier- en spermselle in die meeste gevalle anoniem geskied.[357]

4.8 Gevolgtrekking

ŉ Formele stel reëls sal help om die proses ten opsigte van surrogaatmoederskap neer te lê en regsekerheid te verseker. Dit is ook belangrik om ŉ riglyn te hê wat gevolg word wanneer partye oorweeg om van internasionale surrogaatmoederskap gebruik te maak.[358] ŉ Vasgestelde stel reëls sal die uitbuiting van die betrokke partye bekamp.

Alhoewel daar verskeie probleme bestaan wat die inwerkingtreding van so ‘n dokument of ooreenkoms kan dwarsboom, byvoorbeeld konsensus, teenstrydigheid met bestaande nasionale wetgewing en die afdwing daarvan, is dit steeds nodig om te poog om internasionale surrogaatmoederskap te reguleer.[359] Dit is ook belangrik om in gedagte te hou dat aanneming ook dieselfde tydperk van twyfel deurgemaak het, toe min kommentaar ten opsigte van internasionale regulering, gunstig was. Tog word internasionale aanneming tans suksesvol gereguleer en toegepas deur middel

357 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 646.
358 Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law* 138.
359 Brugger 2012 *Fordham International Law Journal* 684.

van die *Adoption Convention*.

5 Samevatting

Die spoedige vooruitgang van tegnologie wat surrogaatmoederskap moontlik gemaak het, het beide die samelewing en die reg onverhoeds betrap. Inkonsekwente of nie-bestaande beleide, gepaard met die afwesigheid van internasionale reaksie op die probleme ten opsigte van surrogaatmoederskap plaas surrogaatmoeders, asook alle ander relevante partye, in 'n slegte posisie ten opsigte van, onder andere, uitbuiting,[360] aangesien die vraag na babas deur middel van surrogaatmoederskap die aanbod daarvan by verre oorskry.[361]

Uit die bostaande bespreking blyk dit duidelik dat daar inderdaad 'n probleem met betrekking tot internasionale surrogaatmoederskap bestaan deurdat internasionale regulering ontbreek. Dit laat dus 'n gaping in die internasionale konteks van die reg ten opsigte van surrogaatmoederskap wat deur 'n instrument gevul moet word wat uitsluitlik oor die regsaspekte van internasionale surrogaatmoederskap handel en dit reguleer. Aangesien die bedryf rakende surrogaatmoederskap besig is om drasties uit te brei, sal die probleme alleenlik opgelos word indien die bedryf aktief gereguleer word.[362] Internasionale surrogaatmoederskap kan nie voortgaan om te funksioneer op die basis soos dit tans uitgeoefen word nie, aangesien die mark vry is, maar alles behalwe regverdig.[363]

Uit bostaande bespreking is dit duidelik dat daar 'n wye verskeidenheid probleme bestaan wat in die voorgestelde dokument of ooreenkoms vervat moet word om internasionale surrogaatmoederskap doeltreffend te kan reguleer. Van hierdie probleme sluit onder andere in, ouerskap, nasionaliteit, vergoeding, afdwing-, effek- en erkenning van die ooreenkoms, asook toegang tot inligting. Verder is dit ook duidelik dat benadeling en uitbuiting 'n realiteit is en dat hierdie probleme ook in die voorgestelde dokument of ooreenkoms ondervang moet word om dit te voorkom of ten minste te beperk. Bo alles moet die beste belang van die kind te alle tye gedien

360 Davis 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 303-304.
361 Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal of Global Trade* 354.
362 McEwen 2012 *Minnisota Journal of International Law* 144.
363 Humbyrd 2009 *Developing World Bioethics* 118.

word deur die aard en gevolge van surrogaatmoederskap-ooreenkomste.

Terwyl sommige outeurs van mening is dat ŉ voorgestelde instrument surrogaatmoederskap op ŉ internasionale vlak sal aanmoedig, meen Trimmings en Beaumont[364] dat die voorgestelde dokument of ooreenkoms, weens die streng regulering wat daardeur bewerkstellig word, eerder as ŉ afskrikmiddel sal dien om uitbuiting van die relevante partye tot ŉ minimum te beperk. Indien surrogaatmoederskap verbied word, sal dit bloot aanleiding gee daartoe dat surrogaatmoederskap na die swartmark verplaas sal word, wat die negatiewe effekte daarvan sal vererger.

Die relevansie van die navorsing vir Suid-Afrika blyk verder duidelik uit Hoofstuk 2 hiervan. Alhoewel Suid-Afrika streng reëls ten opsigte van internasionale surrogaatmoederskap ingevolge die *Children's Act* neerlê, bestaan die moontlikheid wel dat toestemmende ouers van ŉ surrogaatmoeder uit die buiteland gebruik kan maak vir die betrokke swangerskap. Uit hoofde van hierdie beginsel is dit verder duidelik dat Suid-Afrika ook baat sal vind daarby om as lidstaat by die voorgestelde dokument of ooreenkoms aan te sluit om sodoende hierdie gevalle, alhoewel beperk, doeltreffend ooreenkomstig internasionale standaarde te reguleer.

Verder kan daar heelwat lesse geleer word uit bestaande internasionale instrumente wat vir ‘n geruime tyd reeds aangewend word en doeltreffend binne die bestek van die internasionale reg afgedwing word. Alhoewel geen internasionale dokument op hierdie stadium spesifiek oor surrogaatmoederskap handel nie, handel verskeie instrumente suksesvol met etlike beginsels wat op surrogaatmoederskap van toepassing is. Daar word dus aanbeveel dat die instrumente wat in voorgaande bespreking aandag geniet het, gebruik moet word om vas te stel op welke wyse en welke beginsels in die voorgestelde dokument of ooreenkoms vervat moet word. Wanneer ŉ instrument, soos die *Adoption Convention,* gebruik word as riglyn wanneer die voorgestelde instrument opgestel word, kan daar met meer sekerheid voorsien word dat die dokument of ooreenkoms genoeg state sal betrek om sodoende die huidige probleem tussen verkeie state doeltreffend te reguleer. Eweneens kan die bepalings ook aangepas word om spesifiek op surrogaatmoeder-

364 Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law* 647.

skap toepassing te vind.

Daar word dus ten slotte gestel dat die enigste wyse waarop die huidige probleem opgelos kan word, is deur ŉ volledige dokument of ooreenkoms op te stel wat al die probleme spesifiek ondervang en oplossings daarvoor bied. ŉ Dokument van hierdie aard sal toesien dat die partye wat by die ooreenkoms betrokke is, nie so maklik uitgebuit en ontbloot kan word nie deurdat reguleringsmeganismes in werking gestel sal word. Regulering is van kardinale belang, veral in gevalle waar kinders die primêre onderwerp van ŉ probleem is. Kinders moet ten alle tye teen die nadelige effekte van die optredes van volwassenes beskerm word.

Bibliografie

Literatuur

Brugger 2012 *Fordham International Law Journal*

Brugger K 'International Law in the Gestational Surrogacy Debate' 2012 *Fordham International Law Journal* 665-697

Carnelley en Soni 2011 *De Rebus* 30

Carnelley M en Soni S 'Surrogate Motherhood Agreements' 2011 *De Rebus* 30-35

Couzens en Zaal 2009 *Obiter*

Couzens M en Zaal N 'Intercountry Adoption and the Subsidiarity Principle: A Proposal for a *via media*' 2009 *Obiter* 286-306

Davis 2012 *Minnisota Journal of International Law*

Davis E 'The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation' 2012 *Minnisota Journal of International Law* 120-144

Humbyrd 2009 *Developing World Bioethics*

Humbyrd C 'Fair Trade International Surrogacy' 2009 *Developing World Bioethics* 111-118

Liebowitz-Dori 1997 *Minnisota Journal of Global Trade*

Liebowitz-Dori I ' Womb for rent: The future of International Trade in Surrogacy' 1997 *Minnisota Journal of Global Trade* 329-354

Louw *Surrogacy Motherhood Act*

Louw A "Surrogate Motherhood" in Louw A en Skelton AM *Commentary on the Children's Act* (Juta Kaapstad 2007)

McEwen 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*

McEwen AG 'So you're having another woman's baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy' 1999 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 271-304

Mosikatsana 2001 *The South African Law Journal*

Mosikatsana TL 'www.buyababy.com: Inter-country Adoption' 2001 *The South African Law Journal* 103-136

Nöthling Slabbert 2012 *SAJBL*

Nöthling Slabbert M 'Legal issues relating to the use of surrogate mothers in the practice of assisted conception' 2012 *SAJBL* 27-32

Ryznar *John Marshall Law Review*
Ryznar M 'International Commercial Surrogacy and It's Parties' 2010 *John Marshall Law Review* 1-33

Skelton *African Human Rights Law Journal*
Skelton A 'The Development of a Fledgling Child Rights Jurisprudence in Eastern and Southern Africa Based on International and Regional Instruments 2009 *African Human Rights Law Journal* 482-500

Stark 2012 *ILSA Journal of International & Comparative Law*
Stark B 'Transnational Surrogacy and International Human Rights Law' 2012 *ILSA Journal of International &Comparative Law* 1-16

Stehr *Hastings International & Comparative Law Review*
Stehr E 'International Surrogacy Contract Regulation: National Governments' and International Bodies' Misguided Quests to Prevent Exploitation' 2012 *Hastings International & Comparative Law Review* 253-288

Struycken 'A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue'
Struycken AVM 'Surrogacy, A New Way to Become a Mother? A New PIL Issue' in Boele-Woekie K, Einhorn T, Girsberger D, Symeonides S *Convergence and Divergence in Private International Law* (Eleven International Publishing 2010) *357-372*

Trimmings en Beaumont 2011 *Journal of Private International Law*
Trimmings K en Beaumont P 'International Surrogacy Arrangements' 2011 *Journal of Private International Law* 627-647

Regspraak

De Reuck v Director of Public Prosecutions, Witwatersrand Local Division & Others 2004 1 SA 406 (CC)

Ex parte applications for the confirmation of three surrogate motherhood agreements 2011 6 SA 22 (GSJ)

Ex parte WH 2011 6 SA 514 (GPN)

Huddleson v Infertility Clinic of America Inc (20 August 1997) (Superior Court Pensylvania)

In re Baby M 537 N.J. 396, 410 (1988)

In re X [2008] EWHC (fam)

Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick & Others 2000 3 SA 422 (CC)

S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae) 2008 3 SA 232 (CC)

Sonderup v Tondelli & Another 2001 1 SA 1171 (CC)

Vista University, Bloemfontein Campus v SRC, Vista University 1998 (4) SA 102 (O)

X & Y (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030

Wetgewing

Civil Unions Act 16 van 2006

Children's Act 38 van 2005

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Wet op Keuse van Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996

Wet op Kindersorg 74 van 1983

Wet op Status van Kinders 82 van 1987

Staatspublikasies

Praktyksnota 5 van 2011

Suid-Afrikaanse Regskommissie, Projek 65

Internasionale instrumente

Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Inter-Country Adoptions 1993

Convention on the Rights of Child 1990

Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities 2010

European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock 1975

Preliminary Document No 11 of March 2011 (Hague Conference on Private International Law)

9 Oktober 2013

Hiermee verklaar ek, **me Cecilia van der Walt**, dat ek die **taalversorging** van die **skripsie** van **me BS Groenewald**, onder die opskrif ***Internasionale regulering van surrogaatmoederskap*** behartig het.

ME CECILIA VAN DER WALT

BA (*Cum Laude*)
HOD (*Cum Laude*),
Plus Taalversorging en vertaling op Hons-vlak (*Cum Laude*),
Plus Akkreditering by SAVI vir Afrikaans en Vertaling
Registrasienommer by SAVI: 1000228

E-pos-adres: ceciliavdw@lantic.net

Selnommer: 072-616 4943 (S)

Faksnommer: 086 578 1425