

## ANNOTATIES

Onder de zorg van prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. J.M. van Dunné, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. M.S. Groenhuijsen, prof.mr. T. Hartlief, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. A.H. Klip, prof.mr. G.G.J. Knoops, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.dr. F.C.M.A. Michiels, prof.mr. A.I.M. van Mierlo, prof.mr. K.J.M. Mortelmans, prof.mr. A.J.M. Nuytinck, prof.mr. M.V. Polak, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.mr. G.R. Rutgers, prof.mr. E. Verhulp, prof.mr. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

## Verbod van grootouderadoptie

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 24 september 2004, *JOL* 2004, 477, *RvdW* 2004, 106 (mrs. J.B. Fleers, E.J. Numann, F.B. Bakels; A-G mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense)

Grootouderadoptie; verbod van artikel 1:228 lid 1, aanhef en onder b, BW; geen strijd met artikel 8 EVRM.

### *De feiten en het geding in feitelijke instanties*<sup>1</sup>

De grootmoeder is moeder van D. (de moeder), uit wie is geboren M. (het kind). Het kind is verwekt bij een aanranding; van de aanranding is geen aangifte gedaan. De verwekker weet niet dat hij de vader van het kind is. De moeder heeft het gezag over het kind. Het kind wordt vanaf de geboorte verzorgd en opgevoed door de grootmoeder. De moeder heeft de eerste negen levensjaren van het kind bij de grootmoeder en het kind in huis gewoond. Het kind is verstandelijk gehandicapt en is niet op de hoogte van het feit dat de grootmoeder niet haar moeder is.

In dit geding heeft de grootmoeder de rechtbank verzocht de adoptie van het kind door haar uit te spreken. In het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval beriep zij zich daartoe met name op artikel 8 EVRM.

De rechtbank heeft het verzoek afgewezen, daartoe overwegend dat adoptie niet een door het EVRM beschermd recht is en dat het verzoek niet voldoet aan de door de wet voor adoptie gestelde voorwaarden.

Het hof heeft deze beschikking bekrachtigd. Het hanteerde daartoe in de kern dezelfde gronden als de rechtbank.

### *De beslissing van de Hoge Raad*

De Hoge Raad verwerpt het door de grootmoeder tegen de beschikking van het hof ingestelde cassatieberoep met de volgende overwegingen.

“3.3. Het tegen deze beslissing gerichte middel kan geen doel treffen. Terecht heeft het hof overwogen dat art. 1:228 lid 1, aanhef en onder b, BW, dat als voorwaarde voor adoptie stelt dat het kind niet is een kleinkind van een adoptant, zich tegen toewijzing van het verzoek verzet. Deze bepaling is, nadat aanvankelijk schrapping daarvan was overwogen, uiteindelijk welbewust door de wetgever gehandhaafd, zulks blijkens de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van enige bepalingen betreffende de adoptie in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering:

“Voorwaarde voor adoptie is blijkens art. 228, onder b, boek 1 BW, dat het kind niet is een wettig of natuurlijk kind van een van hen. De adoptie (...) door de grootouders van hun kleinkind is hiermee uitgesloten.

Het voorontwerp voorzorg erin dit adoptieverbod in zijn geheel te doen vervallen. Gelet op de omstandigheid dat het College van Advies voor de kindbescherming de klein-kinderadoptie met de grootst mogelijke meerderheid heeft afgewezen – het college vreest identiteitsproblemen in de (groot)ouder-kindrelatie en acht het gevaar van grootouder-usurpatie niet denkbeeldig – heb ik gemeend de mogelijkheid van adoptie van kleinkinderen niet in het thans ingediende ontwerp te moeten opnemen.” (*Kamerstukken II* 1977/78, 14 824, nrs. 1-3, blz. 5-6).

Nadat de leden van de fractie van de Partij van de Arbeid erop hadden gewezen dat grootouders in een groot aantal gevallen aan het leeftijdvereiste van art. 1:228, aanhef en onder c, BW zullen voldoen, in het licht waarvan hun niet duidelijk was waarom de mogelijkheid van adoptie door grootouders niet was voorgesteld, handhaafde de minister bij memorie van antwoord zijn standpunt:

“Ik ben van mening dat adoptie door de grootouders van hun kleinkind niet mogelijk behoort te worden gemaakt. Hieraan doet niet af dat veel grootouders aan de voorwaarde van artikel 228, onder c, zouden voldoen. De – ook voor mij doorslaggevende – reden om adoptie door grootouders niet mogelijk te maken is een andere: de door het College van Advies voor de Kinderbescherming voorziene identiteitsproblemen in de (groot)ouder-kindrelatie en het

1 Ontleend aan de punten 3.1 en 3.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

gevaar van grootouder-usurpatie.” (*Kamerstukken II 1978/79*, 14 824, nr. 6, blz. 4).

Terecht heeft het hof zich niet vrij geacht deze uitdrukkelijke en weloverwogen in de wet gehandhaafde bepaling opzij te zetten op grond van de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval.

3.4. Eveneens terecht heeft het hof overwogen dat de juist aangehaalde wettelijke bepaling niet in strijd is met art. 8 EVRM. Aan deze bepaling (en aan art. 12 EVRM) kan wel het recht op de bescherming van het tussen ouders en een door hen geadopteerd kind bestaand gezinsleven worden ontleend, doch niet het recht om een kind te adopteren zonder dat wordt voldaan aan de door de wet voor adoptie gestelde eisen (HR 30 juni 2000, nr. R99/181, *NJ* 2001, 103). De Europese Conventie garandeert immers niet een recht op adoptie (EHRM 26 februari 2002, *EHRC*<sup>2</sup> 2002, 30, § 32).

3.5. Voor zover het middel over vorenstaande beslissingen klaagt, faalt het op de bovengenoemde gronden. Ook de overige in het onderdeel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO,<sup>3</sup> geen nadere motivering nu deze klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.<sup>4</sup>

## NOOT

### 1 Een trieste zaak

Een bij een aanranding verwekt kind, zonder een juridische vader, met een moeder die slechts de eerste negen levensjaren van het kind bij de grootmoeder en het kind in huis heeft gewoond, en met een grootmoeder die jarenlang voor het kind heeft gezorgd en dat nu nog doet, maar dit kind niet kan adopteren, terwijl het bovendien een verstandelijke handicap heeft: zonder meer een trieste zaak, die hier aan de Hoge Raad ter beoordeling is voorgelegd. Het is hard voor de grootmoeder, maar toch ben ik van mening dat de Hoge Raad terecht haar adoptieverzoek heeft afgewezen in navolging van de rechtbank en het hof, hoe schrijnend dat in dit concrete geval, dat wordt gekenmerkt door bijzondere omstandigheden, ook is. De wet is helder op dit punt. Een van de voorwaarden voor adoptie is dat het kind niet is een kleinkind van een adoptant, aldus artikel 1:228 lid 1, aanhef en onder b.<sup>4</sup> De Hoge Raad geeft in rechtsoverweging 3.3 een uitvoerige wetshistorische interpretatie van laatstgenoemde bepaling. Het gaat om de parlementaire geschiedenis van de Wet van 13 september 1979, *Stb.* 1979, 501, in werking getreden op 1

november 1979, houdende wijziging van enige bepalingen betreffende de adoptie in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deze wet introduceerde de stiefouderadoptie in het personen- en familierecht, toen nog adoptie door de eigen ouder en de stiefouder tezamen, die bovendien met elkaar moesten zijn gehuwd en van verschillend geslacht moesten zijn, thans een vorm van eenouderadoptie door de stiefouder of partner, terwijl een huwelijk tussen de eigen ouder en zijn partner niet is vereist en evenmin het geslacht van de partner van belang is. De door de Hoge Raad geciteerde passages uit de memorie van toelichting en de memorie van antwoord zijn inderdaad overtuigend en laten geen enkele twijfel over de bedoeling van de wetgever, althans de minister, bestaan. Het verbod van grootouderadoptie is in 1979 – in de woorden van de Hoge Raad aan het slot van rechtsoverweging 3.3 – uitdrukkelijk en weloverwogen in de wet gehandhaafd. Ook ter gelegenheid van de herziening van het afstammings- en adoptierecht in 1998 en 2001<sup>5</sup> is aan dit verbod niet getornd.

De Hoge Raad verwijst in rechtsoverweging 3.4 naar HR 30 juni 2000, *NJ* 2001, 103. Deze beschikking betreft het leeftijdsverschil bij (stiefouder)adoptie, dat ook in de onderhavige zaak even aan de orde komt in rechtsoverweging 3.3. Het gaat hier om een andere voorwaarde voor adoptie, te weten dat de adoptant of ieder der adoptanten ten minste achttien jaren ouder dan het kind is (art. 1:228 lid 1, aanhef en onder c). Onder het oude adoptierecht was ook nog bepaald dat dit leeftijdsverschil ten hoogste vijftig jaren mocht bedragen. Deze maximumleeftijdsgrens is in 1998 vervallen. Blijkens de parlementaire geschiedenis dient de rechter thans te beoordelen of adoptie, indien een adoptant of beide adoptanten een vergevorderde leeftijd heeft of hebben, nog wel in het kennelijk belang van het kind is.<sup>6</sup> Ook ten aanzien van artikel 1:228 lid 1, aanhef en onder c, oordeelde de Hoge Raad in zijn beschikking van 2000 dat deze bepaling betreffende het minimumleeftijdsverschil niet in strijd is met artikel 8 EVRM. Het arrest van het Europese Hof, waarnaar de Hoge Raad aan het slot van rechtsoverweging 3.4 verwijst, betreft de zaak Fretté tegen Frankrijk over eenpersoonsadoptie door een homoseksuele man, waaruit blijkt dat het EVRM niet een recht op

2 European Human Rights Cases.

3 Art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (RO) luidt als volgt: ‘Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel.’

4 Wetsartikelen behoren tot het BW, tenzij anders is vermeld.

5 Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772, in werking getreden op 1 april 1998, tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie, en Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10, in werking getreden op 1 april 2001, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht).

6 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 649, nr. 3, p. 14.

adoptie garandeert, maar dat aan het EVRM wél het recht op de bescherming van het tussen ouders en het door hen geadopteerde kind bestaande gezinsleven kan worden ontleend. Terecht wijst De Boer<sup>7</sup> erop dat het Nederlandse recht met de mogelijkheid van adoptie door homoseksuelen verder gaat dan uit de artikelen 8 en 14 EVRM voortvloeit.

Overigens was in de onderhavige zaak ook aan twee andere voorwaarden voor adoptie niet voldaan, namelijk die van de onderdelen a en g van artikel 1:228 lid 1. Indien het kind op de dag van het adoptieverzoek twaalf jaren of ouder is, mag het ter gelegenheid van zijn verhoor niet van bezwaren tegen toewijzing van het verzoek hebben doen blijken (art. 1:228 lid 1, aanhef en onder a). Het kind is geboren op 8 februari 1989 en het adoptieverzoek is bij de rechtbank ingediend op 15 mei 2002. Toen had het kind dus al de leeftijd van dertien jaren bereikt. De grootmoeder wilde echter niet dat de rechtbank de minderjarige zou horen omtrent het adoptieverzoek. Voorts mag de ouder niet of niet langer het gezag over het kind hebben (art. 1:228 lid 1, aanhef en onder g). Dat was hier echter wél het geval: de moeder oefende het gezag over het kind uit op grond van artikel 1:253b.

Ten slotte heeft de grootmoeder in de punten 6.4 en 6.5 van het cassatiemiddel nog een beroep gedaan op artikel 21, aanhef en onder a, IVRK.<sup>8</sup> Zij meende dat aan deze bepaling in een geval als het onderhavige een recht op adoptie kan worden ontleend en dat derhalve deze bepaling ertoe moet leiden dat artikel 1:228 lid 1, aanhef en onder b, buiten toepassing moet worden gelaten. De litigieuze verdragsbepaling houdt in dat de Staten die partij zijn en die de methode van adoptie erkennen en/of toestaan, waarborgen dat het belang van het kind daarbij de voornaamste overweging is, en waarborgen dat de adoptie van een kind slechts wordt toegestaan mits daartoe bevoegde autoriteiten, in overeenstemming met de van toepassing zijnde wetten en procedures en op grond van alle van belang zijnde en betrouwbare gegevens, bepalen dat de adoptie kan worden toegestaan gelet op de verhoudingen van het kind met zijn of haar ouders, familieleden en wettige voogden, en mits, indien vereist, de betrokkenen, na volledig te zijn ingelicht, op grond van de adviezen die noodzakelijk worden geacht, daarmee hebben ingestemd. Terecht merkt advocaat-generaal De Vries Lentsch-

Kostense in punt 11 van haar conclusie op, dat aan artikel 21 IVRK gezien zijn aard, inhoud en strekking geen rechtstreekse werking toekomt,<sup>9</sup> en dat onjuist is de stelling dat uit de tekst van deze verdragsbepaling volgt dat, indien de betrokken partijen – zoals in casu de grootmoeder en de moeder – adoptie wensen, uit artikel 21, onder a, IVRK een recht op adoptie voortvloeit. Laatstgenoemde bepaling draagt de Staat immers juist op te waarborgen dat geen adoptie in strijd met de van toepassing zijnde wet plaatsvindt, en adoptie zou in het onderhavige geval in strijd zijn met artikel 1:228 lid 1, aanhef en onder b. Zo komt de advocaat-generaal tot de conclusie dat een beroep op artikel 21 IVRK de grootmoeder niet kan baten.

## 2 *Gezag als alternatief*

Nu de grootmoeder haar kleinkind niet kan adopteren, rijst de vraag of zij wellicht het gezag over haar kleinkind zou kunnen uitoefenen. In beginsel zijn hiertoe twee mogelijkheden aanwezig, te weten eenhoofdig gezag en gezamenlijk gezag met de moeder. In het eerste geval moet de moeder, die het gezag over haar kind uitoefent op grond van artikel 1:253b, eerst van het gezag worden ontheven, maar dat kan alleen op de grond dat zij ongeschikt of onmachtig is haar plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen, aldus artikel 1:266 BW. Dat sluit ik hier overigens niet uit, te meer niet omdat ongeschiktheid of onmacht in de zin van laatstgenoemd artikel ook kan samenhangen met de bijzondere eigenschappen van het kind of met de bijzondere omstandigheden waarin het zich bevindt ten tijde van het nemen van de beslissing tot ontheffing.<sup>10</sup> Dit laatste zal zich veelal voordoen in het geval van een draagmoeder die van het gezag moet worden ontheven, maar de zojuist genoemde, in de jurisprudentie geformuleerde regel kan naar mijn mening ook op andere gevallen worden toegepast. Ontzetting van het ouderlijk gezag op grond van artikel 1:269 lijkt mij in het onderhavige geval niet aan de orde. Nadat de moeder van het ouderlijk gezag over haar kind is ontheven, kan de grootmoeder vervolgens door de kantonrechter tot voogdes over haar kleinkind worden benoemd (art. 1:295).

In het tweede geval, als de grootmoeder tezamen met de moeder het gezag wil uitoefenen, moet overeenkomstig artikel 1:253t een gezamenlijk verzoek daartoe bij de rechtbank worden ingediend. Het is goed even hierbij stil te staan, omdat mij de laatste tijd regelmatig geluiden vanuit de

7 Asser-De Boer, *Personen- en familierecht* (16e druk), Deventer: Kluwer 2002, nr. 761.

8 Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind, Verdrag van 20 november 1989, *Trb.* 1990, 46 en 170, voor Nederland in werking getreden op 8 maart 1995.

9 Zij verwijst daarbij naar G.C.A.M. Ruitenbergh, 'De uitdaging van het kinderrechtverdrag voor de Nederlandse rechtspraak', *FJR* 2004, 9, p. 30-35, in het bijzonder p. 31-32.

10 Aldus HR 29 juni 1984, *NJ* 1984, 767 en Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *NJ* 1998, 865.

rechtspraktijk – zowel de advocatuur als het notariaat – bereiken, als zou laatstgenoemd artikel de eis stellen dat het hier gaat om de partner van de ouder, die een affectieve relatie met de ouder heeft, de levensgezel van de ouder dus. Inderdaad zal dit laatste meestal het geval zijn, maar dat hoeft niet per se. Het gaat om een ander dan de ouder, van hetzelfde of van verschillend geslacht, die niet in een familierechtelijke betrekking, maar wel in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind moet staan. Overigens is het bestaan van een familierechtelijke betrekking niet uitgesloten. Zo kan de partner van de ouder de broer of zus van deze ouder en dus de oom of tante van het kind zijn.<sup>11</sup> In dit concrete geval gaat het om de moeder van de ouder en dus de grootmoeder van het kind. De wetgever zelf spreekt in artikel 1:253t lid 1 en in de opschriften van afdeling 1.14.3A en van de daaronder ressorterende drie paragrafen (boven de art. 1:253sa, 253t en 253w) consequent over ‘een ander dan een (de) ouder’. Ik denk dat ik wel weet hoe dit misverstand in de praktijk is ontstaan. De term ‘partner’ komt weliswaar niet voor in de desbetreffende wetsartikelen, maar wel in het opschrift en de considerans van de wet van 1997, waarbij de artikelen 1:253t e.v. in het gezagsrecht werden geïntroduceerd.<sup>12</sup> De wetgever stelt in artikel 1:253t lid 1 geen enkele eis aan de aard van de relatie tussen de ouder en de ander dan de ouder. Wel of niet met elkaar gehuwd, wel of niet met elkaar geregistreerd, wel of niet een samenlevingscontract met elkaar, wel of niet feitelijk met elkaar samenlevend: het maakt allemaal niets uit. De enige eis die wordt gesteld, is dat er een nauwe persoonlijke betrekking bestaat tussen de ander dan

de ouder enerzijds en het kind anderzijds. Deze nauwe persoonlijke betrekking komt ongeveer overeen met ‘family life’ (familie- en gezinsleven) in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM. In casu is zonder meer aan deze eis voldaan, nu de grootmoeder haar kleinkind vanaf de geboorte feitelijk heeft verzorgd en opgevoed. Aan artikel 1:253t lid 2 komt men hier niet toe, omdat er geen andere juridische ouder in het spel is. De verwekker/aanrander is wel de biologische, maar niet de juridische vader, terwijl hij bovendien niet eens weet dat hij de biologische vader van het kind is. De conclusie is duidelijk: het lijkt geen enkele twijfel dat de moeder en de grootmoeder op hun beider verzoek gezamenlijk het gezag over het kind kunnen uitoefenen op grond van artikel 1:253t.

Zodra het kind de leeftijd van achttien jaren heeft bereikt (in 2007) en dus het ouderlijk gezag of de voogdij van rechtswege eindigt, kan het kind – afhankelijk van de mate waarin het verstandelijk gehandicapt is – onder curatele worden gesteld dan wel haar vermogen geheel of gedeeltelijk onder bewind worden gesteld en/of te haren behoefte een mentorschap worden ingesteld. De grootmoeder zou dan tot curator dan wel tot bewindvoerder en/of mentor kunnen worden benoemd, al heeft benoeming van een grootouder, gelet op de artikelen 1:383 lid 3, 435 lid 4 en 452 lid 4, niet meteen de voorkeur van de wetgever. Daar staat echter tegenover dat, als het kind in staat is tot het uitspreken van een uitdrukkelijke voorkeur voor de te benoemen persoon, de rechter deze voorkeur volgt, tenzij gegronde redenen zich daartegen zetten (art. 1:383 lid 2, 435 lid 3 en 452 lid 3).<sup>13</sup>

11 Aldus ook M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks burgerlijk recht deel 1, 2e druk), Deventer: Kluwer 2002, nr. 219.

12 Wet van 30 oktober 1997, *Stb.* 1997, 506, in werking getreden op 1 januari 1998, tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het

Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn *partner* (cursivering van mij, AJMN) en van gezamenlijke voogdij. In de considerans van deze wet wordt overwogen ‘dat het wenselijk is medegezag over minderjarige kinderen mogelijk te maken voor *partners* (cursivering van mij, AJMN) van ouders (...)’. Zie *Stb.* 1997, 506, p. 1.