

Basiskennis adoptierecht voor de vreemdelingenpraktijk

Adopties met een barstje

Adoptierecht is ingewikkeld, zeker voor niet-civilisten — en zeker als er in de adoptie een barstje zit. Een spoedcursus voor advocaten in het vreemdelingenrecht.

Casus 1: ‘Mick woont al sinds zijn negende bij ons. Hij is nu vijftien. Hij is het kind van de zus van mijn echtgenoot. Zij kon niet meer voor hem zorgen en heeft hem na een vakantie bij ons achtergelaten. Ze is toen zelf teruggegaan naar Suriname. Ze werd ziek en is vier jaar geleden overleden. Wie Mick’s vader is, is onbekend. Het Surinaamse Bureau voor Familiezaken heeft mijn man en mij tot voogden van Mick benoemd. Mijn man en ik zijn allebei Nederlands; we wonen in Arnhem. Mick heeft geen verblijfsvergunning. We hebben die al wel drie keer aangevraagd maar telkens niet gekregen. We weten niet wat we nu nog kunnen doen: hij is ons kind.’

Casus 2: ‘Ik, een Nederlander, woon in Nicaragua. Ik ben getrouwd met een Nicaraguaanse vrouw. Zij heeft twee kinderen uit een eerdere relatie. Haar ex heeft nooit omgekeken naar zijn kinderen. Mijn vrouw heeft haar kinderen zelf opgevoed. Er is nooit sprake geweest van een bezoekenregeling. Nadat ik jaren in huis heb gewoond met de twee dochters van mijn vrouw beschouwen zij mij als hun vader, en ik hen als mijn eigen kinderen. Na een procedure hier in Nicaragua heb ik ze geadopteerd. Kunnen zij nu een Nederlands paspoort krijgen en in Nederland gaan studeren?’

Dit zijn zomaar twee casus waar je als vreemdelingenadvocaat mee te maken kunt krijgen. Adoptierecht is een moeilijk te doorgronden rechtsgebied, zeker voor de advocaat zonder ervaring in het civiele recht. In dit artikel een schets van het wettelijk kader en de relevante jurisprudentie.

Wettelijk kader

Binnen dit rechtsgebied kan een advocaat te maken krijgen met (1) het Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie 1993, ook wel het Haags Adoptie Verdrag (hierna ‘HAV’); (2) de Wet Conflictenrecht Adoptie (oud, WCAD), sinds 1 januari 2012 opgenomen in titel 6 van boek 10 BW; (3) de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (hierna ‘WOBKA’) en (4) titel 12 van boek 1 BW.

De makkelijkste manier om vast te stellen welke wettelijke bepalingen van toepassing zijn, is aan de hand van de gewone verblijfplaats van adoptiefouders en adoptiekind (hierna zal ik het hebben over ‘ouders’ en ‘kind’) ten tijde van de adoptieprocedure. Ik behandel achtereenvolgens (1) adoptie als ouders en kind in het buitenland verblijven tijdens de procedure; (2) adoptie als de ouders in Nederland wonen en het kind in het buitenland en als laatste (3) de situatie dat ouders en kind in

Nederland wonen. Probleem daarbij is dat er niet altijd sprake is van een zuivere vorm van één van de bovenstaande situaties en dat mengsituaties zich vaak voordoen. Bovendien moet voor ogen worden gehouden dat zelfs als ouders en kind allen in Nederland wonen, men toch kan spreken van een interlandelijke adoptie omdat het kind niet de Nederlandse nationaliteit heeft.

Kind en ouders in het buitenland

Als Nederlandse ouders die in het buitenland wonen daar een kind adopteren is er sprake van een buitenlandse adoptie waarvan bezien moet worden of die in Nederland erkend kan worden.

Het erkenningsregime voor de hier bedoelde buitenlandse adopties, waarop het HAV niet van toepassing is omdat zowel de ouders als het kind allen in hetzelfde buitenland wonen,¹ staat in titel 6 van boek 10 BW, te weten de artikelen 10:107 BW en verder.

Op grond van artikel 10:108 BW wordt een buitenlandse adoptiebeslissing in Nederland van rechtswege erkend als deze is uitgesproken door een bevoegde autoriteit van het land waar hetzij het kind hetzij de ouders dan wel beiden tijdens de adoptieprocedure gewone verblijfplaats hadden (verderop in dit artikel nadere uitleg van dit begrip). De adoptie wordt niet erkend als er geen behoorlijk onderzoek en/of behoorlijke rechtspleging heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de adoptiebeslissing of erkenning in strijd met de openbare orde zou zijn. Dit behoorlijk onderzoek heeft vooral betrekking op de vraag of het kind in kwestie echt 'adoptabel' is (hebben de ouders daadwerkelijk, uit vrije wil, afstand gedaan van het kind; is onderzocht of er andere opvangmogelijkheden zijn in het herkomstland zelf) en of de ouders door de autoriteiten in het herkomstland beoordeeld zijn op hun geschiktheid als adoptiefouders.

De Nederlandse autoriteiten hechten zeer veel waarde aan het hebben van beginseltoestemming.

Aan de erkenning van de adoptie in Nederland hoeft de Nederlandse rechter niet te pas te komen: als de adoptie voor erkenning vatbaar is kan deze door de ambtenaar van de burgerlijke stand (ABS) in Den Haag in de registers ingeschreven worden. De ABS toetst zelf of de adoptie erkend kan worden. Het voert te ver om uitputtend op te sommen welke stukken noodzakelijk zijn voor inschrijving, maar de belangrijkste zijn: (gelegaliseerde) stukken uit de buitenlandse adoptieprocedure, waaronder in elk geval de adoptiebeslissing c.q. -uitspraak; de toestemming van de biologische ouder(s) en stukken met betrekking tot de identiteit en nationaliteit van zowel kind als ouders (paspoorten en geboorteaktes).

Op grond van artikel 5b van de Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN) wordt een kind dat in het buitenland is geadopteerd door adoptiefouders waarvan er één de

Nederlandse nationaliteit heeft en waarvan de adoptie voldoet aan de hierboven gestelde eisen, van rechtswege Nederlander.² Deze situatie deed zich voor in casus 2: de man woonde in het buitenland en adopteerde daar, naar buitenlands recht, de dochters van zijn echtgenote. Binnen de Nicaraguaanse adoptieprocedure was uitgebreid onderzoek gedaan, onder andere naar de instemming van de biologische vader van de meisjes. Er werd voldaan aan de voorwaarden voor erkenning van de adoptie en de Nicaraguaanse adoptie-uitspraak werd ingeschreven door de ABS. Daardoor werd de Nederlandse man naar Nederlands recht juridisch vader van de meisjes, en verkregen zij de Nederlandse nationaliteit.

Kind in buitenland, ouders in Nederland

Als het kind zich nog in het buitenland bevindt en de ouders in Nederland, moet voldaan worden aan de bepalingen van de WOBKA. Deze wet regelt onder welke voorwaarden ouders die in Nederland wonen een kind uit het buitenland mogen adopteren en onder welke voorwaarden bepaalde organisaties daarbij mogen bemiddelen.

Beginseltoestemming

Voor Nederlandse adoptiefouders die een kind willen adopteren uit het buitenland zijn de bepalingen over de zogenaamde 'beginseltoestemming' het belangrijkste. Beginseltoestemming is de toestemming die door het Ministerie van Justitie aan aspirant adoptiefouders wordt verleend om een buitenlands kind te adopteren. Om beginseltoestemming te krijgen moeten ouders een traject van door het Ministerie georganiseerde bijeenkomsten en voorlichting doorlopen. Ook worden zij door de Raad voor de Kinderbescherming onderzocht op hun geschiktheid als adoptiefouders, waarbij onder andere gekeken wordt naar leeftijd, gezondheid, gezinssituatie en motivatie om te adopteren.³ Beginseltoestemming wordt niet gegeven

voor adoptie van een (al bij de ouders bekend) specifiek kind. Beginseltoestemming wordt immers afgegeven voor het mogen adopteren van 'een' kind in het buitenland. De toestemming is derhalve gericht op het proces en niet op een specifiek kind. De Nederlandse autoriteiten hechten zeer veel waarde aan het hebben van beginseltoestemming, zoals hieronder zal blijken. Beginseltoestemming kan alleen verkregen worden door in Nederland wonende ouders.

Buitenlandse adoptie door in Nederland wonende ouders

Het kan voorkomen dat er in het buitenland, waar het kind verblijft, een adoptie is uitgesproken terwijl de ouders in Nederland wonen. In tegenstelling tot in Nederland (waar ver-

¹ Het HAV is namelijk niet van toepassing op situaties waarin het kind niet 'verplaatst' wordt van een verdragsstaat van herkomst naar een verdragsstaat van ontvangst.

² De tekst van artikel 5b RWN verwijst –eind juli 2012– nog naar artikelen 6 en 7 van de Wet Conflictenrecht Adoptie (WCAD). De WCAD is sinds 1 januari 2012 geschrapt. Artikel 6 WCAD is artikel 10:108 BW en artikel 7 WCAD is artikel 10:109 BW, ve12001439.

³ Zie voor meer informatie www.adoptie.nl

eist is dat je hier woont om hier te kunnen adopteren) stellen niet alle landen een woonplaats eis om in dat land te kunnen adopteren.

Als het gaat om een adoptie in een land dat partij is bij het HAV moet voldaan worden aan de bepalingen in artikel 4 en artikel 5 HAV. Uit artikel 5 onder a en b blijkt dat een dergelijke adoptie alleen plaats kan vinden als de bevoegde autoriteiten in het land van ontvangst hebben vastgesteld dat de aspirant-adoptiefouders voldoen aan vereisten voor adoptie, met andere woorden: in het bezit zijn van beginseltoestemming.

Als het kind, conform de bovenstaande bepalingen, in een Verdragsstaat is geadopteerd door Nederlandse adoptiefouders in Nederland is het kind door die adoptie Nederlander en komt het als Nederlander naar Nederland (zie artikel 23 HAV en artikel 5a lid 1 RWN).

Als de adoptie heeft plaatsgevonden in een land dat geen partij is bij het HAV, zijn (op basis van artikel 10:107 BW), artikel 10:108 tot 10:111 BW van toepassing. Uit art 10:109 lid 1 onder a BW blijkt dat een adoptie in een land dat geen partij is bij het HAV terwijl de ouders in Nederland woonden ten tijde van de adoptie, alleen in Nederland erkend wordt als de bepalingen van de WOBKA in acht zijn genomen. En dat betekent: ook via deze weg kom je uit op het vereiste van beginseltoestemming. De Nederlandse rechter geeft, indien de bepalingen van de WOBKA wel in acht zijn genomen, een verklaring voor recht

Echter: in de aangehaalde uitspraken hadden de ouders naast hun primaire verzoek om erkenning van de buitenlandse adoptie ook subsidiair verzoekt een adoptie naar Nederland recht uit te spreken. Dit tweede verzoek werd, in het belang van het kind, wel toegewezen. Verderop in dit artikel zal ik terugkomen op het criterium 'belang van het kind' en hoe dit een rol speelt in adoptieprocedures, met name wanneer niet voldaan wordt aan de bepalingen van de WOBKA. In de uitspraken uit 2006 en 2011 overwoog de Rechtbank expliciet dat de buitenlandse adoptie, hoewel deze niet erkend kon worden, geen onregelmatigheden vertoonde en dat de ouders oprecht meenden de juiste procedure gevolgd te hebben.

Ouders en kind gedeeltelijk in Nederland, gedeeltelijk in het buitenland

Voor erkenning van een buitenlandse adoptie op grond van artikel 10:108 BW is vereist dat het kind én de adoptiefouders zowel ten tijde van het verzoek tot adoptie als ten tijde van de adoptie-uitspraak in het buitenland (ofwel in hetzelfde land, ofwel in verschillende landen) verbleven. Het ruimhartige erkenningsregime uit dit artikel hangt ermee samen dat er sprake is van een 'volledig buitenlandse situatie'⁴ zodat Nederland de rechtsgang in het buitenland, behoudens de in dat artikel geschetste uitzonderingen, dient te accepteren.

Als advocaat kun je te maken krijgen met ouders die niet de

Het kind houdt op het kind te zijn van zijn biologische ouders: een juridisch en feitelijk/emotioneel zeer ingrijpende gebeurtenis.

af ex artikel 1:26 BW. Na afgifte van deze verklaring voor recht kan de adoptie ingeschreven worden door de ABS in de registers van de burgerlijke stand te Den Haag. Vóór de erkenning van de adoptie is het kind nog geen Nederlander: het kind komt dus als vreemdeling Nederland binnen en heeft afhankelijk van zijn herkomstland ook een mvv (en in Nederland een verblijfsvergunning in afwachting van de erkenning van de adoptie) nodig. Na erkenning van de adoptie verkrijgt het kind van rechtswege het Nederlanderschap op basis van artikel 5b RWN. Een erkenningsprocedure neemt gemiddeld zes maanden in beslag: er zijn geen termijnen aan verbonden.

Uit het bovenstaande blijkt dat buitenlandse adoptie door in Nederland verblijvende ouders in principe alleen in Nederland erkend wordt als voldaan wordt aan de bepalingen van de WOBKA. Wat nu als ouders die niet in het bezit waren van beginseltoestemming wel in het buitenland geadopteerd hebben, terwijl zij zelf in Nederland woonden?

Het Hof Leeuwarden laat hier in zijn uitspraak van 2 juli 2008 (LJN: BD6848), waarbij in Nederland wonende ouders in het buitenland geadopteerd hadden, weinig twijfel over bestaan. Een dergelijke buitenlandse adoptie zonder beginseltoestemming kan in Nederland niet erkend worden. Ook in uitspraken van de Rechtbank Haarlem op 18 december 2006 (LJN: AZ7519), 11 september 2007 (LJN: BB4416, ve07001903) en 23 maart 2011 (LJN: BQ8185) werd een dergelijke buitenlandse adoptie door in Nederland verblijvende ouders wegens strijd met de bepalingen van de WOBKA (geen beginseltoestemming) niet erkend.

hele adoptieprocedure in het buitenland woonden. In dat geval is sprake van een mengvorm van de twee hierboven geschetste situaties met betrekking tot de woonplaats van ouders en kind. Het is dan ingewikkeld te bepalen welk wettelijk kader van toepassing is.

In de wet (artikel 10:108 BW) wordt het begrip 'gewone verblijfplaats' gehanteerd om te bepalen of ouders in Nederland of in het buitenland verbleven tijdens de adoptieprocedure. Voor de duiding van 'gewone verblijfplaats' kan aansluiting gezocht worden bij de in het internationaal privaatrecht gebruikelijke terminologie 'résidence habituelle', het woonplaatsbegrip zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek en het begrip 'hoofdverblijf' zoals neergelegd in het vreemdelingenrecht (onder andere in paragraaf B1.5.3.2 van de Vc2000). Uit het woonplaatsbegrip zoals neergelegd in artikel 1:10 en 1:11 BW blijkt bovendien dat uit de daden van de betrokkene moet blijken van zijn wil om zijn woonplaats prijs te geven. Deze wil kan worden gedestilleerd uit bepaalde gedragingen van de betrokken persoon.⁵ In alle gevallen dient men vast te stellen waar een persoon zijn of haar 'centre of living' heeft, waar zich de voornaamste belangen van een persoon bevinden en waar een persoon duurzaam verblijft.

Feitenvaststelling is dus essentieel bij een dergelijke zaak: waar waren de ouders ten tijde van het adoptieverzoek; waar

4 Zie Koens en Vonken (red.) 2010, p. 2256, toelichting bij artikel 6 WCAD (oud).

5 Zie Koens en Vonken (red.) 2010, p. 20.

was het kind; bleven de ouders in het buitenland gedurende de hele adoptieprocedure; verbleven ze beiden (in geval van adoptie door een stel) in het buitenland of slechts één van hen; waren ze in het buitenland ten tijde van de adoptie-uitspraak; hoe snel na de adoptie-uitspraak zijn ze, met het kind, naar Nederland teruggekeerd; was hun wil erop gericht om in het buitenland te verblijven of juist niet?

Een kort verblijf in het buitenland voor de adoptie terwijl de adoptiefouders bijvoorbeeld niet uitgeschreven zijn uit de GBA, doorgaan met werken in Nederland en hun woning en verzekeringen in Nederland aanhouden, zal veelal niet gekwalificeerd worden als een daadwerkelijke verplaatsing van de gewone verblijfplaats. Een buitenlandse adoptie die gedurende een dergelijk kort verblijf is uitgesproken wordt in Nederland in principe niet erkend.⁶

In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 30 maart 2009 (LJN: BO3263) besliste de rechtbank dat voldaan werd aan de voorwaarden van artikel 7 WCAD (oud, nu artikel 10:109 BW). In die zaak had een echtpaar in Suriname een kind geadopteerd en vervolgens naar Nederland meegenomen. De ABS weigerde erkenning omdat alleen de vrouw in Suriname had verbleven ten tijde van de adoptieprocedure, terwijl de man in Nederland was gebleven. De ABS stelde dat er geen sprake was van verplaatsing van gewone verblijfplaats en dat er daarom geen sprake was van een 'ouders in buitenland, kind in buitenland' situatie. Het echtpaar had na terugkomst in Nederland alsnog beginseltoestemming gevraagd. Deze aanvraag was afgewezen omdat de adoptie al plaats had gehad en beginseltoestemming niet dient voor 'sanctionering' van een dergelijke situatie. De rechtbank was het met de ABS eens dat er geen sprake was van verplaatsing van hoofdverblijf maar stelde vast dat, nu de Minister van Justitie meegedeeld had dat beginseltoestemming in dit geval niet nodig c.q. mogelijk was, de adoptie toch kon worden erkend.⁷

Kind en ouders in Nederland

Als het kind al in Nederland is, en de ouders ook, zoals in casus 1, wordt het er niet gemakkelijker op.⁸ In principe geldt dat adoptie van een buitenlands kind in Nederland door Nederlandse ouders, niet mogelijk is zonder beginseltoestemming. Beginseltoestemming wordt echter, als eerder gezegd, niet afgegeven voor de adoptie van een specifiek, bij de ouders bekend kind wat bovendien al in Nederland is. Een catch-22 dus voor de vrouw die beschreven werd in casus 1. Ze kan geen beginseltoestemming krijgen om het kind van haar zus te adopteren maar zit ondertussen wel met een kind dat ze beschouwt als haar eigen kind en als zodanig in haar gezin

heeft opgenomen. Hieronder bespreek ik hoe in een dergelijk geval, onder omstandigheden, toch tot een adoptie gekomen kan worden.

Toepasselijkheid Nederlands recht

Ouders in een situatie als de vrouw in casus 1 zullen veelal een verzoek indienen om een adoptie naar Nederlands recht uit te spreken. Op een in Nederland uit te spreken adoptie is, op grond van artikel 10:105 lid 1 en 2 BW, Nederlands recht van toepassing, met uitzondering van de toestemming van de biologische ouders van het adoptiekind. Hierop is het recht van de nationaliteit van het land van het kind van toepassing. Met andere woorden: vereist het recht van het land waar het kind vandaan komt dat biologische ouders toestemming moeten geven voor adoptie, dan moet die toestemming conform de eisen die dat buitenlandse recht daaraan stelt, gegeven worden.

Materieel Nederlands adoptierecht

Het materiële Nederlandse adoptierecht staat in titel 12 van boek 1 BW. Op grond van artikel 1:227 lid 1 BW kan adoptie plaatsvinden door twee personen of één persoon alleen. Lid 2 bepaalt dat wanneer adoptie wordt verzocht door twee personen, zij tenminste drie jaar voorafgaand aan het verzoek samen geleefd moeten hebben. Dit geldt ook voor zogenaamde partneradoptie (zoals in casus 2, waar een persoon de kinderen van zijn partner adopteert) tenzij het kind geboren wordt binnen de relatie (bijvoorbeeld na donorbevruchting).

In artikel 1:227 lid 3 BW staat de cruciale bepaling dat adoptie alleen wordt uitgesproken indien dat in het kennelijk belang is van het kind (en aan de voorwaarden van artikel 1:228 BW wordt voldaan, waarover hieronder meer). In tekst en commentaar bij dit artikel wordt terecht opgemerkt dat hierbij niet alleen gedacht moet worden aan de positie die het kind door adoptie krijgt, maar ook de positie die het kind verliest: het kind houdt immers op het kind te zijn van zijn biologische ouders, een juridisch en feitelijk/emotioneel zeer ingrijpende gebeurtenis.⁹ Wat in het belang van het kind is zal veelal afhangen van de feitelijke omstandigheden van het kind. Ik zal hier nader op ingaan bij de bespreking van de jurisprudentie over het belang van het kind. Uit hetzelfde artikel 1:227 lid 3 BW blijkt dat ten tijde van het adoptieverzoek moet vaststaan dat op dat moment en in de toekomst het kind niets meer van zijn ouders "in de hoedanigheid van ouders" te verwachten heeft. De overige voorwaarden voor adoptie (leeftijd kind, leeftijd ouders, geen te nauwe familieband, kind zelf geen bezwaar, toestemming van biologische ouders, verzorgingstermijn van een jaar, biologische ouders hebben geen gezag meer) worden genoemd in artikel 1:228 lid 1 BW.

Gelet op de eis dat de biologische ouders geen gezag over het kind meer mogen hebben, is het belangrijk na te gaan of beide biologische ouders op enig moment wel belast waren met het gezag. In sommige landen (zoals Nederland) wordt binnen het gezagsrecht onderscheid gemaakt tussen kinderen die staande het huwelijk tussen de ouders geboren zijn en kinderen die buiten huwelijk geboren zijn. In Nederland moet de vader

6 Zie voor een uitspraak waarin de rechtbank het tegenovergestelde overweegt, Rechtbank Haarlem 13 april 2010, LJN: BM5937. In zijn noot bij deze uitspraak in JPF 2010/82 stelt dr. I. Curry-Summer dat de rechtbank via een onjuiste weg tot een juiste conclusie is gekomen: de adoptie i.c. had niet erkend mogen worden, maar een verzoek om adoptie naar Nederlands recht had wel ingediend kunnen worden.

7 Wellicht speelde artikel 14 WOBKA een rol bij dit oordeel (hoewel dit niet door de Rechtbank wordt genoemd).

8 Voor de volledigheid merk ik op dat adoptie van een Nederlands kind in Nederland vanzelfsprekend helemaal niet ingewikkeld hoeft te zijn: dan is het Nederlandse recht van toepassing en is sprake van een zuiver interne, Nederlandse situatie. Aangezien dit artikel gaat over interlandelijke adopties en complicaties die daarbij op kunnen treden, laat ik die situatie hier buiten beschouwing.

9 M.J.C. Koens en A.P.M.J. Vonken (red.), *Personen en Familierecht. Tekst & Commentaar*. Deventer: Kluwer 2010, p. 301. (Verder Koens en Vonken (2010)).

die niet getrouwd is met de moeder van het kind, maar wel juridisch vader is (bijvoorbeeld door erkenning), een apart verzoek tot uitoefening van het gezamenlijk gezag indienen. Pas nadat dat verzoek is gehonoreerd en in het gezagsregister is ingeschreven, is er sprake van gedeeld gezag. Bij niet-gehuwde biologische ouders, maar bijvoorbeeld ook in de situatie dat één van de biologische ouders is overleden, is het belangrijk om na te gaan wie op enig moment het gezag heeft gehad over het kind, en of die persoon dat ten tijde van het adoptieverzoek nog steeds heeft. Immers: de adoptie naar Nederlands recht kan niet worden uitgesproken als de biologische ouder (s) nog belast zijn met het ouderlijk gezag.

Toepasselijkheid WOBKA binnen de Nederlandse adoptie
De oplettende lezer zal hebben opgemerkt dat de WOBKA en het voldoen aan de vereisten in de WOBKA niet genoemd worden in de artikelen 1:227 en 1:228 BW. Dit betekent echter niet vanzelfsprekend dat de rechter bij het indienen van een verzoek om een Nederlandse adoptie geen acht zal slaan op de bepalingen van de WOBKA. De vrouw uit casus 1 kan dus niet, louter door te voldoen aan de bepalingen van artikelen 1:227 en 1:228 BW, het kind van haar overleden zus adopteren. Dit heeft ermee te maken dat het kind in kwestie geen Nederlander is. Het uitgangspunt blijft dan dat het gaat om een interlandelijke adoptie, zelfs wanneer ouders en kind allen in Nederland wonen. Op een dergelijke interlandelijke adoptie is in principe de WOBKA van toepassing en dus hebben de ouders beginseltoestemming nodig. Op dit algemene standpunt valt echter wel het een en ander af te dingen. Artikel 2 van de WOBKA bepaalt namelijk dat voor de opnemings in Nederland van een buitenlands kind *met het oog op adoptie* (mijn cursivering) beginseltoestemming is vereist.

Voor de invulling van het begrip ‘belang van het kind’ kan de advocaat aansluiting zoeken bij het IVRK.

Mijns inziens is daarom, in een situatie zoals geschetst in casus 1, de vraag relevant met welk doel het kind destijds naar Nederland werd overgebracht. Waren de adoptiefouders toen al in beeld bij het kind? Was er bij de ouders toen al sprake van een wens tot adopteren of is die later opgekomen (bijvoorbeeld na jarenlange zorg voor het kind als pleegkind). Heeft het kind een verblijfsvergunning voor een ander verblijfsdoel dan adoptie (bijvoorbeeld een verblijfsvergunning op grond van medische behandeling)? Dergelijke vragen zijn relevant om te bepalen of de WOBKA wel of niet van toepassing is, en dus of de ouders wel of niet beginseltoestemming nodig hebben voor de adoptie.

De vraag naar de toepasselijkheid van de WOBKA bij een adoptieverzoek naar Nederlands recht van een buitenlands kind is een fundamentele en is door verschillende rechtbanken anders beantwoord.

Uitspraken waarin de Rechtbank de WOBKA niet van toepassing acht

De Rechtbank in Breda overwoog op 2 maart 2007 (LJN BA0698) dat omdat het kind in eerste instantie in het bezit was van een

verblijfsvergunning wegens medische behandeling, het kind niet met het oog op adoptie naar Nederland was gekomen en dat daarom de WOBKA niet van toepassing was. Het verzoek kon beoordeeld worden aan de hand van de artikelen 1:227 en 1:228 BW. Het Gerechtshof in Arnhem (18 november 2008, LJN: BG5709) en de Rechtbank Arnhem (26 maart 2009, LJN: BH9513) kwamen tot dezelfde conclusie in vergelijkbare casus. In een niet gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 21 december 2011 (zaaknummer 306514) in een vergelijkbare casus (ernstig zieke kinderen die in het bezit waren van een vergunning conform beschikking Minister) achtte de rechtbank bovendien relevant dat de pleegouders die hun pleegkind wilden adopteren door hun handelwijze de in de WOBKA voorgeschreven interlandelijke adoptieregeling niet bewust hadden omzeild.

Mijns inziens moet de situatie van de vrouw uit casus 1 hieronder gebracht worden. Zij heeft het kind immers niet overgebracht naar Nederland om hem hier te adopteren: hij is hier achtergelaten door de zus van de vrouw. Omdat die zus sindsdien overleden is, is er sprake van een nieuwe situatie ten opzichte van het moment van overbrenging van het kind naar Nederland. De vrouw kon op het moment dat het kind bij haar in Nederland achtergelaten werd, niet voorzien dat haar zus zou overlijden en dat zij vervolgens voor het dilemma zou komen te staan wie er in de toekomst de zorg voor het kind zou moeten dragen.

Uitspraken waarin de Rechtbank niet toetst aan de WOBKA

Naast de bovengenoemde uitspraken zijn er ook uitspraken bekend waarin de rechtbank in het geheel niet toetste aan de WOBKA. In een uitspraak van 5 april 2004 overwoog het

Gerechtshof in Amsterdam (LJN: AP0522) dat hoewel de adoptiefouders geen beginseltoestemming hadden en het kind geen verblijfsvergunning had, het verzoek om adoptie naar Nederlands recht toch voor toewijzing in aanmerking kwam omdat de eisen uit de WOBKA niet genoemd worden in de artikelen 1:227 en 1:228 BW. In een niet gepubliceerde beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 6 mei 2010 (zaaknummer 446134) toetste de rechtbank, ondanks het feit dat het ging om een Ghanees kind, verblijvend in Nederland bij Nederlandse adoptieouders, in het geheel niet aan de WOBKA maar wees het verzoek toe op grond van de artikelen 1:227 en 1:228 BW. In een uitspraak van 1 februari 2005 (Nipr nr. 2005-125) concludeerde de Rechtbank in Haarlem bovendien dat de WOBKA een instrument is voor de Minister van Justitie en niet te gelden heeft als instrument van rechterlijke beoordeling.

Uitspraken waarin de Rechtbank wel toetst aan de WOBKA
Wat nu als de Rechtbank er niet van overtuigd is dat het kind met een ander doel dan adoptie naar Nederland is gekomen? In dat geval moet de Rechtbank wel toetsen aan de bepalingen

van de WOBKA en kan niet volstaan worden met verwijzing naar de voorwaarden in artikelen 1:227 en 1:228 BW. Hoewel de wetgever, de rechterlijke macht en de Raad voor de Kinderbescherming zeer veel waarde hechten aan het ver-eiste van beginseltoestemming, kan het voorkomen dat het afwijzen van een adoptieverzoek van ouders die geen begin-seltoestemming hebben, onevenredige zware gevolgen heeft voor het kind. In dergelijke gevallen plegen Rechtbanken te beoordelen wat in de concrete omstandigheden van de voor- liggende zaak in het belang van het adoptiefkind is. Voor de invulling van het begrip 'belang van het kind' kan de advocaat aansluiting zoeken bij het IVRK, vergelijkbaar met hoe dat in een vreemdelingrechtelijke casus zou gebeuren.

De Hoge Raad besliste in 2000 (arrest 1 december 2000, NJ 2001/317) dat het goed mogelijk is dat het kind bij de ouders mag blijven wonen, ook al is er (in die zaak zelfs op laakbare wijze) geen beginseltoestemming verkregen. Het belang van het kind staat voorop. Deze beslissing is door veel rechtbanken gevolgd.

De Rechtbank in Utrecht meende in een uitspraak van 24 juli 2002 (LJN: AN9168) dat aan het verzoek tot adoptie een gebrek kleefde nu de beginseltoestemming ontbrak maar kwam, gelet op het feit dat het kind al lange tijd in Nederland in het gezin van verzoekers verbleef, tot de conclusie dat artikel 3 van het IVRK er toe moest leiden dat de Vreemdelingenwet en het vreemdelingenbeleid terzijde gesteld dienden te worden. Tot een vergelijkbare conclusie kwamen de Rechtbank Haarlem in de hierboven aangehaalde uitspraak van 1 februari 2005, de Rechtbank Zwolle op 12 januari 2006 (LJN: AV4706), de Rechtbank in Amsterdam op 15 december 2010 in een niet ge-publiceerde zaak met nummer 461335 en de Rechtbank in Den Haag op 19 november 2008 in een reeks uitspraken over (we-gens onregelmatigheden in de adoptieprocedure niet erkende) Cambodjaanse adopties (LJN: BH6539 en BH3526).

De Rechtbank Groningen overwoog op 9 november 2004 (LJN: AS4787) dat adoptie door de pleegouders bij wie de adoptiekin- deren al geruime tijd verbleven, dusdanig in het belang was van deze kinderen dat voorbijgegaan kon worden aan het feit

staat naar de WOBKA) maar dat uiteindelijk 'slechts het belang van het kind' doorslaggevend was, 'met voorbijgaan van de in andere wetten gestelde eisen.'

Conclusie met betrekking tot de vraag naar toepasselijkheid van de WOBKA

Samengevat is bij het beoordelen van de vraag of de WOBKA van toepassing is in een situatie als geschetst in casus 1, van belang na te gaan met welk doel het kind destijds naar Nederland is overgebracht. Als dat niet is met het oog op adoptie, is de WOBKA mijns inziens niet van toepassing. Is de Rechtbank echter van mening dat de WOBKA wel van toepassing is, of is het kind wel met het oog op adoptie naar Nederland overgebracht, dan kan het belang van het kind nog steeds vergen dat het ver-zoek om adoptie moet worden toegewezen, met voorbijgaan aan de bepalingen van de WOBKA (inclusief het ontbreken van beginseltoestemming). Wat in het belang van het kind is zal altijd afhangen van de omstandigheden van de specifieke casus zoals de verblijfsduur van het kind bij de adoptiefouders en het toekomstperspectief van het kind als het verzoek wordt afgewezen.

Procesrecht

Zoals eerder gezegd kan erkenning van bepaalde adopties ge-beuren door de ABS. Voor adopties die in Nederland moeten worden uitgesproken moet wel men zich wel tot de rechter wenden. Een adoptieprocedure is een verzoekschriftproce-dure.¹⁰ Op basis van artikel 265 Rv. is bij verzoekschriften be-treffende minderjarigen de rechter van de woonplaats van de minderjarige bevoegd. Nadat het verzoekschrift is ingediend wordt griffiegeld geheven. Als het verzoek compleet is en alle bijlagen zijn meegestuurd¹¹ roept de rechtbank eventuele be-langhebbenden op. Indien de biologische ouders nog leven zullen zij opgeroepen moeten worden (ook als zij in het bui-tenland woonachtig zijn). Voorts is het niet ongebruikelijk de Raad voor de Kinderbescherming op te roepen om als belang-hebbende op de zitting te verschijnen. Dit geldt zeker indien het gaat om een verzoek tot adoptie van een buitenlands kind

De Rechtbank Haarlem kwam tot de conclusie dat uiteindelijk 'slechts het belang van het kind' doorslaggevend was, 'met voorbijgaan van de in andere wetten gestelde eisen.'

dat beginseltoestemming ontbrak. Het belang van de kinderen bij afwijking van de WOBKA en hun recht op bescherming was dusdanig groot dat 'de geschreven norm geen rechtsplicht meer vormt'. Hierbij speelde ook een rol dat aan hetgeen de WOBKA toevoegde aan garanties met betrekking tot de adoptie van een buitenlands kind, door de pleegouders materieel werd voldaan.

De Rechtbank Haarlem kwam in uitspraken van 28 oktober 2004 (LJN: AR5562), 16 december 2008, (LJN: BG8143) en 19 fe-bruari 2009 (LJN: BI5084) tot de conclusie dat bij het adoptiever-zoek naar Nederlands recht wel getoetst moest worden aan de WOBKA (hoewel in de laatste twee uitspraken geen verwijzing

dat (al dan niet legaal) in Nederland verblijft. De Raad voor de Kinderbescherming brengt, eventueel na het doen van een ge-zinsonderzoek, een advies uit aan de rechtbank over het ver-zoek. In dit advies wordt ingegaan op de situatie van het kind binnen het gezin van de adoptiefouders; de geschiktheid van de ouders als adoptiefouders en of adoptie in het belang van

10 Tip voor advocaten die normaliter niet werkzaam zijn in het personen- en familierecht: sinds 2011 werken de rechtbanken met het digitaal roljournaal familie-zaken. Voor indiening van het verzoekschrift is gebruik van een zoge-naamd F-formulier noodzakelijk. Voor meer informatie zie: www.rechtspraak.nl.

11 Voor een overzicht van mee te sturen bijlagen zie de procesreglementen familierecht rechtbanken op www.rechtspraak.nl.

het kind geacht moet worden. De rechtbank is veelal geneigd om dit advies zeer serieus en ter harte te nemen.

Houding ten aanzien van adoptie

Om te begrijpen waarom het wettelijk kader zo complex (en streng) is, is het zinvol om oog te hebben voor de veranderde houding van zowel deskundigen uit de wetenschap als de rechter ten aanzien van interlandelijke adopties. De afgelopen decennia is deze kritischer geworden. Vlaardingerbroek e.a. noemen als redenen hiervoor onder andere: 'berichtgeving over illegale of frauduleuze adoptiepraktijken in het buitenland; de vraag of niet beter hulp aan ontwikkelingslanden kan worden gegeven in plaats van kinderen naar het 'rijke westen' te halen; berichten in de media over mislukte plaatsingen van adoptiekinderen.'¹² Vlaardingerbroek e.a. zijn nog kritischer als het gaat om adopties waarbij de Nederlandse procedure (voornamelijk de procedure ter verkrijging van beginseltoestemming) niet volledig juist is nageleefd: 'het is voor sommigen zeer verleidelijk om langs onderhandse of slinkse wegen een kind op te nemen.'¹³

Ook de Raad voor de Kinderbescherming stelt zich in de praktijk zeer kritisch op als er verzocht wordt om adoptie van een buitenlands kind in Nederland zonder dat de ouders beginseltoestemming hebben. Illegale adoptie c.q. opneming van een buitenlands kind is in artikel 28 van de WOBKA strafbaar gesteld. De Raad schroomt dan ook niet om, in geval van een – volgens de Raad- illegale opneming van een buitenlands kind, aangifte te doen bij het OM van illegale adoptie.¹⁴

Ook vanuit de politiek is veel aandacht voor het thema 'illegale adoptie' waarbij de Nederlandse procedure niet volledig is nageleefd. Toenmalig Minister Hirsch Ballin schreef in 2009 dat 'de gevoelde urgentie om een kind te krijgen, maakt dat de grenzen van het mogelijke en betamelijke worden opgezocht en dat sommigen bereid zijn deze te overschrijden. De Raad en de Centrale autoriteit adoptie zijn in de afgelopen jaren in toenemende mate geconfronteerd met zaken waarin de grens duidelijk was overschreden.'¹⁵

Rechtbanken op hun beurt zijn vooral alert op misbruik van adoptie ter omzeiling van het vreemdelingenrecht. Bij opneming van een illegaal buitenlands kind moet er dan ook een goede reden aangevoerd worden waarom dit kind geen legaal verblijf op basis van artikel 8 Vw 2000 heeft of kan krijgen.

Wanneer rechtbanken het gevoel hebben dat adoptiefouders bewust in strijd met relevante wetgeving¹⁶ gehandeld hebben, wordt een verzoek tot adoptie afgewezen.¹⁷ Dit is bijvoorbeeld het geval als ouders gedurende de adoptieprocedure informatie hebben achtergehouden, onjuiste informatie hebben verstrekt of documenten hebben vervalst. Indien een adoptieverzoek wordt afgewezen, wordt het kind daarmee in een soort familierechtelijk niemandsland geplaatst. Als het gaat om een kind

dat in Nederland is en de Raad voor de Kinderbescherming twijfelt daadwerkelijk aan de opvoedkwaliteiten van de adoptiefouders, is het niet ondenkbaar dat een voogdijmaatregel, een ondertoezichtstelling of zelfs een uithuisplaatsing volgt. Als het kind niet in Nederland is en de adoptie wordt niet erkend of uitgesproken, kan het kind daardoor niet naar Nederland komen. De goede trouw van de ouders moet als een paal boven water staan wil een adoptieverzoek kans van slagen hebben. Het is raadzaam om adoptiefouders, zeker adoptiefouders die zonder beginseltoestemming hebben geadopteerd of willen adopteren terwijl zij die beginseltoestemming wel nodig hebben, voor te bereiden op het feit dat de Raad voor de Kinderbescherming kritisch zal zijn ten aanzien van hun adoptie of voorgenomen adoptie. In het verlengde daarvan dienen ouders zich ook voor te bereiden op een zitting bij de kinderrechter waarbij deze zich expliciet zal buigen over de vraag of het niet-hebben van beginseltoestemming in de weg staat aan de erkenning of uitspraak van een adoptie.

Conclusie

Het adoptierecht is een complex en uitdagend rechtsgebied, zeker in combinatie met het vreemdelingenrecht. Uitpluizen wat er precies wanneer gebeurd is met ouders en kind, en met welke intentie, is cruciaal om vast te stellen welke wettelijke bepalingen in acht genomen (hadden) moeten worden. Als niet-civilist kan het ingewikkeld zijn om vast te stellen wat kan en moet gebeuren, zeker als je geconfronteerd wordt met een adoptie (met barstje) accompli. Het is echter mijn ervaring dat kennis van adoptierecht een nuttige aanvulling kan vormen op een vreemdelingenrechtelijke praktijk. Ik verwacht dat dit met de voorgestelde afschaffing van het (toch al zinnelijke) pleegkinderenbeleid per 1 oktober 2012 alleen maar zal toenemen. Dan kunnen ouders met illegale pleegkinderen (zoals in casus 1) vreemdelingrechtelijk helemaal geen kant meer op. Adoptie kan dan de enige manier zijn om het kind in Nederland te houden.

Zie voor meer informatie over beginseltoestemming en de adoptieprocedure: www.adoptie.nl

Zie voor de stukken die nodig zijn voor het indienen van een verzoekschrift in Nederland: www.rechtspraak.nl (procesreglementen familierecht rechtbanken)

12 P. Vlaardingerbroek, K. Blankman, A. Heida, A.P. van der Linden, E.C.C. Punselie, J.A.E. van Raak-Kuiper, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 297.

13 Ibid, p. 302.

14 Een dergelijke aangifte staat niet in de weg aan behandeling van een verzoekschrift tot (Nederlandse) adoptie door de rechtbank.

15 *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 123 XVI, nr. 30, p. 4.

16 of dat nu de vreemdelingenwetgeving of de WOBKA is

17 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam d.d. 26 september 2011, LJN: BT8220 en Hof Den Haag d.d. 13 april 2011, LJN: BQ2937.