

Dordrecht, 14 mei 2017

Geachte heer, mevrouw,

Gelet op de omvang van het RSJ rapport alsmede mijn juridische achtergrond, heb ik mij in mijn gespreksnotitie beperkt tot de volgende drie onderwerpen:

- a) het subsidiariteitsbeginsel (§1);
- b) het belang van het kind (§2); en
- c) de verantwoordelijkheden onder het Haags Adoptie Verdrag 1993 (§3)

1. Het subsidiariteitsbeginsel

Op pagina 26-27 van het RSJ rapport wordt gesteld dat er tegenstrijdigheid is tussen het Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind (IVRK) en het Haags Adoptie Verdrag 1993 (HAV) met betrekking tot de uitleg van het subsidiariteitsbeginsel. Deze conclusie is echter - juridisch gezien - ongenueanceerd. Het probleem focust zich op de uitleg van artikel 21(b) IVRK en artikel 4(b) HAV. Artikel 21(b) IVRK geeft aan:

“... erkennen dat interlandelijke adoptie kan worden overwogen als andere oplossing voor de zorg voor het kind, indien het kind niet in een pleeg- of adoptiegezin kan worden geplaatst en op geen enkele andere passende wijze kan worden verzorgd in het land van zijn of haar herkomst.”

Artikel 4(b) HAV geeft aan:

“... na de mogelijkheden tot plaatsing van het kind in zijn Staat van herkomst naar behoren te hebben onderzocht, hebben vastgesteld dat een interlandelijke adoptie het hoogste belang van het kind dient.”

Het belangrijkste juridische twistpunt is hoe subsidiair interlandelijke adoptie moet worden gezien ten aanzien van verschillende vormen van zorg. Het VN Comité voor de Rechten van het Kind heeft meerdere malen uitgelegd dat interlandelijk adoptie een *ultimum remedium* is (*a measure of last resort*).¹ Om deze term verder uit te leggen, zijn er in de *Guide to Good Practice* bij het HAV 1993 een aantal richtlijnen gegeven:

- De voorkeur gaat uit naar een plaatsing bij de biologische familie, maar dit weegt niet op tegen het belang van het kind om deze te beschermen tegen schade of geweld;
- Permanente plaatsing in de *extended family* geniet de voorkeur, maar niet als de verzorgers de verkeerde motieven hebben of niet in staat zijn om in de specifieke behoeftes van het

¹ CRC Committee, 2004, §47. Dit standpunt wordt ook bevestigd door UNICEF en de UNCHR.

kind te voorzien;

- Nationale adoptie of andere vormen van permanente plaatsing genieten de voorkeur, maar als er een gebrek is aan nationale adoptiegezinnen, is het in beginsel niet in het belang van het kind om in een instelling te verblijven als de mogelijkheid bestaat op een internationale plaatsing; en
- Een thuis zoeken in het land van oorsprong is een goede stap, maar een tijdelijke plaatsing in het land van oorsprong is in beginsel niet beter dan een permanente plaatsing in het buitenland.²

De centrale vraag is derhalve of interlandelijk adoptie pas aan de orde kan c.q. moet komen op het moment dat nationale oplossingen geen soelaas bieden. Deze vraag is inmiddels door rechters in drie verschillende landen aan de orde gesteld. Het Constitutionele Hof in Zuid Afrika geeft het volgende aan:

“Child law is an area that abhors maximalist legal propositions that preclude or diminish the possibilities of looking at and evaluating the specific circumstances of the case. The starting-off point and overall guiding principle must always be that there are powerful considerations favouring adopted children growing up in the country and community of their birth. At the same time the subsidiarity principle itself must be seen as subsidiary to the paramountcy principle. This means that each child must be looked at as an individual, not as an abstraction. It also means that unduly rigid adherence to technical matters such as who bears the onus of proof, should play a relatively diminished role; the courts are essentially guarding the best interests of a child, not simply settling a dispute between litigants.”³

Hieruit blijkt dat het Zuid Afrikaanse Constitutionele Hof respecteert dat op *macroniveau* de geldende beginselen aangeven dat een binnenlandse oplossing de voorkeur geniet boven interlandelijke opties, maar dat in een individueel geval (d.w.z. op *microniveau*) dit geen absolute voorrang dient te krijgen.⁴ Met andere woorden: artikel 21(b) IVRK is altijd ondergeschikt aan artikel 3 IVRK, in die zin dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind de eerste overweging vormen.⁵ Er is in dit opzicht geen tegenstrijdigheid tussen de manier waarop het IVRK dient te worden uitgelegd en de manier waarop het HAV dient te worden uitgelegd. Nationale oplossingen dienen de voorkeur te genieten, maar niet ten koste van een permanente plaatsing indien dit in het individueel geval in het belang van het kind is.

2. Het belang van het kind

Op pagina 23 van het RSJ rapport wordt gesteld dat het begrip “belang van het kind” een knelpunt oplevert omdat “de discussie over het interlandelijke adoptiebeleid wordt bemoeilijkt door onduidelijkheid over de betekenis van het begrip ‘belang van het kind’ en het door elkaar lopen van niveaus waarop dit begrip een rol speelt.” Het familierecht wordt, zoals veel rechtsgebieden, gekenmerkt door het gebruik van subjectieve termen die voor velerlei uitleg vatbaar zijn. Een

² Permanent Bureau, *The Implementation and Operation of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention. Guide to Good Practice*, Hague: Hague Conference for Private International Law, 2008, p. 29 (te raadplegen: https://assets.hcch.net/upload/adoguide_e.pdf).

³ *AD and Another v DW and Others*, 2008 3 SA 183 (CC), §55.

⁴ Zie ook A. Skelton, “The development of a fledging child rights jurisprudence in Eastern and Southern Africa based on international and regional instruments”, (2009) 9 *African Human Rights Law Journal* p. 482; W. Vanderholde, “Interlandelijk adoptie en kinderrechten: gewogen en te licht bevonden”, *FJR* 2017/21; B. Mezmur, “Intercountry adoption as a measure of last resort in Africa: Advancing the rights of a child rather than a right to a child” (2009) 10 *Sur. International Journal on Human Rights* p. 95.

⁵ Dit is tevens beaamd door de High Court in Malawi (*In re: Adoption of Children Act (Cap 26:01); In re: David Banda*, Adoption Cause 2 of 2006 (2008) MWCH 3 28 May 2008) and the Malawai Supreme Court of Appeal (*In Re: CJ A Female Infant*, 2009, p. 24-25), alsmede door de Indiaase rechter in *Lakshmi Kant Pandey v. Union of India*, 1984, p. 474-476.

internationaal verdrag zoals het IVRK vormt hierop geen uitzondering. De kracht van de term “belang van het kind” zit *juist* in de flexibiliteit van de term. Elke situatie is anders en het rechtssysteem moet flexibel genoeg zijn om een oplossing te vinden die past bij het specifieke geval. Op macroniveau worden de in §1 van deze notitie genoemde richtlijnen gebruikt om vorm te geven aan de discussie, maar de uiteindelijke afweging dient op individuele basis plaats te vinden (*microniveau*). Dit kan mijns inziens niet worden gezien als een knelpunt, maar juist als kracht van het huidige systeem omdat de rechter in een individueel geval in het land van herkomst kan besluiten dat het in het belang van een individueel kind is om binnen of buiten het land te worden geplaatst.

3. Verantwoordelijkheden onder het Haags Adoptie Verdrag 1993

Op pagina 32 stelt het RSJ dat de Verenigde Staten in onvoldoende mate aan het subsidiariteitsbeginsel voldoet. Bovendien stelt het RSJ vast dat sprake is van overige knelpunten ten opzichte van andere landen, waaronder China, Hongarije, Bulgarije, Slowakije, Polen en Portugal. Het HAV gaat uit van een gedeelde verantwoordelijkheid in het kader van interlandelijke adopties. Het land van opvang controleert de geschiktheid van aspirant-adoptiefouders (artikel 5 HAV) en het land van herkomst van het kind controleert de geschiktheid van het kind voor interlandelijk adoptie (artikel 4). De RSJ gaat op pagina 32 op de stoel van de autoriteiten in het land van herkomst zitten en geeft aan dat zij hun werk niet goed uitvoeren. In het RSJ rapport wordt vervolgens - mede doordat landen zoals de Verenigde Staten in de visie van het RSJ het Verdrag niet goed toepassen - voorgesteld om interlandelijk adoptie direct stop te zetten ten aanzien van de bovengenoemde landen en daarnaast interlandelijk adoptie niet meer toe te staan.

De RSJ geeft aan dat er specifieke knelpunten zijn met betrekking tot specifieke landen. Al deze landen hebben het HAV geratificeerd, namelijk de Verenigde Staten (sinds 1 april 2008), China (sinds 1 januari 2006) Hongarije (sinds 1 augustus 2005), Bulgarije (sinds 1 september 2002), Slowakije (sinds 1 oktober 2001), Polen (1 oktober 1995) en Portugal (1 juli 2004). Bovendien zijn al deze landen lidstaten bij de Haags Conferentie voor het Internationaal Privaatrecht, hetgeen betekent dat hun ondertekening en ratificatie op grond van artikel 43 HAV heeft plaatsgevonden. Hiermee heeft Nederland geen enkele mogelijkheid om de werking van het HAV ten aanzien van deze specifieke landen op te schorten. Nederland heeft deze mogelijkheid slechts ten aanzien van ratificaties door *niet-lidstaten* bij de Haags Conferentie (op dit moment heeft Nederland van deze mogelijkheid gebruik gemaakt ten opzichte van adopties uit Cambodja en Guatemala. Op 29 augustus 2007 heeft Nederland de bezwaren ten opzichte van Mali, Belize en het Dominicaanse Republiek ingetrokken).

De bezwaren die door het RSJ worden gesignaleerd kunnen mijns inziens goed in het kader van het Verdrag worden opgelost, door middel van artikel 33 en 42 HAV. Hiermee kan de Nederlandse Centrale Autoriteit de constatering van eventuele niet-naleving van het Verdrag doorgeven aan het Permanent Bureau van de Haags Conferentie. Deze informatie kan vervolgens worden besproken tijdens de Bijzondere Commissie die periodiek door de Secretaris-Generaal van de Haagse Conferentie bijeen wordt geroepen.

Het voorstel van het RSJ om interlandelijk adoptie vervolgens af te schaffen, zal alleen maar betekenen dat er minder controle zal zijn op processen in het buitenland. Omdat Nederland aangesloten is bij het Haags Adoptie Verdrag, kunnen wij controle uitoefenen op de autoriteiten met wie er in het buitenland wordt samengewerkt en bestaan er kanalen om verschillende inzichten met elkaar te delen en tot samenwerking te komen.

Conclusie

Ieder kind heeft recht op een gezin, waarbij iedere permanente gezinssituatie de voorkeur moet genieten over een tijdelijke plaatsing, ongeacht waar het permanente gezin zich ter wereld bevindt. Het voorstel van het RSJ om het HAV op te zeggen en interlandelijk adoptie te verbieden doet mijns inziens geen enkel recht aan de individuele belangen van duizenden kinderen ter wereld die behoefte hebben aan een permanente plaatsing. Het voorstel van het RSJ is mijns inziens niets meer dan het kind met het badwater weggoien.

Dr. mr. Ian Sumner