

# Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger

ÉTABLI PAR J. H. A. VAN LOON

Document préliminaire No 1 d'avril 1990

## Table du Rapport

I	INTRODUCTION (Nos 1 à 25)	14
A	Historique du projet (Nos 1 à 4)	14
B	Nature et portée du projet (Nos 5 à 9)	16
C	Activités parallèles d'autres organisations internationales et coopération avec celles-ci (Nos 10 à 25)	18
1	Organisations intergouvernementales (Nos 11 à 19)	18
a	Organisation des Nations Unies (Nos 11 à 15)	18
b	Unidroit (No 16)	20
c	Conseil de l'Europe (No 17)	20
d	Organisation des Etats américains; l'Institut interaméricain de l'enfant (No 18)	20
e	Autres organisations (No 19)	20
2	Organisations internationales non gouvernementales (Nos 20 à 25)	20
a	Service social international (SSI) (No 20)	20
b	Défense des Enfants - International (DEI) (No 21)	22
c	Conseil international de l'action sociale (CIAS) (No 22)	22
d	Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille (AIMJF) (No 23)	22
e	Association de droit international (ILA) (No 24)	22
f	Association internationale du barreau (IBA) (No 25)	22
II	LA RÉALITÉ SOCIALE DE L'ADOPTION À TRAVERS LE MONDE (Nos 26 à 48)	22
A	Universalité culturelle de l'adoption; l'exception islamique (Nos 26 à 30)	22
1	Universalité culturelle (Nos 26 à 29)	22
2	L'exception islamique (No 30)	24
B	Evolution de l'adoption en tant qu'institution sociale - historique (Nos 31 à 33)	26
C	L'adoption dans les sociétés industrialisées (Nos 34 à 44)	28
1	Aspects sociaux (Nos 34 et 35)	28
2	Aspects psychologiques (Nos 36 et 37)	28

3	L'adoption indépendante et l'adoption par l'intermédiaire d'une institution (No 38)	30
4	Adoptions transculturelles et interethniques (Nos 39 à 42)	30
5	Substituts de l'adoption (Nos 43 et 44)	32
a	Placement dans des familles nourricières (Nos 43 et 43A)	32
b	La reproduction artificielle (No 44)	32
D	L'adoption dans les sociétés en développement et en transition (Nos 45 à 48)	34
III	L'ADOPTION TRANSNATIONALE - ÉVOLUTION, PRATIQUES, ABUS ET ALTERNATIVES (Nos 49 à 87)	36
A	Vue d'ensemble historique (Nos 49 à 56)	36
B	L'abandon comme cause principale de l'enfance sans foyer (Nos 57 à 60)	40
1	Abandon et pauvreté (No 57)	40
2	L'institutionnalisation (No 58)	40
3	Enfants dans la rue; enfants de la rue (No 59)	42
page	4	42
4	Enfants réfugiés (No 60)	42
C	Adoptions indépendantes ou par intermédiaire (Nos 61 à 69)	42
1	Du point de vue du pays d'accueil (Nos 62 à 64)	42
a	Adoptions indépendantes (No 62)	42
b	Adoptions par intermédiaire (Nos 63 et 64)	44
2	Du point de vue du pays d'origine (Nos 65 à 69)	44
a	Adoptions indépendantes (No 65)	44
b	Adoptions par intermédiaire (Nos 66 à 69)	44
D	Adaptation des enfants adoptés d'origine étrangère (Nos 70 à 77)	46
1	Le défi particulier auquel on doit faire face (Nos 70 et 71)	46
2	Résultats positifs de la recherche (No 72)	46
3	Présence d'un certain risque d'inadaptation par la suite (No 73)	46
4	La nécessité d'une information et d'une préparation (No 74)	48
5	Formation de l'identité (No 75)	48
6	Le secret contre la franchise (Nos 76 et 77)	48
E	Les abus en matière d'adoption d'enfants provenant de l'étranger: le trafic d'enfants à l'échelle internationale (Nos 78 à 85)	50
1	Le problème de la recherche des faits (No 78)	50
2	Caractéristiques générales du trafic portant sur les enfants (No 79)	50
a	But	50
b	Enfants concernés	50
c	Méthodes employées pour se procurer des enfants	50
d	Organisation du trafic	50
e	Le départ du pays	52
f	Le prix de l'enfant et les bénéficiaires	52
3	Rumeurs sur le commerce de foetus et d'organes (No 80)	52
4	La question du profit (No 81)	52
5	Comment obtenir la restitution de l'enfant? (No 82)	52
6	Mesures législatives préventives à l'échelon national (No 83)	54
7	Normes et recommandations internationales (Nos 84 et 85)	54

---

## Report on intercountry adoption

DRAWN UP BY J. H. A. VAN LOON

*Preliminary Document No 1 of April 1990*

---

### Contents of the Report

I	INTRODUCTION (Nos 1-25)	15
A	<i>History of the project</i> (Nos 1-4)	15
B	<i>Nature and scope of the project</i> (Nos 5-9)	17
C	<i>Parallel activities of and co-operation with other international organizations</i> (Nos 10-25)	19
1	<i>Intergovernmental organizations</i> (Nos 11-19)	19
a	<i>United Nations</i> (Nos 11-15)	19
b	<i>Unidroit</i> (No 16)	21
c	<i>Council of Europe</i> (No 17)	21
d	<i>Organization of American States; the Inter-American Children's Institute</i> (No 18)	21
e	<i>Others</i> (No 19)	21
2	<i>International non-governmental organizations</i> (Nos 20-25)	21
a	<i>International Social Service (ISS)</i> (No 20)	21
b	<i>Defence for Children International (DCI)</i> (No 21)	23
c	<i>International Council on Social Welfare (ICSW)</i> (No 22)	23
d	<i>International Association of Juvenile and Family Court Magistrates</i> (No 23)	23
e	<i>International Law Association (ILA)</i> (No 24)	23
f	<i>International Bar Association (IBA)</i> (No 25)	23
II	THE SOCIAL REALITY OF ADOPTION ACROSS THE WORLD (Nos 26-48)	23
A	<i>Cultural universality of adoption; the Islamic exception</i> (Nos 26-30)	23
1	<i>Cultural universality</i> (Nos 26-29)	23
2	<i>The Islamic exception</i> (No 30)	25
B	<i>Evolution of adoption as a social institution – historical overview</i> (Nos 31-33)	27
C	<i>Adoption in industrialized societies</i> (Nos 34-44)	29
1	<i>Social aspects</i> (Nos 34 and 35)	29
2	<i>Psychological aspects</i> (Nos 36 and 37)	29

3	<i>Independent adoption and agency adoption</i> (No 38)	31
4	<i>Transcultural and interethnic adoptions</i> (Nos 39-42)	31
5	<i>Alternatives to adoption</i> (Nos 43 and 44)	33
a	<i>Alternative child care</i> (Nos 43 and 43A)	33
b	<i>Alternative reproduction</i> (No 44)	33
D	<i>Adoption in developing societies and societies in transition</i> (Nos 45-48)	35
III	INTERCOUNTRY ADOPTION: EVOLUTION, PRACTICES, ABUSES AND ALTERNATIVES (Nos 49-87)	37
A	<i>Historical overview</i> (Nos 49-56)	37
B	<i>Abandonment as a main cause of children being homeless</i> (Nos 57-60)	41
1	<i>Abandonment and poverty</i> (No 57)	41
2	<i>Institutionalization</i> (No 58)	41
3	<i>Children on the street and children of the street</i> (No 59)	43
4	<i>Refugee children</i> (No 60)	43
C	<i>Independent and agency adoptions</i> (Nos 61-69)	43
1	<i>From the perspective of the receiving country</i> (Nos 62-64)	43
a	<i>Independent adoptions</i> (No 62)	43
b	<i>Agency adoptions</i> (Nos 63 and 64)	45
2	<i>From the perspective of the country of origin</i> (Nos 65-69)	45
a	<i>Independent adoptions</i> (No 65)	45
b	<i>Agency adoptions</i> (Nos 66-69)	45
D	<i>Adjustment of international adoptees</i> (Nos 70-77)	47
1	<i>A special challenge</i> (Nos 70 and 71)	47
2	<i>Positive research outcomes</i> (No 72)	47
3	<i>A certain risk of maladjustment at later age</i> (No 73)	47
4	<i>The need for information and preparation</i> (No 74)	49
5	<i>Identity building</i> (No 75)	49
6	<i>Confidentiality v. openness</i> (Nos 76 and 77)	49
E	<i>Abuses of intercountry adoption: international child trafficking</i> (Nos 78-85)	51
1	<i>The problem of fact-finding</i> (No 78)	51
2	<i>General features of child trafficking</i> (No 79)	51
a	<i>Purpose</i>	51
b	<i>Children concerned</i>	51
c	<i>Methods for obtaining children</i>	51
d	<i>Organization of the trafficking</i>	51
e	<i>Leaving the country</i>	53
f	<i>The price of the child, and the profiteers</i>	53
3	<i>Rumours on trade in fetuses and organs of children</i> (No 80)	53
4	<i>The question of profit making</i> (No 81)	53
5	<i>Obtaining the return of the child</i> (No 82)	53
6	<i>Preventive legal action at the national level</i> (No 83)	55
7	<i>International norms and recommendations</i> (Nos 84 and 85)	55

F	<i>Autres possibilités; caractère subsidiaire de l'adoption transnationale</i> (Nos 86 et 87)	54	a	<i>La Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption</i> (Nos 157 à 161)	84
1	<i>Adoption et placement familial dans le pays même</i>	54	b	<i>La Convention interaméricaine</i> (Nos 162 et 163)	86
2	<i>Programmes de parrainage</i>	54	B	<i>Conventions unifiant le droit matériel et la procédure</i> (Nos 163A à 165)	88
IV	L'ADOPTION INTERNE ET L'ADOPTION TRANSNATIONALE EN DROIT COMPARÉ (Nos 88 à 149)	56	1	<i>La Convention européenne sur l'adoption</i> (No 163A)	88
A	<i>Introduction</i> (No 88)	56	2	<i>Accords bilatéraux</i> (Nos 164 et 165)	88
B	<i>Droit privé interne</i> (Nos 89 à 114)	56	C	<i>La Déclaration et la Convention des Nations Unies</i> (Nos 166 à 168)	90
1	<i>Nature juridique</i> (Nos 89 à 94)	56	VI	VERS UNE CONVENTION PRÉVOYANT UNE COOPÉRATION INTERNATIONALE POUR PROTÉGER LES ENFANTS ADOPTÉS À L'ÉTRANGER (Nos 169 à 188)	92
a	<i>Evolution vers l'adoption plénière et rôle des tribunaux</i> (Nos 89 à 92)	56	A	<i>Objectifs d'une nouvelle convention</i> (Nos 169 à 172)	92
b	<i>L'adoption comme mesure de protection de l'enfant; période probatoire</i> (Nos 93 et 94)	58	B	<i>Autorités centrales</i> (Nos 173 à 179)	94
2	<i>Conditions de l'adoption: (1) qui peut adopter qui?</i> (Nos 95 à 99)	58	1	<i>Le système des Autorités centrales</i> (No 173)	94
a	<i>Age</i> (Nos 95 à 97)	58	2	<i>Pouvoirs et obligations des Autorités centrales</i> (Nos 174 à 176)	96
b	<i>Autres restrictions concernant l'enfant</i> (No 98)	58	a	<i>A l'échelon national</i> (No 174)	96
c	<i>Autres restrictions concernant les adoptants</i> (No 99)	58	b	<i>A l'échelon international</i> (Nos 175 et 176)	96
3	<i>Conditions de l'adoption: (2) consentement et consultations</i> (Nos 100 à 102)	58	3	<i>L'agrément des intermédiaires</i> (No 177)	96
4	<i>Effets de l'adoption</i> (Nos 103 à 109)	60	4	<i>La réduction des adoptions indépendantes</i> (No 178)	96
a	<i>Introduction</i> (Nos 103 et 104)	60	5	<i>Comment réduire les problèmes de compétence et de reconnaissance: par une seule décision d'adoption dans le pays d'accueil?</i> (No 179)	96
b	<i>Adoption plénière</i> (No 105)	60	C	<i>Comment réduire les problèmes de conflits de lois – par la définition de critères devant être satisfaits par les parents biologiques, l'enfant et les parents adoptifs</i> (No 180)	98
c	<i>Adoption simple</i> (No 106)	60	D	<i>Reconnaissance des jugements d'adoption et des décisions préliminaires</i> (No 181)	98
d	<i>Confidentialité et droit d'accès</i> (Nos 107 à 109)	62	E	<i>Intégration juridique totale dans la famille adoptive</i> (No 182)	98
5	<i>Révocabilité</i> (Nos 110 à 113)	62	F	<i>... dans le plein respect de l'identité culturelle de l'enfant</i> (No 183)	98
6	<i>Le contexte international de plus en plus net du droit interne de l'adoption</i> (No 114)	64	G	<i>Faut-il prévoir une règle sur la nationalité de l'enfant?</i> (No 184)	98
C	<i>Droit international privé</i> (Nos 115 à 131)	64	H	<i>Catégories spéciales d'enfants et d'adoptions à l'étranger</i> (No 185)	98
1	<i>Création du lien adoptif</i> (Nos 116 à 126)	64	I	<i>Elargissement de la Convention à d'autres formes de placement à l'étranger?</i> (No 186)	100
a	<i>Introduction</i> (No 116)	64	J	<i>La restitution des enfants enlevés ou vendus à l'étranger?</i> (No 187)	100
b	<i>Compétence internationale</i> (Nos 117 à 120)	64	K	<i>Conclusion</i> (No 188)	100
c	<i>La loi applicable</i> (Nos 121 à 126)	66			
2	<i>Reconnaissance des adoptions étrangères</i> (Nos 127 à 131)	70			
D	<i>Dispositions spéciales, lois en matière d'immigration et de nationalité</i> (Nos 132 à 149)	74			
1	<i>Dispositions contraignantes spéciales relatives à l'adoption à l'étranger</i> (Nos 132 à 141)	74			
a	<i>Pays d'origine</i> (Nos 133 à 136)	74			
b	<i>Pays d'accueil</i> (Nos 137 à 140)	76			
c	<i>Un nouveau système: les adoptions traitées entre intermédiaires</i> (No 141)	78			
2	<i>Lois en matière d'immigration</i> (Nos 141A à 145)	78			
3	<i>Lois en matière de nationalité</i> (Nos 146 à 149)	80			
V	INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX EXISTANT EN MATIÈRE DE PROTECTION DES ENFANTS ADOPTÉS À L'ÉTRANGER (Nos 150 à 168)	82			
A	<i>Conventions de droit international privé</i> (Nos 151 à 163)	82			
1	<i>Conventions ne portant pas spécifiquement sur l'adoption d'enfants</i> (Nos 151 à 156)	82			
a	<i>Les premières conventions interaméricaines de droit international privé</i> (Nos 151 à 153)	82			
b	<i>La Convention nordique de 1931</i> (No 154)	82			
c	<i>Conventions bilatérales</i> (Nos 155 et 156)	82			
2	<i>Conventions relatives à l'adoption d'enfants</i> (Nos 157 à 163)	84			

F	<i>Alternatives; subsidiary character of inter-country adoption</i> (Nos 86 and 87)	55	a	<i>The Hague Adoption Convention of 1965</i> (Nos 157-161)	85
1	<i>Intercountry adoption and foster care</i>	55	b	<i>The Inter-American Convention</i> (Nos 162 and 163)	87
2	<i>Sponsorship programmes</i>	55	B	<i>Conventions unifying substantive law and procedure</i> (Nos 163A-165)	89
IV	INTERNAL AND INTERCOUNTRY ADOPTION IN COMPARATIVE LAW (Nos 88-149)	57	1	<i>The European Adoption Convention</i> (No 163A)	89
A	<i>Introduction</i> (No 88)	57	2	<i>Bilateral agreements</i> (Nos 164 and 165)	89
B	<i>Private internal law</i> (Nos 89-114)	57	C	<i>The UN Declaration and the UN Convention</i> (Nos 166-168)	91
1	<i>Legal nature</i> (Nos 89-94)	57	VI	TOWARDS A CONVENTION ON INTERNATIONAL CO-OPERATION FOR THE PROTECTION OF CHILDREN IN CONNECTION WITH INTERCOUNTRY ADOPTION (Nos 169-188)	93
a	<i>Trend towards full adoption and court involvement</i> (Nos 89-92)	57	A	<i>Objectives of a new convention</i> (Nos 169-172)	93
b	<i>Adoption as a protective measure for children; probationary period</i> (Nos 93 and 94)	59	B	<i>Central Authorities</i> (Nos 173-179)	95
2	<i>Conditions for adoption: (1) who may adopt whom?</i> (Nos 95-99)	59	1	<i>The system of Central Authorities</i> (No 173)	95
a	<i>Age</i> (Nos 95-97)	59	2	<i>Duties and powers of the Central Authorities</i> (Nos 174-176)	97
b	<i>Other limitations concerning the child</i> (No 98)	59	a	<i>At a national level</i> (No 174)	97
c	<i>Other limitations concerning the adopters</i> (No 99)	59	b	<i>At the international level</i> (Nos 175 and 176)	97
3	<i>Conditions for adoption: (2) consent and consultations</i> (Nos 100-102)	59	3	<i>Licensing of agencies</i> (No 177)	97
4	<i>Effects of adoption</i> (Nos 103-109)	61	4	<i>Reducing independent adoptions</i> (No 178)	97
a	<i>Introduction</i> (Nos 103 and 104)	61	5	<i>Reducing jurisdiction and recognition problems: a single adoption decision in the receiving country?</i> (No 179)	97
b	<i>Full adoption</i> (No 105)	61	C	<i>Reducing conflict of laws problems – defining criteria concerning the biological parents, the child and the adoptive parents</i> (No 180)	99
c	<i>Simple adoption</i> (No 106)	61	D	<i>Recognition of adoption decrees and preliminary decisions</i> (No 181)	99
d	<i>Confidentiality and access</i> (Nos 107-109)	63	E	<i>Full legal integration into the adoptive family ...</i> (No 182)	99
5	<i>Revocability</i> (Nos 110-113)	63	F	<i>... with full respect for the child's cultural identity</i> (No 183)	99
6	<i>Growing international context of internal adoption law</i> (No 114)	65	G	<i>A rule on nationality of the child?</i> (No 184)	99
C	<i>Private international law</i> (Nos 115-131)	65	H	<i>Special categories of children and of inter-country adoption</i> (No 185)	99
1	<i>Creation of the adoptive relationship</i> (Nos 116-126)	65	I	<i>Extension of the Convention to other forms of placement abroad?</i> (No 186)	101
a	<i>Introduction</i> (No 116)	65	J	<i>Returning children who are abducted or sold abroad?</i> (No 187)	101
b	<i>International jurisdiction</i> (Nos 117-120)	65	K	<i>Conclusion</i> (No 188)	101
c	<i>Applicable law</i> (Nos 121-126)	67			
2	<i>Recognition of foreign adoptions</i> (Nos 127-131)	71			
D	<i>Special provisions, immigration laws, nationality laws</i> (Nos 132-149)	75			
1	<i>Special mandatory provisions for intercountry adoption</i> (Nos 132-141)	75			
a	<i>Countries of origin</i> (Nos 133-136)	75			
b	<i>Receiving countries</i> (Nos 137-140)	77			
c	<i>An emerging pattern: agency to agency adoptions</i> (No 141)	79			
2	<i>Immigration laws</i> (Nos 141A-145)	79			
3	<i>Nationality laws</i> (Nos 146-149)	81			
V	EXISTING INTERNATIONAL LEGAL INSTRUMENTS FOR THE PROTECTION OF CHILDREN IN CONNECTION WITH INTERCOUNTRY ADOPTION (Nos 150-168)	83			
A	<i>Private international law conventions</i> (Nos 151-163)	83			
1	<i>Conventions not specifically dealing with adoption of children</i> (Nos 151-156)	83			
a	<i>The early Inter-American conventions on private international law</i> (Nos 151-153)	83			
b	<i>The Nordic Convention of 1931</i> (No 154)	83			
c	<i>Bilateral conventions</i> (Nos 155 and 156)	83			
2	<i>Conventions concerning the adoption of children</i> (Nos 157-163)	85			

- ANNEXE A\* – «Road to Foreign Adoptions Gets Rockier», *The Christian Science Monitor*, 28 février 1990 (p. 13),
- ANNEXE B\* – «Exploitation of Working Children and Street Children», UNICEF, Executive Board, 1986 Session, E/ICEF/1986/CRP.3, p. 13-16.
- ANNEXE C – Tableau synoptique des lois matérielles en matière d'adoption d'enfants, *infra*, p. 102.
- ANNEXE D\* – Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d'adoption de mineurs, *Série sur les Traités*, OEA, No 62.
- ANNEXE E\* – Convention européenne en matière d'adoption des enfants, *Série des traités européens*, No 58.
- ANNEXE F – Working Arrangement Between the Philippine Ministry of Social Services and Development and the Australian States and Territories Adoption Authorities on Inter-country Adoption, *infra*, p. 114.
- ANNEXE G – Memorandum of Understanding Between the Government of the Republic of El Salvador and the Government of Canada in Respect to an Adoption Program for Children, *infra*, p. 116.
- ANNEXE H\* – Déclaration des Nations Unies sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, Nations Unies, Assemblée générale, A/RES/41/85, 6 février 1987
- ANNEXE I\* – Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, *Journal du droit international*, 1991, Vol. 118, p. 189.
- ANNEXE J\* – Guidelines on procedures for intercountry adoption, International Social Service, General Secretariat Genève, avril 1992, 36 p.
- ANNEXE K – Conclusions et Recommandations du premier séminaire régional sur les méthodes de formation des familles adoptives, organisé conjointement par l'Institut interaméricain de l'enfant et le Bureau International Catholique de l'Enfance, Montevideo, Uruguay, 26 juin au 1er juillet 1989 (extrait: 3. Adoptions internationales), *infra*, p. 118.

[\* Les Annexes A, B, D, E, H, I et J ne sont pas reproduites dans ce tome; les textes de ces Annexes ayant été publiés dans des ouvrages ou revues de diffusion générale.]

## I INTRODUCTION

### A Historique du projet

1 A sa Seizième session, tenue à La Haye du 3 au 20 octobre 1988, la Conférence de La Haye de droit international privé a décidé

«d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Dix-septième session l'élaboration d'une convention sur l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger» et a chargé le Secrétaire général «d'entreprendre les travaux préliminaires et de convoquer une Commission spéciale à cet effet».

La Seizième session a précisé qu'elle estimait

«indispensable la présence au sein de cette Commission spéciale des Etats non membres d'où proviennent beaucoup de ces enfants» et a prié «le Secrétaire général de faire de son mieux pour obtenir leur participation aux travaux à titre de Membre ad hoc»<sup>1</sup>.

2 Un lien étroit était ainsi établi entre la décision d'inscrire le sujet de l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger à l'ordre du jour de la Conférence et celle d'ouvrir la Conférence aux pays non membres intéressés, notamment aux pays d'origine des enfants adoptés à l'étranger. Le principe d'une participation aux travaux de la Conférence d'Etats non membres, accepté par la Quatorzième session (1980)<sup>2</sup>, était ainsi mis en oeuvre pour la première fois dans le domaine du droit de la famille.

La raison pour laquelle il a paru indispensable d'ouvrir aux Etats non membres les discussions de la première réunion de la Commission spéciale, ainsi que les négociations ultérieures et l'élaboration de la Convention, est que les délégués présents à la Seizième session ressentaient nettement le besoin pratique d'un instrument international qui ne soit pas, ou pas seulement, une convention de type traditionnel unifiant des règles de droit international privé, mais qui définisse certains principes de fond et établisse un cadre juridique pour la coopération entre les autorités des pays d'origine des enfants et des pays adoptants, propre à assurer la protection effective desdits enfants. De toute évidence, il fallait pour cela inviter tous les pays intéressés à participer aux travaux dès leur commencement, sur un pied d'égalité avec les Etats membres.

3 La question avait été soulevée en premier lieu par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye dans une note soumise à l'attention de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence<sup>3</sup>, et le Gouvernement de l'Italie en avait formellement saisi ladite Commission spéciale<sup>4</sup>. La proposition suscita un grand intérêt parmi les experts, qui s'accordèrent à reconnaître que l'adoption internationale pose actuellement de très graves problèmes, distincts en nature ou en degré de ceux qui existaient lorsque, en 1964, la Conférence de La Haye, à sa Dixième session, adopta la *Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption*, signée à La Haye le 15 novembre 1965 – et appelée ci-après la

<sup>1</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, Seizième session, *Acte final* (La Haye, 20 octobre 1988), sous B 1.

<sup>2</sup> Acte final de la Quatorzième session, D 1. Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, tome I, p. I-63.

<sup>3</sup> H. van Loon, *Note sur l'opportunité de préparer une nouvelle convention sur une coopération internationale en matière d'adoption interétatique*, Document préliminaire No 9, décembre 1987, établi à l'intention de la Commission spéciale de janvier 1988.

<sup>4</sup> Document préliminaire No 13, janvier 1988, établi à l'intention de la Commission spéciale de janvier 1988.

- ANNEX A\* – ‘Road to Foreign Adoptions Gets Rockier’, *The Christian Science Monitor*, 28 February 1990 (p. 13).
- ANNEX B\* – ‘Exploitation of Working Children and Street Children’, UNICEF, Executive Board, 1986 Session, E/ICEF/1986/CRP.3, pp. 13-16.
- ANNEX C – Overview of substantive laws relating to the adoption of children, *infra*, p. 103.
- ANNEX D\* – Inter-American Convention on Conflict of Laws Concerning the Adoption of Minors, OAS, *Treaty Series*, No 62; *International Legal Materials*, Vol. 24, 1985, p. 460.
- ANNEX E\* – European Convention on the Adoption of Children, *European Treaty Series*, No 58.
- ANNEX F – Working Arrangement Between the Philippine Ministry of Social Services and Development and the Australian States and Territories Adoption Authorities on Inter-country Adoption, *infra*, p. 114.
- ANNEX G – Memorandum of Understanding Between the Government of the Republic of El Salvador and the Government of Canada in Respect to an Adoption Program for Children, *infra*, p. 116.
- ANNEX H\* – Declaration of the United Nations on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally, United Nations, General Assembly, A/RES/41/85, 6 February 1987.
- ANNEX I\* – Convention of the United Nations on the Rights of the Child, *International Legal Materials*, Vol. 28, 1989, p. 1448.
- ANNEX J\* – Guidelines on procedures for intercountry adoption, International Social Service, General Secretariat Geneva, April 1992, 36 p.
- ANNEX K – Conclusions and Recommendations of the First Regional Seminar on the Procedures to Train Adoptive Families organized jointly by the Inter-American Children’s Institute and the International Catholic Child Bureau, Montevideo, Uruguay, 26 June-1 July 1989 (extract: 3. With regard to international adoption), *infra*, p. 119.

[\* Annexes A, B, D, E, H, I, and J are not reproduced in this volume, having been published in works of general distribution.]

## 1 INTRODUCTION

### A History of the project

1 The Sixteenth Session of the Hague Conference on private international law which met at The Hague from 3-20 October 1988 decided –

‘to include in the Agenda for the Seventeenth Session the preparation of a convention on adoption of children coming from abroad’ and instructed the Secretary General ‘to undertake the preliminary work and to convene a Special Commission for this purpose’.

The Sixteenth Session added to its Decision that it considered –

‘to be indispensable the participation in this Special Commission of non-Member States from which many of these children come’ and requested ‘that the Secretary General make his best efforts to obtain their participation in this work as ad hoc Members’.<sup>1</sup>

2 The decision to include the subject of intercountry adoption in the Agenda of the Conference was thus closely linked to the decision to open the Conference for non-Member Countries having an interest in the subject, especially countries of origin of children adopted abroad. The principle that non-Member States may participate in the work of the Conference had been accepted by the Fourteenth Session (1980),<sup>2</sup> but this was the first time that this principle had been implemented in respect of a family law topic.

It was felt indispensable to open the discussions of the first Special Commission meeting and also the subsequent negotiations and the drafting of the Convention to non-Member States because in the view of the delegates present at the Sixteenth Session there was a clear practical need for a multilateral instrument which would not, or not only, be a traditional convention unifying private international law rules, but one which would define certain substantive principles and establish a legal framework for co-operation between authorities in countries of origin of children and receiving countries, in order to protect those children effectively. Obviously this necessitated inviting all interested countries to participate from the beginning in this project on an equal footing with Member States.

3 The topic had first been brought up by the Permanent Bureau of the Hague Conference in a note for the attention of the Special Commission of January 1988 on general affairs and policy of the Conference<sup>3</sup> and it had been formally proposed to this Special Commission by the Government of Italy.<sup>4</sup> It attracted great interest among the experts, who agreed that international adoption was posing at present very serious problems of a kind or degree different from those existing when, in 1964, the Tenth Session of the Hague Conference drafted the *Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions*, first signed at The Hague on 15 November 1965 – hereinafter referred to as the 1965 Hague Adoption Convention (see *infra*, in particular Nos 157-161) – in particular be-

<sup>1</sup> Hague Conference on private international law, Sixteenth Session, *Final Act* (The Hague, 20 October 1988), under B 1.

<sup>2</sup> Final Act of the Fourteenth Session under D 1, Hague Conference on private international law, *Actes et documents de la Quatorzième session*, Tome I, page I-63.

<sup>3</sup> H. van Loon, *Note on the Desirability of Preparing a Convention on International Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, Preliminary Document No 9, December 1987 for the attention of the Special Commission of January 1988.

<sup>4</sup> Preliminary Document No 13, January 1988, for the attention of the Special Commission of January 1988.

Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption (voir plus loin, notamment Nos 157-161), en particulier parce que de très nombreux enfants de pays en voie de développement économique sont aujourd'hui placés, aux fins d'adoption, dans des familles de pays industrialisés.

La Commission spéciale recommanda de laisser la question inscrite à l'ordre du jour et invita le Secrétaire général à obtenir, de la part des pays d'origine qui n'étaient pas alors Membres de la Conférence, l'assurance qu'ils seraient disposés à coopérer avec celle-ci, et à faire rapport à la Seizième session<sup>5</sup>. Immédiatement après la réunion de la Commission spéciale, le Secrétaire général et le Bureau Permanent entreprirent une action sur trois plans différents et établirent pour ce faire des contacts avec

– d'autres organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales, en vue de coordonner les travaux internationaux sur l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger;

– de hautes personnalités officielles des pays d'où proviennent les enfants et qui n'étaient pas à l'époque Membres de la Conférence de La Haye, afin de déterminer si leur gouvernement serait éventuellement intéressé à coopérer avec la Conférence, et

– des oeuvres et des personnes privées exerçant une activité dans le domaine de la protection internationale de l'enfance et de l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger, ainsi que des chercheurs s'intéressant à la question, en vue de nouer des rapports de coordination, d'information et de soutien informel pour assister les travaux futurs de la Conférence sur le sujet de l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger.

La réaction initiale des représentants de nombreux Etats non membres fut positive et confirma que nombre de ces pays accepteraient l'invitation formelle de la Conférence de La Haye à participer à la négociation d'une nouvelle convention sur l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger. Il apparut d'autre part que d'autres organisations internationales s'intéressant à la question étaient disposées à coopérer avec la Conférence de La Haye (voir C ci-après)<sup>6</sup>.

La Première commission de la Seizième session examina la question à sa séance du 10 octobre 1988. Toutes les délégations et les organisations internationales qui avaient envoyé des observateurs s'exprimèrent en faveur du projet et, ainsi qu'il ressort de l'Acte final précité, No 1, la décision de l'inscrire à l'ordre du jour de la Conférence fut prise sans nouveau débat le 19 octobre 1988<sup>7</sup>.

4 Les raisons qui ont amené à décider d'inscrire en priorité la question à l'ordre du jour étaient essentiellement celles qu'exposait la note du Bureau Permanent et qui peuvent être résumées comme suit:

(i) L'augmentation spectaculaire du nombre des adoptions internationales intervenues dans de nombreux pays depuis la fin des années soixante, à tel point que l'adoption transnationale était désormais un phénomène mondial caractérisé par la migration d'enfants sur de grandes distances géographiques et d'une société ou culture particulière à un autre environnement très différent;

(ii) l'existence de problèmes humains sérieux et complexes, qui pour une part sont déjà connus mais que ces nouveaux phénomènes ont pour effet d'aggraver, et pour une autre part sont nouveaux et présentent notamment des aspects juridiques nombreux et délicats; et

(iii) l'insuffisance des instruments juridiques nationaux et internationaux et la nécessité d'une approche multilatérale.

## B Nature et portée du projet

5 En définissant le projet par les termes «élaboration d'une convention sur l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger», la Seizième session a montré qu'elle entendait axer les travaux sur ce qui constituait selon elle les problèmes les plus pressants de l'adoption internationale, à savoir ceux qui sont d'emblée internationaux parce qu'ils concernent un enfant vivant dans un pays et un ou des futurs parents adoptifs habitant dans un autre, et le transfert de l'enfant dans ce dernier pays pour y vivre avec ses futurs parents adoptifs. En conséquence, le présent Rapport portera essentiellement sur ces adoptions et laissera de côté – ou n'abordera qu'à titre exceptionnel – la question de l'adoption des adultes, ou des adoptions qui, nationales à l'origine, n'acquiescent un aspect international que par la suite, ou encore de celles qui ne sont internationales qu'en raison de la nationalité étrangère de l'enfant ou des parents adoptifs.

Les adoptions internationales envisagées à la Seizième session concernent non seulement l'enfant, sa famille biologique et les adoptants, ainsi que les intermédiaires privés, mais aussi les autorités des pays intéressés – normalement celui où l'enfant se trouvait immédiatement avant l'adoption et celui qui le reçoit – lesquelles peuvent intervenir et interviennent effectivement à des titres divers et à différentes phases du processus. Il en résulte des problèmes de coordination, aussi bien dans chaque pays pris séparément qu'entre les divers pays. Ces problèmes portent notamment sur des aspects généralement considérés comme relevant du droit international privé – la compétence internationale des tribunaux ou d'autres autorités, la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères – mais vont bien au-delà et comprennent aussi la nécessité de coordonner les législations et les pratiques relatives à la protection sociale, aux migrations et à la nationalité.

6 Les délégués ont aussi reconnu que jusque-là les tentatives unilatérales d'affronter un phénomène qui, par sa nature même, revêt aujourd'hui un caractère très international, font fréquemment fausse route ou risquent d'être aisément détournées de leur objet. Le Délégué de l'Italie a signalé par exemple que les modifications les plus récentes de la loi italienne (1983) avaient été critiquées par les pays d'Amérique latine pour ne pas avoir tenu suffisamment compte de leur position. Le Délégué de l'Australie a évoqué le problème de couples qui, n'étant pas en mesure de satisfaire aux critères imposés pour l'adoption en Australie, établissaient une «résidence fictive» dans un autre pays pour y effectuer l'adoption. On a également souligné que les traités bilatéraux ou multilatéraux de droit international privé, telle que la *Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d'adoption de mineurs*, signée à La Paz le 24 mai 1984 ou la Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption, n'étaient pas des instruments efficaces à cet égard,

<sup>5</sup> Conclusions de la Commission spéciale de janvier 1988 sur les affaires générales et la politique de la Conférence. Document préliminaire No 14, avril 1988, établi à l'intention de la Seizième session.

<sup>6</sup> Rapport du Secrétaire général sur la question de l'adoption interétatique d'enfants. Document préliminaire No 17 de septembre 1988 établi à l'intention de la Seizième session.

<sup>7</sup> Procès-verbal de la Session plénière, No 2, publié dans les Actes et documents de la Seizième session, tome 1.

cause today substantial numbers of children from economically developing countries are being placed for adoption with families in industrialized countries.

The Special Commission recommended that this topic be retained and invited the Secretary General to obtain assurances on the part of countries of origin which were not at that time Members of the Conference that they would be willing to co-operate with the Conference, and to report back to the Sixteenth Session.<sup>5</sup> Immediately after the Special Commission meeting, the Secretary General and the Permanent Bureau started developing a number of activities on three levels and in this connection contacts were established with

- other intergovernmental, as well as with non-governmental international organizations, with a view to co-ordinating international work on intercountry adoption;
- high ranking officials of countries of origin of children which were not at that time Members of the Hague Conference, in order to determine their Government's possible interest in participating in the Conference's work, and
- private organizations and individuals active in the field of international child protection and intercountry adoption, as well as scholars interested in the field, with a view to establishing channels for informal co-ordination, information and support for any future work by the Conference on the topic of intercountry adoption.

The initial reaction from the representatives of many non-Member Countries was positive and justified the thought that many of these countries would accept a formal invitation on the part of the Hague Conference to participate in the negotiation of a new convention on intercountry adoption. Moreover, it appeared that other international organizations interested in the subject were willing to co-operate with the Hague Conference (see *infra* C).<sup>6</sup>

The First Commission of the Sixteenth Session discussed the subject in its meeting of 10 October 1988. All delegations and observing international organizations spoke in favour of the project and the decision for its inclusion in the Agenda of the Conference, as it appears in the Final Act cited *supra* No 1, was taken on 19 October 1988 without any further discussion.<sup>7</sup>

4 The reasons for deciding to include the subject with priority in the Agenda were essentially those set out in the note of the Permanent Bureau which can be summarized as follows:

- (i) a dramatic increase in international adoptions which had occurred in many countries since the late 1960s to such an extent that intercountry adoption had become a world-wide phenomenon involving migration of children over long geographical distances and from one society and culture to another very different environment;

- (ii) serious and complex human problems, partly already known but aggravated as a result of these new developments, partly new ones, with among other things manifold complex legal aspects; and

- (iii) insufficient existing domestic and international legal instruments, and the need for a multilateral approach.

## B Nature and scope of the project

5 In defining the project as 'the preparation of a convention on adoption of children coming from abroad', the Sixteenth Session indicated that it wished to focus the work on what it saw as the most pressing problems of international adoption, *i.e.* those which are international from the outset because they involve a child living in one country, one or more prospective adoptive parents living in another and the transfer of the child to that other country to live there with such adoptive parent or parents. Consequently, this Report will focus on these adoptions and not – or only exceptionally – deal with adoption of adults, or adoptions which start as internal adoptions and only subsequently acquire an international aspect or those which are international only because of the foreign nationality of the child or parents involved.

The international adoptions envisaged by the Sixteenth Session involve the child, his or her biological family and the adoptive parents, as well as private intermediaries, but also the authorities of the countries concerned – usually the country where the child had lived immediately before the adoption took place and the receiving country – which might be and usually are involved in various capacities and various stages of the process. This poses problems of co-ordination, both in each country individually and between them. Such problems include matters generally understood to be questions of private international law – international jurisdiction of the courts or other authorities, applicable law and recognition and enforcement of foreign decisions – but go beyond this and include as well the need to co-ordinate laws and practices regarding social welfare, migration and nationality.

6 Delegates also agreed that until then unilateral attempts to deal with a phenomenon, which by its very nature has now become very much internationalized, often fell short of their objectives or were easy to circumvent. The Italian Delegate mentioned, for example, that the most recent modifications of Italian law (1983) had been criticized by Latin American countries for not having sufficiently taken their viewpoint into account. The Australian Delegate mentioned the problem of couples who, unable to fulfil the necessary criteria for adoption within Australia, establish a 'sham residence' in another country in order to adopt there. It was also suggested that bilateral or multilateral private international law treaties, such as the *Inter-American Convention on Conflict of Laws Concerning the Adoption of Minors*, first signed at La Paz on 24 May 1984 or the 1965 Hague Adoption Convention, were not effective in this context precisely because they were of regional ap-

<sup>5</sup> *Conclusions of the Special Commission of January 1988 on General Affairs and Policy of the Conference*, Preliminary Document No 14, April 1988, for the attention of the Sixteenth Session.

<sup>6</sup> *Report of the Secretary General on the Question of Intercountry Adoption of Children*, Preliminary Document No 17 of September 1988 for the attention of the Sixteenth Session.

<sup>7</sup> Minutes of the Plenary Session, No 2, published in *Proceedings of the Sixteenth Session*, Tome I.

précisément parce qu'elles ne s'appliquaient qu'à l'échelle régionale et ne faisaient pas appel à la participation des pays d'origine et des pays d'établissement des enfants<sup>8</sup>.

7 La Seizième session a opté pour une approche qui tend à établir des normes en vue de la protection des enfants ainsi que des voies de coopération entre les autorités des pays d'origine et des pays d'adoption. Sur ce dernier aspect, il a été fait référence aux Conventions de La Haye en matière de coopération judiciaire et administrative, à savoir celles sur la notification et sur l'obtention de preuves à l'étranger et sur l'accès international à la justice<sup>9</sup> et, en ce qui concerne plus particulièrement l'enfance, à la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* signée à La Haye le 25 octobre 1980 – et dénommée ci-après la *Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants*. Toutes ces Conventions ont mis en place un système de coopération entre Autorités centrales des Etats participants, coopération qui, comme l'expérience le montre, tend à devenir de plus en plus étroite au fil des années. S'agissant de la *Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants*, les Autorités centrales ont un rôle particulièrement éminent à jouer pour assurer le retour rapide des enfants illégalement déplacés ou retenus dans un Etat contractant et pour veiller à ce que les droits de garde et d'accès prévus par la loi d'un Etat contractant soient effectivement respectés dans les autres Etats contractants. Plusieurs «réunions de contrôle» ont déjà eu lieu à La Haye afin d'examiner le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye sur la notification et sur l'obtention des preuves; plus récemment, en octobre 1989, une réunion semblable a porté sur la *Convention relative à l'enlèvement d'enfants*<sup>10</sup>. Ces réunions remplissent plusieurs objets: elles permettent les contacts personnels et l'échange de renseignements; elles renforcent les objectifs de la *Convention* et la communauté des intérêts qu'elles visent à protéger; enfin, elles peuvent aussi contribuer à résoudre des problèmes actuels de coopération, voire des différends.

8 Si la mise au point d'une série de principes de fond et la création d'un cadre aux fins de la coopération ont été considérées comme les objectifs essentiels de la nouvelle convention, l'on n'est parvenu à aucune conclusion définitive au sujet de l'inclusion de règles de compétence, de la loi applicable ou de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères. Certaines délégations ont estimé que la convention ne devait pas se montrer trop ambitieuse et devait se limiter au cadre de la coopération judiciaire et/ou administrative; d'autres, qu'elle devrait s'étendre dans les autres domaines mentionnés ci-dessus.

9 Pour finir, un consensus implicite s'est établi parmi les délégués, afin que le projet laisse de côté les aspects criminels. Traditionnellement, la *Conférence de La Haye de droit international privé* ne s'intéresse pas à la loi pénale et le Bureau Permanent ne possède aucune

expérience de ce domaine spécialisé. Bien qu'à un certain point il puisse y avoir lieu de prévoir une coordination avec les politiques répressives – par exemple, il n'est pas douteux que l'enlèvement d'un enfant en vue de son adoption à l'étranger constitue un crime dans la législation de la plupart des pays<sup>11</sup> – les travaux de la *Conférence* doivent porter surtout sur les aspects civils de l'adoption internationale, comme ce fut le cas lors de la préparation de la *Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants*.

### C Activités parallèles d'autres organisations internationales et coopération avec celles-ci

10 Depuis que l'adoption internationale a cessé, il y a environ deux décennies, d'être un phénomène régional pour devenir un phénomène mondial, plusieurs organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales, témoignent d'un intérêt nouveau ou renouvelé à cette question.

#### 1 Organisations intergouvernementales

##### a Organisation des Nations Unies

11 Dès 1972 l'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté une *Résolution (3028 (XXVII) du 18 décembre 1972)* intitulée «*Conférence des Nations Unies pour une Convention internationale sur le droit de l'adoption*», qui invitait le Secrétaire général de l'ONU à procéder à une enquête auprès des gouvernements des Etats membres afin de réunir des renseignements sur les politiques, les programmes et les législations en matière de protection des enfants devant être adoptés ou placés dans des familles, et les vues des gouvernements au sujet d'une conférence internationale sur le droit de l'adoption. Le Secrétaire général adressa aux Etats membres un questionnaire qui lui servit à établir un rapport publié en 1975<sup>12</sup>. Vint ensuite une *Résolution (1925 (LVIII) du 6 mai 1975)* du Conseil économique et social (ECOSOC). A la demande de l'ECOSOC un groupe d'experts se réunit à Genève en 1978 et prépara un projet de déclaration – l'idée d'une convention contraignante sur le droit de l'adoption ayant été abandonnée<sup>13</sup>. Cette déclaration fit l'objet d'une étude plus approfondie et, en septembre 1982, l'Assemblée générale décida d'inscrire le projet de déclaration à son ordre du jour. Après de nombreuses consultations<sup>14</sup>, l'Assemblée générale, dans sa *Résolution 41/85 du 3 décembre 1986*, adopta la *Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international* – dénommée ci-après la *Déclaration des Nations Unies*, voir plus loin notamment Nos 166-168 et l'Annexe H au présent Rapport.

12 Le 20 novembre 1989 l'Assemblée générale des Nations Unies, après de nombreuses années de prépara-

<sup>8</sup> Procès-verbal No 1 de la Commission I, publié dans les *Actes et documents de la Seizième session*, tome I.

<sup>9</sup> *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, signée à La Haye le 15 novembre 1965, *Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, signée à La Haye le 18 mars 1970 et *Convention tendant à faciliter l'accès international à la justice*, signée à La Haye le 25 octobre 1980.

<sup>10</sup> Voir les *Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, février 1990, publiées par le Bureau Permanent.

<sup>11</sup> Voir M. Bennett, «Crimes Against the Family – III», dans *International Legal Practitioner*, décembre 1988, p. 106-107.

<sup>12</sup> E/CN.5/504 du 15 novembre 1974.

<sup>13</sup> Voir *Adoption and Foster Placement of Children*, Rapport de la réunion d'un groupe d'experts sur l'adoption et le placement des enfants, Genève, 11-15 décembre 1979, ST/ESA/99. On trouve dans ce Rapport deux importants mémoires de recherches: B. Spring Miller, «The child without a family of his own – a review of currently recorded activities and programmes for children with special needs», et A. Kadushin, «Problems relating to the formulation of principles for adoption and foster placement of children». Le Rapport de la réunion du groupe d'experts a été soumis à l'ECOSOC par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dans son Rapport intitulé *Projet de déclaration sur les principes sociaux et juridiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international*, E/CN.5/574 du 22 janvier 1979.

<sup>14</sup> Voir notamment le Rapport du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies A/37/146 du 19 octobre 1982.

plication only and did not involve the participation of both countries of origin and receiving countries.<sup>8</sup>

7 The Sixteenth Session favoured an approach which would establish standards for the protection of children and channels for co-operation between the authorities of the countries of origin and the receiving countries. In respect of the latter aspect, reference was made to the Hague Conventions on judicial and administrative co-operation, *i.e.* those on Service and Evidence Abroad and on International Access to Justice<sup>9</sup> and, more specifically in the field of children, to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* first signed at The Hague on 25 October 1980 – hereinafter referred to as the Hague Child Abduction Convention. All of these Conventions have established systems of co-operation among Central Authorities of the participating States which, as experience shows, over time tend to develop into ever more close co-operation. In the case of the Hague Child Abduction Convention, the Central Authorities have a particularly preeminent role in order to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in a Contracting State and to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in other Contracting States. Several ‘monitoring’ meetings have already taken place at The Hague to study the practical operation of the Hague Service and Evidence Conventions and recently, in October 1989, a similar meeting took place concerning the Child Abduction Convention.<sup>10</sup> Such meetings serve several functions: they make personal contacts possible, they allow for the exchange of information, they reinforce the objectives of the Convention and the commonality of interests it serves, and they may help to resolve existing problems of co-operation and even disputes.

8 While the establishing of a set of substantive principles and the creation of a framework for co-operation were seen as the core objectives to be achieved by the new convention, no final conclusion was arrived at concerning the inclusion of rules of jurisdiction, applicable law or the recognition and enforcement of foreign decisions. Some delegations felt that the convention should not be too ambitious and should limit itself to the framework of judicial and/or administrative co-operation, others felt that it should extend into the other fields mentioned above.

9 Finally, there was an implicit understanding among delegates that the project should stay outside the criminal field. The Hague Conference on private international law has traditionally not involved itself in the area of criminal law and the Permanent Bureau has no experience in this specialized field. Although at some point co-

ordination with criminal policies might be necessary there is no doubt, for example, that abduction of a child for adoption abroad is a criminal offence under the laws of most countries<sup>11</sup> – the work of the Conference was to focus on the civil aspects of international adoption, just as it had done in the work leading up to the Hague Child Abduction Convention.

### C Parallel activities of and co-operation with other international organizations

10 Since international adoption started growing from a regional into a worldwide phenomenon about two decades ago, several international organizations, both intergovernmental (IGOs) and non-governmental (NGOs), have developed, or renewed, an interest in this field.

#### 1 Intergovernmental organizations

##### a United Nations

11 As early as 1972 the General Assembly of the United Nations had adopted a Resolution (3028 (XXVII) of 18 December 1972) entitled ‘United Nations Conference for an International Convention on Adoption Law’ requesting that the Secretary General make an enquiry to the governments of the Member States in order to gather information on policies, programmes and laws for the protection of children for adoption and foster placements, and government views on an international conference on adoption law. The Secretary General sent a questionnaire to the Member States and received replies upon which he based a report published in 1975.<sup>12</sup> This was followed by a Resolution (1925 (LVIII) of 6 May 1975) of the Economic and Social Council (ECOSOC). At ECOSOC’s request an expert group met in Geneva in 1978 which prepared a draft declaration – the idea of a binding convention on adoption law had been given up.<sup>13</sup> This declaration was studied further and in September 1982 the General Assembly decided to include the draft declaration in its agenda. After extensive consultation<sup>14</sup> the General Assembly in its Resolution 41/85 of 3 December 1986 adopted the *Declaration on Social and Legal Principles Relating to Adoption and Foster Placement of Children Nationally and Internationally* – hereinafter referred to as the UN Declaration, see *infra* in particular Nos 166-168 and Annex H to this Report.

12 On 20 November 1989 the United Nations General Assembly, after many years of preparation, adopted the

<sup>8</sup> Minutes No 1 of Commission I, published in *Proceedings of the Sixteenth Session*, Tome I.

<sup>9</sup> *Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* first signed at The Hague on 15 November 1965, *Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* first signed at The Hague on 18 March 1970 and *Convention on International Access to Justice*, first signed at The Hague on 25 October 1980.

<sup>10</sup> See *Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, February 1990, published by the Permanent Bureau.

<sup>11</sup> Cf. M. Bennett, ‘Crimes Against the Family – III’, in *International Legal Practitioner*, December 1988, pp. 106-107.

<sup>12</sup> E/CN.5/504 of 15 November 1974.

<sup>13</sup> See *Adoption and Foster Placement of Children*, Report of an Expert Group Meeting on Adoption and Foster Placement of Children, Geneva, 11-15 December 1979, ST/ESA/99. Included in this Report are two important research papers: B. Spring Miller, ‘The child without a family of his own – a review of currently recorded activities and programmes for children with special needs’, and A. Kadushin, ‘Problems relating to the formulation of principles for adoption and foster placement of children’. The Expert Group Meeting Report was submitted by the UN Secretary General to ECOSOC in his Report *Draft Declaration on Social and Legal Principles Relating to Adoption and Foster Placement of Children Nationally and Internationally*, E/CN.5/574 of 22 January 1979.

<sup>14</sup> See *inter alia* Report of the UN Secretary General A/37/146 of 19 October 1982.

tion, a adopté la *Convention sur les droits de l'enfant* – dénommée ci-après la *Convention des Nations Unies* – qui, dans ses articles 20, 21 et 35, traite de la protection des enfants sans famille, de l'adoption sur les plans national et international et de la vente, du trafic et de l'enlèvement d'enfants, voir plus loin notamment Nos 166-168 et l'Annexe I au présent Rapport.

13 La Commission des droits de l'homme de l'ECOSOC poursuit l'examen de ce dernier aspect – la vente et le trafic à des fins commerciales d'enfants destinés à l'adoption – en particulier sous l'angle des «formes contemporaines d'esclavage», voir ci-après Nos 78-85.

14 D'autres organes des Nations Unies sont également appelés à s'occuper de temps à autre de questions relatives à l'adoption internationale, en particulier le FISE, voir ci-après les Nos 57-59, et le Haut Commissariat pour les Réfugiés des Nations Unies, voir ci-après No 60.

15 Afin de coordonner les travaux de la Conférence avec ceux de l'Organisation des Nations Unies, le Secrétaire général de la Conférence de La Haye a rencontré le Conseiller juridique du Secrétaire général de l'ONU en avril 1988. Le Conseiller juridique a confirmé que les Nations Unies, après l'adoption de la Déclaration de décembre 1986 par l'Assemblée générale, n'avaient pas l'intention de consacrer des travaux particuliers à l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger. L'Organisation des Nations Unies se féliciterait cependant des initiatives que pourrait prendre la Conférence de La Haye dans le domaine du droit international privé.

#### b Unidroit

16 En 1986, au sein d'Unidroit, Institut international pour l'unification du droit privé dont le siège est à Rome, le Gouvernement suisse a appelé l'attention sur les problèmes auxquels donnait lieu l'adoption d'enfants en provenance du tiers monde dans des pays industrialisés. Le Conseil de direction a examiné le problème à ses 65<sup>ème</sup>, 66<sup>ème</sup> et 67<sup>ème</sup> sessions tenues respectivement en 1986, 1987 et 1988<sup>15</sup>. A la Seizième session de la Conférence de La Haye, le Secrétaire général d'Unidroit, soucieux d'éviter les doubles emplois, a offert l'appui d'Unidroit pour tous travaux que la Conférence de La Haye accomplirait dans ce domaine.

#### c Conseil de l'Europe

17 Par sa *Convention européenne en matière d'adoption des enfants*, signée à Strasbourg le 24 avril 1967 – et appelée ci-après la *Convention européenne sur l'adoption* (voir ci-après notamment Nos 163A et Annexe E) – le Conseil de l'Europe a contribué dans une très large mesure à l'uniformisation des droits internes en Europe. Dès 1977 une étude était consacrée aux origines du transfert de nombres croissants d'enfants en provenance de pays du tiers monde, en particulier d'Asie du sud-est, dans des familles d'Europe occidentale<sup>16</sup>, et le Conseil de l'Europe a continué à s'intéresser à divers aspects de cette question. Le Comité européen de coopération juridique a étudié le fonctionnement pratique de la Convention européenne de 1987 sur l'adoption; le Conseil des Ministres a adopté une Résolution (77)33 sur le place-

ment d'enfants et une Recommandation No R(87)6 sur les familles d'accueil, qui toutes deux abordent aussi des questions relevant de l'adoption (transnationale) d'enfants, et la Seizième Conférence des Ministres européens de la Justice, réunie à Lisbonne les 21 et 22 juin 1988, s'est penchée tout particulièrement sur l'adoption d'enfants en provenance du tiers monde et le trafic d'enfants. A la Seizième session de la Conférence de La Haye le Représentant du Conseil de l'Europe a exprimé son appui aux travaux de la Conférence.

#### d Organisation des Etats américains; l'Institut inter-américain de l'enfant

18 Bien préparée par une réunion d'experts organisée par l'Institut interaméricain de l'enfant<sup>17</sup>, la Troisième Conférence interaméricaine de droit international privé, réunie à La Paz le 24 mai 1984, a adopté la *Convention interaméricaine sur les conflits de lois concernant l'adoption des mineurs* – dénommée ci-après la *Convention interaméricaine sur l'adoption* (voir *infra* Nos 162-163 et Annexe D). Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye a consulté le Secrétaire adjoint aux affaires juridiques de l'Organisation des Etats américains, lequel a estimé que les travaux de la Conférence complétaient ceux déjà accomplis par l'Organisation des Etats américains, plutôt qu'ils ne s'y opposaient. Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye est resté en liaison étroite avec l'Institut interaméricain de l'enfant. La Quatrième Conférence interaméricaine spécialisée sur le droit international privé (CIDIP-IV), qui a eu lieu à Montevideo du 9 au 15 juillet 1989 – et qui a adopté notamment la *Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs* – a recommandé que l'Institut interaméricain de l'enfant coopère avec la Conférence de La Haye de droit international privé afin d'élaborer une convention sur l'adoption d'enfants originaires de pays étrangers et que les Etats membres de l'OEA participent dans ces travaux<sup>18</sup>.

#### e Autres organisations

19 A la Seizième session, deux autres organisations intergouvernementales, le Secrétariat du Commonwealth et la Commission internationale de l'état civil, bien que ne se livrant pas actuellement à des travaux en matière d'adoption d'enfants en provenance de l'étranger, ont exprimé leur appui aux tâches que doit entreprendre dans ce domaine la Conférence de La Haye.

#### 2 Organisations internationales non gouvernementales

##### a Service social international (SSI)

20 Le SSI, qui a déjà fourni une assistance précieuse à la Conférence de La Haye lors de l'élaboration de plusieurs Conventions sur la protection de l'enfance, y compris la Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption, s'intéresse de manière continue à l'adoption d'enfants originaires de pays étrangers et coordonne activement le travail social international dans ce domaine<sup>18a</sup>. Le SSI étudie la création d'un centre international chargé du suivi et des ressources en matière d'adoption pour conseiller et assister les adoptants, les institutions, les gou-

<sup>15</sup> Voir les Rapports correspondants des sessions du Conseil de direction établis par le Secrétaire général.

<sup>16</sup> Voir Conseil de l'Europe, *Le rôle des organisations gouvernementales et non gouvernementales dans le placement en Europe d'enfants du tiers monde*, Strasbourg 1980.

<sup>17</sup> Voir Institut interaméricain de l'enfant, *Réunion d'experts sur l'adoption des mineurs*, 7-11 mars 1983, Quito, Equateur, *Rapport final* (Montevideo, 1983).

<sup>18</sup> Voir G. Parra-Aranguren, «The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law» (CIDIP-IV, Montevideo, 9-15 juillet 1989) dans 36 *Netherlands International Law Review* 1989, p. 269-284.

<sup>18a</sup> L'auteur de ce Rapport est membre du Conseil international de SSI comme le fut l'ancien Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé M. M. H. van Hoogstraten.

*Convention on the Rights of the Child* – hereinafter referred to as the UN Convention – which in its Articles 20, 21 and 35 deals with the protection of children without families, adoption nationally and internationally and the sale, trafficking and abduction of children, see *infra* in particular Nos 166-168 and Annex I to this Report.

13 The latter aspect – sale and trafficking of children for adoption for commercial purposes – continues to be studied by the Commission on Human Rights of ECOSOC, in particular under the angle of ‘contemporary forms of slavery’, see *infra* Nos 78-85.

14 Other UN bodies also deal from time to time with questions relating to international adoption, in particular UNICEF, see *infra* Nos 57-59, and the UN High Commissioner for Refugees, see *infra* No 60.

15 In order to co-ordinate the work of the Conference with that of the United Nations the Secretary General of the Hague Conference met with the Legal Counsel to the Secretary General of the UN in April 1988. The Legal Counsel confirmed that the United Nations, after the adoption by the General Assembly of the Declaration of December 1986, did not intend to pursue work specifically on intercountry adoption. The United Nations would, however, welcome any initiatives undertaken by the Hague Conference on private international law.

#### b *Unidroit*

16 In 1986 the Government of Switzerland had called attention within Unidroit, the International Institute for the Unification of Private Law based in Rome, to the problems which international adoption from countries in the Third World to industrialized countries posed. The matter was discussed by the Governing Council at its 65th, 66th and 67th Sessions in 1986, 1987 and 1988, respectively.<sup>15</sup> At the Sixteenth Session of the Hague Conference the Secretary General of Unidroit, in order to avoid duplication, offered Unidroit’s support for any work in this area carried out by the Hague Conference.

#### c *Council of Europe*

17 The Council of Europe, through its *European Convention on the Adoption of Children* first signed at Strasbourg on 24 April 1967 – hereinafter referred to as the European Adoption Convention (see *infra* No 163A and Annex E) – has contributed considerably to achieving uniformity of internal domestic laws in Europe. As early as 1977 a study was made on the background of the transfer of growing numbers of children from Third World countries, in particular from South-East Asia to families in Western Europe<sup>16</sup> and the Council of Europe has maintained an interest in various aspects of the subject. The European Committee on Legal Co-operation has studied the practical operation of the 1987 European Adoption Convention; the Council of Ministers adopted a Resolution (77)33 on the placement

of children and a Recommendation No R(87)6 on foster families both of which also touch upon matters pertaining to the (international) adoption of children; and the Sixteenth Conference of European Ministers of Justice which met in Lisbon from 21-22 June 1988 paid special attention to the adoption of children from the Third World and the trafficking of children. At the Sixteenth Session of the Hague Conference the representative of the Council of Europe expressed its support for the work of the Hague Conference.

#### d *Organization of American States; the Inter-American Children’s Institute*

18 Carefully prepared by a meeting of experts organized by the Inter-American Children’s Institute,<sup>17</sup> the Third Inter-American Conference on Private International Law at its meeting at La Paz on 24 May 1984, adopted the *Inter-American Convention on Conflict of Laws Concerning the Adoption of Minors* – hereinafter referred to as the Inter-American Adoption Convention (see *infra* Nos 162-163 and Annex D). The Secretary General of the Hague Conference consulted the Deputy Secretary for Legal Affairs of the Organization of American States who saw the work of the Conference as complementary, rather than contrary, to the work already done by the Organization of American States. The Permanent Bureau of the Hague Conference maintains close liaison with the Inter-American Children’s Institute. The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-IV), which met in Montevideo from 9-15 July 1989 – and which adopted *inter alia* the *Inter-American Convention on International Return of Children* – recommended that the Inter-American Children’s Institute co-operate with the Hague Conference on private international law in the elaboration of a convention on intercountry adoption and that OAS Member Countries participate in such work.<sup>18</sup>

#### e *Others*

19 At the Sixteenth Session two other intergovernmental organizations, although not themselves currently engaged in any work on intercountry adoption, the Commonwealth Secretariat and the International Commission on Civil Status, expressed their support for the work to be undertaken by the Hague Conference on intercountry adoption.

### 2 *International non-governmental organizations*

#### a *International Social Service (ISS)*

20 ISS, which had already given valuable assistance to the Hague Conference in the course of its preparation of several conventions on child protection including the 1965 Hague Adoption Convention, has had a continuous interest in intercountry adoption and has actively co-ordinated international social work in this field.<sup>18a</sup> ISS is presently studying the creation of an international adoption monitoring and resource centre to provide consultancy and resource services to adopters, agencies, governments, etc. At the Sixteenth Session the

<sup>15</sup> See the respective Reports on the Governing Council’s Sessions prepared by the Secretary General.

<sup>16</sup> See Council of Europe, *The Role of Governmental and non-Governmental Organizations in Supervising the Placement in Europe of Children from the Third World*, Strasbourg 1980.

<sup>17</sup> See Inter-American Children’s Institute, *Meeting of Experts on the Adoption of Minors*, 7-11 March 1983, Quito, Ecuador, *Final Report* (Montevideo, 1983).

<sup>18</sup> See G. Parra-Aranguren, ‘The Fourth Inter-American Specialized Conference on Private International Law’ (CIDIP-IV, Montevideo, 9-15 July 1989), in 36 *Netherlands International Law Review*, pp. 269-284 (1989).

<sup>18a</sup> The author of this Report is a member of the International Council of ISS as was the former Secretary General of the Hague Conference on private international law, Mr M. H. van Hoogstraten.

vernements, etc. A la Seizième session, le Représentant du ssi a insisté sur la nécessité de renforcer la coopération entre les pays d'origine et les pays de destination. Il a été souligné en même temps que les systèmes actuels de protection de l'enfance devraient être renforcés et développés dans les pays du tiers monde où ils sont largement inexistant à l'heure actuelle.

#### b Défense des Enfants – International (DEI)

21 Cette Organisation a elle aussi manifesté d'emblée un vif intérêt pour le projet de la Conférence de La Haye. En fournissant des renseignements et en aidant à organiser un séminaire d'experts *ad hoc*, le DEI a, comme le ssi, beaucoup facilité les travaux préparatoires du Bureau Permanent. Sa *Tribune Internationale des Droits de l'Enfant*, revue trimestrielle publiée depuis 1983, est une précieuse source d'informations sur des sujets tels que l'adoption transnationale, l'abandon d'enfants, les enfants des rues, le trafic d'enfants et autres sujets. Il en va de même pour ses Rapports spéciaux sur les Droits des Enfants Abandonnés (Genève, 1989) et sur la Protection des Droits de l'Enfant et Adoptions Internationales (Genève, 1989).

#### c Conseil international de l'action sociale (CIAS)

22 A sa «Conférence régionale pour le Pacifique occidental» tenue à Bombay en septembre 1981, le Conseil a adopté (un projet de) «*Guidelines for intercountry adoption*» (principes directeurs régissant l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger), voir Annexe J. Ces *Guidelines* ont reçu une large publicité et constituent une source autorisée pour les travailleurs sociaux appelés à s'occuper d'adoptions transnationales.

#### d Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille (AIMJF)

23 L'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille s'intéresse aussi de façon suivie à la question, qu'elle a inscrite à l'ordre du jour de sa Conférence mondiale bi-annuelle, laquelle se tiendra à Turin, en Italie, du 16 au 21 septembre 1990.

#### e Association de droit international (ILA)

24 L'Association de droit international a déjà étudié la question dans les années soixante<sup>19</sup>; en 1984 elle a constitué un nouveau comité chargé de s'occuper de la «reconnaissance internationale de l'adoption d'enfants» dont le mandat a été par la suite élargi pour inclure d'autres aspects juridiques de l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger. Le problème a été examiné à la Conférence de Varsovie (1988) et sera repris à la prochaine Conférence, devant se tenir à Brisbane, Australie (août 1990)<sup>19a</sup>.

#### f Association internationale du barreau (IBA)

25 Le Comité sur le droit de la famille de la section de pratique générale de l'Association a récemment constitué un groupe de travail qui étudie les problèmes rencontrés par les futurs parents adoptifs lorsqu'ils effectuent des démarches pour adopter des enfants à l'étranger<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Voir Rapports de la Cinquantième (Bruxelles, 1962) et Cinquante et unième Conférence (Tokyo, 1964).

<sup>19a</sup> L'auteur de ce Rapport est également Rapporteur de ce Comité de l'ILA.

<sup>20</sup> Voir aussi *International Legal Practitioner*, décembre 1989, p. 115.

## II LA RÉALITÉ SOCIALE DE L'ADOPTION À TRAVERS LE MONDE

### A Universalité culturelle de l'adoption; l'exception islamique

#### 1 Universalité culturelle

26 Au sens large et non juridique l'adoption peut se définir comme la pratique sociale institutionnalisée en vertu de laquelle une personne, appartenant par la naissance à une famille ou à un groupe familial, acquiert de nouveaux liens familiaux définis par la société comme équivalents aux liens biologiques et qui se substituent en tout ou partie aux liens antérieurs<sup>21</sup>.

«Bien que les pratiques en matière d'adoption varient beaucoup autour du monde et selon les époques, d'une façon ou d'une autre elles semblent approcher de l'universalité culturelle»<sup>22</sup>. Une exception majeure est constituée par l'absence d'adoption dans la plupart des sociétés islamiques (voir le No 30 ci-après).

27 D'anciens récits évoquent l'histoire d'enfants trouvés, élevés par des bergers, des princesses ou des rois comme leur propre enfant. Moïse<sup>23</sup> et peut-être Joseph<sup>24</sup> sont d'antiques exemples d'enfants adoptés au sein d'une culture étrangère. Il est intéressant de relever que, si Joseph s'est parfaitement intégré à cette culture, Moïse a rompu avec elle et a conduit son peuple à la terre promise<sup>25</sup>. D'après l'une des versions du mythe grec d'Oedipe, son père Laïus, ayant appris de l'Oracle de Delphes qu'Oedipe deviendrait le meurtrier de son père, l'enferma dans un coffre qu'un bateau jeta dans la mer. Le coffre dériva jusqu'aux terres du roi Polybe qui, n'ayant pas d'enfant, fut heureux d'élever Oedipe comme son propre fils. Un jour, «nargué par un jeune Corinthien parce qu'il ne ressemblait en rien à ses parents supposés», Oedipe alla consulter l'Oracle de Delphes sur son avenir, avec les conséquences tragiques qui ont été décrites par Sophocle<sup>26</sup>. La quête d'identité, si caractéristique de l'enfant adopté, au moins à certaines étapes de son existence, se manifeste ici sous un jour des plus dramatiques<sup>27 28</sup>.

28 Les anthropologues ont constaté que des pratiques adoptives se rencontrent dans des cultures aussi diverses que celles des Inuits de l'Arctique nord américain<sup>29</sup>, des Kikuyu du Kenya<sup>30</sup>, des Moluquois d'Indonésie<sup>31</sup>, ainsi que sur l'Atoll de Minihi dans le Pacifique sud, à l'est de

<sup>21</sup> Voir E. A. Weinstein, «Adoption», dans *International Encyclopedia of the Social Sciences* (New York, 1968), p. 97.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Exode 2:10; «Quand l'enfant eut grandi, elle [sa mère] le ramena à la fille de Pharaon qui le traita comme un fils et lui donna le nom de Moïse, car, disait-elle, je l'ai tiré des eaux» (traduction de la Bible de Jérusalem).

<sup>24</sup> Genèse 41: 40-45; «Pharaon dit à Joseph: «Vois: je t'établis sur tout le pays d'Egypte». Il lui donna un nouveau nom, mais, contrairement à ce qui s'était passé pour Moïse, il n'est pas indiqué expressément que Joseph devint le fils de Pharaon.

<sup>25</sup> L'exemple, «ambivalent, comme souvent» est donné par J. Foyer dans J. Foyer et C. Labrusse-Riou (éd.), *L'adoption d'enfants étrangers*, Paris, 1986, p. 94.

<sup>26</sup> R. Graves, *The Greek Myths*, vol. 2 (Londres etc., 1960), p. 9.

<sup>27</sup> Voir R. Hoksbergen et L. Bunjes, *Een buitenlands kind adopteren* (Amersfoort, etc. 1989), p. 82.

<sup>28</sup> L'adoption (*de facto*) est un thème littéraire fréquent. Il suffit de se souvenir de classiques comme *History of Tom Jones a Foundling*, de Henry Fielding, *Huckleberry Finn* de Mark Twain ou *Sans Famille* d'Hector Malot et, dans la littérature du vingtième siècle *Light in August* de William Faulkner. *Abschied von Sidonie* (Zürich 1989) de Erich Hackle, paru récemment, est l'histoire émouvante de la manière dont les Nazis mirent brutalement fin à l'adoption *de facto* d'un enfant tzigane par des parents autrichiens. Le sujet de l'adoption d'enfants dans des pays étrangers à notre époque a lui-même été traité dans des oeuvres de fiction, par exemple *Mooie Horizon* de Hannes Meinckema (Amsterdam, 1989).

<sup>29</sup> J. B. Silk, *Adoption among the Inuit*, dans *Ethos* (1987) vol. 15(3), p. 320.

<sup>30</sup> A. J. F. Simmance, «Adoption of Children Among the Kikuyu of the Kiambu District», dans E. Cotran et N. N. Rubin (éd.), *Readings in African Law*, vol. II (Londres, 1970), p. 60.

<sup>31</sup> F. Strijbosch, «Molukse Adopties in Nederland» dans *Nederlands Juristenblad* (1988), vol. 63(38), p. 218.

representative of iss emphasized the need to promote more co-operation between the countries of origin and the receiving countries. At the same time it was stressed that the existing child welfare systems should be strengthened and, as such systems were largely lacking in countries of the Third World, should be developed in those countries.

#### b *Defence for Children International (DCI)*

21 DCI has also from the beginning shown a great interest in the project of the Hague Conference. By providing information and helping to organize an *ad hoc* experts' seminar, DCI has, like iss, greatly facilitated the preparatory work of the Permanent Bureau. Its International Children's Rights Monitor, a quarterly review published since 1983, contains a rich source of information on topics such as intercountry adoption, abandonment of children, street children, child trafficking and others. Also highly informative are its special Reports on the Rights of Abandoned Children (Geneva, 1989) and on Protecting Children's Rights in International Adoptions (Geneva, 1989).

#### c *International Council on Social Welfare (ICSW)*

22 (Draft) 'Guidelines for intercountry adoption' (see Annex J) were adopted by the ICSW at its Western Pacific Regional Conference in Bombay in September 1981. These Guidelines have been given wide publicity and constitute an authoritative source for social workers in the field of intercountry adoption.

#### d *International Association of Juvenile and Family Court Magistrates*

23 The International Association of Juvenile and Family Court Magistrates also has a continuing interest in the subject, which it has included in the agenda for its biennial worldwide conference to be held in Turin, Italy, 16-21 September 1990.

#### e *International Law Association (ILA)*

24 The ILA already studied this topic in the 1960s<sup>19</sup> and in 1984 set up a new committee on 'International Recognition of the Adoption of Children', whose terms of reference were subsequently broadened so as to include other legal aspects of intercountry adoption. The topic was dealt with at the Warsaw Conference (1988) and will again be studied at the next conference in Brisbane, Australia (August, 1990).<sup>19a</sup>

#### f *International Bar Association (IBA)*

25 The Committee on Family Law of the Section on General Practice of the IBA has recently set up a working party conducting research into problems which prospective adoptive parents meet when taking steps to adopt children from abroad.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> See Reports of the Fiftieth Conference (Brussels, 1962) and Fifty-First Conference (Tokyo, 1964).

<sup>19a</sup> The author of this Report is also the Reporter of the I.L.A. Committee.

<sup>20</sup> See also *International Legal Practitioner*, December 1989, p. 115.

## II THE SOCIAL REALITY OF ADOPTION ACROSS THE WORLD

### A *Cultural universality of adoption; the Islamic exception*

#### 1 *Cultural universality*

26 In a broad, non-legal sense adoption may be defined as the institutionalized social practice through which a person, belonging by birth to one family or kinship group, acquires new family or kinship ties that are socially defined as equivalent to biological ties and which supersede the old ones, either wholly or in part.<sup>21</sup> 'Although adoption practices vary widely around the world and through time, in one form or another they appear to approach cultural universality.'<sup>22</sup> A major exception is the absence of adoption in most Islamic societies (see further *infra* No 30).

27 Old stories tell the tale of foundlings raised by shepherds, princesses or kings as their own child. Moses<sup>23</sup> and, perhaps, Joseph<sup>24</sup> are ancient examples of children adopted in a foreign culture. Interestingly, while Joseph integrated perfectly into that culture, Moses broke away from it and led his people to the promised land.<sup>25</sup> According to one of the versions of the Greek myth of Oedipus, his father, Laius, having been told by the Delphic Oracle that Oedipus would become his father's murderer, locked him in a chest which was lowered into the sea from a ship. The chest drifted ashore at the land of King Polybus who, being childless, was pleased to raise Oedipus as his own son. One day, 'taunted by a Corinthian youth with not in the least resembling his supposed parents' Oedipus went to consult the Delphic Oracle about his future - whereafter the tragedy unfolds depicted by Sophocles in his Tragedy.<sup>26</sup> The search for identity, so characteristic for the adopted child in at least some stages of his or her life, appears here in a most dramatic context.<sup>27 28</sup>

28 Anthropologists have found that adoption practices exist in cultures as diverse as those of the Inuit in the North American Arctic,<sup>29</sup> the Kikuyu in Kenya,<sup>30</sup> the Moluccans in Indonesia,<sup>31</sup> and on Manihi Atoll in the

<sup>21</sup> Cf. E. A. Weinstein, 'Adoption', in *International Encyclopedia of the Social Sciences* (New York, 1968), p. 97.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Exodus 2:10; 'and the child grew, and she [i.e. "the child's mother"] brought him to Pharaoh's daughter, and he became her son. And she called his name Moses; and she said, Because I drew him out of the water' (translation taken from the King James' version).

<sup>24</sup> Genesis 41: 40-45; Pharaoh 'made him ruler over all the land of Egypt', gave him a new name, but unlike in the case of Moses, it is not said expressly that Joseph became Pharaoh's son.

<sup>25</sup> The example 'ambivalent, as often' is given by J. Foyer, in J. Foyer and C. Labrusse-Riou (eds.), *L'adoption d'enfants étrangers*, Paris 1986, p. 94.

<sup>26</sup> R. Graves, *The Greek Myths*, Vol. 2 (London etc, 1960), p. 9.

<sup>27</sup> Cf. R. Hoksbergen and L. Bunjes, *Een buitenlands kind adopteren* (Amersfoort etc, 1989), p. 82.

<sup>28</sup> (*De facto*) adoption is a recurrent theme in literature. One needs only to think of classics such as Henry Fielding's *History of Tom Jones a Foundling*, Mark Twain's *Huckleberry Finn* or Hector Malot's *Sans Famille* or in the twentieth century William Faulkner's *Light in August*. A recent moving book on the forced termination by the Nazi's of a *de facto* adoption by Austrian parents of a gypsy child is Erich Hackle's *Abschied von Sidonie* (Zürich, 1989). Even modern intercountry adoption has been the subject of fiction, see for example Hannes Meinkema's *Mooie Horizon* (Amsterdam, 1989).

<sup>29</sup> J. B. Silk, *Adoption among the Inuit*, in *Ethos* (1987) Vol. 15(3), p. 320.

<sup>30</sup> A. J. F. Simnane, 'Adoption of Children Among the Kikuyu of the Kiambu District', in E. Cotran and N.N. Rubin (eds.), *Readings in African Law*, Vol. II (London, 1970), p. 60.

<sup>31</sup> F. Strijbosch, 'Molukse Adopties in Nederland', in *Nederlands Juristenblad* (1988), Vol. 63(38), p. 218.

Tahiti<sup>32</sup>. L'adoption remplit une large gamme de fonctions sociales dans les sociétés primitives et l'on relève par conséquent une grande diversité de conditions, de procédures et d'effets. Mais on retrouve aussi un certain nombre de traits communs. L'adoption est fréquemment motivée par le désir de continuer la ligne de descendance principale dans une famille (élargie), afin que des biens, et en particulier des terres, demeurent dans cette famille. En pareil cas les intérêts familiaux sont à l'évidence prépondérants. Toutefois le souci du bien-être de l'enfant est aussi présent et l'adoption d'orphelins, par exemple, est fort répandue. Des pratiques adoptives sont très communes parmi des consanguins ou des amis, à des fins diverses, telles que le désir de soulager les parents naturels chargés de trop d'enfants, d'assurer à l'enfant une éducation ou des soins particuliers ou d'aider les adoptants qui n'ont pas d'enfant et qui ont besoin d'une fille pour aider au foyer ou d'un garçon pour s'occuper du bétail. En particulier quand elle sert à assurer la transmission de la propriété, l'adoption peut concerner la communauté en tant que telle et nécessiter une déclaration publique des adoptants, des cérémonies ou des rites de passage. Les adoptions secrètes sont rares dans les sociétés de tradition orale<sup>33</sup>.

29 D'une manière générale (il peut y avoir des exceptions: dans diverses cultures on connaît l'adoption entre étrangers; l'adoption peut impliquer parfois une rupture complète des liens avec la famille naturelle), il semble vrai que

«dans de nombreuses sociétés peu importantes numériquement l'adoption se fait entre parents; elle n'est pas toujours permanente, bien que telle puisse être l'intention au moment de l'adoption; elle n'implique pas la rupture des liens avec les géniteurs; et les droits d'héritage ou de succession peuvent perdurer ou même s'étendre»<sup>34</sup>.

Cela explique aussi pourquoi «il est extrêmement difficile de tracer une ligne de démarcation précise entre ce qui constitue ou ne constitue pas une adoption»<sup>35</sup>, et pourquoi l'on peut parfois hésiter à ranger une pratique coutumière sous l'étiquette de «placement familial», de «tutelle», ou d'«adoption».

L'adoption imprégnant fortement le tissu social, il n'est pas surprenant que, là où des lois de type occidental ont été introduites, les pratiques coutumières en la matière ne se soient pas facilement laissées imposer le carcan des modèles occidentaux et aient fréquemment survécu malgré l'imposition des législations étrangères<sup>36</sup>.

Il semblerait que la transition ait été plus facile dans des collectivités comme celles des anciennes colonies françaises et, d'une façon générale, en Amérique latine, où des modalités d'adoption ont été introduites, qui ne se substituent pas entièrement aux liens familiaux originels (adoption simple). Les pratiques coutumières du Mali,

du Sénégal, du Gabon, de la Guinée, du Burundi et de la Côte d'Ivoire pouvaient, avec une relative facilité, être aménagées ou caractérisées comme constituant l'adoption simple du Code Napoléon<sup>37</sup>. De même, en Amérique latine, l'existence de modalités d'adoption simple (*adopción simple, adoção simples*) qui n'entraînent pas non plus une dissolution complète des liens avec la famille naturelle, correspondent mieux aux arrangements informels usités spécialement dans les zones rurales, selon lesquels un enfant est pris en charge par une autre famille sans perdre ses attaches avec sa famille par le sang (voir également ci-après No 48). La «relativité» générale de l'adoption dans le tiers monde peut poser des problèmes spéciaux de nature transculturelle dans le contexte des adoptions d'un pays à un autre (voir ci-après Nos 121-126).

## 2 L'exception islamique

30 L'absence de l'adoption dans la plupart des sociétés islamiques pose un autre problème interculturel. D'après l'interprétation qui prévaut dans ces sociétés, le Coran a établi l'interdiction de la création artificielle de liens familiaux (*nasab*) par le biais du *tabanni*, pratique répandue à l'époque préislamique et qui conduisait à l'intégration complète de l'enfant dans la nouvelle famille, entraînant, l'imposition des mêmes interdictions que pour les consanguins en matière de mariage<sup>38</sup>. De fait, c'est en raison de ces interdictions que le prophète déclina pour commencer l'offre de Zeid, son fils adoptif, qui avait répudié sa femme afin que le prophète puisse épouser celle-ci<sup>39</sup>. Lorsque le prophète l'épousa pour finir il n'était plus possible de maintenir la pratique du *tabanni*. En conséquence le Coran spécifie que les fils adoptifs ne seront pas considérés comme des enfants naturels et ne recevront pas le nom de leurs pères adoptifs<sup>40</sup>. Les juristes islamiques en ont conclu que l'adoption ne saurait pas davantage produire d'autres effets, tels que les prohibitions en matière de mariage et d'héritage, et qu'en fait elle ne peut conférer le statut d'un enfant légitime – en d'autres termes elle ne peut exister en droit islamique. L'attitude actuelle de divers pays islamiques est illustrée par les observations suivantes de l'un de ces pays, le Koweït, sur un premier projet de la Déclaration des Nations Unies (No 11 ci-dessus):

«4 Quant au paragraphe concernant l'adoption, cette pratique est, comme on le sait, interdite dans les pays islamiques en raison de la confusion des lignages qu'elle provoque ... Ces paragraphes ne sont donc pas acceptables. Si l'on trouve dans nos lois certaines caractéristiques de l'adoption, c'est dans le système du placement familial, qui remplit son rôle pour la protection psychique, sanitaire, sociale et éducative de l'enfant, dans le souci de lui assurer un avenir meilleur et de lui donner la nationalité comme condition préalable et fondamentale. En ce qui concerne les noms, l'enfant n'est pas inscrit au nom de son tuteur mais sous un autre nom,

<sup>32</sup> M. O'Collins, «The influence of western adoption laws on customary adoptions in the Third World» dans Ph. Bean (éd.), *Adoptions, Essays in Social Policy, Law, and Sociology* (Londres, etc., 1984) p. 288.

<sup>33</sup> Fait exception l'adoption sur l'Atoll de Mamoluk, où «une conspiration du silence entoure l'adoption et où l'on considère comme très inconvenant de dire à un enfant qu'il est adopté». Voir M. Marshall, «Solidarity or Sterility? Adoption and Fosterage on Mamoluk Atoll», dans I. Brady (éd.), *Transactions and Kinship* (Honolulu, 1976), p. 78 cité dans M. O'Collins, *loc. cit.* (note 32), p. 294.

<sup>34</sup> M. O'Collins, *loc. cit.* (note 32 ci-dessus), p. 289.

<sup>35</sup> Weinstein, *loc. cit.* (note 21 ci-dessus), p. 97.

<sup>36</sup> C'est ce qu'a montré, par exemple, la première Conférence australienne sur l'adoption tenue en 1976. Pour les représentants de la Papouasie – Nouvelle-Guinée, de l'Océanie et des groupes aborigènes de Nouvelle-Zélande et d'Australie, «l'idée suivant laquelle l'adoption signifierait qu'un enfant est perdu à jamais était jugée intolérable, non seulement pour la famille proche, mais aussi pour le réseau clanique plus large, du fait que l'adoption d'un enfant ampute le groupe familial et constitue une perte pour la société tout entière». M. O'Collins, *loc. cit.* (note 32 ci-dessus), p. 299.

<sup>37</sup> Voir D. Nding, «L'adoption», dans *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 6, *Droit des Personnes et de la Famille* (Abidjan etc., 1982), p. 415-426.

<sup>38</sup> Voir L. Milliot, *Introduction à l'étude du Droit musulman* (Paris, 1953) p. 395-396. Voir aussi sa note «L'adoption en droit musulman» dans M. Ancel, *L'adoption dans les législations modernes* (Paris, 1958), p. 319-325.

<sup>39</sup> Sourate 33:35 «Mais lorsque Zeid prit un parti et résolu de répudier sa femme, nous te l'unîmes par mariage, afin que ce ne soit pas pour les croyants un crime d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs après leur répudiation. Le précepte divin doit avoir son exécution» (traduction française de M. Kasimirski, Paris 1884, dans le Coran, éditions Crémille et Famot (Genève, 1981)).

<sup>40</sup> Sourate 33: 4/5 «Dieu n'a pas donné deux coeurs à l'homme; il n'a pas accordé à vos épouses le droit de vos mères, ni à vos fils adoptifs ceux de vos enfants. Ces mots ne sont que dans votre bouche. Dieu seul dit la vérité et dirige dans le droit chemin.

Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères, ce sera plus équitable devant Dieu. Si vous ne connaissez pas leurs pères, qu'ils soient vos frères en religion et vos compagnons; vous n'êtes pas coupable si vous ne le savez pas; mais c'est un péché que de le faire sciemment.» (même traduction que dans la note précédente).

South Pacific, east of Tahiti.<sup>32</sup> There is a rich variety of social functions which adoption performs in non-literate societies and, as a result, of its conditions, procedures and effects. Yet there are also recurrent patterns. Continuing the main line of descent of an (extended) family so as to preserve property, in particular land, for that family is a frequent motive. In such cases the interests of the family are clearly preponderant. However, concern for child welfare is also evident and adoption of orphaned children for example is widespread. Very common are adoption practices among relatives or friends which may serve such diverse functions as relieving natural parents who have many children, providing the child with education or extra care, or helping the adopters who are childless or need a girl to help in the home or a boy to look after the cattle. Especially where it serves the purpose of transmission of property, adoption may be an affair of the whole community and require a public statement by the adopters, ceremonies, 'rites de passage'. Secret adoptions are rare in non-literate societies.<sup>33</sup>

29 Generally (there may be exceptions to this: in a number of cultures adoption between strangers is known; adoption may sometimes involve a complete cutting of ties with the natural family) it would seem true that

'in many small scale societies adoption is between relatives; it is not always permanent although this may be the intention at the time of adoption; it does not involve cutting of ties with the birth parents; and may involve continuing or additional inheritance and successional rights'.<sup>34</sup>

This also explains why 'the drawing of hard and fast lines between what does and does not constitute adoption is an extremely difficult task',<sup>35</sup> and why one may sometimes hesitate between defining a customary practice as 'fostering', 'guardianship' or 'adoption'.

Since adoption is firmly entrenched in the whole social fabric of society, it is not surprising that where western-style written adoption laws have been introduced, customary adoption practices have not easily let themselves be forced into the straight-jacket of western models and have often continued despite the imposition of western-style laws.<sup>36</sup>

The transition, it would seem, has been easier in communities such as those of the former French colonies and generally in Latin America where adoption forms were introduced which did not entirely supersede the original family ties (simple adoption). Customary practices in Mali, Senegal, Gabon, Guinea, Burundi and Ivory

Coast could relatively easily be moulded into or characterized as the *adoption simple* of the Code Napoléon.<sup>37</sup> Similarly, in Latin America the existence of simple adoption forms (*adopción simple, adoção simples*) which also do not lead to a complete dissolution of the bonds with the natural family, correspond better with informal arrangements, made especially in rural areas, whereby a child is taken care of by another family without losing its bonds with the natural family (see also *infra* No 48). The general 'relativity' of adoption in the Third World may pose special problems of a trans-cultural nature in the context of intercountry adoptions (see *infra* Nos 121-126).

## 2 The Islamic exception

30 The absence of adoption in most Islamic societies poses another cross-cultural problem. According to the interpretation most broadly prevailing in these societies the Koran introduced a prohibition of the artificial creation of family ties (*nasab*) by *tabanni*, a widespread practice in pre-Islamic times which had led to a complete integration of the child in the new family, including the raising of the same marriage prohibitions as for biological relatives.<sup>38</sup> In fact it was because of those marriage prohibitions that the Prophet at first declined the offer of Zaid, the Prophet's adopted son, who had repudiated his wife so that the Prophet could marry her.<sup>39</sup> When the Prophet finally did marry her, the *tabanni* practice could not be maintained. Consequently, the Koran explicitly provides that adopted sons shall not be held as natural ones and shall not be named after their adopters.<sup>40</sup> Islamic jurists have concluded from this that adoption can also not produce any other effect such as marriage prohibitions and inheritance rights and that indeed it cannot confer the status of a legitimate child – in other words cannot exist in Islamic law. The present position of a number of Islamic countries is illustrated by the following comments of one of these countries, Kuwait, on an early draft of the UN Declaration (*supra* no 11):

'4 With regard to the paragraphs concerning adoption, that practice is, as is well known, forbidden in Islam on account of the confusion of lineage it involves ... These paragraphs can therefore not be accepted. While some features of adoption are to be found in our laws, they are included in the system of foster care which performs its role in the psychological, health, social and educational care of the child with the aim of securing a better life for him in the future and granting him nationality as a basic pre-condition. With regard to the question of names, the child is not registered in the name of his guardian but in another name, in compliance with the

<sup>32</sup> M. O'Collins, 'The influence of western adoption laws on customary adoptions in the Third World', in Ph. Bean (ed.), *Adoption, Essays in Social Policy, Law, and Sociology* (London etc, 1984), p. 288.

<sup>33</sup> One exception is adoption on Mamoluk Atoll, where 'a conspiracy of silence surrounds the adoption and it is considered to be very bad taste to tell a child he is adopted'. See M. Marshall, 'Solidarity or Sterility? Adoption and Fostering on Mamoluk Atoll', in I. Brady (ed.), *Transactions and Kinship* (Honolulu, 1976), p. 78 cited in M. O'Collins, *loc. cit.* (footnote 32), p. 294.

<sup>34</sup> M. O'Collins, *loc. cit.* (*supra* footnote 32), p. 289.

<sup>35</sup> Weinstein, *loc. cit.* (*supra* footnote 21), p. 97.

<sup>36</sup> This was brought out, for example, at the first Australian Conference on Adoption held in 1976. To representatives from Papua New Guinea, Oceania and aboriginal communities in New Zealand and Australia 'the idea that adoption means that a child was lost forever was considered intolerable, not only for the immediate family but for the wider kinship network, as the adoption of the child diminishes the family group and is a loss for the wider society'. M. O'Collins, *loc. cit.* (*supra* footnote 32), p. 299.

<sup>37</sup> See D. Nding, 'L'adoption', in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Tome 6, *Droit des Personnes et de la Famille* (Abidjan etc, 1982), pp. 415-426.

<sup>38</sup> See L. Milliot, *Introduction à l'étude du Droit musulman* (Paris, 1953), pp. 395-396. See also his note, 'L'adoption en droit musulman', in M. Auel, *L'adoption dans les législations modernes* (Paris, 1958), pp. 319-325.

<sup>39</sup> Sura 33:35 'And when Zaid had settled concerning her [i.e. his wife] to divorce her, we married her to thee [i.e. the Prophet], that it might not be a crime in the faithful to marry the wives of their adopted sons, when they have settled the affair concerning them. And the behest of God is to be performed' (translation taken from *The Koran translated from the Arabic* by J. M. Rodwell (London etc, 1943)).

<sup>40</sup> Sura 33: 4-5 'God hath not given a man two hearts within him; neither hath he made your wives whom ye divorce to be as your mothers; nor hath he made your adopted sons to be as your own sons. Such words are indeed in your mouths; but God speaketh the truth, and in the right way He guideth. Name them after their fathers: this will be more right before God. But if ye know not who their fathers are, then let them be your brethren in the faith, and your comrades. And unless made with intent of heart, mistakes in this matter shall be no crime in you: for God is Lenient, Merciful.' (same translation as in previous note).

conformément à l'injonction du Coran «Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères», tout en restant confié aux soins de la famille d'accueil ou de l'Etat.»<sup>41</sup> [Traduction du Bureau Permanent]

Comme on le voit d'après ce passage le point crucial est que la création de liens de filiation artificiels n'est pas tolérée, ce qui ne signifie pas que l'enfant élevé par une autre famille que sa famille biologique reste sans protection juridique. En fait, il importe de noter que la déclaration précitée part de l'idée que l'octroi de la nationalité à un enfant (étranger) constitue une «condition préalable et fondamentale» d'un système efficace de placement familial. La législation de plusieurs pays islamiques renferme des règles détaillées relatives à des modalités de remplacement de la vie familiale telles que la *kafalah* ou *El Dham* (Irak).

Tous les pays islamiques n'excluent pas entièrement l'adoption. En premier lieu, dans des pays comme l'Égypte et la Syrie où l'on applique le système de la loi religieuse personnelle, les Chrétiens peuvent adopter un enfant selon leurs lois. En second lieu, quelques pays islamiques ont introduit l'adoption dans leurs législations. Parmi eux on peut citer la Tunisie (depuis 1958), et l'Indonésie (voir à ce sujet l'Annexe C).

Il convient de noter, pour finir, que la loi islamique admet la reconnaissance de paternité ou de filiation (*al-igrar bil-bununwah*), qui peut aussi être utilisée pour des enfants trouvés d'ascendance inconnue. On n'y voit cependant pas un cas d'adoption, mais d'affirmation de parenté<sup>42</sup>.

#### B Evolution de l'adoption en tant qu'institution sociale – historique

31 L'une des plus anciennes lois écrites, le Code d'Hammurabi (18<sup>ème</sup> siècle av. J.-C.), renferme déjà des dispositions sur l'adoption des enfants, en particulier des enfants trouvés. On notera que le principe suivant lequel «l'intérêt prioritaire de l'enfant est d'être élevé par ses parents naturels» (article 3 de la Déclaration des Nations Unies) est déjà exprimé dans ce Code: le paragraphe 106 dispose que, avant qu'un homme puisse adopter un enfant trouvé, il doit rechercher les parents de l'enfant et, s'il les trouve, leur restituer celui-ci.

Dans la Rome antique l'objet principal de l'adoption était de procurer un héritier à un homme sans enfant pour préserver de l'extinction le lignage familial. Plusieurs empereurs romains (par exemple Tibère et Néron) furent adoptés à cette fin<sup>43</sup>. L'adoption d'enfants impubères fut interdite à une certaine époque et elle ne fut autorisée par la suite qu'à de strictes conditions. La personne adoptée était toujours placée sous la *patria potestas* (puissance paternelle) de l'adoptant et se trouvait dans la même situation qu'un enfant ou un petit enfant issu d'un mariage légitime (*adoptio plena*, c'est-à-dire adoption complète ou plénière). Justinien introduisit un changement fondamental et limita l'*adoptio plena* à l'adoption par un ascendant naturel tel que le grand-père. Pour tous les autres cas il créa l'*adoptio minus plena* (c'est-à-dire l'adoption incomplète ou simple) qui ne portait pas atteinte aux droits de la famille naturelle (c'est-à-dire du père). L'adopté pouvait hériter *ab intestat* de l'adoptant, mais il demeurait sous la *patria*

*potestas* de son père naturel et conservait ses droits d'héritage dans sa famille naturelle<sup>44</sup>. Pendant longtemps, aussi bien dans les cultures juridiques influencées par le droit romain qu'en Scandinavie et en Russie<sup>45</sup>, le but principal de l'adoption a été de fournir des descendants afin de permettre la transmission des biens et, le cas échéant, du patronyme ou du titre. Elle n'existait cependant pas dans la *common law* ni dans tous les systèmes de droit civil<sup>46</sup>.

Dans la tradition hindoue le but principal de l'adoption était d'assurer des avantages spirituels à l'adoptant et à ses ancêtres. La présence d'un enfant (mâle) était indispensable à l'accomplissement des rites funéraires des parents adoptifs. Selon l'ancienne loi hindoue, l'adoption était assortie de nombreuses conditions et, bien que la loi hindoue moderne soit plus souple, à ce jour l'adoption en Inde n'est toujours ouverte qu'aux hindous (voir plus loin le No 47)<sup>47</sup>. Le caractère traditionnellement religieux de l'adoption est manifeste aussi au Népal, où l'une des conditions de l'adoption par des étrangers est que l'enfant ne sera pas converti et que son nom ne sera pas changé<sup>48</sup>.

32 Le Code Napoléon de 1804 marque le début de la modernité législative en matière d'adoption. Contrairement aux vœux de l'empereur<sup>49</sup>, le Code partait d'une conception très stricte de l'adoption. Il abolissait l'adoption des mineurs pour n'autoriser que l'adoption d'adultes qui, dans leur jeunesse, avaient été élevés par les adoptants pendant six années. L'adoptant devait avoir 50 ans et être sans descendance. L'adoption était un contrat, mais il devait être avalisé par le tribunal, qui s'assurait de la situation matérielle et de la réputation de l'adoptant. L'adopté conservait tous ses droits dans sa famille d'origine et n'acquerrait que des droits à la succession et au nom de l'adoptant. Cette situation était défavorable aux enfants sans foyer et en particulier aux enfants abandonnés, et ce n'est qu'après la première guerre mondiale, en 1923, que l'adoption des mineurs est devenue légalement possible.

Le Code Napoléon a inspiré le législateur espagnol qui, en 1889, introduisit l'*adoptio minus plena* dans le Code civil espagnol, mais en l'ouvrant aux mineurs. Le Code Napoléon et le Code civil espagnol ont servi d'exemple aux États d'Amérique latine, par exemple la Colombie, où l'adoption existe depuis 1873.

33 L'adoption plénière aboutissant à une intégration totale ou presque totale dans la nouvelle famille a débuté aux États-Unis, d'abord dans l'état de Massachusetts<sup>50</sup>. L'État de New York, la Californie et d'autres états suivirent.

<sup>44</sup> Voir par exemple R. W. Lee, *The Elements of Roman Law* (Londres, 1956), p. 70-76.

<sup>45</sup> Le *Svod Zakónov* de 1832 énonçait des règles détaillées pour la transmission de titres selon différents types d'adoption pour les nobles, les marchands, les paysans, etc. – ce qui constitue une illustration éloquent de la pratique du 19<sup>ème</sup> siècle consistant à utiliser l'adoption pour renforcer les distinctions de classes existantes plutôt que pour les réduire. Voir M. Ancel, *op.cit.* (note 38 ci-dessus), p. 5.

<sup>46</sup> Voir H. D. Krause, «Creation of Relations of Kinship», dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV, chapitre 6 (La Haye, etc. 1976) No 21.

<sup>47</sup> Voir par exemple P. Diwan, *Private International Law* (New Delhi, 1988), Chapitre 11, Adoption, p. 350.

<sup>48</sup> Voir par exemple la Lettre d'autorisation d'adoption figurant sous le numéro 12A dans le chapitre sur l'Adoption de la Loi du Royaume (Mulki Ain).

<sup>49</sup> Napoléon a la réputation d'avoir défendu la cause des enfants illégitimes; d'une manière plus générale il estimait que «les hommes ont les sentiments qu'on leur inculque. Si donc on forme de bonne heure ceux de l'adopté, il préférera son père adoptif à son père naturel». Voir F. Boulanger, *Droit Civil de la Famille*, tome I, Paris 1990, p. 80.

<sup>50</sup> «La loi du Massachusetts de 1851 est généralement considérée comme le premier texte en matière d'adoption qui tenait expressément compte de l'intérêt de l'enfant et imposait l'approbation par un juge de la convention d'adoption. La loi du Massachusetts exigeait le consentement écrit des parents mariés, de la mère célibataire ou du tuteur légal de l'enfant, le consentement de l'enfant à partir de 14 ans, la souscription par le conjoint de l'adoptant, si celui-ci ou celle-ci était marié, de la demande d'adoption, et la constatation par le juge compétent de ce que les demandeurs étaient «suffisamment capables d'élever l'enfant ... et qu'il était juste et convenable que l'adoption se réalise». L'effet de l'ordonnance d'adoption était de faire de l'adopté l'enfant légal des adoptants «à toutes fins utiles» et de priver les

Koranic injunction "Call them after their true fathers", while he continues to be cared for either by the foster family or the State.<sup>41</sup>

As this passage brings out, the crucial point is the creation of artificial filiation bonds which is not tolerated, but this does not mean that a child who is raised by another family than his biological one remains legally unprotected. Indeed, it is significant that the above statement takes the view that granting nationality to a (foreign) foster child is a 'basic pre-condition' for an effective system of foster care. The legislation of several Islamic countries contain detailed rules on alternative solutions for family care such as *kafalah*, or *El Dham* (Iraq).

Not all Islamic countries exclude adoption altogether. First of all, in countries such as Egypt and Syria where the system of personal religious laws is followed, Christians may adopt a child according to their laws. Secondly, a few Islamic countries have introduced adoption into their laws. Examples include Tunisia (since 1958) and Indonesia (see further Annex C). It should be noted, finally, that Islamic law does recognize acknowledgement of filiation (*al-igrar bil-bununwah*), which may also serve in the case of foundlings of unknown descent. This is not, however, regarded as adoption but as an affirmation of parentage.<sup>42</sup>

#### B Evolution of adoption as a social institution – historical overview

31 One of the oldest written laws, the Codex Hammurabi (18th century B.C.), already contained provisions on the adoption of children, in particular foundlings. Interestingly, the principle that the 'first priority of a child is to be cared for by his or her own parents' (Article 3 of the UN Declaration) is already reflected in that Code: Section 106 provides that before a man can adopt a foundling he must look for the child's parents and if he finds them must restore the child to them.

In ancient Rome the principal object of adoption was to provide a son and heir to a childless man as a means by which the family line was saved from extinction. Several Roman Emperors (e.g. Tiberius, Nero) were adopted for this purpose.<sup>43</sup> The adoption of children who had not reached puberty was at one time prohibited and later allowed only under strict conditions. Adoption always led to the placing of the person to be adopted under the *patria potestas* (parental power) of the adopter and brought a child in the same position as a child, or a grandchild, born in lawful wedlock (*adoptio plena*, i.e. complete or full adoption). Justinian made a fundamental change and limited *adoptio plena* to the case of adoption by a natural ascendant such as a grandfather. For all other cases he created the *adoptio minus plena* (i.e. incomplete or simple adoption) which did not impair the rights of the natural family (i.e. the father). The adopted person acquired intestate inheritance rights from the adopter but remained under *patria potestas* of his natural father and retained inheritance rights in its natural fam-

ily.<sup>44</sup> For a long time, adoption in the legal civilizations influenced by Roman law as well as in Scandinavia and Russia<sup>45</sup> remained a device mainly to produce descendants for purposes of transmission of property and/or name or title. It did not exist, however, in the common law nor in all civil law systems.<sup>46</sup>

In the Hindu tradition the principal object of adoption was to confer spiritual benefit upon the adopter and his ancestors; the presence of a (male) child was necessary for solemnizing the last rites of the adoptive parents. Under the old Hindu law, adoption was surrounded with many conditions and, although modern Hindu law is more flexible, adoption in India is today still only open to Hindus (see further *infra* No 47).<sup>47</sup> The traditional religious character of adoption is also manifest in Nepal where one of the conditions for adoption by foreigners is that the child will not be converted nor his or her name changed.<sup>48</sup>

32 The Code Napoléon of 1804 marked the beginning of modern legislative concerns with adoption. The Code, contrary to the wishes of Napoleon,<sup>49</sup> took a very strict view on adoption. It abolished the adoption of minors only permitting the adoption of adults who in their youth had been cared for by the adopters for six years. The adopter had to be 50 years of age and be without descendants. The adoption was a contract but had to be approved by the court, which checked the substantive conditions and the reputation of the adopter. The adoptee retained all his or her rights in the original family and only acquired successorial rights and the name of the adopter. This situation disfavoured homeless, in particular abandoned children, and it was not until after the First World War, in 1923, that the law made the adoption of minors possible.

The Code Napoléon inspired the Spanish legislator who in 1889 introduced the *adoptio minus plena* in the Spanish Civil Code, but opened it also for minors. The Code Napoléon and the Spanish Civil Code served as an example for Latin-American States, for example Colombia, where adoption was introduced in 1873.

33 Full adoption leading to a complete or almost complete integration in the new family originated in the United States, first in Massachusetts. New York, California and other states followed.<sup>50</sup>

<sup>41</sup> See for example R.W. Lee, *The Elements of Roman Law* (London, 1956), pp. 70-76.

<sup>42</sup> The *Svod Zakonov* of 1832 provided detailed rules for the transmission of titles with varying types of adoptions for noblemen, merchants, farmers, etc. – an eloquent illustration of the 19th century practice of using adoption to reinforce existing class distinctions rather than to bridge them. See M. Ancel, *op. cit.* (*supra* footnote 38), p. 5.

<sup>43</sup> Cf. H. D. Krause, 'Creation of Relations of Kinship', in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. IV, Chapter 6 (The Hague etc, 1976) (No 21).

<sup>44</sup> See for example P. Diwan, *Private International Law* (New Delhi, 1988), Ch. 11, Adoption, p. 350.

<sup>45</sup> See the Letter of Permission for Adoption under Number 12A of the Chapter on Adoption of the Law of the Realm (Mulki Ain).

<sup>46</sup> Napoleon is reputed to have advocated the cause of illegitimate children; more generally he took the view that 'men have the feelings which are instilled into them. Thus if an adopted son's feelings are shaped at an early age, he will prefer his adoptive father to his biological father'. See F. Boulanger, *Droit Civil de la Famille*, Tome I, Paris 1990, p. 80.

<sup>47</sup> '[T]he Massachusetts law of 1851 is generally considered to be the first adoption statute to expressly take into account the interests of the child, and to require that an adoption agreement be approved by a judge. The Massachusetts law required the written consent of the child's married parents, unwed mother or legal guardian, the consent of the child if 14 or older, the joining of the adopter's spouse, if any, in the adoption petition, and the finding by the probate judge that the petitioners are 'of sufficient ability to bring up the child ... and that it is fit and proper that such adoption should take effect'. The effect of the adoption decree was to make the child a legal child of the adopters 'to all intents and purposes' and to deprive the biological parents of all legal rights and obligations respecting the child. The adoptive parents thus became solely responsible for the support and care of the

<sup>41</sup> See UN General Assembly Document A/38/389 of 6 October 1983, p. 23.

<sup>42</sup> See, for example, Articles 361-364 of the Egyptian Code of 1875 on Personal Status and Inheritance according to the Hanefitic rites.

<sup>43</sup> The practice later developed into a mere political act, see M. Ancel *op. cit.* (*supra* footnote 38), p. 4.

De manière générale, cependant, et bien que l'adoption eût existé *de facto* dans de nombreuses sociétés, «ce n'est qu'après la première guerre mondiale que, sous la pression de l'opinion publique et en vue de régulariser de nombreuses situations *de facto* [en particulier les adoptions *de facto* d'orphelins de guerre], plusieurs pays ont promulgué leur première loi en matière d'adoption ou ont révisé les lois existantes»<sup>51</sup>. Les lois passées en la matière par plusieurs *dominions* (par exemple la Colombie britannique (1920), la Tasmanie (1920), le Québec (1924)) ont exercé une influence sur l'*English Adoption of Children Act 1926* qui a entraîné à son tour la promulgation de lois sur l'adoption dans d'autres parties de l'empire britannique. A l'origine, l'acte de 1926 n'accordait à l'adopté aucun droit sur la succession de l'adoptant; par la suite, des amendements assimilèrent la situation de l'adopté à celle d'un enfant légitime.

En France il fallut attendre 1939 pour que l'adoption pleine et entière fût introduite: ce fut la légitimation adoptive, spécialement conçue pour intégrer les petits enfants abandonnés et orphelins dans la famille adoptive. D'autres Etats européens suivirent et, en 1945, l'Uruguay fut le premier Etat d'Amérique latine à introduire l'adoption plénière dans ses lois.

## C L'adoption dans les sociétés industrialisées

### 1 Aspects sociaux

34 La deuxième guerre mondiale et ses conséquences ont rendu très aigu le problème des enfants sans famille, ce qui n'a fait que renforcer la nouvelle conception de l'adoption comme «moyen unique de faire bénéficier de relations parentales les enfants privés de leurs parents naturels»<sup>52</sup>. Il a cependant fallu un certain temps avant que cette idée nouvelle soit largement acceptée. Au début des années soixante, lorsque la Conférence de La Haye a commencé à préparer sa Convention sur l'adoption, les Pays-Bas venaient tout juste d'introduire l'adoption dans leur législation (1956), et cette institution n'existait toujours pas au Portugal (où elle ne fut introduite qu'en 1966). Dans les premières années qui ont suivi la deuxième guerre mondiale le débat public portait plus sur la raison d'être de l'institution elle-même, toujours appréhendée comme une imitation juridique de la naissance naturelle (avec ce résultat qu'au moment de l'adoption le certificat de naissance originel était détruit et remplacé, avec effet rétroactif, par un nouveau document), plutôt que sous l'angle de ses effets sociaux et psychologiques. L'adoption s'entourait de secrets et de tabous. L'adoption d'un enfant par un parent biologique et, en général, par des membres de la famille, auquel cas le parent par le sang ne pouvait rester inconnu, ne concordait pas avec ce schéma. La préparation des enfants, de leurs familles biologiques et des adoptants potentiels demeurait rudimentaire. La recherche sociale et psychologique sur le sujet de l'adoption n'allait pas très loin et l'on savait peu de chose de la manière dont l'adoption agissait sur les esprits et les

coeurs des intéressés, ni comment elle affectait la société en général<sup>53</sup>.

35 Vers 1960, au moment où l'Etat providence s'est solidement imposé dans beaucoup de pays industrialisés, l'adoption a commencé à être envisagée dans le cadre de la famille et de la protection et du bien-être de l'enfant. Le cycle d'étude de Leysin, tenu en 1960 sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, peut être considéré rétroactivement comme un événement majeur qui a renforcé cette conception naissante de l'adoption, axée sur la protection de l'enfant. Ladite conception a inspiré les travaux législatifs aussi bien internationaux (Conseil de L'Europe et Conférence de La Haye) que nationaux. La quasi-totalité des pays industrialisés ont commencé à revoir leur législation en matière d'adoption en plaçant de plus en plus l'accent sur l'intérêt de l'enfant, et cette évolution se poursuit à ce jour. D'un côté il en est résulté une plus grande souplesse, aussi bien pour les types autorisés d'adoption (plénière) (adoption par des membres de la famille, par des beaux-parents, par un père ou une mère célibataire), que pour les conditions de fond, concernant par exemple les âges limites ou les différences d'âges prescrites par la loi<sup>54</sup>, ou encore l'exigence légale d'absence d'enfants biologiques des adoptants; tout d'abord cette souplesse s'est aussi étendue aux conditions de révocation de l'adoption, mais plus récemment la tendance est d'exclure totalement la révocation. D'un autre côté l'instauration de l'Etat providence s'est traduite par un contrôle renforcé des procédures d'adoption par les autorités gouvernementales, qui s'est également appliquée aux autres moyens de procurer une famille aux enfants privés de leurs propres parents, et en particulier au placement familial<sup>55</sup>.

### 2 Aspects psychologiques

36 Sous l'influence de la psychologie et des autres sciences sociales on connaît mieux aujourd'hui les problèmes psychologiques spécifiques auxquels donnent lieu les solutions de remplacement de la vie familiale et, plus spécialement, l'adoption. Désormais, les experts s'accordent en général à reconnaître que, pour que l'adoption réussisse à longue échéance, des conditions particulières doivent être remplies, et une préparation et l'appui de conseillers s'imposent non seulement avant, mais aussi après le placement de l'enfant.

Cela est vrai notamment dans les cas où un enfant d'un certain âge est adopté ou lorsqu'il présente un handicap émotionnel, mental ou physique – dans divers pays les couples, avec ou sans enfant, et les personnes seules, se montrent de plus en plus disposés (parfois grâce à l'incitation d'abattements fiscaux et de prestations gouvernementales d'assistance à l'adoption) à accueillir des enfants déjà âgés ou éventuellement handicapés<sup>56</sup>.

37 L'adoption nécessite de la part de l'enfant un «effort de reconstruction» durable – en particulier s'il s'agit d'un enfant d'un certain âge qui a une histoire sociale et psychologique et pas seulement une histoire géné-

<sup>50</sup> (suite) parents biologiques de tous droits et obligations juridiques à l'égard de l'enfant. Les parents adoptifs avaient donc désormais la seule responsabilité de pourvoir aux besoins et à l'éducation de l'enfant et acquerraient simultanément le droit à la garde et aux services de l'enfant. «Introduction to Adoption Law and Practice» dans J.H. Hollinger, *Adoption Law and Practice* (New York, etc., 1989), p. 1-22 – 1-23. On notera cependant que la loi du Massachusetts et d'autres lois anciennes des Etats étaient ambiguës au sujet des droits d'héritage de l'adopté.

<sup>51</sup> Voir *Adoption and Foster Placement of Children*, op.cit. (note 13 ci-dessus), p. 2.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Voir, à titre général, *Cycle d'étude européen sur l'Adoption entre pays*, Leysin, Suisse, 22-31 mai 1960, Réunion organisée sous les auspices des Nations Unies, UN/TAO/SEM/1960/Rep.2.

<sup>54</sup> Des mémoires de recherche confirment que l'âge des parents adoptifs était «sans rapport significatif avec les mesures de l'adaptation de l'enfant ni avec les évaluations de la qualité de l'environnement parental», voir Weinstein *loc.cit.* (note 21 ci-dessus), p. 66.

<sup>55</sup> Voir, de façon générale, L. Salgo, *Pflegekindschaft und Staatsintervention* (Darmstadt, 1987).

<sup>56</sup> Voir par exemple G. O'Hara, *Placing children with special needs for adoption – recruitment, selection and support*, extrait d'un mémoire présenté à la Conférence internationale sur l'Adoption d'aujourd'hui, Athènes 6-9 juillet 1987. Voir aussi C. Godde, *Hard to Place*, résumé de l'allocation présentée lors de la Conférence d'experts d'organisations non gouvernementales sur la mise en oeuvre de la Déclaration des Nations Unies du 3 décembre 1986, Vienne, 10 et 11 juin 1987.

Generally, however, although adoption existed *de facto* in many societies, 'it was only after the First World War that, under pressure of public opinion and with a view to regularizing numerous *de facto* situations [in particular *de facto* adoptions of orphaned war children], several countries promulgated their first adoption laws, or revised existing laws'.<sup>51</sup> The adoption laws enacted in several dominions (e.g., British Columbia (1920), Tasmania (1920), Quebec (1924)) influenced the English Adoption of Children Act 1926 which in turn led to the promulgation of adoption laws in other parts of the British Empire. In the beginning the 1926 Act did not confer upon the adoptee any inheritance rights against the adopter; later amendments assimilated the adoptee's position to that of a legitimate child.

In France it took until 1939 before full adoption was introduced: the *légitimation adoptive*, specially designed to fully integrate the small abandoned and orphaned children into the adoptive family. Other European States followed, and Uruguay in 1945 was the first Latin-American State to introduce full adoption into its laws.

### C Adoption in industrialized societies

#### 1 Social aspects

34 The Second World War and its consequences made the problem of parentless children very acute and this in turn reinforced the new conception of adoptions as 'a unique means of providing parental relationships for children deprived of their natural parents'.<sup>52</sup> Still it took some time before this new idea acquired large acceptance. By the early 1960s when the Hague Conference started preparing its Adoption Convention, the Netherlands had only recently introduced adoption into its laws (1956), while it still did not exist in Portugal (here adoption was introduced in 1966 only). In the early years after the Second World War public debate focused more on the *raison d'être* of the institution itself, which was still very much seen as a juridical imitation of the natural birth of the child (with the result that on adoption the original birth certificate was destroyed and replaced, with retroactive effect, by a new one), than on its social and psychological effects. Adoption was surrounded with secrecy and taboo. Adoption of a child by a biological parent and, generally, adoption by relatives, in which case the biological parent could not remain undisclosed, did not fit into this pattern. Preparation of children, their biological families and the prospective adopters for adoption was not well advanced. Social and psychological research on adoption was limited and little was known on how adoption affected the minds and

hearts of those involved and how it affected society in general.<sup>53</sup>

35 Around 1960, when the welfare state gained a firm foothold in many industrialized countries, adoption started to be considered within the framework of family and child protection and welfare. The Leysin seminar sponsored by the United Nations in 1960, may be seen in retrospect as a major event which reinforced this emerging new child-welfare oriented view on adoption. It inspired legislative work both on the international plane (Council of Europe and Hague Conference) and at the national level. Practically all industrialized countries started revising their adoption laws so as to make them more child-oriented, a development which is still continuing. On the one hand this has led to a broader flexibility both as to permitted types of (full) adoption (adoption by relatives, step-parent adoption, single parent adoption) and as to the substantive conditions for adoption, e.g. statutory age limits and age differences<sup>54</sup> or the statutory requirement of absence of biological children of the adopters; at first this flexibility also extended to the conditions for revocation of adoption, but more recently the trend has been towards excluding revocation altogether. On the other hand the welfare state has led to greater control by governmental authorities over the adoption procedure; this control has also been extended to alternative means of providing family care for children deprived of their own parents, in particular foster care.<sup>55</sup>

#### 2 Psychological aspects

36 Under the influence of psychology and other social sciences insight has grown into the specific psychological problems to which substitute family care and, more specifically, adoption may give rise. There is now wide agreement among experts in the field that in order for adoption to be successful in the long term, specific requirements must be met and that preparation and counselling not only before but also after the placement of the child are necessary.

This is true in particular of course in those cases where an older child is adopted or where the child has an emotional, mental or physical handicap; in a number of countries there is a growing willingness (sometimes encouraged by tax allowances and governmental adoption assistance benefits) among couples, both without and with children, and single persons, to provide a home for older and/or handicapped children.<sup>56</sup>

37 Adoption requires a lasting 'reconstructional effort' on the part of the child – especially in the case of older children who have a previous social and psychological history and not merely a genetic one – in order to over-

<sup>50</sup> (continuation) child, while at the same time acquiring the right to the child's custody and services.' J. H. Hollinger, 'Introduction to Adoption Law and Practice' in J. H. Hollinger, *Adoption Law and Practice*, (New York etc. 1989), pp. 1-22 – 1-23. It should be noted, however, that the Massachusetts and other early State laws were ambiguous with respect to rights of inheritance of the adoptee.

<sup>51</sup> See *Adoption and Foster Placement of Children*, op. cit. (supra footnote 13), p. 2.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> See generally, *European Seminar on Intercountry Adoption*, Leysin, Switzerland, 22-31 May 1960, a meeting sponsored by the United Nations, UN/TAO/SEM/1960/Rep.2.

<sup>54</sup> Research studies confirmed that the age of the adoptive parents was 'not significantly related to either measures of the child's adjustment or evaluations of the quality of parental care'. see Weinstein *loc. cit.* (supra footnote 21), p. 66.

<sup>55</sup> See, generally, L. Salgo, *Pflegekindschaft und Staatsintervention* (Darmstadt, 1987).

<sup>56</sup> See, for example, G. O'Hara, *Placing children with special needs for adoption – recruitment, selection and support*, extract from paper presented to the International Conference on Adoption Today, Athens 6-9 July 1987. See also C. Godde, *Hard to Place*, paper presented to the NGO Expert Meeting on the Implementation of the UN Declaration of 3 December 1986, Vienna 10-11 June 1987.

tique – pour surmonter la perte de ses parents naturels, nouer de nouveaux liens avec les parents adoptifs et se bâtir une nouvelle identité. On se rend de plus en plus compte que le facteur temps joue un très grand rôle en la matière et qu'à mesure que l'enfant se développe la formation de son identité traverse diverses étapes au cours desquelles il est tour à tour très intéressé par son origine ou s'en désintéresse totalement, parfois acceptant et parfois rejetant ses racines différentes. Les parents adoptifs doivent s'y adapter et forger en même temps leur propre identité en tant que parents adoptifs. Enfin les parents biologiques traversent un processus de perte de leur enfant qui peut revêtir des formes très diverses; parfois l'abandon d'un enfant peut donner naissance à un sentiment de privation au bout de nombreuses années<sup>57</sup>.

Les enseignements de la recherche<sup>58</sup> et de l'expérience concrète incitent de plus en plus à informer l'enfant non seulement du fait de son adoption, mais aussi de ses antécédents familiaux, contrairement à la pratique antérieure du «secret des dossiers»<sup>59</sup>. Un premier pas a été franchi pour établir une certaine communication (y compris des droits de visite) avec les parents biologiques – habituellement la mère – pour permettre en un mot des adoptions plus «ouvertes», par opposition à «exclusives». Cette pratique nouvelle revêt naturellement une importance particulière dans le cas d'enfants âgés que peut tourmenter la question: pourquoi ma mère ou mon père se sont-ils débarrassés de moi?

Une autre nouvelle tendance de la psychologie (appliquée) est de miser davantage sur la capacité de croissance inhérente des participants au processus d'adoption. Naguère l'attention était exclusivement fixée sur la dépendance psychologique de l'enfant, son besoin de protection et les angoisses des parents adoptifs. Plus récemment l'intensité des réactions de l'enfant et l'aptitude des parents adoptifs à réagir aux situations de conflits commencent à être reconnues comme constituant des atouts précieux intervenant puissamment dans le processus d'adaptation<sup>60</sup>.

### 3 L'adoption indépendante et l'adoption par l'intermédiaire d'une institution

38 Dans de nombreux pays on tend de plus en plus à décourager les adoptions indépendantes (qualifiées aussi de «directes», de «privées» ou d'adoptions «provoquées par les parents») et de recommander l'entremise d'organismes spécialisés<sup>61</sup>. La tendance est aussi à la réglementation publique de ces institutions. Dans de nombreux pays d'Europe et dans plusieurs états des

<sup>57</sup> Des recherches fondamentales ont été effectuées dans ce domaine, par H. D. Kirk entre autres, qui a formulé l'hypothèse de la reconnaissance, par opposition au rejet, des différences. D'après Kirk, les parents adoptifs souffrent d'un «handicap inhérent à leur rôle» qui résulte d'une idéalisation de la parenté naturelle et de l'idée que l'adoption serait un substitut inférieur. Reconnaître les différences qui caractérisent la situation de parents adoptifs conduira à une relation adoptive plus satisfaisante que si l'on rejetait ces différences. Voir H. D. Kirk, *Shared Fate: A Theory of Adoption and Mental Health* (New York, 1964).

<sup>58</sup> Voir en plus de Kirk (note précédente) par exemple A. Sorosky, A. Baran et R. Pannor, *The Adoption Triangle* (New York, 1979).

<sup>59</sup> Le changement se produit plus lentement dans certains pays que dans d'autres. En Angleterre et au Pays de Galles, par exemple, le secret est levé depuis 1975 (en Ecosse depuis 1925), alors qu'aux États-Unis la plupart des états n'autorisent la consultation des dossiers que si un tribunal y trouve une «raison suffisante» («good cause») bien qu'il existe une tendance à une plus grande ouverture, voir le No 108 ci-après.

<sup>60</sup> Voir, par exemple, G. Hallén, *Adoption in a Conflict and Development Perspective*, Résumé en anglais d'une dissertation, Institut pédagogique, Université de Stockholm, 1981.

<sup>61</sup> Aux États-Unis cependant, il semble que la tendance se soit récemment inversée. Les adoptions indépendantes se font plus nombreuses, et l'une des raisons principales en est «la réponse relativement inadéquates des professionnels des services sociaux... dont on pourrait normalement croire qu'ils résisteraient à l'intervention croissante d'intermédiaires indépendants» de l'adoption et à la création d'un «marché des bébés» où les besoins des parents adoptifs et les aspects financiers comptent plus que la nécessité de procurer un foyer aux enfants». W. Pierce, *Independent Adoptions and the 'Baby Market'*. Extrait, *International Conference Adoption Today: Development and Perspectives*, Athènes, 6-9 juillet 1987, p. 24.

États-Unis, par exemple, les personnes privées ne sont pas autorisées à jouer le rôle d'intermédiaires. Les règles posées par la loi représentent bien entendu des normes minimum et de nombreuses institutions se sont fixées des règles de conduite plus rigoureuses.

L'un des facteurs qui explique le rôle accru des institutions est que l'on se fait désormais une idée plus exigeante de l'adoption<sup>62</sup>, qui suppose une détermination plus soignée des besoins de l'enfant (par des études approfondies), ainsi que des enquêtes plus minutieuses sur les foyers des adoptants futurs, le contrôle après placement de la famille adoptive, les services dispensés aux parents biologiques et diverses prestations postérieures à l'adoption. Le rôle accru du contrôle de l'État procède d'une part du souci de lutter contre les pratiques irrégulières – en particulier la recherche du profit – et d'autre part de la philosophie de l'action sociale qui tend à attribuer la responsabilité de la supervision à l'État.

### 4 Adoptions transculturelles et interethniques

39 L'adoption d'enfants appartenant à des minorités ethniques – noire, hispanique ou amérindienne aux États-Unis, amérindienne au Canada et aborigène en Australie – peut être perçue comme marquant une transition entre l'adoption traditionnelle monoculturelle et monoethnique à l'intérieur d'un même pays et l'adoption transfrontière actuelle qui, le plus souvent, comporte aussi un élément transculturel ou interethnique.

40 Aux États-Unis, dans un climat général de sympathie pour les aspirations afro-américaines, plusieurs milliers d'enfants noirs furent placés dans des familles blanches au cours des années soixante. Toutefois,

«malgré l'appréciation positive portée par la plupart des chercheurs sur l'adoption transraciale, l'adoption d'enfants noirs par des familles blanches a spectaculairement reculé au cours des dix dernières années. Une vigoureuse prise de position de la *National Association of Black Social Workers*, faite en 1972, et décrivant l'adoption transraciale comme une forme de génocide, a contribué à déclencher une reconsidération des placements transraciaux ...

Les problèmes rencontrés dans le domaine du placement transraciel traduisent des modifications plus profondes dans les attitudes des noirs et des blancs au sujet du caractère que devraient avoir les relations interraciales en Amérique et des politiques propres à produire des changements. Tous ceux qui sont appelés à s'occuper du placement d'enfants afro-américains restent cependant d'accord sur un point, à savoir que l'effort principal, pour le placement de ces enfants, doit s'inscrire dans le cadre de la communauté afro-américaine. Des progrès appréciables ont été réalisés pour accroître l'aptitude des institutions à placer des enfants noirs dans des foyers noirs au cours des dix dernières années.»<sup>63, 63a</sup>

Dans le même ordre d'idées, l'adoption par des non-Indiens d'enfants indigènes nés dans des communautés amérindiennes est une question très controversée aux États-Unis. Dès lors qu'il est apparu que l'adoption

<sup>62</sup> Comme l'a dit un chercheur, l'adoption «est de plus en plus un vocable simple qui recouvre une institution sociale complexe». P. Hepworth, *Foster Care and Adoption in Canada*, Ottawa 1986, p. 177.

<sup>63</sup> A. R. Silverman et D. E. Weitzman, «Nonrelative Adoption in the United States: A Brief Survey» dans R. A. C. Hoksbergen et S. D. Gokhale (éd.), *Adoption in Worldwide Perspective* (Lisse, etc., 1986), p. 6 (notes de bas de page supprimées).

<sup>63a</sup> L'idée selon laquelle des enfants noirs ne devraient pas être placés dans des foyers blancs a également eu un grand impact au Royaume-Uni, où cette idée est partagée par les autorités locales responsables en matière d'adoption et a influencé des jugements récents, voir par exemple *Family Division*, 16 mars 1989, *Re N (A Minor)(Adoption)* [1990] 1 FLR 58 et *Court of Appeal* 23 août 1989, *Re P (A Minor)(Adoption)* [1990] 1 FLR 96.

come the loss of his or her natural parents, to form new bonds with the adoptive parents and to build a new identity for him- or herself. There is a growing awareness that the time factor plays a very important role here and that, as the child develops, the process of its identity building goes through various stages where the child is by turns very interested in his origin and not interested at all, alternately accepting and rejecting his different roots. The adoptive parents have to attune themselves to this process and at the same time build their own identity as adoptive parents. Finally, the biological parents go through a process of loss of their child which may take very different forms; sometimes abandonment of a child may give rise to feelings of loss many years later.<sup>57</sup> In the light of research<sup>58</sup> and practical experience there is now a growing tendency to inform the child not only of the fact of his/her being adopted but also about his/her family background as opposed to the practice of 'sealed records'.<sup>59</sup> A beginning has been made to establish some form of communication (including visitation rights) with the biological parents – usually the biological mother – in short towards more 'open' as opposed to 'exclusive' adoptions. This new practice is of course particularly important in the case of older adopted children, who may be wrestling with the question: why did my mother/father put me away?

Another new trend in (applied) psychology is the greater emphasis on the inherent capacity for growth of the participants in the adoption process. In the past attention was often focused solely on the child's psychological dependency, its need for protection and on the anxieties of the adoptive parents. More recently the strength of the child's reactions and the adoptive parents' preparedness for conflict have started to become acknowledged as valuable and empowering components in the adjustment process.<sup>60</sup>

### 3 Independent adoption and agency adoption

38 There is a growing tendency in many countries to discourage independent adoptions (also referred to as 'direct', 'private' or 'parent-initiated' adoptions) and to promote the intermediary services of adoption agencies.<sup>61</sup> The trend is also to regulate these agencies through government authorities. In many European countries and a number of us states, for example, pri-

<sup>57</sup> Fundamental research work in this field has been done, for example, by H. D. Kirk who formulated the hypothesis of acknowledgment versus rejection of differences. According to Kirk, adoptive parents have a 'role handicap' stemming from the romanticization of natural parenthood and the view that adoption is an inferior alternative. Acknowledgment of the differences involved in being an adoptive parent will lead to a more satisfactory adoptive relationship than rejecting those differences. See H. D. Kirk, *Shared Fate: A Theory of Adoption and Mental Health* (New York, 1964).

<sup>58</sup> See in addition to Kirk (previous footnote), for example, A. Sorosky, A. Baran and R. Pannor, *The Adoption Triangle* (New York, 1979).

<sup>59</sup> The change is taking place more slowly in some countries than in others. In England and Wales, for example, records have been unsealed since 1975 (in Scotland they have been unsealed since 1925) whereas in the United States most states allow access to records only upon a judicial finding of 'good cause', although there is a trend towards more openness (see *infra* No 108).

<sup>60</sup> See, for example, G. Halldén, *Adoption in a Conflict and Development Perspective*, English summary of a dissertation, Institute of Pedagogy, University of Stockholm, 1981.

<sup>61</sup> In the United States, however, it would seem the trend recently has been the opposite way. Independent adoptions are growing, one major reason for this being 'the relatively inadequate response by social service professionals ... who would otherwise be expected to resist continued expansion by "independent" facilitators of adoption and the creation of a "baby market" which focuses more on the needs of adoptive parents and monetary contributions than the needs of children for homes'. W. Pierce, *Independent Adoptions and the 'Baby Market'*, abstract, International Conference Adoption Today: Developments and Perspectives, Athens, 6-9 July 1987, p. 24.

vate individuals may not act as intermediaries. The statutory rules are of course minimum standards and many agencies have established for themselves more severe rules of conduct.

One factor which explains the increased role of agencies is the more sophisticated views on adoption<sup>62</sup> which demand more careful determination of the needs of the child (through child studies) than in the past as well as more careful home studies of the prospective adopters, post-placement supervision of the adoptive family, services to the biological parents and various post-adoption services. The increased role of State control stems on the one hand from concern over irregular practices – in particular profit-making – and on the other hand from the welfare state philosophy which tends to attribute a supervising responsibility to the State.

### 4 Transcultural and interethnic adoptions

39 Adoption of ethnic minority children – such as black, hispanic and native Indian children in the United States, of native Indian children in Canada, and of Aboriginal children in Australia – may be seen as a transition from the traditional mono-cultural and mono-ethnic in-country adoption towards intercountry adoption in its present form which, more often than not, also involves a cross-cultural and cross-ethnic element.

40 In the United States, as a result of the general climate of sympathy for Afro-American aspirations, several thousands of black children were placed with white families in the sixties. However,

'[d]espite the positive evaluation given to transracial adoption by most research, the adoption of black children by white families has been dramatically reduced in the last decade. A strong statement in 1972 by the National Association of Black Social Workers describing transracial adoption as a form of genocide helped to generate a reconsideration of transracial placements ... The problems in transracial placement reflect broader changes in black and white attitudes about the desirable form of American race relations and the appropriate policies to bring these changes about. One point on which all concerned with the placement of Afro-American children remain agreed, however, is that the principal effort in placing these children must be made within the Afro-American community. Substantial progress has been made in increasing the ability of agencies to place black children in black homes in the last decade.'<sup>63 63a</sup>

Similarly, adoption of native children who have been born in American Indian communities by non-Indians is a highly controversial issue in the United States. After it had been evidenced that the adoption of American Indi-

<sup>62</sup> As one researcher observes, adoption 'is increasingly a simple term for a complex social institution'. P. Hepworth, *Foster Care and Adoption in Canada*, Ottawa 1986, p. 177.

<sup>63</sup> A. R. Silverman and D. E. Weitzman, 'Nonrelative Adoption in the United States: A Brief Survey', in R. A. C. Hoksbergen and S. D. Gokhale (eds.), *Adoption in Worldwide Perspective* (Lisse etc, 1986), p. 6 (footnotes omitted).

<sup>63a</sup> The idea that black children should not be placed with white families has also had a strong impact in the United Kingdom, where it is shared by most local authorities responsible for adoption matters, and has influenced recent court decisions. see, for example, Family Division, 16 March 1989, *Re N (A Minor)* (Adoption) [1990] 1 FLR 58, and Court of Appeal, 23 August 1989, *Re P (A Minor)* (Adoption) [1990] 1 FLR 96.

d'enfants amérindiens dans des foyers non indiens causait des problèmes sérieux, non seulement aux enfants et à leurs parents, mais plus particulièrement aux tribus, le Congrès a adopté l'*Indian Child Welfare Act* (ICWA) de 1978 qui attribue notamment aux juridictions tribales une compétence exclusive à propos de toute procédure d'adoption intéressant un enfant indien «résidant ou domicilié» dans la réserve d'une tribu<sup>64</sup>.

41 Le Canada et l'Australie ne disposent pas d'une législation comparable à l'ICWA, mais on s'y préoccupe beaucoup de l'adoption d'enfants indiens et aborigènes. En 1985 le Parlement de l'Ontario a adopté le *Children and Families Services Act* qui spécifie que dans les procédures d'adoption «l'importance, considérant le caractère unique de la culture, de l'héritage et des traditions des communautés indiennes et indigènes, qu'il y a à préserver l'identité culturelle de l'enfant»<sup>65</sup> doit être prise en considération pour se prononcer sur ce qui correspond le mieux à son intérêt. Cette loi reconnaît également l'existence de la méthode coutumière d'éducation constituée par «les soins et la garde d'un enfant indien ou indigène par une personne qui n'est pas le parent de l'enfant, selon la coutume du terroir ou de la communauté natale de l'enfant»<sup>66</sup>. Une conséquence manifestement importante de cette prise de position est qu'un enfant élevé ne peut être adopté par d'autres. D'autres provinces canadiennes, de même que le Gouvernement fédéral, étudient des mesures diverses destinées à mieux protéger les enfants indigènes en matière d'adoption et de bien-être de l'enfance<sup>67</sup>.

42 En Australie, les aborigènes ont pris l'initiative afin que soient reconnus les abus dont leurs communautés sont victimes et les besoins spéciaux de leurs enfants. En 1975 la Cour suprême du Territoire du Nord a répondu à ces préoccupations<sup>68</sup> et plusieurs états et territoires, ainsi que le Gouvernement fédéral, ont élaboré ou élaboreront des lois destinées à mieux protéger les enfants aborigènes et à respecter les valeurs aborigènes, par exemple en cessant d'ignorer les mariages *de facto* traditionnels, et en donnant la préférence pour le placement d'enfants aborigènes à un parent, à un membre de la famille élargie de l'enfant ou à d'autres membres de la communauté aborigène<sup>69</sup>.

## 5 Substituts de l'adoption

### a Placement dans des familles nourricières

43 Il est de plus en plus largement admis, dans le monde entier, qu'une bonne protection de l'enfance

«commence dans la famille, pour passer ensuite par la prévention et un travail sérieux de restauration de la personnalité pour les enfants bénéficiant d'une aide publique, avant que, finalement, une solution «permanente» en dehors de la famille naturelle ne soit envisagée»<sup>70</sup>. Il en résulte que la prise en charge permanente d'un enfant hors de sa famille – par adoption, placement familial ou institutionnel – ne devrait venir qu'en dernier ressort, une fois franchies toutes les étapes préalables; elle n'est légitime que si la famille d'origine a bénéficié de bonne heure d'une assistance adéquate et efficace. Quant au choix entre l'adoption et le placement familial d'une part, et le placement dans une institution d'autre part, on s'accorde aussi généralement à dire que «le placement d'enfants dans des familles nourricières ou adoptives est à préférer au placement institutionnel, à moins que les besoins particuliers d'un enfant n'exigent des soins dispensés de préférence dans des établissements spécialisés»<sup>71</sup>.

Ces conceptions se retrouvent aujourd'hui dans la Déclaration des Nations Unies, et en particulier dans ses articles 3 et 4. Les pays occidentaux sont généralement parvenus à mettre en oeuvre ces principes, au moins dans une certaine mesure; les pays en développement y rencontrent de beaucoup plus grandes difficultés en raison des problèmes économiques, sociaux et culturels auxquels ils ont à faire face (voir D ci-après, ainsi que le Chapitre III, B).

43A Dans bien des pays occidentaux on avait l'habitude de considérer l'adoption et le placement familial comme s'excluant mutuellement, en particulier à l'époque où l'on insistait sur le caractère confidentiel de l'adoption. A mesure que l'on a adopté une attitude plus ouverte à l'égard de celle-ci, il est apparu légitime et même préférable qu'après un certain temps les parents nourriciers demandent à adopter l'enfant; le placement familial a semblé être un pont non seulement vers la famille biologique, mais aussi vers l'adoption. En dernier lieu l'adoption et le placement familial ont tendance à converger, comme le montrent, par exemple, la prise de conscience plus grande de l'importance de l'identité pour les enfants adoptifs et nourriciers, les subventions publiques pour les deux types de placement et la réglementation par la loi du placement familial à long terme<sup>72</sup>. La Déclaration des Nations Unies (Chapitre B) et la Recommandation No R(87)6 du Comité ministériel du Conseil de l'Europe en date du 20 mars 1987, portant sur les familles nourricières, sont des illustrations de cette tendance.

### b La reproduction artificielle

44 Les progrès de la science médicale ont permis de mettre au point toute une série de techniques de reproduction qui ouvre à de nombreux couples stériles la possibilité de devenir parents sans avoir à prendre en nourrice ou à adopter un enfant. Certaines de ces techniques, telle que la fécondation *in vitro*, visent à permettre aux couples de concevoir un enfant lié génétiquement aux deux parents. En pareil cas il n'est pas douteux que les membres du couple sont les parents légaux de l'enfant ainsi engendré. Dans d'autres formes de conception artificielle, un troisième (voire un quatrième) parent biologique doit intervenir dans le processus. On en donnera pour exemple l'insémination artificielle par un dona-

<sup>64</sup> Dans un arrêt récent, la Cour suprême des Etats-Unis a jugé (par 6 voix contre 3) qu'un tribunal de l'Etat du Mississippi n'était pas compétent pour se prononcer sur l'adoption de jumeaux indiens par un couple non indien bien que les enfants fussent nés hors de la réserve et n'y eussent jamais résidé; elle a conclu que les jumeaux y étaient «domiciliés» au sens de la disposition de l'ICWA prévoyant une compétence tribale exclusive, laquelle doit être déterminée conformément à une norme fédérale uniforme et non selon des critères étatiques variables, attendu que les parents étaient domiciliés dans la réserve et que ce domicile détermine traditionnellement celui des enfants.

Une circonstance poignante de cette affaire était que les parents biologiques des bébés jumeaux avaient consenti d'avance à l'adoption par écrit et, une fois l'adoption contestée par la tribu, avaient réaffirmé leur souhait de voir les deux enfants adoptés par le couple désireux de les prendre en charge. La mère biologique s'était même arrangée pour que les jumeaux naussent en dehors de la réserve. Selon la minorité à la Cour suprême, celle-ci avait dû respecter le désir exprimé des parents biologiques de se voir appliquer les procédures d'adoption du tribunal de l'Etat. *Mississippi Band of Choctaw Indians, appellant c. Orrey Curtis Holyfield, et ux.*, J.B., mère naturelle, et W.J., père naturel, 109 S.Ct. 1597 (3 avril 1989).

<sup>65</sup> S. 37(4), 130(3).

<sup>66</sup> S. 191.

<sup>67</sup> Voir le Résumé comparatif dans *Law Reform Commission (Australienne), The Recognition of Aboriginal Customary Law*, Rapport 31, vol. 1, Canberra 1986.

<sup>68</sup> «In the Matter of Freddie», Cour suprême du Territoire du Nord, No AC48, repris dans *Australian Child and Family Welfare*, vol. 2, No 6, p. 19-23, mentionné dans C. Pictou, «Adoption in Australia», dans R.A.C. Hoksbergen et S.D. Gokhale, *op.cit.* (note 63 ci-dessus), p. 151-167.

<sup>69</sup> Voir les propositions figurant dans le Rapport de la *Law Reform Commission* (note 67 ci-dessus).

<sup>70</sup> J. Triseliotis, «Some Moral and Practical Issues in Adoption Work», in 13, *Adoption and Fostering* (1989), p. 21-27, à la page 24.

<sup>71</sup> Voir *Adoption and Foster Placement of Children, op. cit.* (supra note 13), p. 6.

<sup>72</sup> Voir L. Salgo, *op.cit.* (note 55 ci-dessus), p. 367-388. Voir aussi A.K. Kadushin, *op.cit.* (note 13 ci-dessus), p. 46.

an children in non-Indian homes not only caused serious problems to the children and their parents but in particular to the tribes, Congress enacted the Indian Child Welfare Act of 1978 (ICWA) which *inter alia* gives tribal courts exclusive jurisdiction over adoption proceedings involving an Indian child 'who resides or is domiciled within' a tribal reservation.<sup>64</sup>

41 While legislation along the lines of the ICWA is lacking in Canada and Australia, there is much concern in these countries about the adoption of Canadian Indian and Aboriginal children. In 1985 the Ontario Parliament passed the Children and Families Services Act which provides that in adoption proceedings 'the importance, in recognition of the uniqueness of Indian and native culture, heritage and traditions, of preserving the child's cultural identity'<sup>65</sup> shall be taken into consideration in determining the best interests of the child. The Act also recognizes customary care defined as '[t]he care and supervision of an Indian or native child by a person who is not the child's parent, according to the custom of the child's land or native community'.<sup>66</sup> An obvious important consequence of this position is that a child cared for in this way is not free for adoption by other persons. Other Canadian provinces as well as the federal government are studying additional measures to better protect native children in matters of adoption and child welfare.<sup>67</sup>

42 In Australia Aboriginal people have taken the initiative for a recognition of abuses of their communities and of the special needs of their children. The Supreme Court of the Northern Territory in 1975 responded to these concerns,<sup>68</sup> and several states and territories as well as the federal government have prepared or are preparing legislation in order to better protect Aboriginal children and respect Aboriginal values, e.g. by no longer ignoring traditional *de facto* marriages, and giving preference in placements of Aboriginal children to a parent, members of the child's extended family or other members of the Aboriginal community.<sup>69</sup>

## 5 Alternatives to adoption

### a Alternative child care

43 There is growing agreement worldwide that good child care 'starts with family care, moves on to preven-

tion, to serious restoration work for children entering public care, before eventually 'permanence' outwith the natural family is contemplated'.<sup>70</sup> Accordingly, permanent child care outside a family through adoption, foster care or placement in an institution should be the final resort only after the previous steps have subsequently been carried out; it depends for its legitimization on the adequacy and efficacy of early assistance to the original family. As regards the choice between adoption and foster placement on the one hand, and placement in an institution on the other, there is also wide agreement that 'the placement of children in foster families or adoption should be preferred to placement in institutions, unless a child's particular needs could best be made in a specialized facility'.<sup>71</sup>

These views are now reflected in the UN Declaration in particular in Articles 3 and 4. While western societies have to a certain extent generally been able to implement these principles, this has proved much more difficult for developing countries due to the economic social and cultural problems they face (see *infra* D and Chapter III, B).

43A In many countries in the west, in particular where the confidential nature of adoption was emphasized, adoption and foster placement were seen as mutually exclusive. As openness concerning adoption increased, it came to be seen as legitimate and indeed preferable that foster parents after some period of foster care applied for adoption of the child; fostering started to be seen as a bridge not only to the biological family but also to adoption. In the latest development there is a trend towards a convergence of adoption and fostering as is illustrated, for example, by increased acknowledgment of the significance of the question of identity for adopted and foster children, State subsidies for both forms of family care and legal regulation of long term foster care.<sup>72</sup> The UN Declaration (Chapter B) and Recommendation No R(87)6 of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 20 March 1987 on foster families illustrate this trend.

### b Alternative reproduction

44 The advancement of medical science has led to a whole series of reproductive techniques which offer new options to achieve parenthood to many infertile couples as an alternative to fostering or adoption of a child. Some of these techniques, such as in vitro fertilization, are designed to enable couples to conceive a child which is genetically related to both parents. In that case there is no question that the couple are the legal parents of the resulting child. In other instances of alternative reproduction, a third (or even fourth) biological parent must be drawn into the reproductive process. Examples are artificial insemination by donor, egg donation, embryo donation, surrogate gestational motherhood, and surro-

<sup>64</sup> In a recent opinion, the United States Supreme Court (by a 6-3 majority) held that a Mississippi State Court did not have jurisdiction to rule on adoption of Indian twins by a non-Indian couple although the children were born outside the reservation and never resided in it; the twins were held to have been 'domiciled' within the meaning of the ICWA's exclusive tribal jurisdiction provision which must be determined under a uniform federal standard and not under varying state law standards, since their parents were domiciled on the reservation which domicile traditionally determined that of the children. A dramatic aspect of this case was that the biological parents of the twin babies had given their written advance consent to the adoption and, when the adoption was challenged by their tribe, reaffirmed their desire that the intending adoptive couple adopt the two children. Indeed, the biological mother had expressly arranged for the twins' birth outside the reservation. In the view of the minority of the Supreme Court the express desire of the biological parents to avail themselves of the adoption procedures of the state court should have been respected by the court. *Mississippi Band of Choctaw Indians, appellant v. Orrey Curtiss Holyfield, et ux., J.B., natural mother, and W.J., natural father*, 109 S.Ct. 1597 (3 April 1989).

<sup>65</sup> S. 37(4), 130(3).

<sup>66</sup> S. 191.

<sup>67</sup> See the comparative summary in The (Australian) Law Reform Commission, *The Recognition of Aboriginal Customary Law*, Report 31, Vol. 1, Canberra 1986.

<sup>68</sup> 'In the Matter of Freddie', S.Ct. of the Northern Territory, No AC48, reprinted in *Australian Child and Family Welfare*, Vol. 2, No 6, pp 19-23, reference in C. Picton, 'Adoption in Australia', in R. A. C. Hoksbergen and S. D. Gokhale, *op. cit.* (supra footnote 63), pp. 151-167.

<sup>69</sup> Cf. the proposals in the Law Reform Commission's Report (supra footnote 67).

<sup>70</sup> J. Triseliotis, 'Some Moral and Practical Issues in Adoption Work', in 13, *Adoption and Fostering* (1989), pp. 21-27 at p. 24.

<sup>71</sup> See *Adoption and Foster Placement of Children*, *op. cit.* (supra footnote 13), p. 6.

<sup>72</sup> See L. Salgo, *op. cit.* (supra footnote 55), pp. 367-388. See also A. K. Kadushin, *op. cit.* (supra footnote 13), p. 46.

teur, la donation d'oeufs, la donation d'embryons et les maternités de substitution, pendant la période de gestation ou autrement. Les vues sont partagées sur l'applicabilité du schéma de l'adoption en l'occurrence, de même que sur d'autres aspects, par exemple l'accès à l'information relativement au parent biologique qui n'élève pas l'enfant<sup>73</sup>. Tout ce domaine est, bien entendu, d'une grande nouveauté et prête à bien des controverses<sup>74</sup>.

#### D L'adoption dans les sociétés en développement et en transition

45 Comme nous le verrons plus en détail ci-après chapitre IV, A, bien que la plupart des pays en développement disposent d'une législation en matière d'adoption comparable à celle des pays qui connaissent une protection sociale avancée, la réalité sociale qui dans ces pays entoure l'adoption est généralement très différente. Dans plusieurs pays en développement l'adoption d'enfants appartenant à une ethnie, à une caste ou à un clan différent et, parfois, celle des filles, se heurte à une forte résistance. Cette opposition culturelle est devenue manifeste à partir du moment où, dans beaucoup de pays en voie de développement, le réseau traditionnel de la famille élargie qui, dans le passé, prenait en charge les enfants sans foyer par voie d'adoption ou de toute autre façon a commencé à s'effondrer (voir ci-après les Nos 57-59). Qui plus est, la disparition de la structure de la famille élargie n'a pas été compensée, ou pas complètement, par la mise en place d'un système efficace de protection sociale due à l'initiative privée ou à l'action gouvernementale. En d'autres termes, les services qui sont aujourd'hui généralement disponibles et considérés comme essentiels dans les Etats industrialisés pour qu'une adoption ait des chances de succès – tels que le soutien aux familles sous forme de conseils, l'enquête auprès des enfants et des foyers, sans parler des prestations dispensées après le placement ou l'adoption – sont largement absents dans les pays en voie de développement.

46 Dans plusieurs pays, et en particulier dans ceux qui ont connu une croissance économique rapide ces dernières années, on note cependant une tendance à favoriser l'adoption dans le pays même en dépit des résistances culturelles et des difficultés socio-économiques qui n'ont pas encore été pleinement surmontées. La République de Corée, qui est désormais l'une des principales nations industrielles de l'Asie du sud-est, en fournit un bon exemple. Bien que la pratique de l'adoption ait commencé très tôt en Corée, l'adoption d'enfants étrangers à la famille se heurte à une résistance profondément enracinée en raison de l'importance extrême accordée au sang et à la lignée. Un tel climat culturel n'était pas favorable à la généralisation de l'adoption. La guerre de Corée, qui se traduit par l'effondrement total des liens familiaux dans toute la péninsule et par la naissance d'enfants de sang mêlé qui, comme leurs mères célibataires, étaient victimes d'attitudes négatives, priva de parents des milliers d'enfants. Pour commencer, le gouvernement «créa en 1954 l'Association de protection sociale, organisme à but non lucratif qui avait pour mission de

trouver à ces enfants et en particulier à ceux de sang mêlé des foyers à l'étranger»<sup>75</sup>. Par la suite, l'industrialisation rapide devait multiplier le nombre des enfants orphelins ou abandonnés. «A partir du milieu des années soixante-dix, le gouvernement a également commencé à mettre l'accent sur l'adoption et le placement familial dans le pays même. Cela s'est traduit par une expansion remarquable: de 242 adoptions locales en 1973 on est passé à 3.079 en 1977. Depuis lors le mouvement s'est ralenti. En 1980, le nombre des adoptions locales était de 3.657 et en 1987 de 4.235.»<sup>76</sup>

Récemment, la tendance à l'adoption sur place semble s'être accentuée, pour une part à la suite de la très large publicité donnée avant et pendant les Jeux Olympiques de Séoul en 1988 par les médias qui ont critiqué la politique gouvernementale en matière d'adoptions transnationales. La politique du gouvernement actuel se résume comme suit:

«... La Corée est désormais un pays, comme le Japon ou les Etats-Unis, qui est pleinement capable de faire face à ses propres problèmes et, cela étant, nous ne voulons pas envoyer nos enfants dans des pays étrangers ... Le Gouvernement coréen a l'intention de ramener pour finir toutes les adoptions étrangères à un chiffre voisin de zéro. Cela, bien entendu, se produira progressivement à mesure que la société coréenne s'habitue à l'idée d'adopter des enfants en dehors de tout lien de parenté.»<sup>77</sup>

Ce texte montre bien que selon le gouvernement on ne saurait s'attendre à ce que les attitudes et préjugés conservateurs à l'égard de l'adoption locale disparaissent du jour au lendemain. Il en ressort aussi, implicitement, que l'institutionnalisation à outrance ne constitue pas une solution. En fait la République de Corée, qui avait lancé une politique de très large institutionnalisation dans les années cinquante et soixante, a dû la reconsidérer en 1965 en raison des «problèmes causés par la prise en charge institutionnelle»<sup>78</sup>. Par conséquent, et du fait que le secteur social a reçu la part du pauvre parce que des dépenses importantes étaient consacrées à la défense nationale et à la remise sur pied de l'économie, il ne sera pas facile de réaliser l'objectif: mettre fin aux adoptions transnationales, dans un avenir rapproché.

47 La République de Corée n'est pas seule à affronter ce dilemme. Le problème est général pour de nombreux pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine, dont beaucoup se trouvent dans une situation économique plus difficile que la République de Corée. Dans son arrêt novateur *Laxmi Kant Pandey c. Union indienne*, la Cour suprême de l'Inde a nettement indiqué que l'adoption d'enfants indiens dans le pays même devait avoir priorité sur l'adoption à l'étranger:

«... avant de ... considérer toute demande d'un étranger, les institutions reconnues de protection sociale ou infantile ne doivent négliger aucun effort pour que l'enfant soit confié à une famille indienne pour y être adopté. Chaque fois qu'une famille indienne se met en rapport avec une institution reconnue de protection sociale ou infantile en vue d'adopter un enfant, toutes facilités doivent lui être accordées par cette ... institution afin de lui permettre d'examiner les enfants disponibles pour

<sup>73</sup> Voir L. B. Andrews, «Alternative Reproduction and the Law of Adoption» dans J. H. Hollinger, *op.cit.* (note 50 ci-dessus), chapitre 14.

<sup>74</sup> Voir, à titre général, B. M. Knoppers, *Rapport général*, présenté à la Commission du droit international et humanitaire, Association de droit international, Conférence de Varsovie, 1988.

<sup>75</sup> Voir B. Hoon Chun, «Difficulties and Prospects in Increasing the Role of In-country Adoptions in Korea», dans SSI, Branche allemande, *Support of Children in Need and Intercountry Adoption*, Documentation de la Réunion thématique du Service social international, Berlin, 3 août 1988 (Frankfurt, 1988), p. 30-34 (p. 30).

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>77</sup> Déclaration faite par le Consul de la République de Corée à Washington, DC, M. Baek-Sang Cho, dans une interview citée dans un article du *New York Times* (12 février 1990, p. A15) intitulé «South Korea Slows Export of Babies for Adoption».

<sup>78</sup> B. Hoon Chun, *loc.cit.* (note 75 ci-dessus), p. 30.

gate motherhood. There are opposing views as to the applicability of the adoption model to such questions as well as to other aspects, for example, access to information about the non-rearing biological parent.<sup>73</sup> This whole area is, of course, very new and in many respects controversial.<sup>74</sup>

#### D Adoption in developing societies and societies in transition

45 While, as we shall see in more detail *infra* Chapter IV, A, most developing countries have adoption laws which are comparable with those in welfare societies, the social reality surrounding adoption in those societies is generally quite different. In several developing countries resistance to adoption of children from a different class, ethnic group, caste or extended family and, in some cases, to the adoption of girls, is strong. Such cultural resistance has become manifest since, throughout a broad range of developing societies the traditional extended family network which in the past took care of homeless children through adoption or otherwise, has started to break down (see *infra* Nos 57-59). Moreover, the loss of the extended family structure has not, or not fully, been compensated for by an effective welfare system either through private or government initiatives. This means that services nowadays generally available and considered essential in welfare states for an adoption to be successful – such as family counselling, child study, home study, not to speak of post-placement and post-adoption services – are largely lacking in developing countries.

46 In several countries, in particular in those which have seen rapid economic growth in recent years, a trend may be noted, however, towards promoting in-country adoption despite cultural resistance and socio-economic difficulties which have not yet fully been overcome. The Republic of Korea, which has become a major industrial nation in South-East Asia, provides a good example. Although the practice of adoption began very early in Korea, there is deep-rooted resistance towards adoption of unrelated children because of a strong emphasis on ancestry and blood lines. This cultural climate was not favourable to large scale adoption. The Korean War which led to a total disruption of family bonds throughout the peninsula and the birth of mixed blood children who, like their unmarried mothers, were faced with negative attitudes, left thousands of children parentless. Initially the government 'established the Social Welfare Society as a non-profit organization in 1954 to find new homes abroad for those children and, in particular for the mixed blood ones'.<sup>75</sup> Subsequently, rapid industrialization led to an even greater number of or-

phaned or abandoned children. 'From the mid-1970s on, the government also started emphasizing in-country adoption and foster care. As a result, remarkable growth was made: from 242 in-country adoptions in 1973 to 3,079 in 1977. Since then the growth has slowed down. In 1980, the number of in-country adoptions was 3,657 and in 1987, 4,235.'<sup>76</sup>

Recently the trend towards in-country adoption would seem to have become more intense, partly as a result of wide media coverage during and after the Olympic Games in Seoul in 1988 which criticized the government's policy in respect of intercountry adoption. The present government's policy is summarized in the following statement:

'... Korea is now a country, like Japan or the US, which is fully able to take care of its own, and as such, we do not wish to send our children to foreign countries. ... The Korean Government does intend eventually to decrease all foreign adoptions to near zero. This, of course, will come about gradually as Korean society adjusts to accepting non-related children for adoption.'<sup>77</sup>

As this statement brings out, the government recognizes that conservative attitudes and prejudices with respect to domestic adoption cannot be expected to disappear overnight. Also, as this statement implies, large scale institutionalization is no answer. In fact it was a policy of large scale institutionalization that the Republic of Korea had embarked on in the '50s and '60s which as of 1965 it had to reconsider in light of 'problems caused by institutional care'.<sup>78</sup> Therefore, and because the social welfare sector has been less emphasized as a result of high expenditure on national defence and on reviving the economy, the implementation of the objective of bringing intercountry adoption to an end will not be easy in the immediate future.

47 The Republic of Korea does not stand alone in its dilemma. It is a general problem for many countries in Asia, Africa and Latin America, many of which are in a much more difficult economic situation than the Republic of Korea. In its pioneering judgment *Laxmi Kant Pandey v. Union of India*, the Supreme Court of India clearly indicated that in-country adoption of Indian children should have priority over intercountry adoption:

'... before any ... application from a foreigner is considered, every effort must be made by the recognized social or child welfare agency to find placement for the child by adoption in an Indian family. Whenever any Indian family approaches a recognized social or child welfare agency for taking a child in adoption, all facilities must be provided by such ... agency to the Indian family to have a look at the children available with it for adoption and if the Indian family wants to see the child study

<sup>73</sup> See L. B. Andrews, 'Alternative Reproduction and the Law of Adoption', in J. H. Hollinger, *op. cit.* (*supra* footnote 50), Chapter 14.

<sup>74</sup> See, generally, B. M. Knoppers, *Rapport général*, presented to the Committee on International Medical and Humanitarian Law, International Law Association, Warsaw Conference, 1988.

<sup>75</sup> See B. Hoon Chun, 'Difficulties and Prospects in Increasing the Role of In-country Adoptions in Korea', in ISS, German Branch, *Support of Children in Need and Intercountry Adoption*, Documentation of the Special Interest Meeting of International Social Services, Berlin, 3 August 1988 (Frankfurt, 1988), pp. 30-34 (at p. 30).

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 31.

<sup>77</sup> Statement made by the Consul of the Republic of Korea in Washington, DC, Mr Baek-Sang Cho, in an interview quoted in an article, 'South Korea Slows Export of Babies for Adoption', in *New York Times*, 12 February 1990, p. A15.

<sup>78</sup> B. Hoon Chun, *loc. cit.* (*supra* footnote 75), p. 30.

adoption et, si la famille indienne désire examiner le dossier d'un enfant particulier, ce ... dossier doit aussi lui être communiqué ... pour lui permettre de décider si elle souhaite adopter l'enfant. Ce n'est que dans le cas où aucune famille indienne ne se présente pour adopter un enfant dans un délai maximum de deux mois que l'enfant peut être considéré comme disponible pour l'adoption à l'étranger, à une seule exception près, à savoir que, si l'enfant est handicapé ou si son état de santé nécessite un traitement médical urgent, que l'institution de protection sociale ou infantile s'occupant de l'enfant n'est pas en mesure de fournir, l'institution n'a pas à attendre deux mois et elle peut et doit prendre des mesures immédiates pour que l'enfant puisse être adopté à l'étranger.»<sup>79</sup>

Comme on le voit d'après cette décision, cependant, l'adoption d'enfants présentant des problèmes spéciaux, en particulier quand ils grandissent, pose un problème délicat en Inde<sup>80</sup>. De plus, du fait que dans de nombreuses régions de l'Inde les garçons sont préférés aux filles, ces dernières ont souvent du mal à être adoptées. En général, ainsi que l'a reconnu franchement le directeur d'un foyer d'enfants indien: «l'adoption en Inde en est encore à ses premiers pas ... un changement exigera sans aucun doute du temps et un effort d'éducation ...»<sup>81</sup>. En fait, comme il est apparu qu'il était souvent très difficile de trouver des foyers adoptifs pour des enfants en Inde et que l'exigence d'un sursis de deux mois pour les adoptions à l'étranger n'avait souvent qu'un effet purement dilatoire dans la pratique, la Cour suprême, dans son arrêt du 27 septembre 1985, a nuancé sa décision précitée<sup>82</sup>.

Un système parallèle d'adoption *de facto* existe certes en Inde, mais un obstacle majeur au développement de l'adoption dans le pays est l'absence d'une législation détaillée en la matière. Parmi les diverses communautés religieuses de l'Inde, seuls les Hindous disposent du *Hindu Adoption and Maintenance Act* de 1956, qui se soucie davantage des parents que du bien-être de l'enfant<sup>83</sup>. Les autres communautés existant en Inde doivent s'appuyer sur un *Guardianship and Wards Act* de 1890, aujourd'hui dépassé, qui ne permet pas d'accorder à l'enfant le statut d'un fils ou d'une fille légitime ou naturel. En décembre 1980 le Parlement indien a été saisi d'un projet de loi visant à introduire l'adoption sur une base générale, mais ce projet s'est heurté à l'opposition de certains milieux – islamiques en particulier – et n'a pas encore été voté<sup>84</sup>.

48 En Amérique latine les spécialistes de l'action sociale s'accordent généralement à dire que les adoptions

locales doivent être préférées à la fois aux adoptions à l'étranger ou aux autres modalités d'assistance dont bénéficient les mineurs dans le pays même. Selon la conclusion de la réunion d'experts qui a préparé en 1984 la Convention interaméricaine sur l'adoption:

«les adoptions locales ... doivent être encouragées et facilitées par les gouvernements, et ce n'est que quand cette possibilité est épuisée qu'il y a lieu de songer à des adoptions à l'étranger ... L'adoption doit être considérée comme la meilleure solution pour remplacer la famille absente ... et ce n'est que lorsque des familles adoptives ne sont pas immédiatement disponibles ou ne le sont qu'après de longues périodes d'attente que le recours à d'autres formes d'assistance est à conseiller comme étape suivante, par exemple le placement dans des foyers nourriciers ou dans des institutions qualifiées et convenablement orientées.»<sup>85</sup>

Des arrangements *de facto* de placement dans des familles nourricières ou ressemblant à l'adoption simple sont traditionnellement populaires en Amérique latine<sup>86</sup>.

Dans certaines régions d'Amérique latine, comme dans d'autres parties du monde, des préjugés ethniques existent et les enfants âgés ou handicapés ne trouvent pas facilement des parents adoptifs. Jusqu'ici, il ne semble pas que les politiques gouvernementales visant à promouvoir l'adoption dans le pays même connaissent un grand développement<sup>87</sup>.

Dans certains pays, cependant, des initiatives plus modestes ont été prises pour encourager les adoptions locales. Au Brésil, par exemple, où les tribunaux pour mineurs jouissent de grands pouvoirs discrétionnaires dans le domaine de l'adoption, plusieurs d'entre eux ont énoncé des politiques d'adoption prévoyant que l'on doit avant tout s'efforcer de trouver une solution dans le pays même<sup>88</sup>.

### III L'ADOPTION TRANSNATIONALE – ÉVOLUTION, PRATIQUES, ABUS ET ALTERNATIVES

#### A Vue d'ensemble historique

49 L'adoption par des parents étrangers a commencé à prendre une grande extension à la fin de la deuxième guerre mondiale. Il y eut tout d'abord l'adoption par des familles des États-Unis d'enfants originaires d'Europe (en particulier d'Allemagne, d'Italie et de Grèce), mais aussi du Japon et de la Chine. Les soldats américains

<sup>79</sup> Arrêt du 6 février 1984, paragraphe 16. *Supreme Court Almanac* 1984(1), Scale 159.

<sup>80</sup> Voir aussi N. Chandry, «Perspectives on Child Care in India», dans SSI, Branche allemande, *op.cit.* (note 75 ci-dessus), p. 19-26 (p. 22).

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>82</sup> «Si la demande d'une ordonnance d'autorisation est en instance devant le tribunal des mineurs ou le *Social Welfare Department* ou le *Collector* (...) l'enfant peut être offert simultanément à des parents indiens et à des parents étrangers, sous réserve que le tribunal des mineurs ou le *Social Welfare Department* ou le *Collector* autorise l'adoption. L'institution de placement reconnue n'a pas à attendre jusqu'à ce que l'autorisation soit donnée par le tribunal des mineurs ou par le *Social Welfare Department* ou par le *Collector*, avant de proposer l'enfant à l'adoption car, sinon, et même en tenant compte du délai réduit que nous avons maintenant stipulé, il faudrait au moins six semaines avant que l'enfant puisse être proposé à l'adoption.» *Laxmi Kunt Pandey v. Union indienne sur demande civile* (au criminel) No 1171 de 1982, (1986)1 *Supreme Court Weekly Reporter* 52, paragraphe 18.

<sup>83</sup> Par exemple, un Hindou peut adopter un fils quand il n'a pas de fils, de petit-fils ou d'arrière-petit-fils. De même un Hindou peut adopter une fille uniquement quand il n'a pas de fille ni de fille de son fils. Si un Hindou a un fils ou une fille, il ne peut adopter un fils ou une fille qu'en vertu du *Guardian and Wards Act 1890*, voir D. P. Chowdhry, *Inter-country Adoption* (New Delhi, 1988), chapitre 6.

<sup>84</sup> Malgré ce vide juridique on a récemment observé que «La demande d'enfants est de plus en plus importante en Inde, en particulier dans les grandes villes. Jusqu'à ce que la Cour suprême de l'Inde adopte ses principes, seule la ville de Bombay possédait deux grandes organisations s'occupant de l'adoption en Inde ... A présent des institutions ... similaires se sont constituées dans d'autres États.» A. Damodaran, *Foster Care and Adoption in India – An Overview*, mémoire présenté à la Deuxième réunion d'experts sur l'application de la Déclaration des Nations Unies du 3 décembre 1986, Genève, 14-15 novembre 1989.

<sup>85</sup> Institut interaméricain de l'enfant, *op.cit.* (note 17 ci-dessus), p. 7-8.

<sup>86</sup> «Dans la culture latino-américaine, la formation scolaire des enfants des familles pauvres est souvent prise en charge par les parrains ou marraines appartenant à une classe plus aisée. Les parrains et marraines estiment avoir l'obligation religieuse et morale de prendre en charge l'éducation de l'enfant. Bien que partageant la vie des parrains et marraines, l'enfant n'est pas totalement assimilé à leur famille. Un contact étroit est maintenu avec sa propre famille chez laquelle il retournera éduqué et capable de travailler.

Dans certaines régions, les familles habitant à la campagne envoient leurs enfants chez des amis habitant en ville pour leur permettre d'aller à l'école. La famille d'accueil s'attend à ce que l'enfant assume certaines corvées et prenne plus de responsabilités au fur et à mesure de sa croissance.

Dans ces deux situations, l'enfant reste dans un environnement culturel et géographique identique à celui de sa famille, avec laquelle il garde des contacts. Les rapports existants entre la famille d'accueil et la famille naturelle sont basés sur une confiance réciproque et non sur une législation ou sur des mesures administratives pour la protection des enfants.» Voir Conseil de l'Europe, *op.cit.* (note 16 ci-dessus), p. 7.

<sup>87</sup> Cette situation pourrait fort bien changer à l'avenir. Voir le nouvel article 107(1) du Code des mineurs colombien en date du 27 novembre 1989 (*Diario Oficial* du 27 novembre 1989) entré en vigueur le premier mars 1990, qui accorde la priorité aux demandes d'adoption des Colombiens par rapport à celles des étrangers. Cela traduit une politique analogue à celle qu'exprime l'arrêt de la Cour suprême de l'Inde de 1984 (No 47 ci-dessus).

<sup>88</sup> Voir, par exemple, C. L. Marques, «Adoption of Brazilian Children – Report of the Work of an Interdisciplinary Team in Porto Alegre, Brazil», dans SSI, Branche allemande, *op.cit.* (note 75 ci-dessus), p. 35-38.

report in respect of any particular child, such ... report must also be made available ... in order to enable the Indian family to decide whether they would take the child in adoption. It is only if no Indian family comes forward to take a child in adoption within a maximum period of two months the child may be regarded as available for inter-country adoption, subject only to one exception, namely, that if the child is handicapped or is in bad state of health needing urgent medical attention, which is not possible for the social or child welfare agency looking after the child to provide, the ... agency need not wait for a period of two months and it can and must take immediate steps for the purpose of giving such child in inter-country adoption.<sup>79</sup>

As is intimated by this ruling, however, the adoption of special needs children, even more so when they grow older, is a difficult problem in India.<sup>80</sup> Moreover, as in many parts of India boys are preferred over girls, girls are often difficult to place for adoption. Generally, as the Director of an Indian children's home put it in a frank comment 'Indian adoption is still in its infancy ... To effect change is no doubt a matter of time and education ...'.<sup>81</sup> In fact, since it appeared that finding adoptive homes in India for children was often very difficult and the requirement of postponing intercountry adoptions for two months in practice often merely led to delay, the Supreme Court in its judgment of 27 September 1985 qualified its above quoted ruling.<sup>82</sup>

While a parallel system of *de facto* adoption exists in India, a major obstacle to promoting in-country adoption is the lack of comprehensive adoption legislation. Among the various religious communities in India only the Hindus have the Hindu Adoption and Maintenance Act of 1956 and this law is more parent-centred than aimed at the well-being of the child.<sup>83</sup> Other communities in India have to rely on an outdated Guardianship and Wards Act of 1890 which cannot bestow upon the child the status of a son/daughter, legal or natural. A bill to introduce adoption generally in India was submitted to Parliament in December 1980 but met with opposition, in particular from certain Islamic circles, and has not yet passed into law.<sup>84</sup>

48 In Latin America there is general agreement among social welfare experts that domestic adoptions are to be

preferred both over intercountry adoption and other forms of in-country assistance to minors. As the experts' meeting which prepared the 1984 Inter-American Adoption Convention concluded:

'domestic adoptions ... must be encouraged and fostered by the governments, and only when that possibility has been exhausted would it be proper to think in terms of international adoptions. ... Adoption should be considered the best alternative solution in the absence of a family ... only when adopting families are not immediately available and during long waiting periods should resort to other forms of assistance be advisable as a next step, such as placement in foster homes in properly qualified and oriented institutions.'<sup>85</sup>

*De facto* arrangements of a foster care or simple adoption-like character have traditionally been popular in Latin America.<sup>86</sup>

In some parts of Latin America, however, as in other parts of the world, ethnic prejudices exist, and older and handicapped children are not readily adopted. So far, governmental policies directed at promoting in-country adoption would not seem to be much developed.<sup>87</sup>

In some countries, however, more small scale initiatives have been taken to promote domestic adoptions. In Brazil, for example, where juvenile courts enjoy large discretionary powers in matters of adoption, several such courts have formulated adoption policies to the effect that first of all an attempt must be made to find a domestic solution.<sup>88</sup>

### III INTERCOUNTRY ADOPTION: EVOLUTION, PRACTICES, ABUSES AND ALTERNATIVES

#### A Historical overview

49 Intercountry adoption started developing on a large scale at the end of the Second World War. It began with the adoption by families in the United States of children from Europe (in particular from Germany, Italy and Greece), but also from Japan and China. US troops came into contact with orphaned children and with families

<sup>79</sup> Judgment of 6 February 1984, paragraph 16, *Supreme Court Almanac* 1984(1), Scale 159.

<sup>80</sup> See also N. Chandry, 'Perspectives on Child Care in India', in ISS, German Branch, *op. cit.* (supra footnote 75), pp. 19-26 (at p. 22).

<sup>81</sup> *Ibid.* p. 23.

<sup>82</sup> '(...) Whilst the application for a release order is pending before the juvenile court or the Social Welfare Department or the Collector, (...) the child may be offered simultaneously to Indian parents as well as foreign parents, subject to the clearance of the child for adoption by the juvenile court or the Social Welfare Department or the Collector. The recognized placement agency need not wait until the release order is made by the juvenile court or the Social Welfare Department or the Collector, before offering the child in adoption, because otherwise even with the reduced time limit which we have now provided it would take at least six weeks before the child can be offered in adoption.' *Laxmi Kant Pandey v. Union of India on Civil Petition* (Criminal) No 1171 of 1982, (1986)1 *Supreme Court Weekly Reporter* 52, paragraph 18.

<sup>83</sup> For example, a Hindu can adopt a son only when he does not have a son, grandson or great-grandson. Likewise, a Hindu can adopt a daughter only when he does not have a daughter or a son's daughter. If a Hindu has a son or daughter, a son or daughter can be given only under the Guardian and Wards Act 1890. See D. P. Chowdhry, *Intercountry Adoption* (New Delhi, 1988), Ch. 6.

<sup>84</sup> Despite this legal vacuum, it has recently been noted that 'there is a growing demand for children in India, particularly in the major cities. Till the advent of the Supreme Court of India's guidelines, only Bombay had two major organizations carrying out Indian adoption. ... Now, similar ... agencies have been formed in other States'. A. Damodaran, *Foster Care and Adoption in India - An Overview*, paper presented to the Second Expert Meeting on the Implementation of the UN Declaration of 3 December 1986, Geneva, 14-15 November 1989.

<sup>85</sup> Inter-American Children's Institute, *op. cit.* (supra footnote 17), pp. 7-8.

<sup>86</sup> 'In Latin-American culture, school age children from poor families are sometimes entrusted to godparents of a more prosperous class. The godparents feel a religious and moral obligation to take charge of the education of the child. Although sharing the life of the godparents, the child is not entirely assimilated with their family in certain respects. Close contact is maintained with his own family to which he returns when his education is finished and he is able to work.

In some regions, families living in the country send their children to friends living in a town so that they can go to school. The host family expects that the children will do certain jobs and take more of a share as they grow up.

In both of these situations, the child stays in the same cultural and geographical environment as its own family with which it remains in contact. The links between the host family and the natural family are based on mutual trust and not on legislation or administrative measures for the protection of children.' See Council of Europe, *op. cit.* (supra footnote 16), p. 7.

<sup>87</sup> This may well change in the future. Cf. the new Article 107(1) of the Colombian Code of Minors of 27 November 1989 (*Diario Oficial* of 27 November 1989) entered into force on 1 March 1990 which gives preference to applications for adoption from Colombians rather than from foreigners. This reflects a policy similar to that of the Indian Supreme Court judgment of 1984 (*supra* No 47).

<sup>88</sup> See, for example, C. L. Marques, 'Adoption of Brazilian Children - Report of the Work of an Interdisciplinary Team in Porto Alegre, Brazil', in ISS, German Branch, *op. cit.* (supra footnote 75), pp. 35-38.

avaient été en contact avec des orphelins ou avec des familles qui ne pouvaient nourrir certains de leurs enfants et avaient décidé de s'en séparer pour qu'ils soient adoptés à l'étranger; la présence de troupes étrangères s'était aussi traduite par l'augmentation du nombre des enfants illégitimes.

A mesure que l'Europe et le Japon se remettaient des effets de la deuxième guerre mondiale et que la présence américaine se faisait plus légère dans ces pays, l'adoption d'enfants européens et japonais aux Etats-Unis diminuait, mais la guerre de Corée entraîna aux Etats-Unis un regain d'intérêt pour les enfants sans foyer de ce pays. Cela se traduisit par un nouveau phénomène, l'intervention d'œuvres privées dans l'adoption transnationale. Des organisations, comme celle qu'avait fondée Harry Holt, entreprirent de trouver des familles américaines désireuses d'adopter ces enfants<sup>89</sup>.

50 A l'exception de la migration d'enfants coréens vers les Etats-Unis vers 1960, année au cours de laquelle la Neuvième session de la Conférence de La Haye décida d'élaborer une Convention sur les aspects de l'adoption intéressant le droit international privé, les migrations d'enfants avaient surtout tendance à se concentrer en Europe. Il mérite d'être souligné que lorsque l'Organisation des Nations Unies convoqua à Leysin, en 1960, une conférence internationale d'experts pour examiner le sujet de l'adoption internationale<sup>90</sup>, il s'agissait d'un cycle d'étude régionale auquel ne participaient que des Etats européens et où l'accent était mis sur les adoptions internationales entre Etats européens.

C'est dans ce cadre essentiellement européen que la Conférence de La Haye de droit international privé a parachevé sa Convention en 1964 et que le Conseil de l'Europe a rédigé sa Convention européenne sur l'adoption d'enfants en 1967.

51 A la fin des années soixante, le tableau a cependant commencé à se transformer radicalement. Au lieu de se réduire à un problème intra-européen, comme on le pensait au début des années soixante, l'adoption transnationale a commencé à revêtir le caractère d'un phénomène mondial. Vers 1970, dans de nombreux pays industriels le nombre des enfants pouvant être adoptés a commencé à baisser fortement en raison des changements sociaux et démographiques. Les taux de natalité se sont mis à décroître, la régulation des naissances est devenue socialement admise et s'est vulgarisée, l'avortement a commencé à être légalisé, la honte qui s'attachait aux naissances illicites a reculé et les parents célibataires ont eu accès aux prestations sociales. A mesure que l'institution de l'adoption était de plus en plus largement acceptée, le nombre des enfants disponibles pour l'adoption ne faisait que se réduire. Ces changements démographiques et sociaux survenus dans les pays industrialisés avaient de vastes conséquences. Tant que l'existence d'enfants sans famille présentait un caractère structurel, le problème de l'adoption à l'étranger pouvait s'exprimer par une formule relativement simple, du genre «comment trouver une famille pour cet enfant?» Les choses se sont compliquées quand, avec le recul de la fertilité, la régulation des naissances et les attitudes nouvelles, le désir et les raisons d'adopter des enfants à l'étranger ont revêtu aussi un caractère structurel dans les pays industrialisés. A ce stade une «offre» structu-

relle d'enfants «disponibles» aux fins d'adoption à l'étranger dans les pays en voie de développement a rencontré une «demande» structurelle d'enfants dans les pays économiquement avancés. Le vocabulaire économique a acquis droit de cité et l'adoption transnationale est devenue un phénomène social beaucoup plus complexe et une source de controverses.

52 Vers la même époque, la guerre du Viet Nam a attiré l'attention du monde entier sur le sort de centaines de milliers d'enfants sans foyer en Asie du Sud-Est. Pour la première fois, la télévision diffusait immédiatement l'image de ces enfants dans les intérieurs américains et européens. Là encore le mouvement a débuté aux Etats-Unis<sup>91</sup>.

Dans le même temps, le fait que le public s'intéressait largement à la guerre du Viet Nam était symptomatique d'une prise de conscience plus générale des pays industrialisés, se traduisant par un intérêt plus grand pour les pays en développement et par des engagements pris à leur égard. Les enfants du Viet Nam, de l'Indonésie, de la Thaïlande, ainsi que de la Corée, ont commencé à être adoptés par des ressortissants de la République fédérale d'Allemagne, des Pays-Bas, de la Belgique, de la France, de la Suisse, de la Grande-Bretagne et d'autres pays européens. L'adoption d'enfants en provenance de l'Asie du Sud-Est a pris également de l'extension en Australie depuis le début des années soixante-dix.

53 Bien que l'on ne dispose pas de statistiques précises pour tous les pays, il ne fait pas de doute que la majorité des enfants d'origine étrangère adoptés en Europe, aux Etats-Unis, au Canada et en Australie venaient de pays d'Asie. Pendant longtemps la République de Corée a tenu la première place parmi les pays d'origine des enfants adoptifs<sup>92</sup>. Toutefois, comme nous l'avons vu (ci-dessus No 46), la Corée a récemment reconsidéré sa politique et, de ce fait, la migration d'enfants vers l'étranger à des fins d'adoption a considérablement diminué. L'adoption d'enfants en provenance du Viet Nam a été brusquement interrompue par le nouveau gouvernement établi à Saigon en 1975<sup>93</sup>. L'adoption en provenance du Bangladesh a pris fin lorsque l'*Abandoned Children's (Special Provisions) Order* de 1972 a été abrogé par le gouvernement en 1980, à la suite de rumeurs concernant des abus et après des protestations publiques. En Indonésie, l'adoption à l'étranger a été d'abord réglementée en 1979 puis sévèrement limitée en 1983. Pendant quelque temps le Gouvernement de Sri Lanka a pratiquement mis fin à toute adoption à l'étranger, mais il a récemment changé de politique sous l'effet de la guerre civile. En outre l'Inde et, dans une mesure moindre, la Thaïlande et les Philippines, parmi d'autres, autorisent les enfants sans foyer à quitter leur pays pour être adoptés à l'étranger selon certaines conditions qui tendent à devenir plus strictes.

54 Jusqu'au début des années soixante-dix on ne comptait qu'un nombre limité d'adoptions d'enfants lati-

<sup>89</sup> Entre 1953 et 1981 plus de 38 000 enfants coréens furent adoptés par des familles américaines. Dans le même temps, la société nord-américaine connaissait des changements importants. Cela «a commencé dans une période qui a vu se produire un renversement historique des attitudes américaines à l'égard des formes les plus flagrantes du racisme. Les décisions judiciaires imposant la déségrégation et le mouvement des droits civils de la fin des années cinquante et du début des années soixante ont servi de toile de fond à ces adoptions.» A. R. Silverman et D. E. Weitzman, *loc. cit.* (note 63 ci-dessus), p. 2.

<sup>90</sup> Voir le No 35 et la note 53 ci-dessus.

<sup>91</sup> Entre 1963 et 1976, plus de 3.000 enfants vietnamiens furent adoptés dans ce pays. «Contrairement à l'adoption des enfants nés en Corée celle des enfants du Viet Nam a suscité des controverses considérables. Ceux qui s'y opposaient faisaient valoir qu'il ne convenait pas de faire sortir du Viet Nam des enfants vietnamiens. On disait aussi que nombre de ces enfants n'étaient séparés de leur famille qu'à titre temporaire. Certains éléments au moins permettent de penser que ce débat a eu un effet défavorable sur l'adaptation des enfants adoptés dans ces circonstances.» A. R. Silverman et D. E. Weitzman, *loc. cit.* (note 63 ci-dessus), p. 4.

<sup>92</sup> «Depuis 1980, des couples américains ont adopté plus de 40 000 bébés coréens.» *New York Times*, 12 février 1990, p. A15.

<sup>93</sup> Dans le cas des Etats-Unis elle «reprit au moins sous une forme limitée lorsque les enfants de soldats américains et de femmes vietnamiennes furent autorisés à émigrer aux Etats-Unis. La plupart de ces enfants devaient être accueillis dans des foyers nourriciers ou adoptifs au lieu d'être unis à leurs pères américains.» A. R. Silverman et D. E. Weitzman, *loc. cit.* (note 63 ci-dessus), p. 4.

who could not feed some of their children and decided to surrender them for adoption abroad; in addition, the presence of these troops led to an increase in the number of illegitimate children.

With Europe and Japan recovering from the Second World War and with a declining American presence in these countries, adoptions from Europe and Japan to the US decreased but the Korean War led to a new interest in the US in homeless children in Korea. This also led to a new phenomenon, the involvement of private agencies in intercountry adoption. Organizations, such as those founded by Harry Holt, initiated efforts to find US families for these children.<sup>89</sup>

50 With the exception of the migration of Korean children towards the US, around 1960, the year in which the Ninth Session of the Hague Conference decided to prepare a convention on the private international law aspects of adoption, the trend was towards a concentration of migration of children within Europe. Significantly, when the United Nations first convened an international conference of experts on the topic of intercountry adoption in Leysin in 1960<sup>90</sup> this was a regional seminar in which only European States participated and which focused on international adoptions between European States.

It was against this essentially European background that the Hague Conference on private international law completed its Convention in 1964 and that the Council of Europe drew up its European Convention on the Adoption of Children in 1967.

51 At the end of the '60s, however, the picture started changing radically. Instead of reducing itself to an intra-European problem, as was expected in the early 1960s, intercountry adoption started turning into a world scale trend. Around 1970, in many industrial countries the number of children available in these countries for adoption started declining sharply as a result of social and demographic changes. Birth rates began lowering, birth control practice became socially accepted and widely available, legal abortions started being introduced, the stigma attached to single parenthood decreased and social benefits for one-parent families were made available. While adoption became more widely accepted as an institution, at the same time less and less children were available to be adopted. These demographic and social changes in the industrialized countries had far-reaching consequences. As long as only the existence of children deprived of their families had a structural character, the problem of intercountry adoption could be phrased in a relatively straightforward fashion as: how to find a family for this child? The question became less unambiguous when, as a result of declining fertility, birth control and changed attitudes, the impetus and motivation for intercountry adoption arising from the industrialized countries also acquired a structural character. At this point a structural 'supply' of children 'available' for adoption abroad in economically developing countries met with a structural 'demand' for such

<sup>89</sup> Between 1953 and 1981 over 38 000 Korean children were adopted by US families. This took place against a background of important changes in North American society. It 'commenced in a period which saw an historic reversal of American attitudes towards the more blatant forms of racism. Court rulings striking down desegregation and the Civil Rights Movement of the late '50s and early '60s formed the background for these adoptions'. A. R. Silverman and D. E. Weitzman, *loc. cit.* (*supra* footnote 63), p. 2.

<sup>90</sup> See *supra* No 35 and footnote 53.

children in economically advanced countries. The language of economics made its appearance and intercountry adoption became a more complex and controversial social phenomenon.

52 Around the same time, the Viet Nam War aroused worldwide public awareness of the fate of hundreds of thousands of homeless children in South-East Asia. For the first time, pictures of these children were immediately brought into American and European homes through television. Again the movement started in the United States.<sup>91</sup>

At the same time, the wide public interest in the Viet Nam War was a symptom of a more general change of consciousness in the industrialized countries arousing a greater interest in and engagement with developing countries. Children from Viet Nam, Indonesia, Thailand, as well as Korea, started being adopted by citizens of the Federal Republic of Germany, the Netherlands, Belgium, France, Switzerland, Great Britain and other European countries. Similarly, adoption of children from South-East Asia has become significant in Australia since the early 1970s.

53 Although precise statistics are not available for all countries, there is no doubt that the majority of children adopted from overseas in Europe, the United States, Canada and Australia have come from Asian countries. For a long time the Republic of Korea was the most important country of origin for adoptive children.<sup>92</sup> However, as we have already seen (*supra* No 46), this country has recently revised its policy and, as a result, the migration of children abroad for adoption has considerably decreased. Intercountry adoption from Viet Nam was brought to an abrupt end by the new Government in Saigon in 1975.<sup>93</sup> Government policies halted the adoption from Bangladesh where the 'Abandoned Children's (Special Provisions) Order' 1972 was repealed in 1980 following reports on abuses and public protests. In Indonesia intercountry adoption was first regulated in 1979 and then was severely restricted in 1983. For a time the Government of Sri Lanka practically brought all intercountry adoptions to an end, but recently it changed its policy under the influence of the civil war. In addition India and, to a lesser degree, Thailand and the Philippines, among others, permit homeless children to leave their countries to be adopted abroad under certain conditions, which are tending to become more strict.

54 Until the early 1970s adoptions from Latin America to other regions of the world were small in number.<sup>94</sup> A

<sup>91</sup> Between 1963 and 1976 over 3000 Vietnamese children were adopted in the United States. 'Unlike the adoption of Korean-born adoptees the adoption of children from Viet Nam was a matter of considerable controversy. Those who opposed these adoptions argued that it was inappropriate to remove Vietnamese children from Viet Nam. It was also argued that many of the children were only temporarily separated from their families. There is at least some evidence that this conflict had a negative impact on the adjustment of the children who were so adopted.' A. R. Silverman and D. E. Weitzman, *loc. cit.* (*supra* footnote 63), p. 4.

<sup>92</sup> 'Since 1980, American couples have adopted more than 40 000 Korean babies.' *New York Times*, 12 February 1990, p. A15.

<sup>93</sup> To the United States it 'resumed in at least a limited form as children of American servicemen and Vietnamese women [were] permitted to emigrate to the United States. Most of these children [would] enter foster or adoptive homes rather than be united with their American fathers'. A. R. Silverman and E. Weitzman, *loc. cit.* (*supra* footnote 63), p. 4.

<sup>94</sup> From 1948 through 1962 there were only 15 adoptions of children born in South America by United States citizens. Between 1963 and 1975 there were 1205 such adoptions. *Ibid.* p. 5.

no-américains dans d'autres régions du monde<sup>94</sup>. Une forte augmentation s'est produite vers 1975. Entre 1976 et 1981 plus de 5.000 enfants sud-américains ont été adoptés aux Etats-Unis, dont près de 80% étaient originaires de Colombie. Le Canada, l'Europe, Israël et l'Australie ont suivi le mouvement. Une étude publiée il y a plusieurs années décelait dans «les données peu nombreuses dont on disposait» un certain tracé des flux migratoires. Le Mexique et El Salvador étaient d'importantes «sources» d'enfants pour les Etats-Unis, mais ne l'étaient guère pour l'Europe occidentale; la Colombie, comme la République de Corée, était une «source» notable pour les deux régions; «vers la fin des années soixante-dix, la plupart des enfants chiliens allaient en Europe, alors qu'après 1980 on a constaté un accroissement marqué du flux vers les Etats-Unis». Un nombre élevé d'enfants originaires de l'Equateur, du Pérou et du Brésil ont aussi été adoptés, mais l'émigration d'enfants cubains, argentins, vénézuéliens, uruguayens et paraguayens a été très réduite<sup>95</sup>.

55 Le nombre des adoptions d'enfants en provenance de l'Afrique et de l'Océanie semble avoir été jusqu'ici relativement faible. On a noté une faible migration d'enfants des anciennes colonies (par exemple Madagascar ou le Sénégal) vers l'Europe. Récemment, à la suite de la guerre civile, l'Ethiopie a autorisé l'adoption d'enfants à l'étranger. A l'intérieur de l'Europe on constate l'existence d'une migration relativement faible d'enfants des pays méridionaux (par exemple la Grèce ou le Portugal) vers le nord (par exemple la Suède) et de l'est (par exemple la Pologne, la Hongrie, la Roumanie) vers l'ouest (par exemple la France).

56 Le tableau des «pays d'origine» des enfants se modifie constamment. Lorsqu'un pays ferme ses frontières ou limite la possibilité d'adoptions à l'étranger, un autre pays peut adopter une politique plus libérale. Certains autorisent le départ de très jeunes enfants et de bébés, d'autres ne permettent qu'aux enfants plus âgés ou handicapés de partir. La tendance générale serait cependant, semble-t-il, de restreindre l'adoption à l'étranger d'enfants en situation d'être adoptés dans le pays même, en particulier lorsqu'il s'agit de jeunes enfants en bonne santé<sup>96</sup>. Voir annexe A, «Road to Foreign Adoptions Gets Rockier».

## B L'abandon comme cause principale de l'enfance sans foyer

### 1 Abandon et pauvreté

57 Ces dix dernières années les causes socio-économiques, notamment l'urbanisation rapide, la croissance des bidonvilles, *favelas*, etc., s'ajoutant aux guerres et aux désastres naturels, sont devenues l'explication principale du nombre des enfants sans foyer. Dans les années 1980 l'abandon d'enfants s'est encore développé dans divers pays d'Amérique latine, d'Asie et, plus récemment, d'Afrique<sup>97</sup>. On reconnaît généralement que,

dans la plupart des cas, la cause profonde de l'abandon est la pauvreté<sup>98</sup>.

Une régression des services de santé, y compris les services de planification familiale, et la perte de toute possibilité d'éducation sont d'autres conséquences de la dégradation économique.

«En raison de pressions socio-économiques s'accompagnant d'une tension croissante, tant à l'intérieur du foyer que dans la communauté, des familles sont souvent brisées et le soutien des parents aux enfants s'affaiblit. Il arrive souvent que les mariages ou les relations informelles entre adultes parviennent à un point de rupture et qu'un parent ou gardien s'en aille, d'où charge supplémentaire pour le parent célibataire – souvent la mère – qui demeure, ainsi que pour les enfants qui peuvent être contraints de travailler pour la survie de la famille. Les relations familiales et la situation économique peuvent continuer à se dégrader jusqu'à ce que l'enfant abandonne sa famille ou soit abandonné par elle.»<sup>99</sup>

La législation de nombreux pays donne une définition juridique de l'abandon d'enfants. De telles définitions, qui peuvent figurer dans le Code civil, le Code pénal ou des textes spéciaux vont de l'idée stricte d'abandon volontaire d'un enfant à des conceptions beaucoup plus larges, comme le fait de se désintéresser d'un enfant confié aux soins d'une autre personne ou d'une institution<sup>100</sup>.

### 2 L'institutionnalisation

58 La réaction habituelle à l'abandon des enfants dans bien des sociétés et chez bien des gouvernements a été l'institutionnalisation. Les systèmes peuvent varier d'un pays à un autre, allant de celui de certains pays africains «où l'Etat ne gère aucune unité résidentielle qui lui appartienne mais délivre des autorisations de créer des centres privés, jusqu'au système répandu dans la plupart des pays d'Amérique latine, qui repose sur un mélange de centres gérés ou subventionnés par l'Etat et d'oeuvres strictement privées (religieuses et autres)»<sup>101</sup>. Bien que, d'après certains rapports, le taux de mortalité soit parfois élevé pour les enfants en régime résidentiel, le problème fondamental est, semble-t-il, non pas que les institutions ne réussissent pas à satisfaire les besoins matériels des enfants, mais «que les «homes» privés et publics n'offrent pas à l'enfant un cadre qui favorise son développement intellectuel et affectif»<sup>102</sup>. Les institutions conçues pour «remplacer la famille» sont rares, et bien des rapports signalent que les enfants perdent leur

<sup>94</sup> «De 1948 à 1962 il n'y a eu que 15 adoptions d'enfants nés en Amérique du Sud par des citoyens des Etats-Unis. Entre 1963 et 1975 on a relevé 1.205 adoptions de ce genre.» *Ibid.*, p. 5.

<sup>95</sup> Voir F. J. Pilotti, «Inter-country Adoption; A View from Latin America», dans R. A. C. Hoksbergen et S. D. Gokhale (éd.), *op.cit.* (note 63 ci-dessus), p. 143-149.

<sup>96</sup> R. A. C. Hoksbergen et al., *Adopted Children at Home and at School* (Lisse, 1987), p. 3, considérait que «une estimation se situant entre 15 000 et 20 000 enfants par an [en provenance du tiers monde] ne paraît pas excessive». Cette estimation a été faite avant que la République de Corée ne décide de réduire les migrations de bébés destinés à l'adoption.

<sup>97</sup> Voir, à titre général, *Defence for Children International, International Investigation into the Rights of Abandoned Children*, mars 1989.

<sup>98</sup> Des études effectuées par le FISE ont révélé que «durant les années quarante-vingt, les revenus moyens sont tombés de 10% dans la plupart des pays d'Amérique latine et de plus de 20% dans l'Afrique au sud du Sahara... Dans bien des zones urbaines, la baisse des salaires minimum réels a atteint 50%. Pour les plus pauvres, ceux qui sont obligés de consacrer les trois quarts de leurs revenus à la nourriture, des diminutions d'une telle ampleur ne peuvent qu'entraîner la malnutrition pour leurs enfants.» UNICEF, *The State of the World's Children 1990*, p. 8. Voir aussi, à titre général, R. Jolly et G. A. Cornia, *The Impact of World Recession on Children*, Etude préparée pour le FISE (Oxford, etc., 1984) et G. A. Cornia et al., *Adjustment with a Human Face*, vol. I, *Protecting the Vulnerable and Promoting Growth* (Oxford, 1987) et vol. II, *Country Case Studies* (Oxford, 1988).

<sup>99</sup> UNICEF (FISE), *Exploitation of Working Children and Street Children* (E/ICEF/1986/CRP.3), p. 7. «Les statistiques recueillies par le Patronato Nacional de la Infancia au Costa Rica sur les motifs des abandons d'enfants enregistrés par ses services en 1985 indiquaient les facteurs ci-après, par ordre d'importance: familles économiquement défavorisées; mère ne revenant pas après avoir confié un enfant à une autre personne ou à une institution; mère décédée; mère alcoolique, droguée ou se livrant à la prostitution; mère souffrant de maladie mentale; mère irresponsable. La même étude de la PANI de 1985 a conclu aussi que, dans la grande majorité des cas (plus de 80%), les mères vivaient seules. Elles étaient soit abandonnées, soit célibataires ou «seul parent connu» (en cas de viol par exemple.)» (*Defence for Children International op.cit.* [note No 97 ci-dessus], p. 16). D'après le Rapport de *Defence for Children International* cette situation prévaut dans de nombreux pays et influe fortement sur l'abandon de nouveaux-nés, lequel devient un problème critique aux époques de récession économique.

<sup>100</sup> *Defence for Children International op.cit.* (note 97 ci-dessus), p. 8-9.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 26.

sharp increase took place around 1975. Between 1976 and 1981 more than 5,000 South American children were adopted in the United States, almost 80% of whom were born in Colombia. Canada, Europe, Israel and Australia followed. A study published several years ago found in 'the scant data available' some pattern in the migratory flows. Mexico and El Salvador were important 'sources' of children for the United States but not so much for Western Europe; Colombia, like the Republic of Korea, was an important 'source' for both regions; 'during the late 1970s, the majority of Chilean children went to Europe, whereas after 1980 there was a significant increase in the flow to the United States'. While substantial numbers of children have also been adopted from Ecuador, Peru and Brazil, emigration of children from Cuba, Argentina, Venezuela, Uruguay and Paraguay has been very small.<sup>95</sup>

55 The number of intercountry adoptions from Africa and Oceania seem to have so far been comparatively small. There has been a small flow of migration of children from former colonies (e.g. Madagascar, Senegal) to Europe. Recently, as an effect of the civil war, Ethiopia has permitted adoption of children abroad. Within Europe there is a comparatively small migration of children from south (e.g. Greece, Portugal) to north (e.g. Sweden) and from east (e.g. Poland, Hungary, Romania) to west (e.g. France).

56 The picture of 'source countries' of children is one of continuous fluctuation. When one country closes its borders or restricts the possibilities of intercountry adoption, another country may liberalize its policies. Some countries permit very young children and babies to leave, others allow only older or handicapped children to leave. The overall trend, it would seem, however, is to reduce intercountry adoption of children who are adoptable in the country, in particular healthy infants.<sup>96</sup> See Annex A, 'Road to Foreign Adoptions Gets Rockier'.

## B Abandonment as a main cause of children being homeless

### 1 Abandonment and poverty

57 During the past decade socio-economic causes in particular rapid urbanisation, the creation of slums, *favelas*, etc., in addition to wars and natural disasters have become more prominent causes of children being homeless. In the course of the 1980s abandonment of children has become an ever more widespread phenomenon, in a number of countries of Latin-America, Asia and, more recently, in Africa.<sup>97</sup> There is broad

<sup>95</sup> See F. J. Pilotti, 'Inter-country Adoption; A View from Latin America', in R. A. C. Hoksbergen and S. A. Gokhale (eds.), *op. cit.* (supra footnote 63), pp. 143-149.

<sup>96</sup> R. A. C. Hoksbergen et al., *Adopted Children at Home and at School* (Lisse, 1987), p. 3, estimated that 'an estimate of between 15 000 and 20 000 children a year [being adopted from the Third World] does not seem beyond the mark'. This estimate was made before the Republic of Korea decided to reduce the migration of babies for adoption.

<sup>97</sup> See, generally, Defence for Children International, *International Investigation into the Rights of Abandoned Children*, March 1989.

agreement that in most cases the root cause of abandonment is poverty.<sup>98</sup>

A decline in health services, including family planning services, and loss of opportunity to be educated are other consequences of the economic deterioration.

'Because of socio-economic pressures accompanied by increasing stress, both within the home and in the community, families are often forced apart and the support of parents for their children weakens. Frequently, marriages and less formalized adult relationships break down and one parent or guardian leaves, placing an additional burden upon the remaining single parent – often the mother – as well as upon the children who may be forced to work for the family's survival. Home relationships and the economic situation may continue to deteriorate to the point of the child's abandoning the family, or becoming abandoned by it.'<sup>99</sup>

Many countries provide in their laws a legal definition of child abandonment. Such definitions which may be included in the civil code, the criminal code or special acts range from the strict definition of wilful abandonment or neglect of a child to much wider definitions such as failure to show interest in the child who has been placed in the care of another person or institution.<sup>100</sup>

### 2 Institutionalization

58 The standard response to abandonment of children in many societies and governments has been institutionalization. Systems may vary from one country to another, ranging from that of some African countries 'where the state runs no residential units of its own but issues licenses for setting up private centres, to the system prevalent in most Latin-American countries which is based on a mixture of state run and state subsidised centres and strictly private (religious and other) institutions'.<sup>101</sup> Although there are reports about a high mortality rate of children in residential care in some cases, the basic problem, it would seem, is not that the institutions do not manage to meet the material needs of the children, but 'that private and state "homes" [do] not provide a child with a setting conducive to the child's intellectual and emotional development'.<sup>102</sup> Institutions run on a 'substitute family basis', are scarce and, there are many reports on children losing their identity and personality in an institutionalized setting and being mal-

<sup>98</sup> Studies carried out by UNICEF have revealed that [o]ver the course of the 1980s, average incomes have fallen by 10% in most of Latin America and by over 20% in sub-Saharan Africa. ... In many urban areas, real minimum wages have declined by as much as 50%. For the very poorest, those who are forced to spend three quarters of their incomes on food, cuts in income on this scale cannot mean anything else but the malnourishment of their children'. UNICEF, *The State of the World's Children 1990*, p. 8. See also generally R. Jolly and G. A. Cornia, *The Impact of World Recession on Children*, a study prepared for UNICEF (Oxford etc, 1984) and G. A. Cornia et al., *Adjustment with a Human Face*, Vol. I, *Protecting the Vulnerable and Promoting Growth* (Oxford, 1987) and Vol. II, *Country Case Studies* (Oxford, 1988).

<sup>99</sup> UNICEF, *Exploitation of Working Children and Street Children* (E/ICEF/1986/CRP.3), p. 7. 'Statistics recorded by the Patronato Nacional de la Infancia in Costa Rica on the motivation behind the act of children declared abandoned by its services in 1985 indicated the following factors, in order of importance: family economically deprived; mother failed to return after leaving a child in the care of another person or institute; mother deceased; mother involved in alcohol abuse, drugs and/or prostitution; mother mentally ill; mother irresponsible. The same 1985 PANI study also concluded that in the great majority of cases (over 80%), mothers were not in a couple. They were either abandoned, single mothers or the "only-known parent" (as in case of rape, for instance)' (Defence for Children International *op. cit.* [supra footnote No 97], p. 16). According to the DCI report this situation applies across the board in many countries and strongly impacts on the abandonment of newborn babies, which becomes a critical problem in times of economic recession.

<sup>100</sup> Defence for Children International *op. cit.* (supra footnote 97), pp. 8-9.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 26.

identité et leur personnalité dans un cadre institutionnel et sont inadaptés lorsqu'ils le quittent. De plus, à cause souvent du «manque de personnel et de l'inertie des systèmes de prévention et, fréquemment, d'un manque de données ... l'initiative d'une réunion familiale vient habituellement de la famille et non de l'institution»<sup>103</sup>. Dans toute l'Amérique latine, en Asie et en Afrique, ainsi que dans certains pays européens (la Pologne, la Roumanie), ces établissements, souvent mal pourvus en personnel, mal gérés et mal contrôlés, constituent une «source» majeure et peut-être la plus importante des enfants adoptés à l'étranger.

### 3 Enfants dans la rue; enfants de la rue

59 On s'aperçoit de plus en plus, cependant, que l'approche habituelle (l'institutionnalisation) aurait peut-être tendance à méconnaître que tous les enfants «dans la rue» ne sont pas nécessairement aussi des enfants «de la rue». Comme le souligne un rapport récent du FISE<sup>104</sup>, la plupart de ceux qu'on appelle les enfants des rues conservent certains contacts familiaux et ne peuvent, par conséquent, être considérés comme purement et simplement abandonnés. En général, seule une petite minorité d'enfants a perdu tout contact avec sa famille d'origine. Le FISE et de nombreuses organisations orientent donc de plus en plus leurs efforts vers le soutien et la remise sur pied des familles et des communautés<sup>105</sup>. Les conséquences pour le problème de l'adoption à l'étranger sont évidentes: l'idée répandue que des «millions d'enfants des rues» du tiers monde n'ont pas de foyer et pourraient donc être adoptés dans des sociétés plus riches doit être quelque peu nuancée et la question du consentement des parents d'origine à l'adoption acquiert une importance accrue. Voir l'extrait du rapport du FISE, Annexe B.

### 4 Enfants réfugiés

60 Pour les enfants réfugiés dont il a la charge, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés s'efforce lui aussi de réunir dans la mesure du possible ces enfants et leurs familles. En 1980, le Comité exécutif du Haut Commissariat a adopté la position suivante sur les mineurs non accompagnés:

«Rien ne doit être négligé pour retrouver les parents ou autres proches des mineurs non accompagnés avant de procéder à la réinstallation de ces derniers. Les efforts tendant à éclaircir leur situation familiale avec suffisamment de certitude devraient aussi être poursuivis après celle-ci. Ces efforts présentent une importance particulière avant toute décision relative à une adoption, qui suppose la rupture des liens avec la famille naturelle.»<sup>106</sup>

En conséquence le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés n'encourage pas l'adoption transnationale tant que la situation familiale de l'enfant n'a pas été précisée. «En règle générale deux ans est considéré comme une période minimum pour re-

chercher les parents et pour prendre en considération toute revendication faite à propos d'un enfant.»<sup>106a</sup> Cette attitude est généralement partagée<sup>107</sup> et le principe qui guide la politique du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés inspire également l'article 22 de la Convention sur les droits de l'enfant, voir Annexe I.

### C Adoptions indépendantes ou par intermédiaire

61 En matière de prise de contact entre un orphelinat ou autre institution, une famille naturelle ou autre gardien d'un enfant dans un pays et un couple ou une personne seule désireuse d'adopter un enfant dans un autre pays, la pratique varie. La distinction entre les adoptions «indépendantes» et «par intermédiaire» (No 38 ci-dessus) peut également être faite à l'échelon international. Il existe cependant deux perspectives: celle des candidats à l'adoption dans le pays d'accueil et celle des parents biologiques ou autres gardiens dans le pays d'origine.

#### 1 Du point de vue du pays d'accueil

##### a Adoptions indépendantes

62 Lorsqu'il s'agit d'adoptions indépendantes, les futurs parents s'adressent directement à des particuliers ou à des institutions du pays d'origine. Ils peuvent éventuellement disposer de contacts dans ce pays parce qu'ils y ont séjourné temporairement ou y ont vécu auparavant. Ils peuvent aussi nouer expressément de tels contacts en vue d'adopter un enfant. Les explications de ce comportement varient. Il se peut qu'aucun programme d'adoption dans un pays d'accueil n'opère dans le pays où vit l'enfant, ou que l'enfant soit inconnu d'un tel programme d'adoption transnationale. Le plus souvent, cependant, les adoptants futurs veulent éviter ce qu'ils considèrent comme les inconvénients d'une adoption par intermédiaire: les coûts, le délai d'attente sur une liste pour une période indéfinie et les restrictions inhérentes au programme d'adoption, telles que celles qui concernent l'âge des enfants, ou l'absence de droit de regard personnel<sup>108</sup>.

Dans un certain nombre de pays d'accueil la tendance qui existe depuis quelques années en matière d'adoption transnationale consiste à éviter les adoptions indépendantes et à favoriser les adoptions par intermédiaire. D'une part, de nombreux futurs parents s'aperçoivent qu'après tout l'adoption d'un enfant suppose de nombreux risques et incertitudes, dus par exemple au fait qu'ils ne connaissent pas la culture juridique du pays de l'enfant. D'autre part plusieurs pays d'accueil ont adopté des mesures tendant à décourager les adoptions indépendantes, par exemple la Suède. En conséquence, alors qu'en Suisse par exemple 90% des adoptions d'enfants provenant de l'étranger sont indépendantes, cette proportion n'est que de 10% en Scandinavie<sup>109</sup>. Voir aussi les Nos 137-141 ci-après.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Op.cit.* (note 99 ci-dessus).

<sup>105</sup> «Les meilleures méthodes visent à aider les enfants à titre individuel, à appuyer et rétablir leur famille et à développer des communautés fortes et actives, capables de protéger et de soutenir plus efficacement leurs enfants. Nombre de ces projets aident les enfants à satisfaire leurs besoins en matière de revenus, d'éducation et d'orientation professionnelle. La prévention de nouvelles séparations familiales, pour les enfants qui ont des familles, ainsi que la réinsertion d'enfants sans foyer dans de nouvelles familles, constituent les signes véritables du succès de toute initiative.» UNICEF, *op.cit.* (note 99 ci-dessus), p. 28. Voir aussi, à titre général, Stichting Mensen in Nood et al., *Street Children in the Third World*, Symposium sur la théorie et la pratique, Amsterdam 1989, où l'on trouve toute une gamme de contributions diverses sur plusieurs aspects du problème.

<sup>106</sup> Voir Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, *Handbook for Social Services*, chapitre 8.1, «Unaccompanied Minors», p. 7-8 et *idem*, *Principes directeurs concernant les enfants réfugiés*, Genève 1988.

<sup>106a</sup> Voir Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, *Note on Refugee Children EC/SCP/46* du 9 juillet 1987, No 32.

<sup>107</sup> Voir, par exemple, SSI, *Unaccompanied Children in Emergencies, A Field Guide for Their Care and Protection* (Genève, 1987). Une étude importante sur l'ensemble du problème est celle de E. M. Ressler et al., *Unaccompanied Children, Care and Protection in Wars, Natural Disasters and Refugee Movements* (New York, etc., 1988).

<sup>108</sup> Voir, par exemple, James A. Pahz, *Adopting from Latin America: An Agency Perspective* (Springfield, Illinois, 1988), p. 43.

<sup>109</sup> Voir H. Rauline, *Le trafic d'enfants lié à l'adoption internationale: Etude et propositions*, Etude faite pour Terres des Hommes, Lausanne 1988.

adjusted upon leaving. Moreover, often due to 'lack of staff and the inertia of the preventive systems and, in many cases, a lack of data ... initiative for family reunification usually comes from the family and not from the institution'.<sup>103</sup>

Throughout Latin America, Asia and Africa and also in some European countries (Poland, Romania) these institutions, often poorly staffed, managed and supervised, are a major, perhaps the major, 'source' of children being adopted abroad.

### 3 Children on the street and children of the street

59 There is growing awareness, however, that the standard approach (institutionalization) may tend to overlook the fact that not all children 'on the street' are all also children 'of the street'. As a recent UNICEF report<sup>104</sup> emphasizes, the majority of so-called street children would maintain some form of family contact and cannot, therefore, be simply considered as abandoned. It is generally only a small minority of children who have lost all contact with their original families. UNICEF and many organizations have therefore increasingly focused their efforts on supporting and restoring families and communities.<sup>105</sup> All this also has obvious consequences for the question of intercountry adoption: the popular statement that 'millions of street children' in the Third World are homeless and therefore available for adoption in more affluent societies must be qualified, and the question of consent to adoption by the original parents becomes of increased importance. See extract from the UNICEF report, Annex B.

### 4 Refugee children

60 In respect of refugee children under its care, UNHCR likewise pursues a policy aimed at reunifying such children with their families to the extent possible. In 1980 UNHCR's Executive Committee adopted the following position concerning unaccompanied minors:

'Every effort should be made to trace the parents or other close relatives of unaccompanied minors before their resettlement. Efforts to clarify their family situation with sufficient certainty should also be continued after resettlement. Such efforts are of particular importance before an adoption - involving a severance of links with the natural family - is decided upon.'<sup>106</sup>

Consequently, UNHCR does not encourage intercountry adoption as long as the child's family situation has not been cleared. 'As a general rule, two years is considered a minimum period for tracing relatives and for investigating any claims made for a child.'<sup>106a</sup>

This view is widely shared<sup>107</sup> and the UNHCR policy principle is now also reflected in the Convention on the Rights of the Child, Article 22 (see Annex I).

### C Independent and agency adoptions

61 The practice for establishing contact between an orphanage or other institution, a natural family or other custodian of a child in one country and a couple or a single person wanting to adopt a child in another country varies. The distinction between 'independent' and 'agency' adoptions (*supra* No 38) may also be made at the international level. There are two perspectives here, however: that of the prospective adopters in the receiving country and that of the biological parents or other custodians in the country of origin.

#### 1 From the perspective of the receiving country

##### a Independent adoptions

62 In the case of independent adoptions, the prospective parents work directly with individuals or agencies in the country of origin. It may be that they have the contacts in that country because they are living there temporarily or have lived there before. They may also make that contact specifically with a view to adopting a child. The explanations for doing so vary. It may be that there is no adoption programme in a receiving country operating in the country where the child lives, or the child may not be involved in such an intercountry adoption programme. Most often, however, the prospective adopters want to avoid what they see as the drawbacks of an agency adoption: the costs, the time involved in having to wait on a list for an indefinite period, and the restrictions inherent in the adoption programme, such as the age of children or lack of personal control.<sup>108</sup>

For some years, in a number of receiving countries, the trend in intercountry adoption has been away from independent adoptions and towards agency adoptions. On the one hand, many prospective parents discovered that, after all, adopting a child by themselves involved many risks and uncertainties, for example because of unfamiliarity with the (legal) culture of the child's country. Secondly a number of receiving countries, for example Sweden, have adopted measures so as to discourage independent adoptions. As a result, while for example in Switzerland 90% of intercountry adoptions are independent, the figure is only 10% in Scandinavia.<sup>109</sup> See also *infra* Nos 137-141.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Op. cit.* (*supra* footnote 99).

<sup>105</sup> 'The best approaches aim to help individual children, support and restore their families and develop strong active communities which can protect and support their children more effectively. Many of these projects assist the children to meet their needs of income generation, education and vocational preparation. Prevention of further family separation for children who have families, as well as the re-incorporation of homeless children into new families, are the real marks of the success of any initiative.' UNICEF, *op. cit.* (*supra* footnote 99), p. 28. See also, generally, Stichting Mensen in Nood *et al.*, *Street Children in the Third World*, a symposium on theory and practice, Amsterdam 1989, which contains a rich variety of contributions on various aspects of the problem.

<sup>106</sup> See UNHCR *Handbook for Social Services*, Ch. 8.1, 'Unaccompanied Minors', pp. 7-8, and see *idem*, *Principes directeurs concernant les enfants réfugiés*, Geneva 1988.

<sup>106a</sup> See UNHCR *Note on Refugee Children* EC/SCP/46 of 9 July 1987, No 32.

<sup>107</sup> See, for example, ISS, *Unaccompanied Children in Emergencies, A Field Guide for Their Care and Protection* (Geneva, 1987). A major study on the whole problem is E. M. Ressler *et al.*, *Unaccompanied Children, Care and Protection in Wars, Natural Disasters and Refugee Movements* (New York *et c.*, 1988).

<sup>108</sup> See, for example, James A. Pahz, *Adopting from Latin America: An Agency Perspective* (Springfield, Ill., 1988), p. 43.

<sup>109</sup> See H. Rauline, *Le trafic d'enfants lié à l'adoption internationale: Etude et propositions*, study made for Terres des Hommes, Lausanne 1988.

## b Adoptions par intermédiaire

63 Dans ce cas un organisme établi dans un pays d'accueil est lié par contrat ou autrement à une institution ou à une personne résidant à l'étranger et a de cette manière accès aux enfants «disponibles». Un tel organisme peut offrir toute une gamme de services, y compris les préparatifs juridiques, une enquête sur les futurs parents, la sélection et la présentation de l'enfant et le contrôle après placement<sup>110</sup>.

64 Dans bien des pays d'accueil les organismes qui s'occupent de l'adoption d'enfants originaires de pays en voie de développement fournissent aussi une aide aux pays d'origine. Ils peuvent financer un centre social, prendre en charge le salaire d'un travailleur social, faire patronner les enfants, aider l'industrie rurale, fournir une assistance médicale, etc.

De toute évidence il est assez délicat de combiner les services d'adoption internationale et la fourniture d'une assistance, car cette dernière activité peut aisément faciliter l'accès aux enfants «disponibles» pour l'organisme qui s'y livre. En vue de résoudre ce problème déontologique, les institutions de certains pays séparent rigoureusement, dans leurs organigrammes, les activités tendant à faciliter l'adoption des programmes sociaux exécutés dans les pays d'origine.

## 2 Du point de vue du pays d'origine

### a Adoptions indépendantes

65 Les services de protection sociale et infantile faisant grandement défaut dans bien des pays en développement ou ces services manquant de ressources, les organismes qui ont pour spécialité d'aider les parents biologiques ou autres gardiens de l'enfant à décider s'ils doivent consentir à son adoption à l'étranger sont peu nombreux. Idéalement, comme l'a dit la Cour suprême de l'Inde en l'affaire *Laxmi Kant Pandey c. Union indienne*:

«Avant que les parents biologiques ne prennent la décision de consentir à l'adoption de leur enfant, on devrait les aider à comprendre toutes les implications de l'adoption, y compris la possibilité de l'adoption par un étranger, et on devrait leur préciser expressément que si l'enfant est adopté ils ne pourront plus avoir aucun contact avec lui. Les parents biologiques ne doivent être soumis à aucune contrainte pour parvenir à leur décision et, même lorsqu'ils ont résolu de consentir à l'adoption, il devrait leur être laissée une nouvelle période d'environ trois mois pour reconsidérer cette décision.»<sup>111</sup>

Si l'Inde et quelques autres pays (voir Nos 66-69 ci-dessus) ont fait des progrès appréciables pour ce qui est de fournir une assistance aux parents biologiques, dans de nombreux pays en développement aucun service de ce genre n'existe et la décision d'abandonner l'enfant est souvent prise dans l'isolement par les parents biologiques (généralement la mère).

### b Adoptions par intermédiaire

66 Un nombre croissant de pays d'origine cherchent à limiter les adoptions directes et à canaliser les adoptions à destination de l'étranger à travers certains organismes. Dans la République de Corée les adoptions à destination de l'étranger ne sont autorisées que par l'intermédiaire de quatre organismes. En 1954 le gouvernement a

créé l'Association de protection sociale (voir le No 46 ci-dessus). Les trois autres organismes – *World Children's Services*, *Eastern Child Welfare Society* et *Korean Social Services* – sont d'origine américaine. En vertu de la loi le personnel des institutions doit pouvoir justifier de certaines qualifications. «Grâce à ces exigences, les familles adoptives d'Europe ont constaté que les enfants coréens étaient particulièrement bien préparés à leur transplantation et donc mieux à même de s'adapter. Les garanties adoptées pour le placement d'un grand nombre d'enfants coréens à l'étranger ont ainsi permis d'éviter une foule des graves difficultés que peut entraîner ce mode de placement.»<sup>112</sup>

67 En Thaïlande, en vertu de la loi sur l'adoption des enfants (1979), les particuliers ne sont pas autorisés à s'occuper de l'adoption d'un enfant et les organisations de protection infantile doivent agir en vertu d'un permis du Directeur général du Département du bien-être public, au sein duquel un conseil pour l'adoption des enfants a été créé afin de contrôler l'activité des intermédiaires ainsi que la procédure d'adoption en général.

68 En Inde, dans l'affaire *Laxmi Kant Pandey c. Union indienne* (arrêt précité du 6 février 1984), la Cour suprême de l'Inde a prescrit de mettre fin à toutes les adoptions indépendantes ou privées effectuées par des personnes ou organismes non autorisés. Les demandes d'adoption «ne devraient être traitées que par une institution de protection sociale ou infantile autorisée ou reconnue par le gouvernement de l'Etat où elles fonctionnent»<sup>113</sup>.

Dans un arrêt ultérieur du 27 septembre 1985, la Cour suprême a nettement distingué entre les «organismes d'enquête» et les «organismes de placement»<sup>114</sup>. Cette législation judiciaire a eu une grande influence sur la pratique de l'adoption à destination de l'étranger en Inde et il semblerait que les adoptions directes y aient effectivement pris fin.

69 Aucune interdiction générale ne pèse sur les adoptions privées dans les pays d'Amérique latine, où les institutions de protection de l'enfance sont rares. Au Paraguay et au Pérou, par exemple, quelques œuvres privées sont actives mais elles sont entièrement tributaires du travail de bénévoles et de financements privés<sup>115</sup>. Des institutions officielles de protection de l'enfance existent par exemple au Brésil (*Fundação do Bem Ester do Minor*, FEBEM) et au Guatemala (*Consejo de Bienestar Social de Guatemala*). L'une et l'autre conseillent les mères célibataires, fournissent des renseignements sur les conséquences juridiques des adoptions, y compris des adoptions internationales, et assistent les

<sup>112</sup> Conseil de l'Europe, *op.cit.* (note 16 ci-dessus), p. 27.

<sup>113</sup> La Haute Cour a également suggéré que «... avant de décider de reconnaître une institution particulière de protection sociale ou infantile aux fins des adoptions à l'étranger, le Gouvernement de l'Inde ou le Gouvernement d'un Etat serait bien inspiré d'examiner si l'institution en question dispose du personnel nécessaire, ayant une expérience professionnelle du travail social... Il conviendrait aussi de ne pas reconnaître une organisation ou une institution qui n'a été créée qu'afin de placer des enfants sous le régime de l'adoption: seule une organisation ou une institution se livrant à des travaux de protection infantile et d'action sociale devrait pouvoir être reconnue, car l'adoption à l'étranger doit être considérée non pas comme une activité indépendante se suffisant à elle-même, mais comme une partie intégrante d'un programme de protection de l'enfance, de telle sorte qu'elle ne tende pas à dégénérer en un commerce» (paragraphe 15).

<sup>114</sup> «L'organisme d'enquête, nommé par la Cour pour l'aider à parvenir à sa conclusion sur le point de savoir s'il est de l'intérêt de l'enfant d'être confié aux parents étrangers pour être adopté par eux, ne doit être mêlé en aucune façon au placement d'enfants aux fins d'adoption. Ce doit être un organisme spécialisé possédant une expérience dans le domaine de la protection infantile et n'ayant rien à faire avec le placement des enfants aux fins d'adoption, faute de quoi une évaluation objective et impartiale risque d'être impossible.» (Paragraphe 3. Voir note 82 ci-dessus.) La Cour suprême a reconnu l'*Indian Counsel for Child Welfare* et l'*Indian Counsel of Social Welfare* comme organismes d'enquête et a prescrit aux tribunaux de continuer de s'adresser à eux pour les vérifications nécessaires. D'autres organismes d'enquête peuvent être utilisés, à condition qu'il s'agisse d'institutions de protection de l'enfance qui ne s'occupent pas d'adoption d'enfants.

<sup>115</sup> Voir U. Alfter, «Assistance Offered to Children in Their Home Countries», dans SSI, Branche allemande, *op.cit.* (note 75 ci-dessus), p. 12-15.

<sup>110</sup> Voir à titre général, Conseil de l'Europe, *op.cit.* (note 16 ci-dessus).

<sup>111</sup> Paragraphe 14, voir ci-dessus No 47 et note 79.

## b Agency adoptions

63 In this case an agency based in a receiving country has a contractual agreement or other contact with an institution or individual overseas and thus has access to available children. They may offer a whole range of services, including the legal preparations, home study of the prospective parents, selection and presentation of their child and post-placement supervision.<sup>110</sup>

64 In many receiving countries agencies dealing with the adoption of children from developing countries also provide aid to the countries of origin. They may finance a welfare centre, pay the salary of a social worker, arrange sponsorship for children, assist rural industry, provide medical assistance, etc.

Obviously the combination of facilitating international adoption and providing such assistance is a delicate one because the latter activity may easily put the agency in a better position to get access to available children. In an attempt to deal with this ethical question, agencies in some countries have introduced a strict organizational separation between their adoption mediating activities and their welfare programmes in the countries of origin.

## 2 From the perspective of the country of origin

### a Independent adoptions

65 With social and child welfare systems largely lacking, or lacking resources, in many developing countries, agencies specializing in assisting biological parents or other custodians of the child living in those countries in their decision to relinquish a child for adoption abroad are rare. Ideally, as the Indian Supreme Court put it in *Laxmi Kant Pandey v. Union of India*:

'Before a decision is taken by the biological parents to surrender their child for adoption they should be helped to understand all the implications of adoption, including the possibility of adoption by a foreigner and they should be told specifically that in case the child is adopted, it would not be possible for them to have any further contact with the child. The biological parents should not be subjected to any duress in making a decision about relinquishment and even after they have taken a decision to relinquish a child for giving in adoption, a further period of about three months should be allowed to them to reconsider their decision'.<sup>111</sup>

While India and some other countries (see *infra* Nos 66-69) have made substantial progress in providing assistance to biological parents, in many developing countries no such services are available and the decision to relinquish a child is often made by the biological parents (generally the mother) alone.

### b Agency adoptions

66 A growing number of countries of origin has sought to restrict direct adoptions and to channel international adoptions through agencies.

In the Republic of Korea intercountry adoptions are allowed only through four agencies. In 1954 the government established the Social Welfare Society (see *supra*

No 46). The three other organizations – World Children's Services, Eastern Child Welfare Society and Korean Social Services – are of United States origin. The law requires certain qualifications of the institutions' staff. 'Insistence on these standards has led to adoptive families in Europe finding Korean children to be particularly well-prepared for their transplantation, and as a result better able to adapt. The safeguards taken for the placement of a large number of Korean children abroad have therefore made it possible to avoid a host of serious difficulties which this kind of placement can cause'.<sup>112</sup>

67 In Thailand, under the Child Adoption Act (1979), private persons are not allowed to arrange the adoption of a child and child welfare organizations must act under a license from the Director General of the Public Welfare Department within which a 'Child Adoption Board' has been constituted to supervise those agencies as well as the adoption procedure in general.

68 In India the Supreme Court of India in *Laxmi Kant Pandey v. Union of India* (judgment of 6 February 1984 referred to above) gave directions to stop all independent or private adoptions conducted by unauthorized individuals or agencies. Applications for taking a child in adoption 'should be processed only through a social or child welfare agency licensed or recognized by the government of the State in which it is operating'.<sup>113</sup> In a later judgment of 27 September 1985, the Supreme Court made a clear distinction between 'scrutinizing agencies' and 'placement agencies'.<sup>114</sup>

This judicial legislation has had a great impact on the practice of intercountry adoption in India and it would seem that direct adoptions from India have indeed come to an end.

69 There is generally no ban on private adoptions in Latin-American countries and child welfare agencies are not widely available. In Paraguay and Peru, for example, a few private organizations are active but they are completely dependent upon voluntary help and private funding.<sup>115</sup> State child welfare institutions exist, for example, in Brazil (*Fundação do Bem Ester do Minor, FEBEM*) and Guatemala (*Consejo de Bienestar Social de Guatemala*). Both organizations counsel single mothers and provide information on the legal consequences of adoptions, including international adoptions, and assist the courts. Elaborate procedures for intercountry adoption exist in Costa Rica and Colombia. In Costa Rica

<sup>112</sup> Council of Europe, *op. cit.* (*supra* footnote 16), p. 27.

<sup>113</sup> The court also suggested that '... before taking a decision to recognize any particular social or child welfare agency for the purpose of intercountry adoptions, the government of India or the government of a State would do well to examine whether the social child welfare agency has proper staff with professional social work experience ... It would also be desirable not to recognize an organization or agency which has been set up only for the purpose of placing children in adoption; it is only an organization or agency which is engaged in the work of child care and welfare which should be regarded as eligible for recognition, since intercountry adoption must be looked upon not as an independent activity by itself, but as a part of child welfare programme so that it may not tend to degenerate into trading' (paragraph 15).

<sup>114</sup> 'The scrutinizing agency, appointed by the Court for the purpose of assisting it in reaching the conclusion whether it would be in the interest of the child to be given an adoption to the foreign parents must not in any manner be involved in the placement of children in adoption. [It] must be an expert body having experience in the area of child welfare and it should have nothing to do with placement of children in adoption or otherwise objective and impartial evaluation may not be possible.' (Paragraph 3, *supra* footnote 82.) The Supreme Court recognized the Indian Counsel for Child Welfare and the Indian Counsel of Social Welfare as scrutinizing agencies and directed that the Courts continue to entrust scrutinizing work to them. Other scrutinizing agencies might be employed provided that they be child welfare agencies and not engaged in placing children in adoption.

<sup>115</sup> See U. Alfter, 'Assistance Offered to Children in Their Home Countries', in ISS, German Branch, *op. cit.* (*supra* footnote 75), pp. 12-15.

<sup>110</sup> See generally, Council of Europe, *op. cit.* (*supra* footnote 16).

<sup>111</sup> Paragraph 14, see *supra* No 47 and footnote 79.

tribunaux. Des procédures complexes d'adoption à destination de l'étranger existent au Costa Rica et en Colombie. Au Costa Rica, la plupart des adoptions, y compris les adoptions à destination de l'étranger, s'effectuent par l'entremise du *Patronato Nacional de la Infancia* (PANI) qui, en vertu de la Constitution du Costa Rica, est généralement chargé de la protection des mères et des enfants. La structure la plus élaborée se trouve probablement en Colombie où l'*Instituto Colombiano de Bienestar Familiar* (ICBF) a mis en place un réseau régional étendu apportant aide et conseils aux mères célibataires, y compris sur les conséquences d'une adoption à l'étranger. La plupart des adoptions à destination de l'étranger s'effectuent par l'entremise du ICBF. En Equateur, après toute une série de scandales liés à des enlèvements d'enfants, à des tractations avec de fausses mères et au trafic d'enfants à l'étranger, une «unité technique de l'adoption» a été créée en 1989 et financée par l'Institut national de protection des mineurs qui fait partie du Ministère de la protection sociale. L'unité technique a lancé un «programme national d'adoption» qui vise à faire la liaison entre les demandes locales et internationales d'adoptions.

## D Adaptation des enfants adoptés d'origine étrangère

### 1 Le défi particulier auquel on doit faire face

70 Dès lors qu'un enfant originaire d'Asie, d'Amérique latine, d'Afrique ou d'Océanie se trouve placé dans une famille adoptive d'un pays industrialisé, comment s'adapte-t-il à son nouvel environnement? Les connaissances que l'on a acquises récemment au sujet des aspects sociaux et psychologiques de l'adoption (voir Nos 34-37 ci-dessus) prennent une importance particulière en cas d'adoption transnationale, en raison des différences considérables – sociales, culturelles et ethniques – qui existent en l'occurrence. On ne s'en est pas suffisamment rendu compte lors du premier essor de l'adoption d'enfants étrangers après la deuxième guerre mondiale. Il s'agissait au début d'un phénomène nouveau et qui imposait une certaine prudence; la tendance était alors de minimiser les différences entre les familles naturelles et les familles adoptives. Le phénomène étant désormais courant dans bien des pays, on s'aperçoit que les problèmes qui se posent aux familles adoptives sont fréquemment magnifiés en cas d'adoption transnationale, en raison des disparités considérables qui peuvent exister entre les antécédents et les attentes de l'enfant et des parents adoptifs.

71 Des recherches transculturelles récentes ont montré que des facteurs d'ordre génétique ou tenant au milieu peuvent entraîner des différences qualitatives, pour ce qui est des rythmes, des réactions et de l'activité motrice, dans les premières étapes du développement d'un enfant<sup>116</sup>. Il semble que ces différences influent à leur tour sur les réactions des parents, et inversement. «Les parents adoptifs doivent être préparés à s'attendre à ces différences et à les comprendre. Sinon ils interpréteront les difficultés réciproques d'ajustement comme un signe

<sup>116</sup> Par exemple, si dans certaines cultures les nouveaux-nés paraissent enclins à une forte activité motrice, dans d'autres ils font preuve de beaucoup plus de douceur et de tranquillité, voir T. B. Brazelton, *Families: Crisis and Caring* (Reading, Mass., 1989), p. 214-218.

de leur propre incapacité à établir un rapport avec le nouveau bébé»<sup>117</sup>.

### 2 Résultats positifs de la recherche

72 Diverses recherches effectuées aux Etats-Unis dans les années soixante-dix – et portant en particulier sur des enfants coréens – ont permis de conclure que les enfants adoptés en provenance d'autres pays s'adaptent bien<sup>118</sup>. Cette impression positive a été confirmée par une grande étude danoise récente, faite à l'échelle nationale, au sujet de la situation des adoptés d'origine étrangère âgés de 18 à 25 ans<sup>119</sup>. De même que dans les études américaines, la majorité des jeunes gens concernés (plus ou moins 60%) étaient nés en Corée<sup>120</sup>. L'étude concluait que ces enfants se sont bien adaptés à leur environnement danois. L'attention portait en particulier sur le problème d'une éventuelle discrimination raciale. Bien que la plupart des adoptés aient indiqué qu'ils n'en avaient pas été victimes, certains d'entre eux avaient fait l'objet d'une discrimination négative (et parfois positive), mais relativement rare. L'importance d'une relation ouverte avec les parents adoptifs et avec la société dans son ensemble est démontrée par les réactions de ces derniers enfants; ceux qui connaissaient ce type de relation ouverte avaient moins souffert de la discrimination que les autres. D'une manière générale, le processus de formation de l'identité s'était effectué d'une manière satisfaisante pour ces enfants.<sup>121</sup>

### 3 Présence d'un certain risque d'inadaptation par la suite

73 En revanche, des études récentes effectuées aux Pays-Bas donnent à penser que les adoptés venus d'une culture étrangère sont exposés à un risque d'inadaptation ultérieure sensiblement plus élevé. Une vaste étude sur les problèmes de comportement, d'affectivité et d'aptitude que présentent les enfants d'origine étrangère âgés de 10 à 15 ans adoptés aux Pays-Bas a révélé que, bien que la plupart des enfants formant l'échantillon examiné (2.148) n'aient pas plus de problèmes de comportement que les enfants non adoptés, en revanche dans la tranche d'âge des 12 à 15 ans les problèmes (larcins, suractivité, vandalisme, fugues, etc.) sont deux fois plus nombreux chez les premiers que chez les seconds.<sup>122</sup> Une étude ultérieure a confirmé l'hypothèse selon laquelle, plus l'enfant est âgé lors de son placement pour adoption, plus il risque de présenter des pro-

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 217. Il se peut également que les parents mettent les difficultés d'adaptation au bébé lui-même. Même lorsque la personnalité de l'enfant adopté a progressivement absorbé des aspects de la personnalité des adoptants «en cas de crise, par exemple à la suite d'une expérience traumatique ou d'une nouvelle adaptation telle que l'entrée à l'école, ... le comportement tempéramental inné de l'enfant a des chances de refaire surface et l'enfant aura besoin à nouveau de la compréhension et du respect de ses parents adoptifs», *ibid.*, p. 218.

<sup>118</sup> Voir par exemple, D. S. Kim, «How They Fared in American Homes: A follow-up Study of Korean Children in US Homes», dans 31 *Children Today* (1977), p. 2-6; S. P. Kim *et al.* «Adoption of Korean Children by New York Area Couples, A Preliminary Study» dans 58 *Child Welfare* (1979), p. 419-427. Voir aussi, cependant, S. P. Kim, «Behavioral Symptoms in Three Transracially Adopted Children: Diagnosis Dilemma», dans 59 *Child Welfare* (1980), p. 213-224, qui suggère que des enfants de race ou de culture étrangères présentent une vulnérabilité inhérente sur le plan physique et sur celui du développement.

<sup>119</sup> Voir M. Rørbech, *Mit land er Danmark*, Social Forsknings Institut (Copenhague, 1989); English abstract *idem*, *Denmark – My Country* (Copenhague, 1990).

<sup>120</sup> Les deux tiers avaient atteint l'âge de 3 ans avant leur arrivée au Danemark. Par contraste, la plupart des enfants d'origine étrangère adoptés au Danemark ont moins de 2 ans à leur arrivée.

<sup>121</sup> Il est intéressant de noter qu'«environ la moitié [de ceux qui ont répondu] reconnaissent plus ou moins que, étant donné leur situation, ils pouvaient être un instrument de rapprochement entre les nations», M. Rørbech, *Denmark – My Country* (note 119 ci-dessus), p. 20. Des résultats positifs analogues sont signalés en Australie en ce qui concerne les adoptés vietnamiens (s'agissant cependant de très jeunes adoptés). Voir I. J. Harvey, «Adoption of Vietnamese Children: An Australian Study» dans 18 *Australian Journal of Social Issues* (1983), p. 55-69.

<sup>122</sup> F. C. Verhulst *et al.*, «Problem behavior in international adoptees: I» dans 29 *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 1990, p. 94-103.

most adoptions, including intercountry adoptions take place through the *Patronato Nacional de la Infancia* (PANI) which under the Constitution of Costa Rica has general responsibility for the protection of mothers and children. The most elaborate structure probably exists in Colombia, where the *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar* (ICBF) has set up an extensive regional network providing counselling and support to single mothers, including advice on the consequences of adoption abroad. Most intercountry adoptions take place through the ICBF.

In Ecuador, after a series of scandals relating to kidnapping of children, negotiations with false mothers and trafficking of children abroad, a 'technical unit for adoptions' was set up in 1989 funded by the National Institute for the Protection of Minors which is part of the Ministry of Social Welfare. The TUA has launched a 'national adoption programme' which aims at serving as a bridge between local and international applications for adoption.

## D Adjustment of international adoptees

### 1 A special challenge

70 Once a child from Asia, Latin America, Africa or Oceania has been placed with adopters in an industrialized country, how well does that child adjust to his or her new environment? The new insights acquired into the social and psychological aspects of adoption (see *supra* Nos 34-37) are of particular significance in the context of intercountry adoption because of the considerable social, cultural and ethnic differences involved. This was not immediately recognized when intercountry adoption started on a large scale after the Second World War. In the beginning intercountry adoption was new and on the defensive and there was a tendency to minimize the differences between natural families and adoptive families. Now that it has become a common phenomenon in many countries it is realized that the challenges which adoptive families face are often enlarged in the case of intercountry adoption because of the considerable differences in background and expectations between the child and the adoptive parents.

71 Recent cross-cultural research suggests that genetic and environmental factors may lead to qualitative differences in rhythms, in reactions and motor behaviour in the earliest stages of a child's development.<sup>116</sup> These differences in turn, it would seem, influence the parents' reactions, and vice versa. 'Adopted parents should be prepared in advance to expect and understand these differences. Otherwise, they will interpret the difficulties

<sup>116</sup> For example, while in some cultures newly born babies appear to demonstrate a preference for vigorous motor activity, in other cultures they prefer much quieter and smoother responses, see, T. B. Brazelton, *Families: Crisis and Caring* (Reading, Mass, 1989), pp. 214-218.

of adjusting to one another as their own lack of capacity to relate to a new baby.'<sup>117</sup>

### 2 Positive research outcomes

72 A number of studies carried out in the United States in the 1970s – particularly concerning Korean children – concluded that international adoptees functioned well.<sup>118</sup> This positive impression was confirmed by a recent major nationwide study undertaken in Denmark concerning the conditions of 18-25-year old foreign-born adoptees.<sup>119</sup> As in the United States studies, the majority of the young people ( $\pm 60\%$ ) had been born in Korea.<sup>120</sup> The study concluded that these children had adjusted well to their Danish environment. Particular attention was given to the problem of racial discrimination. Although the great majority reported that they had not been subjected to such behaviour, negative (as well as positive) discrimination had been experienced by some – although not on a large scale. The importance of an open relationship with one's adoptive parents and the environment at large is illustrated by the responses of those children who had experienced occasional discrimination; those who had such an open relationship felt less uncomfortable than those who had not. The process of identity-building by these children had generally developed satisfactorily.<sup>121</sup>

### 3 A certain risk of maladjustment at later age

73 On the other hand, recent studies carried out in the Netherlands suggest that international cross-cultural adoptees run a somewhat greater risk of later maladjustment. A large scale study concerning behavioural and emotional problems and competencies in international adoptees aged 10 to 15 years in the Netherlands revealed that, although the majority of adopted children who took part (2,148) did not show more problem behaviour than non-adopted children, more than twice as many 12-15-year old adopted boys showed problem behaviour (stealing, overactivity, vandalism, truancy, etc.) than non-adopted boys.<sup>122</sup> A further study confirmed the hypothesis that the older the child was at the time of placement for adoption, the greater the risk was of develop-

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 217. Another possibility is that the parents may place the blame for the difficulties of adjustment on the baby itself. Even when the adopted child's personality has in a gradual process taken on aspects of the adopters' own personalities, 'under stress, such as a traumatic experience or a new adjustment such as school, ... the child's inborn temperamental style is likely to resurface she will need understanding and respect from her adoptive parents all over again', *ibid.*, p. 218.

<sup>118</sup> See, for example, D. S. Kim, 'How They Fared in American Homes: A Follow-up Study of Korean Children in US Homes', in 31 *Children Today* (1977), pp. 2-6; S. P. Kim *et al.*, 'Adoption of Korean Children by New York Area Couples, A Preliminary Study', in 58 *Child Welfare* (1979), pp. 419-427. See also, however, S. P. Kim, 'Behavioral Symptoms in Three Transracially Adopted Children: Diagnosis Dilemma', in 59 *Child Welfare* (1980), pp. 213-224, which suggests that trans-ethnically and transculturally adopted children may be inherently vulnerable, developmentally and physically.

<sup>119</sup> See M. Rørbech, *Mit land er Danmark*, Social Forsknings Institutet, Copenhagen, 1989; English abstract *idem*, *Denmark – My Country* (Copenhagen, 1990).

<sup>120</sup> Two thirds of them had attained the age of 3 years before their arrival in Denmark. In contrast, most foreign-born children nowadays adopted in Denmark are below the age of 2 on arrival.

<sup>121</sup> Interestingly '[a]bout one half [of the respondents] agreed fully or partly, that, with the status they have, they may be bridge-builders between the nations', M. Rørbech, *Denmark – My Country* (*supra* footnote 119) p. 20. Similar positive results are reported from Australia concerning Vietnamese adoptees (in respect of very young adoptees however). See I. J. Harvey, 'Adoption of Vietnamese Children: An Australian Study', in 18 *Australian Journal of Social Issues* (1983), pp. 55-69.

<sup>122</sup> F. C. Verhulst *et al.*, 'Problem behavior in international adoptees: I', in 29 *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 1990, pp. 94-103.

blèmes de comportement et d'affectivité<sup>123</sup>. Ces conclusions ont été corroborées par des entretiens cliniques<sup>124</sup>. Toutes ces études ont été entreprises parce qu'on se préoccupait de plus en plus aux Pays-Bas du fait qu'en traitement résidentiel il y avait sur-représentation des enfants adoptés provenant de pays différents par leur culture et leur ethnie. Des recherches ont été effectuées à l'échelle nationale pour mesurer l'étendue du problème; elles ont permis de conclure que des expériences négatives dans le pays d'origine de l'enfant, de trop hautes attentes de la part des futurs adoptants et une préparation insuffisante de ces derniers, s'ajoutant au fait que les enfants pouvaient être en eux-mêmes difficiles, constituaient les raisons principales de cette situation<sup>125</sup>.

#### 4 La nécessité d'une information et d'une préparation

74 Les conclusions des recherches effectuées aux Pays-Bas n'ont jusqu'ici aucun véritable parallèle dans d'autres pays. Qu'elles soient ou non confirmées par des études futures, cependant, il ne fait pas de doute que l'adoption d'enfants nés dans une culture étrangère pose des problèmes très particuliers et exige que les futurs adoptants bénéficient de conseils spéciaux et d'une préparation. En raison des incertitudes sur les antécédents génétiques de l'enfant, son histoire périnatale et les privations qu'il a pu subir au début de son existence, des espérances très communes, du genre «Nous voulons adopter un enfant en bonne santé et d'une intelligence normale...», seront fréquemment déçues. Les futurs parents adoptifs doivent être prêts à affronter des problèmes de santé<sup>126</sup> à l'arrivée de l'enfant, ainsi que d'autres difficultés d'adaptation. C'est pourquoi, dans certains pays, les futurs adoptants sont fermement incités à assister à des cours qui leur dispenseront des renseignements généraux sur l'adoption d'enfants étrangers (par exemple en Suède). Aux Pays-Bas de tels cours sont à présent obligatoires en vertu de la loi et, un centre spécial d'information et de préparation à l'adoption d'enfants étrangers a été fondé. Ces dispositions obligatoires correspondent à ce que l'on pourrait concevoir comme un droit naissant des adoptés (internationaux), celui d'être reçu par des parents adoptifs bien informés et bien préparés.

#### 5 Formation de l'identité

75 L'adoption transnationale a également alimenté le débat sur l'opportunité d'informer l'enfant sur ses origines – pays natal, culture et parents biologiques (voir No 37 ci-dessus). Bien entendu l'origine différente d'un enfant adopté de souche étrangère et de ses parents adoptifs est souvent visible à l'oeil nu, et dans bien des pays désormais cette différence est très souvent manifestée par le fait que l'enfant adopté reçoit un prénom coréen, thaï ou espagnol. La SSI et de nombreuses autres organisations actives dans ce domaine ont consta-

té que des adoptés toujours plus nombreux sont à la recherche de leurs racines<sup>127</sup>. Les futurs adoptants sont à présent encouragés à s'intéresser à la culture de l'enfant et à lui venir en aide dans le processus psychologique qu'il traverse et qui consiste à édifier une identité complexe. D'une façon générale l'expérience enseigne que la «franchise en matière d'adoption est bonne pour les enfants comme pour les parents»<sup>128</sup> et que les angoisses qu'éprouvent les adoptants sur les effets d'une telle franchise sont dépourvues de fondement. Dans certains pays il existe des programmes de visites organisées d'enfants adoptés dans leur pays d'origine<sup>129</sup>.

#### 6 Le secret contre la franchise

76 Un problème transculturel peut se poser ici, car dans divers pays en développement la règle est plus le secret que la franchise. Dans l'affaire *Laxmi Kant Pandey c. Union indienne*, par exemple, la Cour suprême de l'Inde a estimé «absolument essentiel que les parents biologiques n'aient pas la possibilité de savoir qui sont les parents adoptifs chez qui leur enfant est placé en vue de l'adoption; par conséquent il convient de ne pas les aviser de la demande d'adoption elle-même.»<sup>130</sup> La raison en est que, selon la Cour, les parents biologiques, s'ils connaissaient les parents adoptifs, pourraient «essayer de leur extorquer de l'argent». Le secret sur les parents biologiques de l'enfant est aussi généralement de règle en Amérique latine (voir ci-après Nos 107-109).

77 En raison de cette divergence de vues il n'a pas été possible de s'entendre, ni dans la Déclaration des Nations Unies de 1986, ni dans la Convention sur les droits de l'enfant, sur un droit positif de l'enfant adopté de connaître ses antécédents. L'article 9 de la Déclaration des Nations Unies dispose que «le besoin de l'enfant... adopté de connaître ses antécédents familiaux doit être reconnu par les personnes qui le prennent en charge, à moins que cela n'aile à l'encontre de ses intérêts bien compris». Aux termes de l'article 7 de la Convention des Nations Unies «L'enfant... a... dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents...». Le paragraphe 2 du même article précise cependant que cette disposition n'est pas exécutoire par elle-même mais puisque le besoin reconnu par la Déclaration des Nations Unies paraît s'accroître et que d'une manière plus générale, le droit de prendre connaissance des documents sur ses propres origines revêt le caractère d'un droit de l'homme fondamental<sup>131</sup>, cette question ne peut manquer de jouer un grand rôle dans les négociations

<sup>123</sup> F. C. Verhulst et al., «Problem behavior in international adoptees: II» dans *29 Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 1990, p. 104-111 (voir les p. 104-105). L'effet plus profond de différents types de privation dans le jeune âge, ainsi que la préoccupation croissante des adolescents au sujet de leur parenté biologique, expliquent peut-être cette conclusion. Il n'a pas été constaté qu'une origine ethnique différente permette en soi de prédire de sérieux problèmes de comportement.

<sup>124</sup> Voir F. C. Verhulst et al., «Problem behavior in international adoptees: III» to be published in *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, mai 1990. Voir aussi F. C. Verhulst et H. J. M. Versluis-den Biemen, *Buitenlandse Adoptiekinderen, Vaardigheden en Probleemgedrag* (Assen, etc. 1989).

<sup>125</sup> Voir R. A. C. Hoksbergen et al., *Bittere Ervaringen* (Lisse, 1988).

<sup>126</sup> Des études suédoises, notamment, montrent qu'à leur arrivée de nombreux enfants présentent des problèmes de santé de diverses natures: diarrhées, infections du système respiratoire, infections dermatologiques, parfois ouïe déficiente pouvant entraîner un retard dans l'apprentissage du langage. Voir NIA *Intercountry Adoptions - Manual for municipal social welfare committees* (Extracts from *Handbok för socialnämnder*) (Stockholm, 1986), p. 18.

<sup>127</sup> Souvent des informations générales au sujet de la famille biologique suffisent à répondre aux besoins d'un enfant adopté, et il se peut que celui-ci ne désire pas prendre contact personnellement avec les parents biologiques. Voir I. Baer, «Internationale Entwicklungen zum Themenbereich: «Adoptierte suchen ihre Ursprungsfamilie»» dans 5 «*Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge*» (NDV), 1988, p. 148 et s.

<sup>128</sup> NIA *Intercountry Adoptions*, op.cit. (note 126 ci-dessus).

<sup>129</sup> Voir, à titre général, G. Andersson, *The Adopted Children's Search for their Identity*, document présenté au cycle d'études de l'ICSW sur l'adoption transnationale à Tokyo en 1986; voir aussi P. C. Th. M. van Eeuwijk et J. H. A. van Loon (éd.), *Identiteitsproblemen bij adoptiekinderen* (Amsterdam, etc. 1989) et C. Hoffman-Riem, *Mediating Adoption Triangle*, document présenté à la réunion d'experts d'Organisations non gouvernementales sur la mise en oeuvre de la Déclaration des Nations Unies du 3 décembre 1986, Vienne, 10-11 juin 1987.

<sup>130</sup> Paragraphe 22, voir note 79 ci-dessus.

<sup>131</sup> Voir par exemple Cour Européenne des Droits de l'Homme, affaire Gaskin (2/1988/146/200), arrêt du 7 juillet 1989 dans lequel la Cour a décidé (par 11 voix contre 6) que la question de l'accès au dossier se rattache à la «vie privée et familiale» protégée par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et que l'intérêt d'une personne cherchant à consulter un tel dossier doit être respecté lorsque ceux qui ont contribué à constituer le dossier ne répondent pas aux demandes ou refusent de donner leur consentement. Le «principe de proportionnalité» impose en pareil cas qu'une autorité indépendante décide s'il convient néanmoins d'autoriser la consultation. Voir aussi Bundesverfassungsgericht, Jugement du 31 janvier 1989, *Juristenzeitung* 1989, p. 335-339; pour d'éventuelles exceptions d'ordre public à ce principe voir aussi Chambre des Lords, arrêt du 30 novembre 1989 (*Regina v. Registrar-General, Ex Parte Smith*), *The Times Law Report*, 1er décembre 1989, p. 42.

ing behavioural and emotional problems.<sup>123</sup> The results of these findings were confirmed by clinical interviews.<sup>124</sup> These studies were undertaken following increasing concern in the Netherlands about over-representation in institutional treatment of adopted children born in countries with a different culture and ethnic background. Nationwide research had investigated the extent of this problem and found that negative experiences in the child's country of origin, too high expectations of the intending adopters and insufficient educational capacity of the adopters in combination with difficult children were among its main causes.<sup>125</sup>

#### 4 The need for information and preparation

74 The Dutch research findings have so far no true parallel in other countries. Whether or not their outcome will be confirmed by future studies, however, there is no doubt that adoption of children born in a foreign culture poses very special challenges and requires special counselling and preparation of the intending adopters. Because of the uncertainties concerning the child's genetic background, perinatal history and possible deprivation of many kinds at early age, common expectations – such as 'we want to adopt a healthy child of normal intelligence' – will often not be met. Intending adoptive parents should be prepared for health problems<sup>126</sup> when the child arrives and for other adjustment difficulties. For this reason, in some countries prospective adopters are strongly advised to attend courses which give them general information on adoption of foreign children (e.g. Sweden). In the Netherlands such courses are now compulsory by law and a special Centre for Information on and Preparation for Adoption of Foreign Children has been founded in this connection. Such an obligation corresponds with what might be seen as an emerging right of (international) adoptees, i.e. to be received by well-informed and well-prepared adoptive parents.

#### 5 Identity building

75 Intercountry adoption has also intensified the discussions on the desirability of informing the child about his or her origin – country of birth, culture and biological parents (cf. *supra* No 37). That an international adoptee is in origin different from the adoptive parents is of course often visible and it has become quite common in many countries to acknowledge this difference, for example by giving an adopted child a Korean, Thai or Spanish first name. As ISS and many other organizations active in this field have found, more and more

adoptees go in search of their roots.<sup>127</sup> Prospective adopters are now encouraged to develop an interest in the child's culture and to support the child in its psychological process of building up a complex identity. Generally the experience has been that 'frankness in matters of adoption is good for both children and parents'<sup>128</sup> and that the anxieties of adopters about such openness are unfounded. In some countries, programmes have been set up to organize visits by adopted children to their country of origin.<sup>129</sup>

#### 6 Confidentiality v. openness

76 A cross-cultural problem may arise here since in a number of developing countries confidentiality rather than openness is the rule. The Supreme Court of India in *Laxmi Kant Pandey v. Union of India*, for example, held that it was 'absolutely essential that the biological parents should not have any opportunity of knowing who are the adoptive parents taking their child in adoption and therefore notice of the application for guardianship should not be given to the biological parents'.<sup>130</sup> The reason for this ruling was that according to the court the biological parents knowing who are the adoptive parents, might 'try to extort money from the adoptive parents'. Secrecy about the child's biological parents is also generally the rule in Latin America (see *infra* Nos 107-109).

77 Due to this difference of views it was not possible to reach agreement in the UN Declaration of 1986 nor in the Convention on the Rights of the Child on a firm right for the adopted child to know about his or her background. Article 9 of the UN Declaration provides that the 'need of a ... adopted child to know about his or her background should be recognized by persons responsible for the child's care, unless this is contrary to the child's best interests'. Article 7 of the UN Convention provides that '[t]he child ... shall have ... as far as possible, the right to know ... his or her parents'. Paragraph 2 of this Article makes it clear, however, that this provision is not meant to be self-executing. Since the need recognized by the UN Declaration appears to be growing and since, more generally, the right of access to records of one's own history is emerging as a fundamental human right,<sup>131</sup> this question is bound to be an important

<sup>127</sup> Often some general information about the biological family already meets the needs of an adopted child, and personal contact with the biological parents may not even be desired by the adoptee. See I. Baer, 'Internationale Entwicklungen zum Themenbereich: "Adoptierte suchen ihre Ursprungsfamilie"', in 5 *Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge* (NDV), 1988, p. 148 *et. seq.*

<sup>128</sup> NIA Intercountry Adoptions, *op. cit.* (*supra* footnote 126).

<sup>129</sup> See, generally, G. Andersson, *The Adopted Children's Search for their Identity*, paper presented to the ICWS seminar on intercountry adoption in Tokyo, 1986; see also P. C. Th. M. van Eeuwijk and J. H. A. van Loon (eds.), *Identiteitsproblemen bij adoptiekinderen* (Amsterdam etc., 1989) and C. Hoffman-Riem, *Mediating Adoption Triangle*, paper presented to the NGO Expert meeting on the Implementation of the UN Declaration of 3 December 1986, Vienna 10-11 June 1987. Paragraph 22, see *supra* footnote 79.

<sup>131</sup> Cf. for example European Court of Human Rights, Gaskin case (2/1988/146/200), judgment of 7 July 1989 in which the court ruled (11-6) that the question of access to case records relate to one's 'private and family life' as protected by Article 8 of the European Convention on Human Rights and that the interests of a person seeking access to such records had to be secured when a contributor of the records either failed to answer or withhold consent. The 'principle of proportionality' required in such instances that an independent authority decide on whether access is nevertheless to be granted. Cf. also Bundesverfassungsgericht, judgment of 31 January 1989, *Juristenzeitung* 1989, pp. 335-339; for possible public policy exceptions to this principle cf. also House of Lords, judgment of 30 November 1989 (*Regina v. Registrar-General, Ex Parte Smith*), *The Times Law Report*, 1 December 1989, p. 42.

<sup>123</sup> F. C. Verhulst *et al.*, 'Problem behavior in international adoptees: II', in 29 *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 1990, pp. 104-111 (at pp. 104-105). The greater impact of various kinds of deprivation at early age as well as increasing concerns among adolescents over their biological parentage might explain this finding; a different ethnic background in itself was not found to be a powerful predictor for problem behaviour.

<sup>124</sup> See F. C. Verhulst *et al.*, 'Problem behavior in international adoptees: III', to be published in *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, May 1990. See also F. C. Verhulst and H. J. M. Versluis-den Bieman, *Buitenlandse Adoptiekinderen, Vaardigheden en Probleemgedrag* (Assen etc., 1989).

<sup>125</sup> See R. A. C. Hoksbergen *et al.*, *Bitere Ervaringen* (Lisse, 1988).

<sup>126</sup> Swedish studies, for example, have shown that many children upon arrival show health problems of various kinds: diarrhoeal diseases, respiratory tract infections, skin infections, sometimes hearing impairment which may cause delay in language development. See NIA, *Intercountry Adoptions – Manual for municipal social welfare committees* (Extracts from *Handbok för socialnämnder*) (Stockholm, 1986), p. 18.

sur une nouvelle convention relative à l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger (cf. ci-après No 183).

## E Les abus en matière d'adoption d'enfants provenant de l'étranger: le trafic d'enfants à l'échelle internationale

### 1 Le problème de la recherche des faits

78 La demande structurelle d'enfants dans les pays industrialisés et la disponibilité également structurelle de nombreux enfants sans foyer dans les pays en voie de développement (voir No 51 ci-dessus) ont donné naissance non seulement aux adoptions régulières et légales à l'intérieur de chaque pays, mais à des trafics internationaux d'enfants, soit aux fins d'adoption à l'étranger, soit, sous le couvert de l'adoption, à d'autres fins habituellement illicites<sup>132</sup>. Aucun pays n'autorisant de telles pratiques, elles doivent nécessairement se dérouler dans l'ombre. Il est donc très difficile – sinon impossible – de parvenir à un tableau digne de foi de leur étendue géographique, de leur nature et de leur portée. Ce problème de détermination des faits est évoqué par exemple dans divers rapports et notes établis à ce sujet par le Secrétaire général de l'ONU à l'intention de la Commission des Droits de l'Homme de l'ECOSOC<sup>133</sup>. Et pourtant les documents soumis au Secrétaire général par divers gouvernements et par des organisations telles qu'Interpol, Défense des Enfants – International<sup>134</sup>, la Fédération internationale de Terre des Hommes<sup>135</sup> et la Fédération internationale des droits de l'homme<sup>136</sup> ne permettent pas de douter qu'un trafic international d'enfants se produit, en particulier entre les pays d'Asie, d'Amérique latine et d'Europe orientale d'une part et les pays d'Amérique du Nord et d'Europe occidentale d'autre part. Ce qui confirme et élargit les conclusions d'un rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe datant de 1987<sup>137</sup>.

### 2 Caractéristiques générales du trafic portant sur les enfants

79 Les diverses sources dont nous disposons nous permettent d'évoquer les principales caractéristiques du trafic international d'enfants:

#### a But

Ce trafic peut servir aux adoptions à l'étranger, mais il peut aussi avoir un but de prostitution, de pornographie, de main-d'oeuvre à bon marché et d'autres formes d'exploitations à l'étranger. Il n'est pas toujours possible de tracer une ligne de partage nette entre ces différentes pratiques; par exemple, il peut être affirmé aux parents biologiques que leur enfant sera adopté et que l'on en prendra soin à l'étranger, alors qu'en réalité l'enfant sera contraint à la prostitution.

<sup>132</sup> Encore que sur une échelle plus limitée, le trafic international d'enfants existait déjà dans les années cinquante. Voir la déclaration de G. S. Maridakis au sujet d'un tel trafic entre la Grèce et les Etats-Unis, Conférence de La Haye, *Actes et documents de la Neuvième session*, 1960, tome I, p. 203.

<sup>133</sup> E/CN.4/Sub.2/1989/38 du 12 juillet 1989 établi à l'intention de la sous-Commission de la Commission sur la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, et E/CN.4/AC.2/1989/8 du 21 juin 1989 (avec les Addenda 1 et 2), à l'intention du groupe de travail de la sous-Commission sur les formes contemporaines de l'esclavage, avec des références à des notes et rapports précédents du Secrétaire général.

<sup>134</sup> Voir aussi plusieurs études détaillées sur ce sujet publiées dans la *Tribune Internationale des Droits de l'Enfant de la DEI*; voir aussi divers documents dans DEI, Protection des Droits de l'Enfant et Adoptions Internationales (Genève, 1989) (No 21 ci-dessus).

<sup>135</sup> Voir aussi H. Rauline *op.cit.* (note No 109 ci-dessus).

<sup>136</sup> Voir A. Feder et A. Garapon, *Rapport de Mission*, Paris, 1988.

<sup>137</sup> *Report on the Traffic in Children and Other Forms of Child Exploitation* (Rapporteur P. Stoffelen), Doc. 5777 du 10 septembre 1987.

#### b Enfants concernés

Le trafic d'enfants en vue de l'adoption à l'étranger porte habituellement sur des enfants sains et à la peau claire, la plupart des adoptants prospectifs en Europe occidentale, en Amérique du Nord et en Australie désirant que leurs enfants jouissent d'une bonne santé et aient le teint aussi clair que possible.

#### c Méthodes employées pour se procurer des enfants

Les trois principales méthodes sont l'achat, le consentement obtenu par la fraude ou la contrainte et l'enlèvement des enfants. Ces méthodes peuvent se combiner (par exemple on peut exercer une pression sur les parents pour qu'ils vendent leur enfant); en outre, il peut être difficile dans certains cas de dire si l'enfant a été enlevé ou si les parents biologiques ont donné leur consentement.

##### (i) Ventes d'enfants

On signale fréquemment le cas de parents abandonnant leur enfant en vue de l'adoption en échange d'une certaine somme d'argent, souvent minime, parce qu'ils craignent par exemple que l'enfant ne meure de faim s'il reste avec eux. Il arrive aussi qu'un parent vende un enfant sans que l'autre parent le sache.

##### (ii) Fraude ou contrainte

Un intermédiaire persuasif (souvent une femme servant de «démarcheuse») peut faire croire à une femme enceinte ou à une jeune mère qu'une vie merveilleuse attend son enfant dans un pays riche, la rassurer et contribuer à dissiper chez elle tout sentiment de culpabilité et (en conjonction avec (i)) l'inciter à accepter de l'argent pour écarter toute suspicion d'enlèvement.

##### (iii) Enlèvements

On signale aussi bien des cas d'enlèvement pur et simple d'enfants jouant dans un jardin, revenant de l'école ou même arrachés aux bras de leur mère<sup>138</sup>.

#### d Organisation du trafic

Les trafiquants d'enfants font souvent partie de réseaux très étendus. Dans certains pays des juristes et des notaires, des travailleurs sociaux (parfois même ceux que les tribunaux désignent), des hôpitaux, des médecins, des établissements pour enfants mués à l'occasion en véritables «baby farms», d'autres encore, conjuguent leurs efforts pour se procurer des enfants et profiter du désespoir des parents, en particulier des femmes, qui se trouvent dans des situations difficiles, en usant éventuellement de tromperie. Dans ces réseaux, un principe de base est souvent que les divers intermédiaires opèrent sans se connaître les uns les autres: certains prennent contact avec les femmes enceintes ou les jeunes mères, d'autres s'occupent des enfants avant leur départ pour l'étranger; d'autres recherchent les clients dans les pays d'accueil et d'autres encore versent des «pots de vin» aux autorités compétentes et «écoulent le produit». Une grande partie de ces opérations se déroule dans les pays en développement, mais le réseau peut également inclure des juristes ou d'autres intermédiaires en Amérique du Nord ou en Europe.

<sup>138</sup> Voir par exemple, «Abductions in Salvador Fill a Demand: Adoption», *New York Times*, 17 décembre 1985, p. 2.

item for the negotiations on a new convention on inter-country adoption (cf. *infra* No 183).

## E Abuses of intercountry adoption: international child trafficking

### 1 The problem of fact-finding

78 The structural demand for children from industrialized countries and the equally structural availability of many homeless children in developing countries (see *supra* No 51) has, in addition to regular and legal inter-country adoptions, led to practices of international child trafficking either for purposes of adoption abroad, or under the cloak of adoption, for other – usually illegal – purposes.<sup>132</sup> As no country allows such practices, they have to take place in the dark. As a result, it is very difficult – if not impossible – to obtain a reliable picture of the overall geographical span, nature and scope of these practices. This fact-finding problem is reflected, for example, in various reports and notes on this subject prepared by the Secretary General of the United Nations for ECOSOC's Commission on Human Rights.<sup>133</sup> Yet, the documents submitted to the Secretary General by a number of governments, and by organizations such as Interpol, Defence for Children International,<sup>134</sup> International Federation Terres des Hommes<sup>135</sup> and the International Federation of Human Rights<sup>136</sup> leave no doubt that international trafficking of children does occur – in particular from Asian, Latin-American and Eastern European countries to North America and Western Europe. This confirms and broadens the conclusions of a 1987 Report of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.<sup>137</sup>

### 2 General features of child trafficking

79 The various sources available permit us to draw up the following typical features of international child trafficking:

#### a Purpose

It may serve the purpose of adoption abroad, but may also be carried out for purposes of prostitution, pornography, cheap labour and other forms of exploitation abroad. It is not always possible to draw a sharp line between these different practices; for example, the biological parents may be told that their child will be adopted and cared for abroad, while in reality the child will be forced into prostitution.

#### b Children concerned

Child trafficking for the purpose of adoption usually concerns healthy, fair children because most prospective adopters in Western Europe, North America and Australia want their children to be in good health and as fair as possible.

#### c Methods for obtaining children

The three principal methods are the sale of children, consent obtained through fraud or duress and child abduction. Combinations are possible (e.g. selling of a child under pressure) and, in addition, it may be difficult in some cases to say whether the child was abducted or whether the biological parents gave their consent.

##### (i) Sales

There are frequent reports of parents giving up their child for adoption in return for a certain, often very small sum of money – for example, out of fear that the child would die of hunger if it remained with them. There are also reports of one parent selling a child without the other parent's knowledge.

##### (ii) Fraud or duress

A convincing intermediary (often a female scouting about for children) may persuade a pregnant woman or young mother that a great life awaits her child in a rich country, will reassure the mother and help dispel any feelings of guilt and (combination with (i)) get her to accept money so as to eliminate any suspicion of kidnapping.

##### (iii) Abduction

There are also many reports of outright abduction of children playing in the yard, returning from school or even being snatched from the arms of their mother.<sup>138</sup>

#### d Organization of the trafficking

Often child traffickers are part of extensive networks. In some countries lawyers and notaries, social workers (even in some cases those appointed by the courts), hospitals, doctors, children's institutes, sometimes turned into complete 'baby farms', and others work together to obtain children and make profit out of the despair of parents, in particular women, in difficult situations, sometimes by deceiving them. A basic principle of such networks is often that the various intermediaries operate without knowing each other: there are those who contact the pregnant women or young mothers; those who look after the children before they leave for abroad; those who search for clients in the receiving countries and those who bribe the competent authorities and 'wash' the 'commodity'. Most of this takes place in the developing countries, but the network may also extend to lawyers or other intermediaries in North America or Europe.

<sup>132</sup> On a more limited scale, international child trafficking already occurred in the fifties, see statement by G. S. Maridakis, concerning such trafficking from Greece to the US, Conférence de La Haye, *Actes et documents de la Neuvième session*, 1960, Tome I, p. 203.

<sup>133</sup> E/CN.4/Sub.2/1989/38 of 12 July 1989 for the attention of the Commission's Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and E/CN.4/AC.2/1989/8 of 21 June 1989 (with Addenda 1 and 2), for the attention of the Sub-Commission's Working Group on Contemporary Forms of Slavery, with references to previous notes and reports of the Secretary General.

<sup>134</sup> See also various detailed studies on this subject published in DCI's *International Children's Rights Monitor* and see various documents in DCI, *Protecting Children's Rights in International Adoption* (Geneva, 1989) (*supra* No 21).

<sup>135</sup> See also H. Rauline *op. cit.* (*supra* footnote 109).

<sup>136</sup> See A. Feder and A. Garapon, *Rapport de Mission* (English translation), Paris, 1988.

<sup>137</sup> *Report on the Traffic in Children and Other Forms of Child Exploitation* (Rapporteur P. Stoffelen), Doc. 5777 of 10 September 1987.

<sup>138</sup> See, for example, 'Abductions in Salvador Fill a Demand: Adoption', *New York Times*, 17 December 1985, p. 2.

### e Le départ du pays

Pour que le trafic réussisse, il est indispensable que l'enfant quitte le pays d'origine d'une manière légale ou apparemment légale<sup>138a</sup>.

#### (i) Adoption

Là où l'adoption contractuelle demeure autorisée, des abus peuvent facilement se produire. Lorsqu'une procédure judiciaire existe, il est parfois possible de trouver des juges ou des fonctionnaires corrompus, et les documents relatifs au consentement de la famille biologique peuvent être falsifiés.

Dans les régions où des familles habitant la campagne envoient leurs enfants à des amis en ville pour leur permettre de fréquenter l'école, on peut s'adresser à ces familles pour essayer de leur «soustraire» les enfants moyennant finance ou en exerçant une pression.

#### (ii) Dissimulation de l'état civil

Il existe plusieurs façons de dissimuler la situation réelle d'un enfant, par exemple:

- les clients soi-disant «parents» peuvent déclarer qu'un enfant est le leur et faire établir un faux acte de naissance justifiant de leur «parenté»;
- une fausse mère peut reconnaître un enfant comme étant le sien et signer immédiatement une déclaration d'abandon qui ouvre la voie d'une adoption par des clients résidant à l'étranger;
- le client prétendu «père» reconnaît l'enfant comme étant le sien, et l'enfant est ultérieurement adopté par la mère adoptive;

Il arrive souvent que des cliniques privées jouent en pareil cas un rôle d'intermédiaires avec ou sans le consentement des mères biologiques.

### f Le prix de l'enfant et les bénéficiaires

La santé, le poids, le sexe, la couleur des yeux, l'origine sociale, sont autant d'éléments qui peuvent influencer sur le prix de l'enfant. Les tarifs peuvent aller de 10 000 à 15 000 dollars mais atteindre parfois des sommes sensiblement plus élevées. Les bénéficiaires ne sont pas en général les parents biologiques ni les adoptants mais les intermédiaires - juristes, médecins et autres.

### 3 Rumeurs sur le commerce de foetus et d'organes

80 Malgré des rumeurs répétées circulant dans la presse et dans d'autres médias au sujet d'un trafic de foetus et de l'utilisation d'enfants pour des greffes d'organes, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, dans un Rapport préliminaire du 11 juillet 1988, a exprimé l'opinion qu'«il lui serait nécessaire de disposer d'informations plus probantes pour donner suite à la demande de renseignements précis et complets [au sujet de l'existence de telles pratiques] faite par la sous-commission [de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités]»<sup>139</sup>. Le Secrétaire général a confirmé cette manière de voir dans une note du 12 juillet 1989<sup>140</sup>. Dans ce dernier document, il fait état de l'enquête détaillée sur l'existence éventuelle d'un trafic d'organes prélevés sur des enfants que la Fédération internationale des droits de l'homme a effec-

tuée dans deux pays d'Amérique centrale. Les enquêteurs étaient parvenus aux conclusions suivantes:

- «1 Nous n'avons pu réunir aucune preuve de la réalité d'un tel trafic;
- 2 Nous avons pu constater l'importance d'une rumeur qui ne paraît pas justifiée;
- 3 Nous pouvons établir la réalité d'un gigantesque trafic d'enfants se réalisant à travers l'institution de l'adoption»<sup>141</sup>.

### 4 La question du profit

81 Le trafic d'enfants se traduit par un bénéfice pour les intermédiaires, littéralement au dépens des parents biologiques et des adoptants (dans la mesure où ceux-ci agissent de bonne foi) et, dans un sens plus large, de l'enfant également. Bien que le principe soit assez clair, il n'est pas toujours facile dans des cas concrets de faire le partage entre de telles pratiques et les services d'intermédiaires reconnus légaux et réguliers. Nous avons vu que, dans le contexte de l'adoption transnationale légale et régulière, les institutions intermédiaires jouent un rôle de plus en plus important, dans les pays d'accueil en particulier, mais aussi dans ceux auxquels on s'adresse pour adopter des enfants. Ces institutions ne peuvent fonctionner que si leurs services sont rémunérés (sauf lorsqu'elles sont entièrement subventionnées par les pouvoirs publics). Mais qu'appelle-t-on rémunération raisonnable, et où commence le trafic? Pour les institutions fonctionnant dans les pays d'accueil, le problème est encore compliqué par le fait que, comme nous l'avons vu (No 64 ci-dessus), leurs activités ne se limitent pas habituellement à la prestation de services d'intermédiaires au sens strict, mais peuvent aussi comporter différents types d'assistance financière, par exemple aux oeuvres s'occupant de l'enfance dans les pays d'origine. Cela peut avoir des répercussions financières sur les contributions que doivent verser les futurs adoptants.

La difficulté que l'on éprouve à tracer une ligne de démarcation nette entre ce qui est acceptable et ce qui constitue un trafic d'enfants a donné lieu à de longs débats lors de l'élaboration tant de la Déclaration des Nations Unies que de la Convention des Nations Unies. L'article 20 de la Déclaration des Nations Unies stipule dans sa deuxième phrase qu'«en aucun cas, les personnes responsables du placement ne devraient en tirer un profit matériel indu». De même, l'article 21, alinéa d), de la Convention des Nations Unies dispose que: «[Les Etats parties] prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables.» L'emploi des termes «profit matériel indu», qui laissent supposer *a contrario* qu'un profit matériel peut être légitimement tiré de l'adoption d'enfants étrangers a suscité les protestations vigoureuses de certains délégués<sup>142</sup>. Cf. article 15 de la Convention Européenne en matière d'Adoption des Enfants.

### 5 Comment obtenir la restitution de l'enfant?

82 Bien entendu, en cas de trafic d'enfants, des parents et des oeuvres privées portent souvent plainte, ce

<sup>138a</sup> Voir M. R. Will, "La Adopción de Niños Latinoamericanos Hacia los Países Europeos/Zur Adoption Lateinamerikanischer Kinder nach Europa", in *Estudios de Direito Brasileiro e Alemão/Studien Zum Brasilianischen und Deutschen Recht*, Porto Alegre 1985, p. 101-122.

<sup>139</sup> E/CN.4/Sub.2/1988/30 du 11 juillet 1988, p. 9.

<sup>140</sup> Voir note 133 ci-dessus, p. 8.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> Voir ECOSOC document E/CN.4/1989/48 du 2 mars 1989, p. 59 et p. 142.

## e *Leaving the country*

In order for the trafficking to be successful it is essential that the child leave the country of origin in a legal or seemingly legal way.<sup>138a</sup>

### (i) *Adoption*

Where contractual forms of adoption are still allowed abuses are easily made. Where judicial adoption procedures exist, corrupt judges or officials may sometimes be found and documents relating to the consent of the biological family may be falsified.

In those regions where families living in the country will send their children to friends living in the city so that they can go to school, such families may be approached only to coax their children out of them, through money and/or pressure.

### (ii) *Concealing of civil status*

There are several ways of concealing the real status of a child, for example:

- the client 'parents' may declare that a child is theirs and have a false birth certificate drawn up establishing the clients' 'parenthood';
- a fake mother may acknowledge a child as hers and immediately sign a declaration of abandonment which paves the way for an adoption by the clients abroad;
- the client 'father' acknowledges the child as his, which is later followed by an adoption of the child by the adoptive mother.

Often private hospitals act as intermediaries in such cases - with or without the consent of the biological mothers.

## f *The price of the child, and the profiteers*

Health, weight, sex, colour of eyes, social origin, all may influence the price of a child. Prices may vary between \$10000 and 15000 but can sometimes be substantially higher. The profiteers are generally neither the biological parents nor the adopters but the intermediaries - lawyers, doctors and others.

## 3 *Rumours on trade in foetuses and organs of children*

80 Despite repeated rumours in the press and other media concerning the trafficking in foetuses and the use of children for organ transplants, the Secretary General of the United Nations in a preliminary report of 11 July 1988 expressed the view that 'more substantial information would be necessary in order to meet the request of the Sub-Commission [on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities] for precise and comprehensive information [concerning the existence of such practices]'.<sup>139</sup> The Secretary General confirmed this view in a note of 12 July 1989.<sup>140</sup> In the last mentioned note he referred to the detailed enquiry into the possible existence of a traffic in children's organs made by the International Federation of Human Rights in two Central American countries. The authors came to the following conclusions:

'1 We have not been able to obtain any evidence of the existence of such a traffic;

2 We have found that there are widespread rumours to this effect, which appear to be without justification;

3 We can attest to the existence of a large-scale traffic in children under the cloak of adoption.'<sup>141</sup>

## 4 *The question of profit making*

81 Child trafficking means profit making by intermediaries at the expense literally of the biological parents and the adopters (to the extent that they act in good faith), and in a broader sense also of the child. Although the principle is clear enough, drawing the line between such practices and legal and regular intermediary services is in practice not always easy. We have seen that in the context of legal and regular intercountry adoption intermediary agencies have become increasingly more important in particular in receiving countries but also in countries from which children are adopted abroad. Such agencies (except where they are entirely government-subsidized) can only function if they demand payment for their services. But what does constitute reasonable payment and where does trafficking begin? In respect of agencies in the receiving countries the problem is compounded by the fact that, as we have seen (*supra* No 64), their activities are usually not limited to intermediary services in the strict sense but may well include different kinds of financial assistance to, for example, child institutions in the countries of origin. This may have financial consequences for the contributions to be paid by prospective adopters.

The difficulty of drawing a clear line between what is acceptable and what constitutes child trafficking gave rise to extensive discussion during the preparation of both the UN Declaration and the UN Convention. Article 20, second sentence, of the UN Declaration provides that 'in no case should the placement result in improper financial gain for those involved in it'. Similarly, Article 21, sub-paragraph (d), of the UN Convention provides: '[States Parties ... shall] take all appropriate measures to ensure that, in intercountry adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it.' The use of the words 'improper financial gain', implying that a proper financial gain resulting from intercountry adoption is permissible, have been vigorously contested by some delegates.<sup>142</sup> Cf. Article 15 of the European Adoption Convention.

## 5 *Obtaining the return of the child*

82 Following instances of child trafficking, parents and private organizations have of course often filed com-

<sup>138a</sup> See M. R. Will, 'La Adopción de Niños Latinoamericanos Hacia los Países Europeos/Zur Adoption Lateinamerikanischer Kinder nach Europa', in *Estudios de Direito Brasileiro e Alemão/Studien zum Brasilianischen und Deutschen Recht*, Porto Alegre 1985, pp. 101-122.

<sup>139</sup> E/CN.4/Sub.2/1988/30 of 11 July 1988, p. 9.

<sup>140</sup> See footnote 133 *supra*, p. 7.

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> See ECOSOC document E/CN.4/1989/48 of 2 March 1989, p. 59 and p. 142.

qui entraînent l'ouverture d'enquêtes de police, presque toujours sans résultat<sup>143</sup>. On a signalé dans certains pays l'implication d'autorités civiles ou militaires de haut rang qui entravent les enquêtes criminelles.

Il arrive cependant que les parents ne s'en tiennent pas là et qu'ils s'efforcent, avec succès parfois, d'obtenir la restitution de leurs enfants dans le pays où ils ont été emmenés. Aux Etats-Unis, par exemple, une mère biologique roumaine, qu'un travailleur social et l'avocat des parents adoptifs avaient harcelée pour qu'elle consente à l'adoption de son enfant, a obtenu l'annulation de celle-ci par le biais d'une procédure d'*habeas corpus*<sup>144</sup>; l'on a donné aussi une vaste publicité à un arrêt de la Cour suprême israélienne du 16 juin 1988, ordonnant la restitution à ses parents d'une petite fille de 3 ans enlevée au Brésil en 1986 et vendue à un couple israélien via le Paraguay.<sup>145</sup>

## 6 Mesures législatives préventives à l'échelon national

83 Comme nous le verrons plus en détail par la suite (Nos 138-141), plusieurs pays ont adopté des mesures législatives pour restreindre la liberté des institutions de jouer le rôle d'intermédiaires dans l'adoption transnationale, afin notamment de prévenir le trafic d'enfants. De telles mesures, en particulier si elles sont coordonnées à l'échelle internationale, devraient fortement contribuer à limiter les abus de l'adoption d'enfants à l'étranger (voir ci-après Nos 177-178).

## 7 Normes et recommandations internationales

84 L'article 35 de la Convention des Nations Unies oblige les Etats parties à prendre toutes les mesures appropriées pour empêcher l'enlèvement, la vente, ou la traite d'enfants. L'article 9 – confirmant le droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents contre leur volonté – et l'article 21, alinéa a) – qui souligne la nécessité absolue d'un consentement à l'adoption donné en connaissance de cause – parmi d'autres, ont un certain rapport avec la question du trafic d'enfants. Des règles au sujet de la loi applicable au consentement figurent dans la Convention de La Haye de 1965 sur l'Adoption (article 5) et dans la Convention interaméricaine sur l'Adoption (article 3).

85 Pour compléter le tableau, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, à la suggestion de Défense des Enfants – International, a proposé à la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies «de désigner un rapporteur spécial chargé de procéder à une enquête d'ensemble sur la vente d'enfants, y compris les adoptions (en particulier transnationales) à caractère commercial ...<sup>146</sup> Parmi les suggestions soumises au Secrétaire général de l'ONU par d'autres organisations, il faut citer l'établissement d'une base de données spéciales permettant d'identifier les suspects de trafic international (Interpol), la constitution d'une commission de contrôle des pratiques en matière d'adoption (Fédération internationale Terre des Hommes) et «la conclusion d'une convention internationale réglementant strictement les adoptions internationales d'enfants, c'est-à-dire de leur réel abandon ou du consentement non

ambigu des parents ainsi que de leur suivi dans le pays d'accueil ...» (Fédération internationale des droits de l'homme)<sup>147</sup>. C'est sur ce dernier point en particulier qu'une convention nouvelle sur l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger pourrait probablement constituer une contribution majeure, voir ci-après chapitre VI.

## F Autres possibilités; caractère subsidiaire de l'adoption transnationale

86 L'adoption transnationale est l'une des nombreuses possibilités qui existent en matière de protection familiale et infantile mais, en dehors du placement d'enfants dans des familles étrangères, lequel généralement n'est pas jugé acceptable en raison des incertitudes juridiques auquel il donne lieu, ces options n'impliquent pas le déplacement des enfants vers d'autres pays.

On s'accorde de plus en plus à reconnaître, dans le monde entier, que lors des interventions successives des services de protection de l'enfance (voir No 43 ci-dessus) qui précèdent toute adoption à l'étranger, il conviendrait d'accorder une attention suffisante à d'autres possibilités de placement de l'enfant dans son propre pays, étant donné les difficultés qu'impliquent sa transplantation d'une société et d'une culture dans une autre. Ce principe trouve sa place à l'article 17 de la Déclaration des Nations Unies et est également reconnu à l'article 21, alinéa b), de la Convention des Nations Unies.

S'il semble y avoir un large accord au sujet de la préférence à donner à l'adoption dans le pays même, par rapport à l'adoption dans un autre pays, on entend dire parfois que le fait de maintenir un enfant dans sa propre société et dans sa propre culture revêt une telle importance que même le placement dans une institution du pays doit être préféré à l'adoption transnationale; la plupart des spécialistes ne semblent cependant pas partager cette manière de voir (voir ci-dessus Nos 46-48).

87 Les solutions de remplacement de l'adoption transnationale comprennent des programmes, tant nationaux qu'internationaux, destinés à permettre qu'il soit pris soin des enfants dans leur propre environnement.

### 1 Adoption et placement familial dans le pays même

Comme nous l'avons vu plus haut, D, bien des pays en développement dont les enfants sont adoptés à l'étranger ont lancé des programmes destinés à stimuler l'adoption sur place mais se sont heurtés, ce faisant, à des obstacles considérables. Pour ce qui est du placement familial au lieu et place de l'adoption, des difficultés ont été constatées dans certains pays en développement, en raison des incertitudes juridiques sur les droits et obligations de l'enfant et des parents.

### 2 Programmes de parrainage

Les programmes internationaux de parrainage, comme ceux du *Foster Parents Plan*<sup>148</sup> fondé en 1937 durant la guerre civile espagnole et fonctionnant aujourd'hui dans plus de 20 pays, visent à améliorer la qualité de la vie des enfants et des familles pauvres aussi bien dans les zones rurales que dans les zones urbaines. Ces programmes se sont développés au fil des années sur la base de l'expé-

<sup>143</sup> «Les parents des victimes d'enlèvements ne peuvent souvent que déposer une plainte et publier des photos dans la presse; certains proposent même de verser de l'argent aux kidnappeurs. Il est cependant très rare que les enfants soient retrouvés.» A. Feder et A. Garapon, *op.cit.* (note 136 ci-dessus), p. 12.

<sup>144</sup> *In Re adoption of Alexander S.*, 188 Cal.App.3D 1469 (1987).

<sup>145</sup> Voir, par exemple, *The Guardian*, 18 juin 1988.

<sup>146</sup> E/CN.4/Sub.2/1989/38, p. 8.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>148</sup> Voir *Foster Parents Plan, How to Change the World One Child at a Time* (Londres, sans date). Bien sûr, il existe beaucoup d'autres programmes, cf. par exemple le récent programme «Opération Parrainage» organisé conjointement par la chaîne de télévision française, Antenne 2 et l'hebdomadaire *l'Express*, *l'Express* No 2007, 29 décembre 1989.

plaints which have led to police investigations, in most cases without any result.<sup>143</sup> There are reports in some countries of involvement of high civil or military authorities who have obstructed criminal investigations. In some cases parents have gone a step further and have sought to obtain the return of their children from the country to which they had been taken, sometimes with success. In the us, for example, *habeas corpus* proceedings to set the adoption aside were successfully brought by a biological mother from Romania who had been pressured by a social worker and by the attorney for prospective adopters to consent to her child's adoption<sup>144</sup> and wide publicity was given to a judgment of the Israeli Supreme Court of 16 June 1988 ordering the return to her real parents of a 3-year old girl kidnapped from her Brazilian home in 1986 and sold via Paraguay to an Israeli couple.<sup>145</sup>

## 6 Preventive legal action at the national level

83 As we shall see in more detail below (*infra* Nos 138-141), several countries have taken legal measures to restrict the freedom of agencies to act as intermediaries in intercountry adoption, among other purposes in order to prevent child trafficking. Such measures, in particular if co-ordinated on an international scale, should help considerably to reduce abuses of intercountry adoption (see *infra* Nos 177-178).

## 7 International norms and recommendations

84 Article 35 of the UN Convention imposes upon the States Parties an obligation to make every effort to prevent the sale, trafficking and abduction of children. Article 9 – confirming the right of a child not to be separated from his parents against their will – and Article 21, sub-paragraph (a) – emphasizing the requirement of informed consent to the adoption – among others, also have a bearing on child trafficking. Rules concerning the law applicable to the question of consent are provided in the 1965 Hague Adoption Convention (Article 5) and the Inter-American Adoption Convention (Article 3).

85 In order to obtain a fuller picture of the question, the Secretary General of the United Nations, following a suggestion made by Defence for Children International, proposed to the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities of the UN Commission on Human Rights 'that a special rapporteur be appointed to undertake an overall study of the question of the sale of children, including commercially motivated (and especially transnational) adoptions ...'.<sup>146</sup> Suggestions made to the UN Secretary General by other organizations include the establishment of a special data base to identify suspects in international trafficking (Interpol), the establishment of a supervisory commission for adoption practices (International Federation Terre des Hommes) and 'the conclusion of an international convention strictly regulating international adoptions and ensuring that the children have not been acquired illegally ..., and that supervision will continue in the receiving country ...' (International Federation of Hu-

man Rights).<sup>147</sup> It is in the latter respect in particular that a new convention on intercountry adoption could probably make a major contribution, see *infra* Chapter VI.

## F Alternatives; subsidiary character of intercountry adoption

86 Intercountry adoption is one of many alternatives in the range of family and child care but, apart from intercountry fostering which is generally not considered acceptable because of the legal uncertainty to which this practice gives rise, those other alternatives do not involve migration of children to other countries.

There is growing worldwide agreement that in the continuum of child care services (see *supra* No 43) before intercountry adoption is chosen, sufficient consideration should be given to possible alternative plans for the child in his or her own country in view of the difficulties in transplanting a child from one society and culture to another. This principle is reflected in Article 17 of the UN Declaration and also appears in Article 21, sub-paragraph (b), of the UN Convention.

While there seems to be broad agreement concerning the preferability of incountry adoption over intercountry adoption, it is sometimes suggested that retaining a child within his or her own society and culture is of such importance that even incountry placement in an institution is preferable to intercountry adoption; most child experts, however, it would seem, would not agree with this view (see *supra* Nos 46-48).

87 Alternatives to intercountry adoption include both domestic and international programmes aimed at providing care to children in their own environment.

### 1 Incountry adoption and foster care

As we have seen, *supra* D, many developing countries from which children are adopted abroad have embarked on programmes to stimulate incountry adoption but have also found considerable obstacles on their way. In respect of foster care as an alternative to adoption, in some developing countries difficulties have been noted because of legal uncertainty as to the rights and duties of the child and the parents.

### 2 Sponsorship programmes

International sponsorship programmes, such as those of Foster Parents Plan<sup>148</sup> founded in 1937 during the Spanish Civil War and now operating in over 20 countries, aim at improving the quality of life for poor children and families both in rural and urban areas. These programmes have evolved over the years as a result of practical experience. Rather than singling out individual

<sup>143</sup> 'The parents of abduction victims often can do nothing more than file a complaint and publish photos in the press; some even propose to pay money to the kidnapers. It is however very rare for children to be recovered.' A. Feder and A. Garapon, *op. cit.* (*supra* footnote 136), p. 14.

<sup>144</sup> *In Re adoption of Alexander S.*, 188 Cal.App.3D 1469 (1987).

<sup>145</sup> See, for example, *The Guardian*, 18 June 1988.

<sup>146</sup> E/CN.4/Sub.2/1989/38, pp. 7-8.

<sup>147</sup> *Ibid.* pp. 5-7.

<sup>148</sup> See Foster Parents Plan, *How to Change the World One Child at a Time* (London, undated). There are many other programmes of course, cf. for example, the recent programme 'Opération Parrainage' organized jointly by the French television channel Antenne 2 and the weekly *L'Express*, l'Express No 2007, 29 December 1989.

rience acquise. Plutôt que de s'intéresser à des enfants à titre individuel, *Foster Parents Plan* apporte aujourd'hui son assistance à toute la famille et même à la collectivité. Un autre exemple est fourni par les Villages d'enfants SOS fondés en 1949 par l'Autrichien Hermann Gmeiner<sup>149</sup>. Dans plus de 90 pays les villages d'enfants SOS ou d'autres structures d'accueil ont été fondés. Les grandes institutions impersonnelles, ne disposant pas d'un nombre suffisant d'employés, ont été remplacées par de petites maisons agréables où une ou deux femmes formées à cet effet jouent le rôle de mère pour un petit groupe d'enfants. Ce système a eu beaucoup de succès et a été encouragé activement par beaucoup de gouvernements.

#### IV L'ADOPTION INTERNE ET L'ADOPTION TRANSNATIONALE EN DROIT COMPARÉ

##### A Introduction

88 L'adoption d'enfants en provenance de l'étranger est juridiquement complexe, non seulement parce que les règles de droit privé régissant l'adoption quant au fond varient dans une mesure appréciable d'un pays à un autre, ce qui donne lieu à des problèmes de droit international privé – questions de compétence, de loi applicable et de reconnaissance des adoptions étrangères – mais aussi parce que, dans de nombreux pays, l'adoption transnationale est soumise de surcroît à diverses dispositions qui influent sur l'application des règles de droit international privé: lois exigeant une autorisation préalable pour pouvoir adopter un enfant en provenance de l'étranger, lois en matière d'immigration, codes de la nationalité et autres dispositions. Dans les limites du présent Rapport préliminaire il n'est pas possible d'entrer dans tous les détails de l'ensemble des problèmes juridiques auxquels l'adoption à l'étranger peut donner lieu. Par suite le présent chapitre commencera par un tour d'horizon comparatif des principales caractéristiques des lois qui régissent l'adoption dans le monde; on examinera ensuite quelques-uns des principaux problèmes qui se posent en droit international privé, pour retenir finalement, certains des faits les plus importants de ces dernières années en matière de réglementation de l'adoption transnationale dans les différents pays.

##### B Droit privé interne<sup>150</sup>

###### 1 Nature juridique

###### a Evolution vers l'adoption plénière et rôle des tribunaux

89 On trouvera à l'annexe C un tableau général des lois régissant sur le fond l'adoption dans divers pays du monde. Cette liste énumère les principales sources législatives, indique si l'intervention des tribunaux est nécessaire, si l'adoption entraîne la rupture de tous les liens juridiques avec la famille biologique et l'intégration complète à la famille adoptive, et si l'adoption est révoquable. Il s'agit d'une vue d'ensemble sommaire fondée

sur des renseignements de sources diverses<sup>151</sup> qui ne correspondent pas tous au dernier état de la question et ne sont peut-être pas complets dans tous les cas, si bien qu'il convient de ne s'y référer qu'avec prudence; de plus, le domaine de l'adoption évolue constamment, de sorte que l'on ne dispose que d'un tableau momentanément. Il convient de noter en outre qu'en plus des sources juridiques citées il peut y avoir lieu de consulter d'autres dispositions, par exemple les lois relatives à la procédure civile et à l'état civil.

90 Par comparaison avec la situation d'il y a 20 ou 30 ans, on constate dans le monde entier l'existence d'une double tendance, se traduisant par: (1) l'importance accrue prise par l'adoption plénière qui conduit à (a) une rupture complète avec la famille biologique et (b) la pleine intégration dans la famille adoptive (en général, cependant, dans les systèmes où il n'existait jusqu'ici que des formes d'adoption simple, l'adoption plénière est venue s'ajouter à l'adoption simple, plutôt qu'elle ne l'a remplacée) et (2) l'intervention croissante des tribunaux non seulement dans les adoptions plénières mais aussi dans les adoptions simples qui, dans bien des systèmes, étaient considérées auparavant comme des arrangements purement contractuels.

91 La première tendance est particulièrement nette en Europe, en Amérique du Nord, en Amérique latine et en Australie, mais on la décèle aussi par exemple au Japon (qui a introduit en 1988 l'adoption plénière en plus de l'adoption simple), au Sri Lanka, au Viet Nam et dans plusieurs pays africains. Elle correspond à l'idée que l'intérêt de l'enfant est généralement mieux servi par l'adoption plénière – en particulier si elle est irrévocable – que par l'adoption simple. Dans les pays en développement, en particulier en Amérique latine, l'adoption plénière permet en outre de faire face au nombre croissant des enfants abandonnés pour lesquels l'adoption simple, supposant la persistance des relations avec la famille d'origine, ne convient pas<sup>152</sup>. Néanmoins un bon nombre de ces pays ont conservé l'adoption simple parce qu'elle correspond aux pratiques sociales traditionnelles, telles que l'adoption au sein de la famille (élargie) (voir ci-dessus, No 29).

92 La seconde tendance, consistant à s'écarter de la conception purement contractuelle de l'adoption et à généraliser l'intervention des tribunaux, procède également du souci de protéger au mieux l'intérêt de l'enfant. L'agrément préalable ou la confirmation d'un contrat d'adoption simple par un tribunal est désormais de règle dans la plupart des pays qui ont conservé cette modalité d'adoption; en France et dans certains Etats d'Amérique latine (la Colombie par exemple), la forme contractuelle de l'adoption simple a été complètement supprimée. L'intervention judiciaire est généralement de règle pour l'adoption plénière. Dans certains pays, si l'adoption n'est pas considérée comme ayant un caractère judiciaire, elle n'en exige pas moins la décision administrative d'une autorité publique (par exemple en Thaïlande (adoption simple), au Viet Nam, en Norvège, en Hongrie (adoption plénière)).

<sup>149</sup> Voir H. Gmeiner, *The SOS Children's Villages* (Innsbruck, etc. 1986).

<sup>150</sup> Pour des comparaisons plus détaillées, voir H. D. Krause, *op. cit.* (ci-dessus note 46), p. 6-150 – 6-196; M. Ancel, *op. cit.* (*supra* note 38); J. M. Bischoff et A. Rieg (éd.), «L'adoption dans les principales législations européennes», dans *37 Revue internationale de droit comparé* (1985), p. 505-700; G. Heinrich, «Adoption in Lateinamerika» dans *85 Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (1986), p. 101-135; D. Nding, *loc. cit.* (*supra* note 37).

<sup>151</sup> Parmi les sources importantes consultées il convient de mentionner, en dehors des ouvrages mentionnés dans la note précédente, en particulier A. Bergmann/M. Ferid, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht* (X volumes) (Frankfurt), *Jurisclasser de droit comparé* (Paris); pour l'Europe, SSI (Italie), A. Beghé Loreti (éd.), *L'Adozione dei Minori nelle Legislazioni Europee* (Milan, 1986), pour l'Amérique latine (SSI), *Législation en matière d'adoption en Amérique latine* (Paris, 1984) et *Enfance et Famille d'Adoption – Législations étrangères en matière d'Adoption* (Paris, 1986).

<sup>152</sup> Voir les articles 1 et 2 de la Convention interaméricaine sur l'adoption qui fait clairement la plus grande place à l'adoption plénière. Sous son influence la nouvelle loi colombienne en matière d'adoption a supprimé complètement l'adoption simple. Au Brésil des réformes sont actuellement à l'étude, qui visent elles aussi à éliminer l'adoption simple.

children. Foster Parents Plan now directs its assistance at the whole family and even the whole community. Another example are the sos children's villages founded in 1949 by the Austrian Hermann Gmeiner.<sup>149</sup> In more than 90 countries sos children's villages or facilities have been founded. Large, impersonal and understaffed institutions have been replaced by small, homely cottages where one or two competently trained women take care as a mother over a small group of children. This scheme has worked successfully and has been actively encouraged by many governments.

#### IV INTERNAL AND INTERCOUNTRY ADOPTION IN COMPARATIVE LAW

##### A Introduction

88 Intercountry adoption is legally complex not only because the rules of private substantive law governing adoption vary significantly from one country to another, giving rise to problems of private international law – questions of jurisdiction, applicable law and recognition of foreign adoptions – but also because in many countries intercountry adoption is in addition subjected to various provisions which override those rules of private international law: laws requiring preliminary permission to adopt a child in intercountry cases, immigration laws, nationality laws and others. It is impossible within the limits of this introductory Report to spell out the full breadth of all the legal issues to which intercountry adoption may give rise. Consequently this chapter will begin by presenting a comparative overview of the main characteristics of adoption laws in the world; it will then discuss some of the main problems arising in private international law and finally focus on some of the most significant recent developments concerning the regulation of intercountry adoption in various countries.

##### B Private internal law<sup>150</sup>

###### 1 Legal nature

###### a Trend towards full adoption and court involvement

89 Annex C presents an overview of substantive adoption laws in a number of countries in the world. It lists the main statutory sources, indicates whether adoption requires a court order, whether adoption leads to a cut-off of all legal bonds with the biological family and to full integration into the adoptive family, and whether the adoption is revocable. It is a summary overview

based on information drawn from a variety of sources<sup>151</sup> which may not all reflect the latest developments and may not all be complete, hence it should be consulted with caution; moreover, the field of adoption is in constant flux, so the chart is no more than a snapshot at a given moment in time. It should be noted, furthermore, that in conjunction with the legal sources cited other provisions may have to be consulted, for example laws relating to civil procedure and to civil registries.

90 In comparison with the position two or three decades ago, the chart reflects a double worldwide trend: (1) an increasing incidence of full adoption, leading to (a) a complete cut-off from the biological family and (b) to full integration into the adoptive family (generally, however, in systems where previously only incomplete forms of adoption existed, full adoption has been introduced in addition to, rather than in place of, such simple adoption) and (2) an increasing involvement of the courts, not only in respect of full adoption but also of simple adoption, which formerly was seen in many systems purely as a contractual arrangement.

91 The first trend is particularly clear in Europe, North America, Latin America and Australia but it can also be seen, for example, in Japan (which introduced full adoption in addition to simple adoption in 1988), Sri Lanka, Viet Nam and several African countries. It is inspired by the idea that the best interests of the child are generally better safeguarded by full adoption – especially if irrevocable – than by simple adoption. In developing countries, in particular in Latin America, it has in addition been an answer to increasing numbers of abandoned children for whom simple adoption, with its assumption of a continuing relationship with the child's original family, is not adequate.<sup>152</sup> Yet many of these countries have retained simple adoption because it corresponds with traditional social practices such as adoptions within the (extended) family (see *supra* No 29).

92 The second trend, away from the purely contractual view of adoption and towards court intervention, likewise reflects a concern to assure that the best interests of the child are served by the adoption. Preliminary approval or subsequent confirmation by the court of a simple adoption contract is now the rule in most of the countries which have retained this type of adoption; in France and some Latin-American countries (Colombia for example) the contractual approach of simple adoption has been abolished altogether. Judicial intervention is generally the rule for full adoption. In some countries, although adoption is not seen as a judicial process, it requires nonetheless an administrative decision by a government authority (for example, Thailand (simple adoption), Viet Nam, Norway, Hungary (full adoption)).

<sup>149</sup> See H. Gmeiner, *The sos Children's Villages* (Innsbruck etc, 1986).

<sup>150</sup> For more detailed comparisons see H.D. Krause *op. cit.* (*supra* footnote 46), pp. 6-150 – 6-196; M. Ancel *op. cit.* (*supra* footnote 38); J.M. Bischoff and A. Rieg (eds.), 'L'adoption dans les principales législations européennes', in 37 *Revue internationale de droit comparé* (1985), pp. 505-700; G. Heinrich, 'Adoption in Lateinamerika', in 85 *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (1986), pp. 101-135; D. Nding, *loc. cit.* (*supra* footnote 37).

<sup>151</sup> Important sources consulted include in addition to those mentioned in the previous footnote in particular A. Bergmann/M. Ferid, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht* (X volumes) (Frankfurt), *Juristisches de droit comparé* (Paris); for Europe, ISS (Italy), A. Beghè Loreti (ed.), *L'Adozione dei Minori nelle Legislazioni Europee* (Milan, 1986); for (ISS) Latin America, *Législation en matière d'adoption en Amérique latine* (Paris, 1984); and *Enfance et Famille d'Adoption – Législations étrangères en matière d'Adoption* (Paris, 1986).

<sup>152</sup> Cf. Articles 1 and 2 of the Inter-American Adoption Convention where clear prominence is given to full adoption. Under its influence Colombia's new adoption law has abolished simple adoption altogether. In Brazil reform proposals are presently being studied which likewise aim at eliminating simple adoption.

b *L'adoption comme mesure de protection de l'enfant; période probatoire*

93 L'idée dont procèdent certaines réformes récentes, à savoir que l'adoption doit servir au mieux l'intérêt de l'enfant plutôt que tout autre objectif, tel que la perpétuation de la famille, est généralement exprimée en toutes lettres dans de nombreuses législations modernes en matière d'adoption<sup>153</sup>. Certaines prévoient expressément que l'adoption ne vient qu'en dernier ressort, après épuisement de toutes les tentatives pour maintenir les liens familiaux d'origine<sup>154</sup>. Dans certains systèmes (par exemple, aux États-Unis, dans plusieurs pays d'Amérique latine, au Royaume-Uni), la procédure d'adoption comporte deux étapes. En premier lieu le tribunal détermine si l'enfant est adoptable. Dans l'affirmative, il met fin aux liens avec la famille d'origine ou déclare l'enfant abandonné (cf. ci-dessus No 57 *in fine*) et, soit confie la garde de l'enfant aux futurs adoptants soit, par exemple au Royaume-Uni, attribue l'autorité parentale à une institution s'occupant d'adoptions. Après une période d'attente, ou plus généralement une période probatoire au cours de laquelle l'enfant réside chez les futurs adoptants, l'adoption est définitivement réalisée. Dans d'autres systèmes la procédure ne comporte qu'une étape mais peut être précédée d'une ordonnance du tribunal attribuant aux futurs adoptants la garde de l'enfant, à titre de mesure d'essai avant l'adoption définitive (par exemple aux Pays-Bas).

94 La période probatoire généralement exigée par les lois d'adoption modernes dure d'ordinaire de six mois à un an. Tout aussi généralement, les lois modernes en matière d'adoption prescrivent une enquête sociale portant en particulier sur la qualification des futurs adoptants et sur leur motivation, qui est effectuée par des institutions privées ou publiques avant et durant la période probatoire<sup>155</sup>. Comme nous l'avons déjà noté, les pays en développement se heurtent souvent en la matière à la difficulté que représente une infrastructure sociale insuffisante, qui gêne les tentatives faites pour encourager l'adoption dans le pays même.

2 *Conditions de l'adoption: (1) qui peut adopter qui?*

a *Âge*

(i) *L'enfant*

95 En cas d'adoption simple il n'y a pas habituellement d'âge limite et l'adoption d'adultes est en général autorisée. A l'inverse, les systèmes qui prévoient l'adoption plénière fixent d'ordinaire des limites d'âges, par exemple cinq ans (République dominicaine), six (Bolivie, Japon) ou sept (Brésil, Irlande), mais la limite peut être plus élevée et atteindre par exemple 14 ans (Costa Rica), 16 ans (Haïti) ou aller jusqu'à 21 ans. Les États-Unis constituent une exception en ceci que la plupart des états admettent l'adoption (plénière) des adultes comme des enfants.

(ii) *Les adoptants*

96 Dans le cas de l'adoption simple, où il s'agissait à l'origine de donner un héritier aux couples sans enfant, la loi prévoit parfois un âge minimum relativement élevé

pour les adoptants; le chiffre de 30 ans n'a rien d'exceptionnel en Amérique latine. Par contre, en cas d'adoption plénière, l'âge minimum est généralement plus bas afin qu'il soit plus facile de trouver un foyer pour les enfants; la loi peut même permettre d'écarter cette exigence dans des circonstances spéciales.

(iii) *Différence d'âges*

97 Les prescriptions relatives aux différences d'âges procèdent souvent d'un compromis entre, d'une part, la préoccupation de ne pas trop s'écarter du modèle de la famille biologique et, d'autre part, le souci de faciliter le plus possible l'adoption plénière<sup>156</sup>. La tendance est de faire preuve d'une plus grande souplesse et, dans certains systèmes, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de s'écarter des règles légales relatives à la différence d'âges.

b *Autres restrictions concernant l'enfant*

98 Divers systèmes, notamment en Amérique latine (par exemple en Bolivie, au Brésil, au Pérou), n'autorisent l'adoption plénière que si l'enfant est orphelin, si les parents biologiques sont introuvables ou si l'enfant est dans d'autres «situations irrégulières»: par exemple, lorsque les parents ont été déchus de l'autorité parentale ou lorsque l'enfant a été placé dans une institution. Certains systèmes tendent aujourd'hui à prévoir des régimes spéciaux pour les enfants indigènes (voir ci-dessus Nos 39-42). L'exemple le plus récent est probablement celui de la Colombie, dont la nouvelle loi en matière d'adoption spécifie que les enfants indigènes ne peuvent être adoptés que s'il s'agit d'enfants trouvés abandonnés en dehors de leur communauté<sup>157</sup>.

c *Autres restrictions concernant les adoptants*

99 Bien que les conditions tendent à rester plus sévères pour l'adoption plénière que pour l'adoption simple, dans certaines parties du monde on évolue vers une plus grande souplesse en ce qui concerne les conditions posées au sujet de la situation familiale des adoptants. Cette évolution est particulièrement nette en Europe où, par exemple, si l'on excepte la Grèce et la Turquie, il n'est quasiment plus exigé que les futurs adoptants n'aient pas d'enfant en propre. De même, la plupart des systèmes européens autorisent à présent l'adoption plénière par une personne seule (l'une des exceptions concerne les Pays-Bas, en attendant une refonte législative). Dans la plus grande partie de l'Amérique latine l'existence d'enfants biologiques ne fait plus obstacle à l'adoption plénière; toutefois il reste de règle que les adoptants doivent être mariés (la Colombie et le Nicaragua, qui autorisent l'adoption plénière par des couples non mariés constituent une exception; le Nicaragua permet également l'adoption plénière par une personne célibataire). En revanche, si la présence d'enfants par le sang demeure un obstacle à l'adoption dans plusieurs anciennes colonies françaises d'Afrique (par exemple au Sénégal et à Madagascar), il n'y est pas exigé en général que les adoptants soient mariés.

3 *Conditions de l'adoption: (2) consentement et consultations*

100 Tous les systèmes exigent le consentement des parents de l'enfant à adopter, et parfois même le consentement d'autres membres de la famille élargie; beaucoup prévoient aussi le consentement de l'enfant. L'une des

<sup>153</sup> Voir, par exemple, pour la période récente, l'article 88 du nouveau Code des mineurs colombien qui énonce que «l'adoption est, d'abord et avant tout une mesure de protection par laquelle, sous la surveillance suprême de l'Etat, est établi d'une manière irrévocable un rapport de parent à enfant entre des personnes pour lesquelles il n'existe pas naturellement». Voir aussi l'article 13 de la Déclaration des Nations Unies et le début de l'article 21 de la Convention des Nations Unies.

<sup>154</sup> Voir, par exemple, articles 32 et 33 du Code civil des Philippines.

<sup>155</sup> Voir article 9 de la Convention Européenne en matière d'Adoption des Enfants et, moins détaillé, l'article 16 de la Déclaration des Nations Unies.

<sup>156</sup> Voir Heinrich, *op.cit.* (note 150 ci-dessus), p. 111.

<sup>157</sup> Code des mineurs (1989), article 93.

b *Adoption as a protective measure for children; probationary period*

93 The leading thought underlying recent adoption reforms, *i.e.* that adoption should serve the child's best interests rather than any other purpose such as continuation of family descent, is expressed in various ways in many modern adoption laws.<sup>153</sup> Some legislation expressly provides that adoption is the final resort, only after all efforts to maintain the original family ties have failed.<sup>154</sup> In some systems (for example, the United States, several Latin-American countries, the United Kingdom), adoption is a two-stage proceeding. In the first stage the court will determine whether the child is free for adoption. If so, the court will terminate the ties with the original family or declare the child abandoned (*cf. supra* No 57 *in fine*), and either appoint the prospective adopters as the child's guardians or, as for example in the United Kingdom, vest parental rights in an adoption agency. Following a waiting period, or more generally a probationary period during which time the child resides with the prospective adopters, the adoption will be finalized. In other systems the proceeding consists of one stage only, but may be preceded by a court order creating a custodial relationship between the child and the prospective adopters as a probationary measure with a view to adoption (for example, the Netherlands).

94 The probationary period which is now generally required under modern adoption laws usually lasts six months to one year. Equally generally modern adoption laws prescribe a social investigation, in particular concerning the suitability of the prospective adopters and their motives (home study), preceding and during this probationary period, to be carried out by private or public agencies.<sup>155</sup> As we noted already, developing countries here often face the difficulty of an inadequate social infrastructure which frustrates attempts to encourage in-country adoption.

2 *Conditions for adoption: (1) who may adopt whom?*

a *Age*

(i) *Child*

95 In the case of simple adoption there is usually no age limit and adoption of adults is generally allowed. In contrast, those systems which provide for full adoption usually set age limits, for example, five years (Dominican Republic), six (Bolivia, Japan) or seven (Brazil, Ireland) but it may also be higher, for example 14 years (Costa Rica), 16 years (Haiti) or up to 21 years old. The United States is exceptional in that most states provide for (full) adoption of adults as well as of children.

(ii) *Adopters*

96 In the case of simple adoption, where the idea originally was to provide an heir to the childless, the law sometimes provides relatively high minimum ages for

the adopters; a minimum age of 30 years is no exception in Latin America. In contrast, the minimum age in the case of full adoption is generally lower in order to facilitate the finding of a home for children; the law may permit this requirement to be waived in special circumstances.

(iii) *Age difference*

97 Prescriptions on age difference are often based on a compromise between, on the one hand a concern not to depart too much from the model of the biological parent-child relationship, and on the other hand a concern to facilitate full adoption as much as possible.<sup>156</sup> The trend is towards more flexibility, and in some systems the court has discretion to depart from the statutory age difference rules.

b *Other limitations concerning the child*

98 A number of systems, especially in Latin America (for example, Bolivia, Brazil, Peru), provide that in the case of full adoption the child must be an orphan or that the biological parents cannot be found or that the child is in other 'irregular situations'; for example where the parents have been deprived of their parental rights, or the child has been placed in an institution. Some systems now tend to establish special regimes for children belonging to indigenous tribes or groups (*cf. supra* Nos 39-42). The most recent example is probably Colombia whose new adoption law provides that such indigenous children may not be adopted unless they are found abandoned outside their community.<sup>157</sup>

c *Other limitations concerning the adopters*

99 Although conditions tend to remain more severe for full than for simple adoption, in some parts of the world there is a development towards greater flexibility concerning the requirements as to the family situation of adopters. This is particularly clear in Europe where, for example, the requirement that prospective adopters may not have children of their own has almost disappeared (exceptions being Greece and Turkey). Likewise, most European systems now permit full adoption by a single person (an exception is the Netherlands, pending legislative reform). In most of Latin America the presence of biological children also is no longer an obstacle to full adoption; however, adoption by married persons remains the rule (Nicaragua and Colombia are exceptions permitting full adoption by unmarried couples, and Nicaragua also by single persons). In contrast, while the presence of biological children continues to be an obstacle to adoption in a number of former French-African colonies (for example, Senegal, Madagascar), married status is generally not a requirement in these systems.

3 *Conditions for adoption: (2) consent and consultations*

100 All systems require the consent of the parents of the child to be adopted, sometimes even consent of other members of the extended family and many that of the child as well. One of the principal functions of judi-

<sup>153</sup> *Cf.*, for example, most recently Article 88 of the new Colombian Minor's Code providing that 'adoption is, primarily and preeminently, a measure of protection by which under the supreme surveillance of the state, there is established in an irrevocable manner the parent-child relationship between persons who do not have it naturally'. *Cf.* also Article 13 of the UN Declaration and Article 21, opening line, of the UN Convention.

<sup>154</sup> See, for example, Articles 32 and 33 of the Civil Code of the Philippines.

<sup>155</sup> *Cf.* Article 9 of the European Adoption Convention and, less detailed, Article 16 of the UN Declaration.

<sup>156</sup> See Heinrich, *op. cit.* (*supra* footnote 150), p. 111.

<sup>157</sup> Minors' Code (1989), Article 93.

fonctions principales de l'intervention judiciaire ou administrative est précisément de s'assurer du consentement. Dans bien des systèmes il est aujourd'hui exigé que le consentement soit donné lors d'une comparution personnelle devant le tribunal.

101 Pour ce qui est des parents, la tendance est sans conteste de faire en sorte que le consentement soit donné librement et en pleine connaissance de toutes les conséquences de l'adoption. Certains systèmes prescrivent l'écoulement d'une période minimum entre la naissance d'un enfant et le consentement de la mère<sup>158</sup> (si l'enfant est illégitime le consentement du père naturel n'est généralement pas exigé)<sup>159</sup>. Les opinions diffèrent sur le point de savoir si le consentement à l'adoption une fois donné peut être rétracté<sup>160</sup>. La nouvelle loi sur l'adoption en Colombie laisse aux parents une période d'un mois pour reconsidérer leur consentement avant qu'il ne devienne définitif<sup>161</sup>.

La nécessité du consentement des parents de l'enfant peut être écartée dans la plupart des systèmes pour certains motifs tels que l'incapacité, l'abandon de l'enfant ou la négligence, et parfois lorsque, de l'avis du tribunal, il y a refus de consentement abusif. Certains systèmes autorisent les adoptions «incognito» (par exemple la République fédérale d'Allemagne) dans lesquelles l'identité des adoptants n'est pas révélée aux parents biologiques de l'enfant. Le même effet est obtenu dans les adoptions en deux étapes où il est tout d'abord mis fin à la relation parent biologique-enfant, puis l'enfant est adopté dans une procédure confidentielle.

Certains pays d'Amérique latine prévoient que, lorsque l'enfant se trouve dans une institution, le directeur de l'institution doit également être entendu; le parquet (*Ministerio Público*) doit aussi parfois être consulté<sup>162</sup>.

102 La tendance générale est d'obtenir le consentement de l'enfant s'il a atteint l'âge de 12 à 15 ans et de le consulter s'il a environ 7 ans.

#### 4 Effets de l'adoption

##### a Introduction

103 Les effets de l'adoption reflètent son objet tel que le conçoit le législateur. L'adoption plénière vise à intégrer complètement l'enfant dans la famille adoptive: tous les systèmes prévoyant ce type d'adoption assimilent l'enfant à un enfant légitime des adoptants. Le souci d'éliminer toute discrimination entre enfants adoptés et enfants légitimes<sup>162a</sup> s'est, dans la plupart de ces systèmes, traduit par l'octroi aux enfants adoptés de tous les droits de l'enfant légitime; il subsiste néanmoins des exceptions, en particulier pour les droits successoraux. L'opinion qui prévaut actuellement est que la pleine intégration de l'adopté a pour corollaire nécessaire la suppression irrévocable de tous les liens avec la famille biologique.

Par contre, l'adoption simple d'un enfant mineur vise en général à fournir à l'enfant une certaine forme de protection sociale<sup>163</sup>, à cette fin il arrive souvent qu'il ne soit pas nécessaire d'intégrer pleinement l'enfant dans la famille adoptive, ni souhaitable de rompre les liens avec la

famille biologique dans la mesure où ils ne constituent pas une gêne. Bien des variations sont ici possibles.

104 L'adoption plénière que l'on vient d'évoquer gagne encore du terrain dans bien des parties du monde, mais dans certains pays industrialisés, en particulier, on voit d'ores et déjà se dessiner une nouvelle évolution vers des formes d'adoption plus souples partant d'une conception moins rigide de l'appartenance exclusive et irrévocable à une seule famille. Les adoptions d'un enfant d'un autre lit, qui représentent aujourd'hui la plupart des adoptions dans bien des sociétés industrialisées, et de nouvelles conceptions inspirées par les spécialistes des sciences sociales et les travailleurs sociaux partisans de l'«adoption ouverte» (voir ci-dessus No 37), contribuent à cette évolution. Dans plusieurs pays, par exemple, des droits de visite sont accordés à des parents par le sang en cas d'adoption d'un enfant d'un autre lit<sup>164</sup> et la tendance à faciliter la consultation des dossiers d'adoption (voir ci-après Nos 107-109) pourrait fort bien traduire une nouvelle évolution en faveur de l'octroi de droits semblables pour les adoptions en général<sup>165</sup>.

##### b Adoption plénière

105 Il n'existe qu'une exception générale à la règle suivant laquelle l'adoption plénière aboutit à l'intégration complète dans la nouvelle famille et à la disparition de tous les liens juridiques avec la famille d'origine: les prohibitions d'épouser des membres de cette dernière demeurent intactes. Au-delà, les seules grandes exceptions rencontrées dans certains systèmes concernent les droits successoraux. Ces exceptions sont presque exclusivement le fait de certaines juridictions de *common law*. Dans une minorité des états des Etats-Unis et de l'Australie, les lois en matière d'adoption ne mettent pas fin aux droits successoraux *ab intestat* entre un enfant adopté (et ses enfants) et la famille biologique reconnue par la *common law* et, éventuellement, n'établissent pas de pleins droits successoraux réciproques entre l'enfant adopté et certains membres de la famille adoptive (autres que les parents adoptifs)<sup>166</sup>. Ces exceptions, et en particulier la dernière, incitent à se demander si la qualification d'adoption «plénière» est bien exacte. De toute évidence, plus il y a d'exceptions, plus on sera tenté de caractériser une telle adoption comme «simple» plutôt que «plénière» (cf. Annexe C). Une autre restriction au caractère plénier de la relation adoptive est bien entendue la possibilité d'une révocation, qui sera examinée ci-après, Nos 110-113.

##### c Adoption simple

106 Dans ce cas l'enfant conserve certains liens juridiques avec sa famille biologique, bien que la relation adoptive prenne normalement le pas et que les adoptants se voient attribuer l'autorité parentale sur l'enfant en même temps que l'obligation d'entretien. «Par exemple, l'adoption [simple] peut signifier qu'une obligation d'entretien est conservée par les parents naturels subsidiairement à celle des parents adoptifs, ou que l'héritage de l'enfant va avant tout aux parents adoptifs, exception étant faite des sommes que l'enfant aurait pu

<sup>158</sup> Voir article 5(4) de la Convention Européenne en matière d'Adoption des Enfants.

<sup>159</sup> Dans certains systèmes juridiques un tel père a le droit d'être averti et a la possibilité de comparaître dans la procédure en cours.

<sup>160</sup> Voir Krause *op. cit.* (*supra*, note 46), p. 6-169 - 6-176.

<sup>161</sup> Code des mineurs (1989), article 94.

<sup>162</sup> Voir Heinrich, *op. cit.* (note 150 ci-dessus), p. 121.

<sup>162a</sup> Cf. à cet égard Cour Européenne des Droits de l'Homme, 13 juin 1979 (*Marckx c. Belgique*) *Cour Eur. D. H., Série A*, No 30.

<sup>163</sup> Voir précisément à ce sujet, par exemple, le Code civil du Guatemala, *Código Civil*, article 228.

<sup>164</sup> Par exemple, tant en Belgique (Cass. 4 mars 1976, *Journ. Trib.* 1977, p. 455) qu'en France (Cass. 21 juillet 1987, *Gaz. du Palais* 1988, p. 12, note Massip) les tribunaux ont reconnu un droit de visite des grands-parents biologiques de l'enfant. Pour les Etats-Unis cf. J. H. Hollinger, «Aftermath of Adoption: Legal and Social Consequences», in J. H. Hollinger, *op. cit.* (*supra*, note 50), p. 13-52 - 13-95.

<sup>165</sup> Voir, en général, P. Shifman, «Kinship by adoption: where adoption differs from natural affinity», in 23 *Israel Law Review* (1989), p. 34-76.

<sup>166</sup> Voir L. P. Hampton, «The Aftermath of Adoption: The Economic Consequences - Support, Inheritances and Taxes», dans J. H. Hollinger, *op. cit.* (note 50 ci-dessus), Ch. 12.

cial or administrative intervention is precisely to determine whether consent is or has indeed been given. Many systems now require that the consent be given on the occasion of a personal appearance before the court.

101 As far as the child's parents are concerned, the trend is clearly to ensure that consent is given freely and in the knowledge of all the consequences of the adoption. Some systems require a minimum period between the birth of a child and the giving of consent by the mother<sup>158</sup> (if the child has been born out of wedlock the natural father's consent may not be required).<sup>159</sup> There are different views as to whether consent to adoption once given, may be revoked.<sup>160</sup> The new Colombian adoption law allows parents a period of one month to reconsider their consent, after which time it becomes final.<sup>161</sup>

Consent by the child's parents can be waived in most systems on certain grounds such as incapacity, or abandonment or neglect of a child, and in some systems, where consent is in the view of the court unjustifiably withheld. Some systems permit 'incognito' adoptions (for example the Federal Republic of Germany) where the identity of the adopters remains undisclosed to the child's biological parents. This also tends to be the effect of the two-stage adoption, where the parent-child relationship of the biological parents is first terminated, and the child is then adopted in a confidential legal proceeding.

Some Latin-American countries provide that where a child is in an institution, that institution's director must also be heard; occasionally the public prosecutor (*Ministerio Público*) must be consulted.<sup>162</sup>

102 There is a general trend to obtain the child's consent at the age of 12 to 15 years and to consult the child as of the age of around 7.

#### 4 Effects of adoption

##### a Introduction

103 The effects of adoption reflect its purpose as perceived by the legislator. Full adoption aims at integrating the child completely into the adoptive family: all systems providing for this type of adoption give the child the status of a legitimate child of the adopters. The concern to eliminate all discrimination between adopted children and children born in lawful wedlock<sup>162a</sup> has in most of these systems resulted in the extension to the adopted children of all the rights which this status entails; there remain exceptions however, in particular in respect of inheritance rights. The current dominant view is that full integration of the adoptee has as a necessary corollary the irrevocable termination of all ties with the biological family.

In contrast, simple adoption of a minor child generally aims at providing the child with some form of social assistance;<sup>163</sup> and for that purpose it is often not necessary fully to integrate the child into the adoptive family nor desirable to cut off those ties with the biological

family which do not interfere with this purpose. Many variations are possible here.

104 While full adoption as sketched above is still coming on in many parts of the world, in particular in some industrialized countries one can already discern the outlines of a new development towards more flexible forms of adoption based on a less rigid conception of exclusively and irrevocably belonging to only one family. Step-parent adoptions, which now constitute the majority of adoptions in many industrialized societies, and new views inspired by social scientists and social workers favouring 'open adoption' (see *supra* No 37), are contributing to this new development. In several countries for example visitation rights have been granted to biological relatives in the case of step-parent adoptions<sup>164</sup> and the trend towards more easy access to adoption records (see *infra* Nos 107-109) may well mark a new evolution towards granting such rights in the case of adoptions generally.<sup>165</sup>

##### b Full adoption

105 There is only one general exception to the rule that full adoption leads to complete integration into the new family and to termination of all legal bonds with the original family and that is that prohibitions to marry members of the latter remain intact. Beyond this, the only major exceptions found in some systems concern inheritance rights. These exceptions are almost exclusively found in a few common law jurisdictions. In a minority of states of the United States and of Australia, adoption statutes do not terminate intestate inheritance rights between an adopted child or his or her issue and the biological family as existing under common law and/or do not establish full reciprocal rights of inheritance between the adopted child and certain adoptive relatives (other than the adoptive parents).<sup>166</sup> Such exceptions, in particular the latter, raise questions as to the appropriateness of their being classified as 'full' adoptions. Obviously the more exceptions exist, the more one will be tempted to classify such an adoption as 'simple' rather than as 'full' (*cf.* Annex C). Another limitation on the fullness of the adoptive relationship is of course the possibility of revocation, which will be discussed *infra* Nos 110-113.

##### c Simple adoption

106 Here the child maintains some legal ties to the biological family although the adoptive relationship typically takes precedence and the adopters acquire parental authority concerning the child, often along with the duty of support. 'For instance, [simple] adoption may mean that a support obligation is retained by the natural parents but is subsidiary to that of the adoptive parents, or that inheritance from the child passes primarily to the adoptive parents, with exceptions made regarding funds which the child received from his natural family which

<sup>158</sup> Cf. Article 5(4) of the European Adoption Convention.

<sup>159</sup> In some legal systems, such a father is entitled to notice and an opportunity to appear in the relevant legal proceedings.

<sup>160</sup> See Krause *op. cit.* (*supra* footnote 46), pp. 6-169 - 6-176.

<sup>161</sup> Minors' Code (1989), Article 94.

<sup>162</sup> See Heinrich, *op. cit.* (*supra* footnote 150), p. 121.

<sup>162a</sup> Cf. in this connection Eur. Cr. of Human Rights, 13 June 1979, *Marckx v. Belgium*, Eur. Cr. H. R., Series A, No 30.

<sup>163</sup> See, for example, expressly Guatemala, *Código civil*, Article 228.

<sup>164</sup> For example, in Belgium (Cass. 4 March 1976, *Journ. Trib.* 1977, p. 455) and France (Cass. 21 July 1987, *Gaz. du Palais* 1988, p. 12 note Massip) the courts have accorded visitation rights to the biological grandparents of children. For the US *cf.* J. H. Hollinger, 'Aftermath of Adoption: Legal and Social Consequences', in J. H. Hollinger *op. cit.* (*supra* footnote 50), pp. 13-52 - pp. 13-95.

<sup>165</sup> See, generally, P. Shifman, 'Kinship by adoption: where adoption differs from natural affinity', in 23 *Israel Law Review* (1989), pp. 34-76.

<sup>166</sup> See L. P. Hampton, 'The Aftermath of Adoption: the Economic Consequences - Support, Inheritances and Taxes', in J. H. Hollinger, *op. cit.* (*supra* footnote 50), Ch. 12.

recevoir de sa famille naturelle et qui reviendraient à celle-ci ...»<sup>167</sup>. En règle générale, les relations d'adoption sont limitées aux parents adoptifs et l'enfant et aucune relation juridique n'est créée entre l'enfant et les autres membres de la famille (voir Annexe C). Quant à la question de savoir si l'enfant prend le nom des adoptants ou conserve le sien propre, la situation varie beaucoup.

#### d Confidentialité et droit d'accès

107 L'adoption simple maintenant certains liens juridiques avec la famille d'origine, l'origine de l'enfant n'est généralement pas tenue secrète et aucune question de confidentialité ne se pose donc à cet égard. A l'opposé, l'adoption plénière, poussée jusqu'à ses conséquences les plus extrêmes, peut supposer la suppression de toutes traces des origines de l'enfant. La procédure judiciaire est à huis clos, les dossiers y relatifs sont sous scellés, l'enfant acquiert une nouvelle identité juridique et un nouvel acte de naissance, et l'acte de naissance originel reste dans un dossier confidentiel.

108 Dans une évolution récente vers une plus grande ouverture, divers systèmes ont pris des mesures en faveur de la révélation à l'enfant adoptif de sa situation. Cette tendance est particulièrement marquée en Europe. En Angleterre, par exemple, la section 26 du *Children Act* de 1975 prévoit que les enfants adoptés en Angleterre et au Pays de Galles qui ont atteint l'âge de 18 ans ont droit à obtenir copie de leur acte de naissance originel. On notera avec intérêt que la possibilité d'extraire cette information des registres de naissances est liée au fait que les adoptés acceptent ou non d'être conseillés<sup>168</sup>. L'adoption de cette loi a influencé les législateurs d'autres pays de langue anglaise, en particulier la Nouvelle-Zélande où, en 1986, l'*Adult Adoption Information Act* a été voté, qui permet à l'enfant adopté d'avoir accès à son acte de naissance originel à sa majorité, à moins que le parent biologique ne s'y soit opposé lorsque la naissance a été enregistrée. La même loi donne aussi aux parents biologiques le droit de demander au *Department of Social Welfare* d'essayer de retrouver leur enfant et de lui demander s'il est disposé à ce que son nom et son adresse leur soient communiqués<sup>169</sup>. Aux Etats-Unis on tend aussi à s'écarter de la notion de dossier absolument confidentiel. La plupart des Etats obligent maintenant les oeuvres ou intermédiaires privés à communiquer des renseignements de base ne permettant pas d'identifier les intéressés, tels que la date et le lieu de naissance de l'enfant, une description générale de l'apparence physique des parents biologiques et les faits et circonstances se rapportant au placement pour adoption. Cependant «la révélation de renseignements permettant une identification aux adoptés et aux parents adoptifs continue d'être soumise à un contrôle rigide, malgré les dispositions législatives récemment adoptées et qui prévoient la communication s'il y a consentement mutuel...»<sup>170</sup>.

109 En Amérique latine la confidentialité reste de règle en cas d'adoption plénière. L'article 7 de la Convention interaméricaine sur l'adoption prévoit que, «s'il y a lieu, le secret de l'adoption est garanti. Toutefois, au-

tant que possible, les renseignements médicaux concernant le mineur et les parents biologiques, s'ils sont connus, sont communiqués à la personne juridiquement qualifiée, sans que leur nom ni d'autres éléments permettant de les identifier soient mentionnés»<sup>171</sup>. Dans la pratique, la fiction juridique de l'adoption est constamment maintenue et tous les dossiers demeurent secrets, et sont même parfois détruits<sup>172</sup>. Certaines législations disposent que, dans des circonstances exceptionnelles, un tribunal peut ouvrir l'accès aux dossiers d'adoption. La nouvelle loi colombienne stipule que toute la documentation relative à l'adoption sera conservée pendant une période de 30 ans. Si les parents adoptifs ou l'adopté le demandent pour une raison valable, l'anonymat peut être levé<sup>173</sup>.

#### 5 Révocabilité

110 Bien des systèmes prévoient que l'adoption peut être révoquée. Certains distinguent entre la révocation et l'annulation. Dans les deux cas l'effet est généralement que les droits et obligations entre les parents adoptifs et leur famille d'une part et l'enfant adopté d'autre part prennent fin et que les liens juridiques de l'enfant avec sa famille biologique sont rétablis. Les conséquences juridiques diffèrent cependant, de même que les motifs juridiques.

111 L'annulation invalide habituellement l'adoption *ab initio*, à l'instar de l'annulation du mariage. Les motifs d'annulation sont liés à des défauts graves entachant d'emblée l'adoption: fraude, incapacité juridique d'adopter, absence de consentement, bref l'une ou plusieurs des conditions visées ci-dessus aux Nos 95-102. L'annulation nécessite généralement une décision judiciaire, même dans les systèmes qui ne considèrent pas l'adoption comme un processus judiciaire, mais par exemple comme une mesure administrative. Dans les systèmes juridiques connaissant une procédure d'adoption en deux étapes, l'invalidation de la décision mettant fin au lien juridique entre les parents biologiques et l'enfant a nécessairement pour conséquence l'invalidité de la décision d'adoption.

112 La révocation n'a généralement pas d'effet rétroactif et elle tient habituellement à des circonstances qui se matérialisent après l'adoption. Dans certains systèmes, cependant, la révocation a effectivement un effet rétroactif, mais elle exige alors une décision judiciaire. Que la révocation soit admise ou non, et pour quels motifs, qu'elle exige ou non une décision judiciaire ou par exemple l'accord des parties, dépend du rôle que le législateur assigne à l'adoption.

113 En cas d'adoption plénière la tendance est à l'irrévocabilité, comme le montre la première phrase de l'article 12 de la Convention interaméricaine sur l'adoption<sup>174</sup>. Il ne peut être mis fin à l'autorité parentale que selon les mêmes procédures et pour les mêmes motifs que dans le cas des parents biologiques. Quand l'adoption plénière est révocable, il convient de faire une distinction: «C'est une chose de permettre la révocation d'une adoption dans l'intérêt de l'enfant et une autre, toute différente, de la permettre pour la commodité des

<sup>167</sup> Voir H. Krause, *op.cit.* (note 46 ci-dessus), p. 6-185.

<sup>168</sup> Voir J. Trisclotis, «Obtaining Birth Certificates», dans Ph. Bean, *op.cit.* (note 32 ci-dessus), p. 38-53.

<sup>169</sup> Voir A. Corcoran, *Opening of Adoption Records in New Zealand*, paper submitted to International Conference Adoption Today: Development and Perspective, Athènes 6-9 juillet 1987.

<sup>170</sup> Voir J.H. Hollinger, «Aftermath of Adoption: Legal and Social Consequences», dans J.H. Hollinger *op.cit.* (note 50 ci-dessus), p. 13-20.

<sup>171</sup> Voir D. Operti Badán, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*, Montevideo, 1986, p. 47-48.

<sup>172</sup> Voir Heinrich, *op.cit.* (note 150 ci-dessus), p. 127-129.

<sup>173</sup> Code des mineurs (1989), article 114. L'article 115 prévoit expressément que tout adopté a le droit de connaître son origine et le fait qu'il a été adopté. Si la responsabilité du moment et des conditions de cette révélation est laissée aux parents adoptifs, l'adopté peut néanmoins s'adresser au tribunal et demander à ce que le caractère confidentiel du dossier soit levé et à avoir accès aux renseignements.

<sup>174</sup> Voir D. Operti Badán, *op.cit.* (*supra* note 171), p. 37.

would go back there ...'.<sup>167</sup> Typically the adoptive relationship is limited to the adoptive parents and the child and no legal relations arise with nor between their relatives (see Annex C). Great variety exists in respect of the question of whether the child acquires the name of the adopters or retains his or her original name.

#### d Confidentiality and access

107 Since simple adoption maintains some legal ties to the original family, the child's origin is generally not kept secret and so no question of confidentiality as to the child's origin arises. In contrast, full adoption carried to its extreme may imply that all traces of the child's origin are removed. The court proceedings are closed, records of the proceedings are sealed, the child acquires a new legal identity and a new birth certificate and the original certificate goes into a sealed file.

108 In a recent move towards greater openness, a number of systems have taken measures favouring disclosure of adoptive status to the adoptive child. This trend is particularly clear in Europe. In England, for example, Section 26 of the Children Act of 1975 provides that adopted children in England and Wales who have reached the age of 18 years are entitled to a copy of their original birth certificate. Interestingly, this information from the birth records is subject to the acceptance of counselling by adoptees.<sup>168</sup> The passing of this Act has influenced legislators in other English-speaking countries, in particular New Zealand where in 1986 the Adult Adoption Information Act was passed, which enables the adopted child upon reaching majority to have access to his or her original birth certificate unless the birth parent has placed a veto on the birth registration to stop information being made available. In addition this Act also gives birth parents the right to request the Department of Social Welfare to attempt to locate their child and ask whether the child is willing to have his or her name and address communicated to the applicant.<sup>169</sup> In the United States there is also an evolution away from the absolute sealed records. Most states now require agencies or private intermediaries to share non-identifying background information such as the date and place of the child's birth, general description of the physical appearance of the biological parents and the facts and circumstances relating to the adoptive placement. However, '[d]isclosure of identifying information to adoptees and adopting parents continues to remain tightly controlled, despite recently enacted statutory provisions for release upon mutual consent ...'.<sup>170</sup>

109 In Latin America confidentiality remains the rule in the case of full adoption. Article 7 of the Inter-American Adoption Convention provides 'Where called for, the secrecy of the adoption shall be guaranteed.

However, whenever possible, medical background information on the minor and on the birth parents, if it is known, shall be communicated to the legally appropriate person, without mention of their names or of other data whereby they may be identified'.<sup>171</sup> In practice the legal fiction of adoption is consistently upheld and all records are sealed and in some cases even destroyed.<sup>172</sup> A few laws provide that a court in exceptional circumstances may give access to the adoption records. The recent new Colombian law provides that all records relating to the adoption will be preserved for a period of 30 years. If the adoptive parents or the adoptee show good cause, the anonymity may be lifted.<sup>173</sup>

#### 5 Revocability

110 Many systems provide that the adoption may be revoked. Some distinguish between revocation and annulment. In both cases the effect is generally that the rights and duties between the adopter's parents and their relatives and the adopted child are terminated and that the child's legal relationship with his or her biological family is restored. The legal consequences differ however and so do their legal grounds.

111 Annulment usually invalidates the adoption *ab initio*, as the annulment of marriage does in most legal systems. Grounds for annulment are severe defects at the outset of the adoption: fraud, legal ineligibility to adopt, absence of consent, in short, one or more of the conditions referred to *supra* Nos 95-102. Annulment generally requires a court order even in systems which do not see adoption as a judicial process, but for instance as an administrative proceeding. In legal systems which have a two-stage process, a finding of invalidity of the court order terminating the parent-child relationship with the biological parents necessarily entails invalidity of the adoption decree.

112 Revocation typically has no retroactive effect and is usually based upon circumstances developing after the adoption has been completed. In some systems, however, revocation does have retroactive effect but then generally requires a court order. Whether revocation is permitted or not, upon which grounds, whether it requires a court order or for example agreement by the parties, depends on the function assigned to adoption by the legislator.

113 In the case of full adoption the trend is towards irrevocability (*cf.* Article 12, first sentence, of the Inter-American Adoption Convention).<sup>174</sup> Parental authority may be terminated only according to the procedures for biological parents and on the same grounds. Where it is revocable, a distinction must be made: 'It is one thing to allow an adoption to be revoked if the best interests of the child are served thereby and quite another to allow revocation for the convenience of the adoptive parents or at the instance of third parties (such as the adoption

<sup>167</sup> See H. Krause, *op. cit.* (*supra* footnote 46), pp. 6-185.

<sup>168</sup> See J. Triseliotis, 'Obtaining Birth Certificates', in Ph. Bean, *op. cit.* (*supra* footnote 32), pp. 38-53.

<sup>169</sup> See A. Corcoran, *Opening of Adoption Records in New Zealand*, paper submitted to International Conference Adoption Today: Development and Perspective, Athens 6-9 July 1987.

<sup>170</sup> See J. H. Hollinger, 'Aftermath of Adoption: Legal and Social Consequences', in J. H. Hollinger *op. cit.* (*supra* footnote 50), pp. 13-20.

<sup>171</sup> See D. Operti Badán, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*, Montevideo, 1986, pp. 47-48.

<sup>172</sup> See Heinrich, *op. cit.* (*supra* footnote 150), pp. 127-129.

<sup>173</sup> Minors' Code (1989), Article 114. Article 115 provides expressly that any adoptee has the right to know about his or her origin and the fact of being adopted. While the primary responsibility for the timing and the conditions of such disclosure is left to the adoptive parents, the adoptee may approach the court and ask that the confidentiality be lifted and that access be given to the information.

<sup>174</sup> See D. Operti Badán, *op. cit.* (*supra* footnote 171), p. 37.

parents adoptifs ou à l'instance de tiers (comme l'institution qui s'est occupée du placement) ou des parents naturels<sup>175</sup>. Aux Pays-Bas et au Pérou par exemple, l'enfant adopté peut, après sa majorité, demander à un tribunal de mettre fin *ex nunc* au lien adoptif. Dans plusieurs pays européens la révocation de l'adoption plénière n'est généralement autorisée que dans l'intérêt de l'enfant. Par contraste, aux Etats-Unis, «la plupart des états qui prévoient la révocation autorisent uniquement les parents adoptifs à la demander»<sup>176</sup>. De fait, «nombre de commentateurs estiment que, bien qu'on soit généralement attaché à la permanence, des parents adoptifs de plus en plus nombreux cherchent à mettre fin à une adoption» en particulier lorsque des enfants adoptés viennent à manifester des désordres physiques, mentaux ou des troubles de comportement sévères et chroniques<sup>177</sup>. En Amérique latine la révocation de l'adoption plénière est, à quelques exceptions près telle que celle du Pérou, généralement exclue. Voir Annexe C.

L'adoption simple est en principe révocable, mais la tendance est de soumettre la révocation à un examen judiciaire et de la limiter à des motifs sérieux. Toutefois au Mexique et dans certains autres pays l'«ingratitude» de l'enfant demeure un motif pouvant justifier la révocation par les parents adoptifs. Voir Annexe C.

## 6 Le contexte international de plus en plus net du droit interne de l'adoption

114 Il n'est pas inutile de rappeler, en concluant ces comparaisons des dispositions matérielles internes du droit de l'adoption, que, dans un nombre appréciable de pays, qu'il s'agisse de pays d'origine ou de pays d'accueil des enfants, à part les adoptions d'un enfant d'un autre lit les adoptions purement locales sont peu nombreuses, les adoptions internationales constituant la règle. Puisque d'autre part il existe une tendance à exercer un contrôle sur les adoptions internationales par le biais des lois nationales, y compris ces dispositions matérielles relatives à l'adoption, ces dernières s'appliqueront souvent à des situations internationales pour lesquelles elles ne sont pas expressément conçues. Il peut en résulter quelquefois des frictions dans des situations internationales<sup>178</sup>.

### C Droit international privé<sup>179</sup>

115 Le caractère de plus en plus international de l'adoption se traduit par l'intérêt accru des législateurs pour le droit international privé en la matière. Outre les réformes dans le contexte de nouvelles codifications gé-

nérales du droit international privé qui ont été effectuées en République fédérale d'Allemagne, en Suisse, en Turquie, en Yougoslavie et au Japon notamment, la Belgique, le Chili, la Colombie, la Finlande, l'Italie, la Norvège et la Suède fournissent des exemples de pays qui, ces dix dernières années, ont introduit de nouvelles dispositions sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance d'adoptions étrangères pour faire face au nombre croissant des adoptions transnationales. Ces réformes ont été inspirées en partie par les deux principales Conventions sur le droit international privé de l'adoption – la Convention de La Haye de 1965 et la Convention interaméricaine de 1984 – dont les solutions, par ailleurs, s'orientent dans des directions différentes (voir ci-après Nos 157-163). Nous ferons porter l'attention sur les principaux choix qui s'offraient aux législateurs et sur certains des principaux problèmes qui se posent en droit international privé. Ces choix et ces problèmes ont trait d'une part à la création du lien adoptif par les tribunaux ou les autorités administratives locales (1), d'autre part à la reconnaissance des adoptions étrangères (2)<sup>180</sup>.

## 1 Création du lien adoptif

### a Introduction

116 On peut faire une distinction générale entre deux conceptions: certains systèmes tendent à considérer l'adoption surtout en fonction des rapports qu'elle établit, la question étant alors de savoir quelle loi en régit les conditions et les effets. Ces systèmes sont axés sur la loi applicable, et le problème de la compétence des autorités conserve un caractère subsidiaire. C'est ce que l'on pourrait appeler l'approche conflictuelle. Comme exemple de cette catégorie de systèmes on peut citer la France, la République fédérale d'Allemagne, la plupart des pays d'Amérique latine et le Japon.

D'autres systèmes, en revanche, voient avant tout dans l'adoption une décision des tribunaux (ou des autorités administratives) qui crée une situation nouvelle en vertu du pouvoir que confère à ces tribunaux ou autorités leur propre loi, la *lex fori*. La compétence internationale revêt alors une importance primordiale, la loi applicable étant en principe la loi même des autorités. C'est ce que l'on pourrait appeler l'approche juridictionnelle. Les systèmes appartenant à la *common law* ou influencés par elle tels que ceux du Royaume-Uni, de l'Irlande, de l'Australie, de l'Inde, du Sri Lanka, d'Israël, de Chypre, du Canada, des Etats-Unis et de certains autres pays dont la Suisse, et plus récemment l'Italie, appartiennent à ce groupe.

Compte tenu de cette distinction méthodologique, il semblerait néanmoins possible, à des fins comparatives, de partir de la question de la compétence internationale et de passer ensuite à celle de la loi applicable. Ce qui justifie cette façon de procéder c'est que, même dans les systèmes qui suivent l'approche axée sur les conflits, le rôle des tribunaux dans la création du lien adoptif acquiert une importance croissante.

### b Compétence internationale

117 Les critères habituels de la compétence internationale en matière d'adoption sont: le domicile ou la résidence habituelle des adoptants dans le for, le domicile ou la résidence habituelle de l'enfant dans le for, la nationalité du for des adoptants et la nationalité du for de l'enfant. De nombreux systèmes prévoient plusieurs

<sup>175</sup> Krause, *op.cit.* (supra note 46), p. 6-188.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> Voir K. J. Thompson et J. H. Hollinger, «Contested Adoptions: Strategy of the Case», Ch. 8 dans J. H. Hollinger, *op.cit.* (note 50 ci-dessus), p. 8-37. «Nationally, about 13 percent of adopted children were returned to state officials last year, according to David S. Liederman, executive director of the Child Welfare League of America in Washington», voir «When Adoption is Take-and-Give-Back», *Herald Tribune*, 23 avril 1990, p. 1 et p. 6.

<sup>178</sup> Un exemple récent est fourni par l'arrêt du *Hoge Raad* des Pays-Bas du 10 novembre 1989, *Rechtspraak van de Week* 1989 No 244, concernant l'adoption aux Pays-Bas d'enfants qui avaient déjà été adoptés au Sri Lanka (adoption plénière) par un couple néerlandais. Le *Hoge Raad* a infirmé le raisonnement du tribunal inférieur qui avait interprété les dispositions néerlandaises relatives aux conditions de l'adoption de manière souple, pour rendre possible l'adoption aux Pays-Bas. Aucune référence au contexte international du problème a été faite. Voir en revanche *Rechtbank 's-Gravenhage*, 22 février 1989, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1990, p. 61, affaire dans laquelle l'adoption d'enfants originaires du Sri Lanka a été prononcée bien que la condition de la différence d'âge de la loi néerlandaise n'ait pas été respectée.

<sup>179</sup> Voir, en général, J. M. Bischoff et A. Rieg (éd.), *loc. cit.* (supra note 150); A. Davi, *L'adozione nel diritto internazionale privato*, Milano 1981; I. Delupis, *International Adoptions and the Conflict of Laws*, Stockholm 1976; R. De Nova, «Adoption in Comparative Private International Law» dans 104 *Recueil des cours* 1961-III, p. 75-158; D. Opetti Badán, «L'adoption internationale» dans 180 *Recueil des cours* 1985-II, p. 299-411.

<sup>180</sup> Voir J. M. Bischoff, «Introduction comparative» dans J. M. Bischoff et A. Rieg (éd.) *loc. cit.* (supra note 150), p. 703-713.

agency that handled the placement) or the natural parents'.<sup>175</sup> In the Netherlands and Peru for example the adopted child may, after reaching majority, apply for a court order terminating the adoptive relationship *ex nunc*. In several European countries revocation of full adoption is generally allowed only in the interests of the child. In contrast, in the United States 'most states that provide for revocation allow only the adoptive parents to petition for revocation'.<sup>176</sup> Indeed, 'many commentators believe that despite the general commitment to the policy of permanence, there are increasing numbers of adoptive parents who seek to set aside an adoption', in particular in the case of adopted children who subsequently manifest severe and chronic physical, mental or behavioural disorders.<sup>177</sup> In Latin America revocation of full adoption is, with few exceptions such as Peru, generally excluded. See Annex C.

Simple adoption is in principle revocable but there is a trend to submit it to judicial scrutiny and to limit it to serious grounds. However, in Mexico and some other countries 'ingratitude' of the child is still a ground which may justify revocation by the adoptive parents. See Annex C.

## 6 Growing international context of internal adoption law

114 It is worth remembering in concluding these comparisons of internal substantive provisions of adoption law, that in a substantial number of countries, both countries of origin and receiving countries of children (aside from step-parent adoptions) purely domestic adoptions are few in number and international adoptions constitute the rule. Since there is a trend, on the other hand, to exert control over international adoptions through domestic laws, including those substantive provisions on adoption, the latter will often be applied in international situations for which they were not specifically written. This may sometimes be a cause of friction in international situations.<sup>178</sup>

### C Private international law<sup>179</sup>

115 The growing internationalization of adoption is reflected in an increased interest by legislators for the private international law of adoption. Apart from reforms in the context of new general codifications of private

international law which have been made in the Federal Republic of Germany, Switzerland, Turkey, Yugoslavia, and Japan among others, Belgium, Chile, Colombia, Finland, Italy, Sweden and Norway provide examples of countries which during the past decade have introduced new provisions on jurisdiction, applicable law and recognition of foreign adoption decrees, in response to the increased number of intercountry adoptions. These reforms have only partially been inspired by the two main conventions on the private international law of adoption – the 1965 Hague Adoption Convention and the Inter-American Adoption Convention of 1984 – whose solutions, moreover, take different directions (see *infra* Nos 157-163). We will focus on the principal choices which legislators have faced and on some of the main problems which arise in private international law. These choices and problems relate on the one hand to the creation of the adoptive relationship by domestic courts or administrative authorities (1), on the other hand to the recognition of foreign adoptions (2).<sup>180</sup>

## 1 Creation of the adoptive relationship

### a Introduction

116 A general distinction may be made between two approaches: some systems tend to see adoption primarily in terms of the relationships it creates and the question then is what law governs its conditions and effects. These systems focus on the question of applicable law and the problem of the jurisdiction of authorities remains of a subsidiary character. This approach might be called the conflicts approach. Examples of this group of systems include France, the Federal Republic of Germany, most Latin-American countries and Japan.

Other systems, in contrast, see adoption primarily as a decision of the courts (or administrative authorities) who create a new status by virtue of the power conferred upon them by their own law, the *lex fori*. Here the question of international jurisdiction is of primary importance, the applicable law being in principle the authorities' own law. This might be called the jurisdictional approach. Systems belonging to the common law or which have been influenced by it such as the United Kingdom, Ireland, Australia, India, Sri Lanka, Israel, Cyprus, Canada, the United States as well as some other countries like Switzerland, and more recently Italy, belong to this group.

Bearing this methodological distinction in mind, it would nevertheless seem possible for comparative purposes to start with the question of international jurisdiction and then to pass on to that of the applicable law. The justification for this is that even in the systems following the conflicts approach, the role of the courts in creating the adoption relationship is of growing importance.

### b International jurisdiction

117 Usual criteria for international jurisdiction in matters of adoption are: the domicile or habitual residence in the forum of the adopters, the domicile or habitual residence in the forum of the child, the nationality of the forum of the adopters and the nationality of the forum of the child. Many systems provide for several of these

<sup>175</sup> Krause, *op. cit.* (supra footnote 46), pp. 6-188.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> See K. J. Thompson and J. H. Hollinger, 'Contested Adoptions: Strategy of the Case', Ch. 8 in J. H. Hollinger, *op. cit.* (supra footnote 50), pp. 8-37. 'Nationally, about 13 percent of adopted children were returned to state officials last year, according to David S. Liederman, executive director of the Child Welfare League of America in Washington', see 'When Adoption is Take-and-Give-Back', *Herald Tribune*, 23 April 1990, p. 1 and p. 6.

<sup>178</sup> A recent example is the judgment of the *Hoge Raad* of the Netherlands of 10 November 1989 *Rechtspraak van de Week* 1989 No 244, concerning the adoption in the Netherlands of children who had already been adopted in Sri Lanka (full adoption) by a Dutch couple. The *Hoge Raad* disapproved the reasoning of the lower court which had interpreted the Dutch provisions relating to the conditions for adoption in a flexible way in order to make the Dutch adoption possible. No reference was made to the international context of the problem. Cf. on the other hand, *Rechtbank 's-Gravenhage*, 22 February 1989, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1990, p. 61, where the adoption of children from Sri Lanka was granted despite the fact that the age difference requirement of Dutch law was not respected.

<sup>179</sup> See, generally, J. M. Bischoff and A. Rieg (eds.), *loc. cit.* (supra footnote 150); A. Davi, *L'adozione nel diritto internazionale privato*, Milano 1981; I. Delupis, *International Adoptions and the Conflict of Laws*, Stockholm, 1976; R. de Nova, 'Adoption in Comparative Private International Law' in 104 *Recueil des cours* 1961-III, pp. 75-158; D. Operetti Badán, 'L'adoption internationale' in 180 *Recueil des cours*, 1985-II, pp. 299-411.

<sup>180</sup> See J. M. Bischoff, 'Introduction comparative', in J. M. Bischoff and A. Rieg (eds.), *loc. cit.* (supra footnote 150), pp. 703-713.

de ces critères. Des bases de compétence trop larges peuvent être rectifiées par la doctrine du *forum non conveniens*; des bases trop étroites par des exceptions conférant des pouvoirs plus amples aux tribunaux. Plus rares sont les systèmes comme celui des Pays-Bas qui ne prévoient pas de critères fixes mais retiennent une base plus souple telle que celle d'un lien suffisant avec la sphère juridique de la juridiction concernée<sup>181</sup>.

118 Le Royaume-Uni fournit un exemple de compétence internationale fondée exclusivement sur le domicile des adoptants. Le domicile devant ici se comprendre dans le sens traditionnel de la *common law*, cela peut signifier que des demandeurs domiciliés en Angleterre ou en Ecosse vivent en réalité à l'étranger. Ces pouvoirs extensifs des tribunaux sont atténués par la condition posée par l'*English Adoption Act 1976* et l'*Adoption (Scotland) Act 1978* suivant laquelle les futurs adoptants doivent avoir un foyer commun avec l'enfant et avant l'adoption, avoir passé quelque temps au moins dans ce foyer avec l'enfant pour permettre à l'autorité locale de les voir ensemble et de faire rapport au tribunal<sup>182</sup>. Le résultat peut être alors assez voisin de la situation qui existe en Australie, où les règles de *common law* relatives à la compétence sont expressément exclues et où, en plus de la résidence ou du domicile des postulants dans le for, l'enfant doit y être aussi présent<sup>183</sup>. Le «domicile» des adoptants est aussi une base de la compétence internationale en Suède et en Suisse, mais le mot y signifie en réalité la résidence habituelle, prévue aussi à l'article 3, paragraphe 1 a), de la Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption. Les lois suédoise<sup>184</sup> et suisse reconnaissent l'une et l'autre un certain rôle à la loi nationale des adoptants mais, dans ce dernier cas, avec une restriction intéressante, à savoir que les autorités suisses ne sont compétentes que «[lorsque les adoptants] ne peuvent pas adopter à leur domicile à l'étranger, ou que l'on ne saurait raisonnablement exiger qu'ils y engagent une procédure d'adoption»<sup>185</sup>. Dans les exemples suédois et suisse, la résidence ou la nationalité de l'enfant ne constitue pas un critère autonome de compétence. Dans la plupart des autres systèmes il semble que la résidence de l'enfant dans le for ou le fait que l'enfant possède la nationalité du for soit un motif qui joue le même rôle que la résidence ou la nationalité des adoptants (République fédérale d'Allemagne)<sup>186</sup> ou possède au moins un caractère subsidiaire (France)<sup>187</sup>. Dans d'autres pays encore, le domicile ou la résidence de l'enfant peut même avoir la préséance, comme l'illustre la Convention interaméricaine sur l'adoption, dont l'article 15 prévoit que «les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'adopté sont compétentes pour prononcer les adoptions visées dans la présente Convention».

119 Plutôt que de décrire en détail ces diverses bases de compétence, il semble plus utile, aux fins du présent Rapport, de souligner que, comme le montrent certains des exemples précités, il existe une tendance croissante chez les législateurs à laisser des considérations maté-

rielles relatives au bien-être de l'enfant influencer la sélection des bases appropriées de compétence internationale. La difficulté, dans le contexte de l'adoption transnationale, est que les pays d'où proviennent de nombreux enfants placés pour adoption à l'étranger et les pays d'accueil peuvent percevoir de façon différente ce qu'exige à cet égard le bien-être de l'enfant. En fait les uns et les autres peuvent tendre à favoriser la compétence de leurs propres tribunaux, parce que cela permettra à ceux-ci d'être mieux informés au sujet de la future famille adoptive et d'exercer un contrôle sur elle. Le problème est encore compliqué par le fait que les systèmes juridiques de plusieurs pays, des pays d'accueil en particulier, ont une attitude restrictive en ce qui concerne la reconnaissance de décisions d'adoption étrangères, et peuvent poursuivre en outre des politiques d'immigration restrictives, ce qui a notamment pour conséquence le phénomène désormais courant des «secondes adoptions» dans de nombreux pays d'accueil.

120 L'une des tâches que devra affronter la nouvelle convention sera de reconnaître cette préoccupation commune, celle du bien-être de l'enfant, comme facteur de toute première importance pour déterminer la compétence en matière d'adoption internationale, et de concilier les perceptions différentes des pays d'origine et des pays d'accueil à ce sujet. Voir ci-après Chapitre VI, notamment le No 179.

### c La loi applicable

121 C'est ici que l'«approche conflictuelle» et l'«approche juridictionnelle» peuvent aboutir à des résultats fort différents. Alors que dans la première la loi personnelle des adoptants et éventuellement celle de l'enfant revêtent une importance primordiale, dans l'approche juridictionnelle, même dans un cas international, les tribunaux appliqueront leur propre loi, la *lex fori*. Pourtant il semble que l'on s'accorde de plus en plus à reconnaître dans le monde entier que, quel que soit le système de désignation de la loi qui a la préférence, le bien-être de l'enfant doit l'emporter sur toute autre considération et assouplir l'application mécanique des règles de conflit.

#### (i) L'approche juridictionnelle

122 L'approche juridictionnelle, conduisant à l'application par les tribunaux de leurs propres lois, présente le double avantage de la simplicité et de l'obtention d'un résultat qui correspondra généralement à l'environnement social de la future famille adoptive. Aux Etats-Unis le *Restatement, Conflict of Laws Second* dispose qu'«un tribunal applique sa propre loi pour déterminer si une adoption doit être prononcée». Pourtant, comme le dit le commentaire, «cette règle est atténuée par le fait que, selon la loi locale de la plupart des Etats au moins le bien-être de l'enfant constitue le facteur le plus important qu'un tribunal doit considérer pour déterminer s'il convient de prononcer l'adoption»<sup>188</sup>. Soucieux du bien-être de l'enfant, certains tribunaux du Royaume-Uni, pays qui en principe suit aussi l'approche juridictionnelle, ont estimé que «par bien-être on n'entend pas simplement le bien-être physique ou moral mais l'avantage au sens le plus large, ce qui comprend nécessairement la prise en considération de l'effet que la décision, si elle est adoptée, aura sur la situation de l'enfant»<sup>189</sup>. Pour éviter des adoptions «boiteuses» les mêmes tribunaux ont pris en considération, comme élément de fait, la loi personnelle de l'enfant, estimant que

<sup>181</sup> Voir D. Kokkini-Iatridou, *L'adoption en droit international privé néerlandais*, contribution au XIII<sup>ème</sup> Congrès International de Droit Comparé, Montréal 1990, p. 13-16.

<sup>182</sup> Voir P. R. Beaumont, *International Adoption*, contribution au XIII<sup>ème</sup> Congrès International de Droit Comparé, Montréal 1990, p. 8-9.

<sup>183</sup> Voir P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (Sydney etc., 1984), p. 382.

<sup>184</sup> Voir M. Jänterä-Järeborg, *The Procedural and Material Conditions for Inter-country Adoption in Sweden*, document présenté au XIII<sup>ème</sup> Congrès International de Droit Comparé, Montréal 1990, p. 3.

<sup>185</sup> Il peut être fait appel à ce motif, par exemple, si les futurs adoptants habitent un pays islamique dont les lois ne prévoient pas l'adoption, ou un pays dont la loi ne prévoit que l'adoption simple ou encore un pays où la procédure d'adoption est très complexe. Voir A. Bucher, *L'adoption internationale en Suisse*, document présenté au XIII<sup>ème</sup> Congrès International de Droit Comparé à Montréal, 1990, p. 4-5.

<sup>186</sup> Article 43 b FGG.

<sup>187</sup> Article 1166, Code de procédure civile.

<sup>188</sup> *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws Second*, vol. 2 (1971), § 289.

<sup>189</sup> *In Re B(S) (an Infant)* [1968], Ch. 204, p. 211.

criteria. Too broad grounds for jurisdiction may be tempered by the doctrine of *forum non conveniens*; too narrow grounds by exceptions giving broader powers to the courts. More rare are systems which do not provide for fixed criteria but use a more flexible ground such as sufficient connection with the legal sphere of the jurisdiction concerned.<sup>181</sup>

118 The United Kingdom provides an example where international jurisdiction is exclusively based on the domicile of the adopters. Since domicile is here to be understood in the traditional common law sense, this may mean that applicants domiciled in England or Scotland are actually living abroad. These extensive powers of the court are tempered by the requirement of the English Adoption Act 1976 and the Adoption (Scotland) Act 1978 that the prospective adopters have a 'home' with the child and that they spend at least some period before the adoption with the child in that home so as to enable the local authority to see them together and to report to the court.<sup>182</sup> The result may then come close to the position in Australia where the common law rules relating to jurisdiction were expressly excluded and in addition to residence or domicile of the applicants in the forum, the child must be present there.<sup>183</sup> 'Domicile' of the adopters is also a ground for international jurisdiction in Sweden and Switzerland but there it really means habitual residence, which is also found in Article 3, paragraph 1 a), of the 1965 Hague Adoption Convention. Both the Swedish<sup>184</sup> and the Swiss laws recognize a certain role for the national law of the adopters, but in the latter case with an interesting limitation, *i.e.* that the Swiss authorities have jurisdiction only 'if it is impossible or highly impracticable to have an adoption granted at the domicile [of the Swiss adopter]'.<sup>185</sup> In the Swedish and Swiss examples, the residence or nationality of the child is not an autonomous criterion for jurisdiction. In most other systems, it would seem, the child's residence in the forum or the fact that a child has the nationality of the forum is a ground on the same footing as the residence or nationality of the adopters (Federal Republic of Germany)<sup>186</sup> or at least of a subsidiary character (France).<sup>187</sup> In still other countries, the domicile or residence of the child may even take prominence, as is illustrated by the Inter-American Adoption Convention, Article 15 of which provides that 'the authorities of the State of the habitual residence of the adoptee shall be competent to grant the adoptions referred to in this Convention'.

119 Rather than describing these various jurisdictional grounds in detail, it would seem to be more useful for the purposes of this Report to stress that as some of the above examples illustrate, there is a growing trend among legislators to let substantive considerations relat-

ing to the welfare of the child influence their selection of the appropriate grounds for international jurisdiction. The difficulty in the intercountry adoption context is that the perception of what the welfare of the child requires in this respect may differ between countries from which many children are placed abroad for adoption and receiving countries. In fact, both may tend to favour jurisdiction of their own courts because this will allow those courts to be better informed about, and to exert control over the prospective adoptive family. The problem is compounded by the fact that the legal systems of several countries, receiving countries in particular, are restrictive in respect of recognition of foreign adoption orders and/or pursue restrictive immigration policies, one result of which is the now common phenomenon of second adoptions in many receiving countries.

120 One of the challenges of the new convention will be to acknowledge this common concern, the welfare of the child as a factor of eminent importance for the determining jurisdiction in matters of international adoption, and to reconcile the different ways in which this notion is perceived by countries of origin and receiving countries. See *infra* Chapter VI, in particular No 179.

### c Applicable law

121 It is here that the 'conflicts approach' and the 'jurisdictional approach' may lead to significantly different results. Whereas in the former approach the personal law of the adopters and/or the child are of primary importance, in the jurisdictional approach, even in an international case, the courts will apply their own law, the *lex fori*. Yet, there would seem to be growing agreement worldwide that whatever choice of law system is preferred, the welfare of the child should be of paramount importance and should temper a mechanical application of conflict rules.

#### (i) Jurisdictional approach

122 The jurisdictional approach, leading to the application by the courts of their own laws, has the double advantage of simplicity and of producing a result which will generally correspond with the social environment of the future adoptive family. In the United States the Restatement, Conflict of Laws Second provides 'a court applies its own law in determining whether to grant an adoption'. Yet as the comment observes, '[t]his rule is mitigated by the fact that under the local law of at least the great majority of States the welfare of the child is the most important factor that a court should consider in determining whether to grant an adoption'.<sup>188</sup> With the welfare of the child in view some courts in the United Kingdom, which also in principle follow the jurisdictional approach, have taken the view that "welfare" does not mean simply physical or moral well-being but benefit in the widest sense which must include consideration of the effect the order, if made, will have on the infant's status'.<sup>189</sup> In order to avoid limping adoptions, these courts have taken into account as a factual element the personal law of the child because they felt that 'the court should consider whether its order will be recognized elsewhere unless the case is one in which it is clearly for

<sup>181</sup> See D. Kokkini-Iatridou, *L'adoption en droit international privé néerlandais*, paper presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, pp. 13-16.

<sup>182</sup> See P. R. Beaumont, *International Adoption*, paper presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, pp. 8-9.

<sup>183</sup> See P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (Sydney etc., 1984), p. 382.

<sup>184</sup> See M. Jänterä-Jareborg, *The Procedural and Material Conditions for Intercountry Adoption in Sweden*, paper presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, p. 3.

<sup>185</sup> This ground may be used, for example, in a case where the prospective adopters live in an Islamic country whose laws do not provide for adoption or in a country whose law only provides for simple adoption or even where the adoption procedure is very complicated. See A. Bucher, *L'adoption internationale en Suisse*, paper presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, pp. 4-5.

<sup>186</sup> Article 43 b FGG

<sup>187</sup> Article 1166, *Code de procédure civile*.

<sup>188</sup> *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws Second*, Vol. 2 (1971), § 289.

<sup>189</sup> *In Re B(S) (An Infant)* [1968], Ch. 204 at p. 211.

«le tribunal doit rechercher si sa décision sera reconnue ailleurs, à moins qu'en l'espèce le bien-être de l'enfant n'exige manifestement qu'une décision soit prise, quelles qu'en soient les conséquences en d'autres lieux». La loi suédoise de 1971 sur les relations juridiques internationales en matière d'adoption franchit un pas de plus<sup>190</sup>. De telles dispositions peuvent naturellement être utiles lorsque la famille adoptive vit hors du for, mais aussi lorsque cette famille a des liens étroits avec un pays étranger et a l'intention de s'y établir. Les adoptions «boiteuses» peuvent notamment être dues au fait que le pays étranger ne prévoit pas du tout l'adoption ou ne prévoit pas le type d'adoption dont il s'agit. Il peut arriver aussi que les conditions de l'adoption, et en particulier la possibilité pour l'enfant d'être adopté ou le consentement de l'enfant ou de sa famille exigé par la loi étrangère, diffèrent de ce que prévoit la *lex fori*. Sur ce dernier aspect, prendre en considération la loi de l'enfant sur la question du consentement, même à titre d'élément de fait, peut non seulement contribuer à réduire les problèmes de non-reconnaissance, mais aussi à éviter la remise en question de l'adoption, de la part de la famille de l'enfant par exemple<sup>191</sup>. Cf. ci-après le No 124.

La Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption, qui relève aussi en principe de l'approche juridictionnelle, va un peu plus loin et prévoit (à l'article 5) que les autorités compétentes en vertu de la Convention «appliquent la loi nationale de l'enfant aux consentements et consultations autres que ceux d'un adoptant, de sa famille et de son conjoint».

Dans les systèmes qui appliquent l'approche juridictionnelle la *lex fori* ne régira pas seulement les conditions de l'adoption mais aussi ses effets, si l'on excepte les questions d'héritage qui sont habituellement du ressort de la loi désignée par les règles de conflit relatives aux successions de personnes décédées.

## (ii) Approche conflictuelle

123 Les systèmes qui suivent l'approche fondée sur les conflits distinguent entre les conditions de l'adoption et ses effets. Pour ce qui est des conditions, aucun problème ne se pose quand les adoptants et l'adopté ont la même loi personnelle étrangère, qu'il s'agisse de la loi du domicile ou de la loi nationale. Dans des situations transnationales, cependant, il n'en sera généralement pas ainsi, de sorte que des choix difficiles devront être faits. La loi française, par exemple, a longtemps hésité entre quatre possibilités au moins: l'application de la loi nationale des adoptants (avec des nuances supplémentaires lorsque les adoptants sont de nationalité différente), la loi nationale de l'adopté, l'application distributive de ces deux lois suivant qu'une condition concerne l'adoptant ou l'adopté, ou l'application cumulative des deux lois<sup>192</sup>. Un important arrêt de la Cour de cassation de 1984 s'est prononcé en faveur de la loi nationale de l'adoptant (il s'agissait d'une adoption par une personne seule) pour régir aussi bien les conditions

que les effets de l'adoption, à l'exception des conditions relatives au consentement et à la représentation de l'adopté<sup>193</sup>. La doctrine française a conclu de cet arrêt que, lorsque c'est un couple qui adopte, l'adoption sera, avec l'exception signalée, régie par la loi applicable aux effets du mariage, c'est-à-dire la loi nationale commune des adoptants ou, s'ils n'ont pas la même nationalité, la loi de leur domicile commun<sup>194</sup>.

On trouve une conception similaire dans le nouveau Code allemand de droit international privé: l'adoption est régie par la loi nationale de l'adoptant ou, s'il s'agit d'un couple, par la loi qui gouverne les effets du mariage à l'exception des questions relatives au consentement d'un enfant ou de ses parents, régies en principe par la loi nationale de l'enfant<sup>195</sup>. Voir aussi le nouveau Code japonais de droit international privé<sup>196</sup> et les nouvelles règles de conflit belges applicables à l'adoption des mineurs n'ayant pas atteints l'âge de 15 ans en cas d'adoption simple<sup>197</sup>.

La Convention interaméricaine sur l'adoption a retenu un système distributif, voir les articles 3 et 4<sup>198</sup>.

Dans d'autres systèmes la loi relative au consentement de l'enfant peut être prise en considération cumulativement avec la loi des adoptants; tel est le cas en Autriche<sup>199</sup> et au Portugal<sup>200</sup> par exemple.

124 Malgré la diversité des approches, il semble donc que l'on reconnaisse de plus en plus que, quelle que soit la loi devant être appliquée aux autres conditions de l'adoption, la loi personnelle de l'enfant doit, seule ou en cumul avec la loi régissant les autres conditions de l'adoption, régir les matières relatives au consentement de l'enfant ou de ses parents. Il subsiste néanmoins plusieurs problèmes:

- La loi personnelle de l'adoptant peut interdire l'adoption ou même ne pas la connaître (systèmes islamiques). En pareil cas, les règles de conflit allemandes et belges prévoient que la *lex fori* peut remplacer la loi normalement applicable. L'inconvénient est, bien entendu, que cela peut conduire à des adoptions boiteuses; c'est pourquoi en France la doctrine est partagée, certains auteurs recommandant l'application de la loi française en l'occurrence et d'autres s'y opposant<sup>201</sup>.

- Il se peut que la nationalité de l'enfant et sa résidence habituelle avant son placement pour adoption à l'étranger ne coïncident pas. Tel peut être le cas par exemple lorsqu'il s'agit d'enfants réfugiés (cf. *supra* No 60). Certains auteurs ont estimé que la loi de la résidence habituelle devait alors s'appliquer<sup>202</sup>. Ce résultat coïnciderait avec la règle de l'article 3 de la Convention interaméricaine.

- On peut avoir consenti dans le pays d'origine à un type d'adoption, par exemple l'adoption simple, alors que dans le pays d'accueil une demande est présentée en vue d'un autre type d'adoption, par exemple l'adoption plénière. Ceci peut arriver facilement lorsque les parents biologiques ou les tuteurs vivent dans un pays en

<sup>190</sup> D'après son article 2: «Une demande d'adoption est examinée conformément à la loi suédoise. Si la demande concerne un enfant de moins de 18 ans, il conviendra d'examiner en particulier si le postulant ou l'enfant est lié à un Etat étranger par sa nationalité, son domicile, ou pour toute autre raison, et s'il y aurait de très grands inconvénients pour l'enfant à ce que l'adoption n'y soit pas valide». Voir aussi l'article 77 du nouveau *Code suisse de droit international privé*, qui néanmoins ne prend en considération que la loi du domicile ou de la nationalité des adoptants.

<sup>191</sup> Voir par exemple *United States Court of Appeals, Sixth Circuit*, 20 octobre 1978 (*Huynh Thi Anh c. Levi*, 586 F.2d, 625(1978)). Dans cette affaire relative à «l'opération 'baby lift'», le grand-père et l'oncle de quatre enfants vietnamiens ont contesté le droit de leurs parents nourriciers américains d'adopter ces enfants en fournissant «de fortes preuves selon lesquelles en 1972 le Viet Nam a adopté une loi qui donne à la famille, y compris aux grands-parents, des droits parentaux beaucoup plus larges sur les enfants que ceux que prévoit la loi des Etats-Unis» (*ibid.* p. 630-631). Les demandeurs ont été néanmoins déboutés pour des motifs ayant trait à la compétence.

<sup>192</sup> Voir par exemple, P. Bourel, *Juriste de droit international*, fasc. 548-B V° Adoption.

<sup>193</sup> Cass. civ. 1ère 17 novembre 1984, affaire Torlet, *Revue critique de droit international privé*, 1985, 533, note Simon-Depitre.

<sup>194</sup> Voir H. Gaudemet-Tallon, *L'adoption internationale*, document présenté au XIIIème Congrès International de Droit Comparé, Montréal 1990, p. 27.

<sup>195</sup> Article 23.

<sup>196</sup> Article 20.

<sup>197</sup> Article 344(3) *Code civil*, voir J. Erauw et F. Sarre, «The new regime governing international adoptions in Belgium» dans 35 *Netherlands International Law Review* (1988), p. 117-134.

<sup>198</sup> Voir D. Operti Badán, *op. cit.* (*supra* note 171), p. 24-28.

<sup>199</sup> Article 26 Loi sur le droit international privé.

<sup>200</sup> Article 60(4) du *Code civil*. Voir R.M. Moura Ramos, *Droit international privé, l'adoption internationale*, document présenté au XIIIème Congrès International de Droit Comparé, Montréal 1990, p. 15.

<sup>201</sup> Voir par exemple, Conseil Supérieur de l'Adoption, *L'adoption d'enfants étrangers, examen des questions*, 1989, p. 23-24.

<sup>202</sup> Voir Conseil d'Etat (France), *Rapport sur l'adoption d'enfants étrangers*, établi par H. Muir-Watt-Bourel (1989), p. 11.

the welfare of the infant that an order should be made irrespective of its consequences elsewhere'. The Swedish Act on International Legal Relations Concerning Adoption of 1971 law carries this idea a step further.<sup>190</sup> Such provisions may, of course, be useful in the case where the adoptive family lives outside the forum but also where that family maintains close links with a foreign country or intends to move there. One source of limping adoptions may be that the foreign country does not provide for adoption at all or does not provide for the type of adoption in question. Another is that the conditions for adoption, in particular the eligibility of the child or the consent by the child or his or her family required under the foreign law may differ from those of the *lex fori*. As to the latter aspect, taking the child's personal law concerning the question of consent into consideration if only as a factual factor, may not only contribute to reducing problems of non-recognition, it may also help to avoid the adoption being contested, for example by the child's relatives.<sup>191</sup> Cf. *infra* No 124.

The 1965 Hague Adoption Convention which is in principle likewise based on the jurisdictional approach, goes a step further and provides (Article 5) that the authorities having jurisdiction under the Convention 'shall apply the national law of the child relating to consents and consultations with respect to the child and his or her family'.

In the systems following the jurisdictional approach the *lex fori* will not only govern the conditions for the adoption but also its effects, with the exception of questions relating to inheritance which are generally governed by the law designated by the conflict rules concerning succession to the estates of deceased persons.

#### (ii) Conflicts approach

123 Systems following the conflicts approach distinguish between the conditions for and the effects of adoption. As far as the conditions for adoption are concerned, no problem arises where both the adopters and the adoptee have the same foreign personal law, be that the law of the domicile or the national law. In intercountry situations, however, this will generally not be the case and this means that difficult choices must be made. French law, for example, has hesitated a long time between at least four possibilities: application of the national law of the adopters (with further nuances where the adopters are of different nationality), the national law of the adoptee, distributive application of these two laws according to whether a condition concerns the adopter or the adoptee, or cumulative application of both laws.<sup>192</sup> An important judgment of the *Cour de cassation* of 1984 decided in favour of the national law of the adopter (the case concerned adoption by a single person) to govern both the conditions and the effects of

the adoption, with the exception of the conditions relating to consent and representation of the adoptee.<sup>193</sup> French legal doctrine has inferred from this judgment that where a couple adopts, the adoption will, with the exception noted, be governed by the law governing the effects of the marriage, *i.e.* the common national law of the adopters or, in the absence of a common nationality, the law of their common domicile.<sup>194</sup>

A similar approach may be found in the new German Code on private international law: the adoption is governed by the national law of the adopter or, in the case of an adopting couple, the law governing the effects of their marriage with the exception of matters relating to consent of a child or his or her relatives, which are in principle governed by the national law of the child.<sup>195</sup> Cf. also the new Japanese Code on private international law<sup>196</sup> and the new Belgian conflict rules for the adoption of minors under 15 years of age in the case of simple adoption.<sup>197</sup>

The Inter-American Adoption Convention has opted for a distributive system, see Articles 3 and 4.<sup>198</sup>

In other systems the law relating to the consent of the child may be taken into account cumulatively with the law of the adopters; this is the case in Austria<sup>199</sup> and Portugal,<sup>200</sup> for example.

124 Despite the variety of approaches, it would seem therefore that there is growing agreement that whatever law should be applied to the other conditions for adoption, the personal law of the child should apply alone or cumulatively with the former law to matters of consent of the child or of his or her relatives. However, there remain several problems:

- The personal law of the adopter may prohibit adoption or may not provide for adoption (Islamic systems). In such a case, both the German and Belgian conflict rules provide that the *lex fori* may replace the otherwise applicable law. The inconvenience is of course that this may lead to limping adoptions and this is why in France legal doctrine is divided, some advocating and some opposing application of French law in such a case.<sup>201</sup>

- The child's nationality and the child's habitual residence, before placement for adoption abroad, may not coincide. This may be the case for example with refugee children (*cf. supra* No 60). Some authors have suggested that in such a case the law of the habitual residence should apply.<sup>202</sup> This result would correspond with the rule of Article 3 of the Inter-American Adoption Convention.

- Consent may have been given in the country of origin with a view to the establishment of one type of adoption, for example simple adoption, whereas in the receiving country an application is made for another type of adoption, for example full adoption. That can easily happen when the biological parents or guardians live in

<sup>190</sup> According to Section 2 of this Act: 'An application concerning adoption shall be considered in accordance with Swedish Law. If the application concerns a child under the age of eighteen years, regard shall be paid in particular to whether the applicant or the child has a connection with a foreign state as a result of citizenship or domicile or otherwise and it would involve considerable inconvenience for the child if the adoption were not to be valid there.' Cf. also Article 77 of the new *Swiss Code for Private International Law*, which however only takes into account the law of the adopters' domicile or nationality.

<sup>191</sup> See, for example, United States Court of Appeals, Sixth Circuit, 20 October 1978 (*Huynh Thi Anh v. Levi*, 586 F.2d, 625 (1978)). In this case concerning 'operation baby lift', the grandfather and uncle of four Vietnamese children contested the rights of their American foster parents to adopt those children bringing 'strong evidence that some of Viet Nam adopted a law in 1972 which gives relatives, including grandparents, much broader parental rights in children than under the law of the United States' (*ibid.* pp. 630-631). The claim was dismissed however on jurisdictional grounds.

<sup>192</sup> See, for example, P. Bourel, *Jurisclasseur de droit international*, fasc. 548-B V° Adoption.

<sup>193</sup> Cass. civ. 1ère 17 November 1984, affaire Torlet, *Revue critique de droit international privé*, 1985, 533, note Simon-Depitre.

<sup>194</sup> See H. Gaudemet-Tallon, *L'adoption internationale*, paper presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal, 1990, p. 27.

<sup>195</sup> Article 23.

<sup>196</sup> Article 20.

<sup>197</sup> Article 344(3) *Code civil* see J. Erauw and F. Sarre, 'The new regime governing international adoptions in Belgium' in 35 *Netherlands International Law Review* (1988), pp. 117-134.

<sup>198</sup> See D. Operti Badán, *op. cit.* (*supra* footnote 171), pp. 24-28.

<sup>199</sup> Article 26 Code on private international law.

<sup>200</sup> Article 60(4) Civil Code. See R. M. Moura Ramos, *Droit international privé, l'adoption internationale*, paper presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, p. 15.

<sup>201</sup> See, for example, Conseil Supérieur de l'Adoption, *L'adoption d'enfants étrangers, examen des questions*, 1989, pp. 23-24.

<sup>202</sup> See Conseil d'Etat (France), *Rapport sur l'adoption d'enfants étrangers*, établi par H. Muir-Watt-Bourel (1989), p. 11.

développement où l'adoption plénière est inconnue ou peu utilisée (cf. ci-dessus Nos 29 et 48). Le consentement peut-il s'interpréter en pareil cas comme s'étendant à l'autre type d'adoption? Renversant la jurisprudence, la Cour de cassation française a répondu par l'affirmative à cette question dans l'arrêt Torlet de 1984<sup>203</sup> et a jugé sur le fond que, lorsque le consentement donné en vue de l'adoption d'un enfant étranger ne spécifie pas quel type d'adoption est envisagé, ce consentement suffit pour les deux types d'adoption (simple et plénière) connus en droit français. Cette décision a cependant été largement critiquée au motif que consentir à une forme d'adoption préservant les liens juridiques avec la famille biologique est une chose, et consentir à l'adoption plénière dans laquelle ces liens sont rompus en est une autre fort différente<sup>204</sup>.

125 La tendance des systèmes qui suivent l'approche conflictuelle est de soumettre les effets de l'adoption à la même loi que celle qui régit les conditions, c'est-à-dire dans la plupart des cas la loi personnelle des adoptants. Les avantages sont évidents: tout d'abord il y a un lien étroit entre les conditions et les effets de l'adoption; ensuite, comme l'enfant doit vivre avec les adoptants, il est souhaitable que la loi régissant le statut personnel de ces derniers s'applique aussi à leurs relations avec l'enfant. Il en résulte que la loi personnelle des adoptants déterminera le type d'adoption, son éventuelle révocabilité et la question de l'autorité parentale<sup>205</sup>. La même loi peut valoir pour ce qui est du nom de l'enfant mais cette question peut aussi être régie par une règle de conflit séparée<sup>206</sup>. Des règles de conflit distinctes peuvent également s'appliquer en matière d'obligations alimentaires et de successions de personnes décédées.

126 Une nouvelle convention sur la coopération juridique en matière d'adoption transnationale pourrait jouer un rôle important en simplifiant divers problèmes complexes de droit international privé – notamment celui du consentement – grâce à des règles matérielles qui, par exemple, confèreraient aux autorités du pays d'origine de l'enfant la responsabilité finale de veiller à ce que tous les consentements et consultations nécessaires en vertu de la loi locale aient été régulièrement donnés ou effectués avant que l'enfant ne soit autorisé à quitter le pays (cf. ci-après, Chapitre VI, notamment le No 180).

## 2 Reconnaissance des adoptions étrangères

127 La reconnaissance ou la non-reconnaissance des adoptions étrangères est une question d'une grande importance pratique, pour l'adoption transnationale en particulier, parce que, comme nous l'avons vu, plusieurs pays d'où proviennent de nombreux enfants adoptifs exigent que l'enfant soit adopté dans le pays d'origine, soit avant son départ, soit peu de temps après celui-ci (voir plus loin, Nos 135 et 135A). Le domaine de la reconnaissance se caractérise par un manque considérable d'uniformité. La grande diversité des solutions en la matière tient pour une part à des considérations de politique, pour une autre à des difficultés et incertitudes de caractère technique. Le problème central est celui de la reconnaissance d'une décision d'adoption étrangère par des personnes ressortissantes, ou domiciliées, ou habi-

tuellement résidentes, dans le pays où la reconnaissance est demandée. Tous les systèmes conviennent que (la reconnaissance de) l'adoption étrangère ne doit pas être contraire à l'ordre public. Mais au-delà, ils divergent considérablement, aussi bien quant au degré de libéralisme de leur politique de reconnaissance qu'en ce qui concerne les critères retenus pour celle-ci.

128 L'un des systèmes les plus restrictifs est celui de la loi italienne sur l'adoption de 1983. Une décision d'adoption obtenue à l'étranger par des adoptants italiens est sans effet en Italie, à moins que (1) les adoptants n'aient préalablement obtenu une déclaration d'aptitude à l'adoption, (2) l'adoption ne soit conforme à la loi de l'Etat d'origine et (3) elle ne soit pas contraire aux principes fondamentaux de la loi italienne concernant la famille et l'enfance. Même si ces conditions sont réunies, l'adoption doit avoir été précédée d'une période d'essai d'un an au moins; si cette condition n'a pas été observée, l'adoption étrangère est considérée simplement comme un placement pré-adoptif qui au terme d'un an doit être suivi d'une procédure d'adoption italienne. A des fins pratiques cela signifie que les adoptions étrangères seront rarement reconnues<sup>207</sup>. Aux Pays-Bas la situation est comparable à ce qu'elle est en Italie. L'effet d'une décision d'adoption étrangère est essentiellement limité à la reconnaissance de l'autorité parentale que ladite adoption a conférée aux adoptants; une deuxième adoption selon la loi néerlandaise est nécessaire. Des décisions judiciaires récentes s'écartent de cette attitude<sup>208</sup> mais, même si elles devaient marquer une nouvelle tendance, la pratique des secondes adoptions persistera, ne serait-ce que parce que, en vertu des dispositions néerlandaises en matière de nationalité, une ordonnance d'adoption néerlandaise est indispensable pour conférer la nationalité néerlandaise à l'enfant.

L'attitude restrictive du législateur italien est délibérée: elle vise à donner aux tribunaux italiens plein contrôle sur les adoptions d'enfants en provenance de l'étranger. On pourrait supposer que la situation aux Pays-Bas s'explique par le fait que l'adoption n'a été introduite que tardivement dans la loi néerlandaise, mais ce n'est probablement pas la seule explication puisque le Portugal, où l'adoption a été introduite encore plus tard, se montre moins restrictif et reconnaît les adoptions étrangères, à condition que le tribunal étranger ait fondé sa compétence sur des motifs acceptables du point de vue du Portugal, et que la procédure se soit déroulée de façon correcte<sup>209</sup>. La pratique espagnole en matière de reconnaissance est elle aussi restrictive mais, semble-t-il, pour des raisons surtout techniques<sup>210</sup>.

129 La réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne s'est traduite par l'introduction d'une règle spéciale concernant la reconnaissance de décisions étrangères faisant suite à des procédures non contentieuses. Cette règle s'applique aussi aux adoptions étrangères à condition qu'une «décision» d'un tribunal étranger ou d'une autorité administrative étrangère ait été obtenue. Il reste néanmoins un problème de qualification: que faut-il exactement pour qu'une adoption prononcée à l'étranger soit considérée

<sup>203</sup> Ci-dessus note 193.

<sup>204</sup> Voir, par exemple, E. Poisson-Drocourt, «L'adoption internationale», *Revue critique de droit international privé* (1987), p. 673-710 (aux pages 689-690).

<sup>205</sup> Ce dernier aspect peut tomber sous le coup des règles de conflit de la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*.

<sup>206</sup> Cf. *Convention sur la loi applicable aux noms et prénoms*, signée à Munich le 5 septembre 1980 (établie par la Commission internationale de l'état civil (CIEC)).

<sup>207</sup> Voir G. Kojanec, «Italie», dans J. M. Bischoff et A. Rieg (éd.), *op. cit.* (supra note 150), p. 817-832. Voir aussi V. Varano, *L'adoption internationale en Italie*, document présenté au XIII<sup>ème</sup> Congrès International de Droit Comparé, Montréal 1990.

<sup>208</sup> Voir Kokkini-Jatridou, *op. cit.* (supra note 181), p. 25-30; voir également Cour d'Appel de La Haye, 17 novembre 1989 (pas encore publié); dans cet arrêt, la Cour a fondé sa décision de reconnaître une adoption australienne en partie sur l'article 8 de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* et l'article 17 du *Pacte International sur les Droits Civils et Politiques*, qui tous les deux exigent le respect de la vie familiale.

<sup>209</sup> Voir R. M. Moura Ramos, *op. cit.* (supra note 200), p. 26-31.

<sup>210</sup> Voir D. Alexandre, «Espagne», et J. M. Bischoff, «Introduction», dans J. M. Bischoff et A. Rieg (éd.), *op. cit.* (supra note 150), p. 710-711 et p. 785-798.

a developing country where full adoption is not known or not widely practiced, *cf. supra* Nos 29 and 48. May the consent be interpreted in such a case as extending to that other type of adoption? Contrary to previous case law, the French *Cour de cassation* in the Torlet judgment of 1984<sup>203</sup> gave an affirmative answer to this question and pronounced a substantive rule to the effect that where the consent given for the adoption of a foreign child does not specify for which type of adoption it has been given, this consent suffices for both types of adoption (simple and full adoption) known in French law. This rule has been widely criticized, however, because it is one thing to consent to a form of adoption where the legal ties of the biological family remain intact, and quite another to consent to full adoption where those ties are cut off.<sup>204</sup>

125 The trend in systems following the conflicts approach is to submit the effects of the adoption to the same law as that governing its conditions, *i.e.* in most cases the personal law of the adopters. The advantages are obvious: first of all there is a close link between the conditions and the effects of the adoption and, secondly, since the child will live with the adopters, it is desirable that the law governing the personal status of the adopters also applies to their relations with the child. As a result, the personal law of the adopters will determine the type of adoption, whether it is revocable or irrevocable and the question of parental authority.<sup>205</sup> The same law may govern the matter of the name of the child, but that may also be governed by a separate conflict rule.<sup>206</sup> Separate conflict rules may also apply to questions relating to maintenance obligations and succession to the estates of deceased persons.

126 A major contribution by a new convention on legal co-operation in respect of intercountry adoption could be that it would short cut various complex problems of private international law – in particular the question of consent – by providing substantive rules which would, for example, provide that the authorities of the country of origin of the child bear final responsibility for ensuring that all necessary consents and consultations required under the local law are in order before authorization is given for the child to leave the country (*cf. infra* Chapter VI, especially No 180).

## 2 Recognition of foreign adoptions

127 The recognition or non-recognition of foreign adoptions is a question of great practical importance in intercountry adoption in particular because several countries from which many adoptive children come require that the child be adopted in the country of origin either before the child leaves the country or some time thereafter (see further *infra* Nos 135 and 135A). The field of recognition is characterized by a considerable lack of uniformity. The great variety of solutions to the problem of recognition have their roots partly in policy considerations, partly in difficulties and uncertainties of a technical character. The core problem is the recognition of a foreign adoption order by persons who are nationals of or domiciled or habitually resident in the country where recognition is sought. All systems agree

that (the recognition of) the foreign adoption must not be contrary to public policy (*ordre public*). Beyond that, they vary considerably both as to the degree of liberalism of their recognition policy and as to the criteria for recognition.

128 One of the most restrictive systems is that under the Italian Adoption Act of 1983. A foreign adoption order obtained by Italian adopters has no effect in Italy, unless (1) the adopters have previously obtained a declaration of suitability, (2) the adoption is in conformity with the law of the State of origin, and (3) it is not contrary to the fundamental principles of Italian law concerning family and children's law. Even so, the adoption must have been preceded by a trial period of at least one year and if that condition has not been observed, the foreign adoption is considered simply as a pre-adoptive placement which after one year must be followed by an Italian adoption. For practical purposes this means that foreign adoptions will seldom be recognized.<sup>207</sup> The position in the Netherlands is comparable with the Italian situation. The effect of a foreign adoption decree is mainly limited to recognition of the parental authority a foreign adoption has conferred upon the adopters; a second adoption according to Dutch law is necessary. Recent case law shows exceptions to this attitude,<sup>208</sup> but even if this were to mark a new trend, the practice of second adoptions will continue because under the Dutch provisions concerning nationality only a Dutch adoption order will confer Dutch nationality upon the child. The restrictive attitude of the Italian legislator is deliberate: it is an attempt to give the Italian courts full control over intercountry adoption. One might think that the position in the Netherlands is caused by the late introduction of adoption into Dutch law, but this is unlikely to be the only explanation since Portugal, where adoption was introduced later still, is less restrictive and recognizes foreign adoptions provided that the foreign court based its jurisdiction upon grounds acceptable from the Portuguese point of view and that the procedure was correct.<sup>209</sup> The Spanish recognition practice is again restrictive but, it would seem, more for technical reasons.<sup>210</sup>

129 The reform of private international law in the Federal Republic of Germany brought the introduction of a special rule for the recognition of foreign decisions which also applies to foreign adoptions provided that a 'decision' by a foreign court or administrative authority has been obtained. This leaves, however, a characterization problem: what exactly is needed for a foreign adoption to qualify as a foreign decision? If there is a decision, it will be recognized provided that one of the adopters or the child had the nationality of that foreign

<sup>203</sup> *Supra* footnote 193.

<sup>204</sup> See, for example, E. Poisson-Drocourt, 'L'adoption internationale', *Revue critique de droit international privé* (1987), pp. 673-710 (at pp. 689-690).

<sup>205</sup> The latter aspect may be subject to the conflict rules of the *Hague Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors*.

<sup>206</sup> *Cf. Convention sur la loi applicable aux noms et prénoms*, signed at Munich 5 September 1980 (drawn up by the International Commission on Civil Status (CIEC)).

<sup>207</sup> See G. Kojanec, 'Italie', in J. M. Bischoff and A. Rieg (eds.) *op. cit.* (*supra* footnote 150), pp. 817-832. See also V. Varano, *L'adoption internationale en Italie*, paper presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990.

<sup>208</sup> See Kokkini-Iatridou *op. cit.* (*supra* footnote 181), pp. 25-30; see also Court of Appeal The Hague, 17 November 1989 (not yet published) where the court based its decision to recognize an Australian adoption in part on the right to family life guaranteed by Article 8 of the *European Convention on Human Rights* and Article 17 of the *International Convention on Civil and Political Rights*.

<sup>209</sup> See R. M. Moura Ramos *op. cit.* (*supra* footnote 200), pp. 26-31.

<sup>210</sup> See D. Alexandre, 'Espagne', and J. M. Bischoff, 'Introduction', in J. M. Bischoff and A. Rieg (eds.) *op. cit.* (*supra* footnote 150), pp. 710-711 and pp. 785-798.

comme une décision étrangère? S'il y a une décision, celle-ci sera reconnue, pour autant que l'un des adoptants ou l'enfant possède la nationalité du pays étranger ou y ait une résidence habituelle<sup>211</sup>. L'incertitude est grande au sujet des effets d'une adoption étrangère dans la République fédérale d'Allemagne, surtout quand il s'agit d'une adoption simple. Bien des auteurs ont préconisé une procédure spéciale de reconnaissance des adoptions étrangères en Allemagne, sans succès jusqu'à présent<sup>211a</sup>. Le résultat est que les Allemands qui ont adopté un enfant à l'étranger se voient habituellement conseiller de demander une seconde adoption dans la République fédérale<sup>212</sup>.

Le droit international privé français ne se borne pas à appliquer un test juridictionnel – un tribunal étranger doit avoir fondé sa compétence sur un motif internationalement acceptable du point de vue français – il exige aussi que le tribunal étranger ait appliqué une loi compatible avec le résultat auquel aurait abouti l'application des règles françaises de désignation de la loi par le tribunal français. La législation française prévoyant et l'adoption plénière et l'adoption simple, la question de l'équivalence (*substitution*)<sup>213</sup> est, au moins en théorie, un moindre problème que dans la loi allemande, étant donné qu'une adoption étrangère qui ne remplit pas les conditions d'une adoption plénière peut néanmoins, avec parfois une légère adaptation, être considérée comme équivalant à une adoption simple. Il reste cependant des cas où l'effet d'une adoption plénière diffère considérablement de ceux des types d'adoption reconnus en France. En pareil cas une seconde adoption en France est là aussi inévitable<sup>214</sup>.

130 Le nouveau Code suisse de droit international privé fournit l'exemple d'une règle libérale très claire sur la reconnaissance et une solution intéressante pour la question de l'équivalence<sup>215</sup>.

Les règles de reconnaissance des adoptions étrangères au Royaume-Uni sont libérales, de même que le sont en général les lois d'autres systèmes appartenant au groupe de la *common law* tels que l'Australie ou le Canada. En vertu des lois britanniques sur l'adoption une adoption étrangère qualifiée d'adoption «overseas» est en principe reconnue et considérée comme équivalant à une adoption anglaise ou écossaise. L'adoption doit avoir eu lieu dans une localité d'un pays désigné par la loi, ce qui inclut la plupart des Etats du *Commonwealth* (à l'exception de l'Inde et du Bangladesh), tous les pays d'Europe occidentale, la Yougoslavie, la Grèce et les Etats-Unis d'Amérique.

Si une adoption étrangère n'est pas une adoption «overseas», ce qui est le cas par exemple des adoptions latino-américaines, elle peut néanmoins être reconnue si elle satisfait aux règles de la *common law* en matière de reconnaissance<sup>216</sup>. L'affaire à retenir en la matière est *In*

*re Valentine's settlement*<sup>217</sup>, dans laquelle Lord Denning, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré que, puisque l'adoption crée un nouveau statut et que les questions affectant le statut sont généralement réglées par la loi du domicile, une adoption étrangère, «pour être reconnue partout, doit découler valablement de la loi du domicile du parent qui adopte». La majorité a hésité avant de parvenir à cette conclusion, parce qu'elle reconnaissait quelque bien-fondé à la position de la minorité, qui refusait de dénier la reconnaissance à une ordonnance d'adoption rendue par un tribunal étranger ayant appliqué des garanties raisonnables au seul motif que l'adoptant n'était pas domicilié dans le pays de l'adoption.

Une proposition radicale visant à faciliter la reconnaissance des adoptions étrangères a été soumise en 1989 par la Commission de tutelle suédoise. Se référant expressément à la Déclaration des Nations Unies, à la Convention des Nations Unies et à la Convention inter-américaine sur l'adoption, la Commission a proposé qu'«en règle générale les décisions sur les adoptions prononcées dans le pays de domicile de l'enfant soient reconnues en Suède, sans légalisation ni reconsidération complémentaire. Que l'adoption soit considérée comme «forte» ou «faible» ... par le tribunal ou autre autorité compétente dans le pays de domicile, elle vaudra comme adoption plénière en Suède»<sup>218</sup>.

131 Après avoir examiné la situation actuelle en matière de reconnaissance des adoptions étrangères dans divers pays européens, le Professeur Bischoff a conclu en 1985: «on a le sentiment que peu de pays ont vraiment trouvé leur voie et que, de toute manière, la situation n'est pas encore mûre pour que l'on tente de réaliser l'unification multilatérale»<sup>219</sup>. Il est difficile de ne pas partager la première partie de cette conclusion, mais on pourrait peut-être faire un effort pour améliorer la situation extrêmement confuse qui règne à présent, dans le cadre d'une nouvelle convention sur l'adoption transnationale. De fait, une telle convention contribuerait à créer une atmosphère de confiance mutuelle qui aiderait à s'accorder sur certaines règles minimum de reconnaissance des adoptions étrangères.

En premier lieu, pour ce qui est des critères de reconnaissance, il semble que l'on soit de plus en plus d'accord pour appliquer un critère juridictionnel plutôt qu'un critère de désignation de la loi en matière de reconnaissance des adoptions étrangères. Si ce critère pouvait s'appliquer, non seulement quand l'adoption étrangère est exclusivement de la compétence d'un tribunal ou d'une autorité administrative (hypothèse correspondant à la Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption et, semble-t-il, à la Convention interaméricaine), mais aussi quand une adoption contractuelle doit être avalisée par un tribunal, une telle règle s'appliquerait à la grande majorité des problèmes de reconnaissance. Vient ensuite la question du lien qui devrait exister avec l'Etat du tribunal étranger ou de l'autorité étrangère pour qu'il puisse y avoir reconnaissance. Il semblerait que les quatre critères suivants méritent en principe d'être sérieusement examinés comme fournissant des liens internationalement acceptables: (1) la nationalité des adoptants; (2) la résidence habituelle des adoptants; (3) la nationalité de l'enfant, et (4) la résidence habituelle de l'enfant. Se pose ensuite la question des effets. Ne serait-il pas possible d'accepter qu'une adoption étrangère, à condition d'avoir été établie d'une manière régulière, ait au moins les effets qu'elle possède

<sup>211</sup> Voir E. Jayme, *International Adoption in German Law*, document présenté au XIII<sup>ème</sup> Congrès International de Droit Comparé, Montréal 1990, p. 23-24.

<sup>211a</sup> Voir notamment K. Schurig, «Für ein Verfahren zur Anerkennung ausländischer Adoptionen», *Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1973, p. 178 et seq.

<sup>212</sup> Voir en général, E.-M. Hohnertlein, *Internationale Adoption und Kindeswohl*, thèse, Munich 1988.

<sup>213</sup> Voir I. Delupis, *op. cit.* (supra note 179), p. 75-79.

<sup>214</sup> Voir E. Poisson-Drocourt, *loc. cit.* (supra note 204), p. 697.

<sup>215</sup> D'après l'article 78:

«1. Les adoptions intervenues à l'étranger sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été prononcées dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants.

2. Les adoptions ou les institutions semblables du droit étranger qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse ne sont reconnues en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'Etat dans lequel elles ont été prononcées.»

<sup>216</sup> Pour le Royaume-Uni, voir Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 11<sup>ème</sup> éd., Vol. 2, p. 871-881 (voir également p. 884-889 «Adoptions under the [1965] Hague [Adoption] Convention» qui sont sans grand intérêt pratique, voir *infra* Nos 157-161); pour l'Australie, voir P.E. Nygh, *op. cit.* (supra note 183), p. 384-390; pour le Canada, J. McLeod, *The Conflict of Laws* (Calgary 1983), p. 751-756.

<sup>217</sup> [1965] Ch. 831 (C.A.)

<sup>218</sup> Voir Justitiedepartementet, *Adoptionsfrågor* (Stockholm 1989), résumé en anglais, p. 280.

<sup>219</sup> Voir J. M. Bischoff et A. Rieg (éd.), *op. cit.* (supra note 150), p. 713.

country or had a habitual residence there.<sup>211</sup> There is considerable uncertainty concerning the effects of a foreign adoption in the Federal Republic of Germany, particularly in the case of simple adoptions. Many authors have advocated a special recognition procedure for foreign adoptions in Germany, but so far no such procedure has been introduced.<sup>211a</sup> As a result, Germans having adopted a child abroad are usually advised to apply for a second adoption in the Federal Republic.<sup>212</sup>

French private international law applies not only a jurisdictional test – a foreign court must have based its jurisdiction on a ground which is internationally acceptable from the French point of view – but it also requires that the foreign court must have applied a law compatible with the result to which application of French choice of law rules by the French court would have led. Since French law provides for both full and simple adoption the question of substitution<sup>213</sup> is, at least theoretically, less of a problem than under German law because a foreign adoption which does not qualify as an *adoption plénière* may nevertheless, sometimes perhaps after a small adaptation, be considered as equivalent to an *adoption simple*. Nevertheless, there remain cases where the effect of a foreign adoption differs considerably from both of the two French types of adoption. In those cases a second adoption in France is again unavoidable.<sup>214</sup>

130 The new Swiss Code on private international law provides an example of a straightforward liberal rule on recognition and an interesting solution to the question of substitution.<sup>215</sup>

The rules for recognition of foreign adoptions in the United Kingdom are liberal and so are generally the laws of other systems belonging to the common law group such as Australia or Canada. Under the British adoption laws a foreign adoption qualifying as an 'overseas' adoption will in principle be recognized and considered to be equivalent with an English or Scottish adoption. The adoption must have been effected in a place which forms part of a country designated by the law, which includes most of the member countries of the Commonwealth (with the exceptions of India and Bangladesh), all Western European countries, Yugoslavia, Greece and the United States of America. If a foreign adoption is not an 'overseas' adoption which will be the case for example with Latin-American adoptions, it can nevertheless be recognized if it complies with the common law rules on recognition.<sup>216</sup> The leading case here is *In re Valentine's settlement*.<sup>217</sup> Lord

<sup>211</sup> See E. Jayme, *International Adoption in German Law*, report presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, pp. 23-24.

<sup>211a</sup> See in particular K. Schurig, 'Für ein Verfahren zur Anerkennung ausländischer Adoptionen', *Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1973, pp. 178 *et seq.*

<sup>212</sup> See, generally, E.-M. Hohnerlein, *Internationale Adoption und Kindeswohl*, thesis, Munich, 1988.

<sup>213</sup> See I. Delupis, *op. cit.* (supra footnote 179), pp. 75-79.

<sup>214</sup> See E. Poisson-Drocourt, *loc. cit.* (supra footnote 204), p. 697.

<sup>215</sup> Article 78 provides:

'1. Foreign adoptions are recognized in Switzerland if they were granted in the country of the adopting person's or adopting spouses' domicile or citizenship.

2. Foreign adoptions or similar measures that have effects substantially different from a parent-child relationship under Swiss law are recognized in Switzerland only with the effects given to them in the country in which they were granted.'

<sup>216</sup> For the UK, see Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, 11th ed., Vol. 2, pp. 871-881 (see also pp. 884-889 for 'Adoptions under the [1965] Hague [Adoption] Convention' which are of little practical significance, see *infra* Nos 157-161); for Australia, see P. E. Nygh *op. cit.* (supra footnote 183), pp. 384-390; for Canada, J. McLeod, *The Conflict of Laws* (Calgary, 1983), pp. 751-756.

<sup>217</sup> [1965] Ch. 831 (C.A.).

Denning, speaking for the majority, held that since adoption creates a new status and since questions affecting status are generally determined by the law of the domicile, a foreign adoption 'in order to be recognized everywhere, must be validly created by the law of the domicile of the adopting parent'. The majority did not without hesitation come to its conclusion because it also saw merit in the view taken by the minority which refused to deny recognition to an adoption order made by a foreign court which had applied reasonable safeguards simply because the adopter was not domiciled in the country of the adoption.

A radical proposal for facilitating the recognition of foreign adoptions was submitted in 1989 by the Swedish Commission on Guardianship. Expressly referring to the UN Declaration, the UN Convention and the Inter-American Adoption Convention, it proposed that 'as a main rule decisions on adoption decreed in the child's country of domicile shall be recognized in Sweden, without any further legalization or reconsideration made [t]here. Irrespective of whether or not adoption is considered as 'strong' or 'weak' ... by the court or other competent authority in the country of domicile, it shall be regarded as full adoption in Sweden'.<sup>218</sup>

131 Reviewing the present position with respect to recognition of foreign adoptions in a number of European countries, Professor Bischoff in 1985 concluded that 'one has the feeling that few countries have really found their way and that in any case the situation is not yet ripe for an attempt towards multilateral unification'.<sup>219</sup> It is difficult not to agree with the first part of this conclusion, but perhaps an effort could be made to improve the present highly confused situation in the framework of a new convention on intercountry adoption. Indeed, such a convention would help to create an atmosphere of mutual trust which should facilitate reaching agreement on some minimum rules on a reciprocal basis for recognition of foreign adoptions.

First of all, as to the criteria for recognition it would seem that there is growing agreement to apply a jurisdictional rather than a choice of law test to the recognition of foreign adoptions. If this test could be applied not only when the foreign adoption is exclusively granted by a court or administrative authority (the hypothesis covered by both the 1965 Hague Adoption Convention and, it would seem, the Inter-American Convention) but also in the case where a contractual adoption is approved by a court, such a rule would cover the great majority of recognition problems. Next comes the question of what connection the adoption should have to the state of the foreign court or authority in order to qualify for recognition. It would seem that at least the four following criteria in principle provide an internationally acceptable link: (1) the nationality of the adopters; (2) the habitual residence of the adopters; (3) the nationality of the child; and (4) the habitual residence of the child. Then comes the question of the effects. Would it not be possible to agree that a foreign adoption, provided it has been established in a regular way, would have at least the effects which it has under the law under which it was

<sup>218</sup> See Justitiedepartementet, *Adoptionsfrågor* (Stockholm, 1989), English summary, p. 280.

<sup>219</sup> See J. M. Bischoff and A. Rieg (eds.) *op. cit.* (supra footnote 150) at p. 713.

en vertu de la loi qui a présidé à sa création<sup>220</sup>? Cela signifierait en pratique que, dans la plupart des cas, les parents adoptifs seraient réputés avoir acquis au minimum l'autorité parentale et la garde de l'enfant et auraient à son égard une obligation de soins et d'entretien. Pour finir, il serait très utile qu'une procédure judiciaire ou administrative soit établie dans les pays participants, qui permette aux parties en cas de doute d'obtenir facilement un jugement déclaratoire portant (ou non) reconnaissance de l'adoption étrangère et en précisant les effets.

#### D Dispositions spéciales, lois en matière d'immigration et de nationalité

##### 1 Dispositions contraignantes spéciales relatives à l'adoption à l'étranger

132 Un nombre toujours plus grand de pays – pays d'origine et pays d'accueil des enfants – ont pris des dispositions législatives spéciales pour essayer de contrôler l'adoption transnationale, afin, d'une part, d'améliorer les chances de succès et, d'autre part, de lutter contre les abus. Les dispositions contraignantes ainsi adoptées l'emportent généralement sur les règles de droit international privé qui leur seraient contraires. Nous examinerons certaines des mesures prises par les principaux pays de provenance des enfants puis celles des pays d'accueil.

###### a Pays d'origine

133 Il est fait en gros appel à deux méthodes. La première consiste à exiger une autorisation spéciale avant que l'enfant ne quitte le pays, ensuite de quoi il est adopté dans le pays d'accueil. Selon l'autre méthode, l'enfant doit être adopté dans le pays d'origine avant de pouvoir en sortir.

###### (i) Adoption dans le pays d'accueil

134 Entrent dans ce groupe plusieurs pays d'Asie: l'Inde, la Corée, le Népal, les Philippines, la Thaïlande, auxquels, récemment, un pays d'Amérique latine, le Chili, est venu s'ajouter. Ces systèmes ont en commun qu'aucune décision judiciaire d'adoption n'est prise, mais en son lieu et place une autorisation ou congé spécial doit être obtenu d'un ministère ou office gouvernemental (Corée, Népal, Philippines, Thaïlande) ou d'un tribunal pour enfants (Inde, Chili). Bien qu'aucune décision d'adoption ne soit rendue, la procédure se rapproche parfois beaucoup de celle qui aboutit à l'adoption, certaines conditions étant imposées en ce qui concerne l'enfant, les futurs adoptants (la Thaïlande, par exemple, n'accepte que les demandeurs mariés qui, au surplus, ne doivent pas avoir plus de deux enfants), la compatibilité du premier et des seconds, etc.<sup>221</sup> L'autorisation de placer l'enfant à l'étranger peut être en principe sans condition (par exemple en Corée et au Chili<sup>222</sup>) ou subordonnée à une période probatoire qui doit

<sup>220</sup> Ceci impliquerait notamment que «l'exception de l'institution inconnue» ne puisse pas être invoquée (article 5 de la Convention interaméricaine sur l'adoption). Cf. Tribunal fédéral (Suisse), 14 avril 1987, *Annuaire suisse de droit international* 1988, p. 463-468, rejetant l'idée que l'ordre public suisse puisse s'opposer à la reconnaissance d'une adoption simple.

<sup>221</sup> On trouve des procédures semblables: en Corée, selon la loi spéciale sur l'adoption de 1976 et ses règlements d'application; au Népal, sommairement, dans la loi sur l'adoption (*Mutki Ain*); aux Philippines, en vertu de la *Réglementation sur l'adoption à l'étranger* promulguée sur la base du *Child and Youth Welfare Code* de 1975; en Thaïlande, dans la *Réglementation ministérielle* de 1980 prise en application de l'article 18 de la Loi de 1979 sur l'adoption des enfants et, au Chili, dans la nouvelle Loi sur l'adoption de 1988.

<sup>222</sup> Toutefois les consuls du Chili dans le pays d'accueil sont chargés de vérifier que l'enfant y est adopté conformément aux lois locales (*Loi sur l'adoption* 1988, article 46).

s'écouler sans incident (Philippines, Thaïlande). D'après la réglementation philippine<sup>223</sup>, la «garde et la responsabilité de l'enfant sont censées être transférées à l'institution de protection de l'enfance officielle» du pays d'accueil, laquelle, au cas où le placement de l'enfant prendrait fin durant la période de probation, a l'obligation de trouver un autre placement dans un délai de trois mois, faute de quoi elle doit renvoyer l'enfant aux Philippines.

L'Inde est un cas particulier. En vertu du *Guardians and Wards Act* de 1890, les futurs parents peuvent se voir confier la garde de l'enfant, mais la loi ne fournit aucun détail sur la procédure de l'adoption par des étrangers. C'est à ce propos que, dans l'arrêt *Laxmi Kant Pandey c. Union indienne*<sup>224</sup>, la Cour suprême de l'Inde a apporté les orientations nécessaires.

L'Inde, les Philippines et la Thaïlande exigent toutes que, tant qu'une décision d'adoption n'a pas été rendue dans le pays d'accueil, des rapports soient adressés à leurs autorités au sujet du sort de l'enfant durant la période de probation qu'elles prévoient. En général la décision d'adoption à l'étranger qui est rendue au terme de la période de probation dans le pays d'accueil doit être notifiée aux autorités du pays d'origine et y être enregistrée.

###### (ii) Adoption dans le pays d'origine

135 Ce système existe en Amérique latine, en Afrique, dans plusieurs pays d'Asie comme Sri Lanka et le Viet Nam, et dans plusieurs pays de l'Europe de l'Est tels que la Pologne, la Roumanie et la Yougoslavie. La procédure locale de l'adoption doit naturellement être suivie, mais en outre des pays de plus en plus nombreux imposent aux adoptants étrangers des conditions supplémentaires.

Pareilles conditions peuvent même, parfois, rendre l'adoption à l'étranger quasiment impossible. C'est le cas, par exemple, de la loi nicaraguayenne sur l'adoption, qui dispose que les futurs adoptants doivent avoir obtenu un permis permanent de résidence et, en outre, être prêts à établir leur résidence dans le pays jusqu'à ce que l'enfant parvienne à la majorité. En Indonésie, les futurs parents adoptifs étrangers doivent avoir été domiciliés et avoir travaillé dans le pays pendant une période minimum de trois ans.

La République de Mauricie, la Roumanie et plusieurs Etats yougoslaves, notamment, prévoient une autorisation spéciale du gouvernement en cas d'adoption par des étrangers. Plusieurs pays (dont le Costa Rica, le Honduras, le Pérou) exigent que les futurs adoptants ou, s'il s'agit d'époux, l'un d'eux au moins, comparaissent en personne devant le tribunal. Certains prescrivent qu'après l'arrivée de l'enfant dans le pays d'accueil des rapports sur ses progrès soient soumis aux autorités du pays d'origine. On peut en donner pour exemple l'Equateur, qui exige de tels rapports cinq années durant après l'adoption<sup>225</sup>, et l'Ethiopie, qui exige un rapport chaque année jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de 18 ans.

135A Certains pays appartenant à ce groupe autorisent l'enfant à quitter le pays avant que l'adoption définitive n'ait été prononcée. La procédure normale dans ce cas est que le tribunal du pays d'origine déclare que l'enfant est orphelin, ou a été abandonné, ou que les parents biologiques ont formellement renoncé à lui; les autorités permettent alors que l'enfant quitte le pays, étant habituellement entendu que l'enfant et les futurs

<sup>223</sup> Article 8(b).

<sup>224</sup> Voir ci-dessus note 79.

<sup>225</sup> Les adoptants ont également l'obligation spécifique d'aviser les autorités de l'Equateur de tout changement de leur résidence durant cette période.

created?<sup>220</sup> In practice this would mean that in most cases adoptive parents would be deemed to have acquired at least parental authority over the child and have a maintenance obligation towards the child. Finally, it would be very helpful if a judicial or administrative procedure were to be established in the participating countries which would enable the parties, in case of doubt, easily to obtain a declaratory judgment to the effect that the foreign adoption is (or is not) recognized and concerning its effects.

#### D *Special provisions, immigration laws, nationality laws*

##### 1 *Special mandatory provisions for intercountry adoption*

132 An increasing number of countries, both countries of origin and receiving countries of children, have taken special legal action in an attempt to exert supervision over intercountry adoption, on the one hand in order to improve the chances of success of such adoption and on the other hand in order to combat abuses. Such mandatory provisions generally are intended to override conflicting rules of private international law. We will first examine some of the measures taken by countries from which mainly children come and next those taken by receiving countries.

##### a *Countries of origin*

133 Broadly speaking, two methods are used. One is that special permission is required for a child to leave the country, following which the child is adopted in the receiving country. According to the other method, a child must be adopted in the country of origin as a prerequisite for his or her leaving the country.

##### (i) *The adoption takes place in the receiving country*

134 This group includes a number of Asian countries: India, Korea, Nepal, the Philippines, Thailand, and, recently, also one Latin-American country, Chile. These systems have in common that no adoption order is made but instead that a special leave is required from a government ministry or office (Korea, Nepal, the Philippines, Thailand) or from a juvenile court (India, Chile). Although no adoption order is made, the procedure may come very close to that leading to an adoption, with conditions being set for the child, for the prospective adopters (Thailand for example accepts only married applicants who in addition may not have more than two children of their own), for matching them, etc.<sup>221</sup> The permission to place the child abroad may be in principle unconditional (for example Korea, Chile)<sup>222</sup> or conditional upon successful completion of a probationary period (the Philippines, Thailand). According to the Philippine Rules and Regulations,<sup>223</sup> the 'custody and

responsibility of the child shall be deemed transferred to the state welfare agency' in the receiving country which, in case the placement of the child is terminated during the probationary period, is under a duty to find another placement within three months, failing which it must send the child back to the Philippines.

India is a case apart. Under the Guardians and Wards Act 1890, the prospective parents may be appointed guardians of the child but the Act does not give any details concerning a procedure for adoption abroad. It is here that the Supreme Court of India in *Laxmi Kant Pandey v. Union of India*<sup>224</sup> provided the necessary guidance.

India, the Philippines and Thailand all require that, until the adoption order is made in the receiving country, reports are sent to their authorities concerning the development of the child during the probationary period which they also require. Generally the foreign adoption order which is given after the probationary period in the receiving country must be notified to the authorities of origin and is registered there.

##### (ii) *The adoption takes place in the country of origin*

135 This system prevails in Latin America, Africa, several Asian countries, such as Sri Lanka and Viet Nam and in several Eastern European countries such as Poland, Romania and Yugoslavia. The local adoption procedure must of course be followed but, in addition, an increasing number of countries have set additional requirements for foreign adopters.

Such requirements may go so far as to make such adoptions almost impossible. This is the case, for example, with the Nicaraguan adoption law which requires prospective adopters to have obtained a permanent residence permit and, in addition, to be prepared to take residence in the country until the child reaches majority. In Indonesia prospective foreign adoptive parents must have been domiciled and worked there for a minimum of three years.

Mauritius, Romania and several states of Yugoslavia, among others, require special government permission for adoption by foreigners. Several countries (for example, Costa Rica, Honduras, Peru) require that the prospective adopters or, in the case of spouses, at least one spouse, appear in person before the court. Some countries require that, after arrival of the child in the receiving country, reports on the child's progress be submitted to the authorities in the country of origin. Examples include Ecuador where this requirement exists for a period of five years after the adoption,<sup>225</sup> and Ethiopia which requires reports every year until the child has reached the age of 18 years.

135A Some countries in this group allow the child to leave the country before the final adoption has been granted. The usual procedure in this case is that the court in the country of origin declares that the child is orphaned or abandoned or duly relinquished by the biological parents; the authorities will then give permission for the child to leave the country, usually in the understanding that the child and the prospective adopters will

<sup>220</sup> This would imply, for example, that the 'exception of the unknown institution may not be invoked' (Article 5 of the Inter-American Adoption Convention). Cf. Tribunal fédéral (Switzerland) 14 April 1987, *Annuaire suisse de droit international* 1988, pp. 463-468 rejecting the claim that a foreign simple adoption should not be recognized in Switzerland as being incompatible with public policy.

<sup>221</sup> Such procedures are found in Korea in the special Adoption Law 1976 with its implementing regulations; in Nepal in a more summary form in the Adoption Law (*Mulki Ain*); in the Philippines in the *Rules and Regulations on Foreign Adoption* promulgated pursuant to the *Child and Youth Welfare Code 1975*; in Thailand, in the Ministerial Regulations of 1980 pursuant to Section 18 of the Child Adoption Act 1979 and in Chile in the new *Adoption Act* of 1988.

<sup>222</sup> However, the Chilean consuls in the receiving country are under instructions to see to it that the child is adopted there in accordance with the local laws (*Adoption Act* 1988, Article 46).

<sup>223</sup> S.8(b).

<sup>224</sup> *Supra* footnote 79.

<sup>225</sup> The adopters are also under a specific obligation to notify the authorities in Ecuador of any change in their residence during this period.

adoptants seront tout d'abord soumis à une période probatoire dans le pays d'accueil, après quoi l'adoption sera officialisée dans le pays d'origine. La difficulté pratique que présente ce système est qu'il est virtuellement impossible aux tribunaux du pays d'origine d'exercer une surveillance durant la période de probation, ni de veiller à ce que les conditions relatives, par exemple, à sa durée, soient effectivement observées. Lesdits tribunaux apprennent parfois avec un certain dépit que l'adoption a été accordée dans le pays d'accueil avant l'expiration du délai qu'ils avaient fixé. Ce système tend d'autre part à faire de l'adoption finale dans le pays d'origine une simple formalité. Cela est particulièrement vrai dans les cas où la nécessité d'une compréhension et d'une coopération internationales plus poussées se fait sentir (voir ci-après No 179).

(iii) *Intervention obligatoire d'institutions agissant comme intermédiaires*

136 Qu'ils suivent l'un ou l'autre des systèmes qui viennent d'être décrits, un nombre croissant de pays exigent que les futurs adoptants résidant à l'étranger présentent leur demande par l'intermédiaire d'institutions agréées par leur gouvernement, ou apportent du moins la preuve que de telles institutions les ont jugés aptes à l'adoption. Parmi ces pays figurent la Colombie, l'Inde, la Corée, les Philippines, Sri Lanka et la Thaïlande. Même lorsque la loi ne prévoit rien de semblable – au Brésil par exemple – les tribunaux et les autorités exigent de plus en plus souvent que la demande soit présentée par l'intermédiaire d'une institution agréée du pays d'accueil ou appuyée par une telle institution. En outre, comme nous l'avons vu plus haut Nos 66-68, plusieurs pays d'origine limitent la possibilité, pour leurs ressortissants, d'agir indépendamment en vue de confier leur enfant à l'adoption et prescrivent l'intervention d'une oeuvre sociale publique ou agréée.

b *Pays d'accueil*

137 Bien que dans les pays d'accueil il existe une tendance à soumettre les adoptions à l'étranger à un certain contrôle gouvernemental, ladite tendance ne s'est pas manifestée partout; de plus les pratiques varient énormément quant à la nature ou au degré du contrôle ou de la surveillance exercé.

(i) *Contrôle gouvernemental des institutions*

138 Dans de nombreux pays d'accueil, une personne ou une entité ne peut placer des mineurs en vue de l'adoption que si elle y est autorisée par le gouvernement. Un permis peut être requis à titre général, que l'institution s'occupe d'adoptions nationales ou transnationales, ou il peut être spécialement exigé dans ce dernier cas. Aux Etats-Unis, par exemple, «tous les états ont une procédure d'agrément des institutions qui s'occupent d'adoption»<sup>226</sup>. Toutefois «les normes auxquelles les institutions doivent satisfaire à cette fin représentent généralement un minimum. Les normes minimum elles-mêmes varient d'un état à l'autre, de même que les mesures destinées à en assurer le respect»<sup>227</sup>. Dans la République fédérale d'Allemagne aussi seules les institutions agréées peuvent placer des enfants dans des fa-

milles adoptives<sup>228</sup>. En cas d'adoption d'enfants en provenance de l'étranger, et si l'adoption doit être prononcée dans la République fédérale, le tribunal a l'obligation de consulter les services de protection de la jeunesse. En Suisse les institutions qui s'occupent de telles adoptions doivent non seulement avoir l'autorisation nationale exigée des oeuvres spécialisées dans l'adoption, mais il leur faut en outre obtenir une autorisation supplémentaire qui leur impose de bien connaître la situation juridique, culturelle et sociale des enfants pour lesquels elles recherchent des familles adoptives; elles doivent être en mesure de conseiller les futurs adoptants jusqu'à ce que l'adoption soit prononcée; l'autorisation n'est valable que pour certains pays d'origine<sup>229</sup>. C'est une chose pour un pays d'accueil que de fixer des normes minimum pour les institutions qui s'occupent d'adoption; obliger à passer par des institutions de ce genre pour l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger en est une autre. Jusqu'ici, néanmoins, rares sont les pays qui prévoient cette dernière obligation (voir ci-après No 140), ce qui veut dire que, dans la plupart des pays d'accueil, les futurs adoptants sont libres de commencer eux-mêmes les démarches ou de s'adresser à une oeuvre, sous réserve des conditions qui peuvent s'appliquer par la suite, en ce qui concerne notamment la nécessité d'une autorisation préalable spéciale donnée par le gouvernement ou par un tribunal. Lorsque cette autorisation préalable n'est pas exigée, par exemple aux Etats-Unis et en Suisse, la liberté d'action des futurs adoptants n'est, du point de vue du pays d'accueil, restreinte que par les lois en matière d'immigration (voir ci-après, Nos 141-145).

(ii) *Autorisation spéciale*

139 Plusieurs pays d'accueil obligent les futurs adoptants à obtenir une autorisation préalable, soit pour n'importe quelle adoption (nationale ou internationale), soit plus particulièrement s'il s'agit d'adopter des enfants en provenance de l'étranger. La France fait partie des premiers. Que l'enfant réside à l'étranger ou en France, un «agrément» préalable doit être obtenu du Président du Conseil général, responsable des services d'aide sociale à l'enfance. Avant de prononcer l'adoption, le tribunal doit s'assurer que l'agrément a été en fait accordé, mais aucune sanction n'est prévue et l'absence d'agrément n'est pas un motif suffisant pour refuser l'adoption. La loi suédoise est plus sévère: alors que toute adoption exige l'assentiment préalable du Comité d'action sociale du lieu de résidence des futurs parents adoptifs, «lorsqu'un enfant étranger est accueilli en vue de l'adoption, l'assentiment doit être donné avant que l'enfant ne quitte son pays natal. Il devient caduc si l'enfant n'est pas arrivé dans le foyer des parents adoptifs dans le délai d'un an»<sup>230</sup>. Avant de donner son assentiment, le Comité d'action sociale procède à une enquête minutieuse sur le foyer d'accueil; en outre, l'assentiment ne peut être accordé que si les demandeurs ont l'intention de s'adresser à un intermédiaire fiable<sup>231</sup>. L'an passé, une loi spéciale relative au placement d'enfants étrangers dans des foyers nourriciers en vue de leur

<sup>226</sup> Voir J. B. Boskay, «Placing Children for Adoption», dans J. H. Hollinger *op. cit.* (ci-dessus note 50), p. 3-18.

<sup>227</sup> Voir W. M. Schur, «Attorney's Role in Private Agency Adoption», dans J. H. Hollinger *op. cit.* (ci-dessus note 50), p. 7-7. Dans certains états (notamment le Texas), un particulier qui satisfait aux normes minimum peut être autorisé à placer des enfants en vue de leur adoption; dans d'autres (exemple le Massachusetts), les particuliers ne peuvent obtenir de permis; dans certains états (dont la Californie), la loi exige que les institutions soient à but non lucratif, dans d'autres (dont la Caroline du Nord), elles ont la faculté de faire des bénéfices.

<sup>228</sup> *Adoptionsvermittlungsgesetz* 1976.

<sup>229</sup> Voir *Ordonnance réglant le placement d'enfants* du 19 octobre 1977, modifiée le 21 décembre 1988, article 6.

<sup>230</sup> *Loi sur les services sociaux*, article 25, paragraphe 2.

<sup>231</sup> *Idem*. Article 25, paragraphe 3. «Le but sous-jacent de la ... loi était d'améliorer le contrôle public des adoptions à l'étranger. Avant l'entrée en vigueur de la loi, la moitié des enfants à peu près arrivait à la suite de contacts privés. En 1984, une disposition a été ajoutée ... obligeant le Comité de protection sociale à obtenir une déclaration de la NIA sur la fiabilité des intermédiaires quand des contacts privés sont utilisés. Cette réforme a fait tomber le nombre des adoptions privées de 70% en 1984 à 10% en 1986». «Ces dernières années, le nombre s'est élevé de nouveau en raison des longues périodes d'attente dans les organismes d'adoption agréés». M. Jänterä-Jareborg, *op. cit.* (note 184 ci-dessus), p. 3 et 4.

first go through a probationary period in the receiving country, following which the adoption is finalized in the country of origin. The practical difficulty with this system is that it is virtually impossible for the court in the country of origin to supervise this probationary period, or to ensure that conditions relating, for example, to the required length of this period are indeed observed. This has in some cases led to frustration with these courts when they learned that an adoption was granted in the receiving country before the expiration of the probationary period as determined by them. Also, this system tends to reduce the final adoption in the country of origin to a pure formality. This is a clear case where there is a need for more international understanding and co-operation (see *infra* No 179).

(iii) *Compulsory intermediary role of agencies*

136 Regardless of which of the two systems illustrated above is followed, an increasing number of these countries require that prospective adopters from abroad submit their application through agencies licensed by their governments, or at least show evidence that such agencies have found them suitable as adoptive parents. Examples include Colombia, India, Korea, the Philippines, Sri Lanka and Thailand. Even where the law does not impose such a requirement – such as in Brazil – the courts and authorities increasingly demand that the application be made through or supported by a licensed agency in the receiving country.

In addition, as we have seen *supra* Nos 66-68, several countries of origin have restricted the possibility for their nationals to give up their children for adoption privately and require the intermediary role of a government or approved social welfare agency.

b *Receiving countries*

137 While there is a trend in receiving countries to submit the intercountry adoption process to some sort of governmental supervision, this trend has not been manifested in all receiving countries and, moreover, their practices vary considerably both with regard to the types of control and the degree of supervision.

(i) *Governmental control over agencies*

138 In many receiving countries a person or entity, in order to place minors for adoption, must be licensed by the government to do so. Compulsory licensing may be general, *i.e.* regardless of whether the agency engages in national or international adoptions, or especially required for intercountry adoption. In the United States, for example, 'every state has some procedure for the licensing of adoption agencies'.<sup>226</sup> However, 'the standards which agencies must meet for licensing purposes are generally minimum standards. The minimum standards themselves differ from state to state, as do the levels of enforcement'.<sup>227</sup> In the Federal Republic of Germany also only authorized adoption agencies may place children in adoptive families.<sup>228</sup> In the case of intercountry adoption, if an adoption order is to be made

in the Federal Republic, the youth welfare authority must be consulted by the court. In Switzerland agencies active in intercountry adoption must not only comply with the general authorization required for adoption agencies but must in addition obtain a supplementary authorization which requires them to have detailed knowledge concerning the legal, cultural and social conditions of the children whom they place in adoption and to be able to counsel the prospective adopters until the adoption order is made; the authorization is only valid in respect of specific countries of origin.<sup>229</sup>

It is one thing for a receiving country to set minimum standards for an adoption agency, it is quite another thing to make the intermediary role of such an agency compulsory for purposes of intercountry adoption. But so far, only a few States have done so (see *infra* No 140), and this means that in most receiving countries prospective adopters have freedom of choice between initiating independent or agency adoptions, subject to further requirements, for example special preliminary permission to be given by the government or a court. Where such preliminary permission is not required, as for example in the United States and Switzerland, the freedom of the prospective adopters is, from the perspective of the receiving country, subject only to immigration laws (see *infra* Nos 141-145).

(ii) *Special authorization*

139 Several receiving countries require prospective adopters to obtain a preliminary authorization either for adoption in general (both nationally and internationally) or specially with a view to intercountry adoption. France provides an example of the first variant. Whether the child resides abroad or in France, a preliminary '*agrément*' is required from the *Président du Conseil général*, the responsible chief of the Department of Social Assistance to Children. The court when making an adoption order must check whether the agreement has in fact been given, but no sanction is provided and lack of permission is not a sufficient ground for refusal of the adoption order. The Swedish law is more severe: whereas all adoptions require the preliminary consent of the social welfare committee in the place of residence of the prospective adoptive parents, 'in the case of a foreign child being received with a view to adoption, consent shall be obtained before the child leaves its native country. This consent shall lapse if the child has not been received into the home within a year of consent being given'.<sup>230</sup> Before the consent is given, the social welfare committee will make a careful home study; in addition, consent can be granted only if the form of mediation which the applicants plan to use is reliable.<sup>231</sup> Last year a special Act concerning the placement of foreign foster children with a view to adoption entered into force in the Nether-

<sup>226</sup> See J. B. Boskay, 'Placing Children for Adoption', in J. H. Hollinger *op. cit.* (*supra* footnote 50), pp. 3-18.

<sup>227</sup> See W. M. Schur, 'Attorney's Role in Private Agency Adoption', in J. H. Hollinger *op. cit.* (*supra* footnote 50), pp. 7-7. In some states (for example Texas), an individual person who meets the minimum standards may be licensed to place children for adoption, in other states (for example Massachusetts), individuals may not be licensed; in some states (for example California) the law requires that agencies must be operated on a non-profit basis, in others (for example North Carolina) they may be operated by entities organized for profit.

<sup>228</sup> *Adoptionsvermittlungsgesetz* 1976.

<sup>229</sup> See *Ordonnance réglant le placement d'enfants* of 19 October 1977, modified 21 December 1988, Article 6.

<sup>230</sup> *Social Services Act*, Section 25, paragraph 2.

<sup>231</sup> *Idem*, Section 25, paragraph 3. 'The underlying purpose of the .... act was to improve public control over intercountry adoptions. Before the act entered into force, approximately half the children arrived through private contacts. In 1984, a provision was added .... obligating the social welfare committee to obtain a statement from NIA on the reliability of the form of mediation, when private contacts are used. This reform brought down the number of private adoptions from 70% in 1984 to 10% in 1986'. 'In the last years, the number has again been rising much due to long waiting periods in the authorized adoption organizations', M. Jänterä-Jareborg *op. cit.* (*supra* footnote 184), pp. 3 and 4.

adoption est entrée en vigueur aux Pays-Bas<sup>232</sup>. Cette loi est venue confirmer la pratique antérieure suivant laquelle le placement d'un enfant étranger aux Pays-Bas n'est permis que sur autorisation écrite du Ministre de la justice, valable trois ans. La loi a également introduit un système d'agrément pour être habilité à s'occuper du placement d'enfants étrangers en vue de leur adoption, et elle astreint les futurs parents adoptifs à suivre un cours spécial sur l'adoption d'enfants étrangers (voir ci-dessus No 74)<sup>233</sup>.

Nous avons déjà vu (ci-dessus No 128) qu'en Italie une autorisation préalable du tribunal est exigée dans tous les cas d'adoption d'enfants en provenance de l'étranger.

### (iii) Interdiction des adoptions indépendantes

140 Malgré une tendance certaine à favoriser les adoptions par l'intermédiaire d'institutions, l'adoption indépendante n'est complètement interdite que dans un petit nombre de pays d'accueil. La Finlande constitue une exception: en vertu de la Loi de 1985 sur l'Adoption toute adoption d'enfant en provenance de l'étranger doit passer par une institution autorisée par le Conseil national de protection sociale. C'est cette institution qui transmet la demande, accompagnée de l'autorisation que les parents doivent obtenir, à son homologue du pays d'origine (qui doit lui aussi avoir été agréé par les autorités finlandaises)<sup>234</sup>.

### c Un nouveau système: les adoptions traitées entre intermédiaires

141 Les exemples qui précèdent illustrent une tendance nette à canaliser les adoptions transnationales par des institutions agréées par l'Etat aussi bien dans le pays d'origine que dans le pays d'accueil: il s'agit d'adoptions traitées entre intermédiaires. La tendance est renforcée par la pratique de nombreuses institutions responsables qui préfèrent avoir affaire, à l'étranger, à un correspondant autorisé et digne de confiance, plutôt qu'à des particuliers ou à des entités non agréées; elle est également encouragée de plus en plus par les gouvernements. En effet les adoptions traitées entre intermédiaires peuvent présenter à plusieurs points de vue des avantages pour les deux pays intéressés. Tout d'abord elles rendent plus aisé le contrôle des tribunaux ou des autorités administratives des deux pays, à qui il appartient d'examiner si les futurs adoptants sont acceptables et si l'enfant peut être placé en vue de l'adoption. Ensuite elles assurent une certaine continuité des soins dispensés tout au long du processus à l'enfant jusqu'à son placement final dans la famille d'adoption du pays d'accueil. Enfin, elles jouent un rôle majeur dans la lutte contre la traite des enfants. Comme nous le verrons de façon plus détaillée ci-après Nos 164-165, dans plusieurs arrangements bilatéraux entre pays d'origine et pays d'accueil, le système a encore été renforcé.

### 2 Lois en matière d'immigration

141A L'application des règles traditionnelles du droit international privé se heurte non seulement aux dispositions contraignantes évoquées plus haut, mais aussi aux

lois d'immigration des pays d'accueil. Bien sûr il n'est pas question de se livrer à un examen approfondi desdites lois dans le présent document, et l'on se bornera à en donner quelques illustrations. Dans certains pays d'accueil les lois en matière d'immigration pèsent d'un très grand poids sur tout le processus de l'adoption à l'étranger, dans d'autres elles jouent un rôle plus modeste.

142 Les Etats-Unis constituent un exemple du premier type de pays. Ce n'est que si les règles fédérales en matière d'immigration ont été respectées et si l'enfant a obtenu un passeport dans son pays d'origine qu'un Consul ou une Ambassade des Etats-Unis à l'étranger accordera un visa; alors seulement l'enfant pourra entrer aux Etats-Unis comme «étranger résident» légal et se verra délivrer une «carte verte». Bien que les fonctionnaires fédéraux ne soient pas habilités à accorder l'adoption il leur appartient de procéder à une enquête administrative pour «s'assurer que: (1) la loi de l'Etat de résidence des parents et la loi du pays étranger ont été respectées; (2) les parents remplissent les conditions requises, d'après notamment les résultats d'une enquête sur leur foyer et (3) l'enfant est un «orphelin» au sens de la loi d'immigration des Etats-Unis...»<sup>235</sup>. «Pour ce faire, les fonctionnaires fédéraux procèdent aux vérifications mêmes que devra effectuer un tribunal d'Etat lors de la procédure d'adoption, mais la seule conséquence nécessaire d'une décision favorable des fonctionnaires fédéraux des services d'immigration est que l'enfant a désormais le droit d'entrer aux Etats-Unis.»<sup>236</sup> Ce système de contrôle des entrées donne aux autorités d'immigration des Etats-Unis un rôle clé dans le processus de l'adoption transnationale. Les Ambassades et Consuls des Etats-Unis à l'étranger prennent une part active à ce processus et exercent en particulier un certain contrôle sur l'abandon des enfants destinés à être adoptés aux Etats-Unis. Ce contrôle s'est révélé utile dans certains cas où les mesures locales prises pour prévenir le trafic d'enfants ne suffisait pas à empêcher qu'un enfant soit placé aux Etats-Unis à des fins d'adoption contre la volonté de ses parents.

143 La France, la République fédérale d'Allemagne et la Suisse fournissent des exemples de pays où les contrôles à l'immigration ne paraissent pas revêtir la même importance dans l'adoption transnationale. Jusqu'à 16 ans les enfants peuvent entrer dans la République fédérale d'Allemagne sans visa; en France un visa est exigé, mais aucune sanction spéciale n'est prévue<sup>237</sup>, de plus «les enfants de moins de 18 ans ne peuvent être déportés de France»<sup>238</sup>.

144 A mesure que dans certains pays les lois d'immigration se font plus restrictives, elles tendent à jouer un rôle plus grand dans le contexte de l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger. Les Pays-Bas en fournissent un exemple, avec la loi récente sur le placement d'enfants nourriciers étrangers (ci-dessus No 139), qui donne nettement la priorité aux «dispositions et aux effets de la loi sur les étrangers en matière d'admission et de résidence»<sup>239</sup>. Les lois sur l'immigration et les lois sur l'adoption ont pourtant des objets différents. Les premières réglementent l'admission des étrangers du point de vue de l'intérêt national; les secondes se soucient

<sup>232</sup> Il existe une traduction anglaise du texte de cette loi intitulé *Placement of Foreign Foster Children Act 1988*.

<sup>233</sup> En outre, la loi prévoit un âge maximum de 41 ans pour les adoptants (à titre exceptionnel l'un des adoptants peut avoir plus de 43 ans mais c'est là un maximum absolu), une différence d'âge maximum de 40 ans et un âge maximum de 5 ans pour l'enfant, sous réserve de la possibilité d'une exemption accordée par écrit par le Ministre de la Justice.

<sup>234</sup> Voir K. Buure-Hägglund, *International Adoption*, document présenté au XIII<sup>ème</sup> Congrès International de Droit Comparé, Montréal 1990. Voir également M. Savolainen, «Finland: More Rights for Children» dans *25 Journal of Family Law* (1986), p. 113-126.

<sup>235</sup> Voir E. Barthelet, «International Adoption: Overview», dans J. H. Hollinger, *op. cit.* (note 50 ci-dessus), p. 10-30.

<sup>236</sup> Voir R. R. Carlson, «Transnational Adoption of Children», dans *23 Tulsa Law Journal* (1988), p. 342.

<sup>237</sup> H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* (note 194 ci-dessus), p. 22.

<sup>238</sup> Voir R. Plender, *International Migration Law*, 2<sup>ème</sup> édition (Dordrecht, etc., 1988), p. 377.

<sup>239</sup> Article 8.

lands.<sup>232</sup> This Act confirmed an earlier practice according to which the placement of a foreign foster child in the Netherlands is permitted only subject to written permission by the Minister of Justice, valid for three years. The Act also introduced a licensing system for mediation in the placement for adoption of foreign children and made it compulsory for prospective adoptive parents to attend a special course on adoption of foreign children (cf. *supra* No 74).<sup>233</sup>

We have already seen (*supra* No 128) that in Italy a preliminary consent by the court is required in all intercountry adoption cases.

### (iii) Prohibition of independent adoptions

140 Despite a trend towards agency adoptions, only few receiving countries have completely outlawed independent adoption. Finland is an exception: under the 1985 Adoption Act all intercountry adoptions must be channelled through agencies which have been authorized by the National Board of Social Welfare. It is the agency which sends the application and the permission which parents must obtain to its counterpart in a country of origin (which also must have been approved by the Finnish authorities).<sup>234</sup>

### c An emerging pattern: agency to agency adoptions

141 The examples given above illustrate a clear trend towards channelling intercountry adoptions through State licensed agencies both in the country of origin and in the receiving country: agency to agency adoptions. The trend is reinforced by the practice of many *bona fide* agencies which prefer to deal with an authorized reliable contact abroad rather than with private individuals or non-licensed entities, but also increasingly by governments. In effect, agency to agency adoptions can be mutually beneficial to both countries involved in several respects. First of all they facilitate supervision by the courts or administrative authorities in either country which have to examine the suitability of the prospective adopters and the eligibility of the child. Secondly they help provide continuity in the care of the child during the entire process culminating in the definitive placement with the adoptive family in the receiving country and, thirdly, their intervention is a major help in reducing trafficking in children. As we shall see in more detail, *infra* Nos 164-165, this pattern has been further developed in a number of bilateral arrangements between countries of origin and receiving countries.

## 2 Immigration laws

141A Not only do the special mandatory provisions referred to in the previous paragraph interfere with traditional private international law rules, so do also immi-

gration laws in receiving countries. An extensive discussion of these laws is, of course, beyond the scope of this paper, and only a few illustrations can be given. In some receiving countries immigration laws dominate the intercountry adoption process, in others they play a more subdued role.

142 The United States offers an example of the first kind. Only if federal immigration requirements have been satisfied, and the child has obtained a passport from his or her country of origin, will the United States Consulate or Embassy abroad provide a visa and only then can the child enter the United States as a legal 'resident alien' and be provided with the 'green card'. Although the federal officials have no authority to grant an adoption, they must make an administrative determination so as 'to ensure that: (1) the law of the parents' state of residence and the law of the foreign country has been satisfied; (2) the parents are suitable as evidenced in particular by domestic home study and (3) the child is 'an orphan' as defined by United States immigration law ...'.<sup>235</sup> In making such determinations, federal officials duplicate determinations that later must be made by a state court in the adoption proceeding, but the only necessary consequence of a favourable decision by federal immigration officials is that the child is eligible to immigrate to the United States.<sup>236</sup> This entry-based system gives the United States immigration authorities a key role in the intercountry adoption process. United States Embassies and Consulates abroad play an active part in this process and in particular exercise some control over the relinquishment abroad of children destined for adoption in the United States. This has helped in some cases where local control over child trafficking was insufficient to prevent a child from being placed in the United States for adoption contrary to the wish of the child's parents.

143 France, the Federal Republic of Germany and Switzerland are examples of countries where immigration control would seem to be less prominent in intercountry adoption. Children up to the age of 16 can enter the Federal Republic of Germany without a visa and in France a visa is required but there is no specific sanction and,<sup>237</sup> moreover, 'children under 18 years of age are immune from deportation from France'.<sup>238</sup>

144 With immigration laws becoming more restrictive in some countries their role tends to become of increasing significance in the context of intercountry adoption. An example is provided by the Netherlands where the recent Placement of Foreign Foster Children Act (*supra* No 139) gives clear priority to 'the provisions of and pursuant to the Aliens Act concerning admission and residence'.<sup>239</sup> However, immigration law and adoption law have different objectives. Immigration laws regulate the admission of aliens from the perspective of the national interest; the laws relating to the adoption of children have the welfare of the child as their prime objec-

<sup>232</sup> Placement of Foreign Foster Children Act 1988.

<sup>233</sup> In addition, the Act sets a maximum age of 41 years for the adopters (exceptionally one of the adopters may be 43 years old but that is an absolute maximum), a maximum age difference of 40 years and a maximum age for the child of 5 years, subject to written exception by the Minister of Justice.

<sup>234</sup> See K. Buure-Hägglund, *International Adoption*, paper presented to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal, 1990. See also M. Savolainen, 'Finland: More Rights for Children', in *25 Journal of Family Law* (1986), pp. 113-126.

<sup>235</sup> See E. Bartholet, 'International Adoption: Overview', in J.H. Hollinger, *op. cit.* (*supra* footnote 50), pp. 10-30.

<sup>236</sup> See R. R. Carlson, 'Transnational Adoption of Children', in *23 Tulsa Law Journal* (1988), p. 342.

<sup>237</sup> H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* (*supra* footnote 194), p. 22.

<sup>238</sup> See R. Plender, *International Migration Law*, Second Edition (Dordrecht etc., 1988), p. 377.

<sup>239</sup> Article 8.

avant tout du bien-être de l'enfant. Il peut donc arriver que, bien que les autorités compétentes en matière d'immigration (et même, éventuellement, un tribunal administratif statuant en appel) rejettent une demande tendant à ce qu'un enfant reste dans le pays, les tribunaux rendent une décision d'adoption ou reconnaissent une décision étrangère<sup>240</sup>.

145 Un facteur d'une importance croissante, et qui contredit la tendance à rendre encore plus restrictifs les contrôles à l'immigration, est l'influence de plus en plus forte du droit international et en particulier des droits de l'homme dans ce domaine. Le refus d'autoriser l'entrée d'un enfant valablement adopté à l'étranger, par exemple, peut fort bien constituer un manquement au droit de respecter la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En se fondant sur cette disposition, la Cour suprême des Pays-Bas a récemment ordonné au Gouvernement néerlandais de ne pas expulser un enfant turc qui avait été valablement adopté en Turquie et qui vivait depuis un certain temps avec ses parents adoptifs aux Pays-Bas<sup>241</sup>.

La Déclaration des Nations Unies énonce également en termes généraux que, dans une adoption à l'étranger, «il devrait également être établi que l'enfant pourra émigrer et immigrer pour rejoindre ses futurs parents adoptifs...» (article 22). Il est clair que cette disposition s'adresse aussi bien au pays d'origine qu'au pays d'accueil.

### 3 Lois en matière de nationalité

146 Une question revêt une grande importance pour le bien-être des enfants: celle de savoir si l'adoption à l'étranger se traduira par la perte de la nationalité d'origine et, corrélativement, par l'acquisition de la nationalité du pays d'accueil. Une étude comparative récente des lois de 175 pays au sujet des effets de l'adoption sur la nationalité conclut qu'on ne perçoit guère de tendance à une plus grande uniformité dans ce domaine<sup>242</sup>. Rares sont les pays qui abordent expressément la question de la perte de la nationalité à la suite de l'adoption par un étranger. En l'absence d'une disposition spécifique, on ne peut que conclure au maintien de la nationalité<sup>243</sup>. Certains pays (dont la Grèce) prévoient une procédure pour renoncer à celle-ci. Divers Etats spécifient que l'adoption dans un pays étranger entraîne automatiquement la perte de la nationalité (par exemple la Corée).

147 Contrairement à ce qui se passe pour la perte de la nationalité, son acquisition fait l'objet de dispositions expresses dans la plupart des systèmes. Dans les cas assez rares où la loi reste muette (par exemple en Israël et en Autriche), il faut en conclure que l'adoption n'a pas pour résultat de conférer la nationalité à l'enfant<sup>244</sup>. La plupart des pays excluent expressément ou implicitement ce résultat, mais la tendance est cependant d'accorder au moins un certain effet à l'adoption. Cela peut aller d'une procédure de naturalisation plus souple (par exemple aux Etats-Unis) à l'acquisition facultative de la nationalité (en France, en cas d'adoption simple) ou à son acquisition automatique. Ce dernier mécanisme, dans lequel l'adoption a les plus fortes répercussions sur la nationalité, gagne de plus en plus du terrain; il a été introduit dans la plupart des pays d'Europe et d'Afrique, mais demeure très rare en Asie et en Amérique. Certains systèmes étendent l'acquisition automatique de la nationalité à la reconnaissance de l'adoption d'un enfant étranger par leurs ressortissants<sup>245</sup>.

148 On a critiqué l'acquisition automatique de la nationalité par adoption au motif que la décision est alors entre les mains des tribunaux ou des autorités administratives qui prononcent l'adoption et non dans celles des autorités compétentes en matière d'acquisition de la nationalité. En revanche, dans la plupart des pays, la nationalité est encore d'une importance telle, par les avantages qui en découlent d'après la loi, que refuser à l'enfant le droit d'acquiescer la nationalité irait à l'encontre du but même de l'adoption (au moins de l'adoption plénière). C'est probablement pourquoi la plupart des Etats parties à la Convention européenne sont allés au-delà de l'obligation énoncée à l'article 11 de cet instrument, qui prévoit seulement une procédure de naturalisation plus souple, et se sont prononcés pour l'acquisition automatique de la nationalité.

149 Outre la Convention européenne sur l'adoption une autre convention multilatérale contient des dispositions relatives à l'effet de l'adoption sur la nationalité: l'article 17 de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930<sup>246</sup>, dispose:

«Si la loi d'un Etat admet la perte de la nationalité par suite d'adoption, cette perte sera toutefois subordonnée à l'acquisition par l'adopté de la nationalité de l'adoptant, conformément à la loi de l'Etat dont celui-ci est ressortissant et relative aux effets de l'adoption sur la nationalité.»

La Déclaration des Nations Unies prévoit à l'article 8:

«L'enfant doit à tout moment avoir ... une nationalité ... L'enfant ne doit pas, du fait d'un placement familial, d'une adoption ou de tout autre régime, être privé ... de sa nationalité, ... à moins qu'il n'acquière par là même ... une nouvelle nationalité ...»<sup>247</sup>.

<sup>240</sup> Ainsi que la *Court of Appeals* britannique l'a dit récemment: «Il est clair que le tribunal doit attacher beaucoup de poids à la 'décision d'immigration' et en particulier aux considérations d'ordre public et, s'il y a lieu, de sécurité nationale. Il doit être sur ses gardes contre la possibilité d'abus; mais le simple fait que la nationalité ou la citoyenneté s'ensuivrait n'est pas décisif. Le tribunal doit voir dans le bien-être [de l'enfant] la première considération, l'emportant sur tout autre facteur mais non pas sur l'ensemble des facteurs. Si le tribunal considère, sur la base des éléments qui lui sont soumis, que le motif véritable de la demande est le désir d'obtenir la nationalité et le droit de séjour, plutôt que le bien-être général du mineur, alors il ne doit pas prononcer l'adoption. Si, d'un autre côté, une partie du motif - à tout le moins - est de tirer les véritables avantages émotionnels ou psychologiques, sociaux et juridiques ... de l'adoption, alors une décision d'adoption peut se justifier, bien qu'elle ait pour effet de contredire une décision des autorités d'immigration ou même une règle de l'immigration. Dans chaque affaire il s'agit de mettre en balance le bien-être de l'enfant et l'ordre public, et plus les implications de l'aspect ordre public sont vastes, moins il convient d'attacher de poids au bien-être de l'individu en cause.» *Court of Appeals in Re W. (a Minor) (Adoption non-parial)* [1986], FAM.54, 59 citant et confirmant la décision du tribunal inférieur. Cité par P. R. Beaumont, *op.cit.* (supra note 182), p. 22-23, qui fait l'observation suivante: «Le bien-être de l'enfant n'aura pas le même poids si l'enfant est presque adulte. L'implication est que le principe du bien-être ne doit intervenir pour protéger l'intérêt de l'adopté que si celui-ci ou celle-ci est encore un enfant».

<sup>241</sup> *Hoge Raad*, 12 décembre 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* 1988, 188 (note E. A. Alkema).

<sup>242</sup> Voir H. Hecker, «Einfluss der Adoption auf die Staatsangehörigkeit», dans *6 Das Ständesamt* (1985), p. 153-163.

<sup>243</sup> *Ibid* p.160.

<sup>244</sup> *Ibid* p.154.

<sup>245</sup> Par exemple, la France, voir E. Poisson-Drocourt, *loc.cit.* (ci-dessus note 204), p. 701-703.

<sup>246</sup> Les Etats suivants sont liés par cette Convention: Australie, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Inde (incertain), Kiribati, Lesotho, Malte, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pakistan, Pologne, Royaume-Uni, Suède, Swaziland.

<sup>247</sup> Voir aussi Institut de droit international, Recommandation du 14 septembre 1973: «Les autorités compétentes de chaque Etat doivent mettre au point des règles, des procédures et des pratiques conduisant à l'octroi rapide au mineur adopté de la nationalité de son ou de ses adoptants.» L'Institut a estimé «qu'une différence de nationalité entre l'adopté et le ou les adoptants peut constituer un obstacle à l'unité au sein de la famille adoptive», voir *55 Annuaire de l'Institut de droit international*, Session du Centenaire (Rome 1973), p. 800.

tive. Situations can therefore arise where, though the immigration authorities (and possibly even an administrative tribunal in appeal) reject an application for a child to remain in the country, the courts grant an adoption order or recognize a foreign order.<sup>240</sup>

145 A factor of growing importance, and one which contradicts the trend towards greater restrictionism in immigration control, is the increasing penetration of international law in this field and, in particular, the growing impact of human rights law. A refusal to allow entry of a child validly adopted abroad, for example, may well constitute under certain circumstances an infringement of the right to respect for family life as guaranteed by Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Basing its judgment on this provision, the Supreme Court of the Netherlands recently ordered the Dutch Government not to expel a Turkish child who had been validly adopted in Turkey and who had lived for some time with his adoptive parents in the Netherlands.<sup>241</sup>

The UN Declaration in general terms requires that in intercountry adoption 'it must also be established that the child will be able to migrate and to join the prospective adoptive parents ...' (Article 22). Obviously this provision is addressed both to the country of origin and to the receiving country.

### 3 Nationality laws

146 A question of great significance to the welfare of children is whether the intercountry adoption results in loss of the original nationality of the child and/or acquisition of the nationality of the receiving country. A recent comparative study of the laws of 175 countries concerning the impact of adoption on nationality concludes that it is hardly possible to note a trend towards greater uniformity in this field.<sup>242</sup> Few countries have expressly regulated the question of loss of nationality as a result of adoption by a foreigner. In the absence of an express rule, the conclusion must be that no loss of nationality occurs.<sup>243</sup> Some countries have a procedure for dismissal of nationality (for example Greece). A number of States provide that adoption abroad automatically leads to loss of nationality (for example Korea).

147 In contrast to the question of loss of nationality, acquisition of nationality is dealt with expressly in most systems. In the few cases where the law is silent (for example Israel, Austria) one must conclude that adoption does not have the effect of conferring nationality upon the child.<sup>244</sup> The majority of countries exclude such effect expressly or by implication, the trend is, however, towards providing for at least some effect. This may range from a facilitated naturalization procedure (for example the United States) to optional acquisition of nationality (for example France in the case of simple adoption) and automatic acquisition of nationality. The latter mechanism, which gives the strongest nationality effect to adoption, is of growing significance and has been introduced in most of Europe and Africa but is more rare in Asia and America. Some systems extend the effect of automatic acquisition of nationality to the recognition of an adoption of a child by their nationals completed abroad.<sup>245</sup>

148 Automatic acquisition of nationality as a result of adoption has been criticized because it means that the decision is left in the hands of the courts (or administrative authorities) who pronounce the adoption and not in those of the authorities responsible for the acquisition of nationality. On the other hand in most countries nationality is still of such importance in terms of the benefits attached to it by the law, that not giving the child the right to acquire nationality would contradict the very idea of (at least: full) adoption. This is probably the reason why most States Parties to the European Convention went beyond the obligation laid down in Article 11 of that Convention which only requires a facilitated naturalization process, and have provided for automatic acquisition of nationality.

149 In addition to the European Adoption Convention one other multilateral convention includes a rule on the effect of adoption on nationality: Article 17 of the Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, signed at The Hague 12 April 1930<sup>246</sup> provides:

'If the law of a State recognises that its nationality may be lost as the result of adoption, this loss shall be conditional upon the acquisition by the person adopted of the nationality of the person by whom he is adopted, under the law of the State of which the latter is a national relating to the effect of adoption upon nationality.'

The UN Declaration in Article 8 provides:

'The child should at all times have ... a nationality ... The child should not, as a result of foster placement, adoption or any alternative regime, be deprived of his or her ... nationality, ... unless the child thereby acquires a new ... nationality ...'<sup>247</sup>

<sup>240</sup> As the British Court of Appeals has recently held: 'Clearly, [the court] must pay great regard to the "immigration decision" and in particular considerations of public policy and, where relevant, national security. It must be on its guard against the possibility of abuse; but the mere fact that nationality or patriality would result is not conclusive. It must treat welfare as the first consideration, outweighing any other factor but not all factors. If the court considers on the evidence and information before it that the true motive of the application is based upon the desire to achieve nationality and the right of abode rather than the general welfare of the minor, then an adoption order should not be made. If, on the other hand, part of the motive - or it may be at least as much - is to achieve real emotional or psychological, social and legal benefit ... of adoption, then an adoption order may be proper, notwithstanding that this has the effect of overriding an immigration decision or even an immigration rule. In every case it is a matter of balancing welfare against public policy, and the wider the implications of the public policy aspect, the less weight may be attached to the aspect of the welfare of the particular individual.' The Court of Appeals in *Re W. (a Minor) (Adoption non-patrial)* [1986], FAM.54, 59 quoting from and confirming the lower court's decision. Cited in P. R. Beaumont, *op. cit.* (supra footnote 182), pp. 22-23, who comments 'the welfare of the child will carry less weight if the child is nearly an adult. The implication is that the welfare principle is only relevant to protect the adopted person's interest while he or she is still a child'.

<sup>241</sup> Hoge Raad, 12 December 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* 1988, 188 (note E. A. Alkema).

<sup>242</sup> See H. Hecker, 'Einfluss der Adoption auf die Staatsangehörigkeit', in 6 *Das Standesamt* (1985), pp. 153-163.

<sup>243</sup> *Ibid.* p. 160.

<sup>244</sup> *Ibid.* p. 154.

<sup>245</sup> For example, France, see E. Poisson-Drocourt *loc. cit.* (supra footnote 204), pp. 701-703.

<sup>246</sup> The following States are Parties to this Convention: Australia, Belgium, Brazil, Canada, China, India (uncertain), Kiribati, Lesotho, Malta, Monaco, Netherlands, Norway, Pakistan, Poland, Sweden, Swaziland and the United Kingdom.

<sup>247</sup> Cf. also Institute of International Law, Recommendation of 14 September 1973: 'The competent authorities of each State should develop rules, procedures and practices leading to the prompt extension to an adopted minor of the nationality of his, or her, adopter or adopters.' The Institute felt 'that a difference in nationality between the adopted person and the adopter or adopters may be an obstacle to unity within the adoptive family', see at 55 *Annuaire de l'Institut de droit international, Session du Centenaire* (Rome, 1973), p. 800.

150 Deux faits majeurs caractérisent l'évolution suivie par les instruments juridiques internationaux qui traitent de l'adoption d'enfants: 1) le bien-être des enfants est une considération qui joue un rôle de plus en plus grand dans l'élaboration des règles relatives à l'adoption internationale et 2) les critères de fond et les procédures de coopération internationale entre tribunaux et autorités de chaque pays revêtent une importance croissante. Cette évolution s'est manifestée dans les conventions unifiant le droit international privé (A); dans les conventions unifiant le droit matériel et les procédures (B) et, pour finir, dans la récente Déclaration des Nations Unies sur l'adoption et le placement familial et dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant (C)<sup>248</sup>.

#### A Conventions de droit international privé

##### 1 Conventions ne portant pas spécifiquement sur l'adoption d'enfants

###### a Les premières conventions interaméricaines de droit international privé

###### (i) Le Code Bustamante de 1928

151 Bien que le Quatrième Congrès Pan-Américain de l'Enfant, tenu en 1924, ait déjà encouragé les Etats participants à inclure le principe de la protection de l'enfant dans les lois nationales en matière d'adoption, cette idée n'est pas reprise dans le Code Bustamante signé le 13 février 1928 à La Havane<sup>249</sup>. La Convention utilise plutôt des techniques traditionnelles de droit international privé, même dans le cas d'adoptions internationales. Dans le système du Code Bustamante la compétence est fondée sur la prorogation (article 318 et s.) et, comme autre possibilité, sur le domicile du demandeur (article 330). Pour ce qui est de la loi applicable, la Convention distingue entre les conditions et les effets de l'adoption. S'agissant des premières, elle applique de façon distributive la loi personnelle, la loi des adoptants et celle de l'adopté (article 73); on ignore cependant si c'est la loi nationale ou la loi du domicile qui est visée (article 7). Touchant les effets, la loi personnelle de l'enfant adoptif régit la question de son nom et des droits et obligations envers la famille d'origine; la loi personnelle du défunt s'applique aux effets successoraux de l'adoption. Des doutes subsistent néanmoins au sujet du régime de la loi applicable en ce qui concerne les rapports de l'enfant avec la famille adoptive et sa situation à l'intérieur de celle-ci.

###### (ii) Le Traité de Montevideo de 1940

152 Les dispositions relatives à l'adoption du *Traité de droit international privé* signé à Montevideo le 19 mars 1940<sup>250</sup> sont tout aussi peu orientées vers le bien-être de l'enfant. Par comparaison avec le Code Bustamante la Convention précise ce qu'on entend par la loi personnelle: il s'agit de la loi du domicile des parties. Au sujet des conditions de l'adoption, elle substitue au système

distributif du Code un système cumulatif de lois applicables (article 23), qui rend naturellement l'adoption internationale plus malaisée, puisque la loi la plus sévère l'emportera. La Convention étend ce système cumulatif aux effets de l'adoption, ce qui peut conduire au résultat contradictoire que – contrairement à ce qui est le cas pour les conditions – la loi la moins protectrice l'emporte. De plus, la portée de la loi applicable aux effets de l'adoption reste incertaine.

153 Il convient de souligner que ces deux Conventions ont été élaborées à une époque où l'adoption plénière n'existait pas encore en Amérique latine: les dispositions relatives à l'adoption ont été rédigées en vue de l'adoption simple. Rien n'y est prévu au sujet de la coopération internationale dans le cas d'adoptions d'enfants en provenance de l'étranger.

#### b La Convention nordique de 1931

154 A la différence des Conventions interaméricaines, la *Convention nordique, contenant certaines dispositions de droit international privé sur le mariage, l'adoption et la tutelle* et qui a été signée à Stockholm le 6 février 1931 (et révisée dans la même ville le 26 mars 1953)<sup>251</sup> fait référence au bien-être de l'enfant. Après avoir spécifié que la compétence en matière d'adoption internationale est dévolue aux autorités du pays du domicile de l'adoptant (article 11), elle prévoit que les autorités appliqueront leur propre loi; toutefois, en cas d'adoption d'un enfant résidant dans l'un des autres Etats nordiques et en possédant aussi la nationalité, l'adoption n'est prononcée qu'après consultation des services de protection de l'enfance de l'Etat national de l'enfant (article 12). La Convention est très libérale en matière de reconnaissance des décisions d'adoption étrangères: les décisions rendues conformément aux dispositions de la Convention dans un Etat contractant doivent être reconnues dans tous les autres Etats contractants; la révision au fond est exclue (article 22). La Convention ne dit cependant rien de la loi applicable aux effets de l'adoption ni de la reconnaissance des effets d'une adoption étrangère.

#### c Conventions bilatérales

155 Il existe en Europe orientale tout un réseau de conventions de droit international privé qui prévoient des dispositions essentiellement uniformes en matière d'adoption<sup>252</sup>. La compétence appartient aux tribunaux nationaux des adoptants, lesquels appliquent leurs propres lois. Sur la question du consentement de l'enfant et de sa famille, la loi nationale de l'enfant doit s'appliquer cumulativement avec la *lex fori* (cf. *supra* No 123). Bien que ces conventions ne traitent pas spécifiquement de la question des effets de l'adoption, l'opinion dominante est que cette question est également régie par la loi nationale des adoptants. Toutes ces conventions exigent généralement le consentement des organisations de protection de l'enfance du pays d'origine; plusieurs prescrivent expressément le consentement des autorités de ce pays pour les adoptions à l'étranger.

<sup>248</sup> Voir pour une discussion détaillée E. M. Hohnerlein *op. cit.* (note 212 ci-dessus), chapitres 9-11.

<sup>249</sup> Les Etats suivants sont Parties à cette Convention: Bolivie, Brésil, Costa Rica, Cuba, Chili, République Dominicaine, Equateur, El Salvador, Guatemala, Haïti, Honduras, Nicaragua, Panama, Pérou, Venezuela.

<sup>250</sup> Les Etats suivants sont Parties à cette Convention: Argentine, Paraguay, Uruguay.

<sup>251</sup> Les Etats suivants sont Parties à cette Convention: Danemark, Finlande, Islande, Norvège, Suède.

<sup>252</sup> Voir M. Sośniak, «Les Conventions conclues entre les pays socialistes sur le droit civil international et le droit international de la famille» dans *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1975, vol. I, p. 3-76.

150 Two major developments characterize the development of international legal instruments dealing with adoption of children: (1) a growing influence of concern for the welfare of children in the formation of rules for international adoption and (2) an increasing significance of substantive criteria and of procedures for international co-operation among domestic courts and authorities. This development has been manifested in conventions unifying private international law (A); in conventions unifying substantive law and procedures (B) and, finally, in the recent UN Declaration on Adoption and Foster Placement and the UN Convention on the Rights of the Child (C).<sup>248</sup>

#### A Private international law conventions

##### 1 Conventions not specifically dealing with adoption of children

###### a The early Inter-American conventions on private international law

###### (i) The Código Bustamante of 1928

151 Although the Fourth Pan-American Congress on the Child of 1924 had already encouraged the participating States to include the child welfare principle in national adoption laws, this idea was not reflected in the *Código Bustamante*, signed on 13 February 1928 in Havana.<sup>249</sup> The Convention rather utilizes traditional private international law techniques also in respect of international adoptions. In the system of the *Código Bustamante* jurisdiction is based on prorogation (Article 318 and following) and, alternatively on the applicant's domicile (Article 330). As regards the applicable law, the Convention distinguishes between the conditions and the effects of the adoption. As far as the former are concerned, it applies distributively the personal law of the adopters and that of the adoptee (Article 73); unresolved remains, however, whether the national law or the law of the domicile is meant (Article 7). As far as the effects are concerned, the personal law of the adoptive child governs the question of the child's name and rights and duties towards the original family; the personal law of the deceased applies to the effects of the adoption on inheritance. Unclear, however, remains the applicable law regime concerning the child's relationship to the adoptive family and concerning the status of the child within the adoptive family.

###### (ii) The Convention of Montevideo of 1940

152 The provisions on adoption of the *Convention on international civil law*, first signed on 19 March 1940<sup>250</sup> are just as little oriented towards the welfare of the child. In comparison with the *Código Bustamante* the Convention clarifies what is meant by the personal law: this is the law of the domicile of the parties. Concerning

the conditions for adoption, it substitutes a cumulative system of applicable laws for the distributive system of the *Código* which of course makes international adoption more difficult since the most severe law will prevail (Article 23). The Convention extends this cumulative system to the effects of the adoption, and this may lead to the contradictory result that – in contrast with the position in regard to the conditions – the law offering least protection prevails. Moreover, the scope of the law applicable to the effects of the adoption remains unclear.

153 It should be noted that both of these Conventions were completed at a time when in Latin America full adoption did not yet exist: the rules on adoption were written with simple adoption in mind. There is no provision in either of these Conventions on international co-operation in matters of intercountry adoption.

#### b The Nordic Convention of 1931

154 In contrast to the Inter-American Conventions, the *Nordic Convention containing certain provisions of private international law on marriage, adoption and guardianship*, first signed in Stockholm on 6 February 1931 (as revised on 26 March 1953 in Stockholm)<sup>251</sup> does refer to the welfare of the child. After providing that jurisdiction in matters of international adoption rests with the authorities of the country of the domicile of the adopter (Article 11), it provides that the authorities will apply their own law; however, in the case of adoption of a child, where the child resides in one of the other Nordic States and also has the nationality of that State, the adoption will only be granted after consultation with the child welfare authorities of the national State of the child (Article 12). The Convention includes a very liberal provision on the recognition of foreign adoption decisions: decisions rendered in conformity with the provisions of the Convention in one Contracting State must be recognized in all other Contracting States, and they may not be reviewed as to their substance (Article 22). The Convention does not, however, deal with the law applicable to the effect of adoptions, nor with the recognition of the effect of a foreign adoption.

#### c Bilateral conventions

155 A network of private international law conventions exists in Eastern Europe, which provide essentially uniform provisions concerning adoption. Jurisdiction lies with the national courts of the adopters, which apply their own law.<sup>252</sup> Concerning the question of consent of the child and the child's relatives, the national law of the child is to be applied cumulatively with the *lex fori* (cf. *supra* No 123). Although these conventions do not specifically deal with the question of the effects of the adoption, the prevailing view is that this question is also governed by the national law of the adopters. All of these conventions generally require the consent of the child welfare organizations of the country of origin of the child and several of them expressly require the consent of the authorities of that country for intercountry adoption.

<sup>248</sup> For a detailed discussion see E. M. Höhnlein *op. cit.* (*supra* footnote 212), Chs. 9-11.

<sup>249</sup> The following States are Parties to this Convention: Bolivia, Brazil, Chile, Costa Rica, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru and Venezuela.

<sup>250</sup> The following States are Parties to this Convention: Argentina, Paraguay, Uruguay.

<sup>251</sup> The following States are Parties to this Convention: Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden.

<sup>252</sup> See M. Sośniak, 'Les Conventions conclues entre les pays socialistes sur le droit civil international et le droit international de la famille', in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1975, Vol. I, pp. 3-76.

156 Quelques conventions bilatérales de droit international privé ont été conclues entre des Etats d'Europe orientale et d'Europe occidentale. Entre la France et la Pologne, et la France et la Yougoslavie, il existe par exemple des instruments de ce genre où figurent des dispositions relatives à l'adoption. Par contraste avec les conventions bilatérales d'Europe orientale, dans le système de la Convention bilatérale franco-polonaise, le tribunal du domicile de l'enfant adoptif est compétent en cas d'adoption à l'étranger (article 13). Les tribunaux doivent alors appliquer la loi nationale de l'enfant. Il peut bien entendu en résulter un problème si les critères d'aptitude des parents adoptifs dans l'autre Etat contractant diffèrent de ceux de la loi du for. La Convention franco-yougoslave choisit la compétence alternative des tribunaux des deux pays (article 15) et l'application distributive de leurs lois en matière d'adoption (article 13). Toutefois, comme dans la Convention bilatérale franco-polonaise, aucun mécanisme de coopération entre les oeuvres sociales des deux pays n'est prévu.

## 2 Conventions relatives à l'adoption d'enfants

### a La Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption

157 Après avoir adopté une série de conventions sur les obligations alimentaires des enfants et sur leur protection<sup>253</sup>, la Conférence de La Haye de droit international privé a élaboré à sa Dixième session, en octobre 1964, la *Convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption*<sup>254</sup>. Cet instrument a été signé en premier lieu par le Royaume-Uni le 15 novembre 1965, ratifié par l'Autriche en 1968, par la Suisse en 1973 et finalement par le Royaume-Uni en 1978, ce qui a entraîné son entrée en vigueur le 23 octobre 1978. Aucun autre Etat n'est devenu depuis lors Partie à la Convention ni ne l'a signée.

158 La Convention de La Haye sur l'adoption était la première à traiter spécialement et exclusivement de l'adoption des enfants. L'un de ses objets essentiels était d'assurer dans toute la mesure du possible la protection de ces derniers. A cette fin, le Bureau Permanent avait rédigé un projet de convention où figuraient diverses dispositions de procédure prévoyant une coopération entre les tribunaux et les autorités du pays de résidence habituelle des adoptants et de celui de l'enfant, ainsi que des dispositions matérielles visant à consolider la situation de l'enfant au sein de la famille adoptive. Ce projet s'inspirait des recommandations présentées par le Service Social International (faisant elles-même suite au Rapport de Leysin<sup>255</sup>) qui avait souligné la nécessité d'une coopération internationale. Néanmoins, la Commission spéciale, qui a mis au point l'avant-projet, et la Deuxième commission de la Dixième session, qui a rédigé le texte final, ont adopté une démarche différente. En présence des difficultés légales considérables qui résultaient des grandes divergences des droits internes et du droit international privé des Etats membres, elles ont amputé le projet initial de la plupart de ses dispositions de procédure et de fond. En fait, elles ont estimé que, «en établissant des règles sur la compétence des autorités et la loi applicable, et en instituant la reconnaissance

internationale des adoptions, la Convention assurerait en même temps la protection des intérêts en jeu»<sup>256</sup>.

159 Les caractéristiques essentielles de la Convention peuvent se résumer comme suit:

#### (i) Principes de base

En vertu de la Convention ne peuvent être prononcées que des adoptions conformes à l'intérêt de l'enfant, après enquête approfondie concernant le ou les adoptants, l'enfant et sa famille dans les pays intéressés (article 6, premier alinéa). Un début de système d'assistance mutuelle entre les autorités des différents pays est prévu à l'article 6, deuxième et troisième alinéas, et à l'article 9.

#### (ii) Portée

La Convention ne s'applique qu'aux adoptions d'enfants non mariés âgés de moins de 18 ans et non aux adultes ni aux personnes mariées (article premier). Elle ne concerne que les décisions judiciaires prononçant l'adoption, et non les formes d'adoption purement contractuelles, mais ce que l'on entend par «adoption» au sens de la Convention n'est pas défini.

La Convention ne vise que les adoptants et les adoptés rattachés à un Etat contractant par leur nationalité et leur résidence habituelle, ce qui, bien entendu, restreint considérablement son champ d'application.

La Convention n'a pas un caractère exclusif, en ce sens que les Etats contractants peuvent prévoir la compétence d'autres autorités que celles retenues par la Convention. Ces autres autorités n'auront pas à respecter les dispositions de la Convention mais les autres Etats contractants ne seront pas obligés à reconnaître les adoptions sur lesquelles elles auront statué (article 2 c).

La Convention ne s'applique pas aux adoptions internes (article 2 b).

#### (iii) Compétence

Seules les autorités du pays de la résidence habituelle ou de la nationalité des adoptants sont habilitées à prononcer l'adoption – et non les autorités du pays de résidence habituelle ou de nationalité de l'enfant (article 3).

#### (iv) Loi applicable

Les autorités compétentes appliquent leur propre loi aux conditions de l'adoption (article 4, premier alinéa, avec toutefois la possibilité d'une exception en faveur de la loi nationale des adoptants, prévue dans le deuxième alinéa du même article, se conjuguant avec l'article 13). Pour ce qui est des consentements et consultations autres que ceux d'un adoptant, de sa famille et de son conjoint, cependant, la loi nationale de l'enfant est applicable (article 5). La Convention ne dit rien de la loi applicable aux effets de l'adoption.

#### (v) Reconnaissance

Toute adoption prononcée par une autorité compétente en vertu de la Convention est reconnue dans les autres Etats contractants. La Convention ne spécifie pas, néanmoins, les effets de cette reconnaissance. Il en va de même (article 8) pour toute décision d'annulation ou de révocation prononcée par une autorité compétente au sens de l'article 7.

<sup>253</sup> Voir les *Conventions de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants et du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*.

<sup>254</sup> Voir Conférence de La Haye, *Actes et documents de la Dixième session*, 1964, tome II, en particulier le Rapport explicatif de M. R. Maul, p. 409-431.

<sup>255</sup> Ci-dessus, note 53.

<sup>256</sup> *Actes et documents de la Dixième session*, 1964, tome II, p. 410.

156 Some bilateral private international law conventions exist between Eastern and Western European States. These, for example, exist between France and Poland and France and Yugoslavia, which also contain provisions on adoption. In contrast to the Eastern European bilateral conventions, in the system of the French-Polish bilateral, the court of the domicile of the adopted child has jurisdiction in matters of international adoption (Article 13). In intercountry adoption situations courts must apply the national law of the child. This of course may lead to a problem if the criteria for the suitability of the adoptive parents in the other Contracting State differ from those of the law of the forum. The French-Yugoslavian Convention opts for alternative jurisdiction of the courts of both countries (Article 15) and for distributive application of adoption laws (Article 13). However, like the Polish-French bilateral Treaty, no mechanism is provided for co-operation of the social welfare agencies of the two countries involved.

## 2 Conventions concerning the adoption of children

### a The Hague Adoption Convention of 1965

157 Completing a series of conventions on maintenance obligations towards children and the protection of children,<sup>253</sup> the Hague Conference on private international law at its Tenth Session in October 1964 drew up the *Convention on jurisdiction, applicable law and recognition of decrees relating to adoption*.<sup>254</sup> It was first signed on 15 November 1965 by the United Kingdom, ratified by Austria in 1968, by Switzerland in 1973 and finally by the United Kingdom in 1978, which brought it into force on 23 October 1978. No other State has since become a Party to, or signed, the Convention.

158 The Hague Adoption Convention was the first convention to deal specifically and exclusively with the adoption of children. Ensuring as far as possible the protection of children was one of the main purposes of the Convention. With this objective in mind, the Permanent Bureau had prepared a draft Convention with a number of procedural provisions providing for co-operation between the courts and authorities of the habitual residence of the adopters and those of the child's habitual residence and also provisions of a substantive character aiming at reinforcing the position of the child within the adoptive family. This draft was inspired by recommendations made by International Social Service (which in turn followed up on the Leysin Report<sup>255</sup>) and which had insisted on the need for international co-operation. However, the Special Commission which prepared the preliminary draft and the Second Commission of the Tenth Session which prepared the final text took a different approach. Faced with considerable legal difficulties resulting from the very different internal and private international laws in the Member States, they excised most of the procedural and substantive provisions from the original draft. In fact, they believed that 'by establishing rules governing the jurisdiction of authorities and of the law to be applied, and by ensuring the international recognition of adoptions, the protec-

tion of the interests involved would be ensured at the same time'.<sup>256</sup>

159 The Convention's main characteristics may be summarized as follows:

#### (i) Basic principles

Under the Convention only those adoptions may be granted which are in the interests of the child and follow thorough enquiries relating to the adopters, the child and his family in the countries concerned (Article 6, paragraph 1). An embryonic system of mutual assistance between authorities in various countries is laid down in Article 6, paragraphs 2 and 3, and Article 9.

#### (ii) Scope

The Convention only applies to adoptions of unmarried children below the age of eighteen, and not to adult or married adoptees (Article 1). It only applies to judicial decrees ordering adoption, not to purely private contractual forms of adoption, but it does not define what is meant by 'adoption' for purposes of the Convention.

The Convention only applies to adopters and adoptees all of whom are connected both by nationality and habitual residence to a Contracting State. This of course considerably restricts the scope of the Convention.

The Convention does not have an exclusive character, *i.e.* the Contracting States may grant jurisdiction to authorities other than those specified in the Convention; those other authorities are not required to comply with the terms of the Convention, but the other Contracting States are not required to recognize adoptions granted by them (Article 2 c).

The Convention does not apply to internal adoptions (Article 2 b).

#### (iii) Jurisdiction

Only the authorities of the country of the habitual residence or nationality of the adopters have power to grant an adoption – not the authorities of the habitual residence or nationality of the child (Article 3).

#### (iv) Applicable law

Those authorities apply their own laws to the conditions for adoption (Article 4, paragraph 1, with the possibility of an exception in favour of the national law of the adopters provided for in the second paragraph of that article, *juncto* Article 13). As regards the consent and consultations other than those with respect to an adopter, his family or spouse, however, the national law of the child will be applied (Article 5). The Convention does not deal with the question of the law applicable to the effects of the adoption.

#### (v) Recognition

Every adoption granted by an authority having jurisdiction under the Convention shall be recognized in the other Contracting States. The Convention does not, however, specify the effects of such recognition. The same goes for any decision annulling or revoking adoption granted by an authority having jurisdiction under Article 7 (Article 8).

<sup>253</sup> See the Hague Conventions of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children; of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions concerning maintenance obligations towards children and of 5 October 1961 concerning the power of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors.

<sup>254</sup> See Conférence de La Haye, *Actes et documents de la Dixième session*, 1964, Tome II, in particular the 'Rapport explicatif' drawn up by R. Maul, pp. 409-431.

<sup>255</sup> *Supra* footnote 53.

<sup>256</sup> *Actes et documents de la Dixième session*, 1964, Tome II, p. 410.

(vi) *Annulation et révocation*

La Convention définit aussi les bases de compétence des autorités habilitées à annuler ou à révoquer une adoption et les motifs d'une telle annulation ou révocation (article 7).

160 Plaçant comme elle le fait l'accent sur le bien-être de l'enfant comme principe essentiel devant régir l'adoption internationale des enfants, la Convention part d'une idée dont l'importance n'a fait que croître. En outre, et comme on l'a vu plus haut, chapitre IV, C, et aussi le No 155, le droit international privé de nombreux pays a tendance à se conformer à l'approche juridictionnelle retenue par la Convention, et se concrétisant par l'application de la *lex fori* aux conditions de l'adoption et par celle de la loi nationale de l'enfant à la question de son consentement et de celui de sa famille. Pourquoi, dans ces conditions, la Convention n'a-t-elle pas été plus largement ratifiée? Cet insuccès peut s'expliquer par différents facteurs. En premier lieu la portée limitée et le caractère non exclusif de la Convention en réduisent singulièrement l'efficacité. En second lieu, les nombreuses réserves permises détruisent l'uniformité qu'il s'agissait de créer. Troisièmement, la Convention ne dit rien des effets de l'adoption<sup>257</sup>.

161 D'une manière générale, la Convention s'arrête à bien des égards à mi-chemin. Il en va de même pour les dispositions sur la communication et la coopération internationales entre autorités et tribunaux des articles 5, 6 et 9, qui restent peu pratiques et fragmentaires. La disposition de l'article 5, par exemple, prévoyant que si, d'après la loi nationale de l'enfant, celui-ci ou un membre de sa famille doit personnellement comparaître devant l'autorité qui statue sur l'adoption, «il y a lieu de procéder, le cas échéant, par voie de commission rogatoire lorsque la personne en question n'a pas de résidence habituelle dans l'Etat de ladite autorité», peut être parfaitement raisonnable pour des systèmes judiciaires développés capables de donner suite à de telles requêtes internationales, mais elle n'a guère de sens dans un pays en développement dont le système judiciaire n'est pas à même de le faire. De plus, que se passe-t-il si la loi nationale de l'enfant interdit l'adoption ou est muette ou encore vague au sujet du consentement de l'enfant et de sa famille? Un problème encore plus fondamental est, semble-t-il, le suivant. Pour que la Convention puisse fonctionner il faut qu'une certaine confiance soit accordée aux tribunaux de l'Etat de la résidence habituelle ou de la nationalité des adoptants, car ce sont eux qui prononceront l'adoption et qui, en principe, et mis à part l'article 5, premier alinéa, appliqueront leur propre loi. Cette confiance peut être considérée comme allant de soi si le pays d'accueil et le pays d'origine sont plus ou moins informés de leurs cultures (juridiques) respectives et si leurs conceptions sont compatibles en matière d'adoption. Mais si l'une de ces conditions – ou les deux – fait défaut, il faudra établir cette relation de confiance, et des efforts supplémentaires de communication et de coopération devront être déployés.

Bien évidemment, des considérations analogues s'appliquent à la confiance que la famille biologique ou les autorités locales du pays d'origine doivent pouvoir inspirer aux adoptants et à la société éloignée où l'enfant

grandira. Même si aucun obstacle pratique ou juridique n'empêche de s'assurer du consentement de l'enfant ou de celui de sa famille, les différences géographiques et culturelles renforcent la nécessité d'une information complète sur les futurs adoptants.

b *La Convention interaméricaine*

162 *La Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d'adoption de mineurs* a été rédigée par la Troisième Conférence interaméricaine spécialisée en droit international privé (CIDIP-III), qui s'est tenue à La Paz, et elle a été signée le 24 mai 1984, voir l'Annexe D. La Convention est entrée en vigueur entre la Colombie et le Mexique. De même que dans la Convention de La Haye sur l'adoption, le bien-être de l'enfant en cas d'adoption internationale était le principal souci des rédacteurs. Par comparaison avec la Convention de La Haye, toutefois, la Convention interaméricaine va plus loin pour traduire cette idée, aussi bien dans ses dispositions de droit international privé que dans des dispositions de fond plus élaborées<sup>258</sup>.

163 Les principales caractéristiques de la Convention peuvent être résumées comme suit:

(i) *Principes de base*

La Convention doit s'interpréter en faveur de la validité de l'adoption et de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 9). Le secret de l'adoption est garanti, mais des renseignements sur l'enfant et les parents biologiques ne permettant pas de les identifier devront être communiqués (article 7). Un système limité d'informations mutuelles entre les autorités de différents pays est mis en place à l'article 8.

(ii) *Portée*

La Convention concerne en principe l'adoption plénière (article premier); toutefois les Etats parties peuvent en étendre l'application aux adoptions simples (article 2). La Convention s'applique quand le domicile de l'adoptant se trouve dans un Etat contractant et la résidence habituelle de l'adopté dans un autre Etat contractant (article premier). Toutefois, un Etat contractant peut étendre l'application de la Convention au cas où les adoptants et l'adopté ont leur résidence habituelle dans son territoire mais où les circonstances de l'espèce indiquent que les adoptants se proposent d'établir leur domicile dans un autre Etat contractant une fois l'adoption prononcée. En d'autres termes il s'agit de situations internes ayant un caractère potentiellement international. Par comparaison avec la Convention de La Haye, la Convention interaméricaine a donc un champ d'application beaucoup plus ample et possède en outre un caractère exclusif, ce qui signifie que sa portée est bien plus large.

(iii) *Compétence*

Contrairement à la solution retenue par la Convention de La Haye, ce sont les autorités de l'Etat de résidence habituelle de l'adopté qui sont compétentes pour prononcer l'adoption (article 15). Il existe une règle de compétence spéciale au sujet des relations entre l'adopté et les adoptants (article 17).

<sup>257</sup> Voir pour une bibliographie des commentaires, Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, 1980, tome I, p. I-284 – I-285; adde E. Scoles et P. Hay *Conflict of Laws* (St. Paul, 1984) p. 546-549.

<sup>258</sup> Voir U. Calvento Solari, «Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores», *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, No 221, 1984, p. 101-104; D. Opertti Badán, *op. cit.* (ci-dessus note 171); G. Parra-Aranguren, «Codification in America with particular reference to the Third Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-III) (La Paz, 1984)» dans *Le droit international à l'heure de sa codification. études en l'honneur de Roberto Ago* (Milan, 1987), p. 227-247 (aux p. 241-245).

(vi) *Annulment and revocation*

The Convention also defines the bases for jurisdiction of the authorities who may annul or revoke an adoption and the grounds for such annulment or revocation (Article 7).

160 With its emphasis on the welfare of the child as a leading principle which should govern the international adoption of children, the Convention reflects an idea which has only become more important over the years. Also, as we have seen *supra* Chapter IV, C, and also No 155, there is a trend in the private international law of many countries to conform to the jurisdictional approach favoured by the Convention, with its application of the *lex fori* to the conditions for the adoption, as well as to accept the application of the child's national law to the question of consent of the child and of the child's relatives. Why, then, has the Convention not been more widely ratified? Several factors may explain this lack of success. First of all, its limited scope and non-exclusive character considerably reduce the effectiveness of the Convention. Secondly, the many reservations it allows detract from the uniformity it attempts to create. Thirdly, the fact that the Convention remains silent on the effects of the adoption limits its appeal.<sup>257</sup>

161 Generally, the Convention in many respects goes only half way. This is also true for the provisions on international communication and co-operation among authorities and courts of Articles 5, 6 and 9 which remain impractical and embryonic. The provision of Article 5, for example, that if according to the national law of the child, that child or his biological parents must appear in person before the authority granting the adoption, 'the authority shall, if the person concerned is not habitually resident in the State of that authority, proceed, where appropriate, by means of a *commission rogatoire*' may be perfectly reasonable among developed judicial systems capable of dealing with such international requests, but it makes little sense for a developing country with a judicial system which is not adapted to executing such requests. Moreover, what if the national law of the child prohibits adoption, or is silent or unclear in respect of the consent of the child or his relatives? A more fundamental problem, it would seem, is this. The Convention depends for its operation on a certain amount of confidence being given to the courts in the State of the habitual residence or nationality of the adopters because they are the courts which will grant the adoption and which will, in principle and apart from Article 5 (1), apply their own laws. This confidence may be assumed if the receiving country and the country of origin more or less know each other's (legal) cultures and if both have compatible concepts of adoption. But if one or both of these conditions are lacking, this confidence will have to be built up and additional efforts of communication and co-operation will be necessary.

Obviously, similar considerations apply to the confidence which the biological family or local authorities in the country of origin need to be able to give to the adopters and to the society, far away, where the child

will grow up. Even if no practical or legal obstacles stand in the way of ascertaining the child's consent or that of his or her relatives, the geographical and cultural differences deepen the need for full information on the prospective adopters.

b *The Inter-American Convention*

162 *The Inter-American Convention on conflict of laws concerning the adoption of minors* was drawn up by the Third Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-III) in La Paz and was first signed on 24 May 1984 (see Annex D). The Convention has entered into force for Colombia and Mexico. Like the Hague Adoption Convention, the welfare of the child in international adoption was the main concern of the drafters. In comparison with the Hague Convention, however, the Inter-American Convention goes further in translating this idea both in its provisions on private international law and in more elaborate substantive provisions.<sup>258</sup>

163 The Convention's main characteristics may be summarized as follows:

(i) *Basic principles*

The Convention shall be interpreted in favour of the validity of the adoption and the best interests of the child (Article 9). The secrecy of the adoption shall be guaranteed, but non-identifying information on the child and the biological parents shall be communicated (Article 7). A limited system of mutual information between authorities in different countries is laid down in Article 8.

(ii) *Scope*

The Convention in principle deals with full adoption (Article 1), however the States Parties may extend its application to simple adoptions (Article 2). The Convention applies when the domicile of the adopter is in one Contracting State and the habitual residence of the adoptee in another Contracting State (Article 1). However, a Contracting State may extend its application to a situation where both adopters and adoptee have their habitual residence within its territory but the circumstances of a given case indicate that the adopters plan to establish their domicile in another Contracting State after the adoption has been granted; in other words internal cases with a potentially international character. In comparison with the Hague Convention, the Inter-American Convention thus has a much wider scope and, moreover, has an exclusive character, all of which means that it has a much broader range than the former Convention.

(iii) *Jurisdiction*

Contrary to the solution of the Hague Convention, it is the authorities of the State of the habitual residence of the adoptee which are competent to grant the adoption (Article 15). There is a special jurisdictional rule concerning the relations between the adoptee and the adopters (Article 17).

<sup>257</sup> For a bibliography of commentaries, see Hague Conference on private international law, *Actes et documents de la Quatorzième session*, 1980, Tome I, pp. I-284-I-285; *addé* E. Scoles and P. Hay, *Conflict of Laws* (St Paul, 1984), pp. 546-549.

<sup>258</sup> See U. Calvento Solari, 'Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores', *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, No 221, 1984, pp. 101-104; D. Operti Badán *op. cit.* (*supra* footnote 171); G. Parra-Aranguren, 'Codification in America with particular reference to the Third Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-III) (La Paz, 1984)', in *International Law at the Time of its Codification*, Essays in honour of Roberto Ago (Milano, 1987), pp. 227-247 (at pp. 241-245).

(iv) *Loi applicable*

Le système distributif de lois applicables (voir les articles 3 et 4, cf. ci-dessus No 123) s'écarte de la proposition de la Commission d'experts, qui avait estimé que l'enfant pouvait être protégé tout aussi bien par un système d'autorisation de départ (du pays) et suggéré d'appliquer la loi des adoptants<sup>259</sup>. Si on la compare avec les Conventions interaméricaines antérieures, la Convention de La Paz offre une protection bien plus complète en ce qui concerne les effets de l'adoption. Les relations entre adoptants et adopté, y compris les obligations alimentaires, et entre l'adopté et la famille des adoptants, sont soumises à la même loi qui régit les relations entre l'adoptant et sa famille légitime (article 9). Diverses dispositions de fond aboutissent à ce que les liens entre l'adopté et la famille d'origine soient considérés comme dissous (article 9), à ce que l'adopté et les adoptants et leur famille aient les mêmes droits successoraux que les membres de la famille légitime (article 11) et à ce que l'adoption soit irrévocable (article 12). Une règle spéciale est prévue pour l'adoption simple (article 10) et pour la conversion d'une adoption simple en adoption plénière (article 13).

(v) *Reconnaissance*

La Convention garantit la reconnaissance automatique d'une adoption prononcée conformément à la Convention (article 5).

(vi) *Annulation et révocation*

Comme on l'a vu, la révocation est exclue (article 12). Une autre disposition de fond garantit que l'annulation ne sera prononcée que par des autorités judiciaires. La loi applicable est la loi en vertu de laquelle l'adoption a été accordée (article 14).

Dans l'ensemble, la Convention interaméricaine sur l'adoption représente un progrès considérable dans la protection des enfants adoptés à l'étranger, grâce en particulier à ses dispositions de fond. Pourtant, comme dans la Convention de La Haye sur l'adoption, les dispositions sur la coopération internationale entre autorités restent fragmentaires et il n'existe aucun système de surveillance des activités des institutions jouant un rôle d'intermédiaire.

La Convention de La Haye et la Convention interaméricaine souffrent l'une et l'autre d'avoir été négociées au sein d'un groupe régional. Les deux instruments renferment néanmoins des dispositions intéressantes, même si elles se contredisent à certains égards, et méritent d'être prises en considération lors de l'élaboration d'un nouvel instrument.

## B *Conventions unifiant le droit matériel et la procédure*

### 1 *La Convention européenne sur l'adoption*

163A *La Convention Européenne en matière d'Adoption des Enfants*, signée le 24 avril 1967, lie à présent 11 des 23 Etats membres du Conseil de l'Europe<sup>260</sup>. Voir l'Annexe E. La Convention prévoit certaines règles minimum en ce qui concerne le droit interne de l'adoption et ne traite qu'exceptionnellement des aspects internationaux. Un examen plus approfondi de ses dispositions

sort donc du cadre du présent Rapport. Il convient cependant de noter qu'en contribuant à l'uniformité des lois internes la Convention a facilité indirectement les adoptions internationales. Ses dispositions de procédure revêtent une importance particulière: l'article 9 sur les enquêtes à effectuer au sujet des adoptants, de l'enfant et de sa famille; l'article 17 sur la période probatoire qui, cependant, est facultative (ceci résulte de l'article 2) et l'obligation de communiquer des renseignements dans les cas internationaux (article 14). On a déjà évoqué plus haut, No 148, la disposition relative aux effets de l'adoption sur la nationalité (article 11).

### 2 *Accords bilatéraux*

164 A partir de la fin des années soixante des accords bilatéraux ont été conclus entre (organisations établies dans) pays d'origine et pays d'accueil afin d'améliorer la coopération et de mieux protéger les enfants adoptés à l'étranger. Le statut juridique de ces arrangements varie. Il peut s'agir d'accords

– entre gouvernements (n'équivalant pas généralement à un traité mais consistant en un «arrangement de travail» ou en un «mémoire d'accord») ou entre des organismes gouvernementaux,

– entre des organisations gouvernementales et non gouvernementales et

– entre des organisations non gouvernementales<sup>261</sup>.

Deux exemples d'accords du premier type sont joints au présent Rapport, l'un entre le Ministère des Services sociaux et du développement des Philippines et les Autorités responsables de l'adoption dans les états et territoires australiens (voir l'Annexe F), et l'autre entre le Gouvernement d'El Salvador et le Gouvernement du Canada (voir l'Annexe G). D'autres exemples d'accords du premier ou du second type comprennent des accords entre les Philippines et la Suède (1975), entre les Pays-Bas et les Philippines (1975), entre l'Equateur et la Suède (1976), entre la Norvège et les Philippines (1982), entre le Centre Metera pour les bébés en Grèce et le Conseil national suédois des adoptions d'enfants en provenance de l'étranger (1983/1985).

A la différence des conventions sur le droit international privé, ces accords comportent des procédures détaillées de coopération internationale entre autorités. Ils commencent généralement par l'énoncé de principes de fond destinés à régir les adoptions transnationales, qui soulignent le caractère primordial du bien-être et de l'intérêt de l'enfant; ils contiennent des dispositions sur le champ d'application de l'instrument, s'agissant en particulier de l'âge et des catégories d'enfants auxquels il s'applique. Tous ces accords canalisent les adoptions transnationales en prévoyant une procédure pour la présentation des demandes d'adoption; à cette fin ils définissent les responsabilités respectives des autorités compétentes dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil (dans les arrangements conclus par l'Australie des autorités sont compétentes dans chaque état ou territoire australien). Plusieurs soulignent le caractère subsidiaire de l'adoption à l'étranger<sup>262</sup>; l'accord entre la Grèce et la Suède reconnaît à l'autorité grecque compétente le droit de donner la préférence aux «familles d'origine grecque

<sup>259</sup> Tel est, en effet, le système de la loi chilienne sur l'adoption de 1988.

<sup>260</sup> République fédérale d'Allemagne, Autriche, Danemark, Grèce, Islande, Italie, Liechtenstein, Malte, Royaume-Uni, Suède, Suisse.

<sup>261</sup> Voir Conseil de l'Europe, *op.cit.* (ci-dessus note 16).

<sup>262</sup> Cf. l'article 13 de l'Accord entre les Philippines et l'Australie et très clairement l'article 2 des accords conclus entre les Philippines et la Norvège et les Philippines et le Canada: «l'adoption à l'étranger ne sera envisagée que lorsque l'enfant ne peut être adopté aux Philippines».

(iv) *Applicable law*

The distributive system of applicable laws (see Articles 3 and 4, *cf. supra* No 123) departs from the proposal of the Experts' Committee which had taken the view that the child could as well be protected through a system of permission for leaving the country and had suggested application of the law of the adopters.<sup>259</sup> In comparison with the early Inter-American Conventions, the La Paz Convention gives a much fuller protection as regards the effects of the adoption. The relations between adopter and adoptee, including maintenance obligations, and between the adoptee and the family of the adopters are submitted to the same law which governs the relations between the adopter and his legitimate family (Article 9). A number of substantive provisions ensure that ties between the adoptee and the family of origin shall be considered dissolved (Article 9), that the adoptee and the adopters and their family shall have the same rights of succession as those of legitimate family members (Article 11) and that adoption is irrevocable (Article 12). There is a special rule for simple adoption (Article 10) and for conversion of a simple adoption into full adoption (Article 13).

(v) *Recognition*

The Convention guarantees automatic recognition of an adoption granted in conformity with the Convention (Article 5).

(vi) *Annulment and revocation*

As noted, revocation is excluded (Article 12). Another substantive provision guarantees that annulment shall only be decreed by judicial authorities. The governing law is the law under which the adoption was granted (Article 14).

On the whole, the Inter-American Adoption Convention marks a considerable progress protecting children in the context of intercountry adoption, in particular through its substantive provisions. Yet, like in the case of the Hague Adoption Convention, its provisions on international co-operation between authorities remain embryonic and there is no supervision system concerning the activities of intermediary agencies.

Both the Hague Convention and the Inter-American Convention suffer from the fact that they were negotiated among a regional group only. Nevertheless, both instruments contain valuable, even though in some respects conflicting, provisions which deserve to be taken into account in the drawing up of a new instrument.

B *Conventions unifying substantive law and procedure*

1 *The European Adoption Convention*

163A *The European Convention on the Adoption of Children*, signed on 24 April 1967, now binds 11 out of the 23 Member States of the Council of Europe.<sup>260</sup> See Annex E. The Convention provides for certain minimum rules in respect of the internal law of adoption and only exceptionally deals with international aspects. Therefore a closer examination of this Convention falls

<sup>259</sup> This is the system of the Chilean Adoption Law of 1988.

<sup>260</sup> Austria, Denmark, Federal Republic of Germany, Greece, Iceland, Italy, Liechtenstein, Malta, Sweden, Switzerland, United Kingdom.

outside the scope of the Report. Yet it should be noted that by contributing to uniformity of internal laws, the Convention has indirectly facilitated international adoptions. Of particular importance are its procedural provisions: Article 9 on the enquiries to be made concerning the adopters, the child and the child's family; Article 17 concerning the probationary period which, however, is not mandatory (this follows from Article 2) and the obligation to provide information in international cases (Article 14). Its provision on the effect of adoption on nationality (Article 11) has already been referred to *supra* No 148.

2 *Bilateral agreements*

164 Starting in the late 1960s bilateral agreements have been concluded between (organizations of) countries of origin and receiving countries in order to improve co-operation and protection of children adopted abroad. The legal status of these arrangements varies. They may be agreements

- between governments (generally on a less than treaty basis in the form of a 'working arrangement' or 'memorandum of understanding') or between governmental organizations,
- between governmental and non-governmental organizations, and
- between non-governmental organizations.<sup>261</sup>

Two examples of agreements of the first type are attached to this Report, one between the Philippine Ministry of Social Services and Development and the Australian States and Territories Adoption Authorities (see Annex F) and the other between the Government of El Salvador and the Government of Canada (see Annex G). Other examples of agreements of the first or second type include an Agreement between the Philippines and Sweden (1975), between the Netherlands and the Philippines (1975), between Ecuador and Sweden (1976), between Norway and the Philippines (1982), between the Babies Centre Metera in Greece and the Swedish National Board for intercountry adoptions (1983/1985).

In contrast to the conventions on private international law, these Agreements include detailed procedures for international co-operation between authorities. They generally start with a list of substantive principles which will govern intercountry adoptions and which stress the paramountcy of the welfare and interest of the child; they contain provisions on the scope of the instrument, in particular concerning the age and categories of children to which the convention applies. All of these instruments channel intercountry adoption through a procedure for the submission of requests for adoption and for this purpose define the respective responsibilities of a competent authority in the country of origin and in the receiving country (in the arrangements concluded by Australia there are competent authorities for each Australian state and territory). Several of these Agreements stress the subsidiary character of intercountry adoption;<sup>262</sup> the Agreement between Greece and Sweden gives the Greek competent authority the right to give

<sup>261</sup> See Council of Europe *op. cit.* (*supra* footnote 16).

<sup>262</sup> Cf. Article 13 of the Philippine-Australian Agreement and very clearly Article 2 of the agreements concluded between the Philippines and Norway and with Canada: 'foreign adoption shall be considered only when the child cannot be adopted in the Philippines'.

ou spécialement liées à la Grèce qui résident en Suède» (article 4).

165 L'idée d'une procédure en trois étapes est sous-jacente dans tous ces arrangements:

– Les futurs adoptants du pays d'accueil présentent une demande à l'autorité compétente de leur pays. Il appartient à cette autorité de faire procéder à une enquête sur la famille, d'évaluer, d'approuver ou de rejeter les futurs adoptants. Les accords avec les Philippines prévoient que, pour ce qui est de l'âge des demandeurs, les exigences des deux législations doivent s'appliquer concurremment. L'autorité compétente du pays d'accueil doit aussi, en règle générale, confirmer que les postulants n'ont pas de casier judiciaire. Les demandes agréées sont transmises à l'autorité compétente du pays d'origine. Celle-ci a l'obligation de ne retenir comme parents adoptifs que les personnes agréées par l'autorité compétente du pays d'accueil<sup>263</sup>, ou du moins d'aviser celle-ci dans le cas où la demande n'a pas été faite par le biais du canal prévu par l'accord<sup>264</sup>. Les parents adoptifs jugés acceptables par l'autorité compétente du pays d'accueil peuvent être rejetés par celle du pays d'origine, mais le principe est qu'elles aboutissent ensemble à une décision<sup>265</sup>. De même qu'il appartient essentiellement à l'autorité compétente du pays d'accueil de sélectionner les parents adoptifs dans celui-ci, c'est à l'autorité compétente du pays d'origine qu'il incombe en premier lieu d'y sélectionner les enfants. L'un au moins des accords visés prévoit une responsabilité spéciale: celle de veiller à ce que tout enfant placé en vue de l'adoption soit «adoptable» d'un point de vue juridique<sup>266</sup>. La responsabilité d'apparier l'enfant à adopter et les futurs adoptants appartient aussi conjointement aux deux autorités compétentes.

– L'enfant est ensuite transféré dans le pays d'accueil. Le pays d'origine a généralement l'obligation de faciliter son départ (en délivrant les passeports, etc.) et l'autorité compétente du pays d'accueil de faciliter son entrée dans ce pays. Une période probatoire est généralement prévue, et parfois assortie de mesures détaillées de contrôle du placement qui précède l'adoption, comportant l'obligation pour les autorités compétentes de s'informer mutuellement de toute modification importante de la santé de l'enfant ou des circonstances générales qui le concernent et de se consulter lorsque ce placement échoue<sup>267</sup>.

– Pour finir l'adoption est prononcée dans le pays d'accueil. Dans certains des accords une disposition importante porte sur la question de la garde ou de la tutelle de l'enfant durant la période probatoire. L'accord philippino-australien prévoit en outre que les autorités australiennes compétentes prennent «toutes mesures raisonnables» pour que l'adoption soit prononcée dès lors qu'il est établi que la période probatoire s'est déroulée de manière satisfaisante. Dans d'autres arrangements (par exemple ceux entre la Grèce et la Suède et entre l'Equateur et le Canada) une décision d'adoption doit être prise dans le pays d'origine; cependant selon l'accord entre l'Equateur et le Canada le placement préalable à l'adoption se fait dans le pays d'accueil, et ce n'est qu'à l'expiration de cette période que l'adoption est définitivement réalisée dans le pays d'origine. L'accord entre

l'Equateur et la Suède s'efforce d'éviter les secondes adoptions en prévoyant une procédure d'*aprobación* de l'ordonnance d'adoption prise en Equateur.

Certains accords visent à maintenir un lien entre l'enfant et son pays d'origine même après l'adoption, et l'accord entre la Suède et l'Equateur prévoit l'obligation, pour les parents adoptifs, de veiller à ce que l'enfant adopté acquière une connaissance de base suffisante de la langue espagnole ainsi que de l'histoire et de la géographie de l'Equateur.

L'accord entre l'Equateur et le Canada stipule que le seul fait de l'adoption ne peut pas entraîner la perte de la nationalité<sup>268</sup>.

Les caractéristiques communes – et certains traits individuels – de ces divers accords bilatéraux constituent un point de départ utile dans toute tentative d'élaboration d'une convention multilatérale. Les réunions que tiendra la Commission spéciale afin de préparer une telle convention offriront l'occasion de se familiariser avec l'expérience pratique tirée de l'application de ces arrangements.

### C La Déclaration et la Convention des Nations Unies

166 Dans le présent Rapport il a été fait référence, à maintes reprises, à la Déclaration de 1986 des Nations Unies (Annexe H) – revêtant la forme non pas d'un traité mais d'une recommandation – qui porte spécifiquement sur les problèmes de l'adoption et du placement familial sur les plans national et international<sup>269</sup> ainsi qu'à la Convention des Nations Unies de 1989 (Annexe I) – traité en forme contraignante – qui situe ces problèmes dans le contexte plus large de la protection des droits de l'homme. La Convention des Nations Unies a été ouverte à la signature le 20 novembre 1989 et elle a déjà été signée par plus de 60 Etats. Elle nécessite 20 ratifications ou adhésions pour entrer en vigueur et, vu l'appui massif dont la Convention a bénéficié de la part du public, il est probable qu'elle sera en vigueur sous peu.

167 La Déclaration comme la Convention reconnaissent que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue le principe primordial qui doit régir le placement d'enfants en dehors de leur famille, sur le plan national et sur le plan international (Déclaration, article 5; Convention, article 21); les deux instruments soulignent que l'intérêt prioritaire de l'enfant est d'être élevé par ses propres parents et que les Etats ont le devoir de défendre la famille (Déclaration, articles 1 à 3; Convention, article 18, voir aussi les articles 9 et 10); les deux soulignent le caractère subsidiaire de l'adoption à l'étranger par rapport aux mesures de protection dans le pays d'origine (Déclaration, article 17; Convention, article 21, alinéa b)); la nécessité d'impliquer et d'informer les parents biologiques de l'enfant et l'enfant lui-même (Déclaration, articles 15 et 22; Convention, article 21, alinéa a)); et la nécessité de protéger spécialement l'enfant en cas d'adoption à l'étranger (Déclaration, articles 18 et 20, notamment; Convention, article 21, alinéas a) et c)). Les deux textes prescrivent plus particulièrement des mesures pour combattre les enlèvements et les placements illicites d'enfants (Déclaration, article 19; Con-

<sup>263</sup> Accord entre les Philippines et l'Australie 3.3, cf. 4.5.

<sup>264</sup> Accord entre la Suède et la Grèce, article 7.

<sup>265</sup> Voir l'article 14 de l'Accord entre les Philippines et l'Australie.

<sup>266</sup> Accord entre les Philippines et l'Australie, article 3.1.

<sup>267</sup> Voir articles 5 et 4.11 et 4.12 de l'Accord entre les Philippines et l'Australie.

<sup>268</sup> Voir l'article 3.2.

<sup>269</sup> Deux réunions d'experts ont d'ores et déjà été organisées sur l'application de la Déclaration des Nations Unies. La première s'est tenue à Vienne les 10 et 11 juin 1987 et les procès-verbaux ont été publiés conjointement par les organisateurs, le Bureau International Catholique de l'Enfance, la International Foster Care Organization et le Service Social International, sous le titre «Application de la Déclaration des Nations Unies sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants»; la deuxième réunion s'est tenue à Genève les 14 et 15 novembre 1989.

priority to 'families in Sweden of Greek origin or with special Greek connections' (Article 4).

165 Underlying all of these arrangements is the idea of a three-stage process:

– The prospective adopters in the receiving country submit an application to the competent authority in their country. The competent authority is responsible for the preparation of a home study (family study) and for the assessment and approval or rejection of prospective adopters. The Agreements with the Philippines provide that in respect of the applicant's age, the requirements of both laws must be applied cumulatively. The competent authority in the receiving country is also generally required to confirm that the applicants have no criminal record. Approved applications will be forwarded to the competent authority in the country of origin. The latter is under an obligation to select as adoptive parents only persons approved by the competent authority in the receiving country<sup>263</sup> or at least notify the competent authority in the receiving country of applications not made through the agreed channels.<sup>264</sup> Adoptive parents considered eligible by the competent authority in the receiving country may be disapproved by that of the country of origin, but the idea is that they come together to a decision.<sup>265</sup> Just as the prime responsibility for selecting the adoptive parents lies with the competent authority in the receiving country, the competent authority in the country of origin has prime responsibility for selection of the child. A specific responsibility to ensure that any child being placed for adoption is legally available for adoption is included in at least one of these Agreements.<sup>266</sup> The matching of the candidate for adoption and the prospective adopters is also a matter of joint responsibility.

– Next the child is transferred to the receiving country. The country of origin is generally under an obligation to facilitate the child's departure for its country (obtaining passports, etc.), and the competent authority of the receiving country to facilitate the entry of the child into this country. A probationary period is generally provided, sometimes with detailed procedures for supervision of the pre-adoptive placement, a duty for the competent authorities to mutually inform each other concerning any significant change in the health or general circumstances of the child, and a duty to consult in a case where the pre-placement is not successful.<sup>267</sup>

– Finally, the adoption is granted in the receiving country. An important provision in some of these Agreements relates to the question of custody or guardianship over the child pending the probationary period. The Philippino-Australian Agreement, in addition, requires that the competent Australian authorities will 'take all reasonable steps' to obtain an adoption order once the probationary period has proved to be successful. In other arrangements (for example those between Greece and Sweden and between Ecuador and Canada) an adoption order in the country of origin is required; yet under the latter arrangement the pre-adoption placement takes place in the receiving country and, upon completion of this period, the adoption is finalized in the country of origin. The Agreement between Ecuador and Sweden seeks to avoid second adoptions by providing

for a procedure for *aprobación* of the adoption order granted in Ecuador.

Some agreements seek to establish a link between the child and the country of origin even after the adoption, and the Agreement between Sweden and Ecuador includes an obligation for adoptive parents to see to it that the adopted child acquires adequate basic knowledge of the Spanish language as well as of the history and geography of Ecuador.

The Agreement between Ecuador and Canada provides that adopted children will not lose their nationality merely as a consequence of having been adopted.<sup>268</sup>

The common, and some individual, features of these various bilateral Agreements provide a useful starting point for an attempt to draw up a multilateral convention. The Special Commission meetings for the preparation of such a convention will offer an opportunity to learn from the practical experiences with these arrangements.

### C *The UN Declaration and the UN Convention*

166 Throughout this Report reference has already been made to the UN Declaration of 1986 (Annex H) – cast in the form not of a treaty but of a recommendation – which specifically addresses the problems of adoption and foster placement nationally and internationally,<sup>269</sup> and to the UN Convention of 1989 (Annex I) – in binding treaty form – which places these problems in the broader context of the protection of human rights. The UN Convention was opened for signature on 20 November 1989 and has already been signed by over 60 States. It requires 20 ratifications or accessions in order to enter into force and, in light of the massive public support for the Convention, it is likely that its entry into force will take place before long.

167 Both the Declaration and the Convention recognize the best interests of the child as the paramount principle which should govern placement of children outside of their families, nationally and internationally (Declaration, Article 5; Convention, Article 21); both emphasize the priority for a child to be cared for by his or her own parents and the duty of States to support the family (Declaration, Articles 1-3; Convention, Article 18, see also Articles 9 and 10); both stress the subsidiary character of intercountry adoption in relation to measures of protection in the country of origin (Declaration, Article 17; Convention, Article 21, sub-paragraph (b)); the need to involve and inform the child's biological parents and the child (Declaration, Articles 15 and 22; Convention, Article 21, sub-paragraph (a)); and the need for special protection of the child in the context of intercountry adoption (Declaration, Articles 18 and 20, among others; Convention, Article 21, sub-paragraphs (a) and (c)). Both especially require measures to combat child abduction and illicit placement of children (Declaration, Article 19; Convention, Articles 11 and 35); both condemn placements resulting 'in improper financial

<sup>263</sup> Philippino-Australian Agreement 3.3, cf. 4.5.

<sup>264</sup> Swedish-Greek Agreement, Article 7.

<sup>265</sup> See Article 14 of the Philippino-Australian Agreement.

<sup>266</sup> Philippino-Australian Agreement, Article 3.1.

<sup>267</sup> See Articles 5 and 4.11 and 4.12 of the Philippino-Australian Agreement.

<sup>268</sup> See Article 3.2.

<sup>269</sup> Two expert meetings have already been organized concerning the implementation of the UN Declaration. The first was held in Vienna from 10-11 June 1987 and the proceedings were published jointly by the organizers, the International Catholic Child Bureau, International Foster Care Organization and International Social Service, 'Implementation of the UN Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children'; the second meeting was held in Geneva from 14-15 November 1989.

vention, articles 11 et 35); ils condamnent l'un et l'autre les placements qui se traduiraient «par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables» (Déclaration, article 20; Convention, article 21, alinéa d)). Les deux instruments soulignent l'importance de l'identité et de la nationalité de l'enfant (Déclaration, articles 8 et 9; Convention, articles 7 et 8) et de ses origines (Déclaration, article 24; Convention, article 20, paragraphe 3). La Déclaration renferme quelques dispositions supplémentaires au sujet par exemple de la nécessité de faciliter le déplacement de l'enfant (article 22) et d'assurer la validité juridique de l'adoption dans les deux pays intéressés (article 23).

168 L'article 21 de la Convention des Nations Unies, en conjonction avec les articles 20 et 35, est d'une importance essentielle pour les travaux futurs de la Conférence de La Haye. Bien qu'un rapport explicatif sur la Convention ne soit pas encore disponible, il n'est pas inutile de présenter quelques brèves observations au sujet de cette disposition.

Paragraphe d'introduction:

«Les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière...»

La phrase d'introduction de l'article 21 tient compte du fait que la plupart des systèmes juridiques islamiques n'autorisent pas l'adoption. C'est pour cette raison que l'on a supprimé la première phrase du paragraphe 1 de l'article 11 du projet adopté au début de l'année 1988 par le Groupe de travail des Nations Unies, qui prévoyait l'obligation «de faciliter la procédure d'adoption»<sup>270</sup>.

Il importe de noter que la Convention voit dans l'intérêt supérieur de l'enfant la «considération primordiale» mais non la «seule»<sup>271</sup>. Cela mérite d'être souligné vu le rôle capital de la famille biologique de l'enfant (évoqué à l'article 18) et de ses droits mentionnés à l'article 9, et le rapport avec la question du consentement traitée à l'alinéa a) de l'article 21. En particulier, lorsque l'adoption est demandée contrairement au désir de la famille biologique, bien des systèmes prévoient que les droits de cette dernière ne peuvent être ignorés, même si l'intérêt de l'enfant recommande plutôt de donner la préférence aux postulants.

*Alinéa a)*

Cet alinéa paraît exclure les adoptions purement contractuelles puisqu'il exige une autorisation «par les autorités compétentes», qui ne sont cependant pas définies. Il convient d'attacher une importance spéciale à l'accent placé sur le «consentement ... en connaissance de cause», après les «avis nécessaires». Il a été soutenu que «ce principe s'oppose à la pratique de l'adoption indépendante»<sup>272</sup>.

*Alinéa b)*

Cet alinéa, qui insiste sur le caractère subsidiaire de l'adoption à l'étranger, n'envisage que le placement familial et l'adoption dans le pays d'origine de l'enfant

sans prendre position expressément sur d'autres possibilités, telles que le placement dans une institution (cf. ci-dessus No 86). Plusieurs délégués auraient préféré une formulation plus ferme<sup>273</sup>.

*Alinéa c)*

Cet alinéa postule que dans les Etats qui admettent l'adoption des garanties et normes existent en cas d'adoption nationale ce qui, comme nous l'avons vu, n'est pas toujours le cas (voir ci-dessus No 47).

*Alinéa d)*

Cette disposition a déjà été examinée plus haut, voir ci-dessus No 81.

*Alinéa e)*

Cet alinéa, qui exige que «les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents», semble une fois encore s'opposer aux adoptions purement indépendantes. Le groupe de rédaction chargé de mettre au point cet article était parfaitement conscient des travaux futurs de la Conférence de La Haye sur l'adoption d'enfants à l'étranger. En fait, l'Observateur de l'Égypte, s'exprimant au nom du groupe de travail, a souligné que l'alinéa e) avait été inclus expressément en prévision desdits travaux<sup>274</sup>.

On relèvera que la Convention prévoit un système de contrôle de la mise en oeuvre de la Convention par l'intermédiaire de rapports établis par les Etats contractants soumis à intervalles réguliers à un Comité d'experts (Deuxième partie de la Convention, articles 42-45).

## VI VERS UNE CONVENTION PRÉVOYANT UNE COOPÉRATION INTERNATIONALE POUR PROTÉGER LES ENFANTS ADOPTÉS À L'ÉTRANGER

### A Objectifs d'une nouvelle Convention

169 Il semble découler du tour d'horizon fait dans les chapitres précédents qu'une nouvelle Convention sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger devrait avoir un triple objectif: elle devrait

– faire en sorte qu'aucun enfant ne soit adopté à l'étranger s'il n'est pas établi que sa famille d'origine ne peut pas en prendre soin et qu'il n'existe aucune autre solution viable dans le pays d'origine;

– définir des critères et améliorer les pratiques et les procédures de l'adoption dès lors qu'il est avéré que celle-ci constitue la seule possibilité viable pour l'enfant; et enfin

– contribuer à éliminer les abus de l'adoption transnationale, en particulier l'enlèvement ou la vente d'enfants.

170 Premièrement, la Convention devrait faire en sorte qu'aucun enfant ne soit adopté à l'étranger s'il n'est pas établi que sa famille ne peut pas s'en occuper ou qu'il n'existe pas une autre forme acceptable de prise en charge dans son pays d'origine (cf. ci-dessus les Nos 46-48, 86, 165). Ce principe général revêt désormais une importance particulière au stade actuel de l'adoption transnationale, mouvement à sens unique qui reflète le

<sup>270</sup> L'article 11 du projet commençait comme suit:

«1. Les Etats parties à la présente Convention prennent, dans les cas appropriés, des mesures pour faciliter la procédure d'adoption de l'enfant ...».

<sup>271</sup> A contraster avec l'article 5 de la Déclaration des Nations Unies dans une version précédente (A/40/998 du 6 décembre 1985) qui était ainsi rédigée:

«Pour toutes les questions relatives au placement de l'enfant auprès de personnes autres que ses parents naturels, l'intérêt bien compris de l'enfant, et en particulier son besoin d'affection et son droit à la sécurité et à des soins continus, doit constituer la seule considération.»

Dans le texte final on a remplacé «seule» par «primordiale».

<sup>272</sup> Voir A. Joaet, «International Baby selling for Adoption, and the United Nations Convention on the Rights of the Child», dans 7 *New York Law School Journal of Human Rights* (1989), p. 82-150 (p. 103).

<sup>273</sup> Voir par exemple les observations du Représentant du Brésil, *Rapport du groupe de travail sur la question d'une Convention relative aux Droits de l'Enfant*, établi par M. Adam Lopatka, E/CN.4/1989/48 du 2 mars 1989, paragraphe 369.

<sup>274</sup> Voir le Rapport du groupe de travail (note précédente), paragraphe 350.

gain for those involved in it' (Declaration, Article 20; Convention, Article 21, sub-paragraph (d)). Both instruments stress the importance of identity and nationality for the child (Declaration, Articles 8 and 9; Convention, Articles 7 and 8) and stress the importance of paying due regard to the child's background (Declaration, Article 24; Convention, Article 20, paragraph 3). The Declaration includes a few additional provisions as, for example, concerning the need to facilitate migration of the child (Article 22) and to ensure the legal validity of the adoption in each of the countries involved (Article 23).

168 Article 21 of the UN Convention, read in conjunction with Articles 20 and 35, is of essential importance to the future work of the Hague Conference. Although an explanatory report on the Convention is not yet available, a few short comments may be made concerning this provision.

#### *Introductory paragraph:*

'States Parties which recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration ...'

The introductory sentence of Article 21 takes into consideration the fact that most Islamic legal systems do not permit adoption. It is for this reason that the first sentence of paragraph 1 of Article 11 of the draft adopted by the UN Working Group early in 1988, and which contained an obligation 'to facilitate the process of adoption', was deleted.<sup>270</sup>

It is important to note that the Convention refers to the best interests of the child as the 'paramount consideration' and not as the 'sole' consideration.<sup>271</sup> This is important in light of the primordial role of the child's biological family (referred to in Article 18) and their rights referred to in Article 9, and also relates to the question of consent mentioned in sub-paragraph (a) of Article 21. In particular, where an application is made for an adoption order against the wishes of the biological families, many systems provide that the rights of the biological families cannot be disregarded even if the child's interest might be better served by preferring the applicants.

#### *Sub-paragraph (a)*

This paragraph would seem to exclude purely contractual adoptions since it requires authorization 'by competent authorities' which it does not however define. Of special importance is the emphasis on 'informed consent to the adoption' on the basis of 'counselling'. It has been argued that 'this principle opposes the practice of independent adoption'.<sup>272</sup>

#### *Sub-paragraph (b)*

This paragraph, which stresses the subsidiary character of intercountry adoption, only refers to foster placement and adoption in the child's country of origin and not

expressly to other alternatives such as placement in an institution (*cf. supra* No 86). Several delegates would have preferred a stronger formulation.<sup>273</sup>

#### *Sub-paragraph (c)*

This paragraph assumes that in States which recognize adoption safeguards and standards exist in the context of national adoption which as we have seen is not always the case (see *supra* No 47).

#### *Sub-paragraph (d)*

This provision was already discussed, see *supra* No 81.

#### *Sub-paragraph (e)*

This sub-paragraph, which calls for ensuring that 'the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs', would seem to oppose, once again, purely independent adoptions. The drafting group which was established to draw up this article was well aware of the forthcoming work of the Hague Conference on intercountry adoption. In fact, the observer for Egypt, speaking on behalf of the working group, pointed out that paragraph (e) had been included specifically in view of the forthcoming work of the Hague Conference on intercountry adoption.<sup>274</sup>

It should be noted that the Convention provides a system for supervision of the implementations of the Convention through reports to be submitted by the Contracting States at regular intervals to a Committee of Experts (Part II of the Convention, Articles 42-45).

## VI TOWARDS A CONVENTION ON INTERNATIONAL CO-OPERATION FOR THE PROTECTION OF CHILDREN IN CONNECTION WITH INTERCOUNTRY ADOPTION

### A Objectives of a new Convention

169 It would seem to follow from the *tour d'horizon* made in the previous chapters that a new Convention on intercountry adoption should serve a triple objective: it should

- ensure that no child is adopted abroad unless it has been established that the original family cannot take care of him or her and that no other viable alternative in the country of origin is available;
- define criteria and improve practice and procedures for intercountry adoption once it has been established that that is the only viable alternative to the child; and finally,
- help eliminate abuses of intercountry adoption, in particular, abduction and/or sale of children.

170 Firstly, the Convention should ensure that no child is adopted abroad unless it has been established that the child cannot be taken care of by his or her own family or through an acceptable form of alternative care in his or her home country (*cf. supra* Nos 46-48, 86, 165). This general principle has acquired particular significance in the present stage of intercountry adoption, which is very much a one-way affair reflecting the socio-economic and

<sup>270</sup> Article 11 of the draft, began as follows:

'1. The States Parties to the present Convention shall undertake measures, where appropriate, to facilitate the process of adoption of the child ...'

<sup>271</sup> This may be contrasted with Article 5 of the UN Declaration in an earlier version (A/40/998 of 6 December 1985) which read as follows:

'In all matters relating to the placement of a child outside the care of the child's own parents, the best interests of the child, particularly his or her need for affection and right of security and continuing care, should be the sole criterion. In the final text the word 'paramount' was substituted for 'sole'.

<sup>272</sup> See A. Joanet, 'International Baby Selling for Adoption, and the United Nations Convention on the Rights of the Child', in *7 New York Law School Journal of Human Rights* (1989), pp. 82-150 (at p. 103).

<sup>273</sup> See, for example, the comments of the Representative of Brazil, *Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child*, by Mr Adam Lopatka, E/CN.4/1989/48 of 2 March 1989, paragraph 369.

<sup>274</sup> See Report of the Working Group (previous footnote), paragraph 350.

déséquilibre socio-économique et démographique du monde: des enfants abandonnés de pays en développement ou de pays en transition qui ne bénéficient pas de soins appropriés dans leur propre pays sont adoptés par des parents de sociétés plus riches. La communauté mondiale est mise en demeure de renforcer les structures sociales et familiales dans le monde entier et de recourir à des initiatives pour promouvoir le mieux être de chaque enfant dans son pays d'origine. On réduira ainsi, pour finir, l'effet de sens unique qui caractérise l'adoption transnationale sous sa forme actuelle. Entre temps, cependant, de nombreux enfants de pays en développement souffrent de privations physiques et émotionnelles sévères et sont exposés en particulier au risque d'une dépersonnalisation dans des établissements surchargés et ne disposant pas de personnel en nombre suffisant (cf. ci-dessus No 58); il existe en contrepartie de nombreux parents très motivés et disponibles dans les pays industrialisés qui peuvent, si on les y prépare convenablement (cf. ci-dessus Nos 70-77) procurer à l'enfant une famille et un foyer. A court terme, par conséquent l'adoption transnationale peut fournir une solution positive dans le cas de ces enfants, sans pourtant perdre de vue ni s'écarter du principe que «l'intérêt prioritaire de l'enfant est d'être élevé par ses parents naturels» (Déclaration des Nations Unies, article 3) et que «l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé» (Convention des Nations Unies, article 21, alinéa b)<sup>275</sup>.

C'est forcément aux autorités du pays d'origine qu'il appartient en premier lieu de parvenir à cet objectif; celui-ci devrait cependant inspirer tous ceux qui auront à appliquer la Convention. Il est d'une haute importance que, non seulement la rédaction de la convention, mais aussi sa mise en oeuvre, s'effectuent non pas dans l'isolement, mais en consultation et en collaboration avec des organismes nationaux et internationaux qui partent d'une philosophie générale de la protection de l'enfance et s'occupent activement d'organiser des services à l'intention des enfants et de leur famille dans leur pays d'origine.

171 Deuxièmement, il existe une grande nécessité de définir des critères et d'améliorer les pratiques et les procédures de l'adoption transnationale dans le monde entier. Comme nous l'avons vu, tous les instruments internationaux modernes coïncident quant au fait que, dans l'adoption à l'étranger, l'intérêt de l'enfant devrait être la considération supérieure – mais pas la seule. Il faudrait en priorité s'attacher à trouver pour l'enfant le meilleur environnement possible, ce qui postule le principe évident mais parfois méconnu que la priorité est de trouver un foyer pour l'enfant et non l'inverse. La Déclaration des Nations Unies et la Convention des Nations Unies fournissent déjà des principes plus détaillés qui contribuent à mieux fixer la notion de l'intérêt de l'enfant dans le contexte de l'adoption transnationale<sup>276</sup>. D'autres principes importants se trouvent par exemple dans le *Projet de principes directeurs pour l'Adoption à l'Etranger de l'ICSW* (voir l'Annexe J (anglais seulement)) et les *Conclusions et Recommandations du Pre-*

*mier Séminaire Régional sur les Méthodes de Formation des Familles Adoptives*, organisé à Montevideo (Uruguay) du 26 juin au 1er juillet 1989 (voir l'Extrait reproduit à l'Annexe K). La plupart de ces principes rencontrant l'appui général, il ne devrait pas être difficile de parvenir à un accord sur leur insertion et leur développement dans un nouvel instrument. Il serait particulièrement utile que la nouvelle convention renferme des critères de base au sujet des parents biologiques ou des personnes qui ont la garde de l'enfant, de l'enfant lui-même, des parents adoptifs et des activités des institutions intermédiaires. La Convention devrait aussi contribuer à améliorer la situation juridique de l'enfant adopté dans le pays d'accueil comme dans le pays d'origine et d'autres pays participants, compte étant dûment tenu des antécédents biologiques, linguistiques et culturels de l'enfant dans son pays d'origine.

Une nouvelle Convention constituerait un véritable accomplissement si elle insufflait vie à ces principes et en faisait un cadre juridique praticable et efficace pour la communication et la coopération internationale.

172 Troisièmement, la Convention devrait contribuer à la lutte contre la traite internationale d'enfants (cf. ci-dessus Nos 78-85). Cela suppose avant tout un contrôle strict des activités d'intermédiaires qui doivent satisfaire aux critères définis à leur intention. En outre, cependant, des procédures claires et bien structurées de l'adoption transnationale seront d'une grande assistance. Si les futurs parents adoptifs se voient offrir une solution qui leur assure des conseils, évite les dépenses superflues et réduit la bureaucratie, ils seront moins portés à recourir à des intermédiaires douteux.

## B Autorités centrales

### 1 Le système des Autorités centrales

173 Comme nous l'avons vu (chapitre IV ci-dessus) les méthodes servant à établir les structures et à exercer le contrôle de l'adoption transnationale varient au plus haut point. En raison de ces grandes différences, il serait probablement très malaisé d'en coordonner l'utilisation dans le texte d'une Convention, à moins que celle-ci n'établisse un système d'Autorités centrales comme il est prévu dans les Conventions de La Haye sur la signification et la notification à l'étranger et sur l'obtention des preuves à l'étranger, et en particulier la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants (cf. ci-dessus No 7) et ses équivalents européen et américain<sup>277</sup> où sont définis certains pouvoirs et obligations spécifiques de ces Autorités centrales<sup>278</sup>. Ces derniers peuvent être de type assez différent et se situer à l'échelon national ou international.

prospects», dans 3 *Children and Society* (1989), p. 50-66 (à la p. 63). Cf. «La primauté de l'intérêt de l'enfant dans le domaine du droit privé», *Rapport de la délégation du Royaume-Uni à la 16ème Conférence des Ministres européens de la Justice*, Lisbonne, 21-22 juin 1988, Document MJU-16(88)2 en particulier p. 4 et l'Addendum.

<sup>277</sup> *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, signée à Luxembourg le 20 mai 1980; *Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs*, signée à Montevideo le 15 juillet 1989.

<sup>278</sup> Il est naturellement concevable, à l'instar de ce qui se fait dans les autres Conventions que l'on vient de mentionner, que les Etats fédéraux et autres Etats ayant plus d'un système juridique désignent pour le besoin de cette convention plus d'une Autorité centrale. Il y a lieu de relever que d'une manière générale, les «Autorités centrales» prévues par les Traités mentionnés plus haut ne sont pas de larges organisations bureaucratiques. Dans la plupart des pays, elles se résument à un département d'un ministère, tenu par un, à la rigueur deux fonctionnaires, qui peuvent assumer par ailleurs d'autres charges sans rapport avec la convention.

demographic imbalances in the world: abandoned children from developing countries or countries in transition, for whom there is no adequate care in their own country are being adopted by parents in more affluent societies. The challenge for the world community is to strengthen social and family structures worldwide and to take initiatives to promote the welfare of each child in his or her home country. This will ultimately reduce the one-way character which is typical of intercountry adoption in its present form. In the meantime, however, many children in developing countries face severe forms of physical and emotional deprivation, in particular the risk of de-personalization in overcrowded and understaffed institutions (cf. *supra* No 58) and there are, on the other hand, many strongly motivated parents available in industrialized countries who can, provided that they are well-prepared (cf. *supra* Nos 70-77), offer the child a family and a home. In the short term, therefore, intercountry adoption may provide a positive alternative for such children but this should not disguise or detract from the principle that 'the first priority for a child is to be cared for by his or her own parents' (UN Declaration, Article 3) nor from the policy that 'intercountry adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin' (UN Convention, Article 21, sub-paragraph (b)).<sup>275</sup>

The primary responsibility for reaching this objective will necessarily lie with the authorities in the country of origin, but it should inspire all those who are called upon to apply the convention. It will be very important that both the drafting of the Convention and its implementation be carried out, not in isolation, but in consultation and co-operation with national and international organizations which take a broad approach towards child welfare and who are active in developing services for children and families in their countries of origin.

171 Secondly, there is a strong need to set criteria and to improve practices and procedures for intercountry adoption worldwide. As we have seen, all modern international instruments concur that in intercountry adoption the best interests of the child should be – not the sole but – the paramount consideration. The priority should be to find the best possible environment for the child, which implies the obvious but sometimes overlooked principle that the priority should be to find a home for the child and not vice versa. The UN Declaration and the UN Convention already provide more detailed principles which help to clarify the notion of the best interests of the child in the context of intercountry adoption.<sup>276</sup> Other valuable principles may be found for example in the *ICSW Draft Guidelines for Intercountry Adoption* (see Annex J) and the *Conclusions and Recommendations of the First Regional Seminar on the Procedures to Train Adoptive Families* organized in Montevideo, Uruguay from 26 June-1 July 1989 (see extract,

<sup>275</sup> Cf. British Agencies for Adoption and Fostering, *Statement of Policy on Intercountry Adoption*, London 1986.

<sup>276</sup> 'The point of issue with the principle that governments should act in the best interests of the child, is not one of disagreement but uncertainty about how that "best interest" might be established and by whom. The uncertainties of this concept have plagued much well intentioned welfare legislation. Consequently, the efforts of well meaning adults to promote the best interests of the child can too often result in them promoting the opposite.' See B. Franklin, 'Children's Rights: developments and prospects', in 3 *Children and Society* (1989), pp. 50-66

Annex K). Since most of these principles are so widely shared it should not be difficult to reach agreement on incorporating and further articulating them in a new instrument. It would be particularly helpful if the new convention could provide basic criteria concerning the biological parents or guardians of the child, the child himself or herself, the adoptive parents and the activities of intermediary agencies. The Convention should also contribute to improving the adopted child's legal position in the receiving country as well as in the country of origin and other participating countries, with due respect for the biological, linguistic and cultural background of the child in his or her country of origin. The real challenge for a new Convention would be to give hands and feet to these principles and to translate them into a workable and effective legal framework for international communication and co-operation.

172 Thirdly, the Convention should contribute to combatting international child trafficking (cf. *supra* Nos 78-85). This will require, above all, strict control over the activities of intermediaries, which should meet the criteria defined for them. In addition, however, straightforward and well-structured procedures for intercountry adoption will help. If prospective adoptive parents are offered an alternative which provides them with guidance, avoids needless costs and minimizes bureaucratic procedures, they will be less tempted to have recourse to dubious intermediaries.

## B Central Authorities

### 1 The system of Central Authorities

173 As we have seen (*supra* Chapter IV) the methods for the structuring and exercising of control over intercountry adoption vary widely. Because of these wide differences it would probably be very difficult to coordinate their use under a convention text unless the Convention established a system of Central Authorities on the model of the Hague Conventions on the Service Abroad and the Taking of Evidence Abroad and, in particular, of the Hague Child Abduction Convention (cf. *supra* No 7) and its European and American counterparts,<sup>277</sup> setting out certain specific powers and duties of these Central Authorities.<sup>278</sup> The powers and duties to be given to the Central Authorities might be of rather different types and relate to the national and the international level.

at p. 63). Cf. 'The supremacy of the interests of the child in the field of private law', Report by the United Kingdom delegation to the 16th Conference of European Ministers of Justice, Lisbon, 21-22 June 1988, Document MJU-16(88)2, especially p. 4 and addendum.

<sup>277</sup> *European Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*, signed at Luxembourg on 20 May 1980, *Inter-American Convention on the International Return of Children*, signed at Montevideo on 15 July 1989.

<sup>278</sup> It is conceivable of course that, as in the case of the other Conventions just mentioned, Federal States and other States with more than one legal system would designate more than one Central Authority for the purposes of this convention. It should be noted in any case that the 'Central Authorities' designated under the Treaties mentioned above are not large bureaucratic organizations. In most countries they consist of an office in a governmental ministry staffed by one, or at the most two, civil servants who may also carry out other duties unrelated to the treaty.

## 2 Pouvoirs et obligations des Autorités centrales

### a A l'échelon national

174 – En premier lieu, les Autorités centrales pourraient avoir un rôle très utile, consistant à coordonner les pratiques et procédures administratives de chaque pays en fonction de l'intérêt de l'enfant. Elles pourraient, par exemple, assurer une coordination avec les organismes compétents de manière à éviter des conflits avec les politiques d'immigration (cf. ci-dessus Nos 141A-145) et elles pourraient proposer des réformes législatives pour améliorer cette coordination;

– deuxièmement, les Autorités centrales pourraient être chargées de rassembler des renseignements sur divers points, par exemple des statistiques sur la base desquelles il serait possible d'établir des politiques objectives; des données concernant les législations et procédures étrangères ainsi qu'un recensement des organisations et des oeuvres existant dans le pays et à l'étranger;

– troisièmement, les Autorités centrales pourraient contrôler les activités d'intermédiaires des institutions établies dans leur pays.

### b A l'échelon international

175 – Premièrement, les Autorités centrales pourraient échanger des renseignements d'une nature générale (sur les aspects juridiques, sociaux et culturels de leurs différents pays) et sur des cas individuels;

– deuxièmement, elles pourraient intervenir et coordonner leur action dans des cas individuels (par exemple lorsqu'un enfant choisi en vue de l'adoption n'est plus disponible, mais que l'on peut venir en aide à un autre enfant en le faisant adopter par les mêmes postulants);

– troisièmement, les Autorités centrales pourraient résoudre les difficultés qui auraient surgi entre leurs pays, soit à titre général, soit dans des cas particuliers.

176 Les deux listes pourraient facilement être allongées si de nouveaux pouvoirs et obligations étaient conférés aux Autorités centrales, ce qui leur permettrait de jouer un rôle plus grand dans le processus international; elles pourraient être chargées (éventuellement en dernier lieu):

#### a à l'échelon national

– de se prononcer sur l'acceptabilité des futurs parents adoptifs (pays d'accueil) ou de déterminer (ou de faire déterminer par un tribunal) si un enfant est juridiquement adoptable (pays d'origine);

– de rédiger (ou de faire rédiger) les rapports sur les familles (pays d'accueil) et de rédiger (ou de faire rédiger) le dossier de l'enfant (pays d'origine);

– de fournir des renseignements et de dispenser des conseils aux futurs adoptants (pays d'accueil) et d'informer et conseiller les parents biologiques ou les gardiens de l'enfant (pays d'origine);

– d'exercer une surveillance pendant la période probatoire, de faire rédiger des rapports et de prendre les mesures nécessaires lorsque le placement préalable à l'adoption échoue (pays d'accueil);

– d'aider les enfants adoptés qui cherchent à se trouver des racines;

#### b à l'échelon international

– de transmettre les demandes d'adoption;

– d'échanger les documents nécessaires à la préparation de l'adoption et des décisions judiciaires, y compris, en dernier lieu, le prononcé de l'adoption;

– d'agréer ensemble de futurs parents adoptifs et de choisir une famille adoptive particulière pour un enfant.

## 3 L'agrément des intermédiaires

177 Que les pouvoirs et obligations des Autorités centrales soient limités ou larges, afin que la Convention soit un instrument efficace et contribue à réduire les abus, il faudrait au minimum que seuls des intermédiaires agréés par l'Etat où ils opèrent et soumis à la surveillance de l'Autorité centrale soient autorisés à intervenir (cf. ci-dessus Nos 83 et 138). La Convention pourrait définir certains critères minimum à satisfaire pour que ces intermédiaires soient agréés pour les placements et les enquêtes, en particulier pour ce qui est de leur caractère non lucratif. Les Autorités centrales pourraient fournir des informations sur les intermédiaires agréés dans le pays et à l'étranger et pourraient éventuellement les recommander.

## 4 La réduction des adoptions indépendantes

178 Exiger l'agrément des intermédiaires ne constitue qu'un premier pas dans la voie de l'amélioration des procédures actuelles d'adoption à l'étranger. En soi, cela n'affecte pas les adoptions indépendantes, avec leur risque inhérent d'échec dû à une préparation insuffisante et à la possibilité d'un trafic.

Diverses possibilités existent pour réduire les adoptions indépendantes (cf. ci-dessus Nos 61-69, 136, 139-141):

– on peut exiger des futurs parents adoptifs qu'ils obtiennent des Autorités centrales des pays d'accueil une autorisation préliminaire pour toute adoption à l'étranger;

– on peut rendre obligatoire le recours à des intermédiaires agréés, et

– on peut accorder aux Autorités centrales de larges pouvoirs et obliger tous ceux qui s'occupent à un titre quelconque d'adoption à l'étranger de passer par leur entremise.

Il se pourrait que, si de larges pouvoirs et obligations étaient attribués aux Autorités centrales, celles-ci présenteraient de tels avantages, en tant qu'intermédiaires, pour les futurs parents adoptifs (comme étant moins coûteuses, plus sûres, moins lourdes dans leur procédure) que ce fait, en lui-même, réduirait naturellement le recours aux adoptions indépendantes.

## 5 Comment réduire les problèmes de compétence et de reconnaissance: par une seule décision d'adoption dans le pays d'accueil?

179 Les pays d'origine qui exigent actuellement que l'adoption soit prononcée dans leur pays le font pour pouvoir continuer à contrôler le processus. Ce système a cependant des limitations propres car, par définition, la famille adoptive résidera dans le pays d'accueil. De plus, on reconnaît aujourd'hui généralement que les décisions d'adoption doivent être précédées d'une période probatoire qui, elle aussi, se déroulera habituellement dans le pays d'accueil (cf. ci-dessus Nos 135-135A).

## 2 Duties and powers of the Central Authorities

### a At the national level

174 – First of all, the Central Authorities could have a very useful role in co-ordinating administrative practice and procedures in each country using the best interests of the child as their guideline. They could, for example, co-ordinate with the appropriate bodies so as to avoid conflict with immigration policies (*cf. supra* Nos 141-145), and they could propose legislative reforms to improve such co-ordination;

– secondly, they could have a responsibility for gathering together information on various points, *e.g.* statistics which would allow objective policies to be established; information concerning foreign laws and procedures and concerning relevant organizations and agencies at home and abroad;

– thirdly, they could supervise the intermediary activity of agencies established in their country.

### b At the international level

175 – First, the Central Authorities could exchange information both of a general nature (concerning legal, social and cultural aspects of their countries) and on individual cases;

– secondly, they could intervene in co-ordination with each other in individual cases (for example, where a child who had been selected for adoption is no longer available but another child might be helped through adoption by the applicants);

– thirdly, they could settle difficulties which have arisen between their countries, both of a general nature and individual cases.

176 Both lists could easily be expanded with extended duties and powers being given to the Central Authorities thus providing them with a larger role in the intercountry process; they could be given (ultimate) responsibility:

#### a at the national level

– to determine the suitability of the prospective adoptive parents (receiving country) or to determine (or have determined by a court) whether a child is legally free for adoption (country of origin);

– to prepare (or have prepared) the home study reports (receiving country) and to prepare (or have prepared) the child case study (country of origin);

– to provide information and counsel the prospective adopters (receiving country) and to inform and counsel the biological parents or guardians of the child (country of origin);

– to supervise the probationary period, to have reports made and to take the necessary steps when the pre-adoptive placement fails (receiving country);

– to assist adopted children in their search for their roots;

#### b at the international level

– to channel applications for adoption;

– to exchange documents necessary to prepare adoption and court decisions including the ultimate adoption decision;

– to approve jointly of prospective adoptive parents and of the selection of particular adoptive parents for a child.

## 3 Licensing of agencies

177 Whether Central Authorities would have limited or extended duties and powers, a minimum requirement for the Convention to be effective and to contribute to reducing abuses would be that only agencies licensed by the State where they are established and supervised by the Central Authority be allowed to act as intermediaries (*cf. supra* Nos 83 and 138). The Convention might define certain minimum criteria to be met in order for such agencies to be licensed as 'placement' or 'scrutinizing' agencies, in particular concerning their non-profit character. The Central Authorities could provide information on such licensed agencies both at home and abroad and could recommend the use of such agencies.

## 4 Reducing independent adoptions

178 The requirement that agencies be licensed is only a first step to improve existing procedures for intercountry adoption. By itself it will not affect independent adoptions with their inherent risks of failure because of insufficient preparation and of susceptibility to child trafficking.

There are various possibilities to reduce independent adoptions (*cf. supra* Nos 61-69; 136; 139-141):

– requiring prospective adoptive parents to obtain preliminary permission for intercountry adoption from the Central Authorities in the receiving countries;

– making the use of licensed agencies compulsory, and

– providing Central Authorities with extensive powers and making it compulsory for all those involved in intercountry adoption to pass through those Central Authorities.

It might well be that if the Central Authorities were given broad duties and powers they would offer such an attractive channel to prospective adoptive parents (less expensive, less uncertain, less cumbersome) that this in itself would naturally reduce use of independent adoptions.

## 5 Reducing jurisdiction and recognition problems: a single adoption decision in the receiving country?

179 Those countries of origin which at present require that the adoption be granted in their country do so in order to retain control over the process. This system has its inherent limitations, however, because, by definition, the adoptive family will be living in the receiving country. Moreover, there is now broad agreement that adoption decrees should be preceded by a probationary period which again will usually take place in the receiving country (*cf. supra* Nos 135 and 135A).

Si un cadre devait être créé – et en particulier un système d'Autorités centrales dotées de larges pouvoirs qui garantirait que les Autorités centrales des pays d'origine demeureraient pleinement informées et impliquées dans la procédure d'adoption, y compris la période probatoire et le prononcé final – les pays d'origine pourraient accepter, dans un tel système, de renoncer à leur propre décision d'adoption. Il est clair que cela accélérerait beaucoup la procédure d'adoption pour le plus grand profit de tous les intéressés.

*C Comment réduire les problèmes de conflits de lois – par la définition de critères devant être satisfaits par les parents biologiques, l'enfant et les parents adoptifs*

180 Un des rôles de la Convention serait probablement de définir des critères à respecter pour assurer à longs termes le bien-être de l'enfant et fournir un système de contrôle de ces critères et des justifications attestant qu'ils sont satisfaits.

Lesdits critères se rapporteraient<sup>279</sup>:

– aux parents biologiques ou aux gardiens de l'enfant, par exemple: ont-ils été mis au courant des options qui s'offrent pour l'enfant, ont-ils été soumis à des pressions ou à des offres pécuniaires pour les inciter à renoncer à l'enfant; les a-t-on aidés à comprendre toutes les implications de l'abandon de l'enfant, y compris la possibilité d'une adoption plénière à l'étranger et de la rupture de tout contact avec l'enfant?

– à l'enfant, par exemple: l'organisme responsable a-t-il fourni des renseignements écrits au sujet de l'enfant, y compris ceux qui permettent de l'identifier (nom, sexe, âge, nationalité, religion), au sujet des parents et de la famille biologique, au sujet du développement physique, intellectuel et émotionnel de l'enfant, de sa santé et de ses éventuels besoins particuliers en matière de santé physique ou mentale?

– à la famille adoptive, par exemple: s'est-on efforcé spécialement de veiller à ce que chaque postulant ait des connaissances sur le pays et la culture d'origine de l'enfant et soit disposé à autoriser celui-ci à comprendre ses origines et à en avoir conscience?

Si la Convention devait en plus définir clairement les responsabilités des Autorités (centrales) de chaque pays afin d'assurer que ces critères soient effectivement respectés (cf. ci-dessus Nos 174-176), cela réduirait le besoin d'appliquer les lois divergentes des pays impliqués (cf. ci-dessus Nos 100-102 et 121-126). D'autres conditions, comme celles relatives à l'âge, aux différences d'âges, etc. pourraient relever de la législation de chaque pays; dans un système de coopération entre Autorités centrales, lesdites législations s'appliqueraient probablement de manière cumulative (cf. l'article 4.2 de l'Accord entre les Philippines et l'Australie).

*D Reconnaissance des jugements d'adoption et des décisions préliminaires*

181 Même si le pays d'origine acceptait que l'adoption soit prononcée dans le pays d'accueil (cf. ci-dessus No 179), il continuerait à prendre les décisions préliminaires, par exemple celle de savoir si un enfant est adoptable ou celle qui concerne la désignation d'un gardien ou tuteur (cf. ci-dessus No 134); il serait souhaitable que ces décisions soient reconnues dans les pays participants. S'ils ne sont pas disposés à renoncer à prononcer

eux-mêmes l'adoption, il serait nécessaire que ces adoptions soient reconnues dans les Etats contractants ou, à défaut, soient transformées en adoptions (de préférence de type uniforme, voir ci-après E) dans le pays d'accueil. Une décision d'adoption prononcée par une autorité compétente selon une procédure régulière dans le pays d'origine de l'enfant devrait au minimum avoir les mêmes effets dans les Etats contractants que dans le pays d'origine pour ce qui est de l'autorité parentale et de l'obligation alimentaire en faveur de l'enfant. Il en va de même pour les décisions d'adoption prises dans le pays d'accueil (voir aussi ci-dessus No 131).

*E Intégration juridique totale dans la famille adoptive ...*

182 Serait-il possible de faire figurer dans la Convention une règle de fond pour dire que l'adoption transnationale devrait toujours, ou de préférence, aboutir à la rupture complète de tous liens juridiques avec la famille d'origine et à une pleine intégration dans la famille adoptive (cf. ci-dessus Nos 89-91)? La Convention devrait-elle prévoir que, lorsqu'une adoption plénière est prononcée, elle devrait être irrévocable – au moins de la part des parents adoptifs (cf. ci-dessus Nos 110-113 et 163)? Serait-on d'accord pour dire que toute adoption plénière devrait normalement être précédée d'une période probatoire (cf. ci-dessus Nos 93-94)?

Dans la mesure où elle autoriserait l'adoption simple, la Convention devrait-elle exiger que le contrat d'adoption soit, de toute manière, avalisé par un tribunal ou une autorité administrative dans une procédure donnant toute garantie aux personnes intéressées (cf. ci-dessus Nos 90-92)?

*F ... dans le plein respect de l'identité culturelle de l'enfant*

183 Il serait hautement souhaitable que l'on parvienne à un accord quant au minimum d'informations dont l'enfant pourrait disposer sur sa famille d'origine, et que l'on parvienne à des normes pour faire en sorte que ces informations soient conservées pendant une certaine période minimum (cf. ci-dessus Nos 75-77 et 107-109).

*G Faut-il prévoir une règle sur la nationalité de l'enfant?*

184 Est-il possible ou souhaitable de faire figurer dans la Convention une règle sur la nationalité de l'enfant, analogue à celle de l'article 17 de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, l'article 11 de la Convention Européenne sur l'Adoption ou l'article 3.2 de l'accord entre l'Equateur et le Canada (cf. ci-dessus Nos 146-149 et 165 *in fine*)?

*H Catégories spéciales d'enfants et d'adoptions à l'étranger*

185 Certains enfants et certaines modalités d'adoptions à l'étranger peuvent nécessiter une attention particulière:

– *Enfants plus âgés ou handicapés*: le fait d'être transplanté dans une autre culture peut être particulièrement pénible pour des enfants plus âgés ou des enfants souffrants d'un handicap physique ou mental (cf. ci-dessus Nos 36-37 et 73). Des dispositions spéciales peuvent être nécessaires pour réduire les conséquences nuisibles de leur installation dans le pays d'accueil.

<sup>279</sup> Cf. British Agencies for Adoption and Fostering, *op. cit.* (ci-dessus note 275).

If a framework were to be set up – in particular a system of Central Authorities with extensive powers which would guarantee that the Central Authorities in the countries of origin would be kept fully informed and involved in the adoption procedure, including the probationary period and the final adoption order – countries of origin might find it acceptable, within the context of such a system, to renounce the adoption order in their countries. Obviously this would considerably speed up the adoption procedure, with great benefits to all concerned.

*C Reducing conflict of laws problems – defining criteria concerning the biological parents, the child and the adoptive parents*

180 One of the functions of the Convention would probably be to define criteria which must be fulfilled in order to safeguard the long-term welfare of the child as well as to provide a system of supervision of those criteria and of evidence that they have been met. Those criteria would relate:<sup>279</sup>

– to the biological parents or guardians of the child, for example: have they been made aware of the options available for the child, have they been placed under pressure or offered financial inducement to relinquish their child; have they been helped to understand all the implications of relinquishing the child, including the possibility of full adoption abroad and of having no further contact with the child?

– to the child, for example: has the responsible body prepared written information about the child including identifying information (name, sex, age, nationality, religion), about the biological parents and family, about the child's physical, intellectual and emotional development and about the child's current health and any special needs in relation to his or her physical or mental health?

– to the adoptive family, for example: has special attention been paid to ensuring that each applicant has knowledge of the child's country and culture of origin and is prepared to allow the child to develop an understanding and awareness of his or her origins?

If the Convention were, in addition, to define clearly the responsibilities of the (Central) Authorities of each country to ensure that these criteria are observed (*cf. supra* Nos 174-176), this would reduce the need for application of conflicting laws of the countries involved (*cf. supra* Nos 100-102 and 121-126). Other conditions, such as those relating to age, age differences, etc. could be left to the laws of each country and in a system of co-operation between Central Authorities those laws would probably be applied cumulatively (*cf. the Philippino-Australian Agreement, Article 4.2*).

*D Recognition of adoption decrees and preliminary decisions*

181 Even if countries of origin were to accept that the adoption decree be granted in the receiving country (*cf. supra* No 179), they would still continue to take preliminary decisions, e.g. whether a child is free for adoption or concerning the appointment of a guardian (*cf. supra* No 134); it would be desirable that such decisions be recognized in the participating countries. If they were not prepared to renounce the granting of an adoption

decree in their own country there would be a definite need for such adoptions to be recognized in the Contracting States or, alternatively, to be converted into an adoption (preferably of a uniform type, see *infra* E) in the receiving country. An adoption decree granted by a competent authority in accordance with a regular procedure in the country of origin of the child should as a minimum, in the other Contracting States, have the same effects as to parental authority and care of the child which it has in the country of origin (*cf. supra* No 131).

*E Full legal integration into the adoptive family ...*

182 Would it be possible to insert a substantive rule into the Convention to the effect that intercountry adoption should always, or preferably, lead to complete severance of all legal links with the original family and full integration into the adoptive family (*cf. supra* Nos 89-91)? Should the Convention provide that where full adoption is granted, it should be irrevocable – at least by the adoptive parents (*cf. supra* Nos 110-113 and 163)? Would there be agreement that, where full adoption is granted, it should as a rule be preceded by a probationary period (*cf. supra* Nos 93-94)?

Should the convention, to the extent that it were to allow simple adoption, require that the adoption contract be in any event approved by a court or administrative authority in a procedure with full guarantees for all concerned (*cf. supra* Nos 90-92)?

*F ... with full respect for the child's cultural identity*

183 It would be highly desirable for agreement to be reached as to the minimum of information which should be available to the child and his or her original family and, if norms could be established to guarantee that such information be preserved during a certain minimum period (*cf. supra* Nos 75-77 and 107-109).

*G A rule on nationality of the child?*

184 Is it possible/desirable to include in the Convention a rule relating to the nationality of the child, on the model of Article 17 of the Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, of Article 11 of the European Adoption Convention or of Article 3.2 of the bilateral Agreement between Ecuador and Canada (*cf. supra* Nos 146-149 and 165 *in fine*)?

*H Special categories of children and of intercountry adoption*

185 Some children and some forms of intercountry adoption may require special attention:

– *Older and handicapped children*: being transplanted into another culture may be particularly difficult for older children and children with a physical or mental handicap (*cf. supra* Nos 36-37 and 73). Special provisions may be necessary so as to minimize the harmful effects of their transition to the receiving country.

<sup>279</sup> *Cf. British Agencies for Adoption and Fostering, op. cit. (supra footnote No 275).*

– *Adoption au sein de la famille élargie*: est-il possible ou souhaitable de prévoir une exception qui permettrait à des membres de la famille d'adopter sans avoir à passer par les principales procédures de la Convention, attendu que ces adoptions de parents sont aussi, de manière générale, moins réglementées dans le cadre purement interne? Quelle loi doit déterminer qui est à considérer comme parent?<sup>280</sup>

**I Elargissement de la Convention à d'autres formes de placement à l'étranger?**

186 Un système de coopération entre les Autorités centrales pourrait éventuellement être élargi pour embrasser toutes les possibilités de placement à l'étranger – placement nourricier, garde, tutelle, etc. Serait-ce opportun?

**J La restitution des enfants enlevés ou vendus à l'étranger?**

187 Conviendrait-il que la Convention prévoie une procédure spéciale pour permettre aux parents biologiques ou aux gardiens dont les enfants ont été enlevés à des fins d'adoption de demander leur restitution par l'intermédiaire des Autorités centrales (cf. ci-dessus Nos 79 et 82)? La Convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants pourrait fort bien s'appliquer dans certains cas pareils. Est-il souhaitable ou possible d'établir un lien avec cette Convention? Que faire si l'adoption a été prononcée dans le pays d'accueil? Devrait-il y avoir une procédure spéciale pour les enfants vendus en vue de l'adoption ou dont les parents ont consenti à celle-ci sous la contrainte ou par la fraude?

**K Conclusion**

188 La liste des questions qui se posent à propos de l'adoption d'enfants en provenance de l'étranger peut facilement être allongée. Le présent Rapport ne peut pas envisager toutes ces questions et ne peut certainement pas fournir des réponses à toutes. On espère cependant qu'il donnera une idée générale des principaux problèmes et contribuera à découvrir des moyens d'améliorer la situation actuelle qui, à bien des égards, est chaotique, contradictoire et peu satisfaisante. La Convention sur les Droits de l'Enfant a renvoyé ce problème délicat à la Conférence de La Haye de droit international privé. Le Centenaire de la Conférence devrait nous inciter à répondre à ce défi majeur et à fournir un cadre juridique clair et efficace devant faciliter la compréhension et la coopération internationales de manière à assurer la protection des enfants dans le cadre de l'adoption à l'étranger.

---

<sup>280</sup> Voir *British Agencies for Adoption and Fostering, op.cit.* (ci-dessus note 275).

– *Adoption within the (extended) family*: is it possible/desirable to make an exception for adoptions among relatives without passing through the main procedures of the Convention since such ‘relative’ adoptions are also generally less regulated in purely internal situations? Which law should determine who is a relative?<sup>280</sup>

**I** *Extension of the Convention to other forms of placement abroad?*

186 A system of co-operation among Central Authorities could possibly be extended so as to cover other forms of placements abroad, e.g. foster placements, guardianship, custodianship, etc. Would it be desirable to do so?

**J** *Returning children who are abducted or sold abroad?*

187 Would it be desirable for the Convention to provide a special procedure which would allow the biological parents or guardians whose children have been abducted for purposes of adoption to apply for their return through the system of Central Authorities (cf. *supra* Nos 79 and 82)? The Hague Child Abduction Convention may well apply to some of such situations. Is it desirable/possible to provide a link with that Convention? What if an adoption has already been granted in the receiving country? Should there be a special procedure for children who have been sold for adoption or whose parents have consented to the adoption under the influence of duress or fraud?

**K** *Conclusion*

188 The list of questions which arise in the context of intercountry adoption can easily be expanded. This Report cannot list them all, and certainly cannot provide answers to all of them. It is hoped, however, that it may provide a general idea of the main problems and may contribute to finding ways of improving the existing situation – which is in many respects chaotic, contradictory and unsatisfactory. The Convention on the Rights of the Child has delegated this difficult issue to the Hague Conference on private international law. The Centenary of the Conference provides a major challenge to come up with a clear and effective legal framework for international understanding and co-operation for the protection of children in connection with intercountry adoption.

---

<sup>280</sup> See British Agencies for Adoption and Fostering *op. cit.* (*supra* footnote 275).