

ADOPTION

Document d'information No 1

juin 2010



**ENLÈVEMENT, VENTE ET TRAITE D'ENFANTS
DANS LE CONTEXTE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE**

David M. Smolin

(TRADUCTION NON RÉVISÉE)

*Document d'information No 1 à l'intention de la
Commission spéciale de juin 2010 sur le fonctionnement pratique de la
Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et
la coopération en matière d'adoption internationale*

**ENLÈVEMENT, VENTE ET TRAITE D'ENFANTS
DANS LE CONTEXTE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE**

David M. Smolin

ENLÈVEMENT, VENTE ET TRAITE D'ENFANTS DANS LE CONTEXTE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE

David M. Smolin*

I. Introduction : Recommandations pour une mise en œuvre efficace de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale face aux difficultés contemporaines du système

On ne peut douter que la Convention de La Haye sur l'adoption internationale¹ est née d'un ensemble d'idéaux élevés. Le Traité répond à l'appel de l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) à conclure « des arrangements ou des accords [...] multilatéraux » qui poursuivent les objectifs de l'article de la CDE en matière d'adoption². Comme la CDE, la Convention de La Haye accepte l'adoption internationale en tant que pratique éthique susceptible de répondre à l'intérêt supérieur de l'enfant en lui apportant un milieu familial³. Comme la CDE, elle vise à garantir une pratique éthique de l'adoption internationale en souscrivant au principe de subsidiarité, selon lequel les solutions nationales appropriées pour l'enfant doivent être envisagées en priorité⁴. Comme la CDE, elle entendait éviter les profits excessifs et les pratiques abusives dans le domaine de l'adoption internationale⁵.

Ce document d'information fait suite à une invitation du Bureau Permanent à traiter des abus les plus graves de l'adoption internationale, « l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants »⁶. Un article consacré à des pratiques aussi destructives et contraires à l'éthique risque d'être perçu comme un commentaire inutilement négatif sur l'adoption internationale ou sur la Convention de La Haye sur l'adoption internationale. De fait, certains pensent que le meilleur moyen de promouvoir ou de protéger l'adoption internationale est d'évoquer le moins possible ces pratiques néfastes.

Cet article part au contraire du principe, exprimé dans la Convention elle-même, que le meilleur moyen de développer l'adoption internationale en tant que pratique éthique de protection de l'enfance est de la préserver des pratiques abusives, en particulier de l'enlèvement, de la vente ou de la traite d'enfants⁷. En outre, seule une analyse rigoureuse de ces pratiques abusives est à même d'en protéger efficacement l'adoption internationale. Le développement d'une adoption internationale éthique, comme de tout autre système international complexe, se heurte à de graves difficultés. Ne pas reconnaître ou analyser ces difficultés c'est se condamner à l'échec ; les confronter par une analyse rigoureuse est le seul moyen d'instaurer des garanties efficaces qui permettront un développement positif du système d'adoption internationale.

Le système d'adoption internationale s'inscrit dans le difficile contexte de la diminution des adoptions internationales. Malheureusement, certains accusent la Convention de La Haye d'avoir inutilement réduit le nombre des adoptions en encourageant des réglementations pesantes qui créent des obstacles arbitraires à l'adoption internationale. Ce document

* Professeur de droit constitutionnel, titulaire de la chaire Harwell G. Davis, Cumberland Law School, Samford University. Ce document d'information est en grande partie adapté d'un article à paraître : David M. Smolin, *Child Laundering and the Hague Convention on Intercountry Adoption: The Future and Past of Intercountry Adoption*, 48 *University of Louisville Law Review* (à paraître en 2010), version provisoire accessible à l'adresse : http://works.bepress.com/david_smolin/. L'auteur remercie Desiree Smolin car nous avons travaillé ensemble sur l'analyse du système d'adoption internationale actuel. Les étudiants en droit Shannon Hardin et Rachel Winford nous ont assisté dans nos recherches en vue de l'article à paraître dans le *University of Louisville Law Review* qui a servi en partie de base à ce document d'information.

¹ Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, 29 mai 1993, 32 I.L.M. 1138 [ci-après la Convention de La Haye].

² Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 U.N.T.S. 3, art. 21(e) [ci-après CDE].

³ Voir Convention de La Haye *supra* note 1 ; CDE, *supra* note 2, art. 21(b).

⁴ Voir Convention de La Haye *supra* note 1 ; CDE, *supra* note 2, art. 21(b).

⁵ Voir Convention de La Haye *supra* note 1, art 1, 32 ; CDE, *supra* note 2, art. 21(d).

⁶ Voir Convention de La Haye *supra* note 1, art 1(b) ; voir aussi CDE, *supra* note 2, art 35.

⁷ Voir Convention de La Haye *supra* note 1, art. 1.

d'information part au contraire du principe que le réel danger pour le système d'adoption internationale réside dans une mise en œuvre inadéquate de la Convention de La Haye, qui expose indûment le système aux pratiques abusives. Ce sont ces abus et le rejet de l'adoption internationale qu'ils produisent qui compromettent le plus gravement l'avenir de l'adoption internationale. Déréguler l'adoption internationale en abandonnant la Convention de La Haye ne ferait qu'aggraver la crise car le système se trouverait encore plus exposé aux abus. C'est donc une mise en œuvre de plus en plus efficace de la Convention qu'il faut rechercher si l'on veut tendre à l'idéal que constituerait un système d'adoption internationale éthique, structuré et viable.

Comme toute Convention multilatérale résultant de négociations diplomatiques, la Convention de La Haye sur l'adoption internationale est un instrument imparfait qui exprime d'indispensables compromis. Elle prévoit néanmoins des mécanismes pour établir la coopération internationale, responsabiliser, garantir et structurer, toutes conditions préalables à une pratique éthique de l'adoption internationale. Aussi, bien que cet article pointe parfois des omissions ou des imperfections de la Convention, la Convention elle-même est la meilleure opportunité qui s'offre aujourd'hui pour mettre en place un système d'adoption internationale structuré et éthique. Cependant, l'existence de la Convention n'est pas suffisante en elle-même pour atteindre cet objectif. Au plan pratique, le succès de la Convention dépend des mesures que prennent les États pour mettre en œuvre efficacement ses normes, ses idéaux, ses procédures et ses garanties.

Ce document d'information s'appuie sur de nombreuses données attestant qu'une mise en œuvre inadéquate de la Convention pose de graves obstacles au développement d'un système éthique et structuré d'adoption internationale. Certains de ces obstacles concernent la ratification, car de nombreuses nations qui sont des acteurs importants de l'adoption internationale ont reporté la ratification de la Convention de La Haye pendant plusieurs années ou n'y sont toujours pas parties. De nombreux obstacles ont trait au cycle d'abus dans lequel les nations d'accueil et les agences d'adoption entrent trop vite en relation avec de nouvelles nations d'origine avec lesquelles elles réalisent un grand nombre d'adoptions internationales échappant au cadre de la Convention de La Haye et sans garanties suffisantes contre les abus. Ce cycle entraîne une rapide augmentation du nombre d'adoptions avec les nations d'origine partenaires, suivie ultérieurement de pratiques abusives, de scandales, de moratoires et de fermetures. Face à ces situations, des relations sont établies avec d'autres nations d'origine et le cycle se répète⁸. Ce problème tient en grande partie au fait que les nations d'accueil parties à la Convention de La Haye choisissent de ne pas appliquer ses règles aux adoptions d'enfants originaires d'États non parties. Enfin, même dans les adoptions relevant de la Convention de La Haye, qui respectent officiellement ses procédures, des pratiques abusives persistent en raison de la mise en œuvre inadéquate des normes élémentaires de la Convention.

L'objectif de ce document d'information est donc de procéder à une analyse rigoureuse du problème particulier de l'enlèvement, de la vente et de la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale, tout en formulant des recommandations claires sur les moyens par lesquels une mise en œuvre efficace de la Convention de La Haye pourrait réduire ces pratiques au minimum et les éliminer. L'espoir est que cette mise en œuvre efficace contribue à la mise en place d'un système d'adoption internationale conforme aux idéaux élevés de la Convention.

⁸ Voir, par ex., David M. Smolin, *Child Laundering*, 52 Wayne Law Review 113, 132-135 (2006) (qui décrit les cycles d'abus dans le système d'adoption internationale), accessible en ligne à l'adresse : http://works.bepress.com/david_smolin/.

II. Enlèvement, vente et traite d'enfants dans l'élaboration et le texte définitif de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale

Pour évaluer la place des préoccupations relatives à la traite d'enfants dans la Convention de La Haye, il convient de procéder en deux temps : évaluer le langage de la Convention elle-même, puis examiner les documents relatifs à son élaboration. Le texte définitif de la Convention étant la meilleure preuve de ses objectifs et de ses préoccupations, il sera analysé en premier lieu. Les documents préparatoires seront étudiés ensuite afin d'examiner l'influence que les préoccupations suscitées par la traite d'enfants ont eues sur les travaux préparatoires. En ce qui concerne l'élaboration de la Convention, les documents préparatoires officiels fournis par la Conférence de La Haye de droit international privé sont des éléments particulièrement utiles, bien que d'autres documents soient également pertinents.

Cette analyse emploie le terme *child laundering*^{*} pour désigner une forme spécialisée de l'enlèvement, de la vente et de la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption. Le terme renvoie à l'obtention illicite d'enfants par la force, la fraude ou des sommes d'argent (incitation financière), à l'établissement de documents falsifiés identifiant l'enfant comme un « orphelin » adoptable légitimement abandonné et à son placement en vue de l'adoption par les circuits officiels du système d'adoption internationale.

A. Texte final

Le préambule de la Convention de La Haye énonce certains des principes et préoccupations qui la sous-tendent :

1. les enfants « doivent grandir dans un milieu familial... »⁹ ;
2. les nations « devrai[en]t prendre, par priorité, des mesures appropriées pour permettre le maintien de l'enfant dans sa famille d'origine »¹⁰ ;
3. « l'adoption internationale peut présenter l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel une famille appropriée ne peut être trouvée dans son État d'origine »¹¹ ;
4. les États parties reconnaissent « la nécessité de prévoir des mesures pour garantir que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux, ainsi que pour prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants »¹².

Il est important de reconnaître que la Convention de La Haye n'a pas, par ses termes, abordé toutes ces préoccupations. Tout d'abord, la Convention *n'oblige* en aucune façon les nations qui la ratifient à placer les enfants dans le cadre de l'adoption internationale en l'absence de milieu familial pour ces enfants dans leur pays d'origine. Ainsi, tout en posant pour principe que l'enfant doit « grandir dans un milieu familial », elle ne confère pas un droit à l'adoption internationale à un enfant placé dans un établissement en l'absence de placement dans une famille d'adoption nationale¹³. Elle vise à faciliter les adoptions internationales en les protégeant des pratiques abusives et en obtenant leur reconnaissance dans les États contractants¹⁴ ; elle ne va pas jusqu'à imposer aux États contractants de faire adopter leurs enfants à l'étranger quelles que soient les circonstances¹⁵.

^{*} [Note du Bureau permanent : le terme utilisé par l'auteur dans la version originale a été respecté.]

⁹ Voir Convention de La Haye *supra* note 1.

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ Voir Sara Dillon, *The Missing Link : A Social Orphan Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child, Human Rights and Globalization* L Rev, Fall/Spring 2008 39, p. 79.

¹⁴ Voir, par ex., Convention de La Haye, art. 1 ; voir aussi, *infra*, les notes et le texte qui les accompagnent.

¹⁵ Voir Conférence de La Haye de droit international privé, *La mise en œuvre et le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale, Guide de bonnes pratiques, Guide No. 1 (2008)*, p. 100, 102 [ci-après le Guide de bonnes pratiques de La Haye].

De même, bien que le préambule reconnaisse que la première priorité des nations doit être « des mesures appropriées pour permettre le maintien de l'enfant dans sa famille d'origine », la Convention elle-même ne fait pas explicitement de ces efforts une condition préalable à l'adoption internationale¹⁶. Ainsi, elle ne fait jamais mention dans son dispositif de mesures de préservation familiale. Elle impose en revanche que les parents biologiques qui consentent à une adoption soient « entourés des conseils nécessaires et dûment informés sur les conséquences de leur consentement »¹⁷ ; de surcroît, les consentements ne peuvent être « obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte »¹⁸. Si ces normes sont nécessaires pour prévenir l'obtention de consentements par la fraude ou la méprise et pour prévenir l'achat de bébés, elles sont très loin d'exiger le moindre effort actif de préservation familiale. Cette absence d'obligation explicite d'efforts de préservation familiale dans la Convention contraste avec la loi régissant le système de placement en familles d'accueil aux États-Unis, qui requiert généralement des efforts raisonnables pour maintenir un enfant dans sa famille avant de l'en éloigner et pour réunir l'enfant placé en famille d'accueil avec sa famille avant la déchéance des droits parentaux et l'adoption¹⁹. J'ai avancé ailleurs que le droit international considéré dans son ensemble ne reconnaît pas l'adoption internationale comme une intervention appropriée pour l'extrême pauvreté et impose qu'au minimum une modeste assistance financière soit proposée en lieu et place de l'adoption internationale²⁰. Il faut relever pourtant que le dispositif de la Convention de La Haye ne prévoit aucune obligation spécifique d'efforts de préservation familiale, financiers ou d'une autre nature, comme condition préalable à l'adoption internationale.

Ainsi, bien que le préambule de la Convention pose pour principes que les enfants doivent « grandir dans un milieu familial » et que des « mesures appropriées » doivent être prises pour « permettre le maintien de l'enfant » dans sa famille d'origine, ces principes ne sont pas repris dans la partie de la Convention consacrée à son objet (les buts ou objectifs)²¹. Certains pourraient arguer qu'ils figurent en filigrane dans l'objectif énoncé « d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international »²². Dès lors, certains pourraient soutenir que l'adoption internationale est nécessaire pour donner effet à l'intérêt supérieur et aux droits des enfants placés en institution²³. Le problème de cet argument, au plan de la Convention, est tout d'abord que la clause des objectifs mentionne des « garanties »²⁴. L'accent n'est pas mis sur les adoptions internationales en tant que moyens de garantir l'intérêt supérieur et les droits des enfants ; il s'agit plutôt d'assurer que les adoptions internationales réalisées soient entourées de garanties adéquates de sorte qu'elles ne violent pas les normes de l'intérêt supérieur et des droits de l'enfant. Dans ce contexte des « garanties », il est très difficile de lire dans la formulation générale relative à l'intérêt supérieur ou aux droits des enfants l'exigence que les nations autorisent leurs enfants à être adoptés à l'étranger. Le Guide de bonnes pratiques achevé en 2008 par la Conférence de La Haye de droit international privé confirme cette interprétation en énonçant « le principe général selon lequel la Convention n'impose pas aux États de réaliser des adoptions internationales »²⁵.

¹⁶ Convention de La Haye, *supra* note 1, préambule.

¹⁷ Convention de La Haye, *supra* note 1, art 4(c)(1).

¹⁸ Convention de La Haye, *supra* note 1, art. 4(c)(3).

¹⁹ Voir Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980, Pub. L. No. 96-272, 94 Stat. 500 (1980)(codifiée telle que modifiée dans divers articles du Titre 42, U.S.C.) [ci-après AACWA] ; Adoption and Safe Families Act, Pub. L. No. 105-89, 111 Stat. 2115 (1997) (codifiée aux articles 620-632, 670-679, Titre 42, U.S.C. (2000) [ci-après ASFA] ; voir en particulier article 671(a)(15) Titre 42 U.S.C. L'ASFA n'impose pas d'efforts raisonnables de réunion familiale dans certaines circonstances aggravées telles que la torture ou les abus sexuels. Article 671(a)(15)(D) Titre 42 U.S.C..

²⁰ David Smolin, Intercountry Adoption and Poverty : A Human Rights Analysis, 36 Capital University Law Review (2007)[ci-après Intercountry Adoption and Poverty].

²¹ Convention de La Haye, *supra* note 1, préambule et art. 1.

²² Convention de La Haye, *supra* note 1, art 1(a).

²³ Voir, par ex., Sara Dillon, *supra* note 13.

²⁴ Convention de La Haye, *supra* note 1, art. 1(a).

²⁵ Guide de bonnes pratiques de La Haye, *supra* note 15, p. 102.

On pourrait soutenir qu'une aide à la préservation familiale apportée aux familles biologiques est une « garantie » nécessaire pour que les adoptions internationales répondent à l'intérêt supérieur des enfants et protègent leurs droits. En matière de protection des enfants, on admet en général qu'il est habituellement dans l'intérêt supérieur des enfants de rester au sein de leur famille d'origine et que la perte de la famille d'origine viole plusieurs droits de l'enfant établis par la CDE²⁶. Il semblerait donc que l'obligation de proposer une aide modeste à un ou des parents que l'extrême pauvreté pousse à envisager d'abandonner leur enfant pour les aider à garder celui-ci soit une garantie nécessaire pour protéger l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant. Les enfants ne doivent pas inutilement perdre leur famille, et il est rationnel de faire des efforts raisonnables en vue de la préservation familiale avant d'accepter un abandon formel volontaire²⁷. Cependant, si c'est un « objet » de la Convention, il est remarquable qu'elle ne le mentionne pas explicitement dans son objet ou dans ses clauses opératoires. Ce traitement contraste par exemple avec celui du principe énoncé au préambule selon lequel l'adoption nationale doit être préférée à l'adoption internationale, qui trouve son expression dans le dispositif du Traité²⁸. Il semblerait ainsi que la Convention de La Haye reconnaisse certains principes qui ne figurent pas spécifiquement dans ses objectifs ou dans ses règles opératoires. La Convention de La Haye, quoique prééminente, n'est pas conçue pour exprimer tous les principes fondamentaux régissant l'adoption internationale.

Si la Convention de La Haye n'aborde pas tous les aspects de l'adoption internationale, lesquels aborde-t-elle ? La réponse réside dans les principes posés au préambule, énoncés dans la partie consacrée à son objet et repris dans ses parties opératoires²⁹. Le candidat le plus évident se trouve dans la formulation du préambule et de la partie consacrée à l'objet traitant de « l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants »³⁰. Le texte de la section consacrée à l'objet indique clairement qu'un des objectifs premiers de la Convention est d'instaurer un système d'adoption internationale comportant des garanties contre des pratiques abusives précises : celles que j'ai qualifiées de *child laundering* d'enfants »³¹. Les garanties instaurées par le Traité sont l'établissement d'un système de coopération entre les nations d'accueil et d'origine et un ensemble défini de fonctions et obligations des intervenants publics et privés du système d'adoption internationale³².

Même dans cet objectif de lutte contre la traite d'enfants dans le système d'adoption internationale, la Convention de La Haye ne prétend pas à l'exhaustivité. Ainsi les travaux préparatoires indiquent-ils que la Convention n'est pas destinée à apporter une réponse de droit pénal à ces pratiques ; tout au plus, elle faciliterait la dénonciation de délits aux autorités compétentes³³. Le postulat est que d'autres moyens, complémentaires à la Convention, apporteront les réponses appropriées de droit pénal à ces pratiques illicites. Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant (Vente d'enfants), adopté environ sept ans après la Convention de La Haye sur l'adoption internationale, répond à ce besoin en exigeant expressément des États contractants que leur droit pénal couvre certaines formes d'achats d'enfants aux fins de l'adoption³⁴.

Même dans le domaine civil ou administratif, la Convention de La Haye est conçue pour prévenir « seulement indirectement... l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants ... parce

²⁶ Voir Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 U.N.T.S. 3 art. 7, 8, 9 [ci-après CDE].

²⁷ Voir, de manière générale, *Intercountry Adoption and Poverty*, *supra* note 20.

²⁸ Voir Convention de La Haye *supra* note 1, préambule, art. 4(b).

²⁹ Voir Convention de La Haye *supra* note 1, préambule, art 1 et art.14-22.

³⁰ Voir Convention de La Haye *supra* note 1, préambule, art. 1(b).

³¹ Voir Convention de La Haye *supra* note 1, préambule et art. 1.

³² Voir Convention de La Haye *supra* note 1.

³³ Lettre du Secrétaire général d'Interpol donnant des informations sur la sphère d'activités de cette Organisation concernant la prévention de la criminalité dans le cadre de l'adoption internationale, Document préliminaire No 5 d'avril 1991, Actes et documents de la Dix-septième session, 10 au 29 mai 1993, Tome II Adoption – coopération [ci-après la Lettre d'Interpol] ; Rapport explicatif de G. Parra-Aranguren, Actes et documents de la Dix-septième session, 10 au 29 mai 1993, Tome II Adoption – coopération, Conférence de La Haye de droit international privé, p. 555 [ci-après Rapport explicatif].

³⁴ Voir Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, G.A. Res. 263, U.N. GAOR, 54th Sess., Supp. No. 49, U.N. Doc. A/Res/54/263 (2000), art. 3(a)(ii), [ci-après Protocole facultatif (Vente d'enfants)].

que l'on compte bien que par l'observation des règles de la Convention, de tels abus seront évités »³⁵. D'où le rejet des propositions tendant à qualifier la Convention d'« instrument contre les activités illicites ou irrégulières dans ce domaine » en faveur du titre retenu en dernier ressort : « Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale »³⁶. Ainsi, alors que la prévention des abus de la traite d'enfants au sein du système d'adoption internationale était un ressort essentiel en même temps qu'un objectif fondamental de la Convention, celle-ci a tenté d'atteindre cet objectif par le moyen indirect de l'instauration de garanties pour protéger l'enfant dans le cadre de l'adoption internationale. Ces garanties à leur tour comprenaient ou reposaient sur un système organisé de coopération internationale³⁷.

Il ressort donc de cet examen attentif qu'au lieu de représenter une approche intégrée de tous les aspects de l'adoption internationale, la Convention de La Haye est en fait un traité contre la traite, de surcroît très incomplet. Un élément moteur, et objectif, important de la Convention est de prévenir les pratiques d'adoption abusives, en ciblant spécifiquement l'enlèvement, la vente et la traite d'enfants ; la réponse de la Convention à ces fléaux est un ensemble de garanties et la coopération internationale³⁸. En un sens, la Convention est ambitieuse, car elle vise à éliminer la situation « chaotique, contradictoire et peu satisfaisante » en matière d'adoption internationale qui existait antérieurement et à lui substituer un système d'adoption internationale comprenant des procédures régularisées et des acteurs définis et agréés³⁹. D'un autre côté, son ambition est modeste puisqu'elle n'aborde pas certains principes importants de la protection de l'enfance ou des droits de l'enfant en jeu dans l'adoption internationale et ne couvre que partiellement les problèmes, comme les pratiques abusives de *child laundering*, qu'elle cherche effectivement à résoudre. Il ne s'agit pas de dire que le Traité est déficient, mais bien plutôt qu'il est conçu pour fonctionner dans un contexte plus large comprenant d'autres instruments juridiques, dont la Convention relative aux droits de l'enfant fait vraisemblablement partie.

B. Le *child laundering* et les travaux préparatoires

1. Le rapport van Loon

L'un des documents préparatoires les plus importants de la Convention de La Haye est le *Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger* de 1990 établi par J.H.A. (Hans) van Loon⁴⁰, qui allait ensuite devenir le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé⁴¹. Le 12 décembre 2007, à l'occasion du dépôt par les États-Unis de l'instrument de ratification, quelque dix-sept ans après ce rapport, le Secrétaire général remarquait :

[À] l'époque où les travaux sur la nouvelle Convention ont été entrepris, l'adoption internationale elle-même était menacée, les pays fermaient leurs frontières ou rendaient autrement l'adoption impossible. La Convention a établi

³⁵ Voir Rapport explicatif, *supra* note 33, p. 555.

³⁶ *Id.*, p. 555.

³⁷ *Id.*, p. 555.

³⁸ *Id.*, p. 555.

³⁹ J.H.A. van Loon, Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, Document préliminaire No 1 d'avril 1990, Travaux préliminaires, Actes et documents de la Dix-septième session, 10 au 29 mai 1993 [ci-après le Rapport van Loon], p. 101.

⁴⁰ J.H.A. van Loon, Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, Document préliminaire No 1 d'avril 1990, Travaux préliminaires, Actes et documents de la Dix-septième session, 10 au 29 mai 1993 [ci-après le Rapport van Loon] ; voir Peter H. Pfund, *Intercountry Adoption : The 1993 Hague Convention : Its Purpose, Implementation, and Promise*, 28 *Fam. L. Q.* 53, 54 (1994) (listant le « rapport très complet sur l'adoption internationale établi par Hans van Loon du Bureau Permanent » parmi les documents préparatoires importants dans l'élaboration de la Convention).

⁴¹ Voir, par ex., Déclaration de Hans van Loon, Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'occasion du dépôt de l'instrument de ratification de la Convention de La Haye ..., par les États-Unis d'Amérique, 12 décembre 2007 [ci-après Déclaration de Hans van Loon lors de la ratification]. Hans van Loon était Premier Secrétaire du Bureau Permanent à l'époque de l'élaboration de la Convention sur l'adoption internationale. Voir, par ex., Actes et documents de la Dix-septième session, 10 au 29 mai 1993, Tome II Adoption – coopération, p. 450.

un cadre global de stabilité en donnant aux pays le contrôle dont ils ont besoin pour faire confiance à leurs partenaires⁴².

Les remarques de Hans van Loon sont intéressantes, compte tenu de la propension actuelle de certains défenseurs de l'adoption à accuser la Convention de La Haye d'avoir réduit le nombre d'adoptions internationales⁴³. Du point de vue de Hans van Loon, l'adoption internationale était menacée et la Convention a préservé sa viabilité⁴⁴.

Qu'est-ce qui menaçait l'adoption ? Qu'est-ce qui avait amené les nations à se méfier de l'adoption et les avait incitées à fermer leurs frontières ? Les remarques de Hans van Loon en 2007 ne répondent pas à la question. Une lecture attentive du Rapport de 1990 indique que le système d'adoption internationale antérieur à la Convention de La Haye était particulièrement exposé aux risques de *child laundering*⁴⁵. Il est certain que sans employer ce terme, le Rapport en fait une excellente description. Concernant l'analyse du *child laundering* faite par le Rapport, les points suivants méritent particulièrement d'être relevés :

- (1) La partie E du Rapport est intitulée « Les abus en matière d'adoption d'enfants provenant de l'étranger »⁴⁶. Aucune autre partie n'est expressément consacrée aux « abus ». Le Rapport caractérise donc la traite d'enfants comme le principal abus de l'adoption internationale.
- (2) Le Rapport analyse les « 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 »⁴⁷. Il caractérise donc les pratiques telles que l'achat d'enfants aux fins de l'adoption internationale comme une forme intrinsèque de traite d'enfants.
- (3) Le Rapport décrit les trois méthodes illicites d'obtention d'enfants qui ont été exposées dans de plus récents scandales de *child laundering*. Ainsi déclare-t-il : « 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... »⁴⁸.
- (4) Le Rapport examine les « réseaux très étendus » intervenant dans l'« [o]rganisation de la traite : « 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 »⁴⁹.
- (5) Bien que le Rapport n'applique pas le terme *child laundering* à ces conduites répréhensibles, il emploie une terminologie similaire et décrit clairement le phénomène. Ainsi fait-il mention de ceux qui « versent des « pots de vin » aux autorités compétentes et « écoulent le produit »⁵⁰. Il relève également divers moyens de « [d]issimulation de l'état civil » de l'enfant tels que l'établissement d'actes de naissance et de déclarations d'abandon falsifiés⁵¹. « Pour que le trafic réussisse », relevait Hans van Loon, « il est indispensable que l'enfant quitte le pays d'origine d'une manière légale ou apparemment légale »⁵². Le concept de *child laundering* est donc clairement décrit : obtention d'enfants par des moyens illicites, falsification de

⁴² Déclaration de Hans van Loon lors de la ratification, *supra* note 41.

⁴³ Voir Elizabeth Bartholet, Slamming the Door on Adoption, Washington Post, Nov. 4, 2007, p. B07, accessible à l'adresse : <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/11/02/AR2007110201782.html> [ci-après l'éditorial d'E. Bartholet].

⁴⁴ Rapport van Loon, *supra* note 39, p. 51.

⁴⁵ *Id.*, p. 51.

⁴⁶ *Id.* p. 51.

⁴⁷ *Id.* p. 51.

⁴⁸ *Id.* p. 51.

⁴⁹ *Id.* p. 51.

⁵⁰ *Id.* p. 51.

⁵¹ *Id.* p. 53.

⁵² *Id.* p. 53.

leur état civil pour en faire des « orphelins » dûment abandonnés et « recyclage » de ces enfants dans le système d'adoption internationale⁵³.

- (6) Le Rapport rejette les rumeurs d'un « trafic d'organes prélevés sur des enfants » par manque de preuves, mais il relève que les enquêtes qui ont conclu que ces rumeurs n'étaient « pas justifiées » établissent « la réalité d'un gigantesque trafic d'enfants se réalisant à travers l'institution de l'adoption » dans deux pays d'Amérique centrale⁵⁴. Les données attestant du *child laundering* en 1990, à l'époque du Rapport van Loon étaient donc importantes.
- (7) Le Rapport se concentrait sur le caractère central de l'argent et des profits dans le problème des pratiques abusives de *child laundering* : « 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 »⁵⁵. Hans van Loon qualifiait donc les intermédiaires corrompus de « bénéficiaires »⁵⁶. Le Rapport admettait cependant qu'« il n'est pas toujours facile » de « faire le partage » entre la traite et « les services d'intermédiaires reconnus légaux et réguliers »⁵⁷. Il relevait que lors des préparatifs de la Convention relative aux droits de l'enfant, certains s'étaient opposés à l'idée qu'on puisse tirer des gains financiers légitimes de l'adoption ; cependant, la formulation définitive de la CDE, en interdisant le « profit matériel indu », avait implicitement autorisé les profits matériels légitimes. Hans van Loon ne donnait pas d'indication sur les moyens de faire ce partage critique entre le trafic d'enfants et les gains financiers acceptables⁵⁸.
- (8) La stratégie de Hans van Loon pour lutter contre la traite d'enfants en matière d'adoption internationale semblait consister en une nouvelle convention sur l'adoption internationale qui prévoirait une réglementation accrue doublée d'une coordination internationale plus étendue, et restreindrait « la liberté des institutions de jouer le rôle d'intermédiaires dans l'adoption internationale »⁵⁹.

Le Rapport van Loon décrivait trois objectifs d'une nouvelle Convention. Le premier concernait le principe de subsidiarité : « 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 »⁶⁰. Le deuxième consistait à « définir des critères et améliorer les pratiques et les procédures » pour l'adoption internationale⁶¹. Le troisième était de « contribuer à éliminer les abus de l'adoption transnationale, en particulier l'enlèvement ou la vente d'enfants »⁶².

Le bref descriptif des clauses opératoires d'une nouvelle Convention établi par Hans van Loon confirme le caractère central de l'objectif de lutte contre la traite dans la structure de la Convention. Pour Hans van Loon, « la lutte contre la traite internationale d'enfants » supposait « avant tout un contrôle strict des activités d'intermédiaires qui doivent satisfaire aux critères définis à leur intention »⁶³. De même, « des procédures claires et bien structurées de l'adoption transnationale » contribueraient à prévenir la traite d'enfants⁶⁴. Hans van Loon voulait ainsi remplacer la pratique de l'adoption internationale antérieure à la Convention, qu'il qualifiait de « chaotique, contradictoire et peu satisfaisante »⁶⁵ et qui

⁵³ Voir David M. Smolin, *Child Laundering*, 52 Wayne Law Review 113 (2006).

⁵⁴ Rapport van Loon, *supra* note 39, p. 53.

⁵⁵ *Id.* p. 53.

⁵⁶ *Id.* p. 53.

⁵⁷ *Id.* p. 53.

⁵⁸ *Id.* p. 53.

⁵⁹ *Id.* p. 55.

⁶⁰ *Id.* p. 93-95.

⁶¹ *Id.* p. 93 – 95.

⁶² *Id.* p. 93-95.

⁶³ *Id.* p. 95.

⁶⁴ *Id.* p. 95.

⁶⁵ *Id.* p. 101.

s'appuyait souvent sur des intermédiaires profiteurs aux motivations douteuses⁶⁶ par un système d'adoption internationale très structuré et hautement régulé dans lequel chaque acteur d'importance serait soit l'État, soit une entité sans but lucratif agréée par l'État⁶⁷.

Le mécanisme envisagé par Hans van Loon pour atteindre la régulation, la coordination entre États et le système d'adoption internationale organisés nécessaires était un régime d'« Autorités centrales » construit sur le modèle de précédentes Conventions de La Haye, en particulier la « Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants »⁶⁸. Il esquissait ainsi un système dans lequel les Autorités centrales seraient chargées d'exécuter toutes les étapes critiques liées aux adoptions ou d'agréer tous les acteurs intervenant en la matière⁶⁹. Hans van Loon était particulièrement désireux de décourager ou de prévenir les « adoptions indépendantes » « avec leur risque inhérent d'échec dû à une préparation insuffisante et à la possibilité d'un trafic »⁷⁰.

L'examen de la version définitive de la Convention montre que la vision large de Hans van Loon, au plan des objectifs et des méthodes pour les réaliser, est présente dans la Convention. Ainsi, sa proposition d'un système d'Autorités centrales garantissant un système d'adoption internationale structuré, régulé et coordonné à l'international est bien représentée dans le langage final de la Convention.

Cependant, les objectifs de Hans van Loon n'ont pas tous été exprimés dans le texte final. Les États-Unis en particulier ont insisté avec succès pour que la version définitive de la Convention autorise ce qu'on pourrait considérer comme une forme d'adoptions indépendantes : l'intervention dans le système d'adoption internationale de personnes physiques et d'agences poursuivant des buts lucratifs. Il semble bien que les objectifs des États-Unis pendant les négociations aient quelque peu différé de ceux de Hans van Loon. Ainsi, bien que Peter Pfund, le chef de la délégation des États-Unis, ait reconnu qu'à l'époque des négociations préparatoires à la Convention de La Haye, il ait été question de la traite d'enfants au sein du système d'adoption internationale, la lutte contre la traite était apparemment une préoccupation bien moins essentielle pour Peter Pfund et pour les États-Unis qu'elle ne l'avait été pour Hans van Loon et d'autres nations⁷¹. Il semble en effet probable que les États-Unis aient engagé les négociations avant tout pour tenter de maintenir un vivier d'enfants adoptables à l'international et en s'efforçant de préserver, pour les petites agences et les personnes physiques, la possibilité de participer à titre indépendant à l'adoption internationale⁷². Le compromis en dernier ressort consista à établir un système d'Autorités centrales qui autorisait l'intervention de personnes physiques et morales poursuivant des buts lucratifs, mais qui leur imposait de remplir des critères minimaux portant spécifiquement sur l'adoption internationale, et donc d'être agréées. La question du rôle respectif de l'État et des acteurs privés dans l'adoption internationale était ainsi en grande partie laissée au choix des nations ; le traité autorisait en effet des systèmes comme les États-Unis, qui faisaient appel à des personnes physiques et agences avec ou sans but lucratif pour exécuter nombre des tâches critiques relatives à l'adoption tout en étant soumises à la régulation et à la surveillance des Autorités centrales⁷³, et permettait également aux États de mettre l'accord en œuvre par le biais d'un monopole d'État sur tous les services et fonctions critiques relatifs à l'adoption ou de limiter l'intervention des agences privées aux organismes sans but lucratif⁷⁴.

⁶⁶ *Id.* p. 53, 95.

⁶⁷ *Id.* p. 93-101.

⁶⁸ *Id.* p. 95.

⁶⁹ *Id.* p. 95-99.

⁷⁰ *Id.* p. 97.

⁷¹ Voir Pfund, *supra* note 40, p. 56, 59-63.

⁷² Voir Pfund, *supra* note 40, p. 59-63.

⁷³ Voir Comments on the Final Regulations Implementing the Hague Adoption Convention, *Ethica*, mars 2006, accessible à l'adresse : <http://www.ethicanet.org/HagueRegComments.pdf>.

⁷⁴ Voir Pfund, *supra* note 40, p. 59-63.

2. Documents préparatoires après le Rapport van Loon

L'élaboration de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale fut une entreprise longue et de grande ampleur. Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé consacra « un nombre incalculable d'heures de préparation » au cours des cinq années d'efforts, de 1988 à 1993, qui aboutirent à la Convention⁷⁵. La diffusion du Rapport van Loon en avril 1990 fut suivie de « trois sessions préparatoires de deux semaines chacune d'une Commission spéciale de la Conférence de La Haye ... suivies de la Dix-septième session... de la Conférence de La Haye »⁷⁶. Soixante-six nations, dont la moitié environ étaient des pays d'origine, et dix-huit organisations (principalement non gouvernementales) participèrent à la Dix-septième session qui approuva à l'unanimité le texte final de la Convention le 29 mai 1993⁷⁷.

Pour la Conférence de La Haye, la Convention puise ses racines dans l'échec d'une Convention antérieure, la Convention de La Haye de 1965 sur l'adoption, à recueillir un nombre significatif de ratifications⁷⁸. Plus fondamentalement, la Convention a été influencée par la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), conclue en novembre 1989, au moment précis où la Conférence de La Haye commençait sérieusement ses travaux sur une nouvelle Convention sur l'adoption⁷⁹. L'article 21, le principal article de la CDE portant sur l'adoption, appelait les États parties à promouvoir les objectifs qui y étaient énoncés « en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux »⁸⁰. Aussi la Conférence de La Haye considérait-elle qu'elle répondait à l'appel de la CDE à l'élaboration d'une nouvelle convention multilatérale sur l'adoption⁸¹. De plus, l'objectif déclaré de la Convention de La Haye, « prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants », est une réponse à l'appel de la CDE à prendre « toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit »⁸². La Convention de La Haye applique ainsi cet appel général à la prévention de la traite d'enfants au domaine particulier de l'adoption internationale qui, au tournant des années 90, était déjà connue comme un domaine sujet aux pratiques abusives de l'enlèvement, de la vente et de la traite d'enfants.

Les documents préparatoires qui ont suivi le Rapport van Loon confirment à la fois la place centrale de la lutte contre la traite d'enfants dans l'élaboration de la Convention et le caractère indirect et partiel de la réponse qu'elle apporte à ces préoccupations. Les deux exemples suivants concernent les phases précoces des préparatifs :

- (1) En novembre 1989, avant la conclusion du Rapport van Loon, le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye établit un Mémoire « sur la préparation d'une nouvelle Convention... »⁸³. Le Bureau Permanent relevait :

« le besoin de créer un système de surveillance, dans le but d'assurer que ces normes seront respectées (que peut-on faire pour empêcher les adoptions interétatiques qui ne sont pas faites dans l'intérêt de l'enfant; comment peut-on protéger les enfants contre une adoption faite par fraude, sous contrainte ou sous l'emprise du lucre; des mesures de contrôle devraient-elles être imposées à l'encontre des agences spécialisées en matière d'adoption interétatique, soit

⁷⁵ Voir Pfund, *supra* note 40, p. 54.

⁷⁶ *Id.* p. 54.

⁷⁷ *Id.* p. 54-55.

⁷⁸ Voir Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption.

⁷⁹ Voir Conclusions de la Commission spéciale de juin 1990 sur l'adoption internationale, Document préliminaire No 3 d'août 1990, p. 129 (« La Convention devrait prendre pour points de départ la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant ... qui recommande la conclusion d'accords multilatéraux ayant pour objet de promouvoir les normes énoncées à son article 21 »).

⁸⁰ CDE, *supra* note 2, art. 21(e) ; voir aussi *supra* note 79 (Conclusions de la Commission spéciale, p. 129).

⁸¹ Voir *supra* note 79.

⁸² CDE, *supra* note 2, art. 35.

⁸³ Voir Bureau Permanent, Mémoire sur la préparation d'une nouvelle convention sur la coopération internationale et la protection des enfants en matière d'adoption interétatique, cité dans G. Parra-Aranguren, Rapport de la Commission spéciale [ci-après Rapport de la Commission spéciale], Documents préparatoires, p. 179 & n. 12.

dans les pays où les enfants sont nés, soit dans ceux dans lesquels ils seront transportés?)⁸⁴. »

- (2) Il fut décidé dès l'origine (en 1988) que « toute activité entreprise par la Conférence [de La Haye] sur l'adoption sans la collaboration de ces pays d'origine des enfants qui n'étaient pas Membres de la Conférence n'aurait pratiquement aucune valeur »⁸⁵. Aussi des contacts furent-ils pris en 1988 pour déterminer si les États non membres de la Conférence seraient disposés à participer avec la Conférence à l'élaboration d'une nouvelle Convention, avec des résultats encourageants⁸⁶. Dix pays d'Amérique latine, Membres et non membres de la Conférence, participèrent à la première session de la Commission spéciale⁸⁷. Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye suggéra que « compte tenu de l'importance considérable des pays d'Amérique latine dans le domaine de l'adoption internationale, il y aurait grand avantage à faciliter » leur participation en leur permettant de s'exprimer en espagnol et de faire traduire leurs remarques dans les « langues de travail officielles, le français et l'anglais »⁸⁸. Cette proposition fut acceptée à l'issue d'un vote des États membres de la Conférence de La Haye⁸⁹. Les pays d'Amérique latine prouvèrent ensuite leur « vif intérêt » en organisant un séminaire en avril 1991 à Quito, Équateur, « afin d'examiner les problèmes liés à l'adoption internationale dans la perspective de la Convention devant être élaborée par la Conférence de La Haye et quatre groupes de travail furent créés ... »⁹⁰. Deux d'entre eux concernaient la traite d'enfants, l'un intitulé « le trafic d'enfants en Amérique latine » et le deuxième « formes possibles de coopération internationale en matière d'adoption et de trafic d'enfants »⁹¹.

Ces deux exemples indiquent que le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, mais aussi les pays d'origine d'Amérique latine qui participaient, étaient dès le début du processus préparatoire très préoccupés du *child laundering*/de la traite d'enfants en tant qu'abus primordial de l'adoption internationale.

En même temps, les documents préparatoires confirment aussi que tout en étant conçue pour répondre à ces préoccupations suscitées par le *child laundering*/la traite d'enfants, la Convention ne les abordait que partiellement et indirectement⁹². Ainsi, le Rapport explicatif, qui comprend une partie des documents préparatoires, déclare-t-il :

« Malgré la fin du quatrième alinéa du préambule [« prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants »], il ne faut pas perdre de vue que l'objectif principal de la Convention est d'établir certaines garanties pour protéger l'enfant en cas d'adoption internationale ainsi que de mettre en place un système de coopération entre les États contractants pour que ces garanties soient effectivement respectées. La Convention ne prévient donc pas directement, mais seulement indirectement, « l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants » comme le réitère l'alinéa *b* de l'article premier, parce que l'on compte bien que par l'observation des règles de la Convention, de tels abus seront évités.⁹³ »

Cette remarque, qui est celle de l'auteur du Rapport explicatif (G. Parra-Aranguren) et non des diverses Commissions spéciales et Sessions qui ont élaboré la Convention, est intéressante par sa contradiction apparente avec le texte final de la Convention⁹⁴. Il semble que G. Parra-Aranguren tente de dire que « l'objectif principal » de la Convention réside dans les garanties et la coopération internationale, et non dans la prévention de l'enlèvement, de la vente ou de la traite d'enfants, bien que ce dernier objectif figure

⁸⁴ Voir *id.*

⁸⁵ Rapport de la Commission spéciale, *supra* note 71, p. 177.

⁸⁶ Voir *id.* p. 179.

⁸⁷ Voir *id.* p. 181 & n. 21.

⁸⁸ *Id.* p. 181.

⁸⁹ *Id.* p. 183.

⁹⁰ *Id.* p. 183.

⁹¹ *Id.* p. 183.

⁹² Voir Dillon, *supra* note 13.

⁹³ G. Parra-Aranguren, Rapport explicatif, para. 52, p. 555.

⁹⁴ Voir *id.*

clairement dans le préambule et dans la clause des objectifs de la Convention⁹⁵. G. Parra-Aranguren, en tant qu'auteur d'un Rapport, n'a pas autorité pour contredire le texte réel de la Convention ; pourtant, il tente d'exprimer un thème qui traverse l'ensemble des documents préparatoires, y compris le Rapport van Loon : la Convention n'est conçue que comme une solution partielle et indirecte au problème de la traite d'enfants et des méfaits apparentés dans le cadre de l'adoption internationale⁹⁶. Ainsi, s'il est certain que la traite d'enfants dans l'adoption internationale était un élément moteur primordial de la Convention et que celle-ci était conçue pour répondre à ces pratiques abusives, le Traité n'approche ces méfaits qu'indirectement. La théorie de la Convention est que le système organisé de garanties et de coopération internationale leur fera obstacle. Si G. Parra-Aranguren a tort de vouloir éliminer la prévention de la traite des objectifs fondamentaux du Traité, il a raison de penser que la stratégie première du Traité est l'établissement de garanties et d'une coopération internationale, et qu'il ne prétend pas apporter une réponse complète à la traite dans le système de l'adoption internationale.

G. Parra-Aranguren relève ainsi le rejet par la Commission spéciale d'une proposition tendant à qualifier expressément la Convention d'« instrument contre les activités illicites ou irrégulières dans ce domaine »⁹⁷. Il évoque aussi à juste titre la correspondance de la Conférence de La Haye avec Interpol concernant la Convention, qui démontrait que la Convention en elle-même n'était pas conçue pour apporter des réponses de droit pénal à la traite d'enfants dans le cadre de l'adoption, mais plutôt pour établir des protections contre de tels abus tout en facilitant la dénonciation de ces infractions pénales aux autorités compétentes⁹⁸. La Convention n'est pas même une réponse exhaustive à « l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants », et à plus forte raison à toutes les pratiques abusives dans le domaine de l'adoption internationale.

III. Le *child laundering*, un problème persistant du système d'adoption internationale

La deuxième partie de ce document d'information établit que l'objet de la Convention de La Haye était de réformer la situation de l'adoption internationale, vue comme « chaotique », « incohérente » et particulièrement sujette aux abus de *child laundering*/traite d'enfants⁹⁹. La réforme devait être accomplie par l'instauration d'un système d'adoption internationale structuré qui se caractériserait par des garanties et la coopération internationale, dans le but de prévenir « l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants »¹⁰⁰. Le mécanisme fondamental de cette réforme était un système d'Autorités centrales qui pourraient exercer la surveillance nécessaire et assumer la responsabilité de toutes les fonctions, personnes et organisations importantes intervenant dans l'adoption internationale, suivant des normes minimales énoncées dans la Convention. Le système d'Autorités centrales devait également faciliter la nécessaire coopération internationale.

Malheureusement, le *child laundering* demeure un problème systémique dans le système d'adoption internationale contemporain. Les articles publiés et en cours de rédaction de l'auteur, qui sont accessibles en ligne en anglais, ont amplement documenté les scandales omniprésents du *child laundering*/de la traite d'enfants touchant un grand nombre de nations d'origine et d'accueil depuis l'élaboration de la Convention de La Haye¹⁰¹. Ces scandales sont si réguliers et si nombreux que malgré la rédaction de six articles en à peu près cinq ans, ce corpus de travaux de plusieurs centaines de pages ne présente qu'un échantillon des affaires de traite d'enfants/*child laundering* dont l'auteur a eu connaissance. Les nations d'origine particulièrement touchées par d'importantes affaires de *child laundering*/traite d'enfants au cours des vingt dernières années sont le Cambodge, la Chine, le Guatemala,

⁹⁵ Voir Convention de La Haye *supra* note 90 , préambule, art. 1(b).

⁹⁶ G. Parra-Aranguren, Rapport explicatif, *supra* note 33, para. 52, p. 555.

⁹⁷ Rapport explicatif, para. 53, p. 555.

⁹⁸ Rapport explicatif, para. 54, p. 555 ; voir aussi Lettre d'Interpol, *supra* note 33.

⁹⁹ Rapport van Loon, *supra* note 39, p. 129.

¹⁰⁰ Voir Convention de La Haye *supra* note 1, préambule et art. 1.

¹⁰¹ Voir http://works.bepress.com/david_smolin/

l'Éthiopie, Haïti, l'Inde, le Liberia, le Népal, Samoa, le Tchad et le Vietnam¹⁰². La plupart (et sans doute la totalité) des pays qui accueillent de nombreux enfants ont accepté des placements d'enfants issus de circuits fortement touchés par le *child laundering*. (L'auteur serait très heureux d'évoquer des affaires ou nations particulières dans les limites autorisées par les règles de confidentialité applicables, lors de la Commission spéciale ou en dehors de celle-ci).

Comme nous le verrons plus loin, le problème systémique persistant du *child laundering* tient plus à une mise en œuvre inadéquate de la Convention qu'aux imperfections de la Convention elle-même. En effet, la plupart des nations d'origine concernées n'avaient pas ratifié ou mis en œuvre la Convention à l'époque des faits. Dans la plupart des affaires de *child laundering* impliquant des États d'origine parties à la Convention, des éléments attestent clairement de carences fondamentales de la mise en œuvre. Les actes des nations d'accueil jouent un rôle prééminent dans la forte incidence du *child laundering*. Les États-Unis, statistiquement responsables en tant que nation d'accueil de la majorité des adoptions internationales, n'ont ratifié la Convention que le 1^{er} avril 2008. Même après l'avoir ratifiée, ils ont choisi de ne pas appliquer les normes de la Convention aux adoptions d'enfants originaires d'États non parties à celle-ci. Les nations d'accueil ont échoué à mettre efficacement en œuvre les garanties de la Convention, même lorsqu'elles ont choisi d'opérer dans des contextes où la corruption et les pratiques abusives en matière d'adoption étaient des risques connus. Dans ces circonstances, il est clair que l'absence de ratification et de mise en œuvre efficace de la Convention a été la cause première de la persistance de pratiques abusives dans le cadre de l'adoption. Cela permet d'espérer qu'une mise en œuvre efficace de la Convention puisse réduire ou éliminer le *child laundering*.

Étant donné la nature de cette Commission spéciale, il ne semble pas opportun d'employer la méthodologie des articles de recherche de l'auteur, qui consiste à prendre l'exemple d'un scandale précis, car il pourrait sembler que des nations particulières sont injustement stigmatisées. En réalité, sans être universel, le problème du *child laundering* dans le système d'adoption internationale est systémique, il touche l'adoption internationale dans sa globalité. De plus, certaines nations généralement épargnées par les problèmes de *child laundering* souffrent de problèmes apparentés qui résultent d'une difficulté courante, celles

¹⁰² Hormis les travaux considérables de l'auteur, accessibles à l'adresse : http://works.bepress.com/david_smolin/, un petit échantillon de la littérature consacrée au *child laundering* /trafic d'adoption comprend les documents suivants : Voir, par ex., Ambassade des États-Unis, Adopted Children Immigrant Visa Unit, Summary of Irregularities in Adoptions in Vietnam, 25 avril 2008, accessible à l'adresse : http://vietnam.usembassy.gov/irreg_adoptions042508.html ; Conférence de La Haye de droit international privé, Programme d'assistance technique en matière d'adoption internationale, Report of Mission to Nepal 23-27 nov. 2009 (4 février 2010), accessible à l'adresse : http://www.hcch.net/upload/wop/nepal_rpt09.pdf ; Richard Cross, Rushton Distinguished Lecture Series – Reforming Intercountry Adoption : Present Realities and Future Prospects, Cumberland Law School, Samford University, "What Really Happened in Cambodia," (15 avr. 2005), accessible à l'adresse : <http://www.cumberland.samford.edu/faculty/david-m-smolin> ; Trish Maskew, Child Trafficking and Intercountry Adoption : The Cambodian Experience, 35 Cumberland Law Review 619 (2005) ; U.S. Immigration and Customs Enforcement, Backgrounder, Operation Broken Hearts (19 nov. 2004) ; Rapport de la Rapporteuse spéciale chargée d'étudier la question de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants 5-18, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, 56^e session, Point 13 de l'ordre du jour, U.N. Doc. E/CN.4/2000/73/Add.2 (2000) accessible à l'adresse : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/101/54/PDF/G0010154.pdf?OpenElement> ; Esben Leifsen, Child Trafficking and Formalisation : The Case of International Adoption from Ecuador, 22 Children & Society 212 (2008) ; The Schuster Institute for Investigative Journalism, comprenant un abandon corpus d'articles de presse et de rapports nationaux relatifs à l'adoption, accessible à l'adresse : <http://www.brandeis.edu/investigate/gender/adoption/index.html> ; <http://fleasbiting.blogspot.com/>. (blog de Desiree Smolin et Usha Smerdon rassemblant de nombreux articles de presse et rapports sur les pratiques abusives en matière d'adoption internationale dans divers pays) ; Patricia J. Meier et Xiaole Zhang, *Sold Into Adoption : The Hunan Baby Trafficking Scandal Exposes Vulnerabilities in Chinese Adoptions to the United States*, 39 *Cumb. L. Rev.* 87, 91 (2009) ; Barbara Demick, Chinese babies stolen by officials for foreign adoption, *L.A. Times*, 20 sept. 2009, accessible à l'adresse : <http://www.latimes.com/news/nationworld/world/la-fg-china-adopt20-2009sep20,0,491086.story> ; Arun Dohle, Inside Story of an Adoption Scandal, 39 *Cumberland Law Review* 131 (2008) ; Correspondant étranger (ABC News Australia), Fly Away Children & Fly Away Home (rapports d'investigation sur l'Éthiopie), accessible en format imprimé et en vidéo à l'adresse : <http://www.abc.net.au/foreign/content/2009/s2686908.htm> et <http://www.abc.net.au/foreign/content/2010/s2834100.htm>.

de l'insuffisance des normes appliquées au fonctionnement effectif des systèmes de protection de l'enfance et d'adoption. Donner l'impression que les défaillances du système d'adoption internationale ne sont dues qu'aux insuffisances de quelques nations serait donc une erreur.

L'échec à endiguer le flux constant d'affaires et de scandales de *child laundering* met en péril la viabilité continue du système d'adoption internationale. L'association continue de l'adoption internationale avec la traite et la corruption encourage un grand nombre de nations qui pourraient être des pays d'origine à ne pas participer ou à participer le moins possible à l'adoption internationale. Ainsi, la plupart des nations d'Afrique et d'Amérique latine ne participent que de manière minimale, voire pas du tout, à l'adoption internationale et les scandales de *child laundering* ont conduit à d'importants moratoires dans des nations actives d'Asie et d'Amérique latine. Des décennies de scandales de *child laundering* ont sérieusement porté atteinte à la réputation de l'adoption internationale alors que le système ne peut être viable à long terme que si l'adoption est vue comme une pratique éthique de protection de l'enfance.

L'impact néfaste des scandales persistants de *child laundering* a peut-être été masqué par la forte augmentation des adoptions internationales enregistrée entre 1993 (année de la conclusion de la Convention de La Haye) et 2004. Dans cet intervalle, les adoptions internationales d'enfants aux États-Unis, qui accueillent généralement plus de la moitié des enfants placés à l'étranger, ont été approximativement multipliées par trois (de 7 377 à 22 990 adoptions annuelles). À l'échelle mondiale, les adoptions internationales ont atteint un sommet estimé à 45 000 en 2004 (dont près de 23 000 rien qu'aux États-Unis). Cependant, cette augmentation a été surtout le fait de la Chine, du Guatemala et de la Russie et n'était pas représentative de l'instauration d'un système d'adoption internationale structuré et étendu. Le recul enregistré par la suite en Chine, au Guatemala et en Russie, en partie causé par les scandales systémiques de la traite d'enfants au Guatemala, a entraîné de forts reculs des adoptions internationales de 2005 à nos jours. Ainsi, après avoir culminé à presque 23 000 en 2004, les adoptions internationales aux États-Unis ont été ramenées à moins de 13 000 en 2009 et devraient être inférieures à 10 000 en 2010 selon les prévisions. D'autres pays d'accueil importants enregistrent aussi un déclin. Les adoptions internationales pourraient retrouver leurs niveaux antérieurs à la Convention dans les prochaines années. Un examen attentif montre ainsi que le système contemporain d'adoption internationale reste sujet à des cycles d'abus, de moratoires et d'arrêts, à des scandales et à des pratiques abusives, ces instabilités ayant d'importantes conséquences sur le fonctionnement pratique et la réputation de l'adoption internationale.

Au-delà des atteintes portées au système d'adoption internationale, les pratiques de *child laundering* ont gravement nui à de nombreuses familles et individus. De nombreuses familles d'origine (ou biologiques) ont connu l'extrême souffrance de perdre leurs enfants au profit de trafics d'adoption organisés, ce qui constitue une profonde atteinte aux droits humains. Des dizaines de milliers de parents adoptifs sont dans l'incertitude quant au statut réel de leur enfant adoptif, orphelin légitime ou enfant volé, ou ont fait la découverte dévastatrice qu'ils ont adopté des enfants volés ou achetés. Un nombre important mais incertain d'enfants adoptés ont inutilement souffert la perte de leur famille d'origine, ce qui constitue une privation de droit importants garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE). Des enfants plus âgés adoptés dans ces circonstances ont connu des difficultés psychologiques extrêmement graves, tandis que certains enfants adoptés alors qu'ils étaient bébés ont, en tant qu'adoptés adultes, dû endurer la douleur d'apprendre le caractère illicite de leur adoption. (Le documentaire « Orphans » qui sera diffusé lors de la session de l'après-midi du 17 juin apporte un éclairage sur l'expérience de certains individus frappés par le *child laundering* au Népal : l'auteur peut fournir sur demande une documentation bien plus abondante sur les maux causés aux personnes et familles concernées dans tout un ensemble de nations).

IV. Causes de la persistance du *child laundering* dans le système de l'adoption internationale à l'ère de la Convention de La Haye

La persistance du *child laundering* dans le système d'adoption internationale trouve son origine dans les carences de la mise en œuvre de la Convention. Ces insuffisances résultent d'un défaut de volonté politique associé à de mauvaises pratiques dans le domaine de la protection de l'enfance et de l'adoption dans de nombreuses nations participantes, voire dans toutes.

Ces carences se manifestent de diverses façons :

- (1) Les États-Unis, première nation d'accueil par le nombre d'enfants adoptés n'ont ratifié la Convention de La Haye que le 1^{er} avril 2008. Or, puisque les États-Unis réalisent plus de la moitié des adoptions internationales, la plupart des adoptions internationales ont échappé au système pendant les quinze premières années de l'ère de la Convention de La Haye.
- (2) Lorsqu'ils ont ratifié la Convention de La Haye, les États-Unis, n'ont pas prévu, par voie législative ou administrative, certains des outils ou pratiques les plus élémentaires pour une mise en œuvre efficace. Premièrement, ils n'ont pas instauré de mécanisme ou d'autorité juridique pour limiter le montant que les agences d'adoption américaines fournissent ou dépensent dans les nations d'origine ; ils leur permettent ainsi de continuer à encourager la corruption et le *child laundering*. Deuxièmement, les États-Unis n'ont pas prévu la mise en œuvre des normes de la Convention de La Haye pour les adoptions d'enfants originaires d'États non parties, ce qui rend caduque la ratification de la Convention de La Haye dans un pourcentage d'adoptions significatif. Troisièmement, les États-Unis n'ont pas prévu de règle qui impute aux agences d'adoption privées américaines la responsabilité légale des activités de *child laundering* exercées par leurs partenaires étrangers ou par des facilitateurs indépendants avec lesquels elles passent contrat. Quatrièmement, les États-Unis ont échoué, en ce qui concerne l'agrément, à contraindre les agences à rendre des comptes lorsqu'elles travaillent en partenariat avec des agences ou des personnes étrangères qui prennent part à des activités de *child laundering* ou à d'autres pratiques corrompues. Cinquièmement, les États-Unis ont continué à autoriser les agences d'adoption américaines à transférer les risques de l'adoption internationale aux membres de la triade de l'adoption (adoptés, parents adoptifs et familles d'origine) par des clauses contractuelles qui évoquent les risques de manière générique pour ensuite décliner toute responsabilité.
- (3) De nombreuses nations d'accueil importantes ont échoué à établir ou identifier un protocole crédible pour traiter les affaires de *child laundering* potentiel, en particulier celles dans lesquelles l'enfant est arrivé dans la nation d'accueil. Ainsi, même lorsque les membres de la famille d'origine se manifestent ou sont identifiés, les autorités et les systèmes juridiques du pays d'accueil semblent paralysés, et ne font rien au lieu d'enquêter et d'intervenir. Un sentiment d'impunité est ainsi instauré par rapport au *child laundering* dans le système d'adoption internationale, car il n'y a pas de mise en cause même dans les cas avérés de *child laundering*.
- (4) Les Autorités centrales et d'importantes agences de placement, publiques et privées, dans des nations d'accueil importantes adoptent fréquemment une attitude de candeur, si bien qu'elles sont apparemment les dernières informées des scandales de *child laundering*. L'enquête sur ces affaires et leur suivi sont souvent laissés aux membres lésés de la triade de l'adoption, à la presse et aux organisations non gouvernementales (ONG).
- (5) De nombreuses nations d'origine importantes n'ont pas ratifié la Convention de La Haye. Il faut dire, dans ce contexte, qu'il est possible d'établir un système d'adoption fonctionnel et éthique sans ratifier la Convention de La Haye. En outre, la ratification en elle-même n'est pas une panacée car certaines nations d'origine, tout en ayant ratifié la Convention de La Haye, sont sujettes à d'importantes affaires de trafic d'enfants en raison d'une mise en œuvre inadéquate de ses dispositions.

Cependant, il est vrai également que plusieurs nations particulièrement sujettes au *child laundering* n'ont pas ratifié la Convention et que le cycle d'abus concerne fréquemment des nations d'accueil et des agences d'adoption qui entreprennent délibérément de travailler avec des États non parties à la Convention pour trouver des enfants.

- (6) La pratique de l'adoption internationale est souvent contraire au principe de subsidiarité malgré l'acceptation de diverses versions de ce principe tant dans la Convention de La Haye sur l'adoption internationale que dans la CDE. (Le principe de subsidiarité impose de préférer certaines interventions nationales à l'adoption internationale). Paradoxalement, on n'a pas considéré que le principe de subsidiarité le plus élémentaire, selon lequel l'enfant doit rester au sein de sa famille d'origine lorsque c'est possible et que cela ne lui nuit pas, requiert une mise en œuvre active. Les pratiques de l'adoption internationale qui ne comportent pas d'efforts raisonnables de préservation familiale, en particulier dans les cas d'extrême pauvreté, sont considérées comme normales et licites ; lorsque des efforts de préservation familiale sont consentis, ils sont jugés louables ou exceptionnels, et non exigés légalement. Dès lors qu'on a accepté les abandons formels volontaires en vue de l'adoption internationale dont la raison principale est la pauvreté, sans aucune offre d'assistance inconditionnelle pour permettre à l'enfant de demeurer au sein de sa famille, on a décrédibilisé le postulat éthique de l'adoption internationale en tant qu'acte humanitaire. L'adoption internationale représentait alors une décision de dépenser d'importantes sommes d'argent pour envoyer l'enfant à l'étranger alors même qu'une très faible fraction de ces sommes aurait suffi à aider la famille d'origine à rester ensemble. L'adoption internationale en tant que réponse à l'extrême pauvreté dans les nations en développement crée un système d'adoption internationale au service du désir d'enfant de personnes dans les pays riches, plutôt qu'une réponse réellement humanitaire à l'intérêt supérieur des enfants. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que la règle selon laquelle l'adoption nationale doit être préférée à l'adoption internationale ait été souvent contournée, cette situation tenant pour beaucoup aux incitations financières données aux orphelinats et intermédiaires d'adoption à organiser des placements internationaux.

Dès lors que la pauvreté des parents suffisait pour obtenir des enfants en vue d'un placement international, il n'y avait qu'un pas à faire pour obtenir des enfants par des incitations financières, la fraude ou la contrainte. Dans tous ces cas, on a profité de la vulnérabilité impuissante des familles d'origine. Entre permettre à une mère affamée de renoncer à sa fille parce qu'elle ne peut pas la nourrir et payer à la femme une petite somme d'argent pour abandonner formellement l'enfant, la frontière est ténue, et donc particulièrement facile à franchir.

La renonciation à une pratique rigoureuse de la subsidiarité a également engendré un système d'adoption internationale qui tend, soit à pervertir les systèmes nationaux de protection de l'enfance, soit à exister comme un système parallèle, à part, qui fonctionne indépendamment des efforts nationaux de protection de l'enfance et des efforts internationaux d'aide au développement économique. C'est pourquoi de nombreuses organisations et personnes intervenant dans des projets de développement économique, d'aide humanitaire ou de protection nationale de l'enfance de grande ampleur évitent toute implication dans l'adoption internationale, parce qu'elles comprennent que telle qu'elle est couramment pratiquée, elle tend à dénaturer et corrompre ces systèmes.

Ces diverses carences de volonté politique et ces pratiques médiocres en matière d'adoption et de protection de l'enfance reposent souvent sur une perception imprécise des contextes de l'adoption internationale. Le contexte le plus fondamental concerne la difficulté intrinsèque à protéger la procédure d'obtention d'un enfant auprès de ses parents ou de sa famille. Pour préserver la légitimité de l'abandon formel, il faut que quelqu'un soit en mesure de superviser les échanges entre les membres d'une famille d'origine souvent pauvres, vulnérables et illettrés ou peu instruits et les personnes riches, instruites et puissantes qui obtiennent les enfants. En outre, ces échanges sont nécessairement des interactions sensibles, qui

peuvent demander confidentialité et discrétion, ce qui rend les investigations et le contrôle particulièrement difficiles. Dans ces circonstances, il est probablement impossible d'élaborer une méthode fiable pour protéger directement l'interaction fondamentale par laquelle la famille d'origine confie son enfant aux fins de l'adoption internationale. Se contenter de contrôler les documents d'abandon ou d'abandon formel volontaire a évidemment très peu de sens au plan réglementaire, dans un contexte où les parents d'origine ne savent peut-être pas lire les documents en question et a fortiori les comprendre et où il serait de toute façon possible d'établir systématiquement de faux certificats d'abandon a posteriori. Par ailleurs, l'abandon formel volontaire peut être remplacé par un abandon lorsqu'il devient trop dangereux pour les trafiquants de nommer les membres de la famille d'origine dans les documents d'abandon formel volontaire. Dans ces circonstances, le seul moyen de prévenir l'obtention illicite d'enfants en vue de l'adoption internationale est de supprimer toute incitation à une telle activité. C'est pourquoi l'échec à limiter très strictement et efficacement les aspects monétaires de l'adoption internationale a eu des effets si dévastateurs car tant que les intermédiaires et les orphelinats auront une incitation à obtenir illégalement des enfants aux fins de l'adoption internationale, il sera impossible en pratique de prévenir le *child laundering*. Bref, le seul moyen de prévenir le *child laundering*, ou le trafic d'adoption, est d'éliminer toute incitation à commettre de tels actes.

Il faut relever que ce danger de voir les incitations monétaires transformer l'adoption internationale en une forme de traite d'enfants si de strictes limites à tous les aspects monétaires n'étaient pas appliquées, a été prévu dès 1984/85 par la Cour suprême de l'Inde dans ses importantes décisions *Laxmi Kant Pandey*¹⁰³. Malheureusement, en dépit de ces avertissements et des limites monétaires fixées en vertu des décisions de la Cour suprême indienne, ces limites n'ont pas été strictement appliquées par le Gouvernement indien, ce qui a entraîné des scandales répétés de *child laundering*¹⁰⁴. Tragiquement, les États-Unis, dans la mise en œuvre de la Convention de La Haye, n'ont pas prévu d'autorité légale pour limiter les fonds dépensés par les agences privées dans les pays d'origine, ce qui permet aux agences américaines de systématiquement encourager, par des incitations monétaires, les intermédiaires et les orphelinats à obtenir des enfants aux fins de l'adoption internationale. Lorsqu'on ne contrôle pas les aspects monétaires de l'adoption internationale, toutes les autres garanties réglementaires peuvent devenir impuissantes. Au plan administratif, les diverses étapes du contrôle réglementaire de l'adoption internationale se fondent sur les documents produits par l'abandon formel volontaire ou l'abandon de l'enfant ; si ce processus cardinal n'est pas protégé, le reste du processus est un inutile édifice bâti sur du sable. Puisque le seul moyen de protéger les abandons est d'éviter toute incitation à obtenir illégalement des enfants, l'absence de contrôle des aspects monétaires de l'adoption internationale rend toute autre réglementation impuissante contre le *child laundering*.

Une autre confusion à cet égard existe au regard des aspects dits de l'offre et de la demande de l'adoption internationale. (Bien entendu, les enfants ne sont pas et ne doivent pas être vus comme des marchandises mais malheureusement, le trafic d'adoption implique un marché d'enfants et les aspects de ce marché doivent donc être examinés franchement.) Sous l'effet de divers facteurs dans de nombreux pays développés, notamment une forte incidence de l'infertilité, il existe un grand besoin ou désir d'enfants non satisfait : en particulier d'enfants particulièrement « adoptables », c'est-à-dire pourvus de qualités telles que la jeunesse (c'est-à-dire des bébés), une bonne santé, un sexe préféré ou une race particulière. Il en est ainsi parce que dans les pays développés, un nombre comparativement

¹⁰³ Voir *Laxmi Kant Pandey v. Union of India*, (1984) 2 S.C.C. 244 (India) ; *Laxmi Kant Pandey v. Union of India*, (1985) Supp. S.C.C. 701. Les autres décisions de cette série comprennent : (1987) 1 S.C.C. 66 ; (1990) 4 S.C.C. 531 ; Unreported Judgments 1991 549. Voir David M. Smolin, *The Two Faces of Intercountry Adoption : The Significance of the Indian Adoption Scandals*, 35 *Seton Hall Law Review* 403, 435-37 (2005)(qui analyse l'approche de la Cour suprême indienne face au problème de l'argent en matière d'adoption internationale).

¹⁰⁴ Voir *The Two Faces of Intercountry Adoption*, *supra* note 103; David M. Smolin, *Child Laundering*, 52 *Wayne Law Review* 113 (2006) ; David M. Smolin, *Child Laundering and the Hague Convention on Intercountry Adoption : the Future and Past of Intercountry Adoption*, 48 *University of Louisville Law Review* (à paraître en 2010). Ces articles publiés et en projet sont tous accessibles à l'adresse : http://works.bepress.com/david_smolin/. Voir aussi Arun Dohle, *Inside Story of an Adoption Scandal*, 39 *Cumberland Law Review* 131 (2008).

faible d'individus abandonnent volontairement des bébés ou de jeunes enfants en bonne santé en vue de l'adoption, et parce que le nombre de bébés ou de jeunes enfants en bonne santé et non traumatisés rendus adoptables par un acte public découlant d'abus ou de négligences parentaux est lui aussi comparativement faible. (Aux États-Unis par exemple, la plupart des enfants dans le système de placement en famille d'accueil sont comparativement âgés puisqu'ils ont environ dix ans en moyenne, et environ la moitié ou plus d'entre eux finissent de toute façon par réintégrer leur famille d'origine). Il y a donc potentiellement des millions de personnes dans les pays développés qui cherchent à adopter certaines catégories de bébés et de jeunes enfants, beaucoup étant prêtes à envisager l'adoption de certaines catégories d'enfants en bonne santé un peu plus âgés. L'« offre » de bébés et de jeunes enfants légalement adoptables dans les nations en développement qui présentent ces caractéristiques désirées de jeunesse et de santé est en fait très inférieure à la demande.

Au contraire, la plupart des enfants qui ont réellement besoin d'être adoptés, aux États-Unis comme dans de nombreuses nations en développement, sont des enfants beaucoup plus âgés souffrant d'importants handicaps ou difficultés physiques, émotionnels, éducatifs ou cognitifs et de traumatismes multiples importants. Pour ces enfants, le nombre de parents adoptifs potentiels est probablement inférieur à l'offre.

Le *child laundering* répond à ces déséquilibres mondiaux de l'offre et de la demande d'enfants de diverses catégories en instaurant un marché d'enfants adoptables. Ce marché répond à la demande écrasante de bébés et de jeunes enfants en bonne santé et d'enfants plus âgés particulièrement désirables en encourageant par des incitations financières la capture de ces enfants dans les nations d'origine tout en laissant de côté un grand nombre d'enfants beaucoup plus âgés, dont beaucoup sont handicapés et traumatisés. (Un abus apparenté implique de ne pas révéler ou de falsifier l'état de santé, l'état psychologique et l'âge des enfants afin de les rendre plus adoptables). Les systèmes de *child laundering* sont donc des phénomènes parasites, qui se servent des circuits des systèmes d'adoption internationale et de la Convention de La Haye pour répondre à certaines demandes du marché d'enfants tout en bafouant les besoins d'adoption légitimes et réels d'autres enfants moins désirés.

Étant donné le contexte de l'offre et de la demande dans lequel s'inscrit l'adoption internationale, il est de la plus haute importance qu'existent des protections adéquates pour prévenir le *child laundering* et résister aux forces du marché à l'œuvre en matière d'adoption. À défaut, le système d'adoption internationale lui-même, même s'il est dominé par des nations qui ont ratifié la Convention de La Haye, sera régulièrement utilisé comme un circuit ou un moyen d'établir un marché d'enfants adoptables. Les idéaux de la Convention de La Haye exigent au contraire que l'adoption internationale demeure une intervention humanitaire de protection de l'enfance, à laquelle on ne recourt que dans le respect du principe de subsidiarité et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

V. Conclusion

La Convention de La Haye était une réponse aux pratiques chaotiques, corrompues et abusives endémiques dans les adoptions internationales. Elle visait à établir un système d'adoption internationale structuré et éthique, libre de toute traite d'enfants. Les défenseurs de l'adoption pensaient aussi que la Convention de La Haye conférait une plus grande légitimité à l'adoption internationale que les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Malheureusement, les scandales de *child laundering*/traite d'enfants ont persisté à l'ère de la Convention de La Haye dans des pays d'origine tels le Cambodge, la Chine, l'Éthiopie, le Guatemala, Haïti, l'Inde, le Libéria, le Népal, Samoa, le Tchad et le Vietnam. De nombreux pays d'origine potentiels, en particulier en Afrique et en Amérique latine, ont décidé de se fermer à toutes ou pratiquement toutes les adoptions internationales, cette décision tenant en grande partie aux préoccupations suscitées par les pratiques abusives, en particulier la traite d'enfants. Des années de promotion déterminée par la communauté de l'adoption n'ont

pas réussi à débarrasser l'adoption internationale de son parfum de scandale, de corruption, de traite et de profits excessifs. Le boom de l'adoption internationale qui a accompagné l'élaboration de la Convention de La Haye s'atténue aujourd'hui, de nouvelles diminutions étant attendues. La légitimité que recherchait l'adoption internationale a été diminuée par un sentiment d'impunité, en dépit de l'important arsenal réglementaire et des procédures administratives qui l'accompagnent souvent.

Paradoxalement, les États-Unis entament la période initiale de mise en œuvre de la Convention de La Haye à un moment où l'adoption internationale est en recul. Le danger est que le Traité lui-même soit considéré comme la cause de ce recul. En réalité, la Convention de La Haye n'est pas à l'origine du boom des adoptions observé entre 1993 et 2004 et n'a pas été la cause première de leur récent déclin. En effet, le boom de l'adoption internationale s'est en grande partie nourri des développements intervenus en Chine, en Russie et au Guatemala, qui opéraient indépendamment de la Convention de La Haye. Quant au recul, il s'explique en partie par les développements particuliers intervenus dans ces trois nations et pour beaucoup parce que la persistance du *child laundering* a donné lieu à une série de moratoires et de fermetures dans certaines nations et a suscité des réticences à participer à l'adoption internationale dans d'autres.

Il est vrai que parfois les nations qui choisissent de se fermer à l'adoption internationale sont parties à la Convention, mais bien d'autres nations qui ne l'ont jamais ratifiée sont aussi en grande partie fermées à l'adoption internationale. De même, quelques nations d'origine importantes ont rejoint la Convention, tandis que d'autres ne l'ont pas fait. Bref, la Convention est suffisamment souple pour couvrir les nations d'origine ouvertes ou fermées à l'adoption internationale. Elle prévoit des garanties minimales à mettre en place pour les adoptions internationales ; les nations sont libres d'imposer des garanties et limites supplémentaires ou non, comme elles l'entendent. C'est donc une erreur d'accuser la Convention elle-même pour les choix que font certaines nations de se fermer à l'adoption internationale. Ce sont les pratiques abusives résultant d'une mise en œuvre inadéquate de la Convention, et non la Convention elle-même, qui conduisent de nombreuses nations à se fermer à l'adoption internationale.

La Convention de La Haye n'a donc pas eu jusqu'ici l'opportunité de donner corps à ses idéaux. Le Traité ne pouvait être parfaitement efficace tant que les États-Unis, de loin la nation d'accueil la plus importante par le nombre d'enfants adoptés, se tenait à l'écart de ses dispositions ; le retard de quinze ans pris par les États-Unis pour ratifier la Convention a nécessairement ralenti sa progression. La nation d'origine la plus importante, la Chine, n'a mis en œuvre la Convention qu'en 2006 (même si dans sa structure, le système d'adoption chinois est conforme à la Convention de La Haye depuis des années). De nombreuses nations d'origine importantes, comme la Corée du Sud, la Russie, l'Éthiopie et le Vietnam, n'ont pas encore ratifié la Convention. La plupart des grands scandales de *child laundering* se sont produits dans des nations, telles que le Guatemala et le Cambodge, qui n'avaient pas encore mis en œuvre la Convention à l'époque des scandales.

Pour que le Traité ait une chance d'être parfaitement efficace, il faut tirer certaines leçons. À défaut, sa ratification par la Chine, les États-Unis et d'autres nations importantes dans le système d'adoption internationale sera insuffisante. En effet, la ratification de la Convention ne peut à elle seule prévenir le *child laundering* ; elle doit s'accompagner d'une mise en œuvre efficace.

Les leçons pertinentes pourraient être exposées brièvement comme suit :

- (1) L'expérience de l'Inde montre qu'il ne suffit pas de se doter d'une Autorité centrale, d'acteurs agréés et d'autres caractéristiques procédurales et administratives formelles de la Convention de La Haye pour prévenir des pratiques de corruption et de *child laundering* de grande ampleur. Bien que l'Inde n'ait ratifié la Convention de La Haye qu'en 2003, les dispositions formelles de son système d'adoption internationale sont proches de celui de la Convention de La Haye depuis 1990 environ – trois ans même avant l'adoption de la Convention de La Haye. Pourtant, avant comme après la ratification formelle de la Convention de La Haye, l'Inde a

souffert de scandales d'adoption très importants impliquant *child laundering*, profits excessifs, falsification de documents et corruption¹⁰⁵.

- (2) L'exemple de l'Inde montre aussi qu'il est d'une importance vitale que les États imposent de strictes limites aux honoraires et aux dons. L'absence de mesures de ce type est particulièrement dramatique en Inde car la Cour suprême indienne en a souligné la nécessité dès 1984 pour éviter la traite d'enfants. Le Gouvernement indien publie des limites monétaires depuis plusieurs décennies et pourtant les données montrent clairement que ces limites ont été systématiquement méconnues par les principaux acteurs indiens et étrangers (à savoir les États-Unis) de l'adoption internationale. En Inde comme aux États-Unis, on a manqué de volonté politique pour faire appliquer les limites publiées par l'Inde en matière d'honoraires et de dons ; sans cette volonté politique, les caractéristiques formelles et externes de la Convention de La Haye risquent de faciliter, au lieu de limiter, la traite d'enfants¹⁰⁶.
- (3) L'exemple de la Chine nous apprend qu'un monopole virtuel de l'État sur la protection de l'enfance et l'adoption internationale n'élimine pas les risques de corruption et de *child laundering*/trafic d'enfants. Certains ont avancé que les pratiques abusives dans le domaine de l'adoption internationale tiennent en grande partie à la présence d'acteurs privés dans le système. La Chine a valeur de test pour cette théorie car bien avant de ratifier officiellement la Convention de La Haye, elle s'était dotée d'un système qui était conforme par sa structure à la Convention de La Haye, et qui faisait en outre entièrement appel à des acteurs publics, y compris une autorité centrale et des institutions de services sociaux et des orphelinats publics. Malheureusement, les données récentes indiquent que lorsque la Chine n'a plus eu un nombre écrasant de bébés abandonnés dans ses orphelinats, certains orphelinats devenus dépendants des dons et honoraires de l'adoption internationale ont commencé à proposer de l'argent pour se procurer des bébés. Bref, les orphelinats publics sont eux aussi sujets à des incitations monétaires et à la corruption¹⁰⁷.
- (4) Le traitement réservé à d'importants scandales de *child laundering* dans de nombreuses nations d'origine, notamment le Cambodge, la Chine, le Guatemala, l'Inde, Samoa et le Vietnam, montre à quel point il peut être difficile pour les nations d'accueil et pour les nations d'origine de répondre à ce type de méfait. Les autorités des nations d'origine minimisent souvent l'ampleur et l'importance des comportements répréhensibles ; paradoxalement, lorsque les autorités se décident à prendre des mesures, les pressions politiques et publiques se sont accumulées, et le Gouvernement impose un moratoire ou une interdiction. Les nations d'accueil ne semblent sérieusement enquêter que dans les affaires inhabituelles où leurs propres nationaux étaient sciemment impliqués dans un méfait délibéré. Ainsi, les situations les plus courantes, celles dans lesquelles les institutions/agences des nations d'accueil ne sont que négligentes, la faute intentionnelle étant commise par des intermédiaires/orphelinats étrangers, échappent souvent à une réelle enquête des nations d'accueil. De plus, même lorsque enquête il y a, les nations d'accueil ont parfois tendance à se contenter d'accepter les assurances parfois erronées des autorités des nations d'origine. Hélas, dans la plupart des affaires de *child laundering*, les victimes, à savoir les familles d'origine, les enfants et les parents adoptifs, doivent essentiellement se débrouiller par elles-mêmes et sont abandonnées par leurs propres agences et par les acteurs publics qui ont facilité et permis le *child laundering*.

¹⁰⁵ Voir *supra* sources citées dans les notes 103 et 104.

¹⁰⁶ Voir *id.*

¹⁰⁷ Voir, *par ex.*, Patricia J. Meier et Xiaole Zhang, *Sold Into Adoption : The Hunan Baby Trafficking Scandal Exposes Vulnerabilities in Chinese Adoptions to the United States*, 39 *Cumb. L. Rev.* 87, 91 (2009) ; Barbara Demick, *Chinese babies stolen by officials for foreign adoption*, *L.A. Times*, 20 sept. 2009, accessible à l'adresse : <http://www.latimes.com/news/nationworld/world/la-fg-china-adopt20-2009sep20,0,491086.story> .

Ces leçons conduisent à penser que pour que la Convention de La Haye réussisse dans sa tâche fondamentale de réduction de « l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants », la mise en œuvre requiert les mesures suivantes :

- (1) De strictes limites aux honoraires et aux dons liés à l'adoption internationale doivent être établies et vigoureusement appliquées par les pays d'origine et par les pays d'accueil. Tous les aspects financiers de l'adoption internationale doivent être parfaitement transparents.
- (2) Les nations d'accueil doivent reconnaître qu'elles ne peuvent pas se contenter d'externaliser les responsabilités qui leur incombent dans le cadre de l'adoption internationale aux nations d'origine car de nombreux pays d'origine souffrent de capacités limitées des pouvoirs publics, du manque de volonté politique et de problèmes de corruption. Les nations d'accueil doivent donc être disposées à s'informer sérieusement des étapes critiques intervenant dans les pays d'origine, en particulier des procédures par lesquelles les enfants sont obtenus et jugés adoptables à l'international. Si, comme on peut le comprendre, la Convention de La Haye peut donner aux nations d'origine un rôle important dans la détermination de l'adoptabilité de l'enfant, les nations d'accueil doivent décider souverainement des enfants qui peuvent entrer sur leur territoire en tant qu'orphelins adoptés. Une interprétation de la Convention de La Haye qui empêche ou dissuade les nations d'accueil de mener des enquêtes indépendantes et d'évaluer l'histoire et le statut des « orphelins » rendrait la Convention elle-même contreproductive. L'intention de la Convention était d'instaurer des garanties pour l'adoption internationale, non de les éliminer, et les enquêtes et évaluations du statut d'orphelin menées par les pays d'accueil sont une garantie importante.
- (3) Les agences d'adoption internationale des nations d'accueil doivent voir leur responsabilité engagée pour le *child laundering* et les autres pratiques abusives commises par leurs partenaires et sous-traitants indépendants étrangers même lorsqu'elles n'en avaient pas spécifiquement connaissance. À défaut, il n'y aura pas d'incitation pour ces entités des nations d'accueil à agir pour prévenir ces méfaits. De plus, ces agences ne doivent pas être autorisées à s'exonérer contractuellement de toutes responsabilités vis-à-vis des risques courants de l'adoption internationale, en particulier l'obtention d'enfants par des moyens illicites.
- (4) Les affaires de *child laundering* et de traite d'enfants dans le système d'adoption internationale doivent faire l'objet d'une procédure d'enquête comparable à celle d'une catastrophe aérienne. Ces situations sont tragiques mais elles offrent l'occasion de déterminer les erreurs commises et ce qui peut être fait pour éviter de futurs désastres. Il faut mettre fin à l'actuelle tendance à fondamentalement privatiser ces méfaits, comme le seul problème des membres de la triade de l'adoption, sans investigations et implications importantes des pouvoirs publics.
- (5) Les États d'accueil parties à la Convention, et les États-Unis en particulier, doivent appliquer des approches réglementaires et des procédures d'enquête aussi rigoureuses lorsque les enfants adoptés sont originaires d'États non parties que lorsqu'ils sont originaires d'États parties à la Convention. Si les adoptions internationales d'enfants originaires d'États non parties sont acceptables, les États d'accueil doivent faire montre de la même vigilance au regard de toutes les adoptions internationales. Dans le cas contraire, on assistera à l'apparition d'un système à deux niveaux dans lequel les agences et les nations d'accueil engagent constamment des relations avec des États non parties afin d'échapper aux garanties renforcées. Les États-Unis doivent renoncer à leur approche actuelle consistant à appliquer des protections réglementaires plus strictes aux adoptions d'enfants issus d'États parties à la Convention.
- (6) La Convention de La Haye n'a jamais prétendu apporter une réponse complète au *child laundering* ou au trafic d'adoption. C'est pourquoi les Gouvernements conscients de leurs responsabilités doivent recruter et employer d'autres ministères

pour compléter le travail de leurs Autorités centrales, en particulier en ce qui concerne l'instruction et les poursuites pénales des infractions. De plus, les Gouvernements, conscients de leurs responsabilités, doivent obtenir et encourager l'assistance et l'intervention d'autres entités, y compris la Conférence de La Haye, les ONG, les universitaires et la presse, afin d'apporter une réponse appropriée aux dangers posés par le *child laundering*.

- (7) Il est important que les parties prenantes de l'adoption internationale dont on ne s'est pas préoccupé auparavant, notamment les adoptés adultes et les membres des familles d'origine, soient écoutés et entendus. Le système actuel de l'adoption internationale tend à être dominé par les voix des agences d'adoption, des parents adoptifs et des futurs parents adoptifs ; ce sont certes des parties prenantes importantes, mais ne pas tenir compte au même titre des droits et des vues des adoptés et des familles d'origine engendre un système déséquilibré qui offre des protections insuffisantes contre le *child laundering*.

Les dix-sept années écoulées depuis l'adoption de la Convention de La Haye nous apprennent que sans mise en œuvre efficace comportant ces étapes précises, la Convention elle-même sera impuissante à prévenir le *child laundering* et les autres pratiques abusives. Pour l'avenir, il s'agit donc de savoir s'il y aura la volonté politique d'imposer, à travers la Convention ou autrement, les protections réglementaires et d'enquête nécessaires. S'il peut être important d'accroître le nombre de ratifications de la Convention de La Haye, cette mesure ne suffira pas.

Il est permis d'espérer que les Gouvernements, les institutions et les personnes concernées par l'adoption internationale agiront pour mettre en œuvre les réformes nécessaires. On peut aussi espérer que d'importantes parties prenantes de l'adoption internationale réaliseront que le seul moyen d'instaurer un système d'adoption internationale éthique, structuré et viable est de confronter les difficultés posées par les pratiques d'adoption abusives et non d'éviter le problème en minimisant la fréquence et l'importance de ces pratiques. Lorsque les parties prenantes importantes de l'adoption internationale réaliseront la nécessité des réformes, la volonté politique qui a donné naissance à la Convention de La Haye pourra être mobilisée aux fins de sa mise en œuvre efficace.