

ADOPTION

Document d'information No 2

juin 2010



**« LES PÉCHÉS DES 'SAUVEURS' » : LA TRAITE D'ENFANTS DANS LE CONTEXTE DE
L'ADOPTION INTERNATIONALE EN AFRIQUE**

Dr Benyam D. Mezmur

(TRADUCTION NON RÉVISÉE)

*Document d'information No 2 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*

**« LES PÉCHÉS DES 'SAUVEURS' » : LA TRAITE D'ENFANTS DANS LE CONTEXTE DE
L'ADOPTION INTERNATIONALE EN AFRIQUE**

Dr Benyam D. Mezmur

TABLE DES MATIÈRES

1	INTRODUCTION	4
1.1	Objectifs de l'étude.....	4
1.2	Objet de l'étude	4
1.3	Structure de l'étude	5
2.	CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL.....	5
3.	APERÇU DU CONTEXTE LÉGISLATIF ET POLITIQUE RELATIF À L'ADOPTION ET À LA TRAITE D'ENFANTS EN AFRIQUE.....	8
3.1	Lois relatives aux enfants et à l'adoption en Afrique.....	8
3.2	Législation africaine relative à la traite des personnes	9
3.3	Importance du cadre juridique.....	10
4.	QUESTIONS THÉMATIQUES RELATIVES A LA TRAITE D'ENFANTS DANS LE CONTEXTE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE EN AFRIQUE	11
4.1	Traite, achat, vente et enlèvement d'enfants dans le contexte de l'adoption en Afrique	12
4.2	Traite d'enfants et falsification de documents à des fins d'adoption internationale	15
4.3	Le « simple consentement » ne suffit pas : le consentement doit être « libre et éclairé »	16
4.4	Gain matériel indu ou autre, et corruption.....	19
4.5	Survie des enfants les plus beaux ? : violation de la règle de l'absence de contact initial	22
4.6	Obligations de résidence instaurées pour lutter contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale.....	23
4.7	Abus d'ordonnances de tutelle pour contourner les garanties de l'adoption...	26
5.	SUGGESTIONS POUR COMBATTRE LA TRAITE D'ENFANTS DANS LE CONTEXTE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE EN AFRIQUE	27
5.1	Vaste réforme du droit pour lutter contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption.....	27
5.2	Autorités centrales, organismes agréés et personnes autorisées dans la lutte contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption en Afrique.....	28
5.3	Le rôle des moratoires dans la prévention ou la réduction de la traite d'enfants et des abus dans le contexte de l'adoption internationale	30
5.4	Coopération des États d'accueil dans la lutte contre la traite d'enfants.....	32
5.5	Le rôle des médias dans la lutte contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption	33
6.	REMARQUES FINALES	33

« LES PÉCHÉS DES 'SAUVEURS' » : LA TRAITE D'ENFANTS DANS LE CONTEXTE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE EN AFRIQUE

Dr Benyam D. Mezmur

1 INTRODUCTION

L'adoption internationale est souvent perçue comme un acte « salvateur »¹. Les pouvoirs publics, les orphelinats, les intermédiaires tels que les avocats et agences d'adoption, les familles d'origine et les futurs parents adoptifs interviennent entre autres dans cet acte « salvateur ». Toutefois, contrastant avec l'aspect positif de l'adoption, certains scandales et irrégularités viennent entacher cette pratique, qui est dans le pire des cas associée à la traite d'enfants ou à la vente de nouveau-nés².

En raison de l'attention croissante que les enfants africains suscitent chez les futurs parents adoptifs vivant dans d'autres parties du monde, les risques associés à l'adoption internationale (traite d'enfants et autres activités illicites) sont en hausse. Ces derniers temps, des pays africains tels que l'Afrique du Sud, l'Égypte, l'Éthiopie, le Ghana³, le Kenya, le Liberia, l'Ouganda, la Sierra Leone, le Soudan et le Tchad, ont connu des cas de traite d'enfants et des activités illicites en rapport avec l'adoption internationale.

La première partie du titre de cette étude - « Les péchés des 'sauveurs' » — a été choisie pour mettre en lumière les activités illégales, notamment la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption, des personnes qui interviennent prétendument dans l'adoption « salvatrice », ou qui en sont responsables, mais qui en réalité se livrent à la traite d'enfants ou y contribuent dans le cadre des adoptions internationales en Afrique.

1.1 Objectifs de l'étude

Les principaux objectifs de cette étude sont les suivants :

- présenter certaines des hypothèses actuelles concernant la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale en Afrique ;
- souligner les conditions qui donnent lieu à des abus et en recenser les différents types ;
- proposer des solutions pour amoindrir, voire éliminer totalement ces abus.

1.2 Objet de l'étude

Aux fins de la présente étude, les termes « traite d'enfants » et « activités illégales », dans le contexte de l'adoption internationale, recouvrent les pratiques suivantes : enlèvement, vol, achat et vente d'enfants ; gains matériels indus et corruption ; adoption privée ; falsification de documents ; contournement des procédures d'adoption, par exemple au moyen de décisions de tutelle⁴. Ainsi, cette étude n'utilise pas le terme « traite » uniquement dans l'acception du Protocole de Palerme. Il lui attribue un sens plus large, qui inclut les pratiques susceptibles de conduire à l'enlèvement, à la vente ou à la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption.

Cette étude n'étudie pas les 54 pays du continent africain, ce qui serait impossible. Bien que des exemples pertinents issus indifféremment de l'un ou l'autre de ces pays seront

¹ Dans « Live or let die: Could intercountry adoption make the difference? », comme l'indique le titre, Olsen termine son article en posant la question suivante : « Les orphelins du monde doivent-ils vivre, ou devons-nous les laisser mourir ? L'adoption internationale pourrait être la voie par laquelle de nombreux enfants auraient la chance de vivre. » L. Olsen, « Lie or let die: Could intercountry adoption make the difference? » 22 *Penn State International Law Review*, 2004, p. 525.

² D. Smolin, « Intercountry adoption as child trafficking » 39 *Valparaiso Law Review*, 2004, p. 281 ; D. Smolin, « The two faces of the intercountry adoption: The significance of the Indian adoption scandals » 35 *Seton Hall Law Review*, 2005, p. 404 ; G. Van Bueren, *The international law on the rights of the child*, 1995, p. 96.

³ Voir, par exemple, 570 News, « Ghana adoptions dropped by Imagine » disponible à l'adresse <http://www.570news.com/news/local/more.jsp?content=20091104_071436_9536> [consulté le 4 novembre 2009].

⁴ Ces activités illicites, outre le fait qu'elles violent l'intérêt supérieur de l'enfant, peuvent porter atteinte aux droits des familles biologiques et des futurs parents adoptifs.

probablement cités, certains des pays d'origine principaux ou des pays ayant récemment fait l'actualité en rapport avec l'adoption internationale en Afrique (Afrique du Sud, Botswana, Burkina Faso, Éthiopie, Kenya, Liberia, Madagascar, Malawi, Namibie, Ouganda, Sierra Leone, Tchad, etc.) seront abordés plus en détail.

Le caractère clandestin de la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption en fait un sujet difficile à étudier. Il est vrai que cette étude a été rédigée en l'absence d'estimations fiables concernant les chiffres actuels de la traite des personnes en Afrique, surtout dans le contexte des adoptions. Il a également fallu tenir compte de la pauvreté des recherches et méthodologies en la matière. Par conséquent, cette étude est fondée sur des sources émanant des pays d'accueil, des pays d'origine, des institutions des Nations unies, du Comité des droits de l'enfant et du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (ci-après le « Comité africain »). Le cas échéant, des sources moins conventionnelles telles que la presse ont également été utilisées.

1.3 Structure de l'étude

Cette étude est divisée en six parties. Après une première partie introductive, la deuxième partie présente sommairement le cadre juridique international applicable à l'adoption internationale en Afrique, et aborde plus précisément la question de la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption. La troisième partie fournit un bref aperçu des mesures législatives et politiques prises en réponse à la traite d'enfants dans les pays africains. La quatrième partie, noyau de l'étude, déconstruit certaines questions thématiques relatives à la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale en Afrique. Ensuite, la cinquième partie présente des solutions potentielles qui contribueraient à résoudre le problème de la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale en Afrique. La sixième et dernière partie de l'étude offre quelques observations finales en guise de conclusion.

2. CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Les questions de droits de l'homme sont au centre du débat actuel sur l'adoption internationale⁵. Les trois instruments qui font que cette pratique relève du droit international en matière de droits de l'homme et de droits de l'enfant sont la *Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant* (ci-après la « CDE »)⁶, la *Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant* (ci-après la « CADBE »)⁷ et la *Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (ci-après la « Convention de La Haye »)⁸.

Ces instruments couvrent des questions telles que l'adoptabilité, la subsidiarité, les gains matériels indus, etc. En outre, ils imposent que l'adoption internationale ne puisse avoir lieu que si elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. De fait, il est intéressant de noter qu'au titre de la CDE, l'adoption est le seul domaine dans lequel l'intérêt supérieur de l'enfant est *la* considération primordiale.

La CDE et la CADBE reconnaissent le risque potentiel que l'adoption internationale peut faire courir à l'intérêt supérieur de l'enfant, surtout si elle n'est pas adéquatement réglementée. C'est la raison pour laquelle, en vertu de la CDE, les États Parties sont tenus de « [prendre] toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les

⁵ E. Bartholet, « International adoption: Thoughts on the human rights issues », 13 *Buffalo Human Rights Law Review*, 2007, p. 151-152.

⁶ *Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant*, entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

⁷ *Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant*, entrée en vigueur le 29 novembre 1999.

⁸ *Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1995. Il est important de noter que la Convention de La Haye n'est pas une convention des droits de l'homme en soi, mais un accord sur les règles à observer en cas d'adoption internationale.

personnes qui en sont responsables⁹. » La disposition correspondante de la CADBE est plus précise, en ce qu'elle mentionne explicitement la « traite » : Les États Parties sont tenus de « prendre toutes les mesures appropriées pour que, en cas d'adoption transnationale, ce placement ne donne pas lieu à *une traite* ni à un gain financier inapproprié pour ceux qui cherchent à adopter un enfant » (nous soulignons)¹⁰.

La rédaction de la Convention de La Haye repose en partie sur la nécessité d'apporter une réponse au système actuel de l'adoption internationale, très déréglementé et étroitement associé au blanchiment d'enfants. Ainsi, l'un des trois objectifs de la Convention de La Haye est « d'instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants¹¹. »

Les articles 32 à 34 de la CDE couvrent les formes spécifiques d'exploitation des enfants : exploitation économique des enfants (notamment travail des enfants), usage illicite de stupéfiants, utilisation des enfants à des fins de prostitution et de pornographie¹². L'article 35 de la CDE prévoit de fait une « double protection pour les enfants », puisqu'elle exige une lutte globale contre l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants¹³. Il énonce que « [l]es États parties prennent 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 soit¹⁴. »

L'article 29(a) de la CADBE assied des normes similaires et dispose ce qui suit :

Les États parties à la présente Charte prennent les mesures appropriées pour empêcher :

a) l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit ou sous toute forme que ce soit, par toute personne que ce soit, y compris leurs parents ou leur tuteur légal [...].

Les expressions « à quelque fin que ce soit » et « sous toute forme que ce soit », présentes à la fois dans la CDE et la CADBE, s'appliquent également aux adoptions illégales. La référence explicite à « toute personne que ce soit, y compris leurs parents ou leur tuteur légal » dans la CADBE reflète le fait que la CDE et la CADBE posent le postulat que la notion d'appartenance des enfants à leurs parents va à l'encontre du discours des droits de l'enfant.

L'un des trois objectifs de la Convention de La Haye est également de prévenir les activités illicites, telles que le blanchiment d'enfants. Il est remarquable que la Convention de La Haye ne vise pas à les prévenir directement¹⁵. Elle formule plutôt l'hypothèse que « par l'observation des règles de la Convention, de tels abus seront évités¹⁶. » La Convention de La Haye reflète l'opinion selon laquelle la décision de placer un enfant en vue de son adoption ne doit pas être prise « moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte¹⁷. »

⁹ Art. 21(d) de la CDE.

¹⁰ Art. 24(d) de la CADBE.

¹¹ Art. 1(b) de la Convention de La Haye.

¹² Pour un exposé détaillé de l'art. 34 de la CDE, voir V. Muntarhorn, « Article 34: Sexual exploitation and sexual abuse of children », dans A. Alen *et al.* (Réd.) *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 2007.

¹³ R. Hodgkin et P. Newell, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 2007, p. 532.

L'un des principaux points qui différencie l'art. 35 de la CDE de l'art. 11 est que ce dernier s'intéresse aux « déplacements et non-retours illicites d'enfants à l'étranger » (souvent le fait de membres de la famille, sans but lucratif), tandis que le champ d'application de l'art. 35 est plus large, puisqu'il couvre également les actes illicites commis sur le territoire d'un État partie. *Ibid.*, p. 143.

¹⁴ L'art. 36 de la CDE prévoit que : « Les États parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être. »

¹⁵ G. Parra-Aranguren, *Rapport explicatif sur la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-septième session*, t. II), 1994, para. 52.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Art. 4(c)(3) et (4)(d)(4).

Exception faite de la CDE, de la CADBE et de la Convention de La Haye, le *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* (ci-après le « PFVE ») et le *Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* (ci-après le « Protocole de Palerme ») s'appliquent directement aux questions relatives à la vente, à la traite et à l'enlèvement d'enfants¹⁸ dans le contexte de l'adoption.

Les articles 2 et 3 du PFVE doivent être examinés l'un à la lumière de l'autre. L'article 2 définit les agissements interdits par le Protocole ; l'article 3 énumère les actes et activités qui, au minimum, devraient être couverts par le droit pénal des États parties. L'alinéa (a) de l'article 2 du PFVE est directement pertinent dans le cadre de ce chapitre. Il définit la « vente d'enfants » comme « tout acte ou toute transaction en vertu desquels un enfant est remis par toute personne ou tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage. »

L'article 3(1)(a)(ii) du PFVE est lui aussi directement pertinent. Il dispose :

Chaque État partie veille à ce que, au minimum, les actes et activités suivants soient pleinement couverts par son droit pénal, que ces infractions soient commises au plan interne ou transnational, par un individu ou de façon organisée :

(a) Dans le cadre de la vente d'enfants telle que définie à l'article 2 :

[...]

(ii) le fait d'obtenir indûment, en tant qu'intermédiaire, le consentement à l'adoption d'un enfant en violation des instruments juridiques internationaux relatifs à l'adoption.

Au titre de l'article 3 du PFVE, toute tentative de commission d'actes relatifs à la vente d'enfants, de complicité dans leur commission ou de participation à ceux-ci doit également constituer une infraction pénale. En outre, la sanction par des peines appropriées doit tenir compte de la « gravité » de l'infraction. Malheureusement, l'article 3(1)(a)(ii) du PFVE semble toutefois sous-entendre que les États parties ne sont tenus de sanctionner que les intermédiaires, et que les « acheteurs » et « vendeurs » d'enfants échappent à son champ d'application. En effet, selon la rédaction de cette étude, les États parties doivent veiller à ce que « le fait d'obtenir indûment, *en tant qu'intermédiaire*, le consentement à l'adoption d'un enfant [...] » (nous soulignons) soit couvert par leur droit pénal¹⁹.

Par chance, le Comité des droits de l'enfant est souvent de l'avis que les États parties devraient poursuivre au pénal tous les acteurs participant à la vente d'enfants à des fins d'adoption²⁰. Cette position peut être déduite de ses observations finales concernant les rapports des États parties²¹. Par ailleurs, l'interprétation du Comité est étayée par l'article 3(5) du PFVE, selon lequel les États parties doivent prendre des mesures « pour s'assurer que *toutes les personnes intervenant dans l'adoption* d'un enfant agissent conformément aux dispositions des instruments juridiques internationaux applicables » (nous soulignons)²².

¹⁸ Art. 34, 35 et 36 de la CDE ; art. 29 de la CADBE.

¹⁹ Art. 3(1)(a)(ii) du PFVE.

²⁰ UNICEF, Innocenti Working Paper, « The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography and the jurisprudence of the Committee on the Rights of the Child », 2009, p. 7.

²¹ Voir par exemple Comité des droits de l'enfant, Observations finales : États-Unis d'Amérique (2008), para. 31(d). Il convient de noter que même si les États-Unis ne sont pas un État partie de la CDE, ils ont ratifié le PFVE.

²² Il semble que le terme « instruments juridiques internationaux applicables » est généralement interprété comme une référence à la Convention de La Haye. Voir par exemple la déclaration des États-Unis d'Amérique à cet égard.

Malheureusement, il est avancé que les États semblent avoir tendance à partir du principe que les dispositions du droit pénal relatives à la traite suffisent à couvrir l'achat et la vente d'enfants, même si cette tendance n'est pas systématique. La traite et la vente d'enfants peuvent parfois coïncider, mais la vente d'enfants n'est pas une condition sine qua non de la « traite d'enfants ». Par exemple, des enfants peuvent être « recrutés » par des manœuvres trompeuses, sans qu'aucun élément de vente n'intervienne. Par conséquent, ces enfants peuvent faire l'objet d'une traite à des fins d'adoption ou par le biais de l'adoption sans qu'aucun élément de vente n'intervienne dans le processus²³. C'est la raison pour laquelle il est souhaitable que les lois criminalisent expressément la vente et l'achat d'enfants, ainsi que les agissements des autres personnes intervenant dans ce processus à divers titres, par exemple en qualité d'intermédiaires.

3. APERÇU DU CONTEXTE LÉGISLATIF ET POLITIQUE RELATIF À L'ADOPTION ET À LA TRAITE D'ENFANTS EN AFRIQUE

3.1 Lois relatives aux enfants et à l'adoption en Afrique

Nombreux sont les pays africains dotés d'une pléthore de lois relatives aux enfants. Plusieurs éléments caractérisent ces lois. Certains pays, qui ne reconnaissaient pas du tout les adoptions avant la période coloniale, ont pu être amenés à les reconnaître lorsqu'ils ont hérité des lois imposées par les colonisateurs²⁴.

L'article 4 de la CDE et l'article premier de la CADBE énoncent expressément que la réforme législative est une obligation fondamentale que les États parties doivent s'engager à observer. À cet égard, il est vrai que la législation coloniale est de plus en plus fréquemment remaniée ou remplacée par des lois modernes spécialement consacrées aux enfants, plus accessibles, et souvent plus exhaustives. Toutefois, les lois existantes relatives aux questions qui touchent les enfants en Afrique restent pour beaucoup obsolètes (elles sont souvent antérieures à la CDE et à la CADBE)²⁵.

Une étude sur les droits des enfants réalisée dans les pays d'Afrique centrale (Cameroun, Congo, Gabon, Guinée-Équatoriale, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Sao Tomé-et-Principe, Tchad) a constaté que les systèmes juridiques qui reposent encore sur la législation de l'ère coloniale ne facilitent pas les questions de mise en œuvre²⁶. Le *Children's Act* du Botswana, promulgué en 1981, a suscité des questionnements quant à sa capacité « à remplir les objectifs primordiaux des législateurs de l'époque » et quant à la « pertinence de ses dispositions à la lumière des circonstances actuelles²⁷. »

En Afrique, l'existence de lois obsolètes s'avère plus particulièrement flagrante dans le domaine des lois relatives à l'adoption. Par exemple, l'*Adoption Act* du Malawi entre dans cette catégorie. Promulgué initialement sous le titre « *Adoption of Children Ordinance* » en 1949, avant l'indépendance du pays, il a ensuite été adopté formellement sous le titre « *Adoption of Children Act* » et fait partie des *Laws of Malawi*. L'*Adoption Act* de la Zambie a été promulgué en 1958, avant la déclaration d'indépendance du pays. Le gouvernement zambien reconnaît que cette loi ne satisfait que « dans une certaine mesure » les exigences

²³ Par exemple, le recrutement peut se faire par des manœuvres trompeuses.

²⁴ Ceci est notamment le cas du Lesotho et du Swaziland.

²⁵ Voir par exemple J. Sloth-Nielsen « Domestication of children's rights in national legal systems in African context: Progress and prospects », dans J. Sloth-Nielsen (Réd.), *Children's rights in Africa: A legal perspective*, 2008, p. 53-56, qui évoque la nature obsolète des lois relatives aux droits des enfants dans plusieurs pays africains et les éléments qui appellent à une réforme législative.

²⁶ N. Ngokwey, « Children's rights in the Central Africa sub-region: Poverty, conflicts and HIV/AIDS as context » *12 International Journal of Children's Rights*, 2004, p. 186.

²⁷ B. Maripe, « The recognition and enforcement of children's rights in domestic law: An assessment of the child protection laws in Botswana in light of prevailing international trends », *9 The International Journal of Children's Rights*, 2001, p. 340. En juin 2009, le *Children's Act No 8 of 2009* du Botswana a été promulgué ; il attend que les règles relatives à sa mise en œuvre soient finalisées.

de la CDE²⁸. Au Lesotho, l'*Adoption Proclamation* de 1952 est elle aussi un texte colonial obsolète²⁹.

Une étude régionale portant sur dix-neuf pays d'Afrique australe et orientale a formulé pour principale recommandation que les États entreprennent un audit et une révision exhaustifs, multisectoriels et globaux des lois existantes relatives aux enfants³⁰. Même dans les cas où des analyses exhaustives ont eu lieu, cette étude préconise un suivi et un remaniement permanents des lois³¹.

Dans certains cas, des processus de réforme des lois relatives aux enfants ont été menés à bien, les textes définitifs ayant été adoptés. Il s'agit de lois qui ont été promulguées après l'adoption de la CDE et de la CADBE. Cela est notamment le cas au Ghana, au Kenya, à Madagascar, au Mozambique, au Nigeria et en Ouganda. Le *Children's Act No 38 of 2005* d'Afrique du Sud, dont certaines parties n'ont pas encore été promulguées, est un bon exemple de loi de synthèse relative aux enfants. On peut également citer les lois suivantes : le *Child Rights Act* du Nigeria (2003), le *Children's Act* de la Gambie (2005), le *Children Act* de la Sierra Leone (2007) et le *Children Act* du Sud-Soudan (2008).

D'autres textes sont encore en cours de rédaction ou d'examen par les parlementaires. La Namibie, le Swaziland et Zanzibar entrent dans cette dernière catégorie. En 2007, en Algérie et au Maroc, un code des enfants était en cours de rédaction³². En Angola, au Lesotho et au Malawi, des lois de synthèse relatives aux enfants sont en cours d'examen.

Les situations législatives présentées ci-dessus ont diverses implications directes sur l'adoption internationale. S'agissant des lois obsolètes, il se peut que l'adoption internationale soit interdite, au moins en droit. La Namibie en est un bon exemple, car il a été signalé que l'adoption internationale y était illégale³³. Dans le cas du Liberia, cela se traduit par l'absence d'arrangements permettant de réglementer et de contrôler cette pratique³⁴. En l'absence de cadre réglementaire valable, l'intérêt supérieur de l'enfant risque d'être mis à mal en cas d'adoption internationale.

L'aspect positif de cette situation est que le fait que des travaux législatifs soient en cours présente un avantage inattendu. En effet, cela implique qu'il est encore possible d'exercer une influence positive sur ces textes, pour qu'ils reflètent la CDE, la CADBE, la Convention de La Haye et d'autres instruments juridiques internationaux pertinents en matière d'adoption.

3.2 Législation africaine relative à la traite des personnes

Nombreux sont les pays où certains domaines des lois et politiques relatives aux enfants sont moins développés. Cette remarque s'applique notamment à la traite des enfants. Une étude réalisée en 2007 a permis de constater qu'aucun des cinq États d'Afrique du Nord n'avait élaboré de politique, de stratégie ou de plan d'action stratégique pour combattre ce fléau³⁵. De fait, le *Rapport mondial sur la traite des personnes* publié en 2009 par l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDD) indique que de nombreux pays africains

²⁸ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Zambie (novembre 2002), para. 226.

²⁹ M. Ndumo, « Lesotho and the cross-border protection of children: A focus on inter-country adoption » 16 *Lesotho Law Journal*, 2006, p. 381.

³⁰ African Child Policy Forum, *In the best interests of the child: Harmonisation of laws on children in Eastern and Southern Africa*, 2008, p. 108. Bien que plusieurs pays africains, tels que la Namibie et la Tanzanie, entreprennent des démarches d'harmonisation, celles-ci font encore défaut dans d'autres pays, notamment en Éthiopie, en Érythrée, à Djibouti et en Libye.

³¹ *Ibid.*

³² Bureau international des droits des enfants, *Making children's rights work in North Africa: Country profiles on Algeria, Egypt, Libya, Morocco, and Tunisia*, 2007, p. 172.

³³ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Namibie (février 1993), para. 108.

³⁴ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Liberia (juillet 2004), para. 38.

³⁵ Bureau international des droits des enfants (*Op. cit.*, *supra* note 32), p. 186.

n'ont toujours pas de législation sur la traite des personnes, ou alors que leurs lois n'en incriminent que certains aspects (par exemple la traite à des fins d'exploitation sexuelle)³⁶.

Cela est parfois le résultat de la croyance que les opérations de traite des enfants, notamment à des fins d'adoption, ne se produisent pas sur le territoire des pays concernés. Par exemple, sur les douze Rapports des États parties présentés à ce jour au Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant, seuls quelques-uns reconnaissent que la traite des enfants à des fins d'adoption est un problème auquel ces pays sont confrontés.

Toutefois, sur le continent africain, de récentes initiatives remarquables s'efforcent d'apporter une réponse au problème de la traite des enfants d'un point de vue général, et plus particulièrement dans le cadre de l'adoption internationale. Il convient de mentionner à cet égard le Burkina Faso, qui se distingue par l'*Act No 029-2008 on Combating Trafficking in Persons and Related Practices of 15 May 2008*, ainsi que par son plan d'action national contre la traite des personnes, adopté en avril 2007.

On constate également une tendance à ne pas associer les adoptions illégales à la traite des enfants. Ainsi, les lois relatives à la traite des enfants non seulement n'abordent pas le problème des adoptions illégales, mais ne le mentionnent même pas. C'est le cas notamment de l'*Anti-Human Trafficking Act* de 2005 de la Sierra Leone, de la loi adoptée en avril 2006 par le Bénin³⁷ et de l'*Act to Ban Trafficking In Persons within the Republic of Liberia* de 2005.

D'un point de vue positif, le *Children's Act* sud-africain donne une définition plus précise de la traite des enfants, puisqu'il inclut explicitement l'adoption d'un enfant par des moyens illégaux. Ses dispositions couvrent également l'achat et la vente d'enfants à des fins d'adoption. Le fait que cette loi ait étendu la définition de la traite d'enfants à « l'adoption d'un enfant facilitée ou obtenue par des moyens illégaux » sous-entend que toutes les dispositions pertinentes relatives à la traite des enfants s'appliquent également aux enfants adoptés par des moyens illégaux. En Namibie, le projet de *Child Care and Protection Act* définit la « traite des enfants » de la même manière et y inclut « l'adoption d'un enfant facilitée ou obtenue par des moyens illégaux³⁸. » Au Burkina Faso, la loi No 038-2003/AN du 31 juillet 2003 définit et réprime la traite d'enfants. Son article 3 définit la traite d'enfants comme tout acte au moyen duquel un enfant est « recruté », transporté, déplacé, logé ou hébergé, au Burkina Faso ou à l'étranger, par un ou plusieurs trafiquants, à diverses fins, dont l'adoption illégale.

Cependant, malgré ces mesures législatives et d'autres mesures similaires, les progrès en la matière sont freinés pour diverses raisons. Par exemple, le fait que les sanctions prévues en cas de traite d'enfants ne soit pas suffisamment lourdes pour dissuader les personnes qui ciblent les enfants à des fins d'enlèvement, de traite et de vente, ou à une exploitation sous d'autres formes, est une des composantes du problème³⁹.

3.3 Importance du cadre juridique

Les pays africains devraient prendre en considération les cadres juridiques évoqués ci-dessus pour mettre en place un système d'adoption internationale qui observe au moins les règles élémentaires prescrites par le droit international et la pratique, et lutte contre les abus de la traite des enfants dans le contexte de l'adoption. Cependant, ils les ignorent, au risque de violer les droits de leurs enfants.

³⁶ ONUDC, *Rapport mondial sur la traite des personnes*, 2009, p. 9.

³⁷ Loi No 2006-04 du 5 avril 2006 portant conditions de déplacement des mineurs et répression de la traite d'enfants en République du Bénin.

³⁸ Voir Legal Assistance Centre, « Draft Child Care and Protection Act - issues for Public Debate », 2009 ; accessible à l'adresse <<http://www.lac.org.na/projects/grap/Pdf/CCPA17-ChildTrafficking.pdf>>.

³⁹ Voir par exemple Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Burkina Faso (février 2010), para. 74(c).

Les pays d'accueil, eux aussi, en reconnaissant certaines des limites énoncées par ces cadres juridiques, devraient faire preuve de précautions lorsqu'ils réalisent des adoptions avec certains pays africains. En fonction des circonstances, cela pourrait nécessiter l'établissement de garanties plus strictes que la norme. Par exemple, cela pourrait se traduire par l'obligation de procéder à des tests d'ADN lorsque des irrégularités systématiques sont constatées dans la détermination de l'adoptabilité des enfants.

Les États parties à la CDE sont tenues non seulement de mettre en œuvre la Convention sur leur territoire, mais également de contribuer à sa mise en œuvre mondiale, par le biais de la coopération internationale⁴⁰. Une assistance technique permanente des organisations telles que l'UNICEF et le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé est nécessaire à la rédaction, à la promulgation et à la mise en œuvre de lois relatives aux droits des enfants (et donc à l'adoption et à la traite d'enfants) en Afrique.

4. QUESTIONS THÉMATIQUES RELATIVES A LA TRAITE D'ENFANTS DANS LE CONTEXTE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE EN AFRIQUE

Dans le contexte de l'adoption internationale, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant exige que les adoptions ne portent pas atteinte aux droits de l'enfant du fait de pratiques illicites telles que l'enlèvement, la vente, et la traite d'enfants. Toutefois, il faut absolument faire une distinction systématique entre les enfants « faisant l'objet d'une traite à des fins d'adoption » et ceux, à ce que l'on suppose, « faisant l'objet d'une traite au moyen de l'adoption en vue de leur exploitation future⁴¹. » Cantwell s'interroge à juste titre sur la prévalence de cette dernière forme (traite des enfants par le biais de l'adoption) en raison de l'absence totale alléguée de preuves à cet égard⁴². Il déclare en outre :

« [...] il est difficile d'imaginer la raison pour laquelle quelqu'un supporterait à la fois les frais et les risques inhérents au recours à un processus judiciaire aussi public que l'est l'adoption internationale pour se livrer à la « traite » d'enfants (au lieu de les enlever ou de les faire sortir clandestinement du pays) en vue de prélever leurs organes⁴³. »

Étant donné que la majorité des cas associant l'adoption internationale à la traite des enfants concernent des « enfants faisant l'objet d'une traite à des fins d'adoption », nous proposons d'orienter cette étude sur cette pratique.

De fait, par le passé, l'opinion des pays africains était que les adoptions illégales et la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption n'existaient pas sur leur sol⁴⁴. Toutefois, la supposition que l'Afrique serait en quelque sorte protégée contre ces activités illicites est désormais considérée comme d'un optimisme malséant. En raison de la mondialisation, de la pénurie d'enfants adoptables en d'autres endroits du monde, de l'attention croissante portée à l'adoption internationale en Afrique, de l'augmentation de la pauvreté sur le continent et des faibles capacités d'application de la loi par les institutions publiques locales, certains indices laissent penser que les activités illicites augmentent dans les pays africains.

⁴⁰ Comité des droits de l'enfant, Resources for the rights of the child: Responsibility of States – Day of General Discussion – Recommendations (version non éditée) (octobre 2007) para. 6.

⁴¹ ISS/IRC Monthly Review No 2005.11-12 (novembre-décembre 2005), p. 2.

⁴² *Ibid.* Parmi les autres auteurs partageant ce point de vue, citons Carro, 1994, p. 128-131 (qui documente l'histoire de la rumeur selon laquelle les enfants adoptés à l'étranger servaient de banque d'organes, tout en notant que les autorités américaines avaient procédé à des enquêtes approfondies sur ces allégations et avaient constaté qu'elles étaient « infondées ») ; Carp, 1998, p. 228 (qui note, mais réfute, les « rumeurs » selon lesquelles l'adoption internationale servait à alimenter des réseaux de transplantation d'organes).

⁴³ ISS/IRC, *Op. cit.*, p. 2. Bien que certains cas d'abus et de rejet des enfants par les parents adoptifs une fois rentrés chez eux avec l'enfant aient été signalés, ces situations ne correspondent pas exactement à la définition de la traite d'enfants.

⁴⁴ À cet égard, voir par exemple Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Namibie (1993), para. 206 (disponible uniquement en anglais) Tchad (2007), para. 294.

Par conséquent, il est devenu indispensable d'aborder le problème de la traite d'enfants et des abus en matière d'adoption internationale en Afrique. Certaines des formes de traite d'enfants et des abus se produisant dans le cadre de l'adoption internationale en Afrique font l'objet d'un examen thématique ci-dessous.

4.1 Traite, achat, vente et enlèvement d'enfants dans le contexte de l'adoption en Afrique

En Afrique, la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption existe depuis des décennies. Par exemple, des adoptions illégales et des traites d'enfants (avec la participation d'intermédiaires) avaient été observés à Maurice dès les années quatre-vingt⁴⁵, situation qui a conduit à l'établissement du *National Adoption Council* pour contrôler ces pratiques⁴⁶. Au Rwanda, les autorités ont également fait état d'incidents concernant des enfants rwandais emmenés clandestinement en Europe et adoptés illégalement⁴⁷. Elles ont notamment signalé le cas de « quarante et un enfants rwandais [...] adoptés de cette façon dans la ville de Brescia, en Italie⁴⁸. »

Des cas d'« enlèvement et de traite d'enfants dans des buts non reconnus » ont été signalés à de nombreuses reprises en Angola⁴⁹. Certains de ces enfants étant en bas âge, on peut raisonnablement soupçonner que la traite d'enfants à des fins d'adoption peut exister.

On peut également mentionner les rapports concernant des orphelinats et des agences d'adoption participant à la traite d'enfants au Liberia⁵⁰. Des données contradictoires quant au nombre d'enfants adoptés en provenance de ce pays ont également amené les pouvoirs publics à soupçonner l'existence de cas traités clandestinement, en marge de la procédure officielle⁵¹. En 2008, des cas de traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale au Liberia ont poussé le Président à établir une commission chargée d'étudier les adoptions nationales et internationales et à formuler des recommandations à cet égard⁵².

En 2007, le Comité des droits de l'enfant a exprimé des inquiétudes concernant les rapports au sujet du Kenya, indiquant qu'il y existait encore des adoptions internationales irrégulières et que la traite des enfants à cette fin persistait⁵³. On signale encore des enfants qui disparaissent des hôpitaux dès leur naissance⁵⁴. Des allégations de traite et de vol d'enfants en partie à des fins d'adoption ont également été avancées lorsque plusieurs jeunes enfants ont été découverts au domicile d'un membre de l'église évangéliste kenyane basé au Royaume-Uni⁵⁵. Cet incident a été relié à la disparition de bébés du Pumwani Maternity Hospital de Nairobi et impliquait des suspects au Royaume-Uni, au Ghana, au Nigeria, en Ouganda et au Kenya⁵⁶. Un juge de la *High Court* a également signalé un cas suspect : un groupe d'Italiens s'était vu délivrer vingt-sept décisions d'adoption par un seul magistrat lors d'une audience unique⁵⁷. Les enfants provenaient tous du même centre d'hébergement et

⁴⁵ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Maurice (octobre 1995), paras. 68-69 (disponible uniquement en anglais).

⁴⁶ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Maurice (octobre 1995), para. 68 (disponible uniquement en anglais).

⁴⁷ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Rwanda (octobre 2003), para. 209.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Angola, 2e à 4e Rapports, soumis en un seul document (février 2010), para. 172 (disponible uniquement en anglais).

⁵⁰ Département d'État des États-Unis, « Intercountry adoption: Liberia » (décembre 2008).

⁵¹ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Liberia (août 2009), para. 190.

⁵² Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Liberia (août 2009), para. 160.

⁵³ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Kenya (juin 2007), para. 40.

⁵⁴ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Kenya (juillet 2006), para. 505 ; entretien avec Maître Jude Nalyanya, Avocat, The Cradle, The Children's Foundation, 13 novembre 2009.

⁵⁵ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Kenya (juillet 2006), para. 506 ; BBC News, « 'Miracle baby' a victim – judge », 12 novembre 2004, accessible à l'adresse <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/4006945.stm>.

⁵⁶ BBC News (*Op. cit.*, supra note 55).

⁵⁷ M. Koome, « Opening address at the workshop on intercountry adoption in Africa » (21-22 juin 2009, Nairobi, Kenya), 2009.

avaient tous été prétendument abandonnés⁵⁸. Le juge a invalidé les décisions d'adoption, soupçonnant des irrégularités dans la façon dont les enfants étaient entrés dans le système de protection et dont les décisions d'adoption avaient été obtenues⁵⁹.

Les pouvoirs publics kenyans reconnaissent que les sanctions prévues par la loi⁶⁰ ne sont pas assez sévères pour dissuader les personnes qui ciblent les enfants à des fins d'enlèvement, de traite et de vente, ou à d'autres formes d'exploitation⁶¹. Ils font également observer que « la procédure officielle en matière d'adoption est longue et complexe, ce qui peut être un facteur qui contribue à la pratique de l'enlèvement⁶². » La loi complète sur la traite des personnes (*Counter Trafficking in Persons Bill*) est encore à l'état de projet⁶³. Cette loi définit le terme « exploitation » sans mentionner explicitement l'adoption⁶⁴.

En Éthiopie, des cas de blanchiment d'enfants à des fins d'adoption ont été révélés ces dernières années. Dans un cas, les trafiquants auraient été arrêtés alors qu'ils transportaient un groupe d'enfants d'une localité administrative (dont les autorités refusaient de délivrer une déclaration d'abandon) vers une autre⁶⁵. Le *Federal First Instance Court* compétent en matière d'adoption internationale a récemment retrouvé l'origine de déclarations d'abandon concernant seize enfants, qui avaient été délivrées le même jour par un officier de police, suscitant des craintes de blanchiment d'enfants⁶⁶. Très récemment, une agence d'adoption néerlandaise a suspendu les adoptions en provenance d'Éthiopie dans l'attente du résultat des enquêtes portant sur des activités illégales, notamment des falsifications de documents⁶⁷. Il s'agissait notamment de cas où « les mères des enfants étaient encore en vie, alors qu'elles étaient déclarées comme décédées⁶⁸. » Un récent communiqué de presse détaillé d'ABC News soulignait certaines des irrégularités commises en Éthiopie, et concluait que la « corruption, la fraude et la tromperie sont monnaie courante dans le système d'adoption⁶⁹. » Une pétition appelant à des mesures générales visant à faire cesser la traite d'enfants à des fins d'adoption en Éthiopie circule sur Internet⁷⁰.

Le *Revised Family Code* éthiopien ne comprend quasiment aucune disposition relative aux questions de blanchiment d'enfants. En outre, même si le *Revised Penal Code* de 2004 constitue un progrès général par rapport à la version précédente de 1957, les dispositions pertinentes en matière de blanchiment d'enfants laissent également beaucoup à désirer. L'article 597 du *Revised Penal Code*, intitulé « *Trafficking in Women and Children* » [Traite de femmes et d'enfants], limite son champ d'application à la traite « à des fins de travail forcé. » De ce fait, les affaires de blanchiment d'enfants à des fins d'adoption sortent de son champ d'application. Autre disposition pertinente, l'article 596(1)(a), intitulé « *Enslavement* » [Asservissement], interdit à quiconque d'« asservir par la force, de vendre, d'aliéner, de donner en gage ou d'acheter une autre personne, d'en faire le commerce ou la traite, ou de l'exploiter de quelque manière que ce soit. » Même si l'achat et la vente d'enfants peuvent relever de cette disposition, l'interprétation du terme « exploiter » peut être sujette à controverse. Par conséquent, il n'est pas surprenant qu'il ait été difficile de trouver la

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Notamment les art. 14, 15 et 16 du *Children Act*.

⁶¹ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Kenya (juillet 2006), para. 6.

⁶² Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Kenya (juillet 2006), para. 507(4).

⁶³ ONUDC (*supra* note 36), p. 114 ; Département d'État des États-Unis, « Trafficking in persons report (2009) », 2009, p. 175.

⁶⁴ Voir ANPPCAN, *Child trafficking: Programme Factsheet* (Nairobi : ANPPCAN), 2008, p. 19.

⁶⁵ Entretien avec Maître Deresse Bezawork, Avocat spécialiste de l'adoption, 25 septembre 2009, et Biniam Eshetu, expert, ministère à la Condition féminine, 25 septembre 2009.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ UAI News, « Dutch agency stops adoption from Ethiopia pending investigation », 23 septembre 2009, accessible à l'adresse <<http://www.ethiopianreview.com/news/6790>>.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ ABC News, « Fly away children », 9 septembre 2009, accessible à l'adresse <<http://www.abc.net.au/foreign/content/2009/s2686908.htm>>.

⁷⁰ Beyene, 2009. Go Petition/Beyene, « Stop illegal child trafficking of Ethiopian children », 26 septembre 2009 (Bebye Beyene), accessible à l'adresse <<http://www.gopetition.com/petitions/stop-illegal-child-trafficking-of-ethiopian-children.html>>.

moindre affaire en justice dans le cadre de laquelle des individus ou des organisations ont été reconnus coupables de blanchiment d'enfants à des fins d'adoption.

L'incident récent le plus déconcertant qui soit, qui résume tous les problèmes de traite d'enfants dans le contexte de l'adoption en Afrique, est l'affaire de l'Arche de Zoé, qui s'est déroulée en 2007 au Tchad. D'après l'agence de presse Reuters, la police a procédé à l'arrestation de neuf ressortissants français et de sept ressortissants espagnols le 25 octobre 2007 au Tchad, à proximité de la frontière soudanaise, alors qu'ils s'apprêtaient à emmener par avion 103 enfants africains en France⁷¹. Parmi les personnes placées en détention figuraient six membres de L'Arche de Zoé, ONG française, qui avaient déclaré que leur seule intention était de sauver des orphelins de la région soudanaise du Darfour, théâtre de violences, et de les emmener en France pour qu'ils y soient adoptés. Certains des accusés ont ensuite été libérés, mais le 21 décembre 2007, les six accusés restants ont été jugés à N'Djamena et reconnus coupables de tentative d'enlèvement et de faux et usage de faux. Ils ont été condamnés à huit ans de prison ferme⁷². L'enquête qui a suivi a révélé que les enfants provenaient pour l'essentiel non pas du Darfour mais du Tchad⁷³. En outre, il a été signalé que la majorité des enfants avaient des parents qui manifestaient le souhait et présentaient les capacités de les prendre en charge, mais que les « travailleurs sociaux les avaient amenés à croire que les enfants bénéficieraient de places temporaires dans des établissements scolaires locaux⁷⁴. »

Las, dans son rapport de 2005 au Comité des droits de l'enfant, inconscient du niveau et du type de risques auquel il était confronté, le gouvernement du Tchad déclarait que, bien que le pays ait été « cité pendant longtemps comme un pays où la traite des enfants [était] méconnue, [il n'était] plus à l'abri avec l'apparition du phénomène des enfants bouviers considéré comme une forme de traite d'enfants [...]»⁷⁵. » Toutefois, ce rapport n'indique aucune intervention législative ou politique visant à prévenir et à résoudre d'autres formes de traite d'enfants ou la traite d'enfants à d'autres fins. Ceci constitue un manquement flagrant au PFVE, que le Tchad a ratifié⁷⁶, qui exige que les États parties criminalisent toutes les formes de traite d'enfants au titre de leur droit national (article 3(1) du PFVE).

Le fait d'inclure les activités telles que l'achat et la vente d'enfants à des fins d'adoption dans la définition du délit de traite d'enfants apporte pour principaux avantages la possibilité d'entamer des poursuites à l'encontre des délinquants et des effets dissuasifs (potentiels / subséquents). Dans l'affaire de l'Arche de Zoé, par exemple, l'absence de législation complète sur la traite d'enfants, qui criminalise précisément cette pratique, a été reconnue comme une lacune majeure⁷⁷. En conséquence, dans cette affaire, le procureur a pu formuler uniquement une accusation de tentative d'enlèvement⁷⁸.

⁷¹ Il a été déclaré que des parents auraient attendu à un aéroport en France, dans l'espoir d'obtenir un enfant à adopter. Voir Reuters, « Chronology of events in the Zoe's Ark case », 31 mars 2008, accessible à l'adresse <<http://www.reuters.com/article/idUSL31904092>> (consulté le 15 juin 2010).

⁷² Par la suite, sur la base d'un précédent accord d'échange bilatéral de prisonniers entre le Tchad et la France, ces six personnes ont été extradées vers la France pour y purger leur peine de prison. Toutefois, le 31 mars 2008, elles ont été graciées par le président tchadien Idriss Deby.

⁷³ Voir par exemple UNICEF Newsline, « Zoe's Ark children reunited with their families in Chad after five months », 19 mars 2008, accessible à l'adresse <http://www.unicef.org/infobycountry/chad_43217.html>.

⁷⁴ BBC News, « Chad kidnap accused 'were duped' », 22 décembre 2007, accessible à l'adresse <http://news.bbc.co.uk/mobile/bbc_news/top_stories/715/71579/story7157973.shtml>.

⁷⁵ Comité des droits de l'enfant, Rapports des États parties : Tchad (2007), para. 294.

⁷⁶ Le 28 août 2002.

⁷⁷ Voir par exemple IRIN News, « Chad-Sudan: Legal framework a hindrance in 'child-trafficking' case », 1^{er} novembre 2007, accessible à l'adresse <<http://www.irinnews.org/report.aspx?ReportId=75096>> : des fonctionnaires tchadiens et onusiens ont avancé que l'absence de loi sur la traite d'enfants au Tchad serait un frein aux poursuites contre les membres de l'Arche de Zoé.

⁷⁸ En droit pénal, la principale différence entre « enlèvement » et « traite » est que la traite est sanctionnée plus sévèrement, puisqu'elle entre dans la catégorie du « crime organisé ». En outre, dans cette affaire, l'accusation de tentative d'enlèvement, si elle avait été retenue, aurait donné lieu à des peines plus clémentes, mais elle aurait été également plus difficile à retenir en premier lieu. Pour un enquêteur, il pourrait s'avérer plus facile de prouver la traite de personnes que l'enlèvement.

En somme, il semble que la traite d'enfants en général et la traite à des fins d'adoption en particulier commencent à toucher une corde sensible en Afrique, qui se distingue autrement par la faiblesse de sa législation et une mise en œuvre erratique par les pouvoirs publics. Par conséquent, bien que les activités de l'Arche de Zoé au Tchad et d'autres affaires similaires mentionnées plus haut aient été rendues publiques, on peut avancer sans crainte de se tromper que d'autres intermédiaires entreprennent des activités illicites similaires sur le continent sans être soumis à autant de surveillance, voire à la moindre surveillance. Par exemple, il serait choquant que les rapports signalant qu'au moins soixante-quatorze enfants ont été enlevés au Tchad et envoyés à un aéroport militaire de la banlieue de Paris le 17 septembre 2007 s'avèrent vrais⁷⁹.

4.2 Traite d'enfants et falsification de documents à des fins d'adoption internationale

La falsification de documents servant à l'adoption internationale est l'une des activités illicites associées à cette pratique. Parmi ces documents, citons les actes de naissance, déclarations de paternité, passeports, documents d'identité, autorisations, déclarations d'abandon. On peut affirmer sans risque d'erreur qu'en Afrique, où la tenue d'archives est généralement inefficace, voire inexistante, la falsification ou la modification de documents est difficile à établir⁸⁰. Par exemple, l'absence de formalité d'enregistrement des naissances et donc d'actes de naissance dans certaines régions d'Afrique peut faciliter la production de faux papiers destinés à une adoption internationale illégale. Le concept de « naissance simulée », qui consiste à enregistrer fictivement la naissance d'un enfant sous le nom d'une ou de plusieurs personnes qui ne sont pas ses parents biologiques, est également facilitée par la faiblesse ou l'inexistence du système d'enregistrement des naissances⁸¹.

En Égypte, une affaire d'achat d'enfant et de falsification d'actes de naissance a récemment fait l'actualité⁸². Deux couples américains ont été reconnus coupables d'adoption illégale. Un troisième couple américain, qui serait déjà rentré aux États-Unis, a été jugé par contumace pour avoir obtenu un faux acte de naissance pour un enfant et pour avoir essayé de l'utiliser pour obtenir un visa pour les États-Unis⁸³. Il a été déclaré que « les [deux premiers] couple[s] se sont entendus avec une personne travaillant dans un orphelinat pour 'acheter deux nouveau-nés, une fille et un garçon, moyennant 26 000 livres', soit 4 673 dollars, et ont reçu des faux papiers pour les enfants » (ajouts de l'auteur)⁸⁴. Outre ces couples, trois autres défenseurs, dont une personne travaillant dans un orphelinat et un médecin, ont été condamnés à cinq ans de prison, tandis que deux autres Égyptiens ont été condamnés à deux ans de prison⁸⁵. D'après la presse, cette affaire a été mise en lumière après que l'un des couples a contacté l'ambassade des États-Unis au Caire pour organiser le départ des deux bébés hors d'Égypte avec des faux papiers indiquant que les enfants étaient biologiquement les leurs⁸⁶.

⁷⁹ Voir par exemple Pravda, « At least 74 children kidnapped in Chad flown to France », 8 août 2007, accessible à l'adresse <http://newsfromrussia.com/news/world/08-11-2007/100440-kidnapped_children-0> [consulté le 8 août 2007].

⁸⁰ Voir P. Meier, « Small commodities: How child traffickers exploit children and families in intercountry adoption and what the United States must do to stop them », 12 *Journal of Gender Race & Justice*, 2008, p. 189-190 et citations jointes.

⁸¹ Aux Philippines, il est signalé que le coût élevé de la procédure d'adoption amène de nombreuses personnes à recourir à une « simulation de naissance » pour éviter la procédure d'adoption. Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Philippines (octobre 2009), para. 49-50. Bien que ce type d'irrégularités n'ait jamais été officiellement prouvé en Afrique, il serait d'un optimisme malséant de considérer que les lois de nombreux pays du continent sont bien équipées pour y apporter une réponse. À titre de bonne pratique, il pourrait être mentionné que certains pays criminalisent expressément cette pratique. Voir l'art. 347 du *Revised Penal Code* et l'article 21(b) du *Domestic Adoption Act of 1998 (Republic Act No. 8552)* des Philippines.

⁸² Voir Associated Press, « Egypt convicts US couples for illegal adoption », 17 septembre 2009, accessible à l'adresse <<http://abcnews.go.com/International/wireStory?id=8599292>> ; Reuters, « Egypt: US couples face trial over baby buying », 19 février 2009, accessible à l'adresse <<http://www.stuff.co.nz/world/1750483>>.

⁸³ Reuters, 19 février 2009.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Voir Associated Press (*supra* note 82) ; Reuters (*supra* note 82).

⁸⁶ *Ibid.*

On peut citer également une affaire impliquant deux enfants éthiopiens qui ont été volés, vendus (prétendument pour 100 dollars) et adoptés par une famille autrichienne en utilisant des faux documents, qui a fait l'actualité en 2007⁸⁷. Dans cette affaire étaient impliqués des intermédiaires, des personnes travaillant dans un orphelinat et des fonctionnaires travaillant au niveau d'un *kébéélé* (plus petite sous-division administrative éthiopienne) qui ont aidé à produire des faux documents et ont joué un rôle dans l'adoption des enfants.

Pour compléter les rôles répressif et dissuasif que joue habituellement le droit pénal, d'autres mesures peuvent être prises pour prévenir les activités illicites consistant à falsifier des documents relatifs à l'adoption, ou pour y apporter une réponse. Dans les cas suspects, il peut être souhaitable d'organiser une rencontre avec les parents ou la famille biologique de l'enfant. Si possible, il est recommandé que les autorités compétentes exigent des preuves faisant appel aux tests d'ADN⁸⁸. Cette pratique est actuellement utilisée dans certains cas en Éthiopie. En outre, comme c'est le cas au Viêt Nam, il est également possible de demander que les autorités émettrices certifient les documents, et d'y adjoindre des preuves de première et seconde main concomitantes⁸⁹.

4.3 Le « simple consentement » ne suffit pas : le consentement doit être « libre et éclairé »

L'obligation d'obtenir le consentement libre et éclairé des personnes et organismes appropriés en vue de l'adoption est un élément fondamental s'agissant d'un système d'adoption internationale qui fait respecter l'intérêt supérieur de l'enfant, prévient la traite d'enfants et les abus, et lutte contre ces pratiques. L'existence de règles est indispensable si l'on souhaite empêcher que les consentements soient obtenus frauduleusement ou par erreur et que les nouveau-nés soient achetés. L'article 21(a) de la CDE exige que les États parties veillent à ce que « [...] le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires. » L'article 24(a) de la CADBE utilise une formulation similaire, mais oblige ces personnes à avoir été « conseillées de manière appropriée » lorsque leur consentement doit être obtenu. Par rapport aux dispositions de la Convention de La Haye, ces deux dispositions ne précisent pas davantage les obligations s'appliquant au consentement.

D'après la Convention de La Haye, le consentement doit être obtenu des « personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption⁹⁰. » Avant de donner son consentement, la partie concernée doit avoir été entourée de conseils et dûment informée de plusieurs éléments, notamment du fait que l'adoption mettra fin à la relation de droit existant entre l'enfant et sa famille biologique⁹¹. Les autorités compétentes de l'État d'origine doivent également s'assurer : « que ce consentement a été donné dans les formes légales requises, et [qu'il] a été donné ou constaté par écrit⁹² », que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés⁹³, et que le consentement de la mère n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant⁹⁴. Par ailleurs, la Convention de La Haye reconnaît explicitement l'importance de l'opinion de l'enfant, et oblige les États d'origine, « eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant⁹⁵ », à appliquer les garanties nécessaires au consentement mentionnées dans le

⁸⁷ Documentation de l'auteur.

⁸⁸ Il existe une pratique établie qui prévoit que les frais des tests d'ADN et les dépenses liées aux entretiens sont à la charge des futurs parents adoptifs.

⁸⁹ Département d'État des États-Unis, « Intercountry adoption: Vietnam », octobre 2008.

⁹⁰ Art. 4(c)(1) de la Convention de La Haye.

⁹¹ Art. 4 de la Convention de La Haye. L'art. 4(c)(3) impose : « que [les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption] [aient] donné librement leur consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement [ait] été donné ou constaté par écrit. »

⁹² Art. 4(c)(2) de la Convention de La Haye.

⁹³ Art. 4(c)(3) de la Convention de La Haye.

⁹⁴ Art. 4(c)(4) de la Convention de La Haye.

⁹⁵ Art. 4(d) de la Convention de La Haye.

paragraphe précédent. Il est recommandé que les lois prévoient explicitement ce type de règles.

Toutefois, en Afrique, il existe de nombreux cas où le consentement à l'adoption n'a pas été obtenu des personnes intéressées, ou qu'il a été obtenu sans pour autant être libre et éclairé. Dans l'affaire de l'Arche de Zoé, les familles des enfants concernés auraient déclaré avoir été trompées pour obtenir leur consentement. De récentes informations concernant la Sierra Leone soulignent à quel point il est important que les consentements soient entourés de conseils et obtenus en connaissance de cause⁹⁶. Dans ce cas, un groupe de parents accusait une œuvre de bienfaisance d'avoir envoyé plus de trente enfants à l'étranger à des fins d'adoption sans avoir obtenu leur consentement, pendant la guerre civile qui sévissait dans le pays⁹⁷. D'un côté, l'œuvre de bienfaisance — Help a Needy Child International (HANCI) — affirmait que les parents avaient signé des documents autorisant l'adoption internationale⁹⁸. De l'autre, les parents affirmaient n'avoir aucune idée de ce qui était arrivé à leurs enfants après qu'ils avaient été remis à HANCI⁹⁹. Certains des parents affirmaient que les « [...] enfants avaient été acceptés par HANCI en 2004, étant entendu qu'ils étaient inscrits dans un programme d'hébergement social, et non d'adoption¹⁰⁰. »

Au Malawi, au début de l'affaire *Enfant DB*, des questions de consentement ont été soulevées. Elles étaient le fruit des affirmations selon lesquelles « [...] M. Banda a fait volte-face au cours des entretiens, soutenant d'abord Madonna, puis déclarant qu'il ne comprenait pas ce qu'il faisait [...] » quand il a donné son consentement à l'adoption¹⁰¹. En Éthiopie, des adoptions internationales sont parfois interrompues pour cause d'absence de consentement libre et éclairé¹⁰². Dans ce pays, les informations selon lesquelles les agences d'adoption font répéter aux familles d'origine les réponses aux éventuelles questions avant leur comparution au tribunal restent fréquentes¹⁰³. De plus en plus de parents effectuent des démarches auprès des autorités compétentes et contestent l'adoption de leurs enfants¹⁰⁴. La thèse est que des individus et organisations peu scrupuleux constatent qu'il est facile de profiter du vide juridique en matière de consentement à l'adoption.

Concernant le consentement libre et éclairé, la loi devrait également s'efforcer de réglementer la pratique dite du « paiement des dépenses de la famille biologique ». De nombreux États contractants à la Convention de La Haye ont reconnu que cette pratique existait¹⁰⁵. Ces paiements peuvent inciter indûment une famille à donner son consentement à l'adoption. En d'autres termes, en présence de tels paiements, il n'est pas facile de déterminer si le consentement a été donné librement.

S'agissant des États-Unis, le Comité des droits de l'enfant a pris note avec préoccupation des informations indiquant qu'il serait toujours possible, conformément à la réglementation en vigueur, de prendre en charge les soins prénatals et autres dépenses des mères biologiques à l'étranger¹⁰⁶. Il a été recommandé à l'État partie « d'interdire expressément

⁹⁶ BBC News, « S Leone fury at 'forced adoption' », 4 novembre 2009, accessible à l'adresse <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/8342251.stm>>; Sierra Express Media, « 'Hanci sold our children abroad' angry parents claim » (Donstance Koroma), 9 novembre 2009, accessible à l'adresse <<http://www.sierraexpressmedia.com/archives/2548>>.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Sierra Express Media (*supra* note 96).

¹⁰¹ Daily Mail, « Madonna's baby is Aids orphan », 26 octobre 2006, accessible à l'adresse <<http://www.dailymail.co.uk/tvshowbiz/Article-412612/Madonnas-baby-Aids-orphan.html>>.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (2008) : *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), p. 37.

¹⁰⁶ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : États-Unis d'Amérique (juin 2008), para. 30.

toutes les formes d'éventuelle sollicitation active visant à obtenir des enfants, y compris la prise en charge des frais prénatals et autres dépenses¹⁰⁷. »

L'un des principaux problèmes liés au consentement à l'adoption en Afrique repose dans le fait que la législation de nombreux pays africains aborde ce point de manière plutôt sommaire. En Éthiopie, l'article 191 du *Revised Family Code*, intitulé « *Consent of Parents of the Adopted Child* » [Consentement des parents de l'enfant adopté] ne souligne pas explicitement le besoin d'obtenir un consentement libre et éclairé. Par ailleurs, il ne prévoit pas de délai de rétractation du consentement. Il manque également de garanties contre l'obtention d'un consentement induit illégitimement. Le caractère inadéquat de la loi en matière de consentement à l'adoption a donné lieu à des problèmes pratiques. Par exemple, certaines mères changent d'avis une fois que la décision d'adoption a été prononcée¹⁰⁸. Cela peut se produire parce que les familles donnent leur consentement sans comprendre la nature de l'adoption internationale.

Au Kenya, les consentements à l'adoption doivent être donnés par écrit¹⁰⁹. Le tribunal a pour obligation expresse, avant de prononcer une décision d'adoption, de vérifier que chaque personne qui a donné son consentement « comprend la nature et les conséquences de la décision d'adoption¹¹⁰. » Toutefois, le *Children Act* ne contient aucune disposition expresse répondant au problème de l'obtention du consentement à l'aide d'une incitation, par exemple à l'aide du paiement des dépenses prénatales.

D'un point de vue positif, l'article 233 du *Children's Act* sud-africain prévoit des obligations en matière de consentement à l'adoption. Avant de donner leur consentement, les parents et l'enfant âgé d'au moins 10 ans¹¹¹ doivent être conseillés par un travailleur social spécialiste en la matière facilitant l'adoption¹¹². Cette obligation de conseil est une amélioration par rapport à l'article 4(c)(1) de la Convention de La Haye qui ne l'exige que si le consentement est requis¹¹³. En outre, non seulement le consentement doit être écrit et signé, mais formulé devant un officier du tribunal des enfants et certifié par ce dernier¹¹⁴. Tandis que les Autorités centrales respectives des pays d'origine et d'accueil doivent toutes deux donner leur consentement à l'adoption, il est prévu que l'Autorité centrale sud-africaine puisse annuler son consentement dans un délai de 140 jours¹¹⁵. Cette rétractation ne peut intervenir que si elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁶. Les possibilités de rétractation du consentement prévues par la loi peuvent servir à rectifier les situations où il n'y a pas eu de consentement libre et éclairé en premier lieu.

¹⁰⁷ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : États-Unis d'Amérique (juin 2008), para. 31(c).

¹⁰⁸ Entretien avec Maître Deresse Bezawork, Avocat spécialiste de l'adoption, 25 septembre 2009, et Biniam Eshetu, expert, ministère de la Condition féminine, 25 septembre 2009.

¹⁰⁹ Art. 158(4) du *Children Act*.

¹¹⁰ Art. 163(1)(a) du *Children Act*.

¹¹¹ Il convient de noter que, conformément à l'art. 233(1)(c) du *Children's Act*, un enfant de moins de 10 ans peut donner son consentement, sous réserve qu'il ait un niveau de maturité lui permettant de comprendre les conséquences de son consentement. Voir Mosikatsana et Lofell, « Adoption », dans C. Davel et A. Skelton (Réd.), *Commentary on the Children's Act*, 2007, p. 15-12, pour de plus amples renseignements à cet égard.

¹¹² Art. 233(4) du *Children's Act*.

¹¹³ Voir M. Couzens, « A very long engagement: The Children's Act 38 of 2005 and the 1993 Hague Convention on the Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption » 1 *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 2009, p. 64.

¹¹⁴ Art. 233(6)(a)(i-iii) du *Children's Act*.

¹¹⁵ Art. 261(6)(a) du *Children's Act*; Human, 2007, p. 16-20.

¹¹⁶ Art. 261(6)(a) du *Children's Act*; Human, 2007, p. 16-20.

4.4 Gains matériels indus ou autre, et corruption

La CDS et la CADBE imposent toutes deux aux États de prendre des mesures pour lutter contre le problème des gains matériels indus tirés de l'adoption internationale. De même, mais de manière plus développée, la Convention de La Haye exige que les « Autorités centrales » qui agissent pour le compte des États contractants « prennent ... toutes mesures appropriées pour prévenir les gains matériels indus à l'occasion d'une adoption et empêcher toute pratique contraire aux objectifs de la Convention »¹¹⁷. Outre l'interdiction faite à quiconque de tirer « un gain matériel indu » de l'adoption internationale¹¹⁸, la Convention de La Haye limite les paiements aux frais et dépenses ainsi qu'aux « honoraires raisonnables »¹¹⁹. Elle interdit également aux « dirigeants, administrateurs et employés d'organismes intervenant dans une adoption » de percevoir une « rémunération disproportionnée » par rapport aux services rendus¹²⁰.

Le cadre juridique international décrit ci-dessus souligne que les aspects financiers de l'adoption internationale suscitent de graves préoccupations. Ces aspects financiers sont les honoraires, le coût de certains services ou actes, les honoraires des services de professionnels, les dons aux orphelinats, les cadeaux, les pourboires etc.¹²¹. Il est admis que même les adoptions légitimes peuvent elles aussi engendrer des profits excessifs à grande échelle¹²². La mise en jeu de sommes d'argent injustifiées dans l'adoption internationale engendre un risque élevé que le système d'adoption commence à adapter les enfants disponibles aux souhaits des parents candidats à l'adoption¹²³ et que des enfants qui n'ont pas besoin d'être adoptés à l'étranger soient introduits dans le système à des fins lucratives. Il est en outre difficile de différencier les gains « légitimes » des gains « indus » dans l'adoption internationale. David Smolin résume fort bien ces difficultés :

La loi et les pratiques concernant l'argent et l'adoption s'avèrent tellement empêtrées dans des fictions juridiques et des vides réglementaires qu'il est extraordinairement difficile de distinguer les paiements licites des paiements illicites¹²⁴.

Malgré cette difficulté, il est possible de dégager quelques orientations du cadre juridique international et de l'expérience des États.

L'expérience (celle de la Roumanie par exemple¹²⁵) montre qu'il faut éviter le financement structurel (qui lie les programmes de protection de l'enfance aux honoraires d'adoption) car il peut exercer des pressions sur les fonctionnaires et les rendre dépendants d'un nombre suffisant d'adoptions annuel¹²⁶. Les incitations monétaires versées par l'État aux organismes qui réalisent des objectifs d'adoption prédéterminés pourraient elles aussi susciter des préoccupations – car elles pourraient amener à retirer des enfants de leur cadre familial lorsque cette mesure n'est pas nécessaire.

Les gains matériels indus dans le cadre de l'adoption internationale sont une réalité sur le continent africain. En Éthiopie par exemple, la question de gains matériels indus des

¹¹⁷ Art. 8 de la Convention de La Haye.

¹¹⁸ Art. 32(1) de la Convention de La Haye.

¹¹⁹ Art. 32(2) de la Convention de La Haye.

¹²⁰ Art. 32(3) de la Convention de La Haye.

¹²¹ Daily Mail, (note 101 *supra*).

¹²² Dillon, S. (2003) « Making legal regimes for inter-country adoption reflect human rights principles: Transforming the United Nations Convention on the rights of the Child with the Convention de La Haye on Inter-country Adoption » 21 *Boston University International Law Journal* 197.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Smolin, (2004) (note 2 *supra*), 282.

¹²⁵ Voir Couzens, (note 113 *supra*), 70 et les sources qui y sont citées.

¹²⁶ SSI/CIR (2007) « L'adoptabilité internationale de l'enfant et la sélection des futurs candidats adoptants » (Fiche de formation No 41), accessible à l'adresse < <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/fra/41.Adoptabilite%20intern%20fra.pdf> > 2.

agences d'adoption est de plus en plus souvent évoquée¹²⁷. Dans un cas au moins, il a été signalé que le personnel de l'agence d'adoption était rémunéré à la commission¹²⁸, ce qui n'est pas une bonne pratique. Un document de l'ONU DC de 2007 évaluant les lois et mesures concernant la traite d'êtres humains en Afrique du Sud, au Malawi, au Mozambique et en Zambie¹²⁹ a constaté que plusieurs organisations de défense des droits de l'enfant « ont exprimé des préoccupations du fait que les procédures d'adoption en Zambie, au Malawi et au Mozambique ont été parfois manipulées, soit par des demandes frauduleuses, soit par la corruption de fonctionnaires »¹³⁰.

Les sommes d'argent relativement importantes en jeu dans l'adoption internationale dans plusieurs pays d'Afrique ont également fait obstacle à l'application du principe de subsidiarité. C'est le cas par exemple en Éthiopie et au Burkina Faso¹³¹. Dans ses Observations finales concernant le Burkina Faso, le Comité des droits de l'enfant a invité :

instamment l'État partie à prendre toutes les mesures nécessaires pour promouvoir les adoptions nationales et veiller au respect du « principe de subsidiarité », de sorte que l'adoption internationale ne soit envisagée qu'après que toutes les possibilités d'adoption nationale ont été épuisées¹³².

En fait, l'affaire *Enfant DB* a permis de mieux comprendre certaines complications possibles liées à la corruption et aux gains matériels indus en matière d'adoption¹³³. Ces complications sont éclairées par trois scénarios. Premièrement, les groupes de défense des droits humains au Malawi ont affirmé que Madonna s'est servi de sa célébrité – et d'un don de 1,7 million de livres sterling à l'orphelinat où vivait le bébé – pour contourner les lois gouvernant l'adoption des Malawites par des étrangers, ce qui implique une corruption¹³⁴. Deuxièmement, le financement par Madonna des études dans une université britannique d'un fonctionnaire du Ministère malawite des Affaires sociales a fait la une des journaux¹³⁵. Troisièmement et surtout, en septembre 2007, la presse a rapporté que « ... le haut fonctionnaire malawite de la protection de l'enfance qui devait se rendre à Londres pour déterminer si Madonna pouvait adopter un petit garçon originaire d'un pays d'Afrique australe a été écarté du dossier très médiatisé »¹³⁶. La presse a en outre rapporté que « [I]e retrait de Penstone Kilembe, le directeur des Services de protection de l'enfance du Malawi, fait suite à des allégations selon lesquelles il aurait sollicité de l'argent de la chanteuse pour le voyage » et que « Simon Chisale, le directeur national des services sociaux, a déclaré que le gouvernement avait engagé une procédure la semaine précédente pour faire remplacer Kilembe en tant qu'assesseur dans l'adoption de Madonna »¹³⁷.

¹²⁷ Entretien avec Deresse Bezawork, avocat spécialiste de l'adoption (25 septembre 2009) ; et Biniam Eshetu, Expert juridique, MOWA, (25 septembre 2009) ; The Reporter (17 octobre 2009) ; The Reporter (27 juin 2009).

¹²⁸ CBC News Canada (19 mars 2009) « Ethiopian adoption: Canadian parents raise concerns », accessible à l'adresse <<http://www.cbc.ca/canada/manitoba/story/2009/03/19/f-ethiopia-adoption.html?ref=rss>>.

¹²⁹ ONU DC (nov. 2007) « Combating trafficking in persons: A 2005 assessment of the laws and measures relevant to human trafficking in selected SADC countries », accessible à l'adresse <<http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2005%20Assessment%20on%20Laws%20and%20Measures.pdf>>, 23.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Des entretiens personnels (par exemple avec Jean-Baptiste Zoungrana, qui travaille sur les problèmes d'adoption dans le pays) avec diverses autorités travaillant sur l'adoption internationale l'ont confirmé.

¹³² Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Burkina Faso, (février 2010), para 49.

¹³³ Au Malawi, les articles 4 et 10 de l'*Adoption of Children Act* interdisent l'échange de paiements ou de récompenses en contrepartie d'un enfant adopté. L'article 10 prévoit des restrictions aux paiements : il est illégal pour l'adoptant ou le tuteur, excepté avec l'autorisation de la juridiction, de recevoir un paiement ou une autre rémunération en contrepartie de l'adoption en vertu de l'*Adoption of Children Act*. Cependant, la Loi ne sanctionne pas l'échange de paiements, excepté le refus d'une ordonnance d'adoption. Malawi Special Law Reform Commission, Discussion Paper, (2009), 42.

¹³⁴ I Am Not Obsessed (2007) « Angelina Jolie on Madonna's adoption », accessible à l'adresse <<http://www.imnotobsessed.com/2007/01/08/angelina-jolie-on-madonnas-adoption>>.

¹³⁵ Mail and Guardian (4 septembre 2007) « Malawi official taken off Madonna adoption case », accessible à l'adresse <<http://www.mg.co.za/Article/2007-09-04-malawi-official-taken-off-madonnaadoption-case>>.

¹³⁶ Accessible sur News Bank à l'adresse <<http://nl.newsbank.com/nl>>.

¹³⁷ *Ibid.*

Ces trois scénarios attirent l'attention sur le fait que tout paiement ou contribution irrégulier revêt généralement l'apparence extérieure d'un « achat » de bébé, ce qui est strictement contraire à la CDE, à la CADBE et à la Convention de La Haye, et compromet toutes les futures adoptions. Dans le contexte de la Zambie, le Département d'État américain s'efforce de dissuader les futurs parents adoptifs de payer des honoraires qui ne donnent pas lieu à un reçu en bonne et due forme et d'effectuer des « dons » ou de payer les honoraires qui leur sont parfois demandés pour accélérer le traitement du dossier¹³⁸.

Même lorsqu'elles existent, les lois sur l'enfance visant à réguler les gains matériels indus ne permettent pas une régulation complète. C'est le cas par exemple de l'*Adoption Act No. 9* de 1989 du Sierra Leone et de l'*Adoption of Children Act* de 1952 du Botswana. Ainsi, l'article 12 de cette dernière loi n'interdit la rémunération pour l'adoption qu'en ce qui concerne les personnes qui ont obtenu ou demandé une ordonnance d'adoption, ou un parent ou un tuteur.

Au Kenya, l'adoptant, le parent ou le tuteur d'un enfant qui reçoit un paiement ou une autre récompense en contrepartie de l'adoption d'un enfant en vertu du *Children Act* ne commet pas un délit¹³⁹. Cependant, une liste de paiements, tels que les paiements autorisés par un tribunal¹⁴⁰, les honoraires prescrits par le Ministère à payer à une association d'adoption¹⁴¹, le paiement d'un avocat¹⁴² et les dépenses d'entretien effectuées par une association d'adoption ou pour son compte sont autorisés. Les efforts du législateur pour énumérer certains des paiements licites en matière d'adoption sont louables, cependant, l'autorisation donnée à « toute contribution volontaire versée par un adoptant, un parent ou un tuteur à une association d'adoption »¹⁴³ est une porte ouverte aux abus. En l'absence de barème légal des honoraires garantissant une parfaite transparence des frais, autoriser les contributions exacerbe le problème¹⁴⁴.

En Afrique du Sud, l'article 249(1) du *Children's Act* interdit le versement et l'acceptation de toute contrepartie en espèces ou en nature pour l'adoption d'un enfant, ainsi que l'incitation au consentement à l'adoption¹⁴⁵. L'article 249(2) énumère également les paiements en espèces ou en nature autorisés en matière d'adoption. Étant donné que les paiements mentionnés à l'article 249(2) visent les honoraires « prescrits », un certain niveau de prévisibilité et de transparence est permis.

Pour réduire le problème des gains matériels indus et de la corruption, les États pourraient interdire aux représentants d'agences d'adoption étrangères qui travaillent sur leur territoire de « démarcher pour obtenir des enfants » ou de recevoir des enfants directement des parents biologiques afin d'empêcher que les enfants soient enlevés à des parents nécessiteux au moyen d'incitations monétaires. Il conviendrait aussi que les agences d'adoption soient obligées de tenir une comptabilité en bonne et due forme, contrôlée par un expert comptable à la clôture de chaque exercice. Enfin, il faut souligner que s'il est correctement mis en œuvre, le cadre institutionnel et normatif établi par la Convention de La Haye apporte une solution directe à nombre de ces problèmes. À cet égard, la Convention de La Haye est un excellent traité auquel devenir partie ou auquel emprunter des normes et des formulations dans la rédaction des législations nationales.

¹³⁸ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Zambia » (octobre 2009).

¹³⁹ Art. 179(1)(a) du *Children Act*.

¹⁴⁰ Art. 79(2)(a) du *Children Act*.

¹⁴¹ Art. 179(2)(f) du *Children Act*.

¹⁴² Art. 179(2)(d) du *Children Act*.

¹⁴³ Art. 179(2)(e) du *Children Act*.

¹⁴⁴ Bureau Permanent, Guide de bonnes pratiques (note 105 *supra*), 133.

¹⁴⁵ L'article 24 du *Child Care Act* vise également à décourager la traite d'enfants. Selon cette disposition, sauf exceptions, personne n'est autorisé à donner, se proposer de donner, recevoir ou contracter pour recevoir une rémunération en espèces ou en nature pour un enfant. La violation de cette disposition est un délit.

4.5 Survie des enfants les plus beaux ? : violation de la règle de l'absence de contact initial

L'un des principes fondamentaux de l'adoption internationale est qu'elle consiste à trouver une famille pour un enfant et non un enfant pour une famille. Ce principe a plusieurs implications, notamment que les besoins des enfants adoptables dans les pays d'origine doivent être prioritaires par rapport aux demandes des futurs parents adoptifs dans les pays d'accueil¹⁴⁶. L'article 29 de la Convention de La Haye consacre la règle de l'absence de contact initial qui envisage un objectif similaire consistant à donner la priorité aux besoins des enfants et à prévenir ou réduire les pressions sur les familles d'origine¹⁴⁷. Il dispose que, sauf exceptions, aucun contact n'existe entre les futurs parents adoptifs et les parents de l'enfant ou toute autre personne qui a la garde de celui-ci tant que les dispositions des articles 4 et 5 n'ont pas été respectées.

Plusieurs pays d'Afrique n'ont pas de législation ou de pratique claire imitant la règle de l'absence de contact initial de l'article 29 de la Convention de La Haye. En Éthiopie, les médias estiment même que la possibilité donnée aux futurs parents adoptifs de se déplacer pour rencontrer les membres de la famille d'origine est une bonne chose, même avant le prononcé de l'adoption¹⁴⁸. En Afrique du Sud, le *Children's Act* ne contient aucune disposition sur la règle d'absence de contact initial¹⁴⁹.

Le Malawi n'a pas, lui non plus, de loi appliquant la règle prohibant le contact initial. Avant l'arrivée de Madonna au Malawi en 2006, la presse a relaté que son mari de l'époque, le réalisateur Guy Ritchie, avait visité sept orphelinats du pays « en filmant les enfants qui avaient les plus beaux yeux de biche » pour sa femme¹⁵⁰. La presse a en outre rapporté que, d'après la vidéo, lorsqu'elle s'était rendue au Malawi en 2006, Madonna avait initialement voulu adopter l'enfant CJ (et non l'enfant DB)¹⁵¹. On raconte cependant localement que la grand-mère de l'enfant CJ s'est opposée à Madonna et a refusé de donner son consentement à l'adoption¹⁵². Il semblerait que dans les années qui ont suivi, des prêtres, des anciens du village, des membres du personnel de l'orphelinat et des personnes qu'elle n'avait jamais vues jusque là aient fait pression sur la grand-mère pour la persuader de laisser l'enfant CJ s'en aller¹⁵³ et « [qu']après avoir entendu pendant des années que l'adoption était une bonne chose pour Mercy », celle-ci ait « cédé »¹⁵⁴.

Si ces allégations sont exactes, elles décrivent précisément les activités indues dont l'article 29 de la Convention de La Haye envisage l'élimination. Par rapport aux idéaux de cet article, les adoptions de Madonna laissent beaucoup à désirer. Dans l'affaire de l'enfant CJ, il semble que Madonna ait eu des contacts avec l'enfant avant le consentement à l'adoption¹⁵⁵ mais aussi qu'il y ait eu des contacts entre la famille biologique de l'enfant CJ et d'autres personnes, telles que le personnel de l'orphelinat où vivait le bébé, semble-t-il « pour le compte de Madonna ».

¹⁴⁶ Vité, S. et Boéchat, H. (2008) « Article 21: adoption », dans Alen, A. *et al.* (dir. pub.) *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* 27.

¹⁴⁷ La règle interdisant le contact initial a elle aussi un rôle à jouer dans la réduction des « troubles de la séparation » dans les affaires où l'enfant s'attache aux futurs parents adoptifs alors que la juridiction statue finalement contre l'adoption.

¹⁴⁸ Voir, par exemple, The New York Times, (04 juin 2007) « Surge in adoptions raises concern in Ethiopia » (Jane Gross et Will Connors) accessible à l'adresse

<http://www.nytimes.com/2007/06/04/us/04adopt.html?_r=1>.

¹⁴⁹ Cependant, l'incorporation de la Convention de La Haye sous forme d'annexe au *Children's Act* dans le droit sud-africain rend cette disposition directement applicable dans cet État. Voir Human, S. (2007) « Inter-country adoption » Davel, C. et Skelton, A. (dir. pub.) *Commentary on the Children's Act* 16-27 ; Couzens, (note 113 *supra*), 65.

¹⁵⁰ The Guardian (12 juin 2009), « Madonna, Mercy and Malawi: Her fight to adopt a second African child » accessible à l'adresse <<http://www.guardian.co.uk/music/2009/jun/12/madonna-mercy-malawi>>.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

On pourrait avancer cependant que puisque le Malawi n'est pas un État contractant à la Convention de La Haye, il n'est pas tenu d'appliquer ses dispositions. Cet argument est valide. Toutefois, en ce qui concerne les États d'accueil contractants à la Convention de La Haye, cela constituerait une parfaite méconnaissance de la Recommandation de la Commission spéciale qui recommande aux États parties d'appliquer « les standards et les garanties contenus dans la Convention dans toute la mesure du possible ... aux adoptions internationales effectuées dans les relations avec des États non contractants »¹⁵⁶.

La pratique des futurs parents adoptifs qui consiste à visiter un orphelinat pour choisir un enfant attirant ou à choisir un enfant dans une liste de photos n'est conforme ni à l'esprit de la Convention de La Haye¹⁵⁷, ni au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant de la CDE et de la CADBE. Même dans le contexte de la CDE, le Comité des droits de l'enfant a noté avec préoccupation que « l'enfant à adopter n'est pas désigné par le personnel qualifié, qui *laisse les futurs parents adoptifs faire leur choix* » (mes italiques)¹⁵⁸. Un système qui permet aux futurs parents adoptifs de choisir directement des enfants à adopter contient aussi un élément de discrimination. Il peut par exemple défavoriser davantage les enfants qui ont des « besoins spéciaux » tels les enfants handicapés¹⁵⁹. Cette pratique facilite également l'achat et la vente de bébés, l'incitation au consentement et d'autres activités illicites comparables. Par conséquent, l'incorporation de l'interdiction des contacts initiaux en droit interne peut prévenir les activités illicites dans le cadre de l'adoption.

4.6 Obligations de résidence instaurées pour lutter contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale

Les préoccupations suscitées par la traite d'enfants sur le continent africain ont amené plusieurs pays à instaurer ou maintenir des obligations de résidence comme condition *sine qua non* à la délivrance d'une ordonnance d'adoption. Si certains pays d'Afrique tels la République démocratique du Congo¹⁶⁰, Maurice¹⁶¹, l'Éthiopie, l'Afrique du Sud et l'Angola n'imposent pas d'obligations de résidence aux futurs parents adoptifs, d'autres pays (tels le Botswana¹⁶², l'Ouganda¹⁶³, le Sierra Leone¹⁶⁴, le Sud-Soudan¹⁶⁵, la Tanzanie¹⁶⁶, la Zambie¹⁶⁷ et le Zimbabwe¹⁶⁸) prévoient diverses obligations de résidence¹⁶⁹. Au Zimbabwe, les futurs parents adoptifs doivent être des nationaux ou des résidents légaux – bien que le Ministère du Travail et des Affaires sociales puisse renoncer à appliquer cette obligation¹⁷⁰.

¹⁵⁶ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye (2001), « Rapport et conclusions de la Commission spéciale » (2001), accessible à l'adresse <<http://hcch.e-vision.nl/upload/scrpt33e2000.pdf>>. Cependant, le choix de l'expression « dans toute la mesure du possible... » indique que la recommandation est une suggestion.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Mozambique, (octobre 2009), para. 55(d). Le Comité recommande plus loin à l'État partie « [d]e veiller à ce qu'un personnel qualifié soit chargé de choisir la famille adoptive qui correspond le mieux aux besoins de l'enfant ». Comité des droits de l'enfant, Observations finales: Mozambique (octobre 2009), para. 56(d).

¹⁵⁹ Voir Vite et Boechat, (note 146 *supra*), 27.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Mauritius » (août 2007).

¹⁶² Département d'État américain, « Intercountry adoption: Botswana » (juin 2006).

¹⁶³ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Uganda » (avril 2008).

¹⁶⁴ Art. 108 du *Child Right Act* (No 7 de 2007).

¹⁶⁵ Le nouveau *Children's Act* du Sud-Soudan impose en son article 90 non seulement à un étranger qui adopte un enfant originaire du pays d'avoir résidé préalablement pendant trois ans dans le pays, mais en outre, de l'avoir accueilli pendant un an.

¹⁶⁶ Art. 4(5) de l'*Adoption Act* de la Tanzanie, Cap 335 (R.E. 2002); Département d'État américain, « Intercountry adoption: Tanzania », (mars 2009).

¹⁶⁷ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Zambia », (décembre 2007).

¹⁶⁸ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Zimbabwe », (juin 2006).

¹⁶⁹ La période de trois mois d'accueil en famille avant l'ordonnance d'adoption prévue au Kenya ne peut pas être assimilée à une résidence.

¹⁷⁰ *Ibid.*

L'un des principaux objectifs de l'obligation de résidence imposée par les États avant le prononcé d'une adoption est de mieux déterminer l'aptitude à adopter du ou des futurs parents adoptifs. Dans le contexte de l'affaire de l'*Enfant DB*, il a été relevé que :

...le moyen réellement pratique pour garantir que l'enfant était en sécurité auprès des parents adoptifs était que l'Administration connaisse ces parents au sein de notre société depuis un certain temps et que les échanges personnels qu'elle avait eus avec eux lui permettent de garantir leur motivation¹⁷¹.

Ainsi, « l'obligation de résidence... vise à protéger l'enfant et à garantir que l'adoption obéit à des motifs honorables »¹⁷² et ne constitue pas une activité illicite.

Les mérites de l'obligation de résidence sont discutables. Cependant, lorsqu'un pays d'origine décide d'instaurer cette obligation, le principe de l'intérêt supérieur doit être au cœur de l'interprétation qui est faite de cette notion dans le contexte de l'adoption internationale. La durée de résidence requise ne doit pas être indûment longue. À cet égard, alors que la Zambie¹⁷³ et le Sierra Leone¹⁷⁴ exigent respectivement des parents adoptifs qu'ils résident dans le pays depuis un an et six mois, l'obligation de trois ans de résidence faite en Ouganda peut être qualifiée d'indûment longue. De plus, une certaine flexibilité des lois prévoyant une obligation de résidence peut être nécessaire, par exemple pour promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est le cas au Sierra Leone où la *High Court* renonce parfois à l'obligation de six mois de résidence lorsqu'elle le juge opportun¹⁷⁵.

L'obligation de résidence a également un impact sur la Convention de La Haye. Son champ d'application, exposé à l'article 2(1), affirme que « La Convention s'applique lorsqu'un enfant résidant habituellement dans un État contractant (« l'État d'origine ») a été, est ou doit être déplacé vers un autre État contractant (« l'État d'accueil »)... »¹⁷⁶. Comme il ressort de cette disposition, ce sont la résidence habituelle de l'enfant et celle des futurs parents adoptifs qui sont les facteurs de rattachement pour l'application de cette Convention¹⁷⁷.

Il existe une abondante jurisprudence consacrée à la question de la résidence habituelle en vertu de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants¹⁷⁸. Bien que les juridictions ne se soient pas entendues sur une définition unique¹⁷⁹, un certain consensus se dégage autour de la nécessité de déterminer la résidence habituelle d'un enfant en fonction des faits et circonstances particuliers de chaque affaire¹⁸⁰.

¹⁷¹ Adoption Cause No. 2 of 2006 *In the Matter of the Adoption of Children Act (Cap. 26:01) and In the Matter of David Banda (A Male Infant) (Affaire Enfant DB)*, 18.

¹⁷² *Affaire Enfant DB*, 17.

¹⁷³ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Zambia » (décembre 2007).

¹⁷⁴ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Sierra Leone » (décembre 2007).

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Art. 2(1) de la Convention de La Haye. La Conférence de La Haye a employé le terme « résidence habituelle » pour la première fois dans une convention de 1954 concernant la procédure civile. Voir Convention du Premier mars 1954 relative à la procédure civile, art. 21 et 32.

¹⁷⁷ Voir, Bisignaro, S. (1994) « Intercountry adoption today and the implications of the 1993 Hague Convention on tomorrow » 13 *Dickinson Journal of International Law* 142.

¹⁷⁸ Voir par exemple le site Internet du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'adresse <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=34&cid=24> pour la jurisprudence traitant de la résidence habituelle. Voir, de manière générale, Schwartz, S. (2004) « The myth of habitual residence: Why American courts should adopt the Delvoye standard for habitual residence under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction » 10 *Cardozo Women's Law Journal* 691; Splagounias, G. (1995) « Habitual residence under Hague Convention equated with ordinary residence, Friedrich v. Friedrich, 983 F.2d 1396 (6th Cir. 1993) » 18 *Suffolk Transnational Law Review* 823.

¹⁷⁹ Splagounias, (note 178 *supra*), 823 (citant « Application of Ponath, 829 F. Supp. 363, 365 (D. Utah 1993); *Levesque v. Levesque*, 816 F. Supp. 662, 665 (D. Kan. 1993) ; *Meredith v. Meredith*, 759 F. Supp. 1432, 1434 (D. Ariz. 1991) »)

¹⁸⁰ Splagounias, (note 178 *supra*), 828.

La Convention de La Haye sur l'adoption ne définit pas ce qu'est un « résident habituel ». Pourtant, il est patent que son champ d'application et, à son tour, ses garanties, peuvent être sans objet lorsque l'adoptant et l'adopté sont tous deux résidents habituels du même État contractant. Cela pourrait impliquer que dans les pays qui imposent un statut de résident préalablement au prononcé de l'adoption, il y a lieu d'établir une distinction entre « résidence habituelle » d'une part, et « résidence » d'autre part pour que la Convention de La Haye s'applique. Si cette distinction relève des compétences des juridictions ou autorités de l'État concerné, la « résidence habituelle » pourrait être décrite comme un « concept de fait dénotant le pays qui est devenu le centre de la vie de famille et professionnelle de la personne »¹⁸¹. Cette distinction est toutefois moins évidente dans les pays qui prescrivent une obligation de résidence indûment prolongée, ce qui pourrait engendrer une situation dans laquelle la Convention de La Haye ne peut pas s'appliquer parce que l'adopté et l'adoptant sont considérés comme résidents habituels du même État contractant.

Les complications pouvant découler d'une obligation de résidence sont également illustrées dans le cas du Malawi. L'article 3(5) du *Malawi Adoption Act* dispose en effet qu'« [u]ne ordonnance d'adoption ne peut être prononcée en faveur d'un demandeur qui n'est pas résident au Malawi ». Dans l'affaire de l'*Enfant CJ* de la *High Court*, l'obligation de résidence était le motif principal du rejet de l'adoption de Madonna¹⁸². Dans l'affaire de l'*Enfant DB*, la question de la résidence était également essentielle¹⁸³. Il faut mentionner ici que la SCA a relevé qu'à la date à laquelle la demande était entendue, Madonna était présente dans le pays, non par hasard, mais délibérément¹⁸⁴. Elle a remarqué que Madonna s'était rendue au Malawi expressément aux fins de la demande d'adoption et qu'elle ne se trouvait pas dans le pays par hasard ni comme simple touriste¹⁸⁵. C'est pourquoi elle a conclu qu'à la date de la demande, Madonna résidait au Malawi¹⁸⁶.

Un examen rapide de cette conclusion impliquerait en termes pratiques qu'aux fins de l'adoption internationale, il suffit au futur parent adoptif d'être présent physiquement au Malawi à la date de la demande d'adoption pour avoir qualité de résident dans le pays. Il en va tout autrement, par exemple, en Tanzanie où un futur parent adoptif n'est considéré comme résident que s'il « est titulaire d'un Permis de résidence (*Resident Permit*, classe A, B ou C), d'un laissez-passer d'ayant droit (*Dependent's Pass*) ou d'un Permis d'exemption (*Exemption Permit*) et vit en Tanzanie¹⁸⁷. De même, au Maroc, un certificat de résidence officiel doit être produit pour prouver le statut de résident¹⁸⁸.

Dans une perspective comparatiste, il faut relever qu'en Afrique, la régulation de l'adoption internationale tend actuellement à ne pas imposer d'obligation de résidence. Hormis le *Children Rights Act* du Sud-Soudan, les récents efforts de réforme législative sur le continent africain ne prescrivent pas d'obligation de résidence pour l'adoption internationale¹⁸⁹. Si l'on en juge par l'expérience de l'Ouganda, une obligation de résidence indûment prolongée (trois ans en l'occurrence) pourrait être contreproductive car elle pourrait inciter les futurs parents adoptifs à contourner tout l'arsenal de protection nécessaire pour l'adoption internationale – une question qui sera abordée dans la partie suivante¹⁹⁰. Si un pays décide de devenir partie à la Convention de La Haye, l'obligation de résidence peut compliquer sa

¹⁸¹ Bureau Permanent, Guide de bonnes pratiques (note 105 *supra*), 108.

¹⁸² Adoption Cause No. 1 of 2009 *In the Matter of the Adoption of Children Act (Cap. 26:01) and In the Matter of CJ (A Female Infant)* (unreported) (ci-après « affaire de l'enfant CJ devant la High Court »).

¹⁸³ Voir affaire *Enfant DB*.

¹⁸⁴ Adoption Cause No. 1 of 2009 *In the matter of Adoption of Children Act (Cap. 26:01 and in the matter of Chifundo James (a Female Infant)* (non publiée) (MSCA Adoption Appeal No. 28 of 2009) (ci-après « affaire de l'enfant CJ devant la SCA »), 17.

¹⁸⁵ Affaire de l'enfant CJ devant la SCA, 16.

¹⁸⁶ Affaire de l'enfant CJ devant la SCA, 16.

¹⁸⁷ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Tanzania », (mars 2009).

¹⁸⁸ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Morocco », (février 2007).

¹⁸⁹ Voir par exemple le *Children's Act 38* de 2005 en Afrique du Sud et le *Child Right Act 7* de 2007 en Sierra Leone (qui impose six mois de résidence bien que les juridictions, usant de leur pouvoir d'appréciation, renoncent souvent à cette obligation).

¹⁹⁰ ANPPCAN Uganda (2009), « Government should revisit law and policy on adoption », 12 *Child Link* 7.

mise en œuvre, voire la rendre impossible. En dernière analyse, nous pensons que les pays d'origine africains peuvent encore se doter d'un régime d'adoption internationale sain et bien régulé sans obligation de résidence, mais que la persistance d'affaires de traite d'enfants compromettrait sa concrétisation.

4.7 Abus d'ordonnances de tutelle pour contourner les garanties de l'adoption

L'obtention d'une ordonnance de tutelle aux fins de l'adoption internationale est une méthode souvent employée dans les pays musulmans où l'adoption internationale n'est pas autorisée. C'est le cas par exemple au Maroc, en Jordanie et au Bangladesh¹⁹¹. Cependant, l'Ouganda est un des pays d'Afrique qui connaît les plus fréquents abus d'ordonnances de tutelle pour contourner les procédures de l'adoption internationale¹⁹², souvent pour échapper à l'obligation de résidence de trois ans prescrite par la loi¹⁹³. Ce problème a été confirmé par un examen sur le statut de l'adoption et les tendances de la tutelle légale en Ouganda conduit en août 2007 dans le sillage des préoccupations croissantes quant aux liens possibles entre les processus d'adoption/de tutelle et la traite d'enfants¹⁹⁴. Le Comité des droits de l'enfant a décelé une tendance comparable¹⁹⁵. Il considère que cette tendance vise potentiellement à contourner la réglementation applicable à l'adoption et aboutit à des pratiques contraires à l'OPSC¹⁹⁶, et recommande à l'État partie de « contrôler de manière scrupuleuse les demandes d'exercice de la tutelle légale sur des enfants afin d'éviter les pratiques contraires au Protocole »¹⁹⁷.

La démarche consistant à remplacer une procédure d'adoption internationale par une ordonnance de tutelle moins rigoureuse afin de faire sortir l'enfant du pays d'origine et de l'adopter dans l'État d'accueil a de réels inconvénients et n'est pas conforme au droit international. À titre d'exemple, une ordonnance de tutelle simple, qui peut être rendue sur simple requête, intervenant à l'insu et échappant à la surveillance ou à l'approbation d'une autorité désignée, ne peut être conforme aux principes de la CDE, de la CADBE et de la Convention de La Haye – suivant lequel l'adoption internationale relève légitimement des autorités publiques¹⁹⁸.

S'agissant de l'objectif politique qui sous-tend le principe de « reconnaissance mutuelle » de la Convention de La Haye, il est évident, puisque l'adoption implique nécessairement un changement de statut juridique, que ces événements doivent intervenir de manière à permettre aux États qui ratifient la Convention de s'entendre sur la forme et le contenu des conséquences juridiques dans le pays de destination d'une adoption prononcée dans le pays d'origine. Une juridiction ayant à connaître d'une demande de tutelle comme prélude au transfert international d'un enfant n'est pas tenue de s'enquérir de la nature et du statut d'une adoption ou d'une ordonnance assimilable à l'adoption dans le pays de destination. De plus, une demande de tutelle tient très peu compte des droits généraux d'un enfant en droit international tels que la facilitation de la préservation des informations¹⁹⁹.

En Afrique du Sud, l'affaire *AD v DW* a apporté un complément d'éclairage sur les diverses questions qui peuvent se poser dans le contexte de tentatives d'utilisation d'ordonnances de tutelle pour contourner les procédures de l'adoption internationale. Dans cette affaire, une demande de garde et de tutelle exclusives a été soumise à la *High Court* par des ressortissants des États-Unis qui souhaitaient adopter un enfant sud-africain. Les

¹⁹¹ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Morocco » (septembre 2009) ; Bangladesh (novembre 2006) ; Jordan, (janvier 2007).

¹⁹² ANPPCAN, (note 190 *supra*), 7.

¹⁹³ Art. 46(b) du *Children Act* de l'Ouganda.

¹⁹⁴ ANPPCAN (2007) Guardianship orders and adoptions in Uganda.

¹⁹⁵ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Ouganda (octobre 2008), para. 20.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Ouganda (octobre 2008), para. 21.

¹⁹⁸ Sloth-Nielsen, J. et Mezmur, B. (2007) « Illicit transfer by De Gree » 11 *Law, Democracy and Development* 88.

¹⁹⁹ Sloth-Nielsen et Mezmur, (note 198 *supra*), 93.

demandeurs avaient été informés (à tort) qu'une politique du Ministère du Développement social interdisait aux ressortissants américains d'adopter des enfants en Afrique du Sud et ils avaient été encouragés à solliciter de la *High Court* une ordonnance leur octroyant la garde et la tutelle à titre exclusif²⁰⁰. La *Constitutional Court* a conclu que la *High Court* n'est compétente pour connaître de demandes de garde et de tutelle exclusives envisagées comme un premier pas vers l'adoption d'un enfant sud-africain à l'étranger que dans des cas exceptionnels (dans l'intérêt supérieur de l'enfant)²⁰¹. Puisque selon ses conclusions, cette affaire n'entraîne pas dans la définition de « circonstances exceptionnelles », la *Constitutional Court* a renvoyé l'affaire devant la *Children's Court*, qui a rendu une ordonnance d'adoption²⁰².

Malheureusement, si la majorité des pays africains n'ont pas signalé d'affaires de recours aux ordonnances de tutelle pour contourner l'adoption internationale, la législation de nombre de ces pays ne comporte aucune disposition qui l'interdit expressément. On notera cependant le contre-exemple de l'article 25 du *Children's Act* de l'Afrique du Sud, qui dispose :

[u]ne demande de tutelle d'un enfant présentée en vertu de l'article 24 [demande de tutelle] par une personne non ressortissante d'Afrique du Sud doit être considérée comme une adoption internationale aux fins de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale et du chapitre 16 de la présente loi.

Cette disposition est excellente et mérite d'être imitée dans d'autres États africains car elle peut prévenir les tentatives de contournement des procédures de l'adoption internationale par le biais d'ordonnances de tutelle²⁰³.

5. SUGGESTIONS POUR COMBATTRE LA TRAITE D'ENFANTS DANS LE CONTEXTE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE EN AFRIQUE

5.1 Vaste réforme du droit pour lutter contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption

Il a été souligné que dans de nombreux pays d'Afrique, la réforme de la législation visant à incorporer la CDE et la CADBE en droit interne et à moderniser et codifier une myriade de lois obsolètes affectant les enfants est encore en cours, en particulier pour ce qui concerne les lois sur la traite d'enfants. Les États parties doivent entreprendre une vaste réforme législative qui examine tout le spectre législatif et réglementaire touchant aux droits de l'enfant. De fait, un examen exhaustif et consultatif de la législation en place semble être le moyen le plus courant et le plus efficace pour entamer le processus d'harmonisation. La réforme législative doit s'accompagner des mesures nécessaires pour une mise en œuvre efficace de la loi – règlements, institutions, politiques et allocations budgétaires.

Une législation complète sur l'enfance, visant spécifiquement à lutter contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption, offre plusieurs avantages : elle est accessible, facteur de certitude juridique, permet de gagner du temps et est en général relativement à jour. Autant de caractéristiques que les parties prenantes – magistrats, législateur, pouvoir exécutif, société civile, universitaires et les enfants eux-mêmes – trouvent utiles pour promouvoir et protéger les droits des enfants.

Il faut noter cependant que dans le cadre de la réforme du droit de l'enfance visant à établir des garanties en matière d'adoption internationale, les efforts doivent aller au-delà de

²⁰⁰ Voir Sloth-Nielsen et Mezmur, (note 198 *supra*) pour une analyse de la décision de la SCA dans cette affaire.

²⁰¹ *AD v DW* (Department of Social Development Intervening; Centre for Child Law, *Amicus Curiae*) 2008 (3) SA 183 (CC) para. 32 et 34.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Pour une discussion de certaines limitations de cette disposition, voir Couzens, (note 113 *supra*), 60-61.

l'incorporation de la CDE et de la CADBE en droit interne et prendre en compte les autres instruments cruciaux comme l'OPSC, la Convention de La Haye et le Protocole de Palerme. Comme le montre l'expérience du Kenya, l'incorporation en droit interne de quelques-unes des normes de la Convention de La Haye en amont de la ratification est une démarche fructueuse. Il est également recommandé que la législation reconnaisse que l'achat et la vente d'enfants aux fins de l'adoption constituent une forme grave d'exploitation qui équivaut à la traite d'êtres humains. La persistance d'activités illicites impunies dans l'adoption internationale donne une impression de normalité qui pourrait à terme conduire à une pratique complètement commercialisée et centrée sur les profits.

5.2 Autorités centrales, organismes agréés et personnes autorisées dans la lutte contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption en Afrique

Bien que la CDE et la CADBE donnent quelques indications quant aux types d'institutions requis pour entreprendre l'adoption internationale, la Convention de La Haye offre comparativement des instructions assez détaillées quant aux structures institutionnelles qui doivent assumer les diverses responsabilités en vertu de ses dispositions. Les principales institutions qui y sont envisagées, et qui peuvent prévenir et résoudre les activités illicites dans le domaine de l'adoption internationale, sont les Autorités centrales, les organismes agréés, et les personnes et organismes autorisés (non agréés).

L'une des principales fonctions des Autorités centrales est de « coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes de leurs États pour assurer la protection des enfants et réaliser les autres objectifs de la Convention »²⁰⁴. Leur rôle dans la prévention des activités illicites est précisé à l'article 8 de la Convention de La Haye :

Les Autorités centrales prennent, soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques, toutes mesures appropriées pour prévenir les gains matériels indus à l'occasion d'une adoption et empêcher toute pratique contraire aux objectifs de la Convention.

Même lorsqu'un État n'est pas contractant à la Convention de La Haye (et n'a donc pas d'obligation explicite d'établir ou de désigner une Autorité centrale au sens de la Convention de La Haye), le Comité des droits de l'enfant semble d'avis qu'il existe une obligation d'établir ou de désigner un organisme pour surveiller et coordonner l'adoption internationale. Il a recommandé par exemple à la République démocratique du Congo « [d]'établir une autorité centrale chargée des adoptions, qui aurait pour mission de diriger, former et surveiller tous les acteurs concernés et de coordonner son action avec les autorités légales pertinentes »²⁰⁵. Une situation similaire peut être observée dans le contexte de la Fédération de Russie²⁰⁶.

L'intervention d'Autorités centrales peut éliminer ou réduire les adoptions privées, lesquelles, par définition, sont des adoptions conduites strictement ou directement entre les futurs parents adoptifs et la famille d'origine sans intervention de l'État²⁰⁷. Lorsque des adoptions privées et certaines adoptions indépendantes²⁰⁸ sont réalisées, il est très difficile de déterminer si l'adoptabilité, la subsidiarité et d'autres garanties de l'adoption internationale ont été respectées. En outre, dans les adoptions privées et dans certaines adoptions indépendantes, puisque les autorités de l'État d'accueil et de l'État d'origine n'ont aucun regard sur la procédure, il est impossible de réguler les gains matériels indus et la corruption²⁰⁹.

²⁰⁴ Art. 7(1) de la Convention de La Haye.

²⁰⁵ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : République démocratique du Congo (février 2009), para. 48(d).

²⁰⁶ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Fédération de Russie (novembre 2005), para. 43.

²⁰⁷ Bureau Permanent, Guide de bonnes pratiques (2008), 115-116.

²⁰⁸ Bureau Permanent, Guide de bonnes pratiques, (note 105 *supra*), Glossaire, 16.

²⁰⁹ Voir Bureau Permanent, Guide de bonnes pratiques (note 105 *supra*), 116.

Les Autorités centrales peuvent prendre diverses autres mesures pour prévenir ou sanctionner les activités illicites dans le cadre de l'adoption internationale. Elles peuvent, à l'instar de l'Autorité centrale d'Afrique du Sud en 2005²¹⁰, plafonner les honoraires à demander par les organismes agréés. Cette mesure serait compatible avec l'article 259(3)(a) du *Children's Act* car les organismes agréés « sont autorisés à percevoir les honoraires prescrits ». Elles peuvent également décider de n'entreprendre des activités d'adoption internationale que dans la mesure permise par leurs capacités et les exigences de l'intérêt supérieur des enfants relevant de leur compétence. À cet égard, les Autorités centrales peuvent limiter le nombre de pays avec lesquels elles veulent travailler en matière d'adoption internationale. Le Gouvernement du Lesotho, par exemple, n'a levé la suspension de l'adoption internationale que pour quatre pays – les États-Unis, la Suède, les Pays-Bas et le Canada – et n'a autorisé qu'une seule agence d'adoption pour chacun de ces pays²¹¹. La situation est comparable au Kenya, car cinq associations d'adoption locales Y sont enregistrées²¹², dont trois seulement – Little Angels Network, Kenya Children's Homes et Child Welfare Society of Kenya – sont autorisées à organiser des adoptions internationales.

Par contraste, faute d'une « autorité centrale », l'Éthiopie compte près de 75 agences d'adoption²¹³. Cette situation empêche le Ministère de la condition de la femme (*Ministry of Women's Affairs, MOWA*) d'exercer ses fonctions de surveillance et celui-ci contribue donc toujours aux activités illicites dans le cadre de l'adoption internationale. L'absence d'Autorité centrale au sens de la Convention de La Haye a également créé un vide dans la coopération entre l'Éthiopie et d'autres États visant à prévenir, mais surtout à traiter, les activités illicites. Dans une affaire impliquant deux enfants achetés puis adoptés en Autriche, la coopération entre les ambassades des deux pays s'est avérée particulièrement difficile. Une série de courriers échangés entre les deux ambassades n'a pas produit le résultat demandé (par exemple, établir le point de vue des enfants). L'irritation du Gouvernement éthiopien face au manque de coopération transparaît dans les expressions employées dans certains courriers²¹⁴.

On peut toutefois relever avec satisfaction certains éléments indiquant que l'importance du rôle des Autorités centrales dans la prévention des activités illicites fait son chemin en Afrique. Au Liberia par exemple, une Autorité centrale de l'adoption a été établie en 2009 alors qu'une enquête d'une Commission établie par le Président du pays sur des irrégularités alléguées en matière d'adoption internationale était encore en cours²¹⁵.

Sur un plan différent mais apparenté, il est important de considérer les organismes agréés comme des garants des droits des enfants. Avec l'État et sous son contrôle, ils garantissent le professionnalisme et l'approche pluridisciplinaire de la fourniture d'informations, de la préparation et du soutien de l'enfant, de la famille d'origine et de la famille adoptive²¹⁶. L'expérience française d'un « pourcentage élevé d'adoptions internationales qui ne sont pas réalisées par l'intermédiaire des organismes accrédités mais par l'entremise de particuliers » est préoccupante²¹⁷. De plus, le Comité des droits de l'enfant a considéré que le fait que « les adoptions internationales sont facilitées par les ambassades et les consulats, y compris

²¹⁰ Voir réponse de l'Afrique du Sud à la question No 10(2). Le Gouvernement sud-africain a observé des cas de gains matériels indus par des agences d'adoption, dont un grand nombre auraient conduit à des audiences disciplinaires. Voir la réponse de l'Afrique du Sud à la question No. 11(2), (2005).

²¹¹ Département d'État américain « Intercountry Adoption: Lesotho » (novembre 2009).

²¹² Liste disponible sur demande à l'auteur.

²¹³ Cela pose plusieurs questions : comment une équipe de quatre professionnels du Ministère de la condition de la femme (Ministry of Women's Affairs, MOWA) peut-elle raisonnablement traiter avec 75 agences d'adoption ? Comment examiner attentivement et vérifier de si nombreux dossiers pour établir l'adoptabilité d'un enfant ? Comment conseiller efficacement le *Federal First Instance Court* sur le fait que l'adoption est dans l'intérêt supérieur de l'enfant (ou non) ? Le grand nombre d'agences d'adoption en Éthiopie est devenu un obstacle à l'exercice par le MOWA de sa fonction de surveillance, lequel continue de ce fait de contribuer aux activités illicites dans le domaine de l'adoption internationale.

²¹⁴ Document disponible sur demande à l'auteur.

²¹⁵ Comité des droits de l'enfant, Rapport de l'État partie: Liberia (juillet 2009), para. 160.

²¹⁶ Vite et Boechat, (note 146 *supra*), 51.

²¹⁷ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : France (juin 2004), para. 33.

par des bénévoles qui travaillent avec eux » nuisait au travail des organismes agréés²¹⁸ et a recommandé de ce fait à l'État partie que « [l]es adoptions internationales soient traitées par un organisme accrédité »²¹⁹.

Il importe aussi de reconnaître le rôle des États d'accueil dans la résolution du problème des adoptions privées et indépendantes afin de prévenir les activités illicites des organismes agréés. Des pays d'accueil comme l'Italie et la Norvège imposent aux futurs parents adoptifs de passer par un organisme agréé, sauf rares exceptions (environ 1% des adoptions internationales)²²⁰. Ces exceptions concernent les adoptions par des résidents étrangers dans leur pays d'origine où il n'existe pas d'organisme agréé²²¹. Malheureusement, on ne peut en dire autant d'un grand nombre d'États d'accueil tels que les États-Unis, l'Espagne, la France et la Suisse.

En résumé, c'est par volonté et non par défaut que la grande majorité des pays africains qui sont en proie à la traite d'enfants dans le contexte des adoptions internationales ne sont pas des États contractants à la Convention de La Haye et que ceux qui le sont ont déjà un cadre réglementaire relativement stable et fiable. Les pays d'Afrique doivent sérieusement se pencher sur l'importance des Autorités centrales et des organismes agréés et sur le type de mesures qu'ils peuvent prendre pour prévenir ou traiter les activités illicites liées à l'adoption internationale.

5.3 Le rôle des moratoires dans la prévention ou la réduction de la traite d'enfants et des abus dans le contexte de l'adoption internationale

Le droit international n'impose pas aux États d'entreprendre des adoptions internationales à défaut d'autres formes de prise en charge. Cela est vrai pour la CDE, la CADBE et la Convention de La Haye. L'instauration d'un moratoire à l'adoption internationale n'est donc pas en général une violation du droit international²²² et l'on dispose d'éléments suffisants confortant cette position²²³. En fait, l'instauration d'un moratoire à l'adoption internationale est parfois la seule mesure réalisable et possible (après avoir épuisé les possibilités de mesures moins extrêmes) pour prévenir les activités illicites en matière d'adoption.

Dans des circonstances très exceptionnelles, le Comité des droits de l'enfant lui-même a recommandé aux États parties de suspendre l'adoption internationale. En 2001 par exemple, il a recommandé au Guatemala « de suspendre les adoptions afin de prendre les mesures législatives et institutionnelles nécessaires pour empêcher la vente et le trafic d'enfants... »²²⁴. Le Comité comprend la nécessité de moratoires, surtout jusqu'à la mise en place du cadre réglementaire de l'adoption internationale²²⁵.

Dans la mesure du possible, il faut éviter de décréter un moratoire général sur l'adoption internationale. Dans certains cas, un moratoire spécifique est plus à même de promouvoir l'intérêt supérieur des enfants. Bien que les moratoires sur l'adoption internationale soient couramment appliqués à l'échelle nationale, un moratoire peut être parfois local ou

²¹⁸ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : France (juin 2009), para. 63.

²¹⁹ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : France, (juin 2009), para. 64(a).

²²⁰ Terre des Hommes Fédération internationale (2007) « Adoption : à quel prix ? » accessible à l'adresse < http://terredeshommes.org/pdf/publication/adoption_embargo_fr.pdf >, 28.

²²¹ *Ibid.*

²²² Voir Bureau Permanent, Guide de bonnes pratiques (note 105 *supra*), 102-103.

²²³ La pratique des États autour de l'adoption internationale, par exemple, dans des pays qui subissent ou viennent de subir des catastrophes naturelles ou anthropiques, s'est récemment orientée vers la suspension de l'adoption internationale. Cela a été le cas, par exemple, après le 26 décembre 2004, lorsqu'un tremblement de terre sous-marin au large de l'île indonésienne de Sumatra a provoqué un tsunami qui a dévasté les pays de l'Asie du Sud-Est.

²²⁴ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Guatemala (juillet 2001), para. 35.

²²⁵ C'est ce qui ressort de ses Observations finales au Kirghizistan dans lesquelles il recommandait que « [l]orsque l'État partie envisagerait de lever son moratoire sur l'adoption internationale », il devrait envisager de ratifier la Convention de La Haye. Comité des droits de l'enfant, Observations finales : Kirghizistan, (août 2000), para. 38.

spécifique à une région²²⁶ ou viser des orphelinats particuliers qui organisent des adoptions internationales – par exemple les orphelinats privés par opposition aux orphelinats publics²²⁷. À titre exceptionnel, un moratoire peut également porter sur des enfants adoptables d'une certaine tranche d'âge. Cependant, il faut également reconnaître qu'il peut arriver qu'un moratoire soit contraire aux droits des enfants²²⁸.

Il est encourageant de constater que l'expérience acquise lors de l'affaire de l'Arche de Zoé et la nécessité de décréter un moratoire à l'adoption internationale lorsqu'un pays est frappé par une catastrophe trouvent un écho en Afrique. La presse a rapporté par exemple que quelques jours après l'arrestation des membres de l'Arche de Zoé, la République du Congo, dont une partie du territoire est encore en proie aux violences et aux conflits armés, a annoncé qu'elle suspendait toutes les adoptions internationales en raison des événements survenus au Tchad²²⁹. De plus, le Ministère des Affaires sociales du Gouvernement de Zambie et celui du Gouvernement du Togo ont également suspendu les adoptions après cette affaire²³⁰. Ces trois pays ont officiellement justifié la suspension de l'adoption internationale par la nécessité de pratiquer l'adoption dans l'intérêt supérieur de l'enfant et de résoudre les dysfonctionnements dans le système d'adoption qui pouvaient violer les droits des enfants²³¹.

Des moratoires sont également décrétés dans plusieurs pays d'Afrique afin d'établir un cadre réglementaire applicable à l'adoption internationale, comme au Liberia²³² et au Lesotho²³³. En mai 2009, le *First Instance Court* d'Éthiopie a décrété un moratoire sur les affaires impliquant des enfants abandonnés dans des orphelinats à Addis Abeba, évoquant des préoccupations relatives à une augmentation inexplicable du nombre d'enfants abandonnés proposés à l'adoption²³⁴. Le tribunal a ensuite levé le moratoire pour les trois orphelinats publics d'Addis Abeba, puis l'a levé complètement à la conclusion de l'enquête sur l'augmentation brutale du nombre d'enfants abandonnés²³⁵. Le caractère particulier du moratoire (qui visait les enfants abandonnés) et le fait que le tribunal n'ait pas perdu de temps pour conclure son enquête et lever le moratoire témoignent d'une solide appréciation de l'intérêt supérieur des enfants, qui mérite d'être soulignée.

Par conséquent, les pays d'Afrique doivent également être conscients du fait que l'instauration d'un moratoire peut obéir à de bonnes raisons de protection de l'enfance²³⁶. En dernière analyse, la décision d'imposer ou non un moratoire et pour combien de temps doit tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants²³⁷.

²²⁶ Voir Dohle, A. (2008-2009) « Inside story of an adoption scandal » 39 *Cumberland Law Review* 134 (qui cite deux articles de Delhi Newslines).

²²⁷ Voir par exemple plus loin la discussion dans cette partie dans le contexte de l'Éthiopie.

²²⁸ Lorsque dans un pays, des enfants adoptables pourraient bénéficier d'une adoption internationale, un moratoire indûment prolongé peut limiter l'accès de ces enfants à une éducation dans un cadre familial. Les dossiers de transition – ceux qui étaient déjà ouverts (et parfois presque terminés) avant le moratoire – sont plus sujets à controverse et doivent être gérés avec le plus grand soin. Voir Bureau Permanent, Guide de bonnes pratiques (note 105 *supra*), 102-103.

²²⁹ International Herald Tribune « Chad count sentences French aid worker to 8 years forced labor », accessible à l'adresse <<http://www.iht.com/Articles/2007/12/26/africa/php>>.

²³⁰ SSI/CIR *Monthly Review* (mars 2008) (No 3/2008), 3. The Republic of Togo has promulgated the Law No: 2008-014 of November 2008 for the approval of the Hague Convention.

²³¹ *Ibid.*

²³² Voir par exemple, Comité des droits de l'enfant, Rapport de l'État partie : Liberia, (juillet 2009).

²³³ Le moratoire a été levé. Voir Département d'État américain « Inter-country adoption: Lesotho » (novembre 2008).

²³⁴ Département d'État américain, « Inter-country adoption: Ethiopia » (13 mai 2009).

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Ces types de moratoires sont souvent appelés « restrictions ». Voir, Bureau Permanent, Guide de bonnes pratiques (note 105 *supra*), 103.

²³⁷ Autrement dit, la présence d'enfants adoptables pour lesquels l'adoption internationale est la seule possibilité d'accès à un cadre familial devrait conduire à une réflexion approfondie sur la nature et la durée d'un moratoire.

5.4 Coopération des États d'accueil dans la lutte contre la traite d'enfants

La coopération est essentielle pour que le régime de l'adoption internationale en Afrique œuvre à l'intérêt supérieur des enfants²³⁸, mais elle est encore plus cruciale pour régler le problème de la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption. À cet égard, toute réforme de l'adoption internationale axée sur les préoccupations de traite d'enfants qui considérerait que le rôle des pays d'accueil est sans importance serait vouée à l'échec.

Tout d'abord, les pays d'accueil doivent reconnaître que c'est la demande d'enfants adoptables qu'ils expriment qui est le principal élément moteur de l'adoption internationale. Ils doivent donc s'abstenir de faire inutilement pression sur les autorités et organisations des pays d'origine pour obtenir des enfants adoptables. Le rôle des pays d'accueil dans l'instauration de moratoires (restrictions) à l'adoption dans les pays où des irrégularités sont endémiques mérite également réflexion. Il est également recommandé que les pays d'accueil apportent leur concours aux efforts visant à rendre les agences d'adoption internationales enregistrées dans leur État comptables des méthodes de travail de leurs représentants et partenaires en Afrique. Ce doit être le cas en particulier lorsque ces représentants ou partenaires ont été impliqués dans toute forme de traite d'enfants et d'abus dans le contexte de l'adoption en Afrique et que l'agence d'adoption étrangère en était informée (et qu'elle n'a pris aucune mesure préventive ou curative).

Il est également recommandé que les pays d'accueil aident les pays d'origine à mettre leur législation en conformité avec les normes internationales, dont la Convention de La Haye, et qu'ils fassent dûment pression sur eux s'il y a lieu dans ce but. La jurisprudence émergente du Comité des droits de l'enfant à cet égard mérite d'être consolidée. En ce qui concerne la France, le Comité des droits de l'enfant a constaté une nouvelle fois :

... avec préoccupation que la majorité (les deux tiers) des adoptions internationales concernent des enfants venant de pays qui n'ont pas ratifié la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale...²³⁹

Si ce point de vue du Comité des droits de l'enfant progresse dans d'autres États d'accueil, cela pourrait encore accroître la nécessité d'aider et de faire pression sur les États africains non parties à la Convention de La Haye pour qu'ils ratifient et mettent en œuvre le traité avec les infrastructures d'appui nécessaires.

En cas d'irrégularités systémiques et persistantes dans le domaine de l'adoption internationale dans un pays d'origine, les pays d'accueil peuvent également instaurer davantage de mesures de protection procédurales. À titre d'exemple, suite aux préoccupations des familles suscitées par de récents articles des médias alléguant le recrutement direct d'enfants auprès des parents biologiques par des prestataires de services d'adoption ou leurs employés en Éthiopie, le Département d'État américain a apporté des modifications au traitement des visas pour l'adoption²⁴⁰. Résultat, un formulaire I-604, *Determination on Child for Adoption*, parfois appelé « *orphan investigation* » doit être renseigné pour chaque demande d'adoption internationale²⁴¹.

Les agences d'adoption étrangères ont elles aussi un rôle important à jouer dans le respect des protections prévues dans les procédures d'adoption en Afrique. Au plan pratique, cela peut impliquer une meilleure préparation des futurs parents adoptifs par les agences d'adoption étrangères sur les risques potentiels de l'achat d'enfants (ou d'autres activités

²³⁸ Pour de plus amples informations sur la nécessité d'une coopération administrative et judiciaire en matière d'adoption internationale, voir Duncan, W. (2001), « Transfrontier protection of children: Administrative and judicial co-operation and the role of the Hague Conventions » (intervention lors d'une Conférence sur le droit de la famille dans les pays de common law) (Justice College, Pretoria, 25-26 janvier 2001).

²³⁹ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : France, (mai 2009), para. 63.

²⁴⁰ Département d'État américain, « Intercountry adoption: Ethiopia » (13 avril 2010).

²⁴¹ *Ibid.*

illicites) en Afrique, qui peut contribuer à la lutte contre les adoptions illégales. Il est recommandé en outre que les représentants des agences d'adoption étrangères (y compris leurs partenaires et avocats) qui pourraient influencer le nombre d'enfants placés en vue de l'adoption ne soient pas rémunérés à la commission.

Les associations d'agences d'adoption étrangères telles Euradopt²⁴² montrent qu'il est possible de lier les agences d'adoption étrangères par des règles éthiques collectives définies à l'avance. Il est indispensable d'attirer l'attention de cette association et d'autres organisations de même type sur les autorités compétentes des pays d'origine afin de leur permettre de signaler les irrégularités.

5.5 Le rôle des médias dans la lutte contre la traite d'enfants dans le contexte de l'adoption

Le rôle des médias (nationaux et internationaux) dans le contexte des affaires liées à l'adoption internationale mérite lui aussi d'être souligné. Les médias, qui sont le plus puissant outil de communication de masse à l'échelle nationale et internationale, peuvent aussi bien protéger que violer les droits des enfants. Si les médias contribuent indéniablement à générer une certaine bienveillance au sein de la société à l'égard des enfants (par exemple pour promouvoir l'adoption)²⁴³, les médias africains tendent encore à placer les enfants en marge de leurs travaux²⁴⁴. De plus, l'insuffisance généralisée de capacités pour entreprendre du journalisme d'investigation et découvrir des problèmes tels que les adoptions illégales diminue leur fonction dans la promotion et la protection des droits des enfants. Par conséquent, le développement du rôle professionnel des médias dans la protection des droits des enfants en général et de ceux qui sont concernés par l'adoption internationale en particulier est important. Il est recommandé d'entreprendre une vaste campagne de sensibilisation et de formation afin de promouvoir le journalisme éthique.

6. REMARQUES FINALES

Les défenseurs de l'adoption internationale pourraient soutenir que « ... l'achat ou l'enlèvement d'enfants est si rare qu'ils ne sont pas pertinents et, par là, que les réglementations visant à éliminer ces pratiques retardent inutilement les adoptions et font ainsi plus de mal que de bien »²⁴⁵. Néanmoins, la thèse de cette étude est que la tendance en Afrique doit viser une réponse politique et réglementaire plus complète.

Comme nous l'avons souligné plus haut, la traite d'enfants et les autres activités illicites en matière d'adoption internationale en Afrique se manifestent sous diverses formes et à divers degrés, et menacent considérablement les droits des enfants. Malheureusement, la plupart des pays africains n'ont même pas les outils élémentaires pour lutter contre ce phénomène. La législation en matière de traite est encore en projet dans plusieurs pays d'Afrique. Les cadres institutionnels de protection des droits des enfants n'existent pas ou manquent des pouvoirs et capacités nécessaires pour mener à bien leurs missions. Dès lors, la question pour les pays africains n'est pas de savoir s'il faut réguler ou non l'adoption internationale, mais d'établir une régulation qui réponde à l'urgente nécessité de combler le moindre vide juridique. Il est recommandé de considérer l'absence de mesure dans ce but comme une pente glissante, menant inévitablement à un enchaînement qui perpétue la violation des

²⁴² Euradopt est une association fédérant les organismes d'adoption de 12 pays d'Europe occidentale. Voir <<http://portal.euradopt.org/>>.

²⁴³ Comité des droits de l'enfant, Journée de débat général, *Recommandations: L'enfant et les médias* (1996), para. 53.

²⁴⁴ Les contraintes de ressources alliées à une sensibilisation insuffisante (et parfois à des restrictions à la liberté d'expression) limitent fortement l'obligation générale des États de diffuser des informations sur les droits des enfants en Afrique.

²⁴⁵ Smolin, D. (2007) « Child laundering as exploitation: Applying anti-trafficking norms to intercountry adoption under the coming Hague regime » 32 *Vermont Law Review* 32 citant Bartholet, E. (1993) « International adoption: Current status and future prospects » 3 *The Future of Children* 96.

droits de l'enfant et culmine dans un système d'adoption internationale fragmentaire, entaché d'irrégularités. Il a été souligné qu'hormis le blanchiment d'enfants, la loi doit réguler d'autres activités illicites subtiles telles que la violation de la règle de l'interdiction du contact initial, l'absence de sanction sur les gains matériels indus et la corruption, et l'autorisation des adoptions indépendantes et privées. Autrement dit, l'absence d'une régulation plus complète de l'adoption internationale en Afrique engendre une situation dans laquelle l'adoption peut devenir une vaste industrie à but lucratif, qui considère les enfants comme de simples marchandises.

Les cas d'activités illicites dans des pays tels le Tchad, l'Égypte, l'Éthiopie, le Kenya, le Rwanda et Maurice décrits dans cette étude doivent être considérés comme la pointe visible de l'iceberg. Le problème des activités illicites en matière d'adoption internationale d'enfants africains n'est pas celui des affaires dont nous avons connaissance, mais de celles que nous ne connaissons pas. Si les leçons de ces affaires ont éclairé le débat sur l'étendue de la traite dans l'adoption internationale en Afrique, des compléments d'enquêtes menés par les organismes publics et internationaux feraient avancer le débat et les connaissances sur l'étendue de ces situations et surtout sur les moyens, juridiques et d'une autre nature, précisément ciblés qui permettraient de les éliminer.