

DROIT COMPARÉ (MADAGASCAR)

La problématique de l'adoption internationale dans le droit malgache (Loi n°2005-014 du 07 septembre 2005 relative à l'adoption)

Nelly RAKOTOBE

Magistrat

Premier Président Honoraire de la Cour Suprême

Les enjeux de l'adoption au cours des deux dernières décennies

Dans la tradition malgache, on décèle une permanence d'attitudes et de sentiments d'amour de l'enfant, qualifiant celui-ci de « menaky ny aina » (sève de la vie). Il était toujours le bienvenu, respecté et protégé, qu'il soit issu de couple en mariage ou de couple hors mariage ; enfants dits naturels ou même adultérins. La famille lignagère ou toute autre personne désignée par la coutume ou la loi interviennent en tant que « structure de réserve » et suppléent la défaillance des parents biologiques. Ainsi, les sociétés traditionnelles malgaches accordaient un rôle prépondérant à la famille élargie dans l'encadrement et la protection de l'enfant.

Le droit coutumier connaissait l'institution de l'adoption. L'adoption d'une personne, majeure ou mineure était une pratique courante et avait des objectifs divers :

- pour acquérir un prestige ou un intérêt matériel et moral, compte tenu de la personnalité de l'adopté⁴¹².
- reconnaissance d'enfant naturel ou adultérin.
- pour s'assurer une succession, lorsque l'adoptant n'avait pas d'enfant⁴¹³. L'adoption permettait ainsi de remplacer l'enfant que la nature a refusé et permettait alors à une personne de s'assurer que quelqu'un veillera sur son tombeau, sur ses restes mortuaires et lui rendre les devoirs post mortem.
- permettait même au rejetant de recevoir à nouveau l'adopté qui aurait été rejeté, dans sa famille.

Cette inspiration traditionnelle « d'adoption-protection » de l'enfant s'est maintenue dans le droit positif actuel, cependant que dans la réalité la grande famille s'est rétrécie, suite à de multiples causes : migration, pauvreté, chômage et recherche de travail en des lieux éloignés ou

⁴¹² Un premier ministre avait fait l'objet de plusieurs adoptions.

⁴¹³ Couramment les époux sans enfant s'adoptaient mutuellement.

dans les villes, etc. Le sens des responsabilités (responsabilités matérielles et morales envers la descendance) que la tradition a infusé se perd. L'enfant assisté et protégé est devenu l'enfant domestique, l'enfant martyr, l'enfant qui doit nourrir père, mère, frères et sœurs. Les enfants en situation difficile, en stratégie de survie et bondonnés se multiplient.

La loi n° 63-033 du 20 novembre 1963 sur la filiation, l'adoption, le rejet et la tutelle, s'inspirant des législations étrangères, a voulu faciliter l'accès au plus grand nombre possible des enfants en situation difficile à la famille légitime et a créé l'adoption judiciaire⁴¹⁴, qui vient doubler l'adoption **simple**, qui était en quelque sorte le prolongement de l'adoption du droit coutumier, mais avec des effets beaucoup plus importants. Dans le cadre de l'application de cette loi, préalablement à l'adoption, ces enfants en situation difficile étaient placés dans des organisations non gouvernementales (ONG), centres ou associations privés et orphelinats, soit par le juge des enfants, soit par les parents, soit par toute autre personne. Or ces ONG se développaient de manière anarchique et l'absence de réglementation a eu pour effet la prolifération d'organismes dirigés par des gens peu scrupuleux.

De plus, cet état de chose avait été facilité par la procédure instituée par la loi. En effet, dans le cadre de l'application de la loi de 1963, les personnes qui voulaient adopter un enfant malgache consultaient directement les centres et associations et choisissaient l'enfant qu'ils entendaient adopter parmi les enfants déjà hébergés dans le centre. Avant 1994, les futurs parents adoptifs déposaient directement leur demande d'adoption devant le Tribunal de la résidence de l'enfant⁴¹⁵.

Comme les enfants en bas âge à adopter se faisaient rares, pour avoir des enfants à faire adopter par des étrangers et pour obtenir un acte d'abandon ou un consentement, différentes manœuvres frauduleuses ont été utilisées :

- substitution de mère : le fait d'inscrire le nom de la mère adoptante, ou celui d'une intermédiaire, à la place du nom de la mère biologique, lors de l'enregistrement de la naissance de l'enfant ;
- promesse mensongère que l'enfant sera rendu à la mère biologique après avoir été bien éduqué par un étranger ;
- enlèvement d'enfants ;
- le fait d'obtenir frauduleusement le consentement des parents à l'adoption, ou le faire consentir à abandonner leur enfant à la naissance

⁴¹⁴ De 1987 à 2005, le Tribunal de Première Instance d'Antananarivo a enregistré une moyenne annuelle de 210 adoptions internationales.

⁴¹⁵ Il était alors arrivé qu'un adoptant, après avoir déposé 3 demandes devant 3 tribunaux différents, avait obtenu six enfants. Il a aligné les enfants devant lui et en a choisi deux, laissant les quatre autres à leur propre sort puisqu'il n'en voulait plus. Lorsque l'Etat *malagasy* a eu connaissance des faits, c'était trop tard : les délais de voies de recours étaient expirés. Il y a eu cependant interdiction de sortie des enfants et expulsion du parent adoptif. L'expulsé est revenu à Madagascar plusieurs années plus tard pour prendre « ses deux enfants », les autorités ayant oublié cette triste histoire. L'un de ces deux enfants (une fillette entre temps devenue mère) ne voulait plus partir et a exigé une pension alimentaire à « son » père adoptif.

Le responsable de ces ONG ou de simples individus privés proposaient ensuite ces enfants à adopter à des personnes étrangères, moyennant de très fortes sommes d'argent en Euros. Le trafic de nourrissons aux fins d'adoption fut une source de préoccupations particulières pour l'Etat et a ému l'opinion publique. Aussi, l'Etat réagit-il en procédant à plusieurs arrestations en 2004 et 2005. Beaucoup de centres ont été fermés, la procédure de l'adoption judiciaire a été suspendue, bien que quelques procédures déjà entamées aient été menées jusqu'à leur terme. De futurs parents adoptifs, qui avaient déjà investi de fortes sommes, étaient déçus ; les enfants à adopter étaient traumatisés, ayant déjà été en contact permanent avec les futurs parents adoptifs.

Coordination interministérielle

En 1994, une commission interministérielle fut instituée, chargée de coordonner toutes les demandes d'adoption internationale. L'avis de la commission interministérielle devait figurer dans le dossier de procédure transmis au Tribunal pour jugement. Mais c'était toujours les responsables des ONG ou des personnes privées qui faisaient le suivi de la procédure. Ils avisaient les adoptants étrangers des dates d'audience, leur faisaient faire des va-et-vient à Madagascar comme bon leur semblait, moyennant finance évidemment.

Des multiples problèmes surgirent : le consentement des parents biologiques était souvent sujet à caution, soit parce que ces parents n'ont pas été mis clairement au courant du contenu et des effets de leur consentement, soit que ce consentement ait été extorqué sous promesse de gains appréciables, soit qu'il y ait eu fabrication de faux consentement. De ce fait, après prononcé du jugement définitif d'adoption, des contestations, plaintes, harcèlement des parents adoptifs surgirent. Dans certains pays, l'adopté se voyait refuser la nationalité de l'adoptant par le pays d'accueil. Dans d'autres cas, la vérification d'adoptabilité de l'enfant (exemple, sur le plan médical) n'ayant pas été faite sérieusement, l'adoptant remettait l'enfant dans des centres d'accueil de son pays lointain et avisait Madagascar de sa réprobation.

Considérations générales sur la nouvelle loi de 2005 sur l'adoption

La ratification par Madagascar de la Convention de La Haye de 1993 sur la coopération et la protection des enfants en matière d'adoption internationale, ainsi que les multiples problèmes rencontrés ont emmené le législateur à adopter la loi n° 2005-014 du 07 septembre 2005 sur l'adoption. Il y a eu refonte totale des dispositions de l'ancienne loi n° 63-022 du 20 novembre 1963 (articles 51 à 78) pour la mettre en conformité avec la Convention de La Haye. Le texte de base est désormais la nouvelle loi de 2005.

L'adoption judiciaire a pris le nom d'adoption plénière. L'institution de l'adoption simple est maintenue et les dispositions concernant cette adoption simple n'ont presque pas été modifiées. L'adoption simple se fait uniquement entre les nationaux ; elle est destinée à créer un lien de parenté fictive ou à resserrer un lien de parenté existant. Sa caractéristique est de ne pas entraîner la rupture du lien de filiation entre les parents biologiques et l'adopté. Seule l'adoption plénière (nationale ou internationale) crée un nouveau lien de filiation légitime (article 30).

S'inspirant des instruments internationaux susmentionnés, les principes directeurs à la base de la nouvelle loi sont les suivants :

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale dans toute décision le concernant (article 4), c'est-à-dire que l'enfant doit toujours être le point de départ du processus aboutissant à l'adoption et non l'inverse ;

Le principe de double subsidiarité prévoit que c'est seulement dans le cas où la famille d'origine ou la famille élargie est incapable de prendre l'enfant en charge qu'il faut recourir à une famille de substitution. La famille de substitution à considérer doit être d'abord une famille d'accueil à Madagascar, dans le pays de l'enfant, dans un environnement culturel, linguistique proche de son milieu d'origine. Ce n'est qu'en dernier ressort qu'on aura recours à l'adoption plénière internationale (article 32). L'adoption plénière internationale peut être effectuée par des nationaux malagasy résidant à l'étranger ou par des étrangers résidant soit à Madagascar, soit à l'étranger.

Conditions à remplir pour être adopté et pour devenir parents adoptifs

L'adopté doit être âgé de moins de 12 ans, alors que dans la loi de 1963, il devait être âgé de moins de 10 ans. Les nécessités pour l'adopté d'avoir été abandonné ou d'être rattaché par un lien de parenté aux adoptants ont été maintenues. L'enfant doit être adoptable : il doit être inscrit sur la liste des enfants adoptables auprès de l'Autorité centrale.

Les père et/ou mère encore en vie et connus doivent consentir à l'adoption par devant le juge des enfants. Le juge des enfants joue un rôle fondamental, non seulement pour déclarer l'enfant abandonné par décision spéciale (article 39) et pour le confier en conséquence à telle institution agréée (dont un centre d'accueil) strictement réglementés⁴¹⁶, mais en outre pour recueillir le consentement des père et mère (articles 41-42), et pour informer ceux-ci de la portée de leur consentement ainsi que de la possibilité de rétractation de ce consentement dans un délai précis (trois mois, article 43).

L'adoption plénière n'est permise qu' » aux époux hétérosexuels, dont l'un est âgé d'au moins 30 ans, et qui, au jour de l'adoption, ont au plus 3 enfants à charge... ». Ainsi, l'adoption d'un enfant malgache est interdite à une personne célibataire, ou à un veuf ou à un couple non hétérosexuel. L'article 61 ajoute que : » Si l'un des époux décède en cours d'instance, le conjoint survivant ne peut plus continuer la procédure... ».

⁴¹⁶ Le centre d'accueil est réglementé par le décret n° 2006-296 du 10 août 2006 fixant les modalités d'application de la loi n° 2005-14 du 07 septembre 2005 relative à l'adoption. Le centre d'accueil fait l'objet d'un double agrément : agrément en tant que centre à vocation sociale ; agrément pour adoption.

Ces dispositions n'ont pas manqué et ne manqueront pas de créer des problèmes. Par exemple, durant la période transitoire, deux époux avaient entamé le long circuit de l'adoption pour l'adoption plénière d'une fillette malgache avec laquelle ils ont déjà eu plusieurs contacts. L'enfant leur a été confié provisoirement, bien que demeurant encore dans une famille d'accueil en attendant le jugement. Le mari était venu à Madagascar pour le prononcé du jugement : la demande a été accordée. Durant la période d'attente d'une voie de recours éventuelle, la femme envoya une lettre d'opposition au visa de l'enfant au motif que les époux venaient de divorcer. L'enfant n'a pas pu sortir de Madagascar, alors que le jugement d'adoption était devenu irrévocable. Le problème serait identique dans l'hypothèse du décès de l'un des époux. Comment résoudre de telle situation ?

En cas de problème, le recours à la Convention de La Haye serait de nature à clarifier la situation et à apporter des solutions, dès lors qu'il ne s'agit pas ici d'une condition de fond non respectée, mais simplement d'un incident de procédure. La solution serait certainement différente si la dissolution du mariage des futurs parents adoptifs était connue durant la procédure d'adoption, ou si elle n'a été connue qu'après le prononcé du jugement d'adoption.

En ce qui concerne les conditions tenant à l'âge des adoptants et à leur situation parentale (exemple, absence d'enfant légitime), ces conditions devraient relever en principe de la loi nationale desdits adoptants (cf. article 5, loi 2005-014 sur l'adoption ; article 28, ordonnance 62-041 du 19 septembre 1963 relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé ; article 8, ordonnance 60-171 du 03 octobre 1960 relative au partage des compétences entre les juridictions de droit moderne et les juridictions de droit traditionnel).

Cependant, les Tribunaux malgasy pourraient catégoriquement refuser l'adoption internationale faite par un couple non hétérosexuel ou par un célibataire en faisant intervenir soit l'intérêt supérieur de l'enfant, soit l'exception d'ordre public. Par contre, il est arrivé aux Tribunaux malgasy d'accorder l'adoption judiciaire à des époux étrangers qui avaient 4 enfants à charge, ce que la loi nationale permettrait, en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par ailleurs, l'article 35 précise que l'adoption internationale n'est permise qu'aux époux, dont la loi nationale reconnaît l'institution de l'adoption plénière. Cela signifie que l'Etat d'accueil, les pays des parents adoptifs, doit reconnaître l'institution de l'adoption plénière (ce qui est d'ailleurs réaffirmé par l'article 26 de la Convention de La Haye), et en conséquence reconnaître le lien de filiation entre l'enfant et les parents adoptifs, qui comporte nécessairement la responsabilité des parents adoptifs à l'égard de l'enfant⁴¹⁷

⁴¹⁷ Ainsi, des époux marocains, par exemple, ne pourront pas adopter un enfant malgache. En effet, au Maroc, c'est l'institution de la *Kafalah* qui s'applique. C'est une législation d'inspiration islamique qui interdit toute possibilité d'établir une filiation à l'égard d'un enfant étranger à la famille. L'adoption, dans le concept occidental, est prohibée par le Coran, donc par le Code de la famille du Maroc. Mais le *Kafalah* permet, par contre, l'accueil d'un enfant dans un foyer dans des conditions précises. En tout cas, le *Kafalah* est l'engagement de recueillir un enfant et de le considérer comme son enfant, sans pourtant qu'un lien de filiation puisse être établi par la suite.

Conditions procédurales en vigueur

La procédure dans la nouvelle adoption comporte deux phases : la phase administrative, donnant un rôle important aux Autorités centrales, et la phase judiciaire qui fait intervenir le juge.

➤ Phase administrative : rôle primordial des Autorités centrales

La Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale instaure un système de coopération entre les Etats contractants, c'est-à-dire, qui ont ratifié cette convention. Chaque Etat contractant doit mettre en place une Autorité centrale.

Il y a donc, d'un côté, une Autorité centrale du pays d'origine, soit l'Autorité centrale du pays d'origine de l'enfant à adopter, qui a pour rôle essentiel de constituer et de mettre en état le dossier concernant l'enfant. Le dossier doit contenir toutes les pièces requises qui établissent que l'enfant est adoptable, prouvent que les parents biologiques ont été bien informés des conséquences de leur consentement, vérifient que le consentement a été obtenu librement mais pas moyennant paiement.

De l'autre côté, il y a une Autorité centrale du pays d'accueil, c'est-à-dire, du pays des futurs parents adoptifs, qui a pour responsabilité la constitution du dossier relatif aux futurs parents adoptifs. Elle facilite, suit et active la procédure en vue de l'adoption. Cette Autorité centrale doit dresser un rapport, préciser si les futurs parents adoptifs demandeurs sont qualifiés et aptes à adopter. Le rapport est transmis, avec la demande, à l'Autorité centrale du pays d'origine de l'enfant. Il y a échange d'informations relatives à l'enfant et aux futurs parents entre les Autorités centrales.

Les Autorités centrales doivent coopérer entre elles. Elles prennent, soit directement, soit avec le concours d'organismes dûment agréés dans leur Etat, toutes mesures appropriées, notamment pour rassembler, conserver et échanger des informations relatives à la situation de l'enfant et des futurs parents adoptifs, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'adoption.

L'Autorité *malagasy* du pays d'origine (article 2 et suivants de la loi), organe étatique de création récente par la nouvelle loi de 2005, pour accomplir sa mission, l'Autorité centrale dispose d'une cellule d'experts (article 10). Par ailleurs, un comité consultatif interministériel collabore avec elle. L'Autorité centrale fait le lien avec les Autorités centrales extérieures des autres pays. Toutes les correspondances portant adoption internationale se font exclusivement par voie diplomatique entre l'Autorité centrale du pays d'accueil et l'Autorité centrale du pays d'origine de l'enfant. La demande d'adoption plénière doit être déposée soit à l'Autorité centrale *malagasy*, soit à l'Autorité centrale du pays d'accueil, même s'il s'agit d'une adoption plénière nationale.

Disposant de la liste des enfants adoptables, l'Autorité centrale du pays d'origine va procéder à l'apparement : c'est l'Autorité centrale qui va proposer officiellement l'enfant aux futurs adoptants par l'intermédiaire de l'Autorité centrale du pays d'accueil. S'il y a acceptation de la part des adoptants, le dossier de l'adopté va être constitué. En conséquence, les personnes résidant dans un pays ne disposant pas d'Autorité centrale ne pourront pas faire une adoption plénière d'un enfant malagasy.

Après l'apparement, la demande d'adoption est déposée auprès de l'Autorité centrale du pays d'origine pour transmission au Tribunal.

➤ **Phase judiciaire :**

La phase judiciaire est pour le moment encore suspendue. Il n'y a pas encore de dossiers à juger, même de simple demande d'adoption internationale. Le dossier établi par l'Autorité centrale facilite grandement la tâche du juge, d'abord, quant à l'appréciation relative aux demandeurs à l'adoption (sont-ils qualifiés et aptes à adopter ?), ensuite, quant à l'adoptabilité de l'enfant.

Une période probatoire d'un mois est accordée aux adoptants par ordonnance du Président du Tribunal de Première Instance, ou par le juge par lui délégué, pour se familiariser avec l'enfant avec obligation de se présenter ensemble devant le tribunal à l'issue de la date fixée : le tribunal voudrait se rendre compte s'il n'y aurait pas une certaine attitude de répulsion de la part des futurs parents (art. 56). Les adoptants peuvent se rétracter durant cette période. A l'issue de cette période probatoire, le tribunal, en chambre du conseil, va procéder au **contrôle de la légalité**, c'est-à-dire, vérifier si toutes les conditions de fond sont remplies, mais également à un **contrôle d'opportunité** puisque l'adoption ne devrait être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les effets particuliers de l'adoption

L'adoption **plénière** est prononcée par décision judiciaire. Le jugement emporte rupture de tous liens entre l'adopté et sa famille d'origine, et confère le statut d'enfant légitime au sein de la famille adoptive. Le jugement d'adoption doit être transcrit dans le registre d'état civil du lieu de naissance de l'enfant et n'est opposable aux tiers qu'à compter de cette transcription. La décision d'adoption internationale rendue à Madagascar est reconnue de plein droit par les autres Etats qui ont ratifié la Convention de La Haye (article 67).

Le jugement d'adoption plénière est irrévocable. La seule possibilité pour l'adoptant, par la suite, en cas d'ingratitude, serait d'avoir recours à la procédure de rejet. Obligation est faite pour les adoptants résidant hors de Madagascar d'envoyer tous les 6 mois pendant la première année un rapport relatif à l'intégration de l'enfant, et pour les années suivantes, annuellement jusqu'à la majorité de l'enfant. Il en va de même pour l'Autorité centrale du pays d'accueil.

Faut-il souligner que nul ne peut tirer un profit matériel indu, gains matériels ou financiers ou tout autre bénéfice ou avantage indus, en raison d'une intervention à l'occasion d'un placement dans une institution agréée ou durant la procédure d'adoption, sous peine de travaux forcés (sauf s'il s'agit de véritables frais et dépense ou des honoraires des avocats). A compter de l'acceptation, pour les besoins de l'enfant, les adoptants sont tenus de verser une somme fixée par arrêté ministériel (actuellement 800 Euros par enfant pour une adoption internationale) à l'Autorité centrale, laquelle la transmettra à l'institution agréée qui avait accueilli l'enfant avant l'adoption.

Pour conclure, on peut affirmer que la Convention de La Haye sur l'adoption internationale représente une évolution majeure, tant pour les familles qui adoptent que pour les enfants adoptés, car elle encourage des processus éthiques et transparents, mis en œuvre en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.