

Adoption : l'homosexualité du requérant ne peut fonder le refus de délivrer l'agrément

RJPF-2008-2/32

Par Stéphane VALORY, Rédacteur en chef, Chargé d'enseignement à la Faculté de droit d'Aix-Marseille, Docteur en droit

- Filiation
- Adoption
- Agrément
- Homosexualité
- Discrimination

FAITS ET PROCÉDURE

Une femme dépose une demande d'agrément pour adopter un enfant, sans cacher son homosexualité. Le président du conseil général rejette sa demande aux motifs que son projet « révèle l'absence d'image ou de référents paternels » et que « la place qu'occuperait [son] amie dans la vie de l'enfant n'est pas suffisamment claire ».

Ce refus est confirmé par les juridictions administratives. Selon le Conseil d'État, la relation homosexuelle de la requérante pouvait être prise en considération au regard des besoins et de l'intérêt d'un enfant adopté (CE, 5 juin 2002, n° 230533, RJPF-2002-10/30, obs. Th. Garé, D. 2002, p. 2024, obs. F. Granet, RTD civ. 2002, p. 496, obs. J. Hauser).

SOLUTION

Saisie par la femme, la CEDH estime qu'à travers les deux motifs invoqués au soutien de la décision de refus d'agrément, à savoir le défaut de référent paternel et l'ambiguïté de l'investissement de chaque membre du couple, les autorités internes ont opéré une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle de la requérante incompatible avec les dispositions de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (interdiction des pratiques discriminatoires), combiné à l'article 8 (respect de la vie privée et familiale). La France est condamnée, outre les frais et dépens, à verser une somme de 10 000 euros au titre du préjudice moral.

ANALYSE

L'argument médiatisé, la présente décision opère un spectaculaire revirement par rapport à l'arrêt *Fretté* du 26 février 2002 (CEDH, 26 févr. 2002, aff. 36515/97, RJPF-2002-4/30, note M.-C. Le Boursicot). La CEDH avait alors estimé que les autorités françaises pouvaient refuser la délivrance de l'agrément en se fondant sur le « choix de vie homosexuelle » du requérant. En décidant du contraire, elle adopte une solution qui était prévisible (I) ; sa portée pratique apparaît cependant réduite (II).

I - UNE SOLUTION PRÉVISIBLE

On sait que la Convention européenne des droits de l'homme est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles », selon une formule reprise dans l'arrêt rapporté (§ 92). Cela signifie concrètement que la jurisprudence de la CEDH s'adapte à l'évolution des mœurs et des législations des États signataires. Or, ces dernières sont de plus en plus favorables à la reconnaissance des droits des homosexuels. Alors que quatre pays européens ont ouvert le mariage aux couples homosexuels, ils sont aujourd'hui neuf à autoriser l'adoption par ces mêmes couples (les Pays-Bas étaient les seuls en 2002). Par ailleurs, un projet de Convention européenne en matière d'adoption des enfants, actuellement en cours d'examen par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, prévoit expressément la faculté pour les États « d'étendre la portée de la présente convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble ». Ces éléments ont pesé sur la décision, qui y fait largement référence.

La tendance est identique en France. Certes, aucun projet de loi n'est attendu sur ces questions dans les prochaines années compte tenu des engagements

pris par le président Nicolas Sarkozy avant son élection. Mais l'opposition a clairement annoncé son intention de légaliser le mariage et l'adoption par des couples homosexuels. Quant à l'opinion, elle est majoritairement favorable au mariage homosexuel (à 54 % selon un sondage *Opinion Way* réalisé pour le quotidien *Metro*), bien que plus réticente à l'égard de l'adoption (52 % contre). La comparaison avec un sondage réalisé fin 2006 montre cependant que cette proportion diminue (55 % s'étaient déclarés contre ; v. RJPF-2006-12/9).

Dans ce contexte, le changement de cap de la CEDH en matière d'agrément n'étonne guère. Il était d'autant plus prévisible que l'arrêt *Fretté*, rendu par une formation de section, n'avait été voté que par quatre voix contre trois, instaurant ainsi une jurisprudence fragile.

Adoptée par la Grande Chambre, la formation la plus solennelle de la Cour, la solution nouvelle paraît bien plus solide. Certes, elle n'a été approuvée que par dix voix contre sept. Mais ce faible écart ne doit pas induire en erreur. En effet, plusieurs opinions dissidentes s'expliquent non par un désaccord sur la règle posée par l'arrêt, mais parce qu'elles concluent à l'absence de discrimination en l'espèce. Contrairement à l'arrêt *Fretté*, l'homosexualité de la requérante n'était pas le fondement explicite de la décision de refus de l'agrément, d'où certaines divergences (v. l'opinion du juge Costa, annexée à l'arrêt).

Le revirement revêt une importante portée symbolique. En France, il marque une étape de plus dans la quête d'égalité des couples homosexuels, après l'instauration du pacs (L. n° 99-944, 19 nov. 1999, art. 1 ; C. civ., art. 515-1 et s.), la légalisation du concubinage homosexuel (L. n° 99-944, 19 nov. 1999, art. 3 ; C. civ., art. 515-8), la possibilité d'obtenir une délégation partielle d'autorité parentale (Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090, RJPF-2006-4/32, note É. Mulon,

RTD civ. 2006, p. 297, obs. J. Hauser). Il contribue également à la reconnaissance des familles homoparentales, au sein desquelles entre 24 000 et 40 000 enfants sont élevés en France selon une estimation de l'Institut national d'études démographiques.

Dans une perspective plus large, la décision du 22 janvier 2008 montre que le droit français ne peut ignorer l'évolution des législations des pays voisins, dont la jurisprudence de la CEDH n'est souvent que le révélateur. Le mariage homosexuel et l'adoption par des personnes de même sexe apparaissent alors inéluctables à moyen ou long terme.

Indéniable avancée pour la cause des homosexuels, la solution revêt cependant une portée pratique réduite.

II - UNE PORTÉE PRATIQUE RÉDUITE

S'agissant de la délivrance de l'agrément, l'arrêt est certes d'un apport pratique indéniable. Il garantit aux candidats homosexuels un traitement non discriminatoire uniforme dans l'ensemble des départements français, ce qui permettra une plus grande transparence. Actuellement, seuls les départements des grandes villes ont exclu l'homosexualité des motifs justifiant le refus de l'agrément. Aucune modification législative ou réglementaire ne s'impose, le droit français ne faisant nullement obstacle à l'adoption par un célibataire homosexuel.

Mais la jurisprudence de la CEDH ne facilitera pas pour autant l'adoption au sein des couples homosexuels, étant rappelé qu'un couple de concubins, *a fortiori* homosexuel, ne peut adopter en France en tant que tel. La demande d'adoption sera nécessairement faite à titre individuel, à condition d'avoir obtenu l'agrément. Or, ce dernier, qui vise à évaluer l'aptitude à adopter, ne garantit pas le recueil d'un enfant ni le prononcé du jugement d'adoption. Or, même si désormais les homosexuels se verront reconnaître la capacité d'adopter, ils se heurteront en pratique à de nombreux obstacles.

En matière d'adoption interne, le faible nombre de pupilles de l'État adoptables chaque année en France (environ 1 000) conduit à les confier quasiment exclusivement à des couples mariés. Quant à l'adoption simple de l'enfant du compagnon de même sexe, la voie ouverte par quelques décisions de juridictions du fond (v. not. TGI Paris, 27 juin 2001, n° RG : 01/03298, RTD sanit. et soc. 2002, p. 121, obs. F. Monéger, Dr. famille 2001, comm. n° 12, obs. P. Murat, RTD civ.

2002, p. 84, obs. J. Hauser) semble définitivement fermée en l'état actuel du droit. La Cour de cassation a en effet condamné une telle adoption car elle prive le parent d'origine de son autorité parentale par l'effet de l'article 365 du Code civil (Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2007, n° 06-21.369), le recours à la délégation d'autorité parentale pour corriger cet inconvénient ayant été refusé (Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 04-15.676 et Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, RJPJF-2007-5/32, note C. Mécarry, RLDC 2007, n° 39, n° 2570, note M.-C. Le Boursicot, RTD civ. 2007, p. 325, obs. J. Hauser). Le seul cas où l'adoption simple pourrait être prononcée est lorsque le parent d'origine est décédé ou définitivement hors d'état de s'occuper de son enfant au moment du jugement, le problème de la perte de l'autorité parentale ne se posant plus (TGI Paris, 1^{re} ch., 1^{re} sec., 18 juin 2003, n° RG : 02/11617).

Dans l'adoption internationale, ce sont les pays d'origine qui décident des critères à remplir par les candidats. Or, comme on

l'a rappelé, « plus de soixante-dix États dans le monde condamnent l'homosexualité, la sanction chez une dizaine d'entre eux étant la peine de mort » (M.-C. Le Boursicot, note préc.). Seule l'Afrique du Sud reconnaît expressément l'adoption par des homosexuels. Dans tous les autres pays, celle-ci s'avère extrêmement difficile, sauf hypothèse particulière (comme le recueil d'un enfant malade). Lorsque l'adoption par un célibataire est autorisée (certains pays ne confient d'enfants qu'à des couples mariés, parfois en posant une condition de durée, comme la Chine ou le Burkina Faso), le candidat a tout intérêt à ce que son homosexualité ne soit pas mentionnée sur l'agrément.

Le chemin apparaît encore long pour les homosexuels désireux d'adopter, en raison de l'écart culturel qui existe avec les pays d'origine. L'accès sans discrimination à l'agrément est cependant un premier pas.

CEDH, 22 janv. 2008, aff. 43546/02, E. B. c/ France.

TEXTE DE L'ARRÊT (EXTRAITS)

84. La Cour constate donc que les juridictions administratives ont eu soin de juger que les orientations sexuelles de la requérante, bien que prises en compte, ne fondaient pas la décision litigieuse et ne faisaient pas l'objet d'une position de principe hostile.

85. Cependant, de l'avis de la Cour, le fait que l'homosexualité de la requérante ait été aussi présente dans les motivations des autorités internes est significatif. Outre leurs considérations sur les « conditions de vie » de la requérante, elles ont surtout confirmé la décision du président du conseil général. Or, la Cour rappelle que ce dernier s'est prononcé au vu de l'avis émis par la commission d'agrément, dont les différents membres ont été amenés à s'exprimer individuellement par écrit, proposant et justifiant pour l'essentiel de rejeter la demande pour les deux motifs litigieux. Elle constate que, précisément, certains avis étaient rédigés en des termes révélateurs, s'agissant de la prise en compte, de manière déterminante, de l'homosexualité de la requérante. En particulier, la Cour note que dans son avis du 12 octobre 1998, le psychologue au service d'aide sociale à l'enfance a émis un avis défavorable en évoquant notamment une « attitude particulière [de la requérante] vis-à-vis de l'homme dans le sens où il y a refus de l'homme » (paragraphe 13 ci-dessus).

86. La Cour constate que, parfois, c'est le statut de célibataire qui a été contesté et opposé à la requérante, alors même que la loi prévoit expressément le droit pour les célibataires de demander à pouvoir adopter. (...)

87. Quant au recours systématique à l'absence de « référent paternel », la Cour n'en conteste pas l'intérêt, mais bien l'importance accordée par les autorités internes s'agissant d'une adoption par une personne célibataire. La légitimité de la prise en compte d'un tel élément ne saurait faire disparaître le caractère excessif de son utilisation dans les circonstances de l'espèce.

88. Ainsi, malgré les précautions de la cour administrative d'appel de Nancy, puis du Conseil d'État, pour justifier la prise en compte des « conditions de vie » de la requérante, force est de constater que les orientations sexuelles de cette dernière n'ont cessé d'être au centre du débat la concernant et qu'elles ont été omniprésentes à tous les niveaux des procédures administrative et juridictionnelle.

89. La Cour considère que la référence à l'homosexualité de la requérante était sinon explicite du moins implicite. L'influence de l'homosexualité déclarée de la requérante sur l'appréciation de sa demande est avérée et, compte tenu de ce qui précède, elle a revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus d'agrément en vue d'adopter (v., *mutatis mutandis*, CEDH, 21 déc. 1999, aff. 33290/96, *Saigueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, § 35).