



HAL
open science

Adoption et homosexualité

Daniel Borrillo, Thierry Pitois-Etienne

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo, Thierry Pitois-Etienne. Adoption et homosexualité : Analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996. Homosexualités et droit, Presses Universitaires de France, pp.141-151, 1998, 978-2130494393. hal-01365434

HAL Id: hal-01365434

<https://hal.science/hal-01365434>

Submitted on 14 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

*Adoption et homosexualité :
analyse critique
de l'arrêt du Conseil d'État
du 9 octobre 1996*

Daniel BORRILLO et Thierry PITOIS*

Par une décision remarquable du 9 octobre 1996, le Conseil d'État confirme, en annulant une décision du tribunal administratif de Paris, le refus d'agrément à la demande d'adoption présentée par un homme célibataire du seul fait, semble-t-il, de son homosexualité. Les faits de l'espèce ne devraient-ils cependant amener le Conseil d'État à une solution contraire dès lors qu'au sens de l'article 4 du décret du 23 août 1985 « les conditions d'accueil que le demandeur était susceptible d'offrir à l'enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique » étaient réunies ? Il se pourrait plutôt que la décision du Conseil ressorte davantage du préjugé que d'une application rigoureuse de la loi.

I / L'ÉTRANGE MOTIVATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le 3 mai 1993, un Français célibataire, professeur de physique âgé de 37 ans, se voit opposer, par le chef du service de

* Daniel Borrillo, maître de conférences en droit privé à l'Université de Paris X - Nanterre, Thierry Pitois, avocat au barreau de la Guadeloupe.

la protection de l'enfance du département de Paris, un refus d'agrément en vue de l'adoption d'un enfant étranger. Cinq mois plus tard, la décision de l'administration est confirmée sur recours gracieux par le président du Conseil de Paris au motif que « si le choix de vie de l'intéressé devait être respecté, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant ». Cette décision de l'administration est déférée devant le tribunal administratif de Paris. Ce dernier considère que la « procédure d'agrément instaurée par l'article 4 du décret du 23 août 1985 ne peut restreindre la liberté d'adopter que dans la mesure où son exercice serait préjudiciable aux intérêts de l'enfant, et ne peut déroger au principe du droit au respect de la vie privée tel qu'il est défini par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 9 du Code civil, qu'autant qu'il est nécessaire pour permettre à l'administration de se prononcer sur ce point ». Or, la décision du directeur de l'action sociale, de l'enfance et de la santé refusant l'agrément est motivée par « les choix de vie de l'intéressé » ; motivation euphémistique, d'après le tribunal administratif, et qui évoque l'homosexualité de celui-ci. Cependant, l'homosexualité ne peut constituer en soi un élément déterminant du refus si elle n'est pas accompagnée d'un comportement préjudiciable à l'intérêt de l'enfant. En l'occurrence, les rapports sociaux établis par les spécialistes s'accordaient à souligner les qualités humaines et éducatives du candidat et « aucune pièce versée au dossier permet d'établir ni même autorise à alléguer que le mode de vie de M. F... traduirait un manque de rigueur morale, une instabilité affective, la possibilité de le voir détourner l'adoption de ses fins ou tout autre comportement de nature à faire considérer son projet comme dangereux pour tout enfant adopté ». Cette appréciation mène le tribunal à annuler le refus d'agrément dans une décision du 25 janvier 1995.

Saisi sur appel de l'administration, le Conseil d'État, contrairement à la décision du tribunal administratif, confirme la légalité du refus d'agrément. A la lecture de l'arrêt, il semble que la seule force du préjugé explique la motivation du Conseil d'État. Et ce préjugé étant au fond si peu avouable, l'instance

suprême de l'ordre administratif se garde bien de l'évoquer alors que les faits de l'espèce le révèlent comme une évidence : l'homosexualité du candidat adoptant. Aussi, le Conseil entend de construire un raisonnement sophistiqué où la motivation développée pour confirmer le refus d'agrément n'obéit qu'à une logique formelle, mais ce raisonnement ne saurait convaincre qu'en apparence. En effet, il n'échappera pas que le Conseil d'État se garde de procéder à un contrôle effectif de la motivation du rejet par l'administration. Que partant, il en assoit la légalité alors qu'elle procède d'une erreur manifeste d'appréciation des faits de l'espèce.

L'article 9 du décret du 23 août 1985 auquel se réfère le Conseil d'État rappelle que « tout refus d'agrément doit être motivé dans les conditions fixées à l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979 susvisée. Il ne peut être motivé par la seule connotation de l'âge ou de la situation matrimoniale du demandeur ou de la présence d'enfants à son foyer ». Cette obligation de motiver devait nécessairement conduire l'administration à préciser en quoi « les conditions d'accueil que l'adoptant seraient susceptibles d'apporter à un enfant pouvaient présenter des manques importants pour son épanouissement ». A défaut, le refus d'agrément est entaché de nullité ce que n'a pas manqué de relever le tribunal administratif de Paris. Or, le Conseil d'État ne critique aucunement l'extrême faiblesse, voire l'absence de motivation du refus, sans liaison avec les faits, et notamment les rapports d'enquête. Tout au contraire, la motivation employée par le Président du Conseil de Paris est reprise dans une formulation un peu différente. Dans les deux cas, l'appréciation des faits de l'espèce demeure erronée.

Ainsi, le Conseil d'État considère que « M. F... ne présente pas les garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ». Le Conseil déduit cette solution des pièces du dossier dont il entend manifestement ignorer la teneur. En effet, une lecture attentive des rapports d'enquête conduit nécessairement à une appréciation contraire des conditions d'accueil de l'adoptant. Rappelons que l'enquête sociale conclut par un avis favorable après avoir souligné les qualités humaines et le sens de la pédagogie de M. F... D'autre part, le Dr Dorgueille, médecin

psychiatre, ne décèle « aucun obstacle d'ordre psychologique ». L'enquête psychologique enfin conclut certes à un avis réservé mais elle confirme préalablement les qualités affectives et éducatives de M. F... Mais la force du préjugé défavorable au candidat n'explique-t-elle pas au fond cet avis réservé puisque l'expert psychologue ne tire pas les conséquences de ses constatations ? Et n'en va-t-il pas de même de la motivation du Conseil ? Ou ce dernier refuse à dessein de déduire des pièces du dossier l'évidence des garanties suffisantes offertes par le candidat adoptant, ou toute son analyse procède d'une appréciation erronée des rapports d'enquête. Libre au lecteur de retenir l'une ou l'autre de ces hypothèses, si ce n'est au fond l'homosexualité de l'adoptant qui sans être nommée explique la motivation du Conseil d'État. On peut comprendre que ce dernier ait préféré une forme du mutisme certes, assimilable à l'absence de motivation au risque d'exprimer un jugement de valeur sur l'orientation sexuelle du candidat, constitutif alors d'une atteinte au respect de la vie privée. S'efforçant de se prémunir de ce risque, les conclusions du commissaire du gouvernement ne font que mieux révéler les motifs véritables de la décision commentée.

II / L'ARGUMENT SCHIZOPHRÈNE DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Partant d'une réflexion générale extrêmement claire sur la liberté et l'orientation sexuelle, le commissaire considère que l'exclusion d'un célibataire de l'adoption du seul fait de son homosexualité constituerait une atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination sur lesquels se fonde l'État de droit. Au besoin, il rappelle que « le législateur reconnaît l'aptitude à l'adoption plénière des personnes seules célibataires, homme ou femme âgées de plus de 28 ans (art. 343-1 du Code civil) » et que « décider par voie prétorienne qu'un céli-

législateur ». De plus, souligne le commissaire, l'homosexualité ne constitue plus un crime, bien au contraire elle est une composante légitime de la vie privée jouissant d'une protection juridique aussi bien au niveau européen (art. 8 CEDH) qu'au niveau national (art. 9 du Code civil). « Refuser le droit à l'adoption à un homosexuel constituerait donc une discrimination injustifiée. » Enfin, il rappelle que la jurisprudence considère que l'homosexualité des parents ne constitue pas une incapacité à l'exercice de l'autorité parentale. Mais, à notre surprise, le commissaire ne déduit pas de son raisonnement les conséquences logiques attendues. Celles-ci l'auraient amené à constater l'illégalité du refus. Bien au contraire et tout de suite après avoir déclaré ces principes de non-discrimination, d'égalité et respect de la vie privée, le commissaire opère un revirement qui contredit totalement les arguments précédemment déclarés. Ainsi, se gardant bien de fonder ses conclusions sur la négation du principe de liberté sexuelle du requérant, il ne fait que se référer à une manifestation de celle-ci (l'homosexualité) pour justifier le refus d'agrément. Ce raisonnement antinomique est construit en six étapes que nous analyserons successivement.

En premier lieu, pour justifier ce refus, le commissaire considère que « le droit de toute personne à avoir une vie sexuelle de son choix ne doit pas être confondu avec un hypothétique droit à l'enfant ». Affirmation dépourvue de sens tant il est évident que l'exercice de toute liberté soit-elle sexuelle, politique, religieuse, associative, syndicale, etc., ne peut pas être confondu avec le droit à l'enfant. En effet, ce n'est pas l'exercice d'une liberté quelconque qui pouvait se confondre avec le droit à l'enfant mais l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le Conseil d'État relève dans une décision du 24 avril 1992 « ce n'est pas l'appartenance à une confession qui justifie le refus d'agrément mais l'insuffisance des garanties offertes par les requérants qui ayant fait connaître sans ambiguïté à l'administration qu'ils adhéraient personnellement à la doctrine des témoins de Jéhovah en matière de transfusion sanguine et qu'ils s'étaient opposés à l'usage de

considéré comme une composante normale de la vie sexuelle », tant il nous semble évident que l'exercice du droit à l'adoption ne peut être considéré comme une composante normale de la vie politique, religieuse, sociale, sportive, etc. Enfin, est également surprenant le parallèle fait entre adoption et procréation médicalement assistée, parallèle qui n'a pas lieu d'être car ces deux institutions juridiques obéissent à deux régimes propres et distincts.

En deuxième lieu, prévoyant que la jurisprudence sur la garde des enfants est facilement transposable à la demande d'adoption, le commissaire tente d'invalider l'analogie en avançant trois arguments dont la pertinence reste à démontrer. A savoir, d'une part, que le maintien d'un lien de parenté préexistant ne saurait se confondre avec la création *ex nihilo* du lien. D'autre part, que la nécessité de conserver ce lien pré-existant conduit à attribuer la garde de l'enfant au parent homosexuel. Qu'enfin, en tout état de cause, le maintien de la garde au profit du parent homosexuel demeure une mauvaise solution. Cependant, il semble légitime de se demander en quoi la sexualité des parents constitue un élément déterminant de la qualité du lien. Pourquoi, en soi et par soi, la sexualité sous ses multiples formes peut-elle constituer une atteinte à l'intérêt de l'enfant ?

En troisième lieu, l'argumentation du commissaire s'articule autour d'une triple confusion. Ainsi, aux deux situations positives, les procréations médicalement assistées et l'adoption soumises à des régimes juridiques distincts, il introduit une nouvelle situation hypothétique, le contrat d'union civile, dont le débat n'était pas encore à l'ordre du jour au Parlement. Il demande enfin au législateur de prendre une décision qu'il a déjà prise, car en autorisant l'adoption à un célibataire, la loi consacre la notion de famille monoparentale adoptive, ce qui exclut par définition soit la mère soit le père. La jurisprudence a bien confirmé le choix du législateur en autorisant l'adoption par des célibataires même dans des cas extrêmes. Ainsi, il a été jugé que « possède la capacité d'adopter une femme de 86 ans jouissant de la pleine possession de ses facultés »¹.

1. Reims, 24 mars 1983, *Juris-Data*, n° 042648.

En quatrième lieu, le commissaire se livre à une interprétation historique de l'institution de l'adoption individuelle. « En autorisant l'adoption plénière par des célibataires, le législateur de 1966 avait en effet à cœur de régler un problème particulier, celui des enfants naturels dont il a voulu aligner le sort sur celui des enfants légitimes à une époque où le statut de l'enfant naturel était inférieur. » Cette interprétation historique n'a qu'une valeur purement illustrative mais elle ne peut aucunement abroger les termes de l'article 9 du décret 85-1938 du 23 août 1985 qui établit non seulement que le refus d'agrément doit être motivé mais qu'il ne peut pas l'être par la seule constatation de l'âge, et de la situation matrimoniale ou de la présence d'enfants au foyer du demandeur. En outre, l'arrêt de principe du Conseil d'État du 4 novembre 1991 établit clairement que le refus d'agrément ne peut être fondé exclusivement sur le célibat du demandeur, « compte tenu de l'état de mœurs, le caractère monoparental du projet d'adoption ne constitue pas en soi un obstacle dirimant à une demande d'agrément dès lors qu'aucun fait précis de nature à faire craindre pour l'intérêt de l'enfant n'est évoqué ». Pour mieux affirmer son raisonnement, le commissaire fait appel à deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ayant pour l'un nié le droit au mariage d'un transsexuel et pour l'autre, refusé des droits parentaux à la compagne d'une mère lesbienne. Situations qui n'ont strictement aucune liaison avec celle qui est soumise au Conseil d'État, si ce n'est que par un détail, qui dans l'imaginaire du commissaire déterminera son analyse : dans les trois cas de figure, l'homosexualité des requérants. Bien que le droit au mariage, l'exercice de l'autorité parentale et le droit à l'adoption répondent à trois régimes juridiques propres et bien différenciés, s'agissant d'un homosexuel, le refus de l'un sous-entend pour le commissaire la négation systématique de l'autre.

En cinquième lieu, le commissaire du gouvernement affirme qu'à travers la délivrance de l'agrément, la société exprime ce que doivent être pour elle les aptitudes des adoptants étant précisé que le corps social ne paraît pas prêt à admettre qu'un enfant soit confié à certaines personnes. Le commissaire en déduit que si l'agrément opère un contrôle sur

les valeurs morales que doit posséder le candidat adoptant, ce dernier sera amené soit à dissimuler son choix de vie privé ou alors l'administration serait conduite à occulter les motifs réels de ses décisions. Un tel argument méconnaît en réalité la portée exacte de la phase d'agrément, car si elle a pour rôle essentiel de « vérifier l'absence de contre-indication au projet d'adoption dans la personne du candidat » selon la formule de Mme Neirinck¹, celle-ci ne saurait exprimer en aucun cas les états d'âme du corps social. Ou alors, leur réalité devrait interpeller le commissaire s'agissant de récents sondages d'opinion favorables à la reconnaissance de droits aux homosexuels². Il reste que, contrairement aux affirmations du commissaire, l'agrément ne constitue qu'un contrôle préalable *a minima* portant essentiellement sur l'existence matérielle des garanties d'accueil d'un enfant et qui ne lie pas nécessairement le juge judiciaire. Dans ce contrôle, les choix de vie privée de l'adoptant ne peuvent constituer un critère sélectif sauf si la matérialité des garanties se trouvait mise en cause. On songera notamment au choix religieux de l'adoptant, témoin de Jéhovah, qui pourrait objectivement porter atteinte à la santé de l'adopté. Par ailleurs, le commissaire réserve à la phase d'agrément un caractère inquisitorial qui devrait dissuader toute tentative du candidat adoptant à dissimuler ses orientations sexuelles. On s'étonnera qu'un tel caractère soit mis en avant alors qu'il fait l'objet d'une critique aiguë d'une partie importante de la doctrine et notamment de Mme Rubellin-Devichi justement citée par le commissaire.

Enfin, son dernier argument atteint l'ultime degré de contradiction en ce qu'il recommande aux membres du Conseil d'État que « si vous éprouviez un dernier scrupule à trancher, à travers l'examen de la légalité d'un refus d'agrément, une question qui est plus normalement du ressort du juge judiciaire en sa qualité de juge de l'état des personnes, ce scrupule pourrait être en partie apaisé par le fait que la position que vous allez prendre ne fera pas complètement obstacle à ce que le juge judiciaire autorise quand même dans certains cas

1. *JC civil*, art. 343 à 370-2, fasc. 20, p. 7.
2. Voir *infra*, sondage IFOP.

l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle, s'il l'estime compatible avec l'intérêt de l'enfant ». Si ceci est le cas, est-il permis de poser la question de savoir pourquoi le commissaire invite le Conseil d'État à confirmer le refus alors que l'intérêt de l'enfant n'est pas compromis ?

III / INTERPRÉTATION *CONTRA LEGEM* ET HOMOPHOBIE DU CONSEIL D'ÉTAT

Au-delà des arguments juridiques du commissaire, contradictoires et peu convaincants, il nous reste à comprendre les raisons profondes qui ont amené le Conseil d'État à vouloir exclure les homosexuels de tout projet parental. Exclusion d'autant plus manifeste que l'intérêt de l'enfant dans le cas de l'espèce ne se trouvait pas remis en cause. L'administration, le Conseil d'État et la doctrine majoritaire ne se fonderaient-ils pas sur l'idée fantasmatique d'une famille immuable et unique qui ne laisserait pas de place à d'autres formes d'organisation familiale ? Doublée d'une hostilité vis-à-vis des homosexuels, la décision du Conseil d'État entend bien les tolérer mais en aucune manière leur homosexualité ne peut laisser les juges indifférents à tel point de cesser de la considérer comme un obstacle à la reconnaissance d'un droit quelconque.

La critique à la réforme de 1966, en ce qu'elle introduit la reconnaissance d'une famille adoptive monoparentale, laisse entrevoir une sorte de nostalgie de la famille fondée exclusivement sur le mariage. Or, les familles biologiques ou adoptives, traditionnelles ou monoparentales, se trouvent protégées en droit français de la même façon et avec la même rigueur. Considérée comme un acquis social, cette évolution juridique pourrait se trouver comprise à en croire les déclarations plus ou moins explicites de cette jurisprudence et de la doctrine qui s'y réfère. Ainsi, M. le P^r Malaurie affirme : « La loi devrait systématiquement favoriser la famille légitime, fondée sur le mariage, la plus féconde parce que la plus stable. » Cette famille exclusive en ce sens qu'elle exclut les autres formes familiales serait : « La seule apte à servir de

modèle à la vie commune et à faire de l'enfant un homme, lui apprendre à se dominer et à se contrôler.»¹

Par un ensemble de périphrases telles que : « choix de vie de l'intéressé », « risque important pour l'épanouissement de l'enfant », « absence de garanties suffisantes », les juges ne font autre chose que se référer à l'homosexualité du candidat adoptant. Par « choix de vie de l'intéressé », le Conseil d'État entend bien respecter l'homosexualité du demandeur. Mais ce respect ne peut se manifester que sous la forme de la tolérance et en aucun moment il ne peut être invoqué comme source de reconnaissance d'un droit quelconque. En effet, la négation du droit au mariage, le refus de la notion de concubinage au couple du même sexe, l'interdiction des procréations médicalement assistées aux lesbiennes, la réticence à l'octroi de droits parentaux aux homosexuels, la critique acerbe à toute forme de conjugalité (CUC, CUS) permettant l'institutionnalisation d'un projet familial pour les personnes du même sexe, sont mis en avant pour justifier les limites à l'exercice du droit à l'adoption individuelle jusqu'alors accessible aux célibataires indépendamment de leur orientation sexuelle. En outre, quand il se réfère aux « risques importants pour l'épanouissement de l'enfant », c'est bien au danger pour l'enfant de devenir lui-même homosexuel comme si l'homosexualité était un fléau qui tend à se répandre et peut devenir contagieux. Affirmer que « malgré les qualités humaines et éducatives, le candidat ne présentait pas les garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique », reviendrait à dire en l'occurrence que même réunissant toutes les conditions requises par la loi, le candidat se verra refuser l'agrément du seul fait de son homosexualité car elle ne lui échappe pas et, à en croire les considérations de l'administration, des juges, du commissaire et de la doctrine, elle ne doit pas lui échapper. Cette homosexualité lui est consubstantielle comme une nature *sui generis*, et déterminera la jouissance des droits.

Ce qui est suggéré par la jurisprudence devient affirmation ouverte dans les propos de la doctrine majoritaire. « En

1. Note sous Conseil d'État, arrêt du 9 octobre 1996 et Conseil constitutionnel, arrêt du 3 décembre 1996, recueil *Dalloz*, 1997, Jurisprudence, p. 117 et s.

aucune manière », considère M. le P^r Malaurie, « le couple homosexuel ne devrait être assimilé au couple hétérosexuel (...), pas de CUC incestueux, homosexuel, pédophile ou polygame »¹. L'amalgame fait par M. Malaurie est fort en signification car assimiler l'homosexualité à trois situations sévèrement réprimées par l'ordre pénal, revient à insinuer qu'elle devrait être elle aussi considérée comme un crime. Et sinon, quel est alors le sens de la référence faite dans le même commentaire au maréchal Pétain et au pape, personnages hautement symboliques des catégorisations criminelles et pécheresses de l'homosexualité ? Mais, si depuis 1973, l'homosexualité n'est plus considérée comme un trouble de la personnalité par l'Association psychiatrique internationale, si l'Organisation mondiale de la santé l'a également supprimée de la liste des maladies mentales, si au début des années 1980 la plupart des États européens dépénalisent l'homosexualité et que de nombreux régimes juridiques garantissent l'orientation sexuelle comme une liberté fondamentale, des hauts représentants de l'ordre juridique français continuent à alimenter, par ignorance ou par intolérance, une vision victorienne de l'homosexualité. Et ceci malgré une acceptation croissante de la part de l'opinion publique française². Si au lieu d'articuler un discours juridique autour du phénomène homosexuel, les juristes se consacraient davantage à la réflexion sur la discrimination homophobe introduite timidement dans la réforme du Code pénal (art. 225-1 à 225-4), l'État de Droit aurait peut-être bien plus à gagner. Car au fond, l'homophobie n'est qu'une forme d'hostilité envers l'Autre. Il revêt ici les habits de l'homosexuel. L'Autre pourrait également apparaître ailleurs sous la forme d'une mère célibataire, d'un parent adoptif célibataire, de concubins, de conjoints divorcés, des membres de couples mixtes ou interconfessionnels, en somme de tous ceux qui ne s'accommodent pas du modèle qu'un nombre important de moralistes prétend imposer.

1. Note précitée p. 119.

2. Voir sondage IFOP pour *L'Express* du 15 juin 1995 : 79 % des personnes interrogées estiment que les couples homosexuels doivent pouvoir hériter l'un de l'autre et 63 % sont d'accord pour qu'ils aient les mêmes avantages que les couples qui vivent en concubinage notoire. Une faible majorité [51 %] se déclarent favorables à leur mariage.