

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*DE LA GAY PRIDE ... AU PALAIS-ROYAL
A PROPOS DES REFUS D'AGREMENT A L'ADOPTION OPPOSES AUX HOMOSEXUELS*

Isabelle POIROT-MAZERES

Référence de publication : Poirot-Mazères, Isabelle (2002) [*De la gay pride au Palais Royal. A propos des refus d'agrément à l'adoption opposés aux homosexuels.*](#) Actualité juridique.
Droit administratif (AJDA). p. 401-409.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

DE LA GAY PRIDE ... AU PALAIS-ROYAL

A PROPOS DES REFUS D'AGRÉMENT À L'ADOPTION OPPOSÉS AUX HOMOSEXUELS

Dans un arrêt du 26 février 2002, *Fretté c/ France*, la Cour européenne des droits de l'homme, à une faible majorité, a considéré que la position des autorités françaises refusant le droit à l'adoption aux couples homosexuels n'était pas contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle va ainsi dans le sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui considère que le refus d'agrément demandé à l'Aide sociale à l'enfance préalablement à l'adoption peut être motivé, dans le cas de couples homosexuels, par le fait que les conditions de vie de celui-ci ne présentaient pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant. Toutefois, la rédaction de l'arrêt de la Cour et d'autres indices permettent de s'interroger sur les évolutions possibles en ce domaine.

S'il est vrai que, souvent, l'on désire d'abord des enfants pour soi dans la volonté narcissique de créer un objet d'amour qui en renverra par réflexion encore bien plus, la qualité de parent, outre qu'elle est confrontation quotidienne à l'altérité, à l'étrangeté de ce qui n'est plus soi, renvoie aussi aux fondements des sociétés humaines ; et l'on conçoit ainsi qu'elle ne soit pas seulement affaire d'individu ou de couple, mais également institution sociale et politique. Le constat s'impose lorsque l'enfant paraît sans encombre, « naturellement », sans que les parents ainsi devenus n'aient à devoir s'interroger en théorie, même s'ils l'ont fait en conscience, sur cette transmutation si profonde: ils sont parents, s'imposent comme tels aux regards, par l'évidence apparemment si simple de la procréation. Plus difficile déjà est la constitution de cette qualité dans le cas de l'adoption: les parents ici, après avoir souvent fait le deuil d'une grossesse, doivent alors se construire comme tels, et renforcent leur conviction dans la complexité des démarches qui leur faut accomplir pour que la société les reconnaisse comme capables de parentalité. Que dire alors des obstacles qui se dressent face à eux lorsqu'ils sont homosexuels... Les hétérosexuels n'ont pas à réfléchir en principe à la manière d'être parents ;

ils y sont toutefois poussés lorsqu'ils empruntent la voie de l'adoption ; les homosexuels sont appelés à aller plus loin: prouver qu'au-delà d'eux-mêmes, « malgré » leur choix de vie, ils *peuvent* être parents. Ils doivent s'instituer et être socialement reconnus comme tels : ils doivent « entrer en parentalité ». Or si pour beaucoup désormais le pas est psychologiquement franchi(1), le système politique, social et juridique n'est pas tout à fait prêt à consacrer une « homoparentalité » si contraire à son histoire et à sa conception millénaire de la famille(2).

Après le juge administratif, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Fretté*, vient d'être conduite à se prononcer sur le droit à l'adoption des homosexuels.

C'est à la lumière de ces quelques considérations préalables qu'il faut tenter de lire les décisions rendues par le juge administratif à propos des refus d'agrément opposés aux homosexuels. L'une de ces affaire défraie depuis plusieurs années - et très récemment encore en son épilogue houleux devant la Cour européenne des droits de l'homme(3) - chroniques de presse et débats doctrinaux, ranimant régulièrement, au rythme des prises de positions juridictionnelles, le débat déjà vif autour des droits parentaux et de la reconnaissance de la famille homoparentale. C'est en octobre 1991 que Philippe Fretté sollicite une demande d'agrément préalable en vue d'adopter un enfant. Une enquête sociale est diligentée alors par l'administration, au terme de laquelle l'agrément est refusé, refus confirmé sur recours gracieux par le directeur de l'action sociale, de l'enfance et de la santé. Le même jour, l'affaire est soumise au tribunal administratif de Paris qui finalement donne raison au requérant en annulant les deux décisions administratives ; mais le Conseil d'Etat, saisi en appel par le département de Paris, devait confirmer les appréciations portées par l'administration et rejeter la demande d'agrément du requérant(4). C'est à la Cour européenne des droits de l'homme que fut alors dévolue la délicate mission de résoudre la controverse. Prise entre le marteau d'une accusation d'ostracisme à l'encontre des homosexuels et l'enclume des réticences assez généralement partagées en Europe à l'égard de leur droit à l'adoption, la Cour a finalement, et d'extrême justesse(5), donné raison aux autorités françaises en refusant de voir, en leur attitude à l'égard de Philippe Fretté, une violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme(6). Cette réponse, très prévisible tant elle correspond aux raisonnements traditionnellement retenus par la Cour sur des problèmes nouveaux et délicats(7), ne pourra que déterminer la solution d'une autre affaire largement médiatisée, celle d'une jeune institutrice vivant en couple avec une autre femme(8). Le Conseil d'Etat en est désormais saisi et devrait statuer prochainement.

En l'état actuel des solutions jurisprudentielles, il apparaît ainsi que l'homosexualité des demandeurs reste un obstacle souvent inavoué mais réel à un projet d'adoption en France ; certains signes, toutefois -et la décision de la CEDH, malgré sa solution finale, en est un- sont révélateurs d'une évolution des esprits et des règles, premiers jalons de la reconnaissance progressive de ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui l'« homoparentalité ».

I- L'homosexualité, obstacle à la délivrance de l'agrément

Certaines décisions n'ont en elles-mêmes rien de singulier et leur apparence est des plus anodines ; pourtant, elles suscitent interrogations essentielles et débats irrésolus autour des fondements de notre système culturel et juridique : telles sont les décisions administratives refusant aux homosexuels l'agrément nécessaire à toute adoption, source de polémiques diverses, de prises de positions contrastées voire contradictoires... Pour bien appréhender les différentes dimensions de ce « problème de société », il importe avant toute chose d'en retracer le cadre juridique, de décrire les étapes d'une procédure complexe à la finalité précise, satisfaire et préserver au mieux l'intérêt des enfants adoptés.

A. Le cadre juridique : données textuelles, interprétations jurisprudentielles

Il faut d'abord rappeler que l'adoption est un acte volontaire ; mais ce consentement ne porte que sur l'existence de l'adoption, non sur ses conditions ou ses effets ; c'est le législateur qui les fixe impérativement. Il s'agit donc très clairement d'un accord à une véritable institution dont les cadres sont tracés à l'avance. L'adoption n'est donc pas créée par la seule volonté des adoptants, il faut en dernière instance un jugement, garantie d'un contrôle sérieux de la part des autorités publiques. Cette phase judiciaire est précédée d'une étape administrative marquée par la délivrance de l'agrément à l'adoption puis l'accueil de l'enfant par l'adoptant pendant six mois. Le jugement définitif n'intervient ainsi qu'au terme d'une longue procédure dont la complexité et la lourdeur s'expliquent par la recherche de *l'intérêt de l'enfant*, finalité essentielle de l'adoption posée par l'article 353, alinéa 1^{er}, du Code civil et reprise par la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (art. 3 et 21).

Même s'il ne lie pas le tribunal de grande instance, l'agrément fourni par l'Aide sociale à l'enfance du département du candidat à l'adoption conditionne, de fait, celle-ci.

En France, toute personne désirant adopter doit, en premier lieu, déposer une demande auprès de l'Aide sociale à l'enfance de son département de résidence(ou auprès d'une oeuvre privée d'adoption agréée par celui-ci). Conformément aux textes en vigueur(9), l'adoption peut être demandée par un couple marié ou toute personne âgée de plus de 28 ans. Le mariage n'est donc pas obligatoire et l'adoption est désormais ouverte aux célibataires vivant seuls ou en concubinage sous réserve que, dans ce cas, seul le demandeur est considéré comme l'adoptant(10). Les services concernés sont alors chargés de délivrer le fameux agrément, indispensable préalable à l'adoption d'un enfant français ou étranger. Certes depuis la réforme du 5 juillet 1996, le tribunal de grande instance qui prononcera *in fine* l'adoption n'est pas lié par l'octroi ou le refus de cet agrément : il peut parfaitement, et c'est un argument avancé par ceux qui s'opposent à la délivrance générale de ce dernier aux homosexuels, autoriser l'adoption s'il l'estime, au regard des particularités du dossier, compatible avec l'intérêt de l'enfant. Mais il ne faut pas exagérer la portée d'une telle éventualité. Il sera en effet rare de voir un tribunal, qui n'aura effectué aucune investigation sur la vie de l'adoptant, aller à l'encontre d'une appréciation des services administratifs ayant, eux, procédé à une enquête fouillée sur les conditions d'accueil de l'enfant (art. 4 du décret du 1^{er} septembre 1998). De fait, c'est à ces services qu'il incombe de sélectionner les adoptants au travers de divers entretiens et questionnements multiples, parfois qualifiés et ressentis comme invasifs, destinées à évaluer, autant que faire se peut, les aptitudes des postulants à devenir de « bons parents ». Ce passage obligé, marqué par les rendez-vous répétés avec psychologues et psychiatres, travailleurs sociaux, garantit *a priori* la validité du projet parental d'adoption ; mais il donne aussi des pouvoirs d'investigation et d'appréciation considérables - excessifs jugent certains- à l'Aide sociale à l'enfance(11). Ces investigations visent à évaluer la situation familiale, les capacités éducatives et les possibilités d'accueil offertes par le(s) candidat(s), à juger des conditions présentées « sur les plans familial, éducatif et psychologique(12) ». Finalement la décision d'accorder ou de refuser l'agrément est prise par le président du conseil général. Cette décision, pour procéder dans une large mesure d'un pouvoir discrétionnaire, reste soumise aux conditions procédurales et de fond propres aux actes individuels notamment défavorables. Le candidat à l'agrément est informé à toute étape du déroulement de l'instruction de sa demande, peut prendre connaissance de son dossier, réclamer le renouvellement des investigations par des personnes différentes ; toute décision doit

être notifiée et enfin, très normalement, peut être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir. A cet égard, l'un des motifs d'annulation les plus fréquents concerne la motivation: en effet un refus d'agrément, s'il doit être obligatoirement motivé, ne peut l'être par référence à certaines considérations telles l'appartenance à une religion ou la race... En revanche, la motivation n'est plus en principe limitée par l'âge des adoptants, la présence d'autres enfants au foyer ou leur opposition à l'adoption.

Le juge administratif exerce sur les refus d'agrément un contrôle étendu qui l'a conduit à se prononcer sur la légalité de décisions motivées indirectement par l'homosexualité des demandeurs.

A partir de ces considérations opposant régulièrement l'administration à des candidats écartés de la procédure s'est progressivement édifiée une jurisprudence bien structurée et aux motivations récurrentes, traversée par quelques affirmations fortes sur ce qu'exige l'« intérêt de l'enfant »(13). Sur cet aspect nodal, le juge administratif a décidé d'exercer, lorsqu'il est saisi d'un refus d'agrément, un contrôle entier censurant ainsi toute erreur, fût-elle non manifeste(14) ; or, ce contrôle, s'il s'est avéré plutôt libéral s'agissant des demandes présentées par des célibataires hétérosexuels, s'est en revanche cristallisé en une position radicale lorsqu'il a été confronté à l'homosexualité des postulants.

Dans le premier cas, et conformément aux textes, ont été logiquement sanctionnés les refus (rares) fondés sur le fait que le postulant était célibataire ou était un homme(15). A également été jugé illégal le refus motivé par le fait que l'adoptant célibataire avait déjà des enfants(16) ou articulé sur des appréciations alambiquées sur les incidences ou significations du célibat des candidats(17). Dans toutes ces affaires, le Conseil d'Etat a saisi l'occasion de freiner une tendance à la généralisation et au dogmatisme et a replacé la question dans son cadre légal en constatant que tous ces demandeurs, quelle que soit leur situation personnelle, présentaient les garanties suffisantes exigées par les textes sur le plan familial, éducatif et psychologique. Il est aujourd'hui admis par les juridictions que si le célibat de l'adoptant(e) peut rendre plus délicate chez l'enfant la représentation paternelle/maternelle, cette situation commune à toutes les familles monoparentales, ne saurait être légalement invoquée à l'appui d'un refus d'agrément(18) ; cela, quand bien même le demandeur refuserait le principe d'une vie de couple et manifesterait, aux dires de l'administration, des « tendances homosexuelles refoulées » dès lors que rien ne permet de suspecter un risque pour l'enfant(19).

Les faits de l'affaire sur laquelle s'est prononcée la Cour européenne des droits de l'homme

L'appréciation se complique sérieusement et bascule radicalement lorsque les situations passent du non-dit délibéré ou du refoulé soupçonné, au fait revendiqué, lorsque l'homosexualité n'est plus masquée mais affichée, présentée comme l'un des aspects du projet parental(20). Alors que, dans le premier cas, la délivrance de l'agrément est fréquente, l'aveu voue le plus souvent la procédure à l'échec, devant les autorités publiques comme les juridictions administratives. Si l'homosexualité n'est jamais dénoncée en elle-même(21), c'est cependant bien elle que l'on retrouve derrière tous les arguments avancés par l'administration ou le juge pour justifier les refus d'agrément. Plusieurs affaires sont à cet égard topiques de cette réticence des pouvoirs publics à instituer des homosexuels en parents adoptifs. La plus connue, en tant qu'elle a fait l'objet de multiples commentaires dans la presse et de plusieurs rebondissements jurisprudentiels, est celle que vient d'examiner la Cour européenne des droits de l'homme et qui a longtemps opposé les autorités françaises à M. Fretté. Celui-ci, professeur agrégé de sciences physiques, malgré des qualités intellectuelles et humaines indéniables, reconnues par les experts (il est décrit dans les rapports comme un homme cultivé, travailleur, sensible, réfléchi, attentif aux autres, constant dans ses amitiés, scrupuleux, altruiste...) s'est vu refuser l'agrément, en raison notamment de ce que l'administration a appelé son « choix de vie ». Il a alors saisi le tribunal administratif de Paris qui, après avoir noté que cette référence au choix de vie de l'intéressé visait par euphémisme, au-delà de son célibat, son homosexualité, a rappelé que décider par principe qu'un célibataire homosexuel ne présente pas les garanties suffisantes pour adopter un enfant conduit à opérer une discrimination - non voulue par la loi - entre les candidats à l'adoption en fonction de leur choix de vie ; seul un comportement global, aux incidences risquées pour un enfant, pourrait justifier un refus d'agrément. Or tel n'était pas, selon le tribunal, le cas pour Philippe Fretté(22) ; à propos duquel le juge soulignait qu'au regard de ses multiples qualités, « un enfant serait probablement heureux avec lui », sanctionnant par là même la décision de l'administration. Pourtant, c'est finalement l'appréciation inverse qu'a portée le Conseil d'Etat le 9 octobre 1996 : il a en effet estimé que « si les choix de vie de l'intéressé devaient être respectés », les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'offrir pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement d'un enfant ; M. Fretté, « eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines », ne présentait donc pas des « garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ». Le juge n'a donc pas directement fondé sa position sur l'homosexualité du

requérant - ce qui aurait constitué une erreur de droit - mais sur une appréciation des faits, l'appréciation des garanties offertes pour l'accueil d'un enfant(23). Il n'en reste pas moins qu'à juger ainsi insuffisantes ces garanties, alors que par ailleurs sont relevées les grandes qualités de M. Fretté, c'est bien son mode de vie, en tant qu'il est considéré comme trop singulier pour être rassurant, qui est ainsi mis en exergue: M. Fretté est jugé apte à adopter un enfant mais sa situation particulière, le contexte dans lequel il vit, en un mot son homosexualité, sont analysés comme incompatibles avec ce projet. Derrière cette motivation, comme en filigrane dans les conclusions du commissaire du gouvernement, c'est clairement cette qualité de célibataire homosexuel(24) qui est en elle-même, par les conditions de vie qu'elle implique, les choix qu'elle suppose, les interrogations ou rejets qu'elle suscite encore, considérée comme source de risques pour l'enfant adopté.

La Cour européenne des droits de l'homme saisie sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme devait apprécier des décisions de refus qui n'étaient pas motivées directement par l'homosexualité des demandeurs, mais par l'intérêt de l'enfant.

Tels sont les aspects sur lesquels la Cour de justice a dû se prononcer. Les données du problème sont depuis l'origine parfaitement dégagées même si elles font l'objet d'appréciations divergentes ; elles structurent logiquement les argumentations contraires du requérant et de l'administration. Dans toutes les affaires sur le sujet, réglées ou en instance devant les juridictions, les demandeurs invoquent la violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, au soutien de l'interrogation suivante : « Est-ce que la Convention européenne des droits de l'homme permet à un Etat contractant, dont la législation autorise l'adoption par un seul parent adoptif célibataire, d'exclure de façon absolue de cette possibilité une catégorie de personnes définies par leur orientation sexuelle? ». M. Fretté estimait à cet égard que l'administration, dont la décision de refus n'apparaissait fondée que sur « la seule connaissance de son orientation sexuelle » avait par là même méconnu la CEDH sans qu'aucun des motifs pouvant légitimer, au regard de l'article 8 §2, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale, tenant à la protection de la santé ou de la morale, puisse être valablement invoqué « compte tenu de l'évolution des mœurs et des résultats des études sociales et psychologiques conduites en la matière ». C'est justement cette affirmation que contestait l'administration, sans que le juge, fût-il gardien des droits de l'homme, ne vînt finalement lui opposer un démenti.

Ainsi, par-delà l'alibi régulièrement invoqué des conditions de vie ou de « l'absence de référence maternelle constante », des périphrases ou des euphémismes, l'évidence s'impose : l'homosexualité constitue l'obstacle, le seul, rédhibitoire, à l'octroi de l'agrément, et ce, quels que soient par ailleurs les mérites du candidat, son souci de donner à l'enfant les conditions affectives et matérielles de son plein épanouissement, sa préoccupation affichée de diversifier son environnement pour lui offrir différentes images féminines ou masculines. Ce n'est donc pas, comme ont tenté de l'imposer certains tribunaux, seulement lorsqu'elle est associée à certains facteurs (vie dissolue, déséquilibrée, pratiques douteuses...) que l'homosexualité est prise en considération en tant qu'elle présenterait alors des risques pour l'enfant : c'est par elle-même. S'il en est ainsi, c'est bien parce qu'elle est jugée comme inconciliable avec la finalité qui inspire toute l'institution de l'adoption: *l'intérêt supérieur de l'enfant*.

B. L'intérêt de l'enfant, mesure et limite de l'agrément

La polémique autour des refus d'agrément opposés aux homosexuels est traversée par un débat fondamental : celui de la conciliation à trouver entre l'intérêt de l'enfant adopté, auquel la collectivité se doit de donner des parents, si ce n'est les meilleurs du moins les plus acceptables, et les droits propres des individus, hommes et femmes, qui souhaitent accéder à ce qui est pour eux un véritable droit, la parentalité. La difficulté principale réside dans la confrontation de ces aspirations individuelles souvent légitimes et d'une finalité objective mais sujette à jugements subjectifs en fonction des paradigmes sociaux. Or, en l'état actuel du droit, l'équilibre est trouvé dans le sacrifice de la position des demandeurs, leur situation étant toujours jugée contraire à l'intérêt de l'enfant.

Les rapports des experts, les motivations des refus d'agrément ou celles des arrêts(25), sont à cet égard explicites : quelles que soient les qualités des postulants, on estime que, par nature, leur mode de vie ne présente pas les garanties requises pour l'accueil d'un enfant. Le juge a ainsi rejeté les différents arguments qu'avançaient les homosexuels à l'appui de leur revendication. Il est d'abord vain d'invoquer la violation de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui se borne, ainsi que le rappellent les juges, à garantir le droit de se marier entre personnes de sexes opposés et ne postule aucun droit à l'adoption. La référence aux articles 8 (respect de la vie familiale et privée) et 14 (interdiction de toute discrimination dans l'exercice

des droits garantis par la Convention) n'est pas moins hasardeuse en ce domaine, alors même que leur application à d'autres revendications homosexuelles a progressivement été admise. Ainsi alors que M. Fretté soutenait que le refus d'agrément avait d'abord porté atteinte à sa vie familiale en l'empêchant par principe d'accéder au simple mécanisme de l'adoption, la Cour, malgré une interprétation de plus en plus libérale de la notion de famille(26), a refusé de voir dans cette volonté autre chose qu'une simple « virtualité de parenté adoptive ». Conformément à l'appréhension dominante, les juges se refusent encore à voir dans le couple homosexuel un véritable noyau familial susceptible de développements(27)... ce qui les conduit dans le même temps à souligner que le droit au respect de la vie privée et familiale ne saurait être analysé comme incluant un hypothétique « droit à l'enfant », tout aussi problématique ici qu'en matière de procréation. Ni l'adoption ni la procréation médicale assistée ne peuvent être considérées comme des « éléments intrinsèques de la liberté sexuelle(28) », comme des droits subjectifs des individus. Certains auteurs s'attachent ainsi à souligner la dimension sociale de l'adoption, institution soutenue par une finalité précise, offrir à un enfant un cadre familial favorable à son développement(29).

Pour la Cour, le refus d'agrément contesté n'est contraire ni au respect de la vie familiale et privée, ni à la liberté sexuelle, ni à l'interdiction de discriminations.

C'est dans le même esprit qu'à l'issue d'un raisonnement sans surprise mais fortement contesté, la Cour a refusé de voir dans le refus d'agrément opposé à M. Fretté une pratique discriminatoire au sens de la Convention. Le requérant en effet, après avoir rappelé que l'orientation sexuelle est l'un des « aspects les plus intimes de la vie privée(30) », faisait valoir que toute différence de traitement fondée sur un tel motif constituait une ingérence dans la vie privée et une discrimination interdite par l'article 14. *De facto*, c'est bien l'analyse de ce dernier point qui structure tout le raisonnement de la Cour comme les opinions divergentes exprimées par certains juges. Après avoir admis l'applicabilité des articles 8 et 14(31) et reconnu la différence de traitement appliquée à M. Fretté au seul regard de son homosexualité, la Cour s'est efforcée de vérifier si une telle distinction pouvait avoir une « justification objective et raisonnable(32) », c'est-à-dire poursuivre un « but légitime » et respecter un « rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Dans un premier temps, la Cour a décidé, d'ailleurs sans explication aucune, que la différence de traitement en cause remplissait bien la première exigence, protéger la santé et les droits des enfants pouvant être adoptés. Dans un second temps, et au terme d'un raisonnement tout aussi elliptique et sujet à interprétations contraires(33), elle

a jugé qu'en l'absence de consensus sur la question en France comme en Europe, et en raison des profondes divergences existant entre les pays, il convenait de laisser en ce domaine - « où le droit paraît traverser une phase de transition » -, une large marge d'appréciation aux autorités nationales. Mais il est aussi souligné que la reconnaissance de cette marge d'appréciation suppose aussi un contrôle vigilant de la Cour, singulièrement sur le respect du principe de proportionnalité (§ 41). A cet égard, c'est l'intérêt de l'enfant qui justifie, pour les juges comme pour le gouvernement, le refus d'agrément opposé au requérant. En l'état actuel des connaissances, eu égard aux « incertitudes pesant sur le développement des enfants élevés par des homosexuels », aux contradictions qui traversent sur cette question la communauté scientifique ainsi qu'aux divergences des opinions publiques nationales et internationales, le gouvernement comme le Conseil d'Etat pouvaient, selon la Cour, raisonnablement considérer que le droit de pouvoir adopter trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés. En conséquence, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité et la différence de traitement litigieuse n'est pas jugée discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention (§§ 42-43). Les homosexuels ne feraient ainsi pas l'objet, en l'état actuel du droit, de « discriminations condamnables au regard de la CEDH mais de simples différences de traitement parfaitement justifiées par des données objectives et raisonnables(34) », articulées sur la « spécificité » de leur situation. On peut toutefois s'interroger, comme n'ont pas manqué de le faire trois des sept juges de la Cour, sur l'effective absence de disproportion entre une décision de refus fondée sur l'homosexualité d'un demandeur (sans référence à ses qualités humaines et éducatives) qui conduit à dénier définitivement et de façon absolue un accès à la parentalité et la finalité poursuivie, l'intérêt d'un enfant dont il est très difficile de juger *in abstracto*...

Les problèmes posés par l'appréciation de l'intérêt de l'enfant au regard de l'homosexualité d'un couple adoptant

Quoi qu'il en soit, la Cour a ainsi nettement distingué, comme le font également les juridictions françaises(35), la situation de ces candidats à la parentalité de celle des parents homosexuels, auxquels la jurisprudence reconnaît, sans trop de difficulté, le droit de garde ou de visite comme l'exercice de l'autorité parentale, aspects essentiels d'un lien de filiation existant. Les enjeux sont différents, l'équilibre à trouver entre l'intérêt de l'enfant et les droits parentaux est tout autre, comme d'ailleurs le contrôle à opérer. En effet, priver les parents homosexuels de ces droits est considéré comme très largement disproportionné au regard du bénéfice attendu en

terme d'intérêt de l'enfant (v. ci-dessous). Comme le note Bernard Murat, « il semble même préférable de favoriser *a priori* le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents, plutôt que de reléguer dans l'ombre un parent au nom de son homosexualité ». Toute différente est la situation de l'adoption: « le droit est sollicité pour créer un lien artificiel destiné à donner une famille à un enfant: le candidat à l'adoption n'est privé d'aucun droit né de sa situation familiale ; il revendique l'usage d'une institution civile et la question se pose de savoir si son identité sexuelle est compatible ou non avec l'institution sollicitée ». La réponse à cette question ne peut être donnée que de manière très générale, par une appréciation *in abstracto*, dès lors que l'agrément est délivré très en amont du projet d'adoption, avant toute identification de l'enfant concerné. Il a alors pour objet de garantir l'intérêt non pas d'un enfant particulier mais de tout enfant adoptable ; or, pour l'instant, l'administration comme le juge estiment que l'homosexualité suppose par principe des conditions de vie et suscite des prises de positions qui peuvent s'avérer préjudiciables au développement d'un enfant adopté, celui-ci devant déjà assumer le traumatisme de l'abandon et les aléas de la transplantation. Ainsi, au nom d'un principe de précaution, on considère qu'il vaut mieux éviter, autant que faire se peut, de créer des conditions de nature à présenter des risques supplémentaires pour l'enfant(36).

Ces risques, induits par l'homosexualité des adoptants, sont aujourd'hui régulièrement évoqués et la réfutation, si elle progresse, a du mal à s'imposer tant dans le corps social que dans les milieux politiques. Les principales réticences se cristallisent sur l'image traditionnelle du couple différencié et donc sur la bisexualité, présentée comme indissociable de la parentalité. Sur le plan juridique, on rappelle souvent que l'adoption est une fiction qui permet l'établissement d'un lien de filiation qui ne s'appuie pas sur une réalité biologique mais une réalité affective ou élective, lien créé et fondé par le droit. Mais la société elle-même rapprocherait la création de ce lien de la procréation: elle appellerait donc nécessairement la présence d'un père et d'une mère(37)... Le droit continue ainsi à refuser une homoparentalité par l'adoption, estimant le modèle homosexuel plus attentatoire à ce primat que le célibat(38). En effet, la monoparentalité n'altérerait pas les références masculines ou féminines contrairement à l'homosexualité qui brouillerait les schémas identificatoires et obscurcirait les structures familiales.

Psychiatres et psychologues restent, quant à eux, très circonspects sur le sujet. La plupart continuent à considérer l'homosexualité comme un facteur de risques pour l'enfant adopté, et ce à deux niveaux au moins: risques pesant sur sa future intégration sociale en raison d'une opinion publique encore très réfractaire à ce choix de vie, risques de troubles psychologiques du fait de

l'absence de référent paternel ou maternel. Ils en déduisent souvent que les conditions d'accueil offertes sur le plan familial, éducatif et psychologique ne correspondent pas à l'intérêt supérieur de l'enfant(39). Comme le soulignait le commissaire du gouvernement M. Garde, « toute adoption comporte un risque lié aux différences d'histoire personnelle, d'apparence physique et parfois de culture ; à ce risque il n'est pas raisonnable de rajouter celui d'une éducation n'offrant pas la référence d'un couple différencié ». Conformément à cette conviction très partagée, les textes comme les juridictions se refusent toujours à autoriser la création d'un lien de filiation qui serait détaché du double référent paternel et maternel. La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, si elle consacre l'existence du couple homosexuel, n'ouvre aucun droit sur ce terrain, que ce soit en matière d'adoption ou de procréation assistée. Quant aux législations étrangères, elles continuent, dans leur grande majorité, à exclure les homosexuels des procédures d'adoption. Rien ne semble donc appeler un revirement prochain de la jurisprudence administrative d'autant que les pouvoirs politiques demeurent hostiles à toute modification du droit en ce domaine(40).

Pourtant, une certaine évolution semble se profiler : les avis des experts sur les risques induits par l'homosexualité des adoptants sont aujourd'hui plus nuancés et certaines décisions rendues par des tribunaux administratifs s'inscrivent parfois en rupture de la jurisprudence traditionnelle. Si elle demeure toutefois toujours exclue en matière d'adoption en vertu du principe de précaution, il semble que l'homoparentalité accède progressivement à la reconnaissance, sociale d'abord mais aussi juridique.

II- Vers la (pleine) reconnaissance de l'homoparentalité ?

Si les mentalités évoluent(41) et s'il est désormais admis que des homosexuels puissent être parents, la reconnaissance de l'homoparentalité demeure partielle, limitée aux relations de filiation biologiques ; or, pour être entière, elle doit aller au-delà de la *parenté* et inclure l'adoption, comme créatrice de *parentalité*.

A. *La conquête : les droits des parents homosexuels*

Alors que les réticences sont encore très vives face aux revendications des homosexuels à être institués parents par la délivrance d'un agrément, les parents homosexuels font l'objet désormais d'une reconnaissance accrue, en France comme à l'étranger. Il leur est ainsi accordé par une jurisprudence inspirée de pragmatisme et de compréhension profonde des relations familiales, un droit de visite, un droit de garde ou une modification de l'autorité parentale dès lors qu'il est établi que l'enfant n'est pas perturbé par leur mode de vie(42). La Cour de cassation a même reconnu l'exercice de l'autorité parentale au père d'un enfant né par insémination artificielle, bien qu'il soit, comme la mère d'ailleurs, engagé dans une relation homosexuelle : le juge n'a vu dans cette situation aucun obstacle dès lors qu'était établi juridiquement le lien de filiation(43). Enfin, par une décision remarquable, le 27 juin 2001, le tribunal de grande instance de Paris a accordé à une femme le droit d'adopter les trois enfants mineurs de sa compagne - enfants conçus par insémination artificielle avec donneur (IAD), mais nés d'un projet commun - consacrant ainsi « la première homofamille(44). » L'exercice des droits parentaux n'est donc pas conditionnée par le choix de l'orientation sexuelle des parents ; seul un comportement préjudiciable à la santé de l'enfant, qu'il soit ou non en relation avec ce choix, pourrait justifier la privation de ces droits(45).

La reconnaissance aux homosexuels des droits habituels accordés aux parents

L'homosexualité ne constitue pas en elle-même une incapacité à exercer la parentalité, à être ou à devenir parent. C'est en ce sens qu'a statué récemment la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 21 décembre 1999, *Salgueiro c/Portugal* (46) : la Convention interdit qu'un père soit privé par principe de ses droits familiaux en raison de ses orientations sexuelles et une distinction fondée sur un tel motif est jugée discriminatoire car disproportionnée au but légitime poursuivi, à savoir la protection de la santé et des droits de l'enfant. Un parent reste un parent avec les droits afférents dès lors que l'enfant n'est pas mis en danger, ce que ne suppose pas par principe l'homosexualité de son père ou de sa mère biologique. Plus important que cet aspect de la personnalité du parent reste pour l'enfant le maintien de la relation affective : simplement, et sans être grand clerc, il est aisé de comprendre que pour un enfant, quelles que soient par ailleurs les difficultés ou interrogations que suscite en lui cette homosexualité, rien, sauf situation extrême, ne saurait remplacer la présence d'un père ou d'une mère(47).

Il n'en demeure pas moins que cette jurisprudence, si elle est souvent invoquée par les partisans de l'adoption par les parents homosexuels, met en jeu des équilibres différents dès lors qu'elle concerne des relations de filiation constituées entre des enfants et leurs parents biologiques. L'évolution des techniques comme celle des moeurs a certes quelque peu compliqué le schéma classique en diversifiant les méthodes de procréation ; et cette diversification s'est faite aussi au profit des homosexuels. Ainsi aujourd'hui, on distingue couramment plusieurs cas de figures correspondant à l'homoparentalité : pour les femmes, enfant conçu par insémination artificielle avec donneur inconnu ou connu (frère de la compagne, ami proche ...)(48), ou recours pour les hommes à une mère porteuse(49) ; plus fréquemment, enfants nés d'une union hétérosexuelle et élevés par l'un des parents s'étant ensuite engagé dans une relation homosexuelle, ou issus d'un choix de coconception et de coparentalité entre un gay et une lesbienne. Parfois très éloignés de la conception classique de la famille, éclatant en arborescence par la multiplication des ascendants, des collatéraux ... mais d'abord des adultes en charge directe de l'enfant (parents « sociaux » que sont la compagne et le compagnon des parents homosexuels), tous ces schémas gardent en commun un aspect essentiel : l'enfant a une filiation juridique qui correspond à sa filiation biologique, connaît ses parents et n'a pas à assumer, en sus d'éventuelles difficultés d'identification sexuelle ou d'insertion sociale, le problème majeur de ses origines. La coparentalité en particulier inscrit la conception dans un cadre résolument hétérosexuel et procure à l'enfant un accès direct à la connaissance de ses origines biologiques. Or cette connaissance, ni la procréation médicalement assistée (PMA) avec donneur anonyme ni l'adoption, qu'elles soient utilisées par un couple hétérosexuel ou homosexuel, ne permettent de la garantir. Pourtant, rappellent les psychiatres, « la connaissance claire des origines, aussi difficile soit-elle parfois à assumer, constitue le principal fondement de la construction des repères existentiels(50) ». L'ordre des priorités étant ainsi retracé, et l'homosexualité n'étant pas visiblement l'écueil principal au développement des enfants, une ouverture possible s'esquisse...

B. L'enjeu : le droit à la parentalité

De plus en plus, est opérée une analyse non plus *in abstracto* de l'aptitude des homosexuels à adopter mais pragmatique, concrète, axée sur la prise en compte des caractéristiques de chaque dossier. Il apparaît désormais que l'homosexualité n'est pas forcément perçue comme un obstacle à l'accueil satisfaisant d'enfants adoptés mais comme un simple aspect parmi d'autres d'une situation plus complexe, où l'on cherche à évaluer les qualités

du postulant et son environnement. Cette appréciation de ce qui correspond à l'intérêt de l'enfant comprend forcément une part d'arbitraire et de subjectivité ; mais elle dépend surtout de l'état d'évolution du système social et juridique. Or, l'image que renvoie l'homosexualité change peu à peu, révélant une avancée, certaine dans les esprits mais encore faiblement répercutée dans les faits .

En droit, les argumentations deviennent ainsi plus nuancées, qu'il s'agisse des décisions des autorités administratives, des conclusions de certains commissaires de gouvernement ou des jugements de quelques tribunaux administratifs. Mais il faut noter que toute audace en ce domaine est régulièrement désavouée, notamment par les juridictions administratives de degré supérieur. Le Conseil d'Etat lui-même veille au sommet à garder la jurisprudence en phase avec les grands principes du droit de la famille et les aspirations du corps social. Justement, ce dernier, s'il se montre de moins en moins heurté par ce choix de vie, reste majoritairement hostile à la reconnaissance d'un droit à l'adoption pour les homosexuels(51). Alors que les associations en ont fait l'un de leurs chevaux de bataille, les résistances s'affichent, et le débat fait rage(52). La doctrine se divise et nombreux sont aujourd'hui les sociologues, politologues, juristes, anthropologues, voire hommes politiques, à défendre l'homoparentalité. Enfin, quelques frémissements sont perceptibles sur le terrain juridique: ainsi même si elle a au fond rejeté la requête de M. Fretté, la CEDH en a reconnu à l'unanimité la recevabilité, ce qu'elle avait refusé il y a quelques années dans une affaire proche(53). A l'image de cette évolution très relative, la légalisation récente aux Pays-Bas de l'adoption par les homosexuels, si elle marque un premier pas essentiel reste de portée limitée(54).

S'agissant de l'adoption, le Conseil d'Etat veille à maintenir une jurisprudence en phase avec les grands principes du droit de la famille et les aspirations du corps social.

Ces progrès timides montrent que les réticences restent vives à l'encontre du mode de vie homosexuel. Pourtant, les sociétés modernes sont confrontées à de véritables révolutions, notamment en matière de procréation, qui obligent à repenser les modèles classiques de la famille et à assumer les nouvelles formes de la « pluriparentalité(55) ».

En quoi aujourd'hui, dans un tel contexte, l'adoption par les homosexuels pose-t-elle des problèmes spécifiques? La question centrale n'est certainement pas celle des origines, qui est le lot commun de tous les enfants adoptés mais celui, récurrent, de la structuration de la

personnalité et de l'identité sexuelle, de la faculté de s'inscrire dans une filiation, problème de l'altérité dans les « images », les « référents » parentaux. Tout enfant aurait besoin d'une double image, d'un reflet différencié pour se reconnaître lui-même: l'adoption par un couple où cette dualité serait par nature exclue serait donc toujours impossible. L'argument doit être relativisé : en effet très souvent les homosexuels affichent leur souci d'offrir à l'enfant un cercle de famille et d'ami(e)s élargi, où s'affirment de nombreuses images masculines ou féminines. De plus, un enfant adopté est nécessairement né d'une rencontre homme-femme qui n'a pas, pour différentes raisons, été poursuivie. Il possède donc dans sa structure inconsciente cette double image, s'inscrit dans une filiation bisexuée, à l'instar de ces milliers d'enfants qui, hier comme aujourd'hui, sont élevés par des femmes seules. De fait, on souligne souvent que l'appartenance au même sexe n'empêche pas dans un couple une véritable différenciation des rôles dans l'éducation et le quotidien familial, séparation des fonctions maternelle et paternelle parfaitement perceptible par les enfants(56). L'important réside donc moins dans la présence effective d'un homme ou d'une femme au foyer que dans l'absence d'occultation de l'altérité sexuelle et de la différence des fonctions. Il faut, à cet égard redresser une idée, couramment admise aujourd'hui et entérinée par le droit, selon laquelle si l'adoption par une personne célibataire hétérosexuelle est compatible avec l'intérêt de l'enfant, il n'en est pas de même lorsque cette personne est homosexuelle, même si elle vit, comme c'est souvent le cas, en couple. En effet, le célibat conduit à une monoparentalité dont on dénonce aujourd'hui les risques : dans ces familles uniparentales essentiellement féminines, les enfants n'ont qu'un seul repère, la mère, cette « vacance du père » n'étant pas sans incidence sur leur devenir psychique(57). Tel n'est pas le cas dans les familles homoparentales. La psychanalyse, notamment d'obédience lacanienne, nous a appris qu'un enfant a besoin d'un principe de fusion et d'un principe de différenciation ; le rôle du père en particulier est de permettre à l'enfant de se séparer de sa mère. Tiers à cette fusion, il pose la limite et la loi. Or ce rôle peut être assuré par une femme sans que cela perturbe le schéma de base(58). D'ailleurs, différentes études ont démontré que, dans les familles homosexuelles, les enfants se développent normalement sur le plan personnel comme sur le plan social(59). Mais comme le soulignent certains, les échantillons sont étroits, les études manquent encore de recul dans la mesure où « il faudrait pouvoir suivre ces enfants sur plusieurs générations(60) ». Les spécialistes, point relevé par la CEDH, restent divisés sur la question. Si les oppositions demeurent relativement modulées lorsqu'elles portent sur le devenir d'enfants élevés par des homosexuels, elles se radicalisent dès qu'est abordée la question de l'adoption: celle-ci en effet conduit à une révision des conceptions traditionnelles en matière d'intérêt de l'enfant et de structures familiales.

La considération exclusive de l'intérêt de l'enfant conduit à faire prévaloir le droit de l'enfant sur le droit à l'enfant.

Dès lors, sans information suffisante ou recul probant, on ne peut que se raccrocher à quelques certitudes simples, articulées sur la considération exclusive de l'intérêt de l'enfant. C'est elle la finalité première de l'adoption et non point le désir des adultes à être parents : pour reprendre une formule maintes fois citée, le droit à l'enfant doit s'effacer devant les droits de l'enfant. Face aux inévitables conflits d'intérêts qui ne peuvent manquer d'en résulter, il importe de hisser « la réflexion juridique jusqu'au niveau éthique » (F. Jésus, préc.). Sans sombrer dans le « freudisme administratif » ou une « psychologie de bazar », ni se complaire dans un conformisme béat métissé de moralisme, il faut en tout premier lieu poser par principe que l'enfant ne doit pas avoir à souffrir du choix de vie de ses parents. Mais alors doit-on toujours considérer que l'homosexualité des parents est un handicap supplémentaire, s'ajoutant aux autres difficultés de l'adoption ? Certains en restent convaincus au motif qu'un enfant, *a fortiori* adopté, aspire avant tout à la « normalité »(61) après une histoire personnelle souvent douloureuse. On souligne que ces enfants souffrent encore parfois de discriminations insidieuses, de remarques perfides stigmatisant leur singularité : dès lors « a-t-on le droit de leur faire subir la discrimination que subit, dans la société d'aujourd'hui, l'homosexualité?... Comment permettre à un enfant de se construire, de s'identifier à une famille si cette famille est elle-même en lutte pour reconnaître sa propre identité? » (*Ibid*, p. 31). L'enfant ne saurait être ainsi exposé en première ligne d'un combat qui n'est pas le sien... L'argument, pertinent, doit cependant être nuancé : tout enfant appartenant à une minorité est contraint à assumer sa singularité, qu'elle soit raciale, physique, religieuse ou autre ; à cet égard, notons que le regard social sur l'homosexualité change progressivement(62) ; les couples sont de mieux en mieux acceptés(63), dans le sillage d'une évolution qui multiplie les formes familiales(64). La CEDH elle-même, lors du dernier débat, est apparue très partagée et dans une mesure qui laisse présager à plus ou moins long terme un basculement de sa position(65). Alors ? Les prochaines positions jurisprudentielles enregistreront-elles ces mutations, que l'on peut estimer trop marginales, ou confirmeront-elles une posture de prudence actuellement dominante ?

La réponse, quelle qu'elle sera, ne manquera pas de relancer un double débat :

- L'adoption est avant tout une institution sociale, assumée par la collectivité et contrôlée par le

droit .Elle institue une parentalité qui reflète les conceptions et modèles socialement dominants : elle évoluera à leurs rythme et mesure. La question reste alors de savoir si « la société doit accepter ce que la nature ne permet pas », c'est-à-dire « une parenté non mixte » relativisant « le modèle immémorial de l'hétérosexualité ». Au-delà de ces interrogations, ce sont les fondements de notre système social et du droit de la famille qu'il convient de repenser. L'homoparentalité met à mal nos conceptions de la filiation et des relations homme/femme déjà malmenées par les progrès de la procréation. Il faut admettre que l'on peut être parent autrement que selon le modèle traditionnel : l'homoparentalité n'est qu'une figure de plus dans ces « montages familiaux » où les parents ne sont plus forcément les géniteurs. La famille est bien une construction contrairement à la naissance ou la parturition. Etablir en droit la filiation, c'est instituer quelqu'un en père ou mère ; dans l'adoption, cette parenté est subordonnée à un jugement d'autrui, à un regard social sur l'aptitude à élever un « petit d'homme ». N'est-il pas temps d'admettre que ce droit à être parent que délivre la société peut également être ouvert à des personnes dont le mode de vie déroge aux schémas familiaux classiques(66) ? La question ne se résout pas simplement en querelles de psychologues ou de sociologues ; elle correspond à un véritable débat de société et constitue un enjeu important pour le droit de la famille, qui se doit de s'adapter, au nom de l'intérêt de l'enfant, aux réalités qu'il vit au quotidien. Le débat ne fait que commencer(67).

- L'homoparentalité, en déliant « la reproduction physique de l'enfant de sa production familiale(68) », pose obligatoirement la question de l'unité familiale et de la multiparentalité autour de l'enfant. Elle constitue ainsi la troisième étape d'un processus de remise en cause d'un modèle unique, après la légitimation de la famille monoparentale et celle de la famille recomposée. Notre système culturel et juridique est fondé sur une idéologie qui emprunte son modèle à la reproduction biologique ; le droit s'est construit par référence à des familles bisexuées mais il doit intégrer les mutations du système social. On peut estimer qu'il s'agit là d'une mission qui, par ses dimensions politique et sociologique, relève du législateur. Mais, dans l'attente d'une hypothétique intervention législative, c'est au juge et paradoxalement, dans ce débat qui concerne au plus haut point l'avenir de la famille, au juge administratif « de définir ce que sera la famille du vingt et unième siècle » (B. Murat, préc. p. 6). Ainsi, l'une des prochaines prises de positions, très attendue, sera celle du Palais-Royal. Il serait cependant très surprenant à cet égard que les slogans de la Gay Pride, alors qu'ils ne sont pas parvenus à convaincre la Cour européenne des droits de l'homme, soient repris par les considérants de la

plus haute juridiction administrative...

(1) Cf. selon un sondage du magazine *Têtu*, 56,8% des homosexuels veulent des enfants (ce qui n'était pas le cas, surtout de la part des hommes, il y a quelques années) soit par adoption soit par procréation médicalement assistée. Sur ces questions étudiées dans leur dimension juridique, v. notamment, D. Borillo, *Homosexualités et droit*, PUF 1998 ; Caroline Mecary, *Droit et Homosexualité, Etat de droits*, Dalloz, 2000 ; C. Neirinck, *Homoparentalité et adoption, Etudes offertes à P. Catala*, Litec 2001, p. 353 et ss.

(2) Les anthropologues soulignent néanmoins qu'il existe d'autres modèles de filiation issus de sociétés différentes. v. *Homoparentalité .Etat des lieux.*, colloque Association des parents gays et lesbiens, 1999.

(3) CEDH, 3e sect. (ancienne), 26 février 2002, *Fretté c/ France*, www.echr.coe.int/

(4) TA Paris 25 janvier 1995, F., D. 1995, p. 647, note F. Boulanger, *Petites Affiches* 1995, n° 78, p. 20, note J.-Y. Plouvin ; CE 9 octobre 1996, *Département de Paris c/ M. Fretté*, Lebon p. 391 ; JCP 1997.I.3969, et II.22766, concl. C. Maugüé, *Quot. jur.* 9 janvier 1997, p. 5, note G. Pelissier, *Petites affiches* 11 juillet 1997, note J. Massip, *RTD civ.* 1997, p. 409, note J. Hauser, *Dr. famille*, janvier 1997, p. 12 et ss. Pour une critique radicale, D. Borillo et Th. Pitois, *Homosexualités et droit*, préc., p. 141.

(5) La décision n'a été acquise sur ce point qu'à une faible majorité (quatre juges sur sept).

(6) C.-A. Meyer, *L'homosexualité dans la jurisprudence de la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme*, in *Homosexualités et droit*, préc. p. 155.

(7) Raisonement qu'il était facile d'anticiper tant il est conforme à celui que la Cour adopte lorsqu'elle est saisie pour la première fois d'une question sensible et peu consensuelle, ce qui a toujours été le cas des affaires où est en cause l'homosexualité des requérants: Cf. notamment, CEDH 22 avril 1997, X.,Y. et Z., c/ Royaume-Uni, à propos de la reconnaissance de droits parentaux d'une femme transsexuelle revendiquant ses droits de « père » sur l'enfant de sa concubine conçu par insémination artificielle avec donneur, RFDA 1998, p. 1199 ; CEDH 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown*, à propos de plaintes de Britanniques pénalement poursuivis pour coups et blessures intervenus lors de pratiques sadomasochistes librement consenties et accomplies en privé, D. 1998, Jur. p. 97, note J.-M. Larralde ; RFDA 1998, p. 1198.

(8) Alors que le tribunal administratif de Besançon avait reconnu la validité de la prétention de la requérante à l'encontre de la position du président du conseil général du Jura, suscitant ainsi une levée de boucliers (ce jugement fut le point de départ de la fameuse pétition Muselier contre l'adoption par les homosexuels, v. plus loin), la cour administrative d'appel de Nancy, confirmant la jurisprudence dominante, a en revanche considéré que Mlle B., malgré des qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas, « eu égard à ses conditions de vie », des « garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté » : TA Besançon 24 février 2000, Mlle B., *Dr. adm.* 2000, p. 14, concl. Garde ; CAA Nancy 21 décembre 2000, *Département du Jura*, req. n° 00NC00375, décision contraire aux conclusions du commissaire du gouvernement Pascale Rouselle ; A. Marceau, *L'agrément à l'adoption peut-il être délivré à un homosexuel?*, RFDA 2001, p. 1291.

(9) Les dispositions relatives à l'adoption sont issues aujourd'hui de la loi du 11 juillet 1966 modifiée par celle du 22 décembre 1976 et plus récemment celle du 5 juillet 1996 codifiée aux articles 343 à 370-2 du Code civil. La loi est complétée notamment par le décret du 1er septembre 1998. Le Code de l'action sociale et des familles régit pour partie la procédure d'adoption relative à l'Aide sociale à l'enfance.

(10) Point que n'envisage pas de modifier le gouvernement mais qui pose le problème des parents « sociaux »

(11) J. Rubellin-Devichi, La phase administrative de l'adoption: l'agrément délivré par les services de l'Aide sociale à l'enfance, RFDA 1992, p. 897 ; J.-Y. Plouvin, note sur TA Paris 25 janvier 1995, F., préc.

(12) Décret du 23 août 1985, aujourd'hui du 1er septembre 1998 (art. 4) relatif à l'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat ou un enfant étranger, pris pour l'application de l'article 63 du Code de la famille et de l'aide sociale.

(13) H. Rihal, L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption, RD sanit. soc. 1997, p. 511.

(14) Contrôle exercé depuis CE 4 novembre 1991, M. et Mme H., Président du conseil général des Yvelines c/ Mlle L., M. et Mme C.,(3 esp.), AJDA 1992, p. 65, concl. P. Hubert. v. également sur ce point, A. Marceau, préc., p. 1293 et ss.

(15) Ainsi TA Orléans 22 janvier 1991, M. Tissier, Rev. jur. Centre-Ouest, 1992, n° 9. v. également, CAA Lyon 24 octobre 2000, M. Duroir, req. n° 00LY02029: agrément accordé pour ces qualités à un homme célibataire alors qu'il avait indiqué qu'il avait choisi de vivre seul et de « ne pas constituer une famille composée d'un couple parental ».

(16) CE 27 février 1995, Département de la Corrèze c/ Mlle B., Journal du droit des jeunes, avril 1995.44.

(17) CE 4 novembre 1991, Président du conseil général des Yvelines c/ Mlle L., préc. ; CE 24 avril 1992, Département du Loiret c/ M. Tissier, Rev. adm. 1992, p. 328, obs. H. Ruiz-Fabri.

(18) En revanche, ce refus est considéré comme justifié lorsqu'il apparaît que l'enfant est moins désiré pour lui-même que pour mettre un terme à la solitude de l'intéressée et risque de souffrir de l'absence d'image paternelle(CE 18 février 1994, Mme Francous, Lebon p. 79, D. 1994, IR p. 78) ; pour une solution différente au regard du dossier, v. CE 27 octobre 1995, Département de Saône-et-Loire, Journal du droit des jeunes, avril 1995.44.

(19) v. notamment CE 24 avril 1992, Département du Loiret, préc.

(20) C'est là l'un des points dénoncés par les intéressés et les associations ; l'attitude de l'administration comme celle des juges pousse les demandeurs à ne pas révéler leur situation pour avoir ne serait-ce qu'une chance d'accéder à l'adoption...

(21) En effet, invoquer par principe le célibat ou l'homosexualité constituerait une erreur de droit, notamment pour cette dernière au regard de la loi du 25 juillet 1985 relative à l'extension des lois antiracistes et anti-sexistes à l'orientation sexuelle.

(22) « Aucune pièce ne permet d'établir ni même n'autorise à alléguer que le mode de vie de M. Fretté traduirait un manque de rigueur morale, une instabilité affective, la possibilité de le

voir tourner l'adoption de ses fins ou tout autre comportement de nature à faire considérer son projet comme dangereux pour tout enfant adopté ».

(23) Ce même raisonnement a conduit à refuser les agréments demandés par les témoins de Jéhovah : ce n'est pas l'appartenance à cette confession qui motive ces refus mais les risques que présentent pour la santé de l'enfant les préceptes de cette confession, singulièrement l'opposition à toute transfusion sanguine: CE 24 avril 1992, Département du Doubs, RD sanit. soc., 1992, concl. Hubert, p. 712 ; D.1993, Jur. p. 235, note I. Rouviere-Perrier.

(24) Le raisonnement a été transposé aux refus d'agrément opposés à des femmes célibataires alors que l'on aurait pu penser que leur demande « heurtait moins les habitudes sociales ». CE 12 février 1997, Mlle Parodi, et Mlle Bettan, RFDA 1997, p. 441 ; CAA Lyon 7 juillet 1999, Mlle Lechailler, AJDA 1999, p. 1033, concl. A. Bézard ; et plus récemment, CAA Nancy 21 décembre 2000, préc.

(25) Les tribunaux administratifs ont à l'égard de l'homosexualité des demandeurs des positions beaucoup plus libérales.

(26) Code de la Convention européenne des droits de l'homme, commenté et annoté par J.-L. Charrier, Litec, 2000, art. 8, p. 153. v. pour une interprétation très extensive de la famille, s'agissant d'un couple dont l'un des membres était transsexuel : CEDH 22 avril 1997, X.,Y.,Z. c/Royaume-Uni, préc.

(27) v. sur ce point, D. Loschak, Egalités et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit, in Homosexualités et droit, préc. p. 43.

(28) « Il est bien évident en effet qu'une personne ne saurait faire l'objet d'un droit, fût-ce pour la désirer. Sa propre autonomie y fait obstacle » souligne Mireille Heers, L'appréciation de la « référence masculine et féminine » susceptible d'être offerte à un enfant adopté par les candidats à l'agrément administratif, concl. sur CAA Paris 26 janvier 1999, D. 1999, p. 174.

(29) Nombreux sont ceux qui, pour cette raison, s'avouent réticents à toute modification des textes, v. la position de Marylise Lebranchu, garde des Sceaux, « à titre personnel, je ne suis pas prête à un tel changement. Le PACS était un texte de liberté individuelle, mais l'adoption, c'est une responsabilité collective des adultes », Homosexualité : la bataille de l'adoption a commencé, Le Figaro 7 juin 2001.

(30) CEDH 27 septembre 1999, Smith et Grady c/ Royaume-Uni, Rec. 1999-VI.

(31) Aspect contesté notamment par le juge Costa qui dénonce une décision d'une grande ambiguïté, qui aurait gagné en cohérence en refusant de reconnaître l'applicabilité de ces dispositions, plutôt que de rejeter la requête refusant d'en admettre la violation.

(32) Formulation désormais classique, v. CEDH 18 juillet 1994, Karlheinz Schmidt c/ Allemagne, série A, n° 291-B.

(33) v. les opinions contraires exprimées par les juges N. Bratza, M. Fuhrmann et F. Tulkens.

(34) B. Murat, Vers la famille homosexuelle d'adoption?, Dr. famille, avril 2000, p. 4.

(35) A. Gouron-Mazel, Le juge de la famille et homosexualité, Dr. famille, janvier 2002, p. 4.

(36) v. par exemple Christine M., préc. : « l'enfant adopté a d'autant plus besoin d'avoir un

environnement familial stable et épanouissant qu'il a été privé de sa famille d'origine et a déjà un passé douloureux ; il importe donc tout particulièrement qu'il ne trouve pas une difficulté supplémentaire dans son milieu d'adoption ».

(37) F. Héritier, *Masculin, féminin, la pensée de la différence*, Odile Jacob, Paris, 1996, p. 280.

(38) Il a ainsi été remarqué que, dans le cas de la femme hétérosexuelle célibataire, il y avait une image du père absent, alors que si elle était homosexuelle, cette image était carrément niée (M. Garde, préc.).

(39) v. la motivation du refus d'agrément opposé à Mlle Lechailier, citée par le commissaire du gouvernement A. Bézard, préc.

(40) Le gouvernement ne souhaite pas, au vu de l'hostilité affichée sur ce point par les Français, aborder le problème en cette période électorale.

(41) Point intéressant et symptomatique, le Sénat vient de lancer une réflexion sur le sujet en étudiant les positions retenues par nos partenaires européens, *L'homoparentalité*, Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, janvier 2002.

(42) En revanche, un père qui a des « relations homosexuelles immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale » ne peut exercer celle-ci: CA Rennes 27 septembre 1989, cité par C. Maugüé, préc.

(43) Cass. 1^{re} civ. 9 mars 1994, Mme L. c/ M. L., D. 1995, p. 197, note E. Monteiro, Som. p. 131, D. Bourgault-Coudeyville, Som. 116. obs. Granet-Lambrechts.

(44) D. 2003, Somm. p. 655, obs. C. Desnoyer ; RTD civ. 2002, p. 84, obs. J. Hauser ; Dr. famille 2001, n° 116, obs. P. Murat, JCP 2002, p. 19.

(45) Sur la jurisprudence sur ces points, v. A. Gouron-Mazel, préc.

(46) RTD civ. 2000, p. 433, obs. J.-P. Marguénaud ; Dr. famille 2000, comm. n° 45, obs. A. Gouttenoire-Cornut, F. Sudre, JCP 2000.I.203.

(47) v. sur ce point à l'étranger, notamment aux Etats-Unis, Charlotte J. Patterson, *L'adoption des enfants mineurs par des adultes homosexuel(le)s: la perspective des sciences sociales*, 1995, Duke journal of gender law and policy, Duke University Law School.

(48) L'insémination artificielle avec donneur est interdite en France aux célibataires ; elle est autorisée pour les femmes célibataires en Belgique ou aux Pays-Bas et sont ainsi pratiquées chez les homosexuelles (d'où l'expression « les enfants de Thalys » du nom du train qui relie Paris à Bruxelles). L'insémination avec un donneur connu se pratique en Finlande et à 18 ans l'enfant peut consulter le dossier qui contient les informations concernant le donneur.

(49) Pratique illégale en France mais autorisée en Grande-Bretagne et certains Etats nord-américains ; la procédure est très aléatoire sur le plan physiologique avec des chances de succès limitées et reste très coûteuse...

(50) F. Jesu, Droits de l'enfant et soutien à l'homoparentalité, 2001.

(51) Selon un sondage IFOP réalisé en 2000, les deux tiers des Français se disent opposés à l'adoption par les homosexuels.

(52) A la suite de la décision du tribunal administratif de Besançon accordant l'agrément à Mlle B., le député R. Muselier a lancé une pétition contre l'adoption par un couple de personnes de même sexe qui a recueilli plus de 100 000 signatures dont 270 parlementaires ; en réaction, l'APGL a lancé une pétition contre les refus d'agrément qui a été signée par plus de 2 000 personnes et qui a reçu les soutiens d'intellectuels et d'hommes politiques : v. Le Monde 3 mai 2001, p. 10.

(53) CEDH 10 juillet 1997, Di Lazzarro, req. n° 31924/96: à propos d'une demande formulée par une ressortissante italienne célibataire .

(54) Les conditions instituées, en particulier le fait que ne pourront être ainsi adoptés que les enfants nés aux Pays-Bas ou y résidant habituellement (ce qui correspond à une cinquantaine de cas chaque année), rendront cette adoption rarissime. Au vu du nombre des couples candidats, l'administration choisira en priorité des hétérosexuels. v. H. Fulchiron, La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas, à propos des lois du 21 décembre 2000 l'une sur le mariage de deux personnes de même sexe, l'autre sur l'adoption qui leur est ouverte, JCP 2001, Actualité, n° 21-22, p. 1033.

(55) Claire Neirinck et Agnès Fine, Approche juridique et anthropologique de l'adoption, LGDJ 2000.

(56) F. de Singly et V. Descoutures, La vie en famille homoparentale, Centre de recherches sur les liens sociaux, CNRS, Université Paris V, 1999.

(57) Phénomène accentué lorsque l'enfant est né par insémination artificielle : se pose à lui la question du père. Il n'y a personne derrière l'enfant. v. F. Quere, Le désir célibataire, p. 102, in Parents au singulier. Monoparentalités: échec ou défi?, Ed. Autrement, n° 134, 1993.

(58) On note souvent que, dans la famille hétérosexuelle, la répartition de ces deux rôles peut être très changeante et que de nombreux pères, bien que présents physiquement, sont inexistant dans le couple.

(59) Plusieurs études ont été menées sur ce point en Belgique, Grande-Bretagne, aux Etats-Unis, au Québec: v. notamment D. Julien, M. Dube, I. Gagon, Rev. québécoise de psychologie, vol. 15, n° 3, 1994. Pour une étude faite en France, S. Nadaud, Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homosexuel parental.

(60) J.-P. Winter, psychanalyste, cité dans Quand les homos veulent des enfants, Le Nouvel Observateur, dossier spécial, 22 juin 2000.

(61) Enfance et Familles d'adoption, L'adoption, p. 28, in Homoparentalités. Etat des lieux, préc.

(62) Ainsi un sondage récent a révélé que les trois quarts des Français ne seraient pas choqués d'avoir un président de la République homosexuel, Le Monde 21 février 2002.

(63) v. affaire Lechailier, préc.

(64) D. Borillo et F. Gaspard, Adoption et homosexualité : les juges contre la loi, Le Monde 12 janvier 2001.

(65) Basculement qui n'a pas manqué de s'accomplir en d'autres affaires et qui mérite la patience des requérants, v. sur ce point, R. Wintemute, préc. p. 186.

(66) v. A. Touraine, Le Monde 3 mai 2001.

(67) Sur la réforme du droit de la famille, v. Renover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps, rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Defossez, septembre 1999.

(68) A. Cadoret, L'homoparentalité : un défi sociologique et juridique, Grass-CNRS.
