

Volte-face européenne sur le droit du célibataire homosexuel de pouvoir adopter

(CEDH Gr. Ch. *E. B. c/ France*, 22 janv. 2008, RDSS 2008.380, obs. C. Neirinck ; D. 2008.1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; RJPF 2008, n° 2, p. 22, note S. Valory ; LPA 2008, n° 28, p. 9 comm. F. Chaltiel ; JCP G 2008. II. 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre)

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges (OMIJ)

L'arrêt *Fretté c/ France* du 20 février 2002 (RTD civ. 2002. 280, obs. J. Hauser ; D. 2002.Somm. p. 2024, obs. F. Granet ; JCP G 2002. II. 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre) selon lequel le refus d'agrément en vue d'une adoption opposé à un célibataire de plus de 28 ans en raison de « ses choix de vie », c'est-à-dire de son homosexualité, ne constituerait pas une discrimination déraisonnable au regard de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, était un petit arrêt. Un arrêt si petit qu'il avait été vivement souhaité que sa solution soit au plus vite infirmée par un arrêt de Grande Chambre (cf. RTD civ. 2002. 393). C'est ce qui est heureusement advenu grâce à l'arrêt *E.B.* du 22 janvier 2008, au fort retentissement médiatique. Cette fois, les cinq agents et conseillers du gouvernement français n'auront pas réussi le sauvetage européen de la solution, pourtant beaucoup plus solide que dans l'affaire *Fretté*, retenue par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 5 juin 2002 (D. 2002. 2024 ; RTD civ. 2002. 496, obs. J. Hauser et 611, obs. R. Libchaber ; AJDA 2002.615, concl. P. Fombeur ; RJPF 2002. 1030, obs. Th. Garé) à l'encontre d'une jeune femme homosexuelle, professeur en école maternelle, qui avait vainement demandé un agrément auprès des services sociaux du département du Jura. Comme on ne peut pas raisonnablement penser que la présence, insolite, aux côtés de la requérante, de l'*Ombudsman* contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en Suède aura suffi à mettre en déroute notre petite escouade de juristes chevronnées, il faut aller chercher ailleurs les raisons de ce revirement de jurisprudence que la Cour européenne des droits de l'Homme ne se donne pas le courage d'appeler par son nom.

Au lieu de reconnaître franchement que, dans l'affaire *Fretté*, la chambre de la 3e section s'était égarée dans les méandres de la marge nationale d'appréciation au nom d'un intérêt qui n'était pas celui de l'enfant mais celui des enfants susceptibles d'être adoptés, la Grande chambre fait mine de redécouvrir le riche enseignement de l'arrêt *Salguiero da Silva Mouta c/ Portugal* du 21 décembre 1999, scandaleusement ignoré en 2002, pour conclure qu'une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle est une distinction que l'on ne saurait tolérer d'après la Convention. Cette transposition en matière d'agrément en vue d'une adoption par un célibataire homosexuel d'un principe affirmé à propos de l'attribution de la garde de l'enfant au père homosexuel divorcé est frappée au coin du bon sens européen. L'argumentation qui a permis de la réaliser est pourtant particulièrement chaotique.

Au départ, tout s'annonçait bien. Comme le droit d'adopter et, *a fortiori*, le droit de pouvoir adopter ne sont pas consacrés par la Convention, il fallait, à défaut de ratification par la France du Protocole additionnel n° 12, pouvoir articuler une combinaison de l'article 14 et d'un autre article de la Convention, suivant la technique un peu complexe maintes fois décrite dans ces colonnes, pour pouvoir envisager de sanctionner la discrimination dont E.B. se disait victime. On se souvient que, dans l'arrêt *Fretté*, la Cour avait jugé que l'article 14 trouvait à s'appliquer en combinaison avec l'article 8, mais sans prendre la peine de préciser avec lequel des droits garantis par cet article le droit de pouvoir adopter avait un lien. Dans l'arrêt du 22 janvier 2008, la Grande chambre prend soin de se référer au « concept large » de « vie privée » au sens de l'article 8 pour pouvoir justifier que l'interdiction de discrimination consacrée par

l'article 14 s'applique aussi au droit du célibataire de pouvoir adopter, considéré, par rapport au droit au respect de la vie privée, comme un droit additionnel (notamment au sens de la décision de recevabilité rendue par une Grande chambre le 6 juillet 2005 dans l'affaire *Stec c/ Royaume-Uni*) que la France a volontairement décidé de protéger par l'article 343-1 de son code civil. Sauf à considérer, avec le juge dissident Zupancic, qu'adopter un enfant n'est pas un droit mais un privilège échappant à l'influence du principe proclamé par l'article 14, tout était donc solidement en place pour vérifier si la différence de traitement, qu'invoquait la requérante, poursuivait un but toujours aussi légitime qu'en 2002. C'est à partir de là que le raisonnement de la Grande chambre commence à devenir déroutant car l'examen des deux principaux motifs retenus par les autorités administratives françaises pour rejeter la demande en vue d'adopter ne devait pas nécessairement la conduire à un constat de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

Le premier des deux était tiré de l'absence de référent du sexe opposé dans le foyer de la candidate, sur lequel l'avis défavorable du psychologue au service d'aide sociale à l'enfance avait beaucoup insisté. Il était d'une particulière ineptie car, comme la Cour n'a pas manqué de le relever, il conduit à vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément. On peut, d'une manière plus générale, lui adresser les plus vives critiques car, poussé jusqu'aux limites de ses conséquences extrêmes, il devrait conduire à préconiser l'avortement thérapeutique pour les femmes qui ont eu le malheur de perdre leur mari ou compagnon en cours de grossesse. On ne peut pourtant pas lui reprocher de se confondre avec une discrimination homophobe (cf. l'opinion dissidente du président Costa).

Le second tenait à l'attitude de la compagne de la requérante qui avait déclaré ne pas se sentir engagée par la démarche d'adoption. Sur ce point, la Grande chambre mobilise l'intérêt supérieur de l'enfant, la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale pour administrer à E. B. une sévère leçon de savoir adopter. Contrairement à ce qu'elle prétendait, la position et la place qu'occupera nécessairement la partenaire auprès de l'enfant qui viendra vivre dans le foyer déjà constitué avec la candidate célibataire à l'adoption ne sont pas sans intérêt et sans importance. La Cour observe d'ailleurs qu'il serait pour le moins étonnant que les autorités compétentes, informées de l'existence d'un couple « de fait », feignent d'ignorer une telle donnée. Aussi estime-t-elle que ce motif, étranger à toute considération sur l'orientation sexuelle de l'intéressée, reposait sur une simple analyse de la situation de fait avérée et des conséquences de celle-ci quant à l'accueil de l'enfant. Dans ces conditions, tout aurait dû conduire la Grande chambre à se ranger à l'opinion du président Costa suivant laquelle il aurait fallu affirmer solennellement que l'homosexualité ne saurait fonder raisonnablement et objectivement un refus d'agrément en vue d'une adoption, tout en constatant que, en l'espèce, ce n'était pas l'orientation sexuelle de la requérante qui l'avait empêchée de figurer sur la liste des célibataires mères adoptives potentielles. Si la Grande chambre a néanmoins décidé de constater une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8, c'est en raison d'une contamination homophobe de l'appréciation globale de la situation de la requérante par les autorités françaises. Ce processus de contamination est assez énigmatique dans la mesure où il se serait diffusé à partir du motif d'absence de référent paternel dont nous avons vu qu'il était, *a priori*, indemne de tout vice homophobe. La clé du mystère, qui, en même temps, est probablement la clef de voûte de l'arrêt *E. B.*, se trouve au paragraphe 74. Par référence à l'arrêt *Karner c/ Autriche* du 24 juillet 2003 (RTD civ. 2003. 764), relatif au transfert du bail au conjoint homosexuel survivant, qui avait fait peser sur le gouvernement de l'Etat défendeur la charge de la preuve de ce qu'une mesure ayant frappé un homosexuel n'avait pas été inspirée par son homosexualité, elle y reproche en effet à la France de n'avoir pas été en mesure de produire des informations statistiques, seules à même de fournir une image fidèle de la pratique administrative, permettant de s'assurer que l'absence de référent paternel ou maternel n'était pas plus souvent opposée aux demandeurs célibataires homosexuels qu'aux demandeurs célibataires hétérosexuels. C'est en raison de cette carence statistique que la Cour a pu présumer une contamination homophobe de l'ensemble de l'appréciation négative de la situation de la requérante. Beaucoup ne manqueront pas de faire valoir que cet exercice de haute voltige probatoire n'a plus grand-chose à voir avec un raisonnement juridique. Il conviendra néanmoins de leur faire remarquer que, de ce point de vue, l'arrêt *E. B.* ne fait

que consolider une tendance européenne, récente et originale, à mobiliser les données statistiques pour lutter contre les discriminations. Les discriminations fondées sur le sexe (arrêt *Zarb Adami c/ Malte* du 20 juin 2006, § 77-78) et les discriminations touchant les minorités culturelles (arrêt de Gr. Ch. *D.H et autres c/ République Tchèque*, 13 nov. 2007, § 185 à 195) ont déjà bénéficié de cette innovation jurisprudentielle dans des hypothèses où les données statistiques faisaient clairement apparaître des pratiques discriminatoires. En stigmatisant l'absence de statistiques, l'arrêt *E. B.* ne fait donc que contribuer à la mise au point de nouvelles formes de raisonnements juridiques hautement nécessaires pour débusquer les préjugés qui font le lit des discriminations (comp. D. Tharaud, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, th. Limoges, 2006).

Véritable machine de guerre contre les préjugés homophobes, l'arrêt *E. B. c/ France* devrait profondément influencer les pratiques administratives qui faussent la mise en oeuvre de l'article 343-1 du code civil même dans les cas où, comme en l'espèce, les qualités humaines et éducatives du candidat adoptant ont été reconnues. En revanche, contrairement à ce que beaucoup, d'ailleurs animés d'intentions les plus diverses, ont voulu croire ou fait semblant de croire dès son annonce surmédiatisée, il ne devrait pas, à lui seul, entraîner de bouleversements législatifs. En effet, par une référence à l'arrêt *Johnston c/ Irlande* du 18 décembre 1986, qui est loin d'être anodine puisqu'il s'agit de l'arrêt par lequel elle avait refusé d'admettre que l'article 12 pouvait aussi consacrer un droit au divorce, la Cour a bien pris soin de préciser qu'elle n'était pas appelée à trancher la question de savoir si, compte tenu de l'évolution de la législation en Europe et du fait que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles, le droit d'adopter devait désormais entrer dans le champ d'application de l'article 8 considéré isolément. C'est donc exclusivement en termes de discrimination relative au droit de pouvoir adopter que la question continue à se poser. Dans la mesure où l'article 343-1 le reconnaît indifféremment à toute personne âgée de plus de 28 ans sans la moindre allusion à la nécessité d'un référent de l'autre sexe, il n'y a aucune nécessité européenne de le modifier sauf, évidemment, à l'abroger et à interdire l'adoption à tous les célibataires des deux sexes. Quant à l'adoption par un couple homosexuel, elle sera d'autant moins affectée par l'arrêt *E. B.* que, en France, elle est refusée par l'article 343 du code civil à tous les couples homosexuels ou hétérosexuels qui ne sont pas mariés depuis au moins deux ans. Or, on sait depuis la décision *Saucedo Gomez c/ Espagne* du 19 janvier 1999 que des discriminations entre les couples mariés et les couples non mariés sont, elles, tout à fait justifiables aux yeux de la Cour dont l'arrêt de Grande Chambre du 29 avril 2008, à nouveau rendu au détriment des soeurs Burden (cf. RTD civ. 2007. 290), rappelle d'ailleurs avec éclat que « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent ». L'absence d'influence directe de l'arrêt *E. B.* du 22 janvier 2008 sur les textes qui régissent actuellement l'adoption en France ne doit pas conduire, cependant, à en sous-estimer l'importance : en neutralisant la seule véritable défaite infligée, en 2002, aux tenants de la cause homosexuelle, il constitue bien « une première qui fera date » (cf. Chaltiel, *op. cit.*) et qui, en aidant à détruire les préjugés ouvrira la voie à de nouvelles réformes élevant sur ces questions difficiles le degré de consensus ou le dénominateur commun européens. En outre, il aidera considérablement l'arrêt *Wagner et J.M.W. c/ Luxembourg* du 28 juin 2007, devenu définitif, à ouvrir la porte à la reconnaissance des mariages homosexuels célébrés à l'étranger (cf. RTD civ. 2007. 738).

Mots clés :

ADOPTION * Agrément * Homosexuel * Célibataire

PUPILLE DE L'ETAT * Adoption * Agrément * Homosexualité