

Paris, le 24 juin 2020

---

**Décision du Défenseur des droits n°2020-108**

---

**Le Défenseur des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code civil ;

Vu le code pénal, et notamment ses articles 121-2, 225-1, 225-2 1° et 432-7 ;

Saisi pour avis par le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Paris dans le cadre d'une enquête relative à des faits de discrimination dont seraient victimes les couples homosexuels candidats à l'adoption résidant à X ;

Décide de présenter les observations suivantes.

Jacques TOUBON

---

## Avis au procureur de la République près le tribunal judiciaire de PARIS

---

Par courrier reçu le 6 janvier 2020, Monsieur le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Paris, a saisi le Défenseur des droits pour avis à la suite de la dénonciation de faits de discrimination dont seraient victimes les couples homosexuels candidats à l'adoption résidant à X.

### **FAITS ET PROCEDURE :**

1. Le 14 novembre 2019, Madame Z., l'adjointe à la mairie de X, a saisi le procureur de la République de Paris des faits de discrimination dont feraient l'objet les couples de même sexe dans le cadre des procédures d'adoption à X.
2. Elle évoque une multiplication de témoignages anonymes de couples homosexuels qui attestent de l'impossibilité de voir leur dossier aboutir favorablement ou qui indiquent avoir été encouragés à se tourner vers l'adoption internationale.
3. Elle met en copie de son signalement la tribune publique de sa collègue, Madame Y, membre du conseil de famille (CDF) de X, en date du 8 novembre 2019.
4. Cette dernière indique qu'« *une nouvelle fois, les décisions prises par le CDF [...] ne permettent pas de respecter l'égalité de traitement entre les différents candidats à l'adoption* ». Elle précise qu'à l'issue de sa séance du 6 novembre 2019, le choix du CDF s'est de nouveau porté sur le dossier d'un couple hétérosexuel pour l'adoption d'un enfant né au secret, alors que son agrément serait plus récent que celui des deux couples homosexuels dont les dossiers étaient également présentés. Ces deux couples rassemblaient pourtant, selon elle, tous les critères permettant d'assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.
5. Madame Y a donc annoncé sa démission du conseil de famille de X, ne souhaitant pas avaliser ce qui serait, selon elle, une position constante de ce conseil à l'égard des couples de même sexe.
6. Le procureur de la République de Paris a joint à sa demande d'avis au Défenseur des droits copie de ce communiqué de presse et du signalement de Madame Z.
7. Un échange entre les services du Défenseur des droits et le parquet de Paris a eu lieu le 25 février 2020. Le parquet a indiqué avoir également reçu une plainte pour discrimination de la part de deux associations pour les mêmes faits.

### **DISCUSSION JURIDIQUE**

8. Aux termes de l'article 225-1 du code pénal :

*Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques*

*génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.*

9. L'article 225-2 1° du présent code incrimine la discrimination lorsqu'elle consiste à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service à raison d'un des critères visés à l'article 225-1 susvisé, parmi lesquels figure l'orientation sexuelle.
10. La notion de fourniture de biens ou de services est entendue largement. Les termes « *biens et services* » devant être compris comme « *visant toutes les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit et qui représentent une valeur pécuniaire ou un avantage*<sup>1</sup> ».
11. L'article 432-7 dispose que « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :*  
  
*1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;*  
*2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ».*
12. La discrimination prohibée par les dispositions précitées sera ainsi établie dès lors que les éléments constitutifs du délit seront caractérisés. Il conviendra ici d'envisager si l'élément matériel pourrait être caractérisé par le refus d'accès à un service ou par le refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi fondé sur un critère prohibé, en l'espèce l'orientation sexuelle ; l'élément intentionnel sera caractérisé s'il est établi que l'auteur avait la volonté de réaliser la situation infractionnelle décrite par l'incrimination.
13. Examiner l'existence d'une potentielle discrimination à l'égard des couples de même sexe implique en l'espèce, en premier lieu, de déterminer si les délibérations du CDF rentrent dans le cadre très strict de la discrimination pénale, tel que posé par les articles 225-1 et 432-7 du code pénal, et ainsi de savoir si les éléments matériel et intentionnel de l'infraction peuvent être caractérisés. (A)
14. Se poserait en second lieu la question de la responsabilité pénale des personnes, physiques ou morales, susceptible d'être engagée par les délibérations du CDF si toutefois l'infraction pénale était constituée (B).

#### A. Sur l'application de la discrimination pénale aux délibérations du CDF

- Sur l'élément matériel de l'infraction prévue par l'article 432-7 du code pénal

15. L'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose que « *Les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :*  
*a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption*

---

<sup>1</sup> CA Paris, 12 novembre 1974 et CA Besançon, 25 janvier 2005

*peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires».*

16. L'adoption est donc une mesure de protection dont l'enfant bénéficie si elle répond à ses besoins et à son intérêt supérieur.
17. En droit interne, les règles applicables à l'adoption sont fixées par le code civil et le code de l'action sociale et des familles (CASF).
18. En application des articles 343 et 343-1 du code civil, l'adoption peut être demandée par deux époux, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans ou par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans.
19. Depuis la loi du 17 mai 2013<sup>2</sup> ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, l'adoption d'un enfant leur est possible dans les mêmes conditions.
20. Conformément aux articles L.225-1 et suivants du CASF, un agrément leur est délivré, comme à tout candidat, sous réserve que soient établies leurs capacités à accueillir un enfant adopté.
21. Il appartient *in fine* au tuteur, avec le CDF, de choisir parmi les différents candidats proposés par les services de l'aide sociale à l'enfance (ASE) celui qui présente les compétences parentales les plus adaptées aux besoins de l'enfant, lesquels auront été préalablement définis par le service adoption du département, éventuellement à l'issue d'un bilan d'adoptabilité. Ce choix doit être guidé par la considération primordiale qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant.
22. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a rappelé que le droit français et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale, ne garantissent pas le droit d'adopter ou de fonder une famille<sup>3</sup>.
23. Il n'existe donc aucun droit à adopter un enfant.
24. Dès lors, il paraît difficile de rattacher cette infraction pénale à un droit accordé par la loi au sens de l'article 432-7 du code pénal.
  - Sur l'applicabilité de l'article 225-2 1° du code pénal
25. Les services de la protection de l'enfance du département ont pour mission de protéger les enfants pupilles de l'Etat, en leur proposant un projet d'adoption si cela correspond à leurs besoins. Pour ce faire, ces services évaluent les demandes d'agrément en vue d'adoption et les valident ou non. Ils accompagnent ensuite les candidats tout au long de leur parcours d'adoption, qui, dans le meilleur des cas, aboutit pour ces derniers à se voir confier un enfant conformément à une délibération du CDF.
26. Ce dispositif, complexe en raison de la multiplicité de ses acteurs, peut être qualifié de service public de l'adoption. Tout refus d'accès à ce service pourrait ainsi être constitutif d'une discrimination au sens de l'article 225-2 1° du code pénal.

---

<sup>2</sup> Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe

<sup>3</sup> CEDH 15 mars 2012, Gas et Dubois c. France, n°25951/07

27. En matière d'adoption, dès lors que le législateur a reconnu la possibilité de se porter candidats aux couples mariés, hétérosexuels ou homosexuels, et aux personnes célibataires, le respect du principe de non-discrimination implique de procéder à l'examen des dossiers de toutes les personnes qui remplissent les conditions légales pour adopter en respectant le principe d'égalité de traitement.
28. Dans son arrêt Fretté contre France<sup>4</sup> relatif à un refus d'agrément opposé à un homme célibataire homosexuel, la CEDH a ainsi considéré que, dans la mesure où le droit interne français autorisait toute personne célibataire, homme ou femme, à faire une demande d'adoption, sous réserve de l'obtention de l'agrément, un refus d'agrément qui serait fondé sur la seule orientation sexuelle du postulant pourrait constituer une violation des articles 8 et 14 de la Convention.
29. En l'espèce, dans les plaintes et signalements reçus par le parquet, la situation évoquée est celle des couples de même sexe qui, bien qu'ayant obtenu un agrément, ne sont pas retenus par le CDF pour l'adoption d'un enfant pupille de l'Etat.
30. On peut d'ores et déjà observer que ces couples ayant obtenu un agrément, il ne paraît pas y avoir eu de difficultés d'accès au service public de l'adoption à ce stade de la procédure.
31. De même, il apparaît que les dossiers de plusieurs de ces couples ont été présentés au CDF, ainsi que le confirme Madame Y dans son communiqué de presse, ce qui exclut à ce stade l'existence d'un traitement défavorable à leur égard de la part des services de l'ASE.
32. Sont en revanche plus spécifiquement mises en cause les délibérations du CDF de X relatives au choix des parents adoptants. Il convient en conséquence de préciser comment ces choix sont opérés.
33. Les articles R. 224-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles (CASF) précisent la composition, le fonctionnement et le rôle du conseil de famille.
34. Le CDF est un organe collégial auquel sont confiés les pupilles de l'Etat. Sa composition est mixte et le préfet, en sa qualité de représentant de l'Etat, nomme ses huit membres par arrêté préfectoral pour un mandat de six ans, renouvelable une fois. Il comprend deux représentants du conseil départemental désignés par cette assemblée, sur proposition de son président ; quatre membres d'associations (représentant les familles, les pupilles et les assistants maternels) ; et deux personnalités qualifiées en raison de l'intérêt qu'elles portent à la protection de l'enfance et de la famille.
35. Le CDF et le préfet, en sa qualité de tuteur des pupilles de l'Etat, exercent ensemble les responsabilités liées à l'exercice de l'autorité parentale. Le CDF consent notamment à l'adoption de l'enfant.
36. Le tuteur n'est pas membre du CDF mais il peut s'opposer au projet d'adoption décidé par le conseil. Par ailleurs, et conformément aux articles R. 224-17 et R. 224-19 du CASF, s'il ne vote pas avec le CDF, une liste des candidats pressentis à l'adoption lui est présentée par les services de l'ASE avant le passage en conseil. Le tuteur, avec l'accord du CDF, peut définir des conditions particulières pour l'adoption d'un enfant, au vu de ses besoins, mais également solliciter tout autre dossier de candidats à l'adoption, y compris dans un autre département.

---

<sup>4</sup> CEDH, Fretté contre France n°36515/97 en date du 26 février 2002

37. Au vu des propositions de candidats qui lui sont soumis par le service de l'ASE, validées par le tuteur, le CDF évalue donc les profils des candidats pour déterminer ceux qui répondront de la manière la plus adaptée aux besoins de l'enfant. Son seul objectif doit être de garantir le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui s'apprécie *in concreto*, au cas par cas.
38. Pour parvenir à identifier les compétences parentales recherchées, le CDF peut s'appuyer sur le bilan d'adoptabilité de l'enfant, lorsqu'il existe, ou son projet de vie et le projet pour l'enfant (PPE).
39. Il sélectionne alors un dossier parmi les profils de candidats présentés. Les candidats proposés ne savent pas, sauf cas spécifiques, que leur dossier est présenté au CDF, et ce afin de leur éviter des désillusions.
40. Ces délibérations résultent d'échanges entre ses membres. Mêmes prises à l'unanimité, elles doivent être motivées. En cas d'avis divergents, les positions de chaque membre du CDF doivent être consignées dans le procès-verbal de la délibération, dont chaque membre peut obtenir la copie.
41. Il n'y a pas de décision formelle de refus des dossiers non-sélectionnés : seules figurent normalement au procès-verbal de la délibération les raisons du choix opéré pour le dossier sélectionné.
42. De plus, la non-sélection d'un dossier de candidature par le CDF pour un enfant ne signifie pas que cette candidature ne sera pas présentée à nouveau pour un autre pupille, si le profil correspond aux besoins de ce dernier. Aussi, il ne peut être déduit de la seule absence de décision d'adoption d'un enfant au profit d'un couple homosexuel qu'il existe une preuve de discrimination à leur égard. Toutefois, le Défenseur des droits considère que l'orientation sexuelle est une caractéristique étrangère aux critères permettant au CDF d'évaluer une candidature pour l'adoption d'un enfant.
43. Aussi, sauf à présenter une preuve que les débats ont porté sur l'orientation sexuelle des candidats<sup>5</sup> ou à constater une motivation dans le procès-verbal de la délibération du CDF qui justifierait le refus d'un dossier sur le fondement de l'orientation sexuelle des postulants, ou *a contrario* qui accepterait une candidature uniquement sur le fondement de l'hétérosexualité du couple, il paraît difficile de caractériser l'élément matériel de l'infraction pénale de discrimination en l'état des éléments portés à la connaissance du Défenseur des droits.
44. De même, faute d'éléments permettant de corroborer les allégations de la plaignante, tels que l'existence de mentions relatives à l'orientation sexuelle des candidats dans les procès-verbaux du CDF ou des témoignages concordants de ses membres, l'intention discriminatoire ne paraît pas non plus pouvoir être établie en l'état.
45. Il convient de souligner que, si la matérialité des faits pouvait être établie, ni la collégialité des délibérations dans une instance, ni le fait qu'y siègent des personnes extérieures n'empêchent de caractériser l'existence d'une infraction pénale de discrimination, conformément à la jurisprudence de la Cour de Cassation<sup>6</sup>. Il conviendrait alors d'examiner la question de l'imputabilité de l'infraction.

---

<sup>5</sup> Conseil d'Etat, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 10/04/2009, n° 311888, Publié au recueil Lebon

<sup>6</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, 11 juillet 2017, n° 19-82426

B - Sur les personnes dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée par les délibérations du CDF

46. L'article 121-2 du code pénal dispose que « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.[...]* ».
47. La personnalité morale peut être définie comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations conférée à une entité supra individuelle dédiée à la réalisation d'une activité déterminée. Dotée d'une personnalité juridique, la personne morale jouit, ainsi, de droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux tels qu'un nom, un siège social, une nationalité et la capacité d'ester en justice pour défendre ses intérêts personnels et parfois même les intérêts collectifs de ses membres.
48. Conformément à l'article L224-1 du CASF, « *Les organes chargés de la tutelle des pupilles de l'Etat mentionnée au présent chapitre sont le représentant de l'Etat dans le département, ou, en Corse, le représentant de l'Etat dans la collectivité de Corse, qui exerce la fonction de tuteur et peut se faire représenter, et le conseil de famille des pupilles de l'Etat ; la tutelle des pupilles de l'Etat ne comporte pas de juge de tutelle ni de subrogé tuteur. Le tuteur et le conseil de famille des pupilles de l'Etat exercent les attributions conférées à ces organes selon le régime de droit commun* ».
49. Le CDF est donc un organe de la tutelle qui exerce cette mesure aux côtés du tuteur, le préfet pour les pupilles de l'Etat. Le CDF, organe collégial, vient assister le tuteur dans l'exercice de ses missions à l'égard de l'enfant.
50. Compte tenu de sa composition mixte, constituée non seulement de représentants de l'Etat mais également des collectivités territoriales, d'associations et de simples particuliers, de son fonctionnement, et des missions qui lui sont dévolues, le CDF ne semble ainsi pas pouvoir répondre à la qualification de personne morale. En effet, dans la mesure où il n'est pas investi du pouvoir de direction dont devrait jouir une personne morale, n'a pas de siège social et n'a pas non plus la capacité d'ester en justice, le CDF ne peut être considéré comme ayant une personnalité juridique propre.
51. On pourrait toutefois s'interroger, eu égard aux modalités de nomination de ses membres par le préfet, sur le fait que le CDF puisse être qualifié d'organe de la préfecture. En tout état de cause, le CDF ne pourrait, par ses décisions, engager la responsabilité pénale de l'Etat, conformément à l'article 121-2 précité.

**LES INSTRUCTIONS SIMILAIRES EN COURS DANS LES SERVICES DU DEFENSEUR DES DROITS :**

52. Le Défenseur des droits a été saisi à plusieurs reprises depuis 2018 d'allégations de discrimination dans les procédures d'adoption d'enfants par des couples de même sexe, mais également par des personnes célibataires.

53. Des instructions ont été diligentées auprès des trois départements mis en cause. Ont été étudiés les potentiels mécanismes discriminatoires qui pouvaient se mettre en place à tous les stades de la procédure d'adoption, pénalisant les candidatures des couples de même sexe ou les personnes célibataires, ainsi que les outils mis à disposition des conseils de famille pour assurer leur mission.
54. Il a ainsi été constaté que, lors des réunions d'information organisées, des discours parfois stigmatisants pour ces deux catégories de candidats étaient tenus par les professionnels de l'enfance et, par ailleurs, que la formation et les outils mis à la disposition des membres du CDF étaient lacunaires.
55. Les instructions n'ont toutefois pas permis d'établir de discrimination au détriment des couples homosexuels, dans la mesure où chaque département a indiqué avoir présenté des dossiers de couples homosexuels en CDF, dont certains ont abouti à l'adoption d'un enfant.
56. En revanche, en raison de l'application de certains critères comme celui de la recherche d'une double filiation, le Défenseur des droits a constaté certaines pratiques discriminatoires faisant obstacle à la possibilité pour les personnes célibataires de se voir proposer un enfant, leur dossier ne faisant, quasi systématiquement, l'objet d'aucune présentation au CDF.
57. Une décision cadre est en préparation pour appeler l'attention des professionnels de l'adoption sur l'existence de ces pratiques et de ces préjugés, afin de les faire évoluer, et appeler à revoir les critères de sélection des candidatures qui pourraient, indirectement, être discriminatoires pour une certaine catégorie de personnes. Une recommandation pour harmoniser les outils et généraliser les formations des CDF pourra également être envisagée.
58. Tel est l'avis que le Défenseur des droits souhaite adresser au procureur de la République près le tribunal judiciaire de Paris.

Jacques TOUBON