

## ADOPTION

## Le refus de l'adoption au sein d'un couple homosexuel n'est pas contraire à la Constitution

Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC

Mots-clés : ADOPTION \* Adoption simple \* Autorité parentale \* Transfert ou partage de l'autorité parentale \* Enfant du partenaire \* Question prioritaire de constitutionnalité

L'espèce: Deux femmes vivant maritalement ont souhaité avoir un enfant. L'une d'elles a bénéficié d'une procréation médicalement assistée à l'étranger et a donné naissance à un enfant. Sa compagne a déposé — en parfait accord avec la mère de l'enfant — une requête aux fins d'adoption simple de l'enfant. Le tribunal de grande instance puis la cour d'appel ont rejeté cette demande, suivant en cela la jurisprudence de la Cour de cassation. Elles ont formé un pourvoi en cassation et, dans ce cadre, ont posé une question prioritaire de constitutionnalité relative à la constitutionnalité de l'art. 365 c. civ. La Cour de cassation estimant que cette QPC présentait un caractère sérieux l'a renvoyée, le 8 juill. 2010, pour examen du Conseil constitutionnel. Le 6 oct. 2010 le Conseil constitutionnel se prononçait :

La constitutionnalité de l'art. 365 c. civ. doit être examinée non pas en ce que cet article institue une distinction entre les enfants au regard de l'autorité parentale, selon qu'ils sont adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique, mais en ce qu'il a pour effet d'interdire en principe l'adoption de l'enfant mineur du partenaire ou du concubin ; [...]

Considérant, en premier lieu, que la disposition contestée, dans la portée que lui donne la jurisprudence constante de la Cour de cassation, empêche que, par la voie de l'adoption simple, un enfant mineur puisse voir établir un second lien de filiation à l'égard du concubin ou du partenaire de son père ou sa mère ; que, toutefois, cette disposition ne fait aucunement obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix ; qu'elle ne fait pas davantage obstacle à ce que ce parent associe son concubin ou son partenaire à l'éducation et la vie de l'enfant ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ; que, par suite, le grief tiré de ce que l'art. 365 c. civ. porterait atteinte au droit de mener une vie familiale normale doit être écarté ;

Considérant, en second lieu, qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'adoption au sein du couple est réservée aux

conjointes, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'art. 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'art. 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ».

Observations: Si l'on peut imaginer que la décision du Conseil constitutionnel ne satisfera pas les défenseurs de la cause homosexuelle, elle ne surprendra pas ceux qui, dénués de convictions sur cette question ou capables de s'en abstraire, ne pouvaient imaginer une solution contraire des sages de la rue Montpensier.

Par une décision du 8 juillet dernier (Cass. QPC, 8 juill. 2010), la Cour de cassation avait saisi le Conseil de la QPC suivante : la différence de traitement entre les enfants prévue par l'art. 365 c. civ. selon que l'adoptant est marié ou non porte-t-elle atteinte au principe constitutionnel d'égalité ?

Le Conseil constitutionnel s'est quant à lui posé une tout autre question et cela pour deux raisons. D'une part, il a estimé que ce n'était pas la lettre de l'art. 365 c. civ., mais la portée donnée à cette disposition par l'interprétation de la Cour de cassation qui devait faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. D'autre part, ne se sentant nullement tenu par les termes du renvoi de la Cour de cassation, il a choisi d'exercer ce contrôle, non seulement au regard du principe d'égalité, mais également au regard du droit de mener une vie familiale normale. Ne pouvant revenir, dans le cadre de ces trop brèves observations, sur cette double extension de contrôle (sur cette question, V. notre note à paraître au *Recueil Dalloz*), nous nous contenterons d'évoquer le fond de la décision rendue par le Conseil constitutionnel.

La question que le Conseil se proposait de trancher était donc la suivante : l'interdiction de l'adoption de l'enfant mineur de son partenaire ou de son concubin, issue de l'interprétation de l'art. 365 c. civ. par la Cour de cassation, est-elle contraire à la Constitution ? Le Conseil apporte une réponse négative à cette question en concluant à la conformité de l'art. 365, tel qu'interprété par la Cour de cassation, à la Constitution. Selon le Conseil constitutionnel, l'interdiction jurisprudentielle de l'adoption n'est contraire ni au droit de mener une vie familiale normale ni au principe d'égalité devant la loi.

1. Au terme d'une argumentation détaillée, les juges constitutionnels constatent, dans un premier temps, que l'interdiction de l'adoption

de l'enfant de son partenaire ou de son concubin ne porte nullement atteinte au «droit de mener une vie familiale normale», droit qui résulte, selon le Conseil constitutionnel, du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946: «La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires de leur développement».

Le Conseil constate, tout d'abord, que la jurisprudence de la Cour de cassation ne fait pas obstacle à la liberté du parent de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix.

Il rappelle, ensuite, que ce refus de l'adoption n'interdit pas davantage que ce parent associe ce concubin ou son partenaire à l'éducation et à la vie de l'enfant. Rappelons que les concubins et les partenaires ont d'ailleurs aujourd'hui la possibilité d'officialiser juridiquement cette association en recourant à la délégation-partage d'autorité parentale entre eux (Civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 2006), à condition évidemment, comme vient de le rappeler la Cour de cassation, que cette délégation soit justifiée par des circonstances particulières et conforme à l'intérêt de l'enfant (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010).

Le Conseil constitutionnel décide, enfin et surtout, que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec sa mère ou son père ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive. C'est rappeler que l'existence d'une situation de fait ne commande pas nécessairement sa consécration par le droit. C'est une évidence, mais une évidence qui semble aujourd'hui perdue de vue par certains.

2. Restait à déterminer si la différence de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés, et donc, par voie de conséquence, entre les couples hétérosexuels qui peuvent prétendre au mariage et les couples homosexuels qui ne le peuvent pas, était contraire au principe d'égalité devant la loi issu de l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Avant de répondre à cette question, le Conseil rappelle «que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rap-

port direct avec l'objet de la loi qui l'établit». Aussi la question soumise à son examen était la suivante: la disparité de traitement, issue de l'interprétation constante de l'art. 365 c. civ., est-elle justifiée par une différence de situation des couples mariés et des couples non mariés?

En guise de réponse: une leçon de démocratie. Le Conseil constitutionnel constate en effet que «le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'art. 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation des couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs». Rappelant que l'art. 61-1 de la Constitution (contrôle *a posteriori*), à l'instar de l'art. 61 (contrôle *a priori*), ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, le Conseil en déduit qu'il ne lui appartient pas «de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe».

Un tel renvoi à l'appréciation souveraine du législateur ne peut qu'être approuvé tant une position contraire aurait heurté de front l'un des principes fondateurs de la démocratie, principe sans lequel il n'y a point de Constitution rappelle l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen: la séparation des pouvoirs. Répétons-le, peu importe l'opinion que l'on peut avoir, en qualité de citoyen, militant ou non, sur la délicate question de l'homoparenté, il n'en demeure pas moins, et c'est un devoir de le rappeler, qu'elle fait partie de celles, comme le reconnaît ici le Conseil constitutionnel, qui ne peuvent être tranchées que par le législateur, et donc, à travers lui, par le peuple souverain. C'est rappeler, encore et toujours, que cette bataille ne doit pas être menée dans les prétoires, mais dans l'hémicycle, c'est-à-dire, on l'aura compris, dans les urnes.

3. Ce cheminement démocratique naturel pourrait toutefois être contrarié par l'intervention d'un autre acteur: la Cour européenne des droits de l'homme. Juge sans législateur, la Cour de Strasbourg pourrait ne pas se sentir tenue à la même réserve démocratique que le Conseil constitutionnel. On aura très prochainement l'occasion de le savoir puisque la Cour européenne vient d'admettre la recevabilité d'une requête en tout point identique à celle dont a eu à connaître le Conseil (CEDH 31 août 2010, *Gas et Dubois c/ France*, req. n° 25951/07). Quelle position adoptera la Cour de Strasbourg? Première hypothèse, faisant preuve de la même retenue que le Conseil constitutionnel, la Cour européenne pourrait refuser de conclure à la non-conformité du droit français au motif que la question dont elle est saisie relève de «la marge d'appréciation des États». Telle est la position qu'elle vient d'adopter, rappelons-le, au sujet de la question voisine du mariage entre personnes de même sexe (CEDH 24 juin 2010). Seconde hypothèse, qui ne peut être exclue, la Cour estime au contraire que la différence de traitement opérée

#### Pour aller plus loin

**Jurisprudence:** • Cass. QPC, 8 juill. 2010, n° 10-10.835, *AJ fam.* 2010. 390, obs. F. Chénédé; *RTD civ.* 2010. 544, obs. J. Hauser; • Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 06-15.64, *AJ fam.* 2007. 182, obs. F. Chénédé; *D.* 2007. 1047, note D. Vigneau; *ibid.* 721, obs. C. Delaporte-Carre; *ibid.* 891, *chron. P. Chauvin*; *ibid.* 1460, obs. F. Granet-Lambrechts; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd. 2007. n° 53-55; *RTD civ.* 2007. 325, obs. J. Hauser; • 19 déc. 2007, n° 06-21.369, *AJ fam.* 2008. 75, obs. F. Chénédé; *D.* 2008. 1028, obs. F. Luxembourg, note L. Mauger-Vielpeau; *ibid.* 1371, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid.* 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; *RTD civ.* 2008. 287, obs. J. Hauser; *ibid.* 438, obs. P. Deumier; *JCP* 2008. II. 10046, note Y. Favier; *Dr. fam.* 2008, n° 28, note P. Murat; *Defrénois* 2008. 1119, obs. J. Massip; *RJPF* 2008-3/28, obs. Th. Garé; • 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006. 159, obs. F. Chénédé; *D.* 2006. 897, et les obs., note D. Vigneau; *ibid.* 876, point de vue H. Fulchiron; *ibid.* 1139, obs. F. Granet-Lambrechts; *ibid.* 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd. 2007. n° 53-55; *RDSS* 2006. 578, obs. C. Neirinck; *RTD civ.* 2006. 297, obs. J. Hauser; • 8 juill. 2010, n° 09-12.623, *AJ fam.* 2010. 394, obs. F. Chénédé; *D.* 2010. 1786; *RTD civ.* 2010. 547, obs. J. Hauser; • CEDH 31 août 2010, *Gas et Dubois c/ France*, n° 25951/07, *AJ fam.* 2010. 433, obs. Siffrein-Blanc; • 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04, *AJ fam.* 2010. 333, obs. V. Avena-Robardet; *JCP* 2010. 1013, note H. Fulchiron; • Cass. ass. plén., 2 juin 2000, D<sup>re</sup> Fraisse, n° 99-60.274, *D.* 2000. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux; *ibid.* 2001. 1636, *chron. B. Beignier et S. Mouton*; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd. 2007. n° 1; *RTD civ.* 2000. 672, obs. R. Libchaber.

entre les couples mariés et non mariés est contraire au droit au respect de la vie privée et familiale et/ou au principe de non-discrimination. On serait alors en présence d'une authentique divergence de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme.

Quel camp devrait choisir la Cour de cassation? Celui de la Cour européenne, au nom de l'art. 55 de la Constitution et de la suprématie des traités internationaux sur les lois françaises? Ou celui du Conseil constitutionnel, au nom de l'art. 62 de la

Constitution, selon lequel les décisions du Conseil s'imposent «à toutes les autorités administratives et juridictionnelles»? Si l'on se réfère à la position adoptée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt *D<sup>lle</sup> Fraisse* (Cass. ass. plén., 2 juin 2000), la réponse ne fait aucun doute, la Haute juridiction judiciaire ayant solennellement affirmé que «la suprématie conférée aux engagements internationaux sur les lois par l'art. 55 de la Constitution ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle». Le conflit de jurisprudence semble donc réglé d'avance au profit du Conseil constitutionnel... c'est-à-dire au profit du législateur, seul légitime pour trancher cette question.

François Chénéde

## Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ?

L'art. 365 c. civ. impose, en matière d'adoption simple, que le parent biologique de l'enfant consente à l'adoption avec corrélativement une renonciation à son autorité parentale au profit de l'adoptant lorsqu'il/elle n'est pas marié(e) avec celui-ci. Cette obligation disparaît, en revanche, lorsque le parent est marié avec l'adoptant. Dans ce cas, il y a un partage de l'autorité parentale.

C'est donc cet article qui a été déclaré conforme à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel du 6 oct. 2010, alors même que les requérantes invoquaient, d'une part, une violation du principe d'égalité et, d'autre part, une violation de leur droit de mener une vie privée et familiale<sup>1</sup>.

### La violation du principe d'égalité

L'art. 365 c. civ. instaure une différence de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés. En effet, dans l'hypothèse d'un couple marié, l'autorité parentale est partagée entre le parent biologique et le parent adoptif alors que, en présence de concubins ou de pacsés, le parent biologique doit renoncer à son autorité parentale. Cette obligation (légale, de surcroît, qui est une condition de recevabilité de la requête) explique le refus de la Cour de cassation de prononcer l'adoption simple au profit de la partenaire de la mère.

Au premier abord, les concubins et les pacsés, quelle que soit leur orientation sexuelle, semblent être logés à la même enseigne, puisque, dans les deux cas, le régime juridique est identique: le parent biologique en consentant à l'adoption de ce fait renonce à son autorité parentale. Pourtant, à bien y regarder, la situation des concubins et pacsés de sexe différent et de même sexe n'est pas la même. Autant le couple de concubins ou de pacsés hétérosexuels peut contourner l'obligation imposée par l'art. 365 c. civ. en se mariant (il n'y a pas de transfert de l'autorité parentale), autant le couple de concubins ou de pacsés homosexuels ne peut échapper à la rigueur de la règle puisque, pour le moment, le mariage civil ne lui est pas ouvert (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, n° 05-16.627, D. 2007. 1389, rapp. G. Pluyette; *ibid.* 935, obs. I. Gallmeister; *ibid.* 1375, point de vue H. Fulchiron; *ibid.* 1395, note E. Agostini; *ibid.* 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd. 2007. n° 32; *AJ fam.* 2007. 227, obs. F. Chénéde; *RTD civ.* 2007. 287, obs. J.-P. Marguénau; *ibid.* 315, obs. J. Hauser; *ibid.* 2008. 438, obs. P. Deumier).

Ainsi, derrière une apparente égalité de traitement, on découvre une discrimination indirecte, qui ne touche que

les couples de personnes de même sexe, dont l'enfant ne peut pas être adopté par le parent social.

Une telle analyse n'a en réalité pas échappé au Conseil constitutionnel qui a préféré botter en touche en indiquant: «qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'art. 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté», plutôt que d'aborder cette question (V. *supra* F. Chénéde qui approuve cette solution). Car, par définition, toutes les questions prioritaires de constitutionnalité concernent et ne peuvent concerner que des lois. C'est dire que nous sommes en permanence dans le champ du législateur.

### La violation de la vie privée et familiale

Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il n'y avait pas d'atteinte à la vie privée et familiale en affirmant: «que, toutefois, cette disposition [celle de l'art. 365] ne fait aucunement obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix; qu'elle ne fait pas davantage obstacle à ce que ce parent associe son concubin ou son partenaire à l'éducation et la vie de l'enfant; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive; que, par suite, le grief tiré de ce que l'art. 365 c. civ. porterait atteinte au droit de mener une vie familiale normale doit être écarté». Là aussi cet attendu est étonnant: le Conseil feint de penser qu'une situation de fait vaut une situation de droit; un peu comme si l'on disait à des concubins hétérosexuels qui voudraient se marier: «vous n'êtes pas autorisés à vous marier car vous êtes concubins depuis X années et avez *de facto* une vie familiale!»

À cela s'ajoute le fait que le Conseil raisonne *in fine* d'une manière qui devrait être censurée par la Cour européenne. Il énonce en substance: ce n'est pas parce que l'enfant vit avec son parent social que le droit à la filiation adoptive est ouvert. Un tel raisonnement n'est pas recevable dès lors qu'en droit positif français l'adoption simple existe. La Cour européenne examinera prochainement la question de savoir si refuser une telle adoption constitue ou non une violation du droit de mener une vie familiale. Ce qui nous rappelle l'affaire *E. B. c/ France* (22 janv. 2008, n° 43546/02, *AJ fam.* 2008. 118, obs. F. Chénéde; *AJDA* 2008. 117; *D.* 2008. 2038, obs. E. Royer, note P. Hennion-Jacquet; *ibid.* 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; *RDSS* 2008. 380, obs. C. Neirincq; *RTD civ.* 2008. 249, obs. J.-P. Marguénau; *ibid.* 287, obs. J. Hauser). Dans cette affaire, la Cour européenne a jugé que, à partir du moment où en droit positif français l'adoption plénière est ouverte aux personnes célibataires, elle devait examiner si le refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle est une violation du droit de mener une vie familiale du candidat à l'adoption. Elle raisonna de la même manière en matière d'adoption simple: dès lors que cette faculté existe en droit positif, la Cour regardera si elle est appliquée de manière discriminatoire ou non.

Indéniablement, le Conseil constitutionnel a manqué de courage, il n'a pas

[1] Toutes les pistes évoquées dans ce bref commentaire mériteraient d'être davantage explorées dans une étude plus fouillée qu'il n'a pas été possible de mener compte tenu des contraintes de délai et de volume.