

Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage ?

Caroline Mécarry

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⁽¹⁾.

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, 13 mars 2007, n° 05-16.627, D. 2007. 1389⁽²⁾, rapp. G. Pluyette⁽³⁾ ; *ibid.* 935, obs. I. Gallmeister⁽⁴⁾ ; *ibid.* 1375, point de vue H. Fulchiron⁽⁵⁾ ; *ibid.* 1395, note E. Agostini⁽⁶⁾ ; *ibid.* 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau⁽⁷⁾ ; *GAJC*, 12 éd. 2007. n° 32 ; *AJ famille* 2007. 227, obs. F. Chénéde⁽⁸⁾ ; *RTD civ.* 2007. 287, obs. J.-P. Marguénaud⁽⁹⁾ ; *ibid.* 315, obs. J. Hauser⁽¹⁰⁾ ; *ibid.* 2008. 438, obs. P. Deumier⁽¹¹⁾).

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⁽¹²⁾). 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. Neirinck  ; RTD civ. 2008. 249, obs. J.-P. Marguénaud  ; *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 raisonnera 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 été, dans cette procédure, à la hauteur des enjeux sociétaux : *quid* de la protection juridique des enfants élevés par des couples de personnes de même sexe, qui juridiquement n'ont qu'un parent ? Qu'est-ce qui, en octobre 2010, justifie encore que ces enfants soient moins bien protégés que les enfants de parents de sexe différent ?

Cela est d'autant plus surprenant que, pour l'observateur non averti, ce même Conseil constitutionnel n'a pas hésité à considérer que les règles relatives à la garde à vue n'étaient pas conformes à la Constitution (Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, AJDA 2010. 1556  ; D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel  ; *ibid.* 1949, point de vue P. Cassia  ; *ibid.* 2254, obs. J. Pradel  ; RTD civ. 2010. 513, obs. P. Puig  ; *ibid.* 517, obs. P. Puig ).

Mais il est vrai que, dans ce domaine, le Conseil constitutionnel n'avait en réalité guère d'autre choix, guidé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, désormais bien établie et encore récemment réaffirmée (*Brusco c/ France*, 14 oct. 2010, n° 1466/07) sur les critères de conformité à la CEDH des règles applicables aux gardes à vue dans une société démocratique.

Concernant le problème de l'adoption de l'enfant du partenaire au sein d'un couple de personnes de même sexe, le Conseil constitutionnel n'a pas - pas encore - reçu l'avis éclairé de la Cour européenne. Mais cela ne saurait tarder... La Cour européenne a été saisie de la question de l'adoption simple, dans une requête *Dubois & Gas* en 2007 (n° 25951/07). Requête qui a fait l'objet d'une décision de recevabilité le 31 août 2010 (AJ fam. 2010. 433, obs. Siffrein-Blanc  ; D. 2010. 2293, obs. Gallmeister ). Informée de la décision pusillanime du Conseil constitutionnel dès le 7 octobre, la Cour européenne vient d'indiquer qu'elle

prendrait une décision quant à la fixation d'une date d'audience dans les prochains mois.

La probabilité pour que la Cour européenne des droits de l'homme juge que le refus d'adoption simple, qui ne concerne que des couples de lesbiennes ou de gays, constitue une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle est extrêmement importante.

En effet, l'analyse de l'évolution de la jurisprudence européenne montre que la Cour européenne :

- admet désormais que les couples homosexuels bénéficient de la protection de la vie familiale et pas uniquement de celle de la vie privée (24 juin 2010, *Shalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04, AJ fam. 2010. 333, obs. Avena-Robardet ) ;

- reconnaît que les questions d'adoption entrent dans le champ d'application de l'art. 8 et, partant, peuvent être combinées avec l'art. 14 de la Convention (*E. B. c/ France*, 22 janv. 2008, n° 45546/02, préc.) ;

- tolère de moins en moins les différences de traitement juridique fondées sur l'orientation sexuelle (21 déc. 1999, *Salgueiro Da silva c/ Portugal*, n° 33290/96 ; 27 sept. 1999, *Smith, Grady, Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96 ; 24 juill. 2003, *Karner c/ Autriche*, n° 40016/98 ; 9 janv. 2003, *L. et V. c/ Autriche*, n° 39392/99 et 39829/98 ; 22 janv. 2008, *E. B. c/ France*, n° 45546/02, préc.) ; encore récemment, le 28 sept. 2010 (*J. M. c/ Royaume-Uni*, n° 37060/06, AJ fam. 2010. 410), elle a considéré que la législation du Royaume-Uni de l'époque, qui définissait un régime différent pour le versement des pensions alimentaires selon que le parent contributeur avait refait sa vie avec une personne de sexe différent ou de même sexe, constituait une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 1 du protocole n° 1 Conv. EDH (condamnation du Royaume-Uni à verser une somme de 21 000 € en réparation des préjudices) ;

- raisonnera comme dans le dossier *E. B. c/ France* précité : à partir du moment où le droit positif offre une faculté, celle-ci doit pouvoir s'exercer sans aucune discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Enfin, le législateur a toujours le loisir de s'emparer de cette question, comme le lui suggère le Conseil constitutionnel. Avant 2012, toutefois, cela paraît peu probable. En revanche, l'arrivée au pouvoir de la gauche en 2012 permettrait une modification de la loi sur l'adoption avec la fin de la discrimination qui pèse actuellement sur les enfants élevés par deux personnes de même sexe  (2).

Mots clés :

ADOPTION * Adoption simple * Autorité parentale * Transfert ou partage de l'autorité parentale * Enfant du partenaire * Question prioritaire de constitutionnalité

(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.

(2) Lors d'une grande réunion publique qui s'est tenue en février 2010, l'ensemble des partis de gauche (du PS à LO, en passant par le Europe Ecologie-Les Verts, le PCF, le Parti de Gauche ou encore le NPA) se sont engagés publiquement à mettre fin à ces discriminations, V. les vidéos sur le site (onglet : agir) www.fondation-copernic.org