

Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010

Mmes Isabelle D. et Isabelle B.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 9 juillet 2010 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur l'article 365 du code civil posée par Mmes Isabelle D. et Isabelle B. à l'occasion d'un pourvoi en cassation formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris rendu le 1^{er} octobre 2009.

I. – La disposition contestée

L'article 365 du code civil trouve son origine dans l'article 1^{er} de la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1966. Elle a été modifiée une seule fois par l'article 25 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Aucune de ces lois n'avait été soumise au Conseil constitutionnel.

Cet article fixe les règles relatives à l'autorité parentale sur un enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple par une personne seule.

A. – Le cadre juridique de la disposition contestée

1. – L'adoption

Le titre VIII du code civil est consacré à la « *filiation adoptive* ». Il permet l'établissement d'un lien de filiation qui ne résulte pas des liens du sang. Elle est de nature élective. Elle est toujours établie par jugement.

L'adoption a une histoire chaotique. Très pratiquée dans la Rome antique, elle fut ignorée sous l'Ancien Régime avant que la Révolution ne la consacre, pour des raisons essentiellement politiques – il s'agissait alors de diviser les héritages. Le code civil la conserve en 1804, mais l'adoption – qui ne s'applique alors qu'aux personnes majeures – obéit à des visées essentiellement successorales (une « *fabrique à héritiers* », disait-on). Peu pratiquée pendant le XIX^e siècle, l'adoption prend son essor à partir de la loi du 19 juin 1923 qui permet l'adoption des mineurs, concrètement des orphelins de la première

guerre mondiale. Elle ne cessera de se développer ensuite, à mesure que la protection de l'enfance retiendra l'attention de la société et des pouvoirs publics, devenant ainsi une institution essentiellement charitable. Selon une belle formule qu'on prête à Jean Foyer lors des débats de la loi du 11 juillet 1966, il s'agit de « *porter un enfant sans famille sur le seuil d'une famille sans enfant* ». La loi de 1966 – une des premières réformes d'ampleur du droit de la famille, après celle des régimes matrimoniaux – a profondément modifié l'adoption, dans le sens d'un assouplissement de ses conditions, assouplissement qui sera encore accentué par les lois postérieures¹.

Modifiant le vocabulaire antérieur, la loi de 1966 établit une distinction entre adoption plénière² et adoption simple.

– L'adoption plénière substitue au lien de filiation antérieur, s'il existait, un nouveau lien. Un nouvel acte de naissance est établi. Ainsi établi, le lien de filiation ne diffère de la filiation prévue par le titre VII du code civil que par les conditions de sa formation. Tous ses effets sont identiques. À l'origine, elle n'était ouverte qu'aux époux adoptant ensemble : l'enfant adopté était assimilé à un enfant légitime.

– Au contraire, l'adoption simple³ ne rompt pas les liens entre l'enfant et sa famille d'origine mais crée un lien de filiation supplémentaire. Les conditions de l'adoption simple sont moins strictes que celles de l'adoption plénière, mais, en contrepartie, ses effets sont moins complets. Outre le maintien des liens d'origine, l'adoption simple est révocable pour « *motifs graves* » (article 370 du code civil).

Qu'elle soit simple ou plénière, l'adoption peut, depuis la loi de 1966, être obtenue par une personne seule. En pratique, cela est assez rare en matière d'adoption plénière, car les services sociaux et la plupart des pays d'origine des enfants accueillis dans le cadre de l'adoption internationale privilégient l'accueil des enfants au sein d'un couple⁴. L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est possible, sous certaines conditions⁵. Comme pour l'adoption conjointe par deux personnes, le principe est que l'enfant doit être élevé au sein d'un couple marié.

¹ Lois n° 76-1179 du 22 décembre 1976 et n° 96-604 du 5 juillet 1996 principalement.

² On parlait auparavant de *légitimation adoptive*.

³ Articles 360 et s. du code civil.

⁴ Dont les membres n'ont pas à être mariés dès lors qu'un seul d'entre eux demande l'adoption (adoption individuelle). Si l'adoptant est marié, le consentement de son conjoint est toutefois obligatoire (article 343-1, alinéa 2, du code civil).

⁵ Voir article 345-1 du code civil : « *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :*

« *1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;*

« *2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;*

« *3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. »*

Et c'est encore la même idée que met en œuvre, au sujet de l'adoption simple, l'article 365 du code civil, transmis par la Cour de cassation au Conseil. L'exercice en commun de l'autorité parentale par l'adoptant et le parent biologique est possible en cas d'adoption de l'enfant du conjoint. Dans tous les autres cas, c'est l'adoptant, et lui seul, qui exerce l'autorité parentale. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser « *qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage* »⁶. Le terme « *conjoint* » ne saurait donc viser des personnes ayant conclu un pacs ou vivant en concubinage, quand bien même ces derniers seraient stables et anciens.

Sur le plan statistique, en 2007, les tribunaux de grande instance (TGI) ont prononcé 11 038 jugements sur demande d'adoption concernant 13 688 enfants. Les trois quarts concernent des adoptions simples⁷. L'adoption plénière est, pour plus des deux tiers, une adoption internationale extrafamiliale par un couple marié, même si le nombre d'adoptions plénières par une femme seule augmente. 22 % des adoptions concernent des adoptions « nationales » de pupilles de l'État. L'adoption simple est intrafamiliale à 95 % : pour 84 % des cas, il s'agit de l'enfant du conjoint et 8 % l'enfant d'un ex-conjoint.

2. – L'autorité parentale

L'autorité parentale a remplacé la puissance paternelle depuis 1970⁸. Postérieurement, elle a connu deux réformes très importantes.

– La loi dite « Malhuret » en 1987⁹ a supprimé la notion de « garde de l'enfant » en distribuant les attributs de la garde entre deux notions : la « *résidence habituelle* » de l'enfant et l'« *exercice de l'autorité parentale* ».

– La loi du 4 mars 2002 précitée a réformé les conditions d'exercice de l'autorité parentale en favorisant son exercice en commun par les parents même séparés.

L'autorité parentale est définie comme l'ensemble des droits et des devoirs des parents à l'égard de leurs enfants mineurs. Elle vise à protéger l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité pour assurer son éducation et permettre son développement* »¹⁰.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2007 : *Bull. civ. I*, n° 392 ; *D.* 2008, p. 1028, note Mauger-Vielpeau ; *JCP* 2008, II, 10046, note Favier.

⁷ 3 964 adoptés plénièrement, 9 412 adoptés simples, 312 demandes ont été rejetées.

⁸ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

⁹ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1970 sur l'exercice de l'autorité parentale.

¹⁰ Article 371-1 du code civil.

L'autorité parentale se distingue de l'exercice de l'autorité parentale. En principe, dès lors que le lien de filiation est établi, tout parent d'un enfant mineur est titulaire de l'autorité parentale. Le retrait total ou partiel de l'autorité parentale, autrefois appelé « *déchéance* », ne peut être prononcé que pour des causes graves et emporte retrait de tous les attributs tant patrimoniaux que personnels s'y rattachant.

L'exercice de l'autorité parentale peut, en revanche, être confié à un seul des parents pour des motifs tenant à l'intérêt de l'enfant. Le parent auquel l'exercice de l'autorité parentale n'a pas été confié conserve malgré tout le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de ses enfants. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ces derniers. Par ailleurs, un droit de visite et d'hébergement ne peut, sauf motifs graves, lui être refusé.

B. – L'article 365 du code civil

L'article 365 fixe les règles relatives à l'autorité parentale sur un enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple par une personne seule. Il ne s'applique donc qu'à l'égard d'un enfant mineur faisant l'objet d'une adoption alors qu'il a déjà un ou deux parents avec qui le lien de filiation est établi. Cet article prévoit le transfert à l'adoptant de tous les droits d'autorité parentale. Toutefois, si l'adoptant est le conjoint du père ou de la mère de l'adopté, les deux seront titulaires de l'autorité parentale. Le parent par le sang conserve seul l'exercice de l'autorité parentale, à moins d'une déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI aux fins d'un exercice en commun.

Avant la loi de 2002, l'article 365 du code civil prévoyait déjà que, lorsque l'adoptant était le conjoint du père ou de la mère de l'adopté, il était titulaire de l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, mais celui-ci en conservait seul l'exercice. La loi du 4 mars 2002 a donc permis à l'adoptant d'obtenir l'*exercice en commun* de l'autorité parentale avec son conjoint, parent biologique de l'enfant au moyen d'une simple déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI¹¹.

L'article 365 n'a donc pas pour objet d'interdire l'adoption de l'enfant du partenaire ou du concubin, qu'il soit ou non de même sexe. La preuve en est que l'adoption de l'enfant du concubin, qu'il soit de même sexe ou non, ne rencontre pas l'obstacle de cet article lorsque l'enfant adopté est majeur. Toutefois, l'article 365 du code civil a cet effet lorsque l'adopté est mineur, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation quant à l'intérêt de l'enfant.

¹¹ D'une manière générale, la loi du 4 mars 2002 visait à promouvoir l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la plupart des situations familiales.

En effet, entre 2000 et 2005, plusieurs personnes ont saisi les TGI de demandes aux fins d'adoption de l'enfant de leur partenaire ou de leur concubin. Après une première décision du TGI de Paris du 27 juin 2001 concernant l'adoption de trois petites filles par la partenaire de leur mère, certaines cours d'appel ont fait droit aux demandes (Bourges, 13 avril 2006, *Mmes M. et H.* ; Amiens, 8 septembre 2006, *Mmes A. et B.*), tandis que d'autres s'y opposaient au motif que la perte, par le parent biologique, de ses droits d'autorité parentale n'était pas justifiée (Paris, 6 mai 2004, *Mmes V. et T.* ; Riom, 27 juin 2006, *Mmes V. et B.*).

Statuant sur un pourvoi contre l'arrêt précité de la cour d'appel de Bourges par un arrêt du 20 février 2007, la Cour de cassation a tranché le débat en jugeant, que « *l'adoption simple réalisant un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante, elle n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant dès lors que la mère biologique entend continuer à élever cet enfant* »¹². Il résulte de cette jurisprudence que l'adoption d'un enfant mineur au sein du couple n'est possible que si le couple est marié.

Le Conseil constitutionnel a estimé que c'est compte tenu de cette jurisprudence qu'il lui appartenait d'apprécier la constitutionnalité de l'article 365 du code civil. Sans cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel aurait dû examiner, selon la lettre de l'article 365, une différence de traitement entre, d'une part, les enfants adoptés au sein de couples mariés, qui sont soumis à l'autorité parentale conjointe des deux membres du couple, et, d'autre part, les enfants adoptés au sein de couples non mariés qui ne sont soumis qu'à l'autorité parentale de l'adoptant. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation du 20 février 2007 a pour effet qu'au sein des couples non mariés, les enfants ne peuvent pas être adoptés.

Parmi les premières décisions rendues sur des QPC, la Cour de cassation avait refusé de transmettre au Conseil constitutionnel certaines questions au motif qu'il était en cause non une disposition législative mais l'interprétation qui lui est donnée¹³.

Dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ». En effet, si la création de la QPC a institué un contrôle *a posteriori* abstrait des dispositions législatives, elle a reconnu aux justiciables le droit de contester la constitutionnalité d'une disposition législative « *applicable au litige* ». Ainsi, le

¹² *Bull. civ. I*, n° 71 ; F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, n° 53-55.

¹³ Cour de cassation, arrêts QPC n° 12009, 12019, 12020, 12021, 12023 du 19 mai 2010.

justiciable ne s'est pas vu reconnaître le droit à contester une norme dans une abstraction théorique qui serait distincte de l'application qui est susceptible d'en être faite dans le litige où il est partie : le requérant qui pose une QPC a le droit que soit examinée la constitutionnalité d'une disposition législative telle qu'elle est interprétée ou appliquée, c'est-à-dire compte tenu de la portée effective que lui confère une interprétation jurisprudentielle constante.

Le Conseil constitutionnel s'est inspiré, dans sa rédaction, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 3 de 1956 et selon laquelle la Cour doit prendre en juste considération « *l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces* »¹⁴.

II. – Les griefs et la constitutionnalité de la disposition contestée

A. – Les griefs

Dans sa décision de renvoi au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation invitait le Conseil à examiner l'article 365 « *au regard des exigences du principe constitutionnel d'égalité en ce qu'(il) 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* ». Compte tenu de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation du 20 février 2007, le Conseil constitutionnel a donc examiné cet article en ce qu'il fait obstacle à l'adoption de l'enfant mineur du partenaire ou du concubin.

Selon les requérantes, la disposition en cause méconnaissait non seulement le principe d'égalité devant la loi mais également le droit à une vie familiale normale dans la mesure où elle fait obstacle à la « *reconnaissance juridique d'un lien social de filiation qui préexiste* ».

B. – Le droit de mener une vie familiale normale

Les requérantes invoquaient le « *droit de mener une vie familiale normale* » sur le fondement des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946.

¹⁴ Corte costituzionale, Sentenza 15 Giugno 1956, 3/1956, § 6.

– S’agissant du onzième alinéa¹⁵, il constitue une norme de contrôle des mesures prises dans le cadre de politiques de solidarité nationale (protection sociale, retraites, assurance sociale des accidents du travail et maladies professionnelles) ou de protection de la santé publique (logement décent, droit au repos...) et non comme une norme de référence du droit de la famille.

– S’agissant du dixième alinéa, le Conseil en a déduit le « *droit de mener une vie familiale normale* » dans sa décision du 13 août 1993¹⁶. Était alors en cause la faculté offerte aux étrangers de faire venir auprès d’eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs. Au-delà des évolutions quant au fond du droit, c’est encore la même question du regroupement familial qui se posait dans la décision du 20 novembre 2003¹⁷, qui a rappelé la valeur constitutionnelle de ce droit. L’examen de l’article 365 du code civil posait donc la question de la portée du droit de mener une vie familiale normale en dehors des cas où une disposition empêche les membres d’une famille de vivre ensemble.

Les autres occurrences du droit à mener une vie familiale normale éclairent faiblement la portée de ce principe. Dans sa décision relative au pacte civil de solidarité (PACS), le Conseil a rejeté, comme manquant en fait, les griefs qui l’invoquaient¹⁸. Quant la décision de 1994 sur la bioéthique, elle a conduit le Conseil à juger « *qu’aucune disposition du Préambule de la Constitution de 1946 ne fait obstacle à ce que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d’embryons dans les conditions prévues par la loi* »¹⁹.

Enfin, ni dans sa décision du 13 août 1993²⁰, ni dans celle du 20 novembre 2003²¹, le Conseil constitutionnel n’a examiné, au regard du droit de mener une vie familiale normale, les dispositions qui faisaient obstacle au mariage d’un étranger en situation irrégulière. Le Conseil a procédé à cet examen au regard d’un autre principe constitutionnel : la liberté du mariage qui résulte de l’article 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. S’agissant de la décision du 9 novembre 2006, est examinée la loi relative au contrôle de la validité du mariage conjointement à l’aune de la liberté du mariage et du droit à une vie familiale normale ce qui s’explique par le fait

¹⁵ Dont l’application est souvent combinée avec celle du 10^e alinéa.

¹⁶ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration et aux conditions d’entrée, d’accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 69 et 70.

¹⁷ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 37 et 38.

¹⁸ Décisions n°s 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 77 et s.

¹⁹ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 11

²⁰ Décision du 13 août 1993, *précitée*, cons. 105 à 107.

²¹ Décision du 20 novembre 2003, *précitée*, cons. 91 à 97.

qu'étaient en cause des dispositions touchant à la fois à la liberté du mariage et à la possibilité de faire reconnaître, sur le territoire français, les effets d'un mariage célébré à l'étranger²².

L'examen de l'article 365 du code civil posait la question de savoir si, et dans quelles conditions, le droit de mener une vie familiale normale permet de fonder un droit à obtenir la reconnaissance juridique de sa situation familiale existante.

Le Conseil a estimé que le droit à une vie familiale normale s'entend comme une protection contre les mesures qui empêchent ou entravent, directement ou indirectement, en fait, la conduite d'une vie familiale. Par conséquent, ce droit doit s'appréhender par ses effets concrets sur la vie familiale : c'est un droit de « mener » une certaine vie, ce n'est pas le droit à un certain statut juridique. Ce n'est que lorsque l'impossibilité d'accéder à un statut juridique donné a pour effet d'empêcher de mener une vie familiale normale que la norme juridique en cause doit être regardée comme portant atteinte à ce droit.

En l'espèce, le Conseil a jugé que l'article 365 du code civil ne portait pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale. Son raisonnement procède en deux temps. D'une part, le Conseil a estimé que l'article 365 ne faisait pas obstacle à la liberté de vivre avec la personne de son choix et qu'elle ne faisait pas davantage obstacle à ce que le parent biologique associe son concubin ou son partenaire à la vie de l'enfant. D'autre part, le Conseil a considéré que l'existence des liens tissés par la vie commune ne crée pas un droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive. L'adoption est une possibilité justifiée par l'intérêt de l'enfant, non un droit. Ainsi, le droit de mener une vie familiale n'implique pas qu'une personne, parce qu'elle a participé à l'éducation d'un enfant et qu'elle s'est liée à lui par des liens d'affection, si forts soient-ils, ait le droit de voir établir un lien de filiation adoptif.

C. – Le principe d'égalité

L'article 365 prive certaines personnes du droit de demander l'adoption d'un enfant mineur alors que ce droit est reconnu à d'autres. C'est donc à l'aune du principe d'égalité que cette question s'apprécie.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe d'égalité est constante et bien connue : « *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*

²² Décision n° 2006-542 DC du 9 novembre 2006, *Loi relative au contrôle de la validité des mariages*, cons. 4 à 13.

l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »²³.

La différence instituée par la disposition en cause distingue entre les enfants, au regard du droit de l'adoption, selon que leur parent biologique et la personne qui partage la vie de ce dernier sont mariés ou non.

Le Conseil constitutionnel a examiné l'objet de la disposition législative en cause au regard de l'intention du législateur de ne pas la modifier. En adoptant l'article 365 du code civil, en 1966, le législateur s'était fondé sur le mariage comme le modèle et la forme quasi exclusive de la vie familiale (moins de 5 % des enfants naissent hors mariage et la question du statut juridique des couples non mariés élevant des enfants n'apparaissait pas encore comme un sujet de débat).

Sous les XII^e et XIII^e législatures, des amendements ont été déposés à plusieurs reprises à l'occasion de projets de loi touchant au droit de la famille et tendant à modifier l'article 365 du code civil pour permettre un partage de l'autorité parentale lors d'une adoption au sein de couples non mariés²⁴. Des propositions de loi tendant aux mêmes fins ont également été déposées²⁵. Le législateur contemporain a décidé de maintenir l'article 365 du code civil. C'est donc dans le cadre des enjeux du débat actuel sur l'article 365 que le Conseil constitutionnel a examiné l'article 365 du code civil.

Le Conseil a rappelé que son contrôle n'est pas de même nature que celui du Parlement. Il a constaté que, dans l'exercice de sa compétence pour définir les règles du droit de la famille, le législateur avait 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.

On sait toutefois que la disposition en cause produit des effets différents selon que le couple non marié est ou non composé d'un homme et d'une femme. S'agissant des couples composés d'un homme et d'une femme, le Conseil a ainsi estimé que le législateur pouvait conditionner l'accès à l'adoption à l'engagement dans les liens du mariage, union qui, en comparaison du PACS et *a fortiori* du concubinage, est plus solennelle dans sa formation, plus riche de droits et d'obligations réciproques et plus contrôlée dans les conditions et les effets de sa dissolution. Sur ce point, la disposition en cause n'a semble-t-il jamais été contestée en ce qu'elle pourrait faire obstacle à l'adoption au sein

²³ Voir, en dernier lieu, décision n° 2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*.

²⁴ Projet de loi relatif à la protection de l'enfant (n° 3184), Assemblée nationale, 1^{ère} lecture, amendement n° 222 ; projet de loi portant réforme de l'adoption - (n° 2231), assemblée nationale, 1^{ère} lecture, 11 avril 2005, amendement n° 18.

²⁵ Proposition de loi, Assemblée nationale, XIII^e législature, n° 585, 23 janvier 2008 ; proposition de loi, Sénat, session ordinaire 2009-2010, n° 96, 12 novembre 2009.

d'un couple de concubins ou de partenaires de sexe différent. La décision ne développe donc pas le cas de ces couples.

En revanche, pour les enfants élevés par un couple composé de deux hommes ou de deux femmes, les conséquences de la disposition en cause sont différentes.

Dans son souci d'examiner la portée effective de la disposition soumise à son examen, le Conseil a développé sa motivation sur l'article 365 du code civil en tant qu'il fait en principe obstacle à ce que la filiation d'un enfant mineur soit légalement établie à l'égard de deux personnes de même sexe qui vivent ensemble. On observera que c'est sous un angle comparable que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a déclaré recevable la requête formulée par deux femmes qui ont vu une demande d'adoption être refusée en raison de la portée de l'article 365 du code civil. Le grief déclaré recevable est en effet le grief tiré de ce que l'application de cet article 365 aurait conduit à « *un traitement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle* »²⁶.

Pour le Conseil constitutionnel, juger si, oui ou non, il existe un motif d'intérêt général pour interdire l'établissement d'un double lien de filiation de même sexe à l'égard d'un mineur ou juger si, oui ou non, la différence de situation entre couple de même sexe et couple de sexe différent, que nul ne conteste, est en lien direct avec l'intérêt de l'enfant, et peut justifier une différence de traitement appliquée à l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant mineur, consiste à se prendre position dans un débat éthique, scientifique et, en définitive, politique sur l'homoparentalité.

Le Conseil constitutionnel a estimé que trancher cette question dans sa décision eût consisté pour lui à se substituer au Parlement. Rappelant les limites de son contrôle, il a jugé qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en matière de filiation et d'autorité parentale, de la différence particulière de l'enfant élevé par deux personnes de même sexe.

Le Conseil a donc jugé, en octobre 2010, qu'il en va de l'« homoparentalité » comme il en allait, en janvier 1975, de l'interruption volontaire de grossesse ou, en juillet 1994, de la sélection des embryons : cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur.

Le Conseil constitutionnel a donc jugé que l'article 365 du code civil n'est pas contraire à la Constitution.