

Document 1 de 1



Droit de la famille n° 1, Janvier 2013, dossier 6

## La situation juridique des enfants élevés par des personnes de même sexe

Etude par Aude MIRKOVIC  
maître de conférences en droit privé à l'université d'Évry

### Sommaire

**Le bouleversement du droit de la famille qu'entraînerait la redéfinition du mariage et de la filiation pour inclure les époux et les parents de même sexe est parfois invoqué comme le prix à payer pour sécuriser la situation des enfants élevés par des personnes de même sexe, comme si cette situation exigeait que le/la partenaire de même sexe du père ou de la mère soit reconnu comme parent.**

**1. -** Le nombre d'enfants vivant avec deux adultes de même sexe est difficile à appréhender. Najat Vallaud-Belkacem, ministre des Droits des femmes et porte-parole du Gouvernement, évoque des centaines de milliers d'enfants. Interrogée sur l'écart entre ces chiffres et ceux avancés par l'INED, à savoir 30 000 enfants, elle explique : « les chiffres de l'INED parlent du nombre de familles homoparentales, moi je vous parle du nombre d'enfants. Dans une famille, il y a souvent plusieurs enfants et c'est pour cela que vous avez ces variations »<sup>Note 1</sup>. À défaut d'être convaincu que les adultes de même sexe élèvent en moyenne dix enfants, on poursuivra en constatant que, en réalité, le nombre importe peu. Soit la situation de ces enfants est juridiquement problématique, soit elle est satisfaisante, et peu importe le nombre exact d'enfants concernés.

**2. -** Justement, ne sont pas concernés les enfants dont les deux parents sont connus et qui vivent avec leur père, ou leur mère, et le partenaire de même sexe de l'un ou l'autre. Ils sont dans une situation « classique » de famille recomposée, à ceci près que le père ou la mère vit avec un compagnon de même sexe. Ces situations n'appellent pas d'accompagnement juridique particulier.

**3. -** Les enfants concernés sont ceux qui n'ont qu'un seul parent légal, et vivent avec ce parent et son partenaire de même sexe. Notons que, si ces enfants n'ont qu'un seul parent, c'est le plus souvent parce qu'ils ont été voulus comme tels. L'enfant élevé par sa mère et sa compagne a été conçu délibérément de manière à le priver de son père et de père tout court, au moyen d'une insémination par donneur anonyme. De même, l'enfant élevé par son père et son compagnon est issu d'une femme donneuse, a été porté par une femme porteuse, de manière à être privé de sa mère et de mère tout court. Les adultes qui invoquent la situation de l'enfant qu'ils élèvent au soutien de leurs propres revendications ont délibérément provoqué cette situation, en connaissance de cause puisqu'il leur a fallu se rendre à l'étranger pour frauder la loi française qui protège les enfants contre ce type d'agissement, en garantissant à l'enfant issu de l'AMP une filiation complète et cohérente, c'est-à-dire un père et une mère.

**4. -** Les enfants ne sont certes pas responsables et le Code civil prévoit pour eux, comme pour tous les autres enfants, des solutions adéquates pour accompagner chaque situation : les enfants élevés par deux personnes de même sexe ne sont pas dans une situation de vide juridique, mais de droit sur mesure (1).

**5. -** Si la loi accompagne ces situations sans pour autant déclarer l'adulte qui élève l'enfant comme second père ou seconde mère, ce n'est ni un déni de la réalité ni une hypocrisie. Au contraire, le déni de la réalité serait de faire comme si un enfant pouvait avoir deux pères ou deux mères, et l'hypocrisie de prétendre que n'importe quel lien affectif pourrait

être assimilé à un lien de filiation, alors qu'éduquer un enfant ne suffit pas pour être désigné juridiquement comme parent (2).

## 1. Pas de vide juridique, mais un droit sur mesure

**6.** - Le droit fournit des outils adaptés pour tenir compte de chaque situation et la généralisation des solutions ne serait en rien un progrès pour l'enfant. En particulier, il n'y a ni vide juridique ni insécurité juridique en ce qui concerne la vie quotidienne des enfants, l'exercice de l'autorité parentale et les hypothèses de séparation ou de décès.

**7. - Les actes de la vie quotidienne.** - Il y a deux catégories d'actes relatifs à la personne de l'enfant : les actes importants et les actes de la vie quotidienne encore appelés actes usuels (par exemple, le fait d'aller chercher l'enfant à l'école ou les actes médicaux courants).

**8.** - Les actes importants ne concernent pas, par définition, la vie quotidienne de l'enfant. Quant aux actes usuels, le père ou la mère peut autoriser son partenaire de même sexe, comme toute autre personne, à les accomplir. Bien plus, cette autorisation peut être tacite et n'a donc même pas besoin d'être exprimée. Lorsqu'un parent confie son enfant à un tiers, il donne à ce tiers un mandat tacite d'accomplir les actes de la vie quotidienne<sup>Note 2</sup>. Le partenaire de même sexe peut donc accomplir tous les actes de la vie quotidienne, dès lors que l'enfant lui a été confié.

**9. - Le partage de l'autorité parentale.** - Il est possible de partager l'autorité parentale avec un tiers par décision de justice, avec l'accord des parents et lorsque c'est justifié par les besoins de l'éducation de l'enfant (*C. civ., art. 377-1*). L'autorité parentale peut notamment être partagée avec le partenaire de même sexe du père ou de la mère. Ce partage est justifié, par exemple, lorsque l'absence de filiation paternelle laisse craindre qu'en cas d'événement accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, sa compagne ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux des enfants<sup>Note 3</sup>.

**10.** - La Cour de cassation a rappelé l'exigence légale que le partage de l'autorité parentale soit justifié par les besoins de l'éducation de l'enfant : « si l'article 377, alinéa 1er, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>Note 4</sup>. Cette exigence est parfois critiquée, alors qu'elle est indispensable. En effet, si le partage de l'autorité parentale avec un tiers n'est pas justifié par les besoins de l'éducation de l'enfant, par quoi est-il donc justifié ?

**11.** - L'association du tiers à l'exercice de l'autorité parentale est une mesure grave, qui ne peut être fondée seulement sur la relation existant entre le tiers et le parent car c'est bien l'intérêt de l'enfant qui prime, et non l'officialisation du rôle du partenaire. L'autorité parentale est en effet « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* » (*C. civ., art. 371-1*) et non un faire-valoir pour les adultes.

**12.** - Il faut préciser que, même en cas de partage de l'autorité parentale, le partenaire du père ou de la mère ne peut pas accomplir seul les actes graves concernant l'enfant. En effet, si la loi facilite la vie courante en présumant que chacun des titulaires de l'autorité parentale agit avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel (*C. civ., art. 372-2*), les actes importants exigent l'accord *des* titulaires de l'autorité parentale, sauf urgence. Le partage avec le partenaire ne simplifie donc rien, au contraire. Et, en cas d'urgence, notamment médicale, on se passe de l'accord du ou des titulaires de l'autorité parentale, et le partenaire du parent peut parfaitement agir (*C. santé publ., art. L. 1111-4. - C. civ., art. 16-3*). Nul besoin de l'associer à l'autorité parentale pour cela.

**13. - Séparation du partenaire et du parent.** - Certains invoquent l'insécurité qui serait celle de l'enfant en cas de séparation de l'adulte qui l'élève et du parent faisant le lien. Ce reproche est infondé. En effet, s'il peut être dans l'intérêt de l'enfant de ne pas être séparé brutalement d'un adulte avec lequel il a vécu et noué une relation étroite, le juge peut déjà, à défaut d'accord amiable, organiser le maintien des liens entre l'enfant et cet adulte, si c'est dans l'intérêt de l'enfant (*C. civ., art. 371-4, al. 2*).

**14.** - Faire de cette possibilité un automatisme ne serait pas un progrès pour l'enfant : comment prétendre qu'il est systématiquement dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des liens avec le ou les adultes ayant partagé la vie de son père

ou sa mère ? Le fait d'avoir vécu avec un enfant ne donne pas de droits sur lui, et le droit actuel qui permet le maintien des liens, au cas par cas et en fonction de l'intérêt de l'enfant, est tout à fait adapté.

**15. - Décès du parent.** - En cas de décès du père ou de la mère de l'enfant, il est à nouveau tout à fait possible de maintenir le lien entre l'enfant et le partenaire survivant du parent décédé.

**16. -** Si l'enfant a son autre parent, il peut quand même être confié au partenaire survivant, si son intérêt l'exige (*C. civ., art. 373-3, al. 2*). Le juge peut même prévoir, du vivant des parents, qu'en cas de décès de celui qui exerce l'autorité parentale, l'enfant ne sera pas confié au survivant, et désigner la personne à laquelle l'enfant sera confié, par exemple le partenaire (*C. civ., art. 373-3, al. 3*). En outre, il est encore possible de déléguer l'autorité parentale à ce dernier (*C. civ., art. 377*).

**17. -** Si l'enfant n'a pas de second parent, il faut organiser une tutelle (*C. civ., art. 390, al. 1er et 2*), et tout est prévu par la loi. Le parent dernier mourant peut, de son vivant, désigner son partenaire comme tuteur de l'enfant (*C. civ., art. 397*). À défaut, le conseil de famille désignera un tuteur au mineur (*C. civ., art. 404*), tuteur qui pourra être le partenaire survivant. Le père ou la mère peut donc très facilement désigner par testament son concubin de même sexe (ou de sexe différent), comme tuteur de l'enfant. Il n'y a aucune insécurité juridique sur le devenir de l'enfant en cas de décès, et l'angoisse qui peut être celle des parents quant à l'avenir de leur enfant s'ils venaient à décéder n'est pas l'apanage des personnes qui élèvent seules leur enfant ou avec un concubin de même sexe. Tous les parents en sont là et tous peuvent désigner, de leur vivant, un tuteur pour leur enfant.

**18. -** Il apparaît donc que le lien pouvant exister entre un enfant et le partenaire de même sexe de son père ou sa mère, loin d'être ignoré par le droit, est accompagné d'une manière adaptée et sur mesure. Si l'adulte ne peut pas être désigné comme parent, ce n'est pas parce que son investissement éducatif et affectif serait nié ou méconnu, mais parce que tous les liens d'affection n'ont pas à être reconnus comme des liens de filiation.

## 2. Éduquer l'enfant ne suffit pas pour être désigné comme parent

**19. -** La loi ne peut consacrer n'importe quel lien affectif comme un lien de filiation, à moins de sombrer dans l'artifice et de priver de sens les concepts fondateurs.

**20. -** Par exemple, l'amitié est un lien qui peut être très fort : ne dit-on pas d'un ami qu'il est comme un frère, plus qu'un frère ? Pourtant la loi ne peut accepter de « reconnaître » un ami juridiquement comme frère, non que la réalité de l'amitié ne soit niée mais parce que cela priverait de sens la notion de fratrie. De même, appeler « parents » des personnes de même sexe priverait de signification le terme « parents ».

**21. -** Accompagner les situations existantes n'exige certainement pas de les désigner juridiquement comme ce qu'elles ne sont pas. Ce n'est pas parce qu'un adulte s'investit auprès d'un enfant qu'il doit être reconnu comme parent, s'il ne correspond pas à ce que sont les parents.

**22. -** En outre, si le lien d'affection et d'éducation justifiait que le partenaire de même sexe du père ou de la mère soit reconnu comme parent, pourquoi le même lien existant entre l'enfant et un troisième ou quatrième adulte investi auprès de lui ne serait pas reconnu comme tel ? Le lien de filiation ne peut être réduit à un rapport d'éducation, sinon il devrait concerner les quatre adultes qui peuvent élever ensemble un enfant : le père, la mère, et les partenaires de l'un et l'autre, de sexe différent ou de même sexe.

**23. - Conclusion.** - Le partenaire de même sexe du père ou de la mère ne peut être désigné comme second parent, car la loi ne permet pas qu'un enfant ait à la fois deux pères ou deux mères. On peut certes reprocher à la loi de garantir à l'enfant une filiation cohérente en refusant de lui attribuer un second père légal, ou une seconde mère légale (*C. civ., art. 320*), mais il est faux de prétendre que les enfants concernés seraient dans une situation de vide ou d'insécurité juridique.

**24. -** Au contraire, c'est désigner une personne de même sexe que le père ou la mère comme second parent qui situerait l'enfant dans une situation juridiquement artificielle et mensongère. Si certains veulent être reconnus comme « parents »

de même sexe, qu'au moins ils ne prétendent pas que c'est dans l'intérêt de l'enfant, enfant qu'ils ont délibérément conçu de manière à le priver de son père ou de sa mère. [squf]

**Egalement dans ce dossier :** articles 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11

---

Note 1 *France 3 Rhône Alpes, 1er déc. 2012, émission « La voix est libre ».*

Note 2 *Avant-projet relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers, février 2009, exposé des motifs p. 2.*

Note 3 *Cass. 1re civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090 : JurisData n° 2006-032294 ; Dr. famille 2006, comm. 89, obs. P. Murat ; JCP G 2006, 199, note M. Rebourg ; RTD civ. 2006, p. 297, obs. J. Hauser ; D. 2006, jurispr. p. 897, note D. Vigneau ; D. 2006, jurispr. p. 1148, obs. F. Granet-Lambrechts ; D. 2006, jurispr. p. 876, obs. H. Fulchiron ; AJF 2006, p. 159, obs. F. Chénéde ; RJPF 2006-4/32, obs. E. Mullon ; Rev. Lamy Droit civil 2006/27, n° 2056, note D. Bourgault-Coudeville ; RD sanit. soc. 2006, p. 578, note C. Neirinck.*

Note 4 *Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 09-12.623 : JurisData n° 2010-011139.*