



HAL
open science

Détournements d'institutions

Cathy Pomart

► **To cite this version:**

Cathy Pomart. Détournements d'institutions. Revue juridique de l'Océan Indien, 2014, 18, pp.195-207. <hal-02545788>

HAL Id: hal-02545788

<https://univ-reunion.hal.science/hal-02545788v1>

Submitted on 17 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Détournements d'institutions

Cathy POMART

Maître de conférences HDR en droit privé, Université de La Réunion

Résumé :

De même qu'une règle de droit suscite sa violation, une institution provoquerait-elle inmanquablement son détournement ? Ripert s'est plu à remarquer que « le sujet prisonnier des lois » apparaît « toujours plus habile que le législateur geôlier »¹. Est-ce là une fatalité ?

Ce défi consistant à identifier et à contenir les détournements des institutions juridiques est un challenge de taille pour notre droit. Il repose en amont sur la caractérisation du détournement qui pourrait bien s'apparenter à une mission périlleuse si ce n'est impossible.

Summary :

Could an institution provoke its own deviation, as much as a rule of law provokes its own violation? Ripert pointed out that, even though "prisoner of the law", a subject of law "always seems fitter than the law-making jailers". Is this a fatality?

Our legal system is faced with a dual yet important challenge : identifying and containing the deviations of our legal institutions. This challenge rests upon the characterization of the deviation but this resembles a perilous – if not impossible – mission.

Il s'agit d'entreprendre une réflexion sur les dérives nationales en matière d'adoption et d'assistance médicale à la procréation et d'envisager les limites de la tolérance en matière d'instrumentalisation de ces institutions. On pourrait *a priori* penser que ce type de détournements nationaux n'occupe plus le devant de la scène juridique et qu'il a cédé la vedette aux détournements de dimension internationale, mais les détournements nationaux sont tenaces et perdurent. En d'autres termes, les détournements internationaux se sont surajoutés aux détournements nationaux qui préexistaient... quoi qu'il soit toujours délicat de dater l'apparition des détournements de tel ou tel type, détournements qui par essence ne s'opèrent pas au grand jour.

¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1955, n° 75.

La notion de détournement s'apprécie par rapport à la finalité d'une institution comparée au but poursuivi factuellement par les intéressés : la finalité institutionnelle est ainsi confrontée aux objectifs personnels. La notion de « détournement d'institution » a progressivement émergé en jurisprudence² et en doctrine³, la première difficulté consistant à s'accorder sur une définition de ce concept. On peut toutefois s'entendre sur le fait qu'il s'agit d'un « *procédé consistant à utiliser une institution-objet hors de sa destination, en la déviant de cette destination* », en d'autres termes, il s'agit de la « *mise en œuvre d'une institution à des fins étrangères à sa (ses) fonction(s)* »⁴. Les manifestations des détournements constituent donc autant d'instrumentalisations prohibées des institutions. Si la notion de détournement cherche encore son identité, il semble également possible de s'interroger sur son caractère fonctionnel.

L'idée qui consisterait à lutter contre les détournements d'institutions en affichant clairement la finalité de l'adoption et de la procréation médicalement assistée peut paraître *a priori* séduisante : la finalité empêcherait n'importe quelle fin de justifier les moyens. Il est dès lors tentant d'affirmer que l'accès à la parenté doit demeurer l'objectif premier de l'adoption et de l'assistance médicale à la procréation. Mais est-ce aussi évident que cela ? Par ailleurs, cette finalité doit-elle être l'unique objectif ou peut-elle être seulement le principal objectif de la procréation médicalement assistée et de l'adoption ? En d'autres termes, où s'arrête le bon usage de ces techniques et où commencent les dérives ? Ce raisonnement finalisé s'avère difficile à mettre en œuvre. La difficulté à caractériser les détournements découle de la complexité à établir la finalité des institutions concernées. La finalité d'une institution – qui renvoie à l'intention du législateur – semble devoir se distinguer de la fonction de l'institution – qui elle évolue temporellement au gré des époques et des besoins⁵. Cependant, même cette distinction semble sujette à controverses et malléable dès lors que les lois successives qui interviennent peuvent valablement assigner à une institution des finalités distinctes.

Précisément, la finalité de l'adoption et celle de la procréation médicalement assistée ont évolué dans le temps. Par ailleurs, l'objectif poursuivi par un individu est rarement conceptualisé et n'est qu'exceptionnellement unique.

L'évolutivité de la finalité des institutions d'une part (I) et le pluralisme des objectifs poursuivis par les justiciables d'autre part (II) rendent complexes la

² 1^{ère} Civ., 7 mars 1989, *D.* 1989, jur. p. 477, note J. HAUSER ; 1^{ère} Civ., 13 décembre 1989, *D.* 1990, jur. p. 273, note J. MASSIP ; Ass. Plén. 31 mai 1991, *D.* 1991, jur. p. 417, note D. THOUVENIN.

³ D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges P. Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, p. 237-282 ; F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institutions en droit de la famille », *JCP* 1993, I, 3665 ; N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, thèse dactylographiée, Université de Bourgogne, 2010.

⁴ D. FENOUILLET, préc. p. 242 et 245.

⁵ *Ibid.*, p. 246.

caractérisation d'un détournement d'adoption ou d'assistance médicale à la procréation.

I.- L'évolutivité de la finalité institutionnelle

Pour pouvoir apprécier l'existence d'un détournement et envisager sa sanction – autrement dit pour mener la comparaison finalité institutionnelle/objectif individuel –, il est indispensable de disposer d'un comparant certain, or tel n'est pas le cas. La variation des finalités institutionnelles au gré des réformes et des évolutions sociétales (A) incite à repartir de l'essence des institutions qui mérite elle-même d'être clarifiée (B).

A.- Variation temporelle de finalité

La finalité des institutions peut effectivement se modifier dans l'esprit même du législateur au fur et à mesure des réformes législatives qu'il entreprend. On pourrait alors être pressé de conclure à l'émergence d'une nouvelle finalité à chaque réforme, mais il se peut parfois qu'il y ait retour à la finalité initiale.

Envisageons, en guise d'illustration, les dérives en matière de « filiation élective » en repartant de la finalité assignée à l'adoption et de son évolution. Dans la perception contemporaine, assez spontanément émerge l'idée selon laquelle un détournement en matière d'adoption consisterait en la recherche de droits ou plus généralement d'intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux autre que l'établissement d'un lien de filiation. Cette analyse renvoie au concept d'« adoption simulée » (*expression construite sur le modèle que celle de « mariage simulé »*), c'est-à-dire d'une adoption qui recherche un effet secondaire de la filiation ou, plus radicalement, un effet autre que l'établissement d'une filiation. L'adoption est d'ailleurs de plus en plus fréquemment présentée comme la « *bonne à tout faire du droit de la famille* »⁶. Le but de l'adoption n'est-il pas plus de faire naître un lien juridique de filiation entre deux personnes en principe biologiquement étrangères l'une à l'autre ? La finalité actuelle de l'adoption apparaît même plus précise que cela : le lien de filiation découlant de l'adoption doit tendre à la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 21 de la CIDE). Lorsque l'adoptant cherche prioritairement si ce n'est exclusivement un autre effet que l'établissement d'un lien de filiation dans l'intérêt de l'enfant, s'agit-il réellement d'un détournement d'institution ou ne peut-il pas s'agir, parfois, d'un retour aux origines de l'adoption ?

⁶ J. HAUSER, « L'adoption à tout faire », *D.* 1987, chron. 205 ; « Joker du droit de la famille », *RTD civ.*, 2007, p. 325 s. ; « L'imagination juridique française », *Dr famille*, 2009, étude 11 ; « L'adoption simple, joker de la crise de la parenté », *Dr famille*, 2010, alerte 55.

Pour répondre à cette question, il faut se souvenir qu'en droit romain, sous Justinien, l'*adoptio minus plena*, instituée en parallèle à l'*adoptio plena*, présentait des effets moins radicaux que ladite *adoptio plena* dès lors qu'elle ne visait qu'à assurer la succession de l'adoptant (l'adopté demeurait officiellement dans sa famille d'origine)⁷. À Rome, l'adoption était par conséquent une institution fréquente dont le but était essentiellement religieux en ce qu'elle permettait de garantir le culte des ancêtres. L'enfant adopté prenait alors le nom de l'adoptant et recueillait ses biens à son décès et éventuellement son rang social, mais ces considérations demeuraient secondaires par rapport aux considérations religieuses. Sous l'Ancien régime, l'adoption a disparu. Au cours de cette période fortement marquée par l'emprise de la Religion (plus particulièrement du Christianisme), il ne semblait pas conforme à « la loi de Dieu » que les hommes puissent librement choisir leurs enfants. La filiation, de même que la parenté, ne pouvaient résulter d'une volonté humaine, mais devaient être le fruit de la nature et de Dieu. La réapparition de l'adoption dans notre droit s'est faite à la faveur de la loi du 18 janvier 1792. Ce rétablissement de l'adoption a pu être qualifié de généreux dès lors que la seule limite posée à l'époque était qu'on ne pouvait adopter plus de douze enfants. Cette réinstauration de l'adoption se justifiait par des inspirations révolutionnaires : on considérait que l'adoption constituait un moyen de parvenir à l'égalité en favorisant la division des fortunes et le morcellement des propriétés. À cette époque encore, la dimension patrimoniale de l'adoption est première. Le Code civil de 1804 a maintenu cette institution, mais il a prévu le renforcement de sa réglementation. L'adoptant devait avoir plus de 50 ans, il ne devait pas avoir d'enfant et devait en outre prouver qu'il s'était occupé de l'enfant qu'il souhaitait adopter pendant au minimum 6 ans en lui fournissant des secours et en lui donnant des soins. L'adopté quant à lui devait être âgé d'au moins 21 ans ce qui lui permettait de consentir, en connaissance de cause, à l'adoption. Il faudra d'ailleurs attendre la loi du 19 juin 1923 pour que l'adoption soit permise à l'égard d'un mineur. Plus généralement, l'adoption ne pouvait à l'époque être prononcée que « *s'il existait de justes motifs et si elle était avantageuse pour l'enfant* ». Il s'agissait essentiellement d'apprécier les avantages patrimoniaux que l'adoption pouvait procurer à l'enfant.

Ce n'est qu'après la Première Guerre mondiale que la philosophie et l'esprit de l'institution vont radicalement changer. La loi du 16 avril 1930 (article 22, ancien article 784 du CGI) a ainsi supprimé l'intérêt purement successoral et fiscal de l'adoption sauf dans l'hypothèse où l'adopté a été élevé au foyer de l'adoptant durant sa minorité (§ 6). La vocation successorale a alors été effacée des finalités affichées pour l'adoption même si dans les faits, la dimension patrimoniale est souvent restée l'enjeu du recours à cette institution. On signalera tout d'abord les tentatives d'utilisation de l'adoption en vue de contourner la réduction des droits successoraux de l'enfant adultérin. Ce stratagème est devenu en grande partie inutile depuis la loi du 3 décembre 2001, mais avant l'entrée en vigueur de cette

⁷ F. EUDIER, v° « Adoption », Rép. civ. Dalloz, 2012, § 3.

loi, adopter l'enfant adultérin conduisait à le faire accéder au statut d'enfant légitime. Ainsi, il ne souffrait plus de la réduction de ses droits successoraux. On peut également songer à la tentative d'utilisation de l'adoption en vue de permettre une dévolution successorale au sein d'un couple homosexuel. L'un des partenaires adopte l'autre en vue de créer un lien de parenté entre eux et de faire en sorte qu'ils ne soient plus des étrangers l'un pour l'autre (*cf. infra*).

Le caractère évolutif et difficilement saisissable de la finalité de l'adoption et de la procréation médicalement assistée peut inciter à revenir à l'essence de ces institutions pour stabiliser la définition de la finalité de ces mécanismes. Néanmoins, l'essence des institutions elle-même apparaît confuse et évolutive.

B.- Variation essentielle de finalité

La raison d'être de ces hésitations concernant la finalité de nos deux institutions tient à n'en pas douter à l'imprécision même des notions qui sont au cœur de ces institutions et qui en constituent l'essence.

Il est tout d'abord tentant d'affirmer que l'accès à la maternité / à la parenté doit demeurer l'objectif premier de l'adoption et de l'assistance médicale à la procréation. Évoquer les détournements en matière d'adoption et de procréation médicalement assistée oblige donc plus fondamentalement à aborder une problématique cruciale qui consiste à s'entendre sur la définition de la maternité et de la parenté. Faut-il penser la maternité et la parenté en terme d'établissement d'un lien de filiation comme on le fait classiquement lorsqu'on envisage les détournements d'adoption et de procréation médicalement assistée ou faut-il concevoir la maternité et la parenté en terme d'exercice de l'autorité parentale, en terme de responsabilité parentale ou en terme de transmission d'un patrimoine ? Selon le sens que l'on donne aux notions de maternité et de parenté, les détournements ne s'apprécieront pas de la même manière et n'existeront pas, le cas échéant.

La tendance actuelle semble être au délaissement de ces concepts traditionnels de maternité et de parenté au profit du développement de la notion de « parentalité » qui s'affirme progressivement dans les revendications des justiciables et parfois même dans la jurisprudence. Cette notion de « parentalité » qui repose davantage sur l'exercice de prérogatives d'autorité parentale que sur l'établissement d'un lien de filiation s'est diffusée à la faveur des revendications de couples homosexuels pour un droit à la parentalité⁸, mais également pour tenter

⁸ 1^{ère} Civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNEAU ; *Dr famille*, 2006, comm. 89, note P. MURAT ; *D.* 2006, chron. p. 876, note H. FULCHIRON ; *LPA* 2006, n° 121, p. 17, note CH. DESNOYER ; 1^{ère} Civ., 20 février 2007 (2 arrêts), n° 06-15.647 et 04-15.676, *Dr famille*, 2007, comm. 80, note P. MURAT ; *RLDC*, 2007/39, n° 2570, note M.-C. LE BOURSICOT ; *RLDC*, 2008/46, n° 2882, p. 20, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; 1^{ère} Civ., 19 déc. 2007, n° 06-21.369, *Dr famille*, 2008, comm. 28, note P. MURAT ; *AJ famille* 2008, p. 75-76, obs. F. CHENEDE ; 1^{ère} Civ., 6 févr. 2008, n° 07-

de créer un lien juridique au sein d'une famille recomposée, le cas échéant homosexuelle... faute de statut juridique du beau-parent⁹. L'adoption simple est un temps devenue « *la terre d'élection de la parentalité* »¹⁰ pour tenter de satisfaire ces revendications, mais devant la résistance de la jurisprudence, les intéressés ont dû se résigner à mobiliser la délégation-partage d'autorité parentale de l'article 337-1 du Code civil. Ce n'est cependant pas une parentalité éphémère qu'ils souhaitent, mais bel et bien une parenté. Incontestablement, l'avènement de la notion de parentalité conduit à adopter une approche renouvelée des notions de maternité et de parenté. La notion de « parentalité » – concept non juridique, mais à dimension sociologique – est sans doute en passe de devenir une notion juridique, c'est-à-dire une notion à même de produire des effets de droit.

D'autre part, en poussant un peu plus loin l'analyse, l'essence même de ces mécanismes devrait être la satisfaction de l'intérêt de l'enfant. Or, on s'interroge de plus en plus autour de ce standard juridique insaisissable. L'intérêt de l'enfant doit-il s'entendre *in abstracto* – tel qu'apprécié en amont par le législateur – ou *in concreto* – en fonction du cas d'espèce – ? Par ailleurs, un doute se manifeste de façon de plus en plus prégnante concernant l'essence de nos deux institutions : ont-elles pour préoccupation fondamentale la satisfaction de l'intérêt de l'enfant ou celle du désir d'enfant ?

Pour certains, l'enfant a été le grand oublié des lois des 1994 et de 2005 en matière d'assistance médicale à la procréation et plus généralement de bioéthique¹¹. Quelques progrès ont été esquissés avec l'article L 2141-1 al. 1 CSP, mais rien de très explicite (*référence à la sécurité de l'utilisation de la technique pour la femme et l'enfant à naître*). Les critères de recours à la procréation médicalement assistée sont essentiellement tournés vers le couple.

De même, en matière d'adoption, la démarche entreprise cherche de plus en plus fréquemment à satisfaire l'intérêt des adoptants et non, au premier chef, celui de l'adopté. De cette approche en termes de quête de la satisfaction du désir d'enfant, on dévie rapidement sur la revendication du droit à l'enfant¹² et la

12.948, *Dr. famille*, 2008, comm. 60, note P. MURAT ; confirmé plus récemment 1^{ère} Civ., 8 juillet 2010 (2 arrêts), n° 08-21.740 et n° 09-12.623, *AJ famille*, 2010, p. 394, obs. F. CHENEDE, *RTDCiv.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER.

⁹ Au jour présent, les beaux-parents ne bénéficient toujours pas d'un statut et le projet de statut du beau-parent semble actuellement en sommeil [Cf. *Rapport Sénat n° 392, Les nouvelles formes de parentalité et le droit, 2005/2006 ; Proposition de loi AN n° 585, 2007-2008 visant à aménager les conditions d'exercice de la parentalité*]. Le Rapport remis au Premier Ministre en 2009 se trouvait déjà très en retrait par rapport au projet de loi initial [Rapport *Léonetti, Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, oct. 2009 faisant suite au projet de loi Morano qui lui-même faisait suite au Rapport Versini de 2006*] et il ne semble même plus en être question aujourd'hui.

¹⁰ F. EUDIER, v° « Adoption », *Rép. civ. Dalloz*, 2012, § 392. V. DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *D.* 2011, chron. 2494.

¹¹ J.-R. BINET, v° « Présentation générale de la loi relative à la bioéthique », *J.-Cl. Civil, Articles 16 à 16-14*, 2012, § 113.

¹² X. LACROIX, « Un droit à l'enfant ? », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage, Conjugalité, Parenté*,

question de l'« *approvisionnement [insuffisant] du marché de l'adoption* »¹³. La proposition de loi tendant à réformer l'adoption adoptée en 1^{re} lecture le 1^{er} mars 2012 semble confirmer ce changement de critère de référence en ce qu'elle entend faciliter le prononcé de la déclaration d'abandon. La notion de « *désintérêt manifeste* » des parents serait remplacée par celle de « *délaissement parental* ». Notre droit positif serait ainsi modifié pour affirmer qu'« *un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont contribué par aucun acte à son éducation ou à son développement pendant la durée d'un an* ». Si l'évolution législative avancée peut apparaître comme une déviance par rapport à la finalité de l'adoption et à son essence, il ne s'agirait pourtant que d'un simple entérinement de la jurisprudence¹⁴.

Les incertitudes se cumulent... les concepts sont résolument mouvants à l'image de notre société et de ses pratiques. Si les finalités des institutions sont évolutives, les objectifs poursuivis par les justiciables sont quant à eux rarement exclusifs lorsqu'ils sont identifiés / identifiables.

II.- Le pluralisme des objectifs individuels

En cas de détournement d'institutions, deux hypothèses peuvent se présenter. Il est envisageable tout d'abord que l'objectif poursuivi soit parfaitement étranger à la finalité retenue par le législateur : dans ce cas, le détournement est évident (A). Parfois également, les objectifs des justiciables sont divers et mêlés et la caractérisation d'un détournement devient alors délicate (B).

A.- L'hypothèse des détournements ostensibles

L'hypothèse de l'objectif parfaitement étranger à la finalité institutionnelle est, il faut bien le reconnaître, rare. Par exemple, la finalité première – qui devrait être l'unique finalité – de l'adoption est que cette institution permet de « donner » une famille à un enfant et, subsidiairement, un enfant à une famille. Ainsi, assez logiquement, il ne saurait y avoir d'adoption – simple ni plénière – au sein d'un couple qu'il soit hétéro ou homosexuel¹⁵. Le refus de l'adoption au sein d'un

Parentalité, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009, p. 125-131 ; M. LEVINET, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit d'avoir un enfant ? », *ibid.*, p. 133-142.

13 J. HAUSER, *RTDCiv.*, 2006, p. 293.

14 Déjà bien avant M.-C. LE BOURSICOT, « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC*, 2010/68, p. 3747.

15 F. EUDIER, v° « Adoption », Rép. civ. Dalloz, 2012, § 271 pour l'adoption plénière (problème de l'âge maximum : 15 ans, problème de la différence d'âge requise : 15 ans – Article 344 du Code civil) ; du même auteur v° « Adoption », Rép. civ. Dalloz, 2012, § 414 pour l'adoption simple (problème de la différence d'âge requise : 15 ans... sauf juste motifs – Art. 361 du Cciv.) ; P. RAYNAUD, « Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs », *D.* 1983, chron. p. 39.

couple hétérosexuel a été clairement posé par la Cour de cassation en 2004¹⁶ et plus récemment en 2010¹⁷. La jurisprudence a également exclu – dès 1999 en ce qui concerne les juges du fond – le recours à l'adoption au sein d'un couple homosexuel¹⁸. L'adoption – simple, dans notre hypothèse – a pour objet – selon une formulation jurisprudentielle désormais bien établie – « *non pas de renforcer des liens d'affection entre deux personnes ayant des relations sexuelles, mais de consacrer un rapport filial* ». Le lien juridique de filiation ne doit pas venir suppléer un lien de couple. Ce rejet est d'autant plus aisé que le législateur propose par ailleurs des options pour établir ledit lien de couple (*mariage vraisemblablement plus largement ouvert très prochainement, pacte civil de solidarité, etc.*).

En la matière, seule une décision apparaît isolée et apporte une solution critiquable¹⁹ en ce qu'elle admet l'adoption simple au sein d'un couple, ou plus exactement d'un ex-couple, homosexuel. Dans une espèce tranchée par la Cour de cassation en 1999, la Haute cour a en effet pu affirmer que « *justifie légalement sa décision considérant qu'il n'y a ni fraude ni dol de la part de l'adoptant, alors que celui-ci avait eu par le passé des relations homosexuelles avec l'adopté, la cour d'appel qui a jugé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, qu'il n'était pas établi que l'adoption avait été sollicitée pour permettre la création de relations homosexuelles, ni même pour les favoriser ou les consacrer, et a relevé que l'adoption avait été demandée afin d'apporter à un homme de condition très modeste l'aide matérielle et sociale qu'aurait pu lui apporter un père* »²⁰. Faut-il une certitude et une actualité des relations sexuelles pour que l'adoption soit rejetée ? Nous ne le pensons pas. Il apparaît préférable de voir en cette décision un égarement jurisprudentiel.

La deuxième hypothèse d'objectif poursuivi totalement étranger à la finalité d'une institution concerne encore l'adoption et plus précisément la mobilisation de ce mécanisme d'adoption simple entre amis. Suivant un raisonnement similaire à celui qu'elle a développé pour les liens de couple, la jurisprudence a considéré que les liens d'amitié et d'affection ne devaient pas se concrétiser à travers une adoption qui établit un lien filial, un rapport de parent à enfant²¹.

16 1^{ère} Civ., 22 juin 2004, n° 02-10.136, *Dr. famille*, 2005, comm. 30, note P. MURAT ; *RJPF*, 2004-10/47, obs. T. GARE.

17 1^{ère} Civ., 26 juin 2010, n° 09-66.782, *AJ Famille*, 2010, p. 392, obs. F. CHENEDE ; *RTDCiv.*, 2010, p. 542, obs. J. HAUSER : rejet de l'adoption simple de son ex-mari en arguant du fait que l'institution de l'adoption simple n'a pas vocation à créer un lien de filiation entre deux ex-époux.

18 Versailles, 4 novembre 1999, *D.* 2000, p. 716, note T. GARE, *Dr. famille*, 2000, comm. 141, note P. MURAT ; Aix en Provence, 5 septembre 2006, *Dr. famille*, 2007, comm. 54, note A. GABRIEL, *RTDCiv.*, 2007, p. 325, obs. J. HAUSER ; 1^{ère} Civ., 6 février 2008, n° 06-20.054, *D.* 2008, *AJ* 692 ; *RTDCiv.*, 2008, p. 286, obs. J. HAUSER ; *D.* 2009, pan 53, obs. M. DOUCHY-OUUDOT ; 1^{ère} Civ., 4 mai 2011, n° 10-13.996 (même affaire que celle tranchée par la CA Aix en Provence en 2006 – tierce opposition à l'adoption possible).

19 F. EUDIER, v° « Adoption », *Rép. civ.* Dalloz, 2012, § 414.

20 1^{ère} Civ. 8 juin 1999, n° 96-18.908, *Dr. famille*, 1999, comm. 124, obs. P. MURAT, *RTDCiv.*, 1999, p. 610, obs. J. HAUSER.

21 Paris, 1^{er} février 1990, *D.* 1990, IR 43 : « *L'adoption simple n'a pas pour objet de renforcer les liens d'affection ou d'amitié entre deux personnes, mais de consacrer entre l'adoptant et l'adopté, un*

Enfin, la troisième hypothèse de dissonance entre finalité d'une institution et objectif poursuivi par les justiciables a trait à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic préimplantatoire qu'elle permet. Au diagnostic prénatal *in utero* (article L. 2131-1 CSP) s'est en effet ajouté un diagnostic préimplantatoire *in vitro* (article L. 2131-4 CSP). La dérive eugénique de ce type de pratiques qui offrent une opportunité de sélection des embryons est réelle (elle tombe sous le coup de la prohibition de l'article 16-4 al. 2 du Code civil). L'assistance médicale à la procréation s'éloigne alors de sa finalité. Or, le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 CSP est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (Art. 511-24 Cpén., et Art. L. 2162-5 CSP reprenant le texte précédent auquel il renvoie). On relèvera avec intérêt dans ce texte la référence aux fins devant être poursuivies par les procréations médicalement assistées. Effectivement, l'article L. 2141-2 CSP précise les finalités que peut/doit poursuivre la procréation médicalement assistée : « *remédier à l'infertilité d'un couple ou éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie particulièrement grave* ». Un diagnostic préimplantatoire de complaisance dans le cadre d'une PMA constitue incontestablement une dérive qui ne peut être tolérée.

B.- L'hypothèse des détournements discutables

Le plus souvent, les choses sont davantage nuancées : une institution peut avoir une finalité première et une (des) finalité(s) secondaire(s) et surtout les justiciables peuvent rechercher un objectif premier et, simultanément, un objectif second (*ce qui nous conduit à établir un rapprochement avec la jurisprudence Appietto en matière de mariage simulé*). Il est alors difficile de faire le départ entre les détournements admissibles et ceux qui ne peuvent être tolérés.

En matière de procréation médicalement assistée, la pluralité des objectifs poursuivis par les demandeurs à cette technique induit une hésitation quant à l'existence ou non d'un détournement d'institution. À titre d'illustration, on peut évoquer la question des dérives bioéthiques s'agissant de l'« enfant médicament ». À ce propos, un débat terminologique se développe, d'aucuns préférant la dénomination d'« enfant du double espoir », la première expression mettant trop ostensiblement l'accent sur l'instrumentalisation de l'enfant. La première génération d'« enfant médicament » concernait un enfant déjà vivant dont on attendait qu'il vienne en aide à son frère ou à sa sœur par don d'organe – ce qui était impossible²² – ou de tissus, cellules – ce qui était exceptionnellement

rapport de parent à enfant qui suppose un attachement paternel (ou maternel) et filial ».

²² S'agissant d'un don d'organe, le prélèvement d'organes sur une personne vivante est réglementé aux articles L. 1231-1 à -4 du CSP et la qualité de donneur d'organe y est strictement délimitée (article L. 1231-1 al. 2 CSP). Depuis la loi du 7 juillet 2011, le don d'organe à partir de donneurs vivants est élargi « à toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ». Mais pour autant, il demeure impossible de procéder au prélèvement d'un

envisageable²³ – produits pour son aîné. Les progrès de la médecine et l'évolution des mentalités ont mis à jour une nouvelle génération d'« enfant médicament »²⁴. En réalité, il s'agit du perfectionnement de la pratique précédente grâce à la sélection par un diagnostic préimplantatoire. L'enjeu est toujours de sauver un premier enfant souffrant d'une maladie grave en mettant au monde un second enfant, mais en recourant cette fois à une conception assistée en vue d'une sélection d'un embryon sain et compatible avec l'aîné. Autrement dit, cette démarche nécessite une fécondation *in vitro* ainsi qu'un double diagnostic préimplantatoire. Ledit diagnostic doit permettre d'éviter un diagnostic prénatal et une éventuelle interruption de grossesse. Il permet en outre une double sélection : une sélection pour éviter les anomalies génétiques suivie d'une sélection pour garantir l'immuno-compatibilité en vue d'une greffe HLA. Certains dénomment d'ailleurs ces enfants les « bébés du double tri ». À terme, est envisagée la réalisation d'une greffe de sang du cordon ombilical (prélèvement de cellules souches) ou d'une greffe de moelle osseuse. La difficulté provient de la conception de nombreux embryons pour une unique réimplantation²⁵.

Cette pratique de médecine prédictive déjà utilisée aux États-Unis depuis une dizaine d'années a permis la naissance en France du premier enfant-médicament officiel en janvier 2011. En juin 2012, il a effectivement permis de sauver sa sœur atteinte d'une bêta-thalassémie par greffe. Il n'existe dans cette hypothèse aucun problème d'infertilité pour les parents. Peut-être peut-on arguer de la volonté de ne pas transmettre une maladie grave à l'enfant à naître pour justifier le recours à une FIV puis à un diagnostic préimplantatoire... mais dans ce cas, seul un filtre – le premier qui permet de s'assurer de la non-transmission de la maladie génétique – se justifie (hypothèse de la trisomie). En réalité, cette pratique est admise en France depuis 2004, mais encadrée²⁶ dans la mesure où elle exige

organe sur un mineur (article L. 1231-2 CSP) sous peine d'une sanction pénale de 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende (article 511-3 al. 2 Code pénal ; article L. 1272-2 CSP).

²³ S'agissant à présent du don de tissus, cellules, produits du corps humain (+ dérivés), le prélèvement est encadré (article L. 1241-1 à -8 CSP). S'agissant plus particulièrement d'un mineur donneur, le prélèvement des cellules hématopoïétique (de moelle osseuse) n'est envisageable qu'en l'absence d'autre solution thérapeutique au bénéfice d'un frère ou d'une sœur (article L. 1241-3 al. 1 et 2 CSP). Le consentement des titulaires de l'autorité parentale est requis, un consentement qui doit être exprimé devant le président du TGI ou un magistrat désigné et qui doit être complété d'une autorisation du comité d'experts compétent (article R. 1231-5 CSP). Le non-respect des conditions prévues à l'article L. 1241-3 CSP est passible d'une sanction pénale à hauteur de 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende (article 511-5 al. 2 Code pénal ; article L. 1272-4 CSP).

²⁴ J.-R. BINET, v° « Présentation générale de la loi relative à la bioéthique », J-Cl. Civil, Art. 16 à 16-14, 2012, § 114-115.

²⁵ Les chiffres avancés par la communauté scientifique : pour une PMA classique, il faut envisager la conception d'une moyenne de 17 embryons pour une naissance alors que pour ce type de pratique, la probabilité pour que l'embryon ne soit pas porteur de la maladie qui touche son aîné est de 50%, probabilité qu'il faut combiner avec la probabilité de compatibilité avec l'aîné qui est de 25%. Ainsi, la double sélection conduit à concevoir 136 embryons pour une implantation.

²⁶ Loi de bioéthique n° 2004-800 du 6 août 2004 et son décret d'application n° 2006-1660 du 22 décembre 2006 relatif au don de gamètes et à l'assistance à la procréation et modifiant le Code de la santé publique.

une autorisation au cas par cas de l'Agence de biomédecine. Cette pratique du double diagnostic préimplantatoire consacrée à titre expérimental en 2004 a finalement été pérennisée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 (article L. 2131-4-1 CSP). Le législateur est allé sur ce point à l'encontre de l'avis du Conseil d'État et du Comité Consultatif National d'éthique qui dès 2002²⁷ avait fait part de ses réticences en stigmatisant « *le risque d'instrumentalisation de l'enfant à naître* ». Il faut effectivement reconnaître que la frontière est mince entre le fait de ne concevoir un enfant que dans l'optique d'être un donneur potentiel – ce qui ne saurait être admissible – et désirer un enfant qui par ailleurs offre un espoir de guérison à son frère ou sa sœur – ce qui est acceptable. La dérive eugénique étant possible, les réserves pouvaient sembler légitimes²⁸. Le législateur se retranche cependant derrière l'encadrement strict qu'il a élaboré. L'autorisation au cas par cas de l'Agence de Biomédecine (ABM) doit constituer un garde-fou : l'agence de biomédecine doit autoriser en amont le processus et autorisera également le double diagnostic préimplantatoire sur des cellules d'embryons conçus *in vitro* après avis de son conseil d'orientation et si la situation du couple concerné le justifie. Il convient alors de démontrer le caractère incurable de la maladie de l'aîné pouvant entraîner un décès dans les premières années de la vie ainsi que la possibilité d'amélioration décisive de l'état de santé de l'enfant malade. Un consentement écrit et réitéré est également exigé du couple demandeur. Cette technique est en outre présentée comme subsidiaire (les possibilités offertes aux articles L. 1241-1 à 1241-7 CSP ayant été épuisées).

Derrière le détournement d'institution se cache en vérité une atteinte à une valeur plus importante. Ce sont ces valeurs qui sont exprimées négativement à travers des interdits fondamentaux – tels que la prohibition des conventions de mères porteuses, la prohibition de l'eugénisme, la prohibition des unions homosexuelles, etc. – que l'on souhaite protéger en sanctionnant les détournements de l'adoption et des procréations médicalement assistées²⁹. Le détournement peut soit renfermer en lui-même la pratique prohibée et donc l'atteinte à la valeur sociale que l'on souhaite préserver, soit s'inscrire dans son prolongement (on songe, à titre d'illustration à une convention de mère porteuse suivie d'une adoption... ce détournement de l'institution de l'adoption étant censuré par la Cour de cassation)³⁰.

²⁷ Avis réitéré en 2009 : l'espoir de guérison doit être une motivation seconde par rapport au désir d'enfant.

²⁸ C. LABRUSSE-RIOU, « L'embryon humain-médicament ou le dépassement de toute norme », in I. MOINE (dir.), *Le médicament et la personne, aspects de droit international*, Paris, LexisNexis Litec, 2007, vol. 28, p. 453-460.

²⁹ J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain comme valeur pénalement protégée », in *Mélanges Boze*, 1999, Economica, p. 339 s.

³⁰ Ass. pl. 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D.* 1991, jur. p. 417, note D. THOUVENIN ; Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, n° 01-03.927, *D.* 2004, jur. p. 1998, note E. POISSON-DROCOURT, *RTDCiv.*, 2004, p. 75, obs. J. HAUSER.

La caractérisation des détournements d'adoptions et de procréations médicalement assistées permettant d'identifier les comportements déviants est donc – en soi – un réel défi. L'enjeu est d'autant plus déterminant que ledit détournement pourra conduire au déclenchement d'un certain nombre de responsabilités.

En effet, lorsque l'on entreprend de réfléchir aux solutions pouvant être apportées, il apparaît rapidement que la prévention des détournements ne suffira pas. Il semble impossible de dissuader tous les détournements même en clarifiant la finalité des institutions, ce qui impose une réaction de notre droit. Pour parvenir à contenir les détournements d'institutions qu'on ne peut prévenir intégralement, deux attitudes aux antipodes sont concevables, toutes deux ont été expérimentées par le législateur français. Ce dernier peut choisir de légiférer, autrement dit se résigner à faire évoluer la législation dans le sens attendu par les justiciables pour rendre inutiles à l'avenir les détournements d'institutions (*exemple du projet de loi adopté en Conseil des ministres le 7 novembre dernier et prônant une ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels*), mais il peut également organiser la résistance, réprimer et tenter un assaut final (responsabilités du professionnel de santé et des intéressés³¹).

Dans les deux hypothèses, qu'il y ait capitulation du droit ou assaut final, cela n'exclut pas une éventuelle contre-attaque des intéressés. Ainsi, le maintien de l'interdiction du recours à la procréation médicalement assistée pour les homosexuels aura pour conséquence que les pratiques de conventions de mère porteuse en France et à l'étranger se poursuivront. Ceci nous permet de faire la transition avec la contribution qui va suivre.

Au terme de cet exposé, une évidence s'impose. Il apparaît fondamental d'aborder toutes ces dérives avec beaucoup d'humilité et de se poser régulièrement la question : que ferions-nous dans la même situation ?

³¹ A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation. Enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP*, 1997, I, 4055 ; A. PROTHAIS, « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP*, 1999, I, 129 ; A. PROTHAIS, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, *RSCrim.*, 2000, p. 39.

Le droit de la maternité, un droit malmené. Détournements de législation¹

Élise RALSER

Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de La Réunion

Résumé :

Les biotechnologies, notamment en matière d'assistance médicale à la procréation, conduisent ceux, dont le désir d'enfant reste inassouvi, de penser qu'il existe désormais un droit « à » la parenté. Si ce désir ne peut être satisfait dans son pays d'origine, on traverse les frontières pour le réaliser à l'étranger, le droit étant ensuite censé rejoindre le fait. Ces détournements de législations sont contraires au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et, comme le droit de la filiation repose essentiellement sur le lien maternel, c'est tout le droit « de » la maternité qui se retrouve ainsi malmené.

Summary :

Biotechnology and medically assisted procreation now enable prospective parents to believe there is a right "to" parenthood. People now cross borders to fulfill their desire ; law then has to adapt to facts.

These perversions of law are contrary to the principle of the inalienability of the human body, thus battering the first-generation right of maternity since parentage mostly relies on the maternal bond.

Lorsque j'entrepris mes études de droit et que je me trouvais encore en première année, sur les bancs de la Faculté, j'étais souvent à côté d'une étudiante, très drôle, qui aimait raconter des blagues pendant les pauses. Une fois, elle me demanda si j'aimais les histoires belges ; mais qui ne les aime pas ?

- « Eh bien voilà ! c'est l'histoire d'une femme belge, enceinte jusqu'au cou, mais, sur le point d'accoucher, elle est envahie d'un énorme doute ce qui la rend très, très inquiète. Et tu sais pourquoi ? »
- Elle ne sait plus combien elle attend de bébés ? Elle ne sait qui est le père ?

¹ Le style oral de la contribution a été conservé.