

# Le secret des origines biologiques dans les procréations assistées faisant appel à un tiers : un dispositif à questionner

Gilles GENICOT

*Maître de conférences à l'Université de Liège  
Avocat au barreau de Liège*

Cette contribution a pour ambition, sans prétendre épuiser un sujet plus complexe qu'il y paraît de prime abord, de soulever certaines interrogations relatives à l'anonymat du donneur de gamètes (ou d'embryons) et de rompre une lance en faveur à tout le moins d'une possibilité de levée du secret des origines génétiques des enfants nés d'un tel don. Son propos procède d'un constat et d'une conviction.

**Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui : un paradoxe.** Dans le domaine des procréations assistées, l'enjeu juridique et éthique actuel porte assurément sur une éventuelle légalisation future, doublée d'un encadrement soigneux, de la *gestation pour autrui* (ci-après, « GPA »), évolution que nous appelons de nos vœux. Ce thème, à n'en pas douter difficile, fait ici l'objet d'autres contributions<sup>1</sup> et fut récemment défriché de manière très complète dans un ouvrage de référence auquel nous renvoyons<sup>2</sup>. Les références sont pour le surplus abondantes à propos de la GPA ou « maternité de substitution »<sup>3</sup>; on se permettra de citer les principales, en Belgique<sup>4</sup>, et quelques-unes

<sup>1</sup> Nous renvoyons, dans le présent ouvrage, à la contribution de N. MASSAGER.

<sup>2</sup> G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Bruxelles, Bruylant, 2013. Voy., pour le dernier état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question complexe, au-delà des péripéties françaises, l'arrêt de grande chambre *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017, commenté not. par J.-P. MARGUÉNAUD, *RTDciv.*, 2017, p. 335; comp. F. CHÉNÉDÉ, « Petite leçon de "réalisme juridique". À propos de l'affaire *Paradiso et Campanelli contre Italie* », *D.*, 2017, p. 663.

<sup>3</sup> Voy. les réf. citées in G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 716-717.

<sup>4</sup> N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, coll. Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'ULB, Limal, Anthemis, 2013, pp. 128-172; E. GULDIX, « Draagmoederschap », in T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (ed.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, vol. II, pp. 126-159; G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014, pp. 357-395; L. PLYM, *Een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap*, Malines, Kluwer, 2015 (du même auteur, *Draagmoederschap*, coll. Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht, Bruxelles, Larcier, 2014); L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme (note sous l'arrêt de la Cour eur. D.H. *Menesson c. France* du

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET GESTATION POUR AUTRUI

récentes, en France<sup>5</sup>, sans oublier les très instructives perspectives de droit comparé<sup>6</sup>, car la réflexion à ce sujet nous semble d'une importance cruciale, singulièrement quant aux aspects abordés ici. En toute logique et par un élémentaire souci de cohérence, cet éventuel dispositif légal futur relatif à la GPA se devrait d'être étroitement calqué sur celui régissant, depuis la loi du 6 juillet 2007, les autres formes de procréation assistée susceptibles de faire appel à un tiers. Or ce dispositif comporte – c'est même l'un de ses « éléments structurants », qualification commode afin de ne pas trop devoir y réfléchir – le dogme du secret « contraint » qui entoure la conception de l'enfant. Par contraste, dans le cadre d'une GPA, le « secret des origines » (biologiques, voire génétiques) ne saurait par définition être prévu, exigé, garanti ou assuré, quelles que soient les modalités concrètes et précises de la régulation envisagée<sup>7</sup>.

Dans le cadre d'un encadrement légal de la GPA, il serait « inconcevable de ne pas opter pour une réglementation minimale sur la question de l'accès de l'enfant à ses origines » : « l'instauration d'un système qui permettrait la complète négation de la participation de la femme qui a porté l'enfant durant neuf mois, voire qui a également fourni ses ovocytes, permet sans doute de servir

26 juin 2014) », *R.C.J.B.*, 2015, p. 32; G. VERSCHULDEN, « Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België », *T.P.R.*, 2011, p. 1421.

- <sup>5</sup> A. CHAIGNEAU, « Pour un droit du lien: le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé », *RTD civ.*, 2016, p. 263; I. CORPART, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. Entre droit français et réalités étrangères », *Dr. Fam.*, 2015, n° 11, étude 14; V. DEPAOT, « La gestation pour autrui entre évolution et circonvolutions », in C. BYK et C. MARLIAC (dir.), *20 ans de lois de bioéthique*, coll. Droit et Société, Paris, MA éditions, 2016, p. 183; H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts *Labassée* et *Mennesson* de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.*, 2014, p. 1773; J. HAUSER, « La gestation pour autrui: aspects juridiques et éthiques », in P. MUZNY (dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2010, p. 85; S. LE GAC-PECH, « Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse », *AJ Fam.*, 2016, p. 486; et les six contributions rassemblées sous le titre « La maternité pour autrui ouverte à tous les couples? », in A. MARAIS (dir.), *La procréation pour tous?*, coll. Thèmes & commentaires, Paris, Dalloz, 2015, pp. 99-215. Comp. M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013; A. MARAIS, « La maternité pour autrui et le genre », in A.-F. ZATTARA-GROS (dir.), *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013, p. 151.
- <sup>6</sup> F. MONÉGER (dir.), *Gestation pour autrui – Surrogate Motherhood*, Actes du congrès 2010 de l'Académie internationale de droit comparé, Société de législation comparée, 2011; E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, « La maternité de substitution », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 169.
- <sup>7</sup> Sur l'existence et l'opportunité de liens entre la mère porteuse et les parents d'intention puis l'enfant, à divers titres, dans les propositions de loi à l'étude en Belgique, voy., dans l'ouvrage précité *La gestation pour autrui: vers un encadrement?* (Bruxelles, Bruylant, 2013), M.-N. DERÈSE, « L'accès à la gestation pour autrui », pp. 320-321; G. SCHAMPS et G. WILLEMS, « La convention de gestation pour autrui entre autonomie de la volonté, ordre public et droits fondamentaux: quelles garanties formelles et substantielles? », pp. 353-355 et 364-365; et surtout J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui: quelle filiation? quels liens avec la mère porteuse? », spéc. pp. 383-389 (« contrairement à la philosophie de la loi sur la procréation médicalement assistée du 6 juillet 2007 [...], les propositions de loi à l'examen ne prévoient pas l'anonymat de la mère porteuse à l'égard des parents d'intention. Les parties sont en effet, par la force des choses, amenées à se rencontrer et à signer une convention », p. 383).

l'intérêt des parents d'intention, à tout le moins dans l'immédiat, mais ne servira que difficilement l'intérêt de l'enfant qui a, rappelons-le, un intérêt à pouvoir accéder à ses origines et aux racines de son histoire, dont cette gestation fait aussi partie qu'on le veuille ou non<sup>8</sup>. Or, si l'on devait prévoir la possibilité pour l'enfant, à partir d'un certain âge, d'obtenir des informations sur la mère porteuse, il s'en déduirait *une différence de traitement manifeste, et difficilement justifiable*, entre l'enfant né d'une GPA et celui né à la suite d'un don de gamètes ou d'embryon, lequel n'a, dans l'état actuel des textes et des pratiques, *aucun droit d'accès à quelque information que ce soit* à propos du ou des donneurs (voy. ci-après). Comme l'observent pertinemment Jehanne Sosson et Géraldine Mathieu, cette différence de traitement serait encore moins compréhensible s'il devait être exigé que la mère porteuse soit uniquement gestatrice et non génitrice : « si l'on présuppose qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il puisse obtenir à partir d'un certain âge des informations de nature médicale et psychologique relatives à la mère porteuse et son compagnon, avec lesquels il ne partage aucun lien génétique, on comprend mal sur quelle base l'accès aux mêmes informations relativement à son donneur de gamètes pourrait lui être refusé<sup>9</sup>. D'aucuns se demandent d'ailleurs « dans quelle mesure la prohibition de la GPA n'est pas liée à cette difficulté de l'aménager dans l'anonymat<sup>10</sup> ».

Il y a donc là, à tout le moins, un paradoxe qu'il importe d'affronter et de résoudre. Cet exercice nous paraît impliquer un questionnement du dogme du secret, et une remise en cause de sa justification et de sa pertinence. Tel est le constat.

**Procréation et engendrement.** Ces questions, comme telles – autrement dit détachées des règles de filiation, qu'en somme elles ne concernent pas<sup>11</sup>, et abordées à l'aune du droit fondamental de l'enfant, généralement devenu adulte, de pouvoir simplement *connaître* ses origines –, sont relativement peu explorées par la doctrine belge<sup>12</sup>. Une mention particulière doit être faite aux

<sup>8</sup> J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? quels liens avec la mère porteuse ? », *op. cit.*, p. 405 ; voy. égal. L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 59-60.

<sup>9</sup> J. SOSSON et G. MATHIEU, « L'enfant né d'une gestation pour autrui : quelle filiation ? quels liens avec la mère porteuse ? », *op. cit.*, p. 387.

<sup>10</sup> F. CAILLEAU, « L'impasse du genre dans les procréations médicalement assistées », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, et Paris, LGDJ, 2012, p. 199, et la réf. aux travaux du sociologue G. Neyrand.

<sup>11</sup> « Le questionnement identitaire (sur ses origines) ne s'épuise plus aujourd'hui dans l'établissement de liens de filiation : l'accès aux origines biologiques est valorisé en tant que tel, indépendamment de toute reconnaissance d'un lien légal de filiation » (L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », *op. cit.*, pp. 55-59, ici p. 55) ; N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 523-524.

<sup>12</sup> Voy. not., toutefois, N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *op. cit.*, pp. 523-536 ; G. PENNING, « De anonimiteit van de gametendonor », in S. TACK et

excellents travaux de notre collègue Géraldine Mathieu, qui milite pour que la loi et les mentalités évoluent vers davantage de transparence, au départ du constat que la connaissance de ses origines joue un rôle considérable dans la construction de l'identité et le développement de la personnalité, et que le maintien de secrets à cet égard est de nature à générer de réelles souffrances psychologiques et à porter une atteinte fondamentale à l'estime de soi<sup>13</sup>. Par contraste, on relève, en France, de nombreuses réflexions et analyses sur ce point<sup>14</sup>, lesquelles se déploient souvent à propos du dispositif, éminemment critiquable et insuffisamment évolutif, autorisant et encadrant «l'accouchement sous X»<sup>15</sup>. Nous avons pour partie puisé notre inspiration dans ces travaux, qui soit défendent l'anonymat et le «dogme du secret»<sup>16</sup>, soit majoritairement les remettent en cause, à l'aune en particulier du droit fondamental de l'enfant d'accéder aux détails de son histoire personnelle et de son identité<sup>17</sup>.

G. VERSCHULDEN (ed.), *Medisch begeleide voortplanting in juridisch en ethisch perspectief*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 193 (argumentaire opposé à la levée de l'anonymat, voy. surtout pp. 204 et s., qui renvoie à une abondante littérature anglo-saxonne); L. PLUYM, «Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België», *T.J.K.*, 2012/1, p. 5 (favorable à la levée de l'anonymat); F. RIGAUD, «Le droit de connaître ses origines», in F. KRENC et M. PUÉCHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit & Justice, Bruxelles, Bruylant et Nemesi, 2008, n° 78, p. 105; V. VANDERHULST, «Medisch begeleide voortplanting», in T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (ed.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, vol. II, pp. 114-121, nos 276-294.

<sup>13</sup> G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014; pour un résumé de cette thèse très pertinente, G. MATHIEU, «Le droit de connaître ses origines: un droit fondamental», [http://www.childrights.org/documents/actualites/editions/droit-origines\\_gm.pdf](http://www.childrights.org/documents/actualites/editions/droit-origines_gm.pdf). Du même auteur, voy. «La place du donneur d'engendrement», in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 135 (étude approfondie de droit comparé).

<sup>14</sup> Voy. les réf. citées in G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., pp. 846-847.

<sup>15</sup> Voy. not. à cet égard, outre l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 4 du 12 janvier 1998 concernant la problématique des accouchements anonymes (<https://www.health.belgium.be/fr/liste-des-avis>), V. BONNET, «L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme», *R.T.D.H.*, 2004, p. 405; V. BONNET, «L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme: une histoire sans fin?», *R.T.D.H.*, 2014, p. 153; S. MICHAUX, «L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant», *Rev. trim. dr. fam.*, 2005/2, p. 321; C. VANDER LINDEN, «Le droit à l'oubli et l'accouchement "sous X"», *R.I.E.J.*, 2000, p. 127; G. VERSCHULDEN, «De discrete bevalling: onaanvaardbare ontwijking van ouderlijke verantwoordelijkheid», *T. Fam.*, 2009, p. 81.

<sup>16</sup> Voire remettent en cause la légitimité même du don d'engendrement, de la part d'un auteur dont on s'attend à peu près à tout: A. MIRKOVIC, «Repenser le don de gamètes», in *Droit et bioéthique. Mélanges en l'honneur de Jean Michaud*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2012, p. 285, et in A. MIRKOVIC (dir.), *Le don de gamètes*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 7. Mieux encore, du même auteur, «Le préjudice résultant pour l'enfant du don de gamètes», in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 597.

<sup>17</sup> Voy. not. M. BOURGUIGNON, «Le principe d'anonymat du donneur de gamètes: vérité biologique contre vérité juridique», *Jurisdoctoria*, 2014, n° 11, [www.jurisdoctoria.net/pdf/numero11/aut11\\_bourguignon.pdf](http://www.jurisdoctoria.net/pdf/numero11/aut11_bourguignon.pdf); L. BRUNET, «Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité», *Andrologie*, 2010, n° 20, p. 92, et in R. MIEUSSET et P. JOUANNET (éd.), *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïdes avec ou*

La conviction que nous évoquons provient des travaux de la sociologue Irène Théry, laquelle a beaucoup écrit sur le sujet<sup>18</sup>, et de la justesse de son analyse lorsqu'elle évoque le « donneur d'engendrement » et non un simple pourvoyeur de matériel biologique. Reprenons ses propos de clôture du très instructif ouvrage *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* :

« Si, dans le couple receveur, les deux engendrent alors que l'un procréé et l'autre pas, qu'en est-il du rôle du donneur ? Celui-ci, à n'en pas douter, procréé l'enfant. Contrairement au déni qui renvoie dans l'inanité sa personne pour ne conserver que du « matériau interchangeable de reproduction », il est bien l'individu singulier qui permet, par sa coopération à une procréation singulière, que la vie soit transmise et qu'un nouveau petit être humain puisse naître. Dénier que le donneur soit le géniteur de l'enfant est absurde. L'enfant lui doit la vie, tout autant qu'il la doit à sa mère. L'homme qui fait un don de sperme sait pertinemment que ce don va servir à procréer un enfant, comme c'est aussi le cas dans les A.M.P. intraconjugales. Il fait donc un don *en sachant ce qu'il fait* : permettre à un enfant de naître, un enfant unique, singulier, qui sans sa propre participation à une procréation et sans son rôle de « passeur d'hérédité » ne serait pas ce qu'il est [...]. Mais le donneur sait aussi que le sens de cette procréation consentie par avance est de permettre à *d'autres* de devenir parents. Au sens de la filiation, il ne fait aucun doute que le statut de donneur est exclusif de toute idée de parenté, puisque par définition ce sont les receveurs qui deviennent parents. Donneur et parent, les deux notions sont logiquement incompatibles. C'est pourquoi, ceux qui s'imaginent que les enfants qui demandent à connaître l'identité de leur donneur cherchent un « père » se trompent du tout au tout. Ils n'ont pas saisi la logique profonde de l'engendrement avec tiers donneur. En vérité, cette procréation consentie par avance va encore au-delà : elle est ce qui permet à d'autres non seulement de devenir parents par la filiation, mais aussi d'engendrer un enfant. Le choix d'engendrer n'appartient pas au donneur, il n'est que celui qui le rend possible pour autrui [...]. En faisant don de sa capacité procréative, il renonce par là même à engendrer les enfants qui en naîtront. Ce qu'il fait est en réalité un don incomparable à tout autre don, et a fortiori incomparable à un simple don d'« élément du corps humain » : un don d'engendrement »<sup>19</sup>.

*sans anonymat ?*, Berlin, Springer-Verlag, 2010, p. 235; V. DEPADT-SEBAG, « Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, p. 891; V. DEPADT-SEBAG, « La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur : un secret d'ordre public », *D.*, 2010, p. 330; F. MILLET, « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *D.*, 2012, p. 1975.

<sup>18</sup> Voy. not. I. THÉRY, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique" ? », *Esprit*, mai 2009, et *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013, en ligne, <http://revdh.revues.org/193>; I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, éd. de l'EHESS, 2010; I. THÉRY, « Anonymat des dons d'engendrement : le grand malentendu du débat français », *Andrologie*, 2010, n° 20, p. 110; I. THÉRY, « Pouvoir lever l'anonymat des dons de gamètes : un enjeu, non de transparence, mais d'humanité commune », in R. FRYDMAN et M. FLIS-TRÈVES (éd.), *Tout dire ? Transparence ou secret*, Paris, PUF, 2012, p. 59. Adde I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014.

<sup>19</sup> I. THÉRY, « Engendrement et filiation au temps du démariage », in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, op. cit., pp. 353-354; du même auteur,

Et l'auteur de conclure « que la revendication de levée de l'anonymat des dons (entendue comme la possibilité, pour l'enfant qui le souhaite, d'accéder à sa majorité à l'identité de son donneur) *participe des causes les plus fondamentales des droits de l'homme* »<sup>20</sup>. Mais ceci suppose de distinguer filiation et procréation, procréation et engendrement ; ne pas le reconnaître mène à des impasses<sup>21</sup>.

Après avoir brossé le paysage dans lequel émerge, de façon de plus en plus aiguë, ce questionnement (chap. 1), nous pourrions examiner brièvement les arguments en présence et esquisser des pistes d'évolution souhaitables (chap. 2).

## Chapitre 1

### Le constat : une remise en cause du dogme de l'anonymat

#### **Retour sur les dispositions légales qui suscitent ce questionnement.**

Elles sont contenues dans la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes<sup>22</sup>. En vertu de son article 22, alinéa 2, *le don d'embryons surnuméraires est anonyme*, le donneur d'embryon étant au demeurant défini par l'article 2 comme une « personne cédant par convention à titre gratuit, conclue avec un centre de fécondation *in vitro*, des embryons surnuméraires, afin qu'ils puissent être utilisés *anonymement* au cours d'une procréation médicalement assistée chez des receveurs d'embryons, sans qu'aucun lien de filiation ne puisse être établi entre l'enfant à naître et le donneur ». L'article 28, alinéa 1<sup>er</sup>, ajoute que, lorsque des embryons surnuméraires sont affectés à un programme de don d'embryons, le centre de fécondation consulté doit garantir l'anonymat des donneurs en rendant *inaccessible* toute donnée permettant leur identification (il en va de même de l'identification du donneur en cas de don de gamètes, selon l'article 57, alinéa 1<sup>er</sup>).

« L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique" ? », *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013, en ligne, <http://revdh.revues.org/193>, spéc. pp. 7-8 et 10-12.

<sup>20</sup> I. THÉRY, « Engendrement et filiation au temps du démariage », *op. cit.*, p. 354 ; mise en évidence ajoutée.

<sup>21</sup> Que ne masque pas le brio de la démonstration : C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in *Écrits de bioéthique*, coll. Quadrige Essais Débats, Paris, PUF, 2007, p. 196 (originellement in A. SÉRIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI<sup>e</sup> siècle*, P.U. Aix-Marseille, 1996, p. 81).

<sup>22</sup> Sur laquelle, voy. not. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 704-731 ; V. VANDERHULST, « Medisch begeleide voortplanting », *op. cit.*, pp. 31-125 ; M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008/2, p. 279 ; H. NYS et T. WUYTS, *De Wet betreffende de medisch begeleide voortplanting. Commentaar op de Wet van 6 juli 2007*, Anvers, Intersentia, 2007.

Il faut observer que le principe d'anonymat du don et, partant, l'interdiction des « dons dirigés » ne vise que les embryons *surnuméraires*, que la loi définit (art. 2) comme l'« embryon qui a été constitué dans le cadre de la procréation médicalement assistée mais qui n'a pas été implanté chez la femme ». Il s'en déduit que la pratique, au sein d'un couple lesbien, de la ROPA (*reception of oocytes from partner*) peut être considérée comme licite. Il s'agit de féconder *in vitro* l'ovocyte de l'une des partenaires à l'aide du sperme d'un donneur, puis de transférer l'embryon chez l'autre partenaire. Il ne s'agit pas d'un don d'ovocyte à cette dernière, si l'on considère que la femme dont l'ovocyte émane utilise celui-ci afin de réaliser *son propre désir d'enfant*, et si l'on qualifie le couple lesbien « comme une entité »<sup>23</sup>. Il ne s'agit pas non plus d'un don d'embryon, lequel vise le don à un couple receveur *tiers* d'embryons qui ne sont *plus investis d'un projet parental*. Licite, la pratique apparaît également éthique, au regard de la double question de savoir s'il est admissible que la partenaire chez qui l'embryon sera transféré recoure à l'ovocyte de l'autre partenaire alors qu'elle dispose elle-même, par hypothèse, d'ovocytes de bonne qualité et si, par voie de conséquence, une fécondation *in vitro* peut être réalisée en pareil contexte alors qu'une insémination avec donneur serait envisageable. Après avoir énuméré les « principales motivations psychologiques » dont font état les couples lesbiens<sup>24</sup>, tous les membres du Comité consultatif de Bioéthique acceptent la ROPA d'un point de vue éthique<sup>25</sup>; tout au plus certains considèrent-ils qu'il appartient au couple lesbien de décider lui-même d'y recourir, librement mais après une information approfondie sur les avantages et inconvénients de la FIV, tandis que d'autres estiment qu'une priorité doit être donnée à l'insémination avec donneur de la partenaire qui conduira la grossesse, et que la ROPA ne peut intervenir qu'en seconde intention, si l'ID n'aboutit pas (vu le coût supérieur de la FIV).

Si, donc, le don d'embryon surnuméraire doit toujours être anonyme, tel n'est pas forcément le cas du don de gamètes – ce qui peut d'emblée passer pour un hiatus dans un dispositif qui ne saurait de ce fait avoir valeur de « principe absolu ». L'article 57, alinéa 1<sup>er</sup>, précité prévoit que « le don non anonyme résultant d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs est autorisé ». En conséquence et ainsi que cela fut relevé au cours des débats parlementaires, les candidats parents peuvent parfaitement solliciter un couple de proches afin d'obtenir respectivement ovocytes et spermatozoïdes en vue de créer un

<sup>23</sup> Pour reprendre les termes du Comité consultatif de Bioéthique dans son avis n° 67 du 12 septembre 2016 relatif à la réception d'ovocytes issus de la partenaire au sein d'un couple lesbien en vue d'une fécondation *in vitro* (<https://www.health.belgium.be/fr/liste-des-avis>), p. 3.

<sup>24</sup> Soit le « souhait de renforcer la relation avec leur partenaire, accroître l'égalité entre les partenaires, créer un lien biologique partagé avec l'enfant et vouloir porter l'enfant de la personne qu'elles aiment » (avis n° 67 précité, p. 4).

<sup>25</sup> Tout en précisant (p. 5) « que la décision de donner suite ou pas à la demande des couples lesbiens dépend du degré de compréhension des motivations médicales, psychologiques ou socio-familiales du transfert d'ovocytes ».

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET GESTATION POUR AUTRUI

embryon qui sera transféré chez la mère, mais ils ne pourraient pas recevoir directement un embryon surnuméraire de ce couple<sup>26</sup>; voilà qui est tout de même un paradoxe quelque peu surprenant, même si l'hypothèse est probablement vouée à demeurer (très) marginale<sup>27</sup>. Cela ne change au demeurant rien à la situation de l'enfant: l'anonymat n'est alors levé qu'entre donneur ou donneuse et receveur(s), et l'enfant est pour sa part soumis au bon vouloir de ses parents pour obtenir à ce sujet quelque information que ce soit<sup>28</sup>.

L'anonymat résultant de l'utilisation de gamètes ou d'embryons provenant d'un tiers au cours d'une procréation médicalement assistée (ci-après, «PMA») est ainsi *par principe garanti*, et ce par un dispositif normatif qui fait l'objet de sanctions pénales<sup>29</sup>. Pour autant, peut-on appréhender de la même manière gamètes et embryons, et gamètes masculins et féminins? Il va de soi que, si l'anonymat du don de sperme peut aisément être envisagé – et est en général revendiqué par les donneurs –, cela est beaucoup plus théorique s'agissant du don d'ovocytes: stimulation et ponction constituent un traitement pénible et de surcroît non dépourvu de risques, de sorte qu'il est parfaitement compréhensible qu'une femme ne s'y plie que parce qu'elle souhaite venir en aide à l'une de ses proches (sœur ou amie)<sup>30</sup>. Par ailleurs, il tombe sous le sens qu'embryons et gamètes n'ont pas le même poids symbolique – ni d'ailleurs, sans doute, ovocytes et spermatozoïdes –, les premiers se voyant, très logiquement, davantage investis par leurs auteurs que les seconds. Il paraît cependant hardi de

<sup>26</sup> Par conséquent et à tout le moins en théorie, *un seul embryon* pourra être ainsi conçu et transféré, ce qui ne correspond évidemment pas à la pratique: une ponction ovocytaire permet presque toujours de concevoir plusieurs embryons qui ne sont pas tous transférés d'emblée, ceux qui restent étant congelés. Mais dans le cas de figure ici évoqué, si le premier transfert n'aboutit pas et s'il faut recourir aux embryons restants, on pourrait considérer que l'on a désormais affaire à un don d'embryon non anonyme et, partant, prohibé... ce qui accroît le paradoxe du dispositif.

<sup>27</sup> L'accord peut être conclu entre le donneur «et le ou les receveurs», dit le texte. On peut raisonnablement déduire de l'évocation d'une pluralité de receveurs (*i.e.* un couple) qu'il est loisible à une donneuse d'ovocytes de donner ceux-ci indistinctement aux deux membres d'un couple lesbien receveur, avec cette conséquence que les embryons que ces ovocytes permettront d'obtenir avec le sperme d'un donneur pourront être transférés soit chez l'une, soit chez l'autre partenaire (et donc, le cas échéant, chez l'une puis chez l'autre). L'hypothèse est encore plus particulière, mais elle ne nous semble pas proscrite par la loi du 6 juillet 2007. La situation relèvera donc de l'appréciation éthique du centre de PMA.

<sup>28</sup> G. MATHIEU, «La place du donneur d'engendrement», *op. cit.*, pp. 146-148.

<sup>29</sup> Toute personne, travaillant pour ou dans un centre de fécondation, qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations permettant d'identifier des donneurs de gamètes ou d'embryons surnuméraires est tenue au secret professionnel et est passible de sanctions conformément à l'article 458 du Code pénal (art. 28, al. 2, et 57, al. 2, de la loi du 6 juillet 2007). Symétriquement, aux termes de l'article 70 de ladite loi, toute personne travaillant pour ou dans un centre de fécondation ou de génétique humaine qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations personnelles afférentes à l'auteur ou aux auteurs du projet parental est tenue au secret professionnel et est passible de sanctions conformément à l'article 458 du Code pénal. Mais l'évidente soumission des acteurs impliqués à la règle fondamentale du secret professionnel n'a rien à voir avec le *principe même* de l'anonymat et du secret.

<sup>30</sup> Également en ce sens, G. PENNING, «De anonimiteit van de gametendonor», *op. cit.*, p. 199.

déduire, en soi, quoi que ce soit de ce constat quant à la question, depuis longtemps controversée et réglementée différemment selon les pays, de l'anonymat du don.

Un constat demeure : en Belgique comme en France – ce qui explique les fréquentes références aux analyses françaises dans la présente contribution –, toute levée de l'anonymat du donneur de gamètes est interdite, ce qui confine ces deux pays, au regard des autres systèmes juridiques européens, dans un « étonnant [...] isolement »<sup>31</sup>.

**Travaux parlementaires.** Cette question fut, sans surprise, amplement abordée au cours des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 6 juillet 2007<sup>32</sup>, en particulier sous l'angle de la création, prônée par certains, d'un système « à deux voies » – dons anonymes ou non, au choix des donneurs et des auteurs du projet parental –, lequel ne fut, comme l'on sait, pas retenu<sup>33</sup>. Les développements de la proposition de loi indiquent sur ce point qu'il convient de « garantir au mieux l'anonymat des donneurs » et « de couper définitivement *tout lien* entre l'embryon et ses concepteurs génétiques, ce qui est déjà prévu au travers de l'anonymat de ce don »<sup>34</sup>. Il fut indiqué, au cours des travaux parlementaires, que « le centre ne pourra communiquer aucune donnée, même si l'enfant le demande. Mais les parents et le donneur, eux, peuvent le faire s'ils le souhaitent »<sup>35</sup>. L'expérience des pays qui prévoient une possibilité d'accès de l'enfant à l'identité du donneur après sa majorité, sans établissement d'un lien de filiation, et dans lesquels on a constaté, en réaction, une diminution du nombre de donneurs de sperme, paraît avoir eu un poids prépondérant dans la réflexion et a conduit les sénateurs à faire « œuvre de prudence »<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », *op. cit.*, p. 56. Pour d'instructives réflexions et études de droit comparé sur ce point, voy. l'ouvrage de référence B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, coll. Droit, éthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; adde G. MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », *op. cit.*, pp. 150 et s.

<sup>32</sup> Voy. G. SCHAMPS et M.-N. DERÈSE, « L'anonymat et la procréation assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007 », in B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, pp. 125 et s., spéc. pp. 143 et s.

<sup>33</sup> Un tel système, sur lequel nous reviendrons plus loin, soulève d'emblée la question cruciale d'une différence de traitement entre les enfants qui, plus tard, auront la possibilité d'accéder à leurs origines biologiques et ceux qui ne l'auront pas, selon le choix posé initialement par leurs parents – lesquels endosseraient de ce fait une responsabilité morale « anticipée » vis-à-vis de leur progéniture et seraient contraints d'effectuer à l'entame du processus un choix extrêmement difficile, sans pouvoir par définition en déceler les enjeux et les implications, puisqu'ils ignorent comment leur enfant réagira à l'avenir. Cela n'est guère acceptable.

<sup>34</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-1440/1, pp. 12-13 (mise en évidence ajoutée).

<sup>35</sup> Justification à l'amendement n° 96, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-1440/6, p. 5 (mise en évidence ajoutée).

<sup>36</sup> Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales par M. Cornil et Mme De Schamphelaere, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-1440/9, p. 61 ; voy. égal. les pp. 21-24 pour une discussion générale à ce propos, et les pp. 15-24 du Rapport fait à la Chambre le 9 mars 2007 (*Doc. parl.*, Ch., n° 51-2567/004).

À cet égard, la confusion réapparaît entre procréation et filiation, origines et parenté: l'hypothèse selon laquelle «l'établissement de la filiation génétique pourrait être à l'origine de nombreux différends juridiques», et la crainte de «nombreux problèmes émotionnels» déduits de ce que le donneur n'entend – bien entendu – pas assumer une quelconque responsabilité éducative<sup>37</sup>, sont dépourvues de tout fondement. Il s'agirait simplement de faire en sorte que l'enfant puisse un jour *apprendre de qui il est issu*, et absolument pas d'ouvrir la porte à quelque prétention juridique que ce soit, dans un sens ou dans l'autre. Nous sommes dans l'ordre de l'humain, non dans celui des droits subjectifs; la confusion paraît bien avoir à l'époque pesé sur le débat<sup>38</sup>, en dépit des sages propos du Professeur Yvon Englert lors de son audition<sup>39</sup>.

Dans son avis du 14 février 2006 portant sur les diverses propositions de loi relatives à la gestation pour autrui et sur la proposition de loi qui aboutit à la loi du 6 juillet 2007<sup>40</sup>, le Conseil d'État a observé qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voy. ci-dessous) «qu'un enfant puise dans son droit à la vie privée un intérêt devant être protégé par l'État tendant à ce que son histoire personnelle et notamment ses liens génétiques puissent être établis et que le droit qui en découle ne peut être limité que sur la base d'un test de proportionnalité particulièrement rigoureux, même lorsqu'il entre en conflit avec un droit d'une importance telle que le droit à l'intégrité physique. Ce test peut également mettre en balance des intérêts généraux de la société»<sup>41</sup>. Il en déduit que «c'est donc avec beaucoup de réticence que l'on peut admettre l'anonymat des personnes qui, en leur qualité de donneurs de gamètes ou d'embryons ou en celle de mère porteuse, ont établi un lien biologique ou génétique avec l'enfant [...]. Cette réticence ne peut conduire à condamner entièrement l'anonymat, mais il faut alors que de justes motifs soient avancés». Le Conseil d'État concluait que «si, après avoir pesé les arguments d'ordre anthropologique et psychologique en considération de l'enfant, le législateur opte, malgré tout, pour l'anonymat, il doit le justifier et il ne peut donner en tout cas à ce système un caractère absolu. Il doit au moins permettre à l'intéressé, toujours dans le respect de principe de cet anonymat et par le recours à une instance indépendante, de solliciter sa levée. Compte tenu en outre de

<sup>37</sup> Rapport précité, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-1440/9, p. 71.

<sup>38</sup> Quant au souci d'éviter une prétendue discrimination entre les enfants qui pourraient connaître «leur donneur» et ceux conçus avant l'adoption du texte, il prête à sourire: toute évolution ou modification législative induit *par définition* le risque d'une différence de traitement *ratione temporis* entre ceux qui peuvent faire appel au texte nouveau et ceux qui doivent se contenter des règles antérieures... Le droit transitoire est là pour y veiller. Ce qui importe, à l'égard du donneur cette fois, est de ne pas revenir sur les conditions dans lesquelles le don aura été fait dans le passé, de ne pas saper rétroactivement la confiance qu'il aura témoignée au processus tel qu'il était réglementé.

<sup>39</sup> Rapport précité, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-1440/9, p. 29.

<sup>40</sup> *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-417/3.

<sup>41</sup> Rapport précité, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-417/3, p. 45, n° 60; M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, «La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes», *op. cit.*, pp. 333-334.

l'importance de certaines données génétiques, notamment pour la santé de l'intéressé, l'accès à ces données non identifiantes doit également être rendu toujours possible<sup>42</sup>. Il n'a malheureusement pas été entendu par le législateur.

**Conséquences en matière de filiation.** C'est le plus souvent en lien avec la *filiation* de l'enfant issu d'un don de gamètes ou d'embryon<sup>43</sup> que la doctrine aborde la question de l'anonymat, dont la conséquence juridique la plus marquante est en effet que, bien entendu, *aucun lien de filiation* ne pourra être établi entre l'enfant à naître et le donneur : la filiation de l'enfant sera délibérément inexacte biologiquement (partiellement ou complètement), mais juridiquement inattaquable. Il s'agit d'une constante du recours aux PMA, sans laquelle celles-ci n'auraient pas de raison d'être<sup>44</sup>. L'anonymat se traduit par l'irrecevabilité de toute contestation de la présomption de paternité « si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence » (art. 318, § 4, C. civ.)<sup>45</sup>. L'implantation d'embryons surnuméraires ou l'insémination de gamètes provenant d'un don font jouer les *règles civiles de la filiation* en faveur des auteurs du projet parental qui les reçoivent ; plus spécifiquement – car cela n'est pas une conséquence directe de l'application de ces règles –, la loi précise qu'*aucune action relative à la filiation* ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte aux donneurs ni ne peut être intentée à leur encontre, par les receveurs ou par l'enfant né de l'insémination ou de l'implantation (art. 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007)<sup>46</sup>. L'intentement d'une action en recherche de paternité à

<sup>42</sup> Avis du Conseil d'État précité, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-417/3, pp. 60-61, n° 93 et 95.

<sup>43</sup> Voy. not. S. CAP et J. SOSSON, « La place juridique du tiers au lien de filiation », in J.-L. RENCHON et J. SOSSON (dir.), *Filiation et parentalité*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 267 ; G. SCHAMPS, « Les incidences de la biomédecine sur la parenté : le hiatus entre les actes liés à la procréation médicalement assistée et l'établissement de la filiation en droit belge », in B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 55 ; T. WUYTS, « De afstamming na medisch begeleide voortplanting », in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (ed.), *De hervorming van het afstamingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 289 ; du même auteur, *Ouderlijk gezag. Een coherente gezagsregeling voor minderjarigen*, Anvers, Intersentia, 2013. Plus généralement, sur l'établissement et la contestation des filiations, voy. N. GALLUS, in *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les personnes*, vol. 1, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 613-682 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 3<sup>e</sup> éd., Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 598-668.

<sup>44</sup> Voy., pour un panorama des situations et solutions en droit comparé, B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, op. cit., et plus généralement les très intéressantes études rassemblées in H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, et in J.-L. RENCHON et J. SOSSON (dir.), *Filiation et parentalité*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2014.

<sup>45</sup> Par contraste, faute de disposition symétrique dans l'article 330 du Code civil, la *reconnaissance paternelle* du partenaire non marié avec la mère peut, en règle, être contestée, sauf la « barrière » de la possession d'état. Il n'existe pas davantage, contrairement au droit français, de disposition incitant, voire contraignant, le partenaire de la mère, supposé pleinement engagé dans un processus procréatif auquel il doit avoir consenti, à assumer la paternité juridique de l'enfant. Cela est regrettable.

<sup>46</sup> Pour plus de détails, voy. M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », op. cit.,

l'encontre du père d'intention, non marié avec la mère, est pour sa part nettement plus aléatoire, en raison de l'article 332*quinquies*, § 3, du Code civil, aux termes duquel « le tribunal rejette en toute hypothèse la demande s'il est prouvé que celui ou celle dont la filiation est recherchée n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant », ce qui par hypothèse sera le cas.

On a pertinemment observé à cet égard que la formulation de ces deux articles de la loi du 6 juillet 2007 est insuffisante car trop vague, et que les questions de filiation eussent dû être réglées distinctement dans le Code civil « quant à l'opportunité d'adopter pour principe que l'engagement dans un projet parental soit le fondement du lien de filiation entre l'enfant à naître de ce projet et chacun de ses parents d'intention, en prévoyant par exemple que le consentement à la procréation médicalement assistée vaut reconnaissance ou consentement à la reconnaissance. Mais le texte a été adopté tel quel, sans qu'on ne puisse malheureusement, à la lecture des travaux préparatoires, en définir la portée exacte »<sup>47</sup>. Il est douteux, faute de l'avoir écrit, que le législateur ait entendu créer – qui plus est hors du Code civil – un fondement nouveau à l'établissement de la filiation, à savoir « le projet parental » engageant pleinement l'auteur dudit projet à assumer la paternité de l'enfant qui en est issu, en dépit de l'absence de lien biologique s'il a été conçu au moyen d'un don de sperme ou d'embryon<sup>48</sup>.

Nous n'aborderons pas cet aspect plus avant<sup>49</sup> mais nous soulignerons, en lien avec notre propos, que l'impossibilité radicale d'intenter une action en recherche de maternité ou de paternité à l'encontre du ou des donneur(s), par l'effet des articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007, ne fait pas tout à fait l'unanimité: le Professeur Yves-Henri Leleu estime que « la jurisprudence constitutionnelle pourrait censurer cet empêchement absolu à l'établissement d'une filiation envers le donneur [...], ou à la contestation de filiation par le donneur, s'il est identifié » et que, partant, « cet empêchement absolu devrait être soumis à l'appréciation de la Cour constitutionnelle »<sup>50</sup>, en référence très

pp. 350-358; H. NYS et T. WUYTS, « De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten », *R.W.*, 2007-2008, pp. 771-773.

<sup>47</sup> J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité: quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007? », note sous Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/4, pp. 1103-1104.

<sup>48</sup> En ce sens, N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *op. cit.*, p. 350, n° 332, citée par J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité: quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007? », *op. cit.*, p. 1105, qui y voit une contradiction et une discordance entre le droit de la filiation et le droit des PMA, que seule une réforme du droit de la filiation introduisant dans le Code civil une disposition prévoyant que le consentement à la PMA vaut dans tous les cas reconnaissance de filiation permettrait de résoudre. J. SOSSON approuve cette analyse, la genèse des articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 amenant « à considérer que l'objectif de ces dispositions légales était de prémunir réciproquement les donneurs et les receveurs des actions pouvant être intentées par les uns contre les autres », sans plus (*loc. cit.*).

<sup>49</sup> Voy. la contribution de J. SOSSON dans le présent ouvrage.

<sup>50</sup> Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et de familles*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 633, n° 626, et pp. 664-665, n° 672.

probablement à *l'intérêt de l'enfant*, notion aussi centrale en la matière que malaisément saisissable<sup>51</sup>.

**Dispositions supranationales.** Dès l'adoption de la loi du 6 juillet 2007, il fut observé que, sur le point ici examiné et en ce qu'elle ne prévoit la communication à l'enfant *d'aucune* information relative au donneur, elle ne paraît pas conforme en particulier à la Convention européenne des droits de l'homme, telle que l'interprète la Cour de Strasbourg sur ces questions<sup>52</sup>. En dépit de la large marge d'appréciation qui devrait être reconnue aux États, en l'absence de consensus sur ce sujet, la circonstance que même les données non identifiantes relatives au donneur soient tenues secrètes, de manière absolue, traduit une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant au respect de sa vie privée<sup>53</sup>. Observons que, si l'applicabilité en la matière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est certaine, celle de l'article 7 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CIDE), souvent invoqué, paraît plus douteuse. Comme l'on sait, selon cette disposition, l'enfant a, dès sa naissance et « dans la mesure du possible », le droit « de connaître ses parents et d'être élevé par eux »<sup>54</sup>. Certains considèrent que les dons rigoureusement et définitivement anonymes enfreignent cette règle<sup>55</sup>; d'autres, que nous rejoignons, en sont moins convaincus : ce texte envisage les *parents* qualifiés tels par le droit et appelés à assumer, à élever et à prendre soin de l'enfant, ce que n'est pas le géniteur biologique dans le cadre d'une PMA avec donneur<sup>56</sup>. Il ne faut pas confondre le registre des origines et celui de la parenté.

<sup>51</sup> Sur laquelle voy. récemment Y.-H. LELEU, « Filiation 2017: l'intérêt bien pondéré », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p. 9; N. GALLUS, in *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les personnes*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 579-587. En France: A. GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 147.

<sup>52</sup> Nous laissons de côté l'appariement – qui « consiste dans le choix des gamètes et des embryons surnuméraires destiné à éviter une trop grande dissemblance physique entre donneur(s) et receveur(s) », est licite et n'est pas considéré comme une pratique à caractère eugénique (art. 24 et 53) – et les strictes nécessités médicales; voy. les articles 35, 36, 64 et 65 de la loi du 6 juillet 2007, qui ne concernent pas notre propos et qu'il est donc inutile de paraphraser ou commenter ici. On peut cependant observer que l'appariement se présente comme une concession pragmatique à l'impossibilité d'assurer une indétermination complète, et donc un secret absolu, de la filiation génétique. Quant à la transmission de renseignements médicaux, elle ne concerne pas l'accès de l'enfant à ses origines, et il n'en est d'ailleurs pas le destinataire.

<sup>53</sup> H. NYS et T. WUYTS, *De Wet betreffende de medisch begeleide voortplanting. Commentaar op de Wet van 6 juli 2007*, *op. cit.*, pp. 61-62, n° 152.

<sup>54</sup> Voy., pour une analyse de cette disposition, L. PLUYM, « Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België », *op. cit.*, p. 5. L'auteur, qui défend une portée large de cette disposition, et notamment du terme « parents », critique à cet égard le caractère absolu de l'anonymat du don de gamètes ou d'embryon, empêchant toute appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant considéré.

<sup>55</sup> H. NYS et T. WUYTS, *loc. cit.*

<sup>56</sup> Voy. en ce sens N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *op. cit.*, pp. 533-534; G. PENNING, « De anonimiteit van de gametendonor », *op. cit.*, pp. 197-198;

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET GESTATION POUR AUTRUI

L'article 7 de la CIDE n'offre donc guère d'appui décisif, à notre sens, à une levée du secret dans le cadre des PMA avec tiers donneur. Il en va d'autant plus ainsi que, d'une part, la Convention ne consacre de droits qu'au bénéfice des *mineurs*, et non des jeunes adultes, et, d'autre part, la Cour de cassation considère que ses dispositions ne sont pas, en soi, suffisamment précises et complètes pour avoir un effet direct, dès lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant; par conséquent, elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers<sup>57</sup>. À tout prendre, l'article 3 de cette Convention, selon lequel, « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » (mise en évidence ajoutée), paraît être un guide plus sûr, quoique ce précepte demeure bien sûr fort vague<sup>58</sup>. On peut y ajouter l'article 22bis de la Constitution, disposant que chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle, qu'il a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne et que son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement, qu'il doit pouvoir bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement et que, « dans toute décision qui le concerne, *l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale* ».

Une disposition supranationale est moins souvent aperçue, alors qu'elle appuie le raisonnement orienté vers la transparence : l'article 30 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, qui énonce que « les autorités compétentes d'un État contractant veillent à *conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant*, notamment celles relatives à *l'identité de sa mère et de son père*, ainsi que les données sur le *passé médical* de l'enfant et de sa famille. Elles

l'avis du Pr Y. ENGLERT dans le Rapport fait au nom de la Commission des Affaires sociales par M. Cornil et Mme De Schampelaere, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-1440/9, p. 72; et l'avis du Conseil d'État du 14 février 2006, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2005-2006, n° 3-417/3, p. 40, n° 54. V. VANDERHULST est également dubitative (« Medisch begeleide voortplanting », *op. cit.*, pp. 118-119, n°s 287-291, et les réf. citées note 581).

<sup>57</sup> Cass., 11 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1850; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, p. 119 (somm.), note G. MATHIEU. La Cour précise que ces dispositions « permettent notamment aux États et aux autorités contractantes de déterminer comment protéger au mieux les intérêts de l'enfant dans le cadre des modalités d'établissement de la filiation biologique. Dans ce cas, il n'appartient pas au juge d'écarter la protection des intérêts de l'enfant imposée par le législateur au bénéfice d'une appréciation personnelle qu'il considère comme plus appropriée ».

<sup>58</sup> L'article 8, également régulièrement cité, n'est guère pertinent : « Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, *tels qu'ils sont reconnus par la loi*, sans ingérence *illégal*e. Si un enfant est *illégalement* privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible ». Les termes mis en évidence montrent bien qu'il est admis que la loi nationale limite l'accès de l'enfant aux éléments constitutifs de son identité.

assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État» (mise en évidence ajoutée). L'adoption étant le terrain originel des revendications d'accès aux origines personnelles, et de leur plus ou moins grande concrétisation en droit, le parallèle semble assurément pertinent, et ce d'autant que cette disposition est littéralement transposée dans l'article 368-6 du Code civil, qui précise que la conservation des informations visées est effectuée «en vue de la réalisation de l'adoption et aux fins de permettre ultérieurement à l'adopté, s'il le désire, de découvrir ses origines». D'où une potentielle discrimination entre enfants adoptés et ceux nés par PMA hétérologue<sup>59</sup>.

**Cour européenne des droits de l'homme et droit de connaître ses origines.** L'anonymat résultant de l'utilisation de gamètes ou d'embryons provenant de tiers au cours d'une PMA est de plus en plus vigoureusement contesté, à l'aune de l'article 8 de la CEDH protégeant le droit au respect de la vie privée dans une conception extensive, et au regard principalement du *droit de l'enfant de connaître ses origines*<sup>60</sup>. Les réflexions sur ce droit – que l'on peut qualifier de fondamental sans craindre de galvauder ce terme – se sont renouvelées à la suite de divers arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, *Odièvre c. France* du 13 février 2003<sup>61</sup>, *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, *Pascaud c. France* du 16 juin 2011 et *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg, issue de ces arrêts<sup>62</sup>, est fixée en ce sens que «le respect de la vie privée exige que *chacun puisse établir les détails de*

<sup>59</sup> L. PLUYM, «Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België», *op. cit.*, pp. 19-20.

<sup>60</sup> En France, les discussions furent nourries lors de la révision des «lois de bioéthique» (loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique); voy. not. F. TERRÉ et C. PUIGELIER (dir.), *Réflexions sur la loi bioéthique*, Mare & Martin, Académie des sciences morales et politiques, 2012, pp. 21-87. Pour une appréciation critique du dispositif issu de cette loi, voy. O. ROY, «Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises. La montagne a accouché d'une souris», in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, et Paris, LGDJ, 2012, p. 139; comp. B. LEGROS, «La loi du 7 juillet 2011 ou le fragile maintien de la substance des principes fondamentaux du droit de la bioéthique», in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 269.

<sup>61</sup> J.C.P., 2003, II, n° 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE; R.G.D.C., 2003, p. 403, note J. VAN BROECK; *Dr. Fam.*, 2003, p. 23, note P. MURAT; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004/3, p. 629.

<sup>62</sup> Et initiée par l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989; il y en a d'autres, voy. V. VANDERHULST, «Medisch begeleide voortplanting», *op. cit.*, p. 120, n° 293, note 587. On ne saurait passer sous silence le décevant arrêt de grande chambre *S.H. c. Autriche* du 3 novembre 2011 qui, réformant l'arrêt de chambre plus progressiste du 1<sup>er</sup> avril 2010 (voy. le commentaire de J.-P. MARGUÉNAUD, *RTDciv.*, 2010, p. 291), retient qu'en l'absence d'un consensus européen suffisant, la législation restrictive autrichienne qui – assez étonnamment – interdit le don d'ovules et n'autorise le don de sperme que pour une fécondation *in vivo* ne viole pas l'article 8 de la Convention; voy. G. WILLEMS, «Cour de Strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur: des choix interprétatifs empreints de *judicial self-restraint*», *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 509 (qui y voit «un positionnement réservé de la Cour en matière de procréation médicalement assistée avec tiers donneur», pp. 511-516, la Cour «exprim(ant) clairement la volonté [...] de ne pas se substituer, à ce stade, aux États membres dans l'appréciation de l'opportunité

## PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET GESTATION POUR AUTRUI

son identité d'être humain» (arrêts *Mikulic c. Croatie*, §§ 53-54, et *Gaskin c. Royaume-Uni*, §§ 36-37) et «le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité». La notion de vie privée reçoit dans ce cadre une conception extensive, et la Cour estime que les personnes qui ignorent qui est leur géniteur «ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle»<sup>63</sup>; le message est clair. Elle ajoute – ici dans le cadre d'une action tendant à faire établir la paternité – que l'intérêt supérieur de l'enfant implique que celui-ci ne saurait être «maintenu [...] dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle» (arrêt *Mikulic c. Croatie*, §§ 65-66).

Dans le célèbre arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, la Cour rappelle que l'article 8 de la Convention «protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur. À cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs [...]. La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention»<sup>64</sup>. En synthèse, le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée et, en pareil cas, un examen d'autant plus approfondi s'impose pour peser les intérêts concurrents (§ 65).

Dans l'arrêt *Jaggi c. Suisse* du 13 juillet 2006<sup>65</sup>, la Cour européenne confirme à nouveau que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance,

---

des procédés de procréation médicalement assistée hétérologues», p. 531), et, pour une réflexion sur le moment de référence où s'opère le contrôle européen, le temps des faits et celui du droit, A. HOC et G. WILLEMS, «Le cadrage temporel des litiges devant la Cour européenne des droits de l'homme : réflexion au départ de l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011», in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 283. Ajoutons l'arrêt *Costa et Pavan c. Italie* du 28 août 2012 jugeant en revanche disproportionnée l'interdiction du diagnostic préimplantatoire par la législation italienne, au regard du droit au respect de la vie privée qui inclut le respect de la décision de devenir parents génétiques, et, le cas échéant, de recourir à cette fin au DPI afin d'éviter la transmission à l'enfant d'une affection grave; voy., à propos de ces arrêts, S. PANIS, «Hof Mensenrechten knabbelt alweer aan de beleidsvrijheid van lidstaten in zorgethische kwesties», *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 303.

<sup>63</sup> Bien qu'il faille, en matière de recherche de paternité, «garder à l'esprit que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN», mais il faut alors que le droit national offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité (arrêt *Mikulic c. Croatie*, § 64), ce qui est le cas en droit belge par l'effet de deux arrêts de la Cour de cassation du 17 décembre 1998 (*Pas.*, 1998, I, pp. 1233 et 1240; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1681; *R.W.*, 1998-1999, p. 1144, note F. SWENNEN; *R. Cass.*, 1999, p. 197, note S. BRIJS; *J.D.J.*, 1999, n° 185, p. 44, note J. JACQMAIN).

<sup>64</sup> Arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 29 (mise en évidence ajoutée); dans le même sens, l'arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012, § 46.

<sup>65</sup> *RTDciv.*, 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, et 2007, p. 99, obs. J. HAUSER (violation de l'article 8 déduite de ce que le requérant, âgé de 67 ans et qui avait «démontré un intérêt authentique à

*fait partie intégrante de la notion de vie privée*, et qu'un examen approfondi s'impose pour peser les intérêts concurrents en présence et vérifier si un juste équilibre fut ménagé entre eux. Il est d'ailleurs affirmé que les personnes qui essaient d'établir leur ascendance ont un *intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle*. Il faut toutefois observer que, bien entendu, le droit de l'enfant de connaître son origine biologique n'est pas absolu et doit pouvoir être confronté, le cas échéant par un arbitrage *in concreto* soumis au juge, au droit au respect de la vie privée tant des parents que, pour le cas qui nous occupe, du ou des donneur(s), toute la question étant de savoir si le droit national ménage à cet égard un « juste équilibre » entre les intérêts en cause – ce qui n'est pas le cas si la balance penche complètement d'un seul côté, et donc si un anonymat absolu et définitif est imposé. Par ailleurs, on ne saurait explicitement déduire de la jurisprudence de la Cour que la notion de « parents biologiques » inclut nécessairement le(s) donneur(s) de gamètes ou d'embryons, qui sont, ainsi qu'on l'a rappelé, de simples géniteurs<sup>66</sup>. Mais elle estime que le législateur peut – et doit – instaurer « un juste équilibre entre l'intérêt des donneurs de gamètes à préserver leur anonymat et le droit légitime des enfants conçus par procréation assistée hétérologue à l'information »<sup>67</sup>.

Nous n'approfondirons pas davantage la jurisprudence strasbourgeoise<sup>68</sup>, sauf à relever qu'il paraît clair qu'à ses yeux, le droit de l'enfant de connaître ses

---

connaître l'identité de son père, ayant tenté, tout au long de sa vie, d'acquiescer à ce sujet », ce qui « suppose des souffrances morales et psychiques », n'a pas pu faire effectuer une analyse ADN sur une personne décédée en vue de déterminer s'il s'agissait de son père biologique).

<sup>66</sup> V. VANDERHULST, « Medisch begeleide voortplanting », *op. cit.*, p. 120, n° 293.

<sup>67</sup> Arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 1<sup>er</sup> avril 2010, § 84. Cet aspect n'apparaît nullement dans le décevant arrêt de « réformation » rendu par la grande chambre le 3 novembre 2011.

<sup>68</sup> Nous renvoyons à la contribution de G. WILLEMS dans le présent ouvrage. Sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'assistance médicale à la procréation, voy. not. X. BLOY, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'assistance médicale à la procréation. Jusqu'où ne pas aller trop loin ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 429; C. BYK, « Convention européenne des droits de l'homme et prise en compte du genre dans la protection de la vie privée et des liens familiaux », in A.-F. ZATTARA-GROS (dir.), *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013, p. 239; N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, et Paris, LGDJ, 2012, p. 203; C. PETTITI et C. BRETON, « La Cour européenne des droits de l'homme et la maîtrise de la vie », in L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.), *La maîtrise de la vie. Les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, Paris, Erès, 2012, p. 79. Plus généralement: C. DESNOYER, « La place de la vérité biologique dans la jurisprudence européenne relative à l'article 8 de la CEDH en matière de filiation charnelle », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 55; G. MATHIEU et G. WILLEMS, « Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-L. RENCHON et J. SOSSON (dir.), *Filiation et parentalité*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 35; G. WILLEMS, « L'appréhension par la Cour de Strasbourg du droit de la personne et de la famille: respect des singularités nationales et commune garantie des droits de l'homme », in D. FRIES (dir.), *Les droits de l'homme. Une réalité quotidienne*, coll. éd. Jeune barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2014, p. 167; G. WILLEMS, « La

origines *prime* l'intérêt du père prétendu au respect de son intégrité physique ; cette hiérarchisation, qui doit être approuvée, ne vaut-elle pas *a fortiori* à l'égard des donneurs de gamètes ou d'embryons, qui ne seront *jamais destinés à devenir les parents de l'enfant* mais dont il est bien difficile de considérer qu'ils ne participent pas des « détails de son identité » personnelle, que l'enfant a « un intérêt vital, défendu par la Convention », à pouvoir connaître ? La Cour avait déjà entrouvert la porte en relevant, en 1997, qu'il n'existe « pas d'assentiment général des États membres du Conseil de l'Europe quant à savoir s'il [est] préférable du point de vue de l'enfant [...] de protéger l'anonymat du donneur ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci »<sup>69</sup>. Cette jurisprudence témoigne d'une « tendance de la Cour, face à une logique de conciliation des intérêts contradictoires en présence, en particulier dans le domaine de la filiation, à accorder une prédominance à l'intérêt de l'enfant et à son droit à l'identité, qui comprend le droit à l'établissement de la filiation »<sup>70</sup> – et plus généralement celui de savoir de qui il est génétiquement issu.

Les termes sont clairs : à l'épanouissement personnel, que protège l'article 8, contribuent *l'établissement des détails de son identité d'être humain* et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un *aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs* ; car la naissance *et singulièrement les circonstances de celle-ci* relèvent de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte. En somme, « si le secret est un droit pour les parents, la vérité en est un pour l'enfant » et leurs intérêts respectifs « ne devraient pouvoir être valablement pris en compte par le droit que par la technique de la conciliation, supposant le respect d'un certain équilibre »<sup>71</sup>. Il serait parfaitement envisageable d'écarter, pour contrariété à l'article 8 CEDH ainsi entendu, l'application de législations nationales prohibant de manière (quasi) absolue et définitive la communication à l'enfant de renseignements relatifs au donneur, qu'ils soient ou non identifiants.

Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *Ann. Dr. Louvain*, 2016/1, p. 5.

<sup>69</sup> Arrêt *X c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, *D.*, 1997, jur., p. 583, note S. GRATALOUP.

<sup>70</sup> N. GALLUS, in *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les personnes*, vol. 1, *op. cit.*, p. 162, n° 167.

<sup>71</sup> J.-R. BINET, « Le secret des origines », *J.C.P.*, 2012, n° 47, hors-série, qui constate « que cet équilibre est souvent précaire, sinon totalement absent », surtout quand le secret des origines « est imposé par la loi au nom du droit à la paix reconnu aux familles », comme en matière de PMA avec recours à un tiers donneur. Cela n'a pas empêché le Conseil d'État français, dans un décevant arrêt n° 372121 du 12 novembre 2015, de considérer que la règle d'anonymat ne méconnaît pas les droits que l'enfant né du don puise dans les articles 8 et 14 de la CEDH (*Dr. Fam.*, 2016/1, étude n° 1, avec le commentaire critique de J.-R. BINET, « Insémination avec tiers donneur et droit à la connaissance des origines : l'enfant impensé du droit de la bioéthique »).

**Avis du Comité consultatif de Bioéthique.** Le Comité a consacré, dans son avis n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules<sup>72</sup>, d'amples développements aux questions de l'anonymat du donneur et du secret quant au mode de conception de l'enfant. Il y pointe à juste titre que, du fait « des inconvénients et des risques physiques plus importants » pour un don d'ovules que pour un don de sperme, le don volontaire et bénévole constitue la règle en matière de don de sperme, tandis que ce sont « les dons intrafamiliaux ou entre amis » qui prévalent pour le don d'ovules (pp. 35 et s.). À l'égard des parents et de la donneuse, il n'y a alors aucun anonymat<sup>73</sup>; maintenir celui-ci vis-à-vis de l'enfant apparaît, dans ces conditions, singulièrement malaisé – la donneuse faisant partie de son entourage – et, disons-le, pour le moins hypocrite. Quant au don d'embryons, il « a une toute autre signification symbolique que le don de gamètes », de sorte que les donateurs potentiels sont partagés entre, d'une part, ceux qui sont prêts à poser « un geste de solidarité entre personnes stériles » et, d'autre part, ceux qui sont réticents à accepter « l'idée qu'un de leurs enfants génétiques puisse grandir auprès d'inconnus »<sup>74</sup>. Le Comité relève (p. 12) que le principe d'anonymat « a pour premier objectif de protéger les donateurs de toute revendication ultérieure de la part des receveurs ou des enfants nés de leur don. En second lieu, l'anonymat du donneur répond au vœu de la majorité des personnes ou des couples receveurs, qui souhaitent par

<sup>72</sup> Les avis du Comité sont disponibles sur <https://www.health.belgium.be/fr/liste-des-avis>. L'avis n° 27 aborde également une question préalable, proche de celle qui nous occupe ici, qui en quelque sorte la présuppose : celle du secret que peuvent (souhaiter) maintenir les parents quant au *mode de conception lui-même*, autrement dit l'opportunité de révéler à l'enfant qu'il a été conçu dans le cadre d'une PMA avec donneur (voy. not. pp. 20-24). À cet égard, « si tous les membres du Comité estiment que les parents gardent le droit de dévoiler ou non à leurs enfants les circonstances qui ont présidé à leur conception, plusieurs tendances se font jour à ce sujet au sein du Comité. Certains membres estiment que la vérité reste préférable en général, tant par principe que pour éviter les traumatismes psychologiques qui surgiraient de la révélation accidentelle à l'enfant de son origine. Il conviendrait donc que le *counseling* auprès des parents y insiste. D'autres membres voient moins de danger au secret, et soulignent les avantages qu'ont les enfants d'être élevés sans devoir affronter la question d'une intervention tierce dans leur origine » (p. 43). En conclusion, « le Comité considère qu'il est actuellement inopportun de créer un cadre légal pour régler les questions concernant le maintien du secret à l'égard de l'enfant quant à son mode de conception. Il appartient au couple seul de prendre la décision d'informer ou non l'enfant du recours à un mode de procréation médicalement assistée » (p. 47), car il n'existe « pas d'arguments assez forts pour qu'on puisse imposer la levée du secret aux parents qui désirent le maintenir » (p. 23).

<sup>73</sup> Sauf l'hypothèse, préconisée par de nombreuses équipes, des « dons croisés » qui permettent de maintenir l'anonymat entre donneuse et receveuse : la donneuse sait alors *pour qui* elle fait ce don, mais elle ignore à qui (avis, p. 39).

<sup>74</sup> Avis précité n° 29 du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon, p. 4; M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *op. cit.*, pp. 328-329. Nous renvoyons, à propos des avis du Comité consultatif de Bioéthique en matière de PMA, à la contribution de N. GALLUS dans le présent ouvrage. Voy. égal. G. SCHAMPS et M.-N. DERÈSE, « L'anonymat et la procréation assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007 », *op. cit.*, pp. 134-142.

là maintenir l'intimité de leur vie privée et éviter l'interférence du donneur dans l'éducation de l'enfant». Pour être exact, c'est néanmoins un peu court, notamment en raison de ce que la filiation de l'enfant n'est aucunement en cause et que le donneur ne saurait avoir le moindre droit à faire valoir à son encontre ou à son sujet.

Le Comité exprime que la reconnaissance à l'enfant du droit de connaître ses origines génétiques ou sa filiation – laquelle rejaillit directement sur la position adoptée par rapport à l'anonymat du donneur – «n'implique pas automatiquement qu'il ait le droit d'obtenir, en toutes circonstances, l'identité de ses parents génétiques. Les intérêts de ses parents, les receveurs, et ceux du donneur doivent aussi être pris en compte» (p. 24). Il détaille les arguments avancés en faveur du maintien, ou au contraire de la levée, de l'anonymat, et ceux venant au soutien d'une «position mixte (politique à deux voies – pondération des intérêts)» (pp. 24-27), laquelle fait l'originalité de l'avis mais n'emporte pas la conviction ; nous y reviendrons. Il se penche ensuite sur la question particulière des «informations non identifiantes» (pp. 27-30) mais, curieusement, essentiellement du point de vue des receveurs et non de celui de l'enfant, alors que celui-ci est tout de même autant, sinon davantage, concerné par le processus. Reconnaisant à l'enfant «le droit de connaître son origine à partir de son désir de construire clairement son identité et de rattacher son histoire à celle de ses origines», le Comité conclut, quant à «l'anonymat de la personne faisant un don de gamètes», à l'existence en son sein de plusieurs avis quant à la manière de hiérarchiser les intérêts en présence.

Certains membres estiment que le droit des parents de faire appel à un donneur qui restera définitivement anonyme doit prévaloir sur le droit de l'enfant de connaître ses origines. Ils rappellent que personne n'a la maîtrise des décisions qui président à sa venue au monde. Les parents doivent garder leur autonomie dans l'ensemble des choix de procréation et d'éducation. Ces membres acceptent que certains parents préfèrent l'anonymat du donneur afin d'éviter les interférences de ce dernier, et pour que l'enfant soit élevé dans le sentiment d'appartenir pleinement à sa famille. D'autres membres du Comité estiment au contraire que le droit de l'enfant de connaître ses origines doit prévaloir sur l'autonomie des parents, du moins à partir d'un certain âge. Ils en soulignent l'importance affective pour stabiliser l'identité, ainsi que les risques de traumatisme psychologique dans les cas où le secret est révélé accidentellement – risque qui ne fait que croître avec le développement des analyses génétiques en médecine. Enfin, «de nombreux membres [...] donnent leur préférence à une solution mixte» afin d'«équilibrer les droits de chaque partie» : le donneur pourrait choisir d'être identifiable ou non, et les parents pourraient choisir de faire appel à l'un ou à l'autre type de donneur. Et, si les parents et le donneur ont «choisi que ce dernier soit identifiable, l'enfant aurait à son tour le choix, à partir d'un certain âge, de connaître ou non le donneur si les

parents lui dévoilent son mode de conception ou si ce mode lui est révélé accidentellement»<sup>75</sup>.

On soulignera enfin que, dans son *avis n° 37 du 13 novembre 2006 portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation*, le Comité a à nouveau questionné – mais en-dehors du strict cadre des PMA – le « dogme » de l'anonymat, et s'est penché sur la *valeur intrinsèque du secret et de la vérité en matière de filiation*. Dans ce bel avis, dont nous conseillons la lecture, le Comité analyse la question, pour le moins délicate, de la valeur attachée *en soi* à la connaissance de la vérité, sous l'angle historique, anthropologique et psychologique, et bien entendu dans l'ensemble de ses aspects éthiques.

**En France: position du Comité consultatif national d'éthique.** Le Comité français s'est dit favorable à la possibilité d'une transmission de données non identifiantes à l'enfant devenu majeur, s'il le souhaite et moyennant un processus de médiation, soulignant « que la dissociation volontaire des dimensions biologiques et sociales de la filiation ne doit pas masquer le fait que l'enfant, lui, hérite de fait de ces deux dimensions et de toute l'histoire qui a abouti à sa conception dans une unique filiation »<sup>76</sup>. Il a observé que, « dans l'état actuel des choses, deux arguments plaident en faveur de la levée du secret. D'une part, la difficulté à maintenir durablement le secret, cause de tension, devant celui qui renvoie secrètement à la vérité cachée; difficulté que le développement de tests génétiques peut amplifier. Un secret dévoilé tardivement aura d'autant plus d'effets dévastateurs. D'autre part, la perspective d'une levée possible du secret permet aux demandeurs de fécondation avec tiers donneur de mesurer plus clairement la responsabilité de leur acte vis-à-vis de l'enfant qu'ils désirent. D'un autre côté, l'État ne saurait obliger à la levée du secret, s'immisçant ainsi dans l'intimité de la vie familiale. L'anonymat du donneur, sans porter atteinte à la vérité de l'origine conceptionnelle de l'enfant, le prive du savoir sur son ascendance charnelle. Ne devrait-on pas envisager une possibilité d'accès aux origines personnelles semblable à celle instituée dans les cas d'accouchement sous X ? »<sup>77</sup>.

Dans ce contexte, quels sont les arguments en présence et les évolutions possibles ?

<sup>75</sup> Avis précité, pp. 43-44. Le Comité insiste encore sur la nécessité de protéger le donneur « de toute revendication de filiation ultérieure », et les membres favorables à la levée de l'anonymat ou à la solution mixte « recommandent que soit institué un système légal organisant cette mainlevée et permettant la conservation des données dont la nature communicable est estimée souhaitable » (p. 47). L'avis corrélatif n° 29 du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon va dans le même sens (voy. not. p. 8).

<sup>76</sup> CCNE, avis n° 90 du 24 novembre 2005, « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation », novembre 2005, <http://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/acces-aux-origines-anonymat-et-secret-de-la-filiation#.WZivcYppwUE>, pp. 23-24.

<sup>77</sup> CCNE, avis n° 90 précité, p. 22.

## Chapitre 2

### L'évolution souhaitable : permettre une percée du voile du don

**Diversité de solutions.** L'anonymat, « qui tend à établir un secret juridiquement protégé sur l'auteur biologique de la procréation, n'est pas unanimement admis à l'étranger » et « fut beaucoup discuté en France avant d'être retenu. On l'a présenté comme contraire à divers textes internationaux qui reconnaissent le droit qu'a tout enfant de connaître ses origines [...]. On l'a aussi critiqué au nom de l'intérêt de l'enfant, psychologique avant tout, qui n'est pas nécessairement satisfait par cette politique de terre brûlée [...]. On l'a encore critiqué au regard de la liberté du couple d'accueil, qui devrait prévaloir en la matière, et auquel une option pourrait être ouverte entre secret et transparence [...]. *L'argument principalement invoqué à son soutien fut le caractère dissuasif, pour les donneurs, de la solution contraire*, ce qui n'est pas nécessairement incontestable »<sup>78</sup>. Au titre des pays ne prévoyant pas le secret, l'exemple de la Suède est cité ; on peut y ajouter celui de l'Allemagne<sup>79</sup> et du Royaume-Uni<sup>80</sup>. Or, dès qu'une variété de réponses juridiques à une même question est observée, « le résultat de cette

<sup>78</sup> F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 7<sup>e</sup> éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2005, pp. 871-872, n° 927, qui renvoie à deux belles études : M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.*, 1995, chr., p. 75 ; V. DEPADT-SEBAG, « Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, p. 891.

<sup>79</sup> F. FURKEL, « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », in B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 23, ici pp. 33 et s., qui observe que le droit allemand, « traditionnellement, a toujours rejeté le secret » et a « le souci [...] de permettre à chacun de connaître sa filiation génétique » (p. 34). Avec ce corollaire, passablement aberrant, que l'enfant n'est pas privé du droit de contester son lien de filiation à l'égard de son père légal et qu'il peut rechercher la paternité du donneur (G. MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », *op. cit.*, pp. 165-166), ce qui induit pour ce dernier un risque énorme conduisant à la raréfaction des dons de sperme, « le dessein du législateur (étant) clair : réduire au maximum la procréation hétérologue » (F. FURKEL, « L'incidence de la biomédecine sur la parenté ou le triomphe de l'amour de la vérité biologique », *op. cit.*, p. 38 ; ainsi le don d'ovocytes est-il interdit en Allemagne, quoique parfois pratiqué dans un cadre intrafamilial). Voy. aussi et surtout F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », in B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, coll. Droit, éthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 95.

<sup>80</sup> J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2010, pp. 371-374 ; E. JACKSON, *Medical Law. Text, Cases, and Materials*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2010, pp. 786-789 ; T. CALLUS, « De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli : la (r)évolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée », in B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, p. 179 ; F. SHENFIELD, « Don de gamètes et d'embryons. L'anonymat du don en question : la position britannique », in G. TEBOUL (dir.), *Procréation et droits de l'enfant*, coll. Droit & Justice, Bruxelles, Bruylant et Nemesis, 2004, p. 109 ; S. TISSEYRE, « De la transparence quant à l'identité du donneur de gamètes, l'exemple du droit anglais », in C. BYK et C. MARLIAC (dir.), *20 ans de lois de bioéthique*, coll. Droit et Société, Paris, MA éditions, 2016, p. 173.

diversité est une très grande difficulté à donner un fondement incontestable aux règles prohibitives»<sup>81</sup>.

Irène Théry a décrit avec une grande finesse l'analyse dont il convient de se départir :

«Par la grâce de l'anonymat qui l'a séparé de l'être humain dont il provient, l'objet du don est devenu un simple "matériau de reproduction". Utilisant ce matériau qui se trouve à sa disposition, le médecin apparaît comme celui qui provoque concrètement, grâce à son art médical, la grossesse d'une femme. Dans cette vision clivée qui sépare le don (idéalement sans médecins), et la procréation médicalisée (idéalement sans donneurs), il n'y a pas de place pour se représenter ce qui a vraiment permis la naissance d'un enfant, c'est-à-dire la coopération de tous les acteurs au sein d'un même et unique processus complexe. Il n'y a pas de place non plus pour lier la procréation telle qu'elle se passe au plan physique et l'inscription de l'enfant dans la filiation, qui est renvoyée hors champ comme si les déclarations légales que doivent signer les futurs parents avant une AMP n'avaient aucun rapport avec ce qu'ils sont et font comme patients (ou conjoints de patient) à l'hôpital. C'est pourquoi, au fond, il n'y a pas de place pour l'histoire de l'enfant car les événements qui ont eu lieu, les actes qui ont été accomplis, le sens que les gens leur ont donné, sont littéralement effacés au profit d'une pseudo-histoire dans laquelle les médecins sont représentés dans un rôle improbable : celui de donner la vie alors qu'ils ne font que contribuer à la transmettre. Outre que bien des médecins d'aujourd'hui ne se reconnaissent pas dans ces fantasmes de toute-puissance, le problème que pose cette pseudo-histoire est de créer de toutes pièces un abîme entre l'engendrement ordinaire et l'engendrement en PMA. Au cœur de cette opération se trouve le "matériau" anonyme transformé en source originelle de vie, comme si le fait de l'avoir soigneusement purifié de tout rapport avec l'être humain dont il provient en faisait un commencement»<sup>82</sup>.

**Arguments soutenant la préservation de l'anonymat.** On évoque la protection (de la vie privée) du donneur, qui n'entend bien sûr pas être un père, abdique donc tous les droits et devoirs légaux qui résultent de l'utilisation de ses gamètes, et refuse toute ingérence des receveurs ou de l'enfant dans sa vie. On y ajoute la protection de la vie privée des receveurs, lesquels doivent avoir la possibilité de vivre «comme une famille normale» où l'engendrement aurait été naturel, loin de toute interférence d'un tiers, et qui renoncent préalablement et définitivement à tout recours quel qu'il soit à l'encontre du donneur. *Du point de vue de l'enfant*, outre l'incertitude quant à la question de savoir s'il a *intérêt* à connaître ses origines génétiques<sup>83</sup>, on pointe que «si, couplé à l'anonymat, on garde le secret sur le mode de conception [...], l'enfant considérera ses parents sociaux comme ses parents génétiques et l'on peut supposer

<sup>81</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, «Réflexions conclusives», in B. FEUILLET-LIGER et M.-C. CRESPO BRAUNER (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, op. cit., p. 360.

<sup>82</sup> I. THÉRY, «L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique" ?», *Esprit*, mai 2009, et *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013, en ligne, <http://revdh.revues.org/193>, p. 11.

<sup>83</sup> Voy. G. PENNING, «De anonimiteit van de gametendonor», op. cit., pp. 204-207.

qu'il ne souffrira d'aucun préjudice »<sup>84</sup>... mais, alors, au prix de l'hypocrisie et du mensonge.

Les arguments avancés au soutien du principe d'anonymat procèdent très généralement d'une confusion entre la *connaissance* de ses origines – biologiques – personnelles et les règles de la *filiation*<sup>85</sup>. Or, la filiation est ici complètement hors sujet : elle s'applique bien évidemment aux parents (d'intention, socio-affectifs, autrement dit les parents au sens plein et entier du terme) et en aucun cas au donneur, *qui est un géniteur et non un père*<sup>86</sup>. Ainsi peut-on lire que la règle de l'anonymat répondrait « à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur et de sa famille » et viserait notamment « la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps »<sup>87</sup>, sans distinction entre les gamètes et le reste du matériel corporel humain<sup>88</sup>.

D'aucuns estiment que l'anonymat permettrait d'assurer la *gratuité du don*, laquelle serait impossible à garantir si donateurs et receveurs étaient en contact ; il éviterait toute relation « ambiguë » entre eux, et serait dans l'intérêt de leur protection commune. Mais tel n'est pas l'enjeu : il s'agirait simplement de permettre à l'enfant, devenu majeur et seulement s'il le souhaite lui-même, de lever, pour lui et à ce moment, le secret et de pouvoir combler un vide dans son histoire personnelle. On peut du reste y opposer que l'anonymat n'est pas vraiment un « principe général fondamental » du droit de la bioéthique : le don

<sup>84</sup> Avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules, *op. cit.*, p. 25.

<sup>85</sup> Et ce tant dans le chef d'auteurs favorables au maintien de l'anonymat (H. GAUMONT-PRAT, « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique », *Dr. Fam.*, 2001, étude n° 2) que dans celui de ceux qui prônent son assouplissement ou sa suppression (V. DEPADT-SEBAG, « La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur : un secret d'ordre public », *D.*, 2010, p. 330).

<sup>86</sup> Voy. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *A.J.D.A.*, 2012, p. 2115 : le droit à la connaissance de ses origines « est porteur de sens et ne saurait être rabattu à tout coup sur une quête génétique. Au contraire, il peut signifier une dissociation inédite entre filiation et identité personnelle » ; L. BRUNET, « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », *Andrologie*, 2010, n° 20, p. 92 : « pour la première fois on admet que l'origine biologique puisse avoir une valeur en tant que telle, digne de protection, sans devoir être absorbée dans la catégorie juridique de la filiation. En détachant de la sorte l'origine personnelle de l'orbite de la filiation, le droit valide l'autonomie de l'identité psychologique et sociale de la personne par rapport à son identité statutaire » (ce bel article est également publié in R. MIEUSSET et P. JOUANNET (éd.), *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat ?*, Berlin, Springer-Verlag, 2010, p. 235).

<sup>87</sup> C.E. fr., arrêt n° 372121 du 12 novembre 2015, renvoyant aux « considérations d'intérêt général » sur lesquelles le législateur français s'est fondé pour écarter, lors de l'adoption de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, toute modification de la règle de l'anonymat.

<sup>88</sup> Sur cette question, nous renvoyons à la contribution de A.-C. SQUIFFLET dans le présent ouvrage ; adde G. RAOUL-CORMEIL, « Une analyse contractuelle du don de gamètes », in A. MIRKOVIC (dir.), *Le don de gamètes*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 25.

d'ovocytes n'est, on l'a vu, généralement pas anonyme, et le don de sperme peut ne pas l'être ; surtout, le don d'organe entre vifs ne l'est pas davantage, en dépit de son intense impact physique, psychologique et symbolique. En réalité, le postulat qu'un don de gamètes ou d'embryons devrait forcément être anonyme procède davantage de la *pratique des centres de PMA avant l'encadrement de celle-ci par la loi* que d'une réflexion mûrement soupesée et argumentée. Il apparaît s'être ensuite construit sur une *analogie fautive, et fallacieuse, entre les gamètes et les autres éléments et produits du corps humain*, alors qu'un don de gamètes et *a fortiori* d'embryons n'est évidemment en rien comparable, sur le plan de sa portée et des affects qu'il véhicule et induit, à un don de sang ou d'organe<sup>89</sup>.

On avance également que la levée de l'anonymat modifierait la conception sociale et affective de la famille, qu'elle « fragiliserait ». Ceci s'apparente à un « fantasme [qui] s'appuie [...] sur une confusion grossière entre filiation et connaissance de ses origines »<sup>90</sup>. Si la crainte des parents d'une modification possible de leurs relations avec l'enfant (« de toute façon, tu n'es pas mon vrai père ») ne doit pas être sous-estimée, les heurts psychologiques et relationnels peuvent s'accompagner et se surmonter ; tout ceci, qui est au demeurant d'ordre spéculatif, est bien peu de chose face à un droit fondamental lié à la construction de l'identité personnelle de l'enfant.

Demeure enfin la crainte d'une diminution drastique du nombre de candidats donneurs si l'anonymat devait être partiellement ou totalement supprimé. Cet argument, en apparence plus sérieux, confine au simplisme. Non seulement cette corrélation n'est-elle pas précisément vérifiée<sup>91</sup>, mais surtout ce risque pourrait être efficacement jugulé, d'une part, par une campagne d'information et une incitation pédagogique bien conduites et, d'autre part, par des dispositions précises et strictes faisant obstacle à toute revendication, quelle qu'elle soit, de l'enfant envers le donneur (et inversement), à commencer par l'impossibilité absolue d'établir la filiation de ce dernier, puisque c'est constamment cela que

<sup>89</sup> « Si l'anonymat du donneur d'organe nous paraît justifié d'un point de vue anthropologique, l'anonymat du donneur de gamètes et, pire encore d'embryon, est particulièrement discutable et d'ailleurs discuté en fait comme en droit » (C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », *op. cit.*, p. 206 [originellement in A. SÉRIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 81]); voy. égal. la pertinente analyse de V. DEPADT-SEBAG, « Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, p. 891.

<sup>90</sup> O. ROY, « Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises. La montagne a accouché d'une souris », *op. cit.*, p. 164 (critique cinglante du maintien de l'anonymat justifié par des arguments dénués de tout fondement), voire « pervers », pp. 162-166).

<sup>91</sup> G. Mathieu relève qu'« aucune étude scientifique n'a pu à ce jour démontrer que les États ayant autorisé la levée de l'anonymat du donneur ont dû faire face à une chute des dons à long terme » (G. MATHIEU, « Le droit de connaître ses origines : un droit fondamental », [http://www.childrights.org/documents/actualites/editos/droit-origines\\_gm.pdf](http://www.childrights.org/documents/actualites/editos/droit-origines_gm.pdf), p. 28, résumé de sa thèse *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014). L'auteur ajoute pertinemment qu'en toute hypothèse, sur le plan de la pondération des intérêts, « il n'est pas permis de mettre en balance, d'une part, le fait que les couples demandeurs devraient attendre plus longtemps au cas où le nombre de candidats donneurs potentiels diminuerait, d'autre part, l'intérêt pour l'enfant de connaître ses origines ».

l'on redoute. Il se pourrait simplement que le profil des donneurs évolue, qu'ils prennent davantage conscience de la portée de leur geste et qu'ils l'assument mieux ; il leur serait rappelé, au moyen d'un accompagnement didactique, que la révélation à l'enfant de données les concernant, voire de leur identité, n'aura strictement aucune conséquence juridique ou financière pour eux, mais participera du nécessaire respect dû aux enfants nés du don. On peut encore signaler qu'il semble que le nombre de donneurs nécessaires à la satisfaction du désir d'enfant chez les couples infertiles diminue, du fait des progrès de la science et en particulier des succès de l'ICSI (injection intra-cytoplasmique).

**Arguments favorables à la levée de l'anonymat.** On le relève depuis longtemps : « Qu'y a-t-il de si dangereux dans la révélation de l'identité du donneur ? Les débats ont souvent fait état de la nécessité de protéger les donneurs et du risque de leur raréfaction dans un système où ils pourraient être retrouvés par une progéniture qu'ils n'ont pas l'intention d'assumer. Mais l'essentiel n'est pas là : comme pour l'enfant issu du passé de l'un des partenaires du couple, c'est l'intrusion du tiers dans la trilogie familiale qui est redoutée comme une menace pour l'équilibre de la famille. C'est pourquoi, malgré un fort courant opposé à l'anonymat, celui-ci est en général considéré comme un moindre mal »<sup>92</sup>.

Or, le développement psychique d'un individu suppose que, s'il le souhaite, il puisse retracer – et raconter – son histoire personnelle. Le secret des origines suscite une perturbation psychique profonde : savoir d'où l'on vient contribue à la construction de la personnalité et de l'identité<sup>93</sup>, comme le démontrent les aspirations des enfants adoptés. La connaissance de ses origines génétiques apparaît nécessaire à la formation identitaire, et essentielle pour pouvoir se connaître soi-même et se situer dans la structure sociale ; ne pas savoir de qui l'on est issu provoque un sentiment d'incomplétude.

Dès 2008, on observait que « l'examen des dispositions étrangères fait apparaître une tendance à donner la priorité au droit des enfants à la connaissance de leurs origines génétiques et donc à lever l'anonymat des donneurs » : la plupart des États qui admettent le recours à un tiers donneur prévoient *a minima* un accès aux données non identifiantes et, la plupart du temps, la possibilité de prendre connaissance de l'identité du donneur ; bien plus, plusieurs pays qui avaient initialement opté pour la règle du secret y ont ensuite renoncé, comme en témoignent les réformes accomplies en Autriche, en Finlande, en Norvège,

<sup>92</sup> F. DREIFUSS-NETTER, « La filiation de l'enfant issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers », *RTDciv.*, 1996, p. 1.

<sup>93</sup> G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014 ; G. DELAISI DE PARSEVAL, *Famille à tout prix*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2008. Pour une analyse divergente, voy. G. PENNING, « De anonimiteit van de gametendonor », *op. cit.*, p. 193, spéc. pp. 204 et s. Il ne s'agit cependant pas de « reconnaître le lien génétique » (p. 214), mais simplement de faire preuve de transparence et de respecter l'intérêt de l'enfant en quête de repères, et uniquement si celui-ci le souhaite, sans qu'il se heurte alors au mur implacable de la loi.

aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Suède et en Suisse<sup>94</sup>. En somme, le dogme du secret absolu imposé en France et en Belgique apparaît, on l'a déjà indiqué, comme une solution très isolée.

Comme l'a bien démontré Irène Théry, la levée de l'anonymat des dons d'engendrement, qui représente une tendance forte dans les sociétés démocratiques développées, permet la construction de *l'identité narrative* de l'enfant (et non la remise en cause de sa filiation) et « témoigne d'une véritable évolution sociale et culturelle concernant l'approche de l'AMP en général » : « le grand changement exprimé par la levée de l'anonymat dans le cas de l'AMP est que l'acte de don y est considéré désormais comme vraiment spécifique. On n'accepte plus de le ramener au modèle du don de sang, car le don en AMP n'implique pas seulement deux parties mais bien trois : le donneur, le receveur, et l'enfant né du don. C'est un changement majeur que d'avoir enfin intégré la finalité – que les philosophes de l'action nomment aussi l'intentionnalité – d'un don “biologique” ou “corporel” à la compréhension de ce qu'est cet acte. Si on le considère comme action humaine signifiante (*actus humanus*), un don dont la finalité est d'aboutir à une naissance n'est *pas du tout la même action* qu'un don dont la finalité est de soigner une pathologie »<sup>95</sup>. Et « la conséquence immédiate de ce changement de perspective est l'attention accordée à *l'enfant*, autrement dit à celui qui fut par définition “le grand oublié” de la perspective médicale assimilant don de gamète et don de sang, et qui n'est pas moins oublié des analyses de sciences sociales centrées sur la seule relation donneur/receveur » ; il s'agit de permettre, en droit et en fait, une « réponse à la question “À qui dois-je d'être né?”. Que cette question soit considérée comme importante et que l'on puisse lui donner une réponse fait partie des “évidences” qui vont tellement de soi dans l'ensemble des sociétés [...] que l'on peine à imaginer ce que serait un système de parenté où cette question ne pourrait pas être posée »<sup>96</sup>.

L'enfant pourrait certes être déçu par la personnalité ou l'attitude du donneur s'il vient à le rencontrer, mais il n'y sera évidemment pas contraint – il s'agirait bien sûr d'un choix de l'enfant, et non d'une obligation qui lui serait faite – et il aura eu l'occasion d'y réfléchir en amont, le cas échéant avec l'aide de professionnels ou dans le cadre d'une médiation. Et s'il l'est, cela pourrait être de nature à renforcer ses véritables liens familiaux avec ses parents. La transparence permettrait enfin de couper court à un fantasme souvent évoqué : le risque

<sup>94</sup> Sénat français, « L'anonymat du don de gamètes », étude de législation comparée n° 186, septembre 2008, *Les documents de travail du Sénat*, série Législation comparée ; voy. aussi l'étude antérieure de la Cellule de législation comparée du Sénat, « Le droit à la connaissance de ses origines génétiques », février 2000 ; G. MATHIEU, « La place du donneur d'engendrement », *op. cit.*, pp. 150 et s. Voy., pour un panorama complet de droit comparé, B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, coll. Droit, éthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2008.

<sup>95</sup> I. THÉRY, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment “éthique” ? », *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013, en ligne, <http://revdh.revues.org/193>, pp. 5-6. Précisons, s'il en était besoin, qu'AMP signifie assistance médicale à la procréation (acronyme usité en France).

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 6.

– très hypothétique – que l'enfant noue une relation sentimentale et sexuelle avec une personne issue du même donneur, ce qu'il convient naturellement d'éviter.

Ajoutons que dans des cas probablement fort rares, mais pas inexistantes, il serait indiqué de pouvoir faire retour vers le donneur et relier celui-ci à l'enfant pour des raisons *médicales*, tenant par exemple au traitement d'une affection génétique<sup>97</sup>; la transparence peut ici se recommander, *mutatis mutandis*, du prescrit de l'article 11 de la loi du 19 décembre 2008 organisant un « droit de retour » des informations médicales ou scientifiques « ayant des conséquences significatives pour l'état de santé du donneur » vers la personne sur laquelle du matériel corporel humain a été prélevé. La cohérence voudrait qu'il pût également en être ainsi en cas de prélèvement de matériel reproductif. Cela fonctionne bien sûr dans les deux sens : les enfants nés de dons anonymes sont dans l'impossibilité de fournir à un médecin une histoire médicale (génétique) sûre et fiable, ce qui est susceptible d'hypothéquer leur droit à des soins de santé optimaux. Il n'est à cet égard pas suffisant que, comme le prévoient les articles 35, 36, 64 et 65 de la loi du 6 juillet 2007, les informations médicales relatives aux donneurs « susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître » puissent être communiquées par le centre de fécondation, pour autant que la santé de la personne qui a été conçue par l'implantation d'embryons surnuméraires ou l'insémination de gamètes le requière, « à son médecin traitant et à celui de la receveuse ou du couple receveur » : c'est *l'enfant lui-même* qui devrait être le créancier des informations médicales et génétiques pertinentes pour sa propre santé (le dispositif français est sur ce point plus précis). Il est pour le moins problématique que les enfants nés d'une insémination avec donneur ne soient aucunement en mesure d'indiquer à leur médecin traitant s'ils ont, par exemple, des antécédents cardiaques « du côté de leur père »...

**Connaissance par l'enfant de la manière dont il a été conçu.** S'engager dans la voie d'une levée, fût-elle prudente et progressive, de l'anonymat des dons de gamètes ou d'embryons pourrait s'avérer un vœu pieux si les parents ne commencent pas par *révéler à l'enfant qu'il est né d'un tel don*. Or, il semble

<sup>97</sup> En France également, le principe d'anonymat souffre déjà un tempérament fondé sur la nécessité thérapeutique, ce qui « permet [...] de ne pas priver les enfants issus de la procréation assistée des informations qui leur sont nécessaires dans un but thérapeutique » (G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 9<sup>e</sup> éd., coll. Domat droit privé, Paris, Montchrestien, 2006, p. 461, n° 300). Voy. C. MARLIAC, « L'accès désiré aux origines. Quel accès? », in C. BYK et C. MARLIAC (dir.), *20 ans de lois de bioéthique*, coll. Droit et Société, Paris, MA éditions, 2016, pp. 67-70, qui observe judicieusement (p. 69) que « la notion de nécessité thérapeutique pourrait [...] couvrir la nécessité formulée par la personne demandeuse d'information » (la santé se définissant classiquement comme « un état complet de bien-être physique et psychique »); déjà en ce sens, de manière certes interrogative, M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *op. cit.*, p. 75. De même, S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *op. cit.*, p. 2115, qui émet l'idée « que la réserve de nécessité thérapeutique a vocation à jouer lorsque le secret organisé par la loi autour des conditions de procréation de la personne née suite à une IAD lui cause des troubles psychologiques ».

que la franchise soit rare sur ce plan<sup>98</sup>. Il est permis de s'en étonner et de le déplorer. À qui et à quoi sert ce culte du secret quant à l'aide que la science a dû fournir aux parents pour avoir la joie d'accueillir et d'élever leur enfant? Outre que la motivation principalement citée est de bien peu de poids<sup>99</sup>, on observe avec clairvoyance que les enfants de femmes seules ou de couples lesbiens, eux, découvriront forcément assez rapidement qu'un tiers est intervenu dans leur engendrement. L'anonymat deviendrait-il un facteur potentiel de discrimination entre enfants de couples gays et hétéros? On avoue avoir du mal à percevoir en quoi le voile de l'hypocrisie, voire du mensonge, serait bénéfique à la construction de l'enfant et à l'épanouissement de la vie familiale. Cela étant, aucune règle de droit ne saurait imposer aux parents de révéler à l'enfant la manière dont il a été conçu<sup>100</sup>; ceci relève de leur morale personnelle, de leur autonomie et de leur vie privée et familiale. Mais un *counseling* bien conduit devrait à tout le moins les y inciter avec insistance.

Car ainsi, un effet pervers se fait jour: il apparaît que les pays ayant opté pour une levée de l'anonymat «se heurtent fréquemment en pratique à la *loi du silence*», en ce sens que les parents ne révèlent pas à l'enfant qu'il est le fruit d'une PMA avec tiers donneur, ce qui est de nature à tenir en échec «l'objectif recherché, à savoir la possibilité pour l'enfant d'avoir des informations sur son origine»<sup>101</sup>. Or, «la question de la levée de l'anonymat se pose partout avec beaucoup d'acuité. Ceci traduit une volonté de voir reconnaître la demande de l'enfant né de l'AMP. Il semble important de partir de ce constat d'une demande généralisée de levée de l'anonymat, indépendamment du fondement de celle-ci»<sup>102</sup>. Mais il faut alors «préconiser, à défaut de l'institutionnaliser en fixant une obligation juridique, de tout mettre en œuvre pour inciter les couples

<sup>98</sup> Voy. les études citées par E. JACKSON, *Medical Law. Text, Cases, and Materials*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2010, pp. 787-788, J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2010, p. 372, et J.C. HARPER, D. KENNETT et D. REISEL, «The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business», *Hum. Reprod.*, 2016, vol. 31, p. 1135. Sur les motivations des parents pour révéler ou non son «statut» à l'enfant, voy. A. INDEKEU *e.a.*, «Factors contributing to parental decision-making in disclosing donor conception: a systematic review», *Hum. Reprod.*, 2013, vol. 19, p. 714.

<sup>99</sup> Elle tient globalement à la crainte, d'une part, de révéler une infertilité supposément stigmatisante – alors qu'aucune pathologie ne devrait l'être – et, d'autre part, de fragiliser ou mettre en péril la relation de l'enfant avec son parent non génétique («tu n'es pas mon vrai père»)...

<sup>100</sup> G. Mathieu considère pour sa part «qu'une obligation légale, à charge des parents, d'information de l'enfant quant à son mode de conception (procréation médicalement assistée hétérologue ou gestation pour autrui) ou quant à son mode d'entrée dans la structure familiale (adoption) devrait être instaurée», norme qui «aura sans doute une portée essentiellement symbolique» mais qui «constituera un incitant supplémentaire à la levée du secret» (G. MATHIEU, «Le droit de connaître ses origines: un droit fondamental», [http://www.childsrightrights.org/documents/actualites/edits/droit-origines\\_gm.pdf](http://www.childsrightrights.org/documents/actualites/edits/droit-origines_gm.pdf), p. 31).

<sup>101</sup> B. FEUILLET-LIGER, «Procréation médicalement assistée et anonymat: au-delà des divergences», in B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, coll. Droit, éthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 314.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 310.

infertiles à dévoiler le mode de conception à leur enfant. Si le problème du secret du mode de conception doit être distingué de celui de l'anonymat, il est le premier à nécessiter une mobilisation car ses conséquences peuvent être [...] désastreuses»<sup>103</sup>.

**Procréation et filiation, origines et parenté.** Outre que d'aucuns s'interrogent sur le sens que peut encore revêtir l'anonymat du don de gamètes ou d'embryons à l'heure de l'essor des tests génétiques<sup>104</sup>, il est de plus en plus manifeste qu'il serait urgent, non pas de remettre frontalement en cause le principe d'anonymat des dons d'engendrement, mais de mettre en place *une procédure spécifique permettant aux enfants nés d'un tel don, sous certaines conditions et à partir d'un certain âge, d'avoir accès à l'identité des donneurs de gamètes ou d'embryons dont ils sont issus, et a minima de pouvoir prendre connaissance de donnes non identifiantes à leur sujet.*

Dans le délicat exercice de la balance des intérêts, ceux de l'enfant – droit de connaître ses origines biologiques et les racines de son histoire –, partie faible de cette relation tripartite, grand oublié d'une régulation qui s'est bornée à entériner les pratiques, doivent prévaloir. Est-il légitime de maintenir, dans le cadre des procréations assistées au sens large, «l'ancien modèle matrimonial qui obligeait, quand les parents n'étaient pas les géniteurs, à faire "comme si" ils l'étaient, quitte à enfermer l'enfant dans le mensonge, à manipuler son histoire et à mettre en lambeaux son identité narrative, pour sauver les apparences»<sup>105</sup>, et ce alors même que le droit belge actuel de la filiation tend, certes pas sans limites, à favoriser la consécration légale de la réalité biologique? Les réflexions sont déjà nombreuses en ce sens, en particulier en France, parmi les juristes<sup>106</sup>

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 311. L'auteur précise qu'«en développant les hypothèses de connaissance de son mode de conception par l'enfant, la question de l'anonymat risque, en pratique, d'être souvent désamorcée. En effet, il y a tout lieu de penser que bon nombre de ces enfants ne souhaiteront pas aller plus loin dans leur volonté d'accéder à des informations sur le donneur».

<sup>104</sup> J.C. HARPER, D. KENNETT et D. REISEL, «The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business», *op. cit.*, selon qui «*all parties concerned must be aware that, in 2016, donor anonymity does not exist*», et qui concluent que «*the spread of genomic testing is likely to make anonymous gamete donation and parental non-disclosure highly problematic*».

<sup>105</sup> Selon les propos durs et clairvoyants de la sociologue I. Théry, ici dans une tribune parue dans *Libération* le 20 décembre 2016. Voy. aussi le fort plaidoyer du Dr S. Viville, professeur à la Faculté de médecine de Strasbourg et spécialiste de la PMA au CHU de Strasbourg, qui dénie toute pertinence aux arguments favorables à l'anonymat et affirme qu'avec la levée de celui-ci, «le statut du donneur change, il passe d'une clandestinité honteuse à une reconnaissance de son altruisme. L'anonymat génère un sentiment de transgression, il revient à réaliser un acte inavouable, lié, plus ou moins consciemment, à l'adultère. Sa levée place au contraire le donneur dans une situation valorisante, il n'est plus le fournisseur d'un produit illicite. Il acquiert une identité, son acte est reconnu. Il devient une personne. Il est donc temps d'abolir certaines considérations morales assimilant la PMA, et en particulier avec tiers donneurs, à une transgression» (S. VIVILLE, «Don de gamètes: l'anonymat est une hérésie», *Le Monde*, 6 juillet 2017).

<sup>106</sup> Et ce depuis longtemps: voy. not. C. LABRUSSE-RIOU, «L'anonymat du donneur: étude critique du droit positif français», *op. cit.*, p. 196 (originellement in A. SÉRIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*).

comme en dehors du champ juridique<sup>107</sup>, visant à mettre fin à l'hypocrisie « d'une fiction structurante : dans la mesure du possible, faire comme si l'enfant avait été conçu sans assistance médicale et, surtout, lui permettre d'y croire »<sup>108</sup>.

Il tombe sous le sens que la question du secret – et donc de l'anonymat – doit être totalement et rigoureusement dissociée de celle de la filiation proprement dite et de toute forme de « risque » (financier, éducatif, affectif, etc.) pour le donneur. Seules sont en cause sa conscience et son éthique personnelles ; le don de gamètes a un sens et doit, s'il est effectué, être assumé. Promouvoir *de lege ferenda*, par un dispositif légal revu et plus cohérent, l'honnêteté

*Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI<sup>e</sup> siècle, op. cit.*, p. 81). Cet éminent auteur, adepte de la théorie personnaliste, fait grief à l'anonymat de « constitue[r] [...] le pivot d'une entreprise de dépersonnalisation du corps » et « de déjouer l'unité fusionnelle de la personne en son corps et ainsi d'obtenir la chose en rompant les liens avec les personnes » (pp. 200-201), mais au prix d'une analyse centrée sur les liens entre donneur et receveur, et qui occulte l'impact de l'anonymat sur l'enfant issu du don. Voy. aussi M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *op. cit.*, p. 75. L'auteur, qui observe que dès la fin des années 80 de nombreuses voix, dont celles de psychiatres renommés, se sont élevées pour exprimer leur opposition à la consécration par la loi du principe d'anonymat des donneurs (note 11), et que d'éminents auteurs tels Michelle Gobert ou Marie-Thérèse Meulders-Klein redoutèrent « les effets néfastes sur le psychisme de l'enfant du refus de toute information sur ses origines » (note 10), conclut « que la négation de la filiation biologique est peu respectueuse des droits de la personne qui subit la rupture entre filiation juridique et filiation biologique » : le refus d'admettre la liberté de l'individu « d'apprécier l'opportunité d'une information sur sa filiation biologique » lui apparaît « dangereux pour la personne qui se voit interdire par la loi l'accès à un secret qu'elle considère comme essentiel, dangereux pour les familles dont les secrets dormiraient dans des dossiers administratifs, dangereux pour les citoyens qui peuvent être menacés d'un rétrécissement de leur sphère d'autonomie par une régulation juridique inspirée davantage par les exigences scientifiques et médicales que par le respect de la dignité humaine et, de plus, contraire au principe d'égalité ». Plus récemment, parmi de nombreuses études, voy. A. BATTEUR, « Secrets autour de la conception de l'enfant (Étude de droit civil) », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, p. 15.

<sup>107</sup> Voy. not. les travaux de la sociologue I. THÉRY (*Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, éd. de l'EHESS, 2010 ; « Anonymat des dons d'engendrement : le grand malentendu du débat français », *Andrologie*, 2010, n° 20, p. 110 ; « Pouvoir lever l'anonymat des dons de gamètes : un enjeu, non de transparence, mais d'humanité commune », in R. FRYDMAN et M. FLIS-TRÈVES (éd.), *Tout dire ? Transparence ou secret*, Paris, PUF, 2012, p. 59 ; « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique" ? », *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013, en ligne, <http://revdh.revues.org/193>) et de la psychanalyste G. DELAISI DE PARSEVAL (*Famille à tout prix*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2008 ; « Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation avec donneurs de gamètes, ou le dogme de l'anonymat "à la française" », *Droit et Cultures*, 2006, p. 197 ; « L'anonymat des dons en AMP : un point de vue de psychanalyste. L'anonymat évite la vérité psychique du don », in B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, coll. Droit, éthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 55 ; « Comment entendre les demandes de levée du secret des origines ? », *Esprit*, mai 2009). Des médecins spécialisés s'expriment également : voy. not., dans l'ouvrage précité *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, J.-M. KUNSTMANN, « L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur : remise en cause de l'anonymat ? », p. 1, et C. SUREAU, « Du secret des origines à l'anonymat des procréateurs », p. 83.

<sup>108</sup> J.-R. BINET, « Le secret des origines », *J.C.P.*, 2012, n° 47, hors-série. Voy. déjà les excellentes études de F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249, et M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD Civ.*, 1988, p. 645.

et la transparence quant au mode de conception de l'enfant et quant à ses origines biologiques – certes avec prudence – pourrait être de nature, sur le plan psychologique, à favoriser son épanouissement et sa quête de repères et, sur le plan juridique, à mieux penser tant la particularité des procréations assistées faisant appel à un tiers, par rapport aux modes « classiques » d'engendrement, que l'unité fondamentale qui relie toutes les filiations telles qu'elles sont vécues. À cet égard, la figure de « parent » doit être, dans ces occurrences comme en ce qui concerne la GPA, distinguée de celle de « géniteur ». Celui-ci ne sera évidemment jamais père et/ou mère, et du reste la loi l'interdit ; ceci doit être constamment (ré)affirmé avec force, pour rassurer les donneurs. Mais l'existence de ceux-ci devrait être pleinement consacrée, et il est choquant que la loi les escamote complètement de l'histoire de l'enfant qu'ils ont contribué de manière décisive à faire venir au monde et à qui ils ont transmis la moitié de son patrimoine génétique, dans toutes les dimensions – tant somatiques que psychiques – de celui-ci<sup>109</sup>. On peut comprendre – quoique cela soit discutable – que l'on nie l'importance de l'apport génétique *dans la parenté*, qui serait (exclusivement) vécue et construite au quotidien, autrement dit socio-affective ; mais c'est à nouveau oublier qu'il est indispensable, pour appréhender correctement ces délicates questions, de bien distinguer trois degrés : les origines, la parenté et parfois, au-delà, la parentalité<sup>110</sup>. Ce n'est du reste pas avec de telles constructions théoriques que l'on rencontrera le puissant désir que l'on constate chez maints enfants nés d'une PMA avec donneur de *savoir* de qui ils sont issus<sup>111</sup>.

Ainsi que l'écrivait déjà le Doyen Cornu, de la consécration, plus ou moins ample, d'un droit d'accès à ses origines biologiques, il « ressort un dédoublement instructif de deux entités généralement liées, filiation et origine, filiation légalement établie seule efficace et descendance biologique dépourvue d'effet, au moins en droit. La connaissance de ses origines devient une fin en soi. La loi en fait la fin exclusive et suffisante de l'ouverture qu'elle pratique, le seul avantage que son bénéficiaire puisse en attendre : savoir, savoir pour savoir, savoir à l'état pur, sans interférence d'aucun autre intérêt. Dans la réalité, sans doute n'est-il pas exclu que la quête des origines trouve en elle-même sa cause

<sup>109</sup> « On peut aisément comprendre que les parents ne souhaitent pas un tiers donneur dans leur vie, mais celui-ci fait immanquablement partie de celle de l'enfant. [...] Donner des gamètes, c'est donner une hérédité à un enfant. Et la génétique, si elle n'est pas tout, n'est pas rien non plus » (F. CAILLEAU, « L'im-passe du genre dans les procréations médicalement assistées », *op. cit.*, p. 199).

<sup>110</sup> Voy. not. H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; I. THÉRY et A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014.

<sup>111</sup> Voy. not. Arthur KERMALVEZEN, *Né de spermatozoïde inconnu...*, Paris, Presses de la Renaissance, 2008, et Paris, J'ai lu, 2010, et sa sœur Audrey KERMALVEZEN, *Mes origines : une affaire d'état*, Paris, Max Milo, 2014 ; voy. le site de l'association Procréation médicalement anonyme : <http://pmanonyme.asso.fr/>. Du point de vue du donneur et du receveur, ce thème peut constituer la trame de belles œuvres romanesques : voy. D. VAN CAUWELAERT, *Un objet en souffrance*, Paris, Albin Michel, 1991, et Paris, Le Livre de Poche, 1993.

impulsive et déterminante, sous tous autres rapports désintéressés. Encore n'est-ce, en amont, qu'une espérance»<sup>112</sup>.

**Écueils et arbitrage des conflits.** À supposer qu'une ouverture légale en faveur de la transparence voie enfin le jour, comme dans maints États environnants, le donneur restera de toute façon inconnu dans la majorité des cas, puisqu'il faut, pour que l'anonymat soit levé, que l'enfant *sache* qu'il est le fruit d'un don – or, comme on l'a relevé plus haut, il ressort des études sur la question que la plupart des enfants conçus au moyen d'un don ignorent cette circonstance – et qu'il fasse la *démarche* de demander la levée de l'anonymat du donneur. Ce n'est qu'alors que l'accès aux informations qu'il est en droit de connaître pourrait être prudemment encadré, d'une manière progressive, en commençant par des données générales et non identifiantes, lesquelles pourraient du reste lui suffire<sup>113</sup>. Il conviendrait que la procédure soit de surcroît encadrée par des spécialistes, qui attesteront que la levée de l'anonymat est nécessaire au bien-être psychique de l'enfant considéré; l'appréciation doit se faire *in concreto*.

Le droit – législateur ou juge – est l'arbitre naturel des conflits, des revendications concurrentes et impossibles à satisfaire de concert; dans le domaine des procréations assistées, le conflit ici abordé, entre le droit à l'anonymat du donneur et le droit à connaître ses origines de l'enfant né par hypothèse d'une insémination avec donneur, est l'un des plus fréquemment évoqués. Le juriste se voit «sommé de trancher entre des droits subjectifs opposés», et c'est à lui qu'il revient d'imaginer le statut qu'il convient de «donner à cette personne extérieure au couple de “parents” sans l'intervention de laquelle l'enfant ne serait pas né et dont il tient, quand même, une partie de son hérité»<sup>114</sup>. Interdire à l'enfant de savoir qui est cette personne, et de pouvoir la rencontrer le cas échéant, s'ils le souhaitent tous deux, nous paraît inutilement et abusivement frustratoire: c'est alors, non pas les circonstances qui imposent, mais la loi qui institutionnalise l'opacité, d'une manière d'autant plus violente que les informations souhaitées existent, sont en possession de tiers et peuvent circuler entre médecins. Ce secret imposé paraît potentiellement encore plus douloureux s'agissant de l'enfant né d'un don d'embryon. Il ne concorde pas avec la transparence qui accompagne généralement le don d'ovocytes, et nécessairement la GPA correctement et humainement gérée par ses protagonistes. Les

<sup>112</sup> G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 9<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 418, n° 268, qui conclut (p. 423, n° 272) que «la connaissance de ses origines est, dans l'ordre des vœux et des espérances, une aspiration naturelle, non un droit subjectif ravageur». Sur ce que le droit de connaître ses origines «a uniquement pour objet une situation de fait, les données biologiques», et «ne permet aucunement d'établir ni de contester une filiation, qui relève d'un ordre différent, celui du droit, où sont en cause des réalités juridiques, biologiques et volontaires», voy. égal. P. MALAURIE, «La Cour européenne des droits de l'homme et le “droit” de connaître ses origines. L'affaire Odièvre», *J.C.P.*, 2003, I, 120, n° 10.

<sup>113</sup> En ce sens, G. PENNINGS, «De anonimiteit van de gametendonor», *op. cit.*, pp. 208-210.

<sup>114</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, «Réflexions conclusives», *op. cit.*, pp. 364-365.

interdits se doivent d'être *justifiés* pour être obéis<sup>115</sup> ; il n'est dès lors guère étonnant d'observer, dans les pays dits « progressistes » – dont le nôtre fait bien entendu partie –, une « incohérence des dispositifs législatifs, résultant tout simplement de l'impossibilité d'une construction logique, faute de base conceptuelle fiable »<sup>116</sup>.

**Quel système mettre en place?** La question qui se pose est celle de savoir ce que la loi doit dire : « trancher et décider pour les individus ce qui est bon pour eux [...] ou permettre que les deux choix puissent coexister ». La loi « doit-elle nécessairement choisir entre le droit de connaître ses origines et l'anonymat du don de sperme ou organiser leur coexistence ? Doit-elle prescrire, entre nature et artifice, le paradigme qui doit prévaloir en matière d'identité personnelle ? »<sup>117</sup>. En France, le gouvernement avait prévu de modifier le principe d'anonymat des dons de gamètes à l'occasion de la révision de la loi de bioéthique de 2011<sup>118</sup>. Le texte envisageait que les enfants nés à la suite d'un tel don pourraient, s'ils en exprimaient le souhait après leur majorité, accéder à certaines informations non-identifiantes : l'âge du donneur, son état de santé, ses caractéristiques physiques, sa situation familiale et sa catégorie socioprofessionnelle, sa nationalité et, plus important peut-être, les motivations de son don. De plus, le projet prévoyait un accès à l'identité du donneur, à la condition que celui-ci, informé de la demande, y consente. Comme l'observe Jean-René Binet, qui juge « regrettable » le choix du Parlement de rejeter d'emblée pareille ouverture, « cette dissipation du secret des origines biologiques de l'enfant était donc fondée sur l'expression de volontés libres. Celle de l'enfant devenu majeur, tout d'abord, ce qui permettait à ceux qui ne souhaitaient pas accéder à cette vérité de s'en tenir à distance. Celle du donneur ou de la donneuse, ensuite, qui pouvaient, au moment de la demande de l'enfant, choisir de conserver l'anonymat ou, au contraire, admettre qu'un jour peut-être un enfant né de leur geste serait en mesure d'accéder à leur nom »<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Sur ce que, quoi qu'on en dise et en écrive, la nullité de la GPA n'est pas rationnellement justifiée sous l'angle juridique, et ne procède que d'incantations non conformes à l'état du droit, voy. G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie corporelle et maîtrise corporelle : plaider pour un droit neutre et libéré », in G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 155. *Adde* récemment en France, S. LE GAC-PECH, « Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse », *AJ Fam.*, 2016, p. 486 et les autres réf. citées notes 4 à 6.

<sup>116</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions conclusives », *op. cit.*, p. 366.

<sup>117</sup> S. HENNETTE-VAUCHEZ, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », *op. cit.*, p. 2115. Selon l'auteur, « il semble que l'on pourrait souhaiter rechercher un système où [...] l'anonymat demeure le principe (c'est une garantie offerte aux donneurs) mais où néanmoins, il n'est pas considéré comme une menace dramatique pour l'équilibre de l'ensemble du système de la PMA que cet anonymat soit levé dans certains cas ».

<sup>118</sup> Voy. J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique*, Paris, LexisNexis, 2012, pp. 66-69.

<sup>119</sup> J.-R. BINET, « Le secret des origines », *J.C.P.*, 2012, n° 47, hors-série, et « Insémination avec tiers donneur et droit à la connaissance des origines : l'enfant impensé du droit de la bioéthique », *Dr. Fam.*, 2016/1, étude n° 1.

En Belgique, un système « à deux voies » ou « à double guichet » est régulièrement envisagé<sup>120</sup>. Il ressort de l'avis précité du Comité consultatif de Bioéthique relatif au don de sperme et d'ovules que « de nombreux membres [...] donnent leur préférence à une solution mixte » dans laquelle « le donneur pourrait choisir d'être identifiable ou non » et « les parents pourraient faire appel, selon leur choix, à l'un ou à l'autre type de donneur »<sup>121</sup> – étant précisé que le degré et le régime de « l'identifiabilité » du donneur resteraient à construire. Nous voyons là le prototype de la fausse bonne idée. Qui n'aperçoit, en effet, qu'un tel système induit automatiquement une discrimination flagrante entre les enfants, devenus adultes, selon le choix posé par leurs parents à l'époque, choix que ceux-ci pourraient d'ailleurs amèrement regretter lorsque, devenus grands, leurs enfants leur en feront le reproche ? En outre, il y a fort à parier que les candidats donneurs seront tentés d'opter pour l'anonymat garanti, si le choix leur est laissé, et que ce système n'atteigne dès lors nullement son but. Il est très étonnant que le Comité n'ait pas même relevé cette discrimination qui paraît évidente<sup>122</sup>. Celle-ci nous semble, du point de vue de l'enfant – comment oublier que c'est essentiellement lui qui est concerné ? –, impossible à justifier d'une quelconque manière ; l'existence de « deux catégories d'enfants nés d'un don », contraints d'endurer toute leur vie les conséquences d'un choix que leurs parents auront par définition posé dans l'ignorance totale de la manière dont leur fils ou leur fille se positionnerait, en grandissant, face à cette question des origines, fait selon nous radicalement obstacle à ce que pareil système puisse être raisonnablement envisagé.

À l'objection selon laquelle pareille discrimination existe déjà puisque le don de gamètes non anonyme, résultant d'un accord entre donneur et receveur, est permis, ce dont il résulte que certains enfants auront accès à l'identité du donneur et d'autre pas<sup>123</sup>, on répondra – outre que cette possibilité dérogatoire vise surtout le don d'ovocytes et non le don de sperme – qu'il ne se déduit pas d'un accord préalable entre donneur et receveurs que les seconds informeront l'enfant de l'identité du premier. C'est donc tout différent de ce qui serait à mettre

<sup>120</sup> Voy. l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules, pp. 26-27 ; G. PENNING, « De anonimiteit van de gametendonor », *op. cit.*, pp. 199-202. Cette suggestion fut reprise dans une proposition de loi réglant la collecte, la conservation et la communication des informations relatives au don de gamètes (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 2003-2004, n° 3-559/1), laquelle donna lieu à d'intéressantes discussions au sein du groupe de travail « Bioéthique » (voy. le rapport, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-559/2). Il en ressort notamment que la question de l'éventuelle levée de l'anonymat des donneurs de gamètes était alors très discutée, et plutôt vue avec réticence.

<sup>121</sup> Avis n° 27 du 8 mars 2004, p. 44. Cette formulation est surprenante dans la mesure où, en règle très générale, le Comité ne quantifie pas la distribution des positions en son sein.

<sup>122</sup> En ce sens, G. MATHIEU, « Le droit de connaître ses origines : un droit fondamental », [http://www.childsrights.org/documents/actualites/editos/droit-origines\\_gm.pdf](http://www.childsrights.org/documents/actualites/editos/droit-origines_gm.pdf), p. 30, note 134 (résumé de sa thèse *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014), qui estime que, pour ce motif, « pareil système est évidemment inacceptable ».

<sup>123</sup> G. PENNING, « De anonimiteit van de gametendonor », *op. cit.*, p. 200.

en place. On se féliciterait que le don ait d'emblée lieu dans un contexte relationnel transparent, ce qui du reste éteindra sans doute très tôt toute interrogation dans le chef de l'enfant; tout autre chose serait de confronter celui-ci, en quête plus tard de repères, au choix de « guichet » fait par ses parents à l'époque, par définition hors de toute connaissance de cause des enjeux futurs de celui-ci. Il est du reste particulièrement brutal, sur un plan psychologique, d'imposer pareil choix aux parents d'intention, à l'entame du processus qui est un moment émotionnellement chargé pour eux, sans compter qu'il est susceptible de générer entre eux des divergences de vues, voire des conflits.

**Mécanisme à privilégier.** Nous souscrivons pleinement à la proposition de thèse de Géraldine Mathieu<sup>124</sup>: « un système de recueil systématique des données concernant les donneurs, qui devrait au minimum porter sur les informations médicales susceptibles de s'avérer importantes pour le développement sain de l'enfant – ce qui est déjà le cas actuellement –, mais aussi sur les caractéristiques physiques du donneur, sa formation, sa profession, son âge, sa situation familiale, ainsi que toute autre information que celui-ci souhaiterait laisser, telle une description établie par lui-même en référence à une liste de caractéristiques ou encore un résumé de ses motivations ou une explication sur son intervention dans le processus de procréation. Dans la mesure où la divulgation de ces informations ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée du donneur, elles devraient automatiquement être communiquées à l'enfant mineur qui en fait la demande, accompagné de ses parents, voire seul à partir d'un certain âge. À sa majorité, ou même avant eu égard à son degré de maturité, l'enfant pourrait également solliciter l'accès à l'identité du donneur. En cas de refus de ce dernier, une balance des intérêts *in concreto* devrait pouvoir être réalisée, toujours dans cette optique selon laquelle seul le risque d'un préjudice grave pour autrui devrait permettre de faire obstacle au droit de l'enfant de connaître ses origines. Enfin, l'enfant devrait également avoir la possibilité de s'adresser à une instance officielle pour obtenir l'identité des autres enfants issus du même donneur, si ceux-ci y consentent ».

Il s'agit d'ailleurs du système le plus souvent mis en place en droit comparé. Le donneur n'y est donc pas d'emblée connu mais est *identifiable*, au moyen de données recueillies de façon systématique et consignées de préférence dans les registres d'une autorité centrale chargée d'un rôle d'intermédiaire entre l'enfant devenu jeune adulte et le(s) donneur(s) (de manière à ce que puissent se développer une « jurisprudence » uniforme et des bilans transversaux au fil du temps). L'enfant pourra connaître le « profil » du donneur, dans un premier temps, et le cas échéant son identité à partir, en principe, de l'âge de la majorité, et ce seulement s'il le souhaite et sur une démarche volontaire et consciente de sa part. Si le donneur s'y refuse, un recours permettant une appréciation *in concreto* des intérêts en présence – droit de l'homme contre droit de l'homme...

<sup>124</sup> G. MATHIEU, « Le droit de connaître ses origines : un droit fondamental », *op. cit.*, p. 30.

– serait mis en place. Pareilles règles, plus respectueuses de la *véritable portée* tant de l'engendrement avec tiers donneur que de la quête des origines, laquelle se distingue radicalement de la question de la filiation et ne vise aucunement à faire prévaloir l'élément biologique (génétique) sur le vécu socio-affectif, seraient de nature, en amont, à inciter fortement les parents à révéler à l'enfant qu'il est le fruit d'un don, ce qui paraît élémentaire. Rien ne se ferait avant que l'enfant ait grandi. De la sorte, la relation affective et familiale parents-enfant aura eu le temps de se construire et de se consolider, à l'abri de toute « interférence » ; dans le même temps, le droit n'imposerait plus aux enfants nés d'un don, de manière implacable, un vide dans leur histoire personnelle qui peut se révéler éminemment douloureux<sup>125</sup>.

Il n'est, en tout état de cause, guère admissible que la levée de l'anonymat demeure impossible *alors même* que parents et enfant *s'accorderaient* sur l'importance d'intégrer le donneur dans l'histoire personnelle de l'enfant (on peut notamment penser aux enfants nés au sein d'un couple de femmes ou élevés par une femme seule, situations où la tentation de transparence est logiquement la plus grande puisque l'absence de l'une des branches sexuées de l'engendrement apparaît d'emblée). Il en va de même si le donneur, assumant pleinement son geste, *consent* à être « retrouvé » par l'enfant né de son don, devenu majeur. Il s'agit alors de la rencontre d'aspirations individuelles que le droit n'a nulle vocation à tenir en échec. Que penser d'une norme perpétuant une analogie fallacieuse avec le don des (autres) éléments et produits du corps humain, qui manque à ce point de respect pour l'autonomie individuelle et la vie familiale ? Ajoutons que le droit du donneur au respect de sa vie privée serait préservé par le dispositif qu'à la suite de notre collègue nous suggérons ; il ne s'appliquerait qu'aux dons futurs, et préserverait la totale confidentialité sur la foi de laquelle les donneurs se sont engagés jusqu'ici. *À l'avenir*, ils sauraient à quoi s'en tenir, et la transparence souhaitée serait de nature à les rendre mieux conscients du geste qu'ils posent, lequel n'est pas anodin : il peut être attendu d'eux qu'ils l'assument pleinement – ce qui, rappelons-le, n'implique évidemment aucune « responsabilité juridique » quelle qu'elle soit vis-à-vis de l'enfant.

**Conclusion.** On se demandera, avec Irène Théry, s'il n'est « pas temps que le droit incite tout simplement à assumer ce que l'on fait dans les centres d'aide médicale à la procréation, et même, pourquoi pas, à le *valoriser*, puisque après tout, ces centres prétendent, à juste titre, organiser quelque chose que la société tout entière considère comme bon et bien en permettant la naissance d'enfants qui ne seraient pas nés sans leur concours... et celui des donneurs qu'ils recrutent »<sup>126</sup>. Car « c'est du côté de l'identité narrative qu'il faut se

<sup>125</sup> Voy. les témoignages recueillis sur le site de l'association Procréation médicalement anonyme : <http://pmanonyme.asso.fr/>.

<sup>126</sup> I. THÉRY, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique" ? », *La Revue des droits de l'homme*, 3/2013, en ligne, <http://revdh.revues.org/193>, p. 10.

tourner si l'on veut comprendre le sens des revendications actuelles à un droit d'accès aux origines, sans faire semblant de croire qu'il s'agit de la quête absurde d'un "début" ou d'un "fondement" primordial, mais en comprenant à l'inverse que l'enjeu de ces revendications est d'être replacé symboliquement dans la condition humaine commune, celle d'une transmission générationnelle qui ouvre deux fois vers l'inconnu : celui du passé et celui du futur de l'humanité, et qui n'est rien moins que *la condition de mortalité* nous situant à l'intérieur d'un monde humain signifiant qui a commencé avant notre naissance, qui continuera après notre mort, et dans lequel nous devons passer notre vie»<sup>127</sup>.

Il ressort de notre parcours que « l'évolution vers une levée de l'anonymat est en marche » mais qu'« elle doit s'accompagner de deux outils » : d'une part, « assurer une large information sur les incidences réelles de la levée de l'anonymat (positives et négatives) », de façon à « conduire à un véritable débat et, par voie de conséquence, à une atténuation de l'actuelle ampleur des craintes » ; d'autre part, un « encadrement juridique des conséquences de la levée de l'anonymat » car, s'il persiste « une volonté de ne pas toucher à la filiation de l'enfant à l'égard du couple », « cet objectif peut être concilié avec une certaine reconnaissance du donneur »<sup>128</sup>. Il apparaît en effet que « la levée de l'anonymat sous conditions n'est [...] ni une proposition démagogique ni une mesure dangereuse. Son audace est mesurée puisqu'elle ne fait qu'"aligner" dans un droit commun le statut des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation »<sup>129</sup>. En effet, « la vérité est une valeur par elle-même et n'a pas besoin d'être "utile" », tandis « que [...] le développement des mouvements d'enfants adoptifs recherchant leurs origines indique le besoin pour chacun de s'enraciner dans une histoire pour structurer sa personnalité »<sup>130</sup>.

Nous rejoignons une fois encore le constat de notre collègue Géraldine Mathieu : « l'anonymat absolu du tiers qui participe au projet parental d'autrui est tout aussi insoutenable » que le secret de l'adoption et celui qui découle d'un accouchement sous X, et il s'indique de plaider « pour une modification de la loi belge (du 6 juillet 2007) dans le sens d'une levée de l'anonymat »<sup>131</sup>. Ceci permettra enfin à « tout enfant qui en ressent le besoin – il ne saurait en effet y avoir d'*obligation* de connaître ses origines – [de] pouvoir découvrir d'où il vient, qui sont ses parents de naissance, quelle est son histoire », car « le droit de connaître ses origines apparaît comme un droit fondamental, qui participe

<sup>127</sup> *Ibid.*, pp. 20-21, et la réf. à H. ARENDT, *La crise de l'éducation*, coll. Folioplus philosophie, Paris, Gallimard, 2007.

<sup>128</sup> B. FEUILLET-LIGER, « Procréation médicalement assistée et anonymat : au-delà des divergences », *op. cit.*, p. 315.

<sup>129</sup> C. BYK, « La levée de l'anonymat du don de gamètes. Une mesure modeste et équilibrée », *J.C.P.*, 2010, n° 47, 1135.

<sup>130</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTDciv.*, 1995, p. 249.

<sup>131</sup> G. MATHIEU, « Le droit de connaître ses origines : un droit fondamental », *op. cit.*, pp. 27 et 29.

de la dignité humaine de sorte qu'il ne devrait être limité que de manière exceptionnelle, et uniquement s'il existe un risque de préjudice grave pour autrui »<sup>132</sup>.

## Bibliographie sélective

Avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 27 relatif au don de sperme et d'ovules (mars 2004), n° 29 relatif au don d'embryon (juin 2004) et n° 37 portant sur l'usage des tests ADN en matière de détermination de la filiation (novembre 2006), <https://www.health.belgium.be/fr/liste-des-avis>.

Avis du Comité consultatif national d'éthique français n° 90, Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation (novembre 2005), <http://www.ccne-ethique.fr/fr/publications>.

*Donor conception: ethical aspects of information sharing*, rapport du Nuffield Council on Bioethics, 2013, <http://nuffieldbioethics.org/project/donor-conception>.

« L'anonymat du don de gamètes », Étude de législation comparée du Sénat français n° 186 (septembre 2008), <https://www.senat.fr/notice-rapport/2007/lc186-notice.html>.

*Inquiry into Access by Donor-Conceived People to Information about Donors*, rapport du Victorian Parliament Law Reform Committee (mars 2012), <https://parliament.vic.gov.au/lawreform/article/1468>.

Rapport fait au nom du groupe de travail « Bioéthique » au sujet de la proposition de loi réglant la collecte, la conservation et la communication des informations relatives au don de gamètes, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, séance du 9 mars 2005, n° 3-559/2.

Dossier *Bioéthique: le don en débat*, La Vie des Idées (février 2011), <http://www.laviedesidees.fr/Bioethique-le-don-en-debat,1356.html>.

BORD, M., PREMAND, V., SANDOZ, S. et PIOTET, D., *Le droit à la connaissance de ses origines*, Schulthess Verlag, Recherches juridiques lausannoises, 2006.

DELAISI DE PARSEVAL, G., *Famille à tout prix*, coll. La couleur des idées, Paris, Seuil, 2008.

DEPADT, V., *Anonymiser la vie? Le Conseil d'État, le don de gamètes et la volonté de savoir*, coll. Exégèses, Paris, LDGJ, 2017.

FEUILLET-LIGER, B. (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, coll. Droit, éthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2008.

FEUILLET-LIGER, B. et CRESPO-BRAUNER, M.-C. (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2014.

FRYDMAN, R. et FLIS-TRÈVES, M. (éd.), *Tout dire? Transparence ou secret*, Paris, PUF, 2012.

FULCHIRON, H. et SOSSON, J. (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

KERMALVEZEN, Arthur, *Né de spermatozoïde inconnu...*, Paris, Presses de la Renaissance, 2008, et Paris, J'ai lu, 2010, et sa sœur KERMALVEZEN, Audrey, *Mes origines: une affaire d'état*, Paris, Max Milo, 2014.

<sup>132</sup> *Ibid.*, pp. 42-43.

PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET GESTATION POUR AUTRUI

---

MATHIEU, G., *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014.

MATHIEU, G., «La place du donneur d'engendrement», in FULCHIRON, H. et SOSSON, J. (dir.), *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 135-168.

MIEUSSET, R. et JOUANNET, P. (éd.), *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat?*, Berlin, Springer-Verlag, 2010.

MIRKOVIC, A. (dir.), *Le don de gamètes*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2014.

SCHAMPS, G. et SOSSON, J. (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

THÉRY, I., *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2010.

THÉRY, I. et LEROYER, A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, Odile Jacob, 2014.