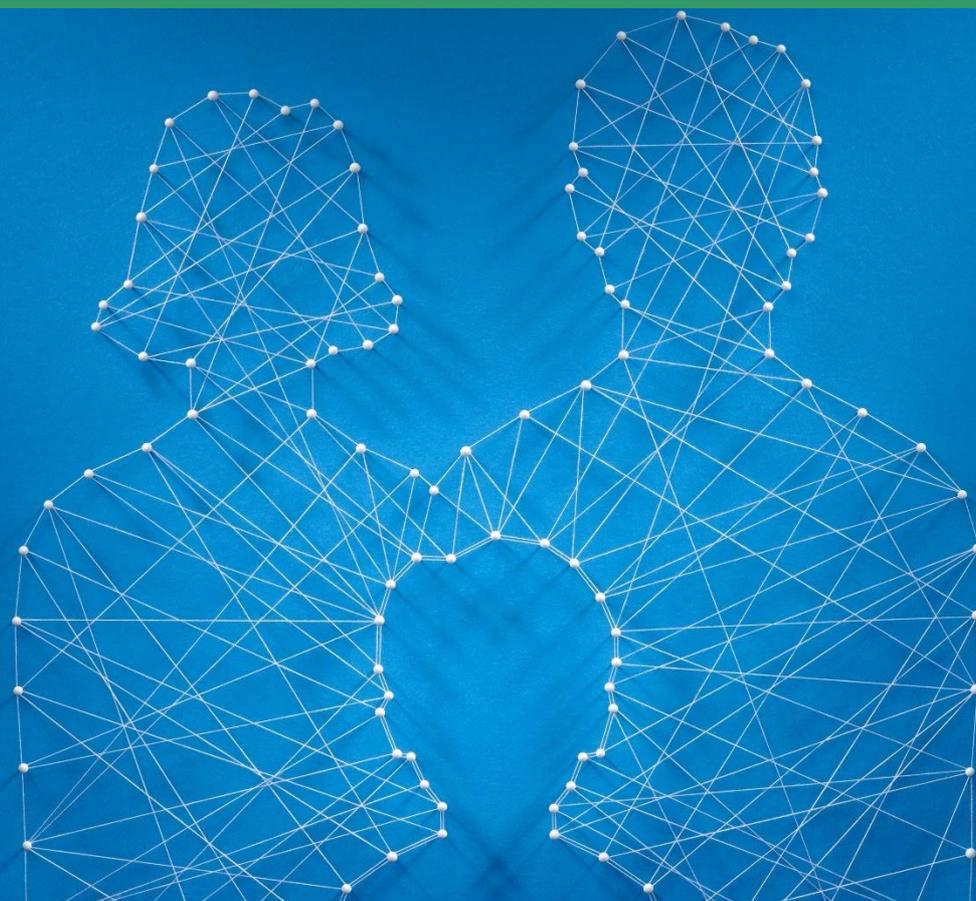


ACCÈS AUX ORIGINES DES PERSONNES CONÇUES PAR DON DE GAMÈTES



www.coe.int/cdcj

**Etude comparative
préparée par
Jean-René Binet**



ETUDE COMPARATIVE SUR L'ACCÈS AUX ORIGINES DES PERSONNES CONÇUES PAR DON DE GAMÈTES

**préparée par Jean-René Binet
Professeur, Faculté de droit,
Université de Rennes, France
sous la supervision du
Comité européen de coopération juridique (CDCJ)**

Conseil de l'Europe

Édition anglaise :

Access of persons conceived by gamete donation to information on their origins

Les points de vue exprimés dans cet ouvrage n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la ligne officielle du Conseil de l'Europe.

La reproduction d'extraits (jusqu'à 500 mots) est autorisée, sauf à des fins commerciales, tant que l'intégrité du texte est préservée, que l'extrait n'est pas utilisé hors contexte, ne donne pas d'informations incomplètes ou n'induit pas le lecteur en erreur quant à la nature, à la portée et au contenu du texte. Le texte source doit toujours être cité comme suit : « © Conseil de l'Europe, année de publication ». Pour toute autre demande relative à la reproduction ou à la traduction de tout ou partie de ce document, veuillez vous adresser à la Direction de la communication, Conseil de l'Europe (F-67075 Strasbourg Cedex), ou à publishing@coe.int.

Toute autre correspondance concernant ce document doit être adressée à la Division de la coopération juridique, Direction générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit, DGI-CDCJ@coe.int).

Ce rapport a été commandité par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ). Il a été présenté au CDCJ lors de sa 98e réunion plénière (1-3 juin 2022), à l'occasion de laquelle le comité a approuvé sa publication.

Photo : Conseil de l'Europe,
© Shutterstock
Éditions du Conseil de l'Europe
F-67075 Strasbourg Cedex
© Council of Europe, décembre 2022

Table des matières

RÉSUMÉ	5
I. INTRODUCTION	7
1. Contexte	7
2. Méthodologie et périmètre de l'étude	7
II. QUESTIONS SOULEVÉES PAR LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À LA CONNAISSANCE DES ORIGINES AU PROFIT DES ENFANTS NÉS D'UN DON DE GAMÈTES OU D'UN ACCUEIL D'EMBRYON ..	9
1. Superposition des dimensions biologique et juridique de la filiation	9
1.1. Origine et filiation maternelles	9
1.2. Origine et filiation paternelles	9
2. Absence de superposition des dimensions biologique et juridique de la filiation	10
2.1. En matière d'adoption	10
2.2. En matière d'assistance médicale à la procréation	10
III. ARGUMENTS RELATIFS À L'ACCÈS AUX ORIGINES	12
1. Arguments favorables à la consécration d'un droit à l'accès aux origines	12
1.1. Revendications des enfants nés d'un don de gamètes.....	12
1.2. Développement des bases de données génétiques	14
2. Arguments défavorables à la consécration d'un droit à l'accès aux origines	14
2.1. Droit au secret des parents	15
2.2. Risque possible de déstabilisation de la famille légale	15
2.3. Droit à l'anonymat du donneur	15
2.4. Risque de tarissement des dons de gamètes.....	16
3. Analyse et mise en perspective des arguments opposés	17
IV. CADRE JURIDIQUE DU DROIT DES PERSONNES CONÇUES PAR DON À CONNAÎTRE LEURS ORIGINES	19
1. Aspects de droit international	19
1.1. Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies.....	19
1.2. Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale	22
1.3. Conventions du Conseil de l'Europe	23
2. Jurisprudence en matière d'accès aux origines	24
2.1. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	24
2.2. Jurisprudence des Cours constitutionnelles	26
3. Éléments de droit comparé et analyse	27
3.1. Solutions nationales en matière d'accès à l'identité du donneur	27
3.2. Solutions nationales en matière d'accès aux informations non-identifiantes	32
3.3. Tendances et perspectives	35
V. CONCLUSIONS ET ÉLÉMENTS PRÉLIMINAIRES À CONSIDÉRER POUR UN ÉVENTUEL FUTUR INSTRUMENT JURIDIQUE	37
VI. GLOSSAIRE	39

Résumé

Le présent rapport a pour objet de présenter les résultats de l'analyse de la littérature existante, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la jurisprudence pertinente des cours constitutionnelles des États membres et de leurs législations nationales portant sur le droit des personnes conçues par un don de gamètes ou issues d'un accueil d'embryon de connaître leurs origines. Outre l'identité du donneur, le présent rapport envisage également les solutions nationales en ce qu'elles permettent l'accès à des données non-identifiantes telles que l'âge, l'apparence ou encore la situation professionnelle du donneur, ainsi que les informations relatives à son état de santé.

La première partie du rapport contextualise cette étude au regard des interrogations du Conseil de l'Europe quant à la faisabilité et l'opportunité de préparer un projet de recommandation ou un autre instrument non contraignant en matière de droit des personnes conçues par don de gamètes d'accéder à leurs origines. Pour circonscrire le périmètre de l'étude, elle en définit les termes principaux que sont l'assistance médicale à la procréation exogène et les origines. Elle précise ensuite l'objectif de l'étude, qui est de dresser un panorama suffisamment précis du droit existant pour être en mesure d'en tirer d'éventuelles conclusions quant à la pertinence d'élaborer des recommandations en matière de reconnaissance d'un droit à la connaissance des origines au profit des personnes conçues par don. Elle présente enfin la méthodologie retenue pour la réalisation de l'étude et les principales sources étudiées.

La deuxième partie identifie les questions soulevées par la reconnaissance d'un droit à la connaissance des origines au profit des enfants nés d'un don de gamètes ou d'un accueil d'embryon. A cet égard, cette partie permet d'abord d'explorer les relations et différences qu'entretiennent, l'une à l'égard de l'autre, les notions de filiation et d'origine. Si ces deux notions se superposent la plupart du temps, il existe cependant des hypothèses dans lesquelles elles ne coïncident pas. Ces hypothèses, qui constituent le creuset de la question de l'accès aux origines, sont l'adoption et le recours à l'assistance médicale à la procréation exogène. Cette partie permet ainsi de saisir comment les solutions pensées en matière d'adoption et d'accouchement sous X constituent la matrice conceptuelle de la consécration du droit à la connaissance des origines en matière d'assistance médicale à la procréation exogène.

La troisième partie dresse un état des arguments favorables ou défavorables à la consécration de l'accès aux origines au profit des enfants nés du recours à un don de gamètes. Les éléments militant en faveur de cette consécration sont de deux ordres. D'abord, alors que les différents droits nationaux ont commencé par négliger leur situation, les enfants devenus adultes ont, pour certains d'entre eux, revendiqué leur droit aux origines. Ensuite, les progrès techniques réalisés tant en matière de génétique que d'informatique rendent aujourd'hui illusoire la garantie du secret des origines. S'agissant des éléments qui tendraient à s'opposer à une telle consécration, il s'agit du droit au secret des parents, du risque possible de déstabilisation de la famille légale, du droit à l'anonymat du donneur et enfin, du risque de tarissement des dons de gamètes. Aucun de ces arguments n'étant décisif par lui-même, une analyse et une mise en perspective de l'ensemble de ces arguments permet de conclure à la nécessité de solutions nuancées en matière d'accès aux origines.

La quatrième partie contient le cadre juridique de la reconnaissance de ce droit incluant des aspects de droit international, un aperçu et une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence pertinente des Cours constitutionnelles des États membres et enfin un panorama comparatif et une analyse de la législation des États membres en la matière. Cette partie permet d'identifier des règles et des principes susceptibles de fonder l'affirmation de l'existence d'un droit à la connaissance des origines au plan international et d'examiner les tendances et les lacunes existantes.

Le droit à la connaissance des parents consacré par la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies ou du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la même convention, permettent ainsi de voir combien la question de l'accès aux origines a vocation à être appréhendée par des concepts de droit international. La Convention de La Haye sur l'adoption internationale affirme également l'existence d'un droit à la connaissance des origines, uniquement en matière d'adoption, comme le fait la convention européenne en matière d'adoption d'enfants. Enfin et surtout l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme révèlent la Convention de La Haye sur l'adoption internationale possibilité d'une consécration de ce droit dans le cadre du Conseil de l'Europe. Ces aspects étant vus, l'examen des solutions issues des droits nationaux révèle, au-delà de la disparité des approches, une tendance très perceptible à la reconnaissance du droit à la connaissance des origines personnelles. Ce consensus en cours de construction incite par conséquent à suggérer la préparation d'une recommandation portant sur cette importante question.

Les conclusions du rapport comprennent des propositions en vue de la rédaction d'un éventuel futur instrument juridique. Un tel instrument devrait nécessairement respecter un juste équilibre entre les droits en cause, qu'ils concernent l'enfant, les parents légaux, les donneurs ou la société toute entière.

I. Introduction

1. Contexte

1. Le Comité des Ministres, dans sa réponse à l'Assemblée parlementaire concernant sa [Recommandation 2156 \(2019\)](#) sur le « Don anonyme de sperme et d'ovocytes : trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants », a invité le Comité européen de coopération juridique (CDCJ), en consultation avec le Comité de bioéthique (DH-BIO), le Comité européen sur la transplantation d'organes (CD-P-TO) et le Comité ad hoc pour les droits de l'enfant (CAHENF), à examiner, dans le cadre de ses futures activités, s'il est faisable et souhaitable d'élaborer un projet de recommandation ou un autre instrument non contraignant pour aider les États membres à protéger les droits des personnes conçues par don à connaître leurs origines, tout en assurant un équilibre entre les intérêts et les droits des autres parties impliquées dans le don de sperme et d'ovocytes, ainsi qu'avec les intérêts de la société et les obligations de l'État¹. Dans ce contexte, le CDCJ a décidé d'entreprendre la rédaction d'une étude comparative sur les droits des personnes conçues par donneur à connaître leurs origines afin d'examiner la faisabilité d'un instrument juridique sur les droits des personnes conçues par don à connaître leurs origines, avec l'assistance de Jean-René Binet, Professeur des universités, spécialisé en droit des personnes et de la famille, droit médical et droit de la bioéthique.

2. Méthodologie et périmètre de l'étude

2. La question étudiée dans le cadre de cette analyse doit être bien circonscrite. Il s'agit uniquement d'envisager le droit pour une personne conçue par un don de gamète de connaître ses origines.
3. La personne est conçue par un don de gamètes lorsque ses parents légaux ont eu accès, la plupart du temps pour des questions d'infertilité, à une assistance médicale à la procréation exogène ou hétérologue, c'est-à-dire impliquant un tiers. Ils peuvent avoir ainsi eu recours à un don de sperme ou à un don d'ovocyte. Ils peuvent aussi avoir consenti au transfert d'un embryon conçu par un couple tiers.
4. Pour la personne conçue par don, la connaissance de ses origines signifie l'accès à l'identité du donneur de sperme, de la donneuse d'ovocyte ou des parents biologique de l'embryon dont elle est issue. A défaut d'accéder à l'identité de ces personnes, la personne conçue par don peut également souhaiter accéder à des informations non-identifiantes telles que l'âge, la profession ou certaines données médicales.
5. L'objectif de cette étude est de dresser un panorama suffisamment précis du droit existant pour pouvoir en tirer d'éventuelles conclusions quant à la pertinence d'élaborer des recommandations en matière de reconnaissance d'un droit à la connaissance des origines au profit des personnes conçues par don.
6. La méthodologie retenue est fondée sur l'analyse du droit existant tant au niveau du Conseil de l'Europe que dans les législations de ses États membres. La connaissance de ces législations est notamment fondée sur un questionnaire préparé dans le cadre de cette étude et des contributions reçues de 26 États membres. Elle est également fondée sur des instruments existants d'autres instances internationales, sur les jurisprudences de la Cour

¹ [CM/AS\(2019\)Rec2156-final](#) « Don anonyme de sperme et d'ovocytes : trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants » Recommandation 2156 (2019) de l'Assemblée parlementaire (Réponse adoptée par le Comité des Ministres le 9 octobre 2019 lors de la 1356e réunion des Délégués des Ministres).

européenne des droits de l'homme et des Cours constitutionnelles lorsqu'elles sont connues.

7. En plus des textes nationaux ou internationaux, l'étude est fondée sur plusieurs publications dont les principales sont :
 - Comité de bioéthique(DH-BIO), *Réponses des Etats membres au questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA), sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA et sur la maternité de substitution*, mise à jour 14 juin 2021 ;
 - Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE - France), avis n° 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 novembre 2005 ;
 - Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant, juin 2015 ;
 - Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), document 14835 (2019), *Don anonyme de sperme et d'ovocytes : trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants*, par P. De Sutter, rapporteure ;
 - Association PMA anonyme, *Comment ça se passe à l'étranger ?*, <https://pmanonyme.asso.fr/le-principe-danonymat-a-letranger/> (actualisé en mai 2019) ;
 - Child Identity Protection, *Child's right to identity in assisted reproductive technology*, symposium/webinar, 13-14 septembre 2021.

II. Questions soulevées par la reconnaissance d'un droit à la connaissance des origines au profit des enfants nés d'un don de gamètes ou d'un accueil d'embryon

8. L'étymologie enseigne que les origines renvoient au latin *originem*, lui-même dérivé du verbe *oriri* qui signifie naître. L'accès aux origines touche donc, à première vue à la connaissance des conditions de la naissance. Toutefois, par extension, plus que la naissance à proprement parler, c'est aux informations relatives à la filiation, prise dans sa dimension uniquement biologique, par opposition à sa nature de lien de droit, que l'accès aux origines s'intéresse. Envisager les origines consiste donc à déterminer, pour un enfant, qui sont l'homme et la femme dont sa vie procède. C'est l'objet de la généalogie, qui rejoint alors la génétique, que le sens courant désigne comme la science qui étudie les lois de l'hérédité et le support de la transmission héréditaire, c'est-à-dire le gène. L'une et l'autre disciplines dérivent en effet du verbe grec *gennân* signifiant engendrer ou donner naissance.
9. Dans la plupart des cas, ces deux dimensions de la filiation coexistent dans la mesure où l'enfant est juridiquement relié à l'homme et la femme qui sont biologiquement ses auteurs. Dans ces hypothèses, la question de l'accès aux origines ne se pose donc pas. La situation est très différente lorsque les dimensions biologique d'une part et juridique d'autre part ne coïncident pas.

1. Superposition des dimensions biologique et juridique de la filiation

10. L'accès aux origines consiste donc, pour un enfant à accéder à l'identité de ceux qui, du point de vue biologique, sont son père et sa mère. S'il est important de les distinguer l'un de l'autre c'est en raison du fait que, s'ils sont l'un et l'autre nécessaires pour la procréation des enfants, leurs rôles respectifs sont différents. Cette différence de rôle biologique dans la procréation entraîne une différence des régimes juridiques applicables à la désignation de la mère d'une part, et du père d'autre part.

1.1. Origine et filiation maternelles

11. S'agissant de la mère, la grossesse et l'accouchement, qui sont des faits publics, permettent de la désigner. Celle qui porte l'enfant et le met au monde est en effet désignée comme sa mère par application de l'adage *Mater semper certa est* : la mère est toujours certaine. L'accouchement – situation de fait – permet l'établissement du lien de filiation. Ainsi, la femme qui est à l'origine de l'enfant est désignée comme sa mère.

1.2. Origine et filiation paternelles

12. La superposition des dimensions biologique et juridique de la paternité est plus difficile à établir ou à garantir en raison du rôle très différent joué par l'homme dans la procréation des enfants. L'absence de dimension publique de la participation de l'homme – à la différence de la gestation et de l'accouchement – conduit à fonder l'établissement du lien de filiation sur la vraisemblance. Ainsi, la règle *pater is est quem nuptiae demonstrant*, qui permet de désigner le mari de la mère comme étant le père de l'enfant, traduit bien un mécanisme de vraisemblance. Il est en effet vraisemblable que le mari de la mère soit le père de l'enfant car les époux sont tenus, l'un à l'égard de l'autre, d'un devoir de fidélité. En l'absence de mariage, l'établissement de la filiation résulte de la reconnaissance, qui est un aveu de paternité traduisant là encore la vraisemblance du lien. Enfin, si aucun de ces moyens n'a conduit à l'établissement de la filiation paternelle, la possession d'état y

procèdera. Parce qu'elle permet d'établir la paternité de celui qui s'occupe de l'enfant et est considéré par ce dernier ainsi que par la société comme le père de l'enfant, la possession d'état est encore fondée sur la vraisemblance. Enfin, en l'absence de filiation établie sur la vraisemblance, la possibilité reconnue par tous les systèmes juridiques de faire établir la filiation par voie contentieuse en ayant recours à la preuve biologique, c'est-à-dire un test génétique, permettra d'accéder à l'origine de l'enfant pour l'établissement de sa filiation.

2. Absence de superposition des dimensions biologique et juridique de la filiation

13. Classiquement, les dimensions biologique et juridique de la filiation ne coïncident pas en matière d'adoption. Les techniques d'assistance médicale à la procréation exogènes en offrent des hypothèses nouvelles. C'est donc dans ces hypothèses que la question de l'accès aux origines se pose.

2.1. En matière d'adoption

14. Historiquement, les premières hypothèses d'absence de coïncidence entre la filiation biologique et la filiation maternelle résident dans le processus de l'adoption, principalement pour les enfants abandonnés à la naissance ou remis aux fins d'adoption dans des institutions. En pareille hypothèse, le lien de filiation établi par le jugement d'adoption ne correspond en effet pas à la vérité biologique.

15. L'accès aux origines de l'enfant suppose alors de révéler l'identité de ses géniteurs. Le plus souvent, il s'agit uniquement de la femme l'ayant mis au monde, ce qui sera parfois contrarié par la volonté de celle-ci de conserver l'anonymat. Dans de nombreux systèmes juridiques, une procédure d'accouchement dans le secret – on parle souvent d'accouchement sous X – permet à la femme d'obtenir le maintien de son anonymat. Ainsi que nous le verrons plus loin, c'est au sujet de ces questions que la Cour européenne des droits de l'homme a été conduite à affirmer l'existence d'un droit à la connaissance des origines personnelles² qui constitue la matrice conceptuelle du droit d'accès à ces mêmes origines pour les enfants nés d'une assistance médicale à la procréation exogène.

2.2. En matière d'assistance médicale à la procréation

16. Les techniques d'assistance médicale à la procréation, développées à partir des années 1970, peuvent être distinguées selon qu'elles sont réalisées au sein du couple ou qu'elles impliquent un tiers.

17. Lorsqu'elles sont réalisées au sein du couple – on parle alors de techniques intraconjugales ou endogènes – les pratiques d'assistance médicale à la procréation ne génèrent aucune dissociation entre les dimensions biologique et juridique de la filiation. L'enfant est en effet biologiquement celui de ceux que la loi désigne comme ses père et mère.

18. La plupart du temps d'ailleurs l'établissement de cette filiation relève des mécanismes du droit commun de la filiation charnelle : filiation maternelle résultant de l'accouchement ; filiation paternelle établie par le mariage, la reconnaissance, la possession d'état ou de manière contentieuse. Ces techniques sont utilisées dans l'immense majorité des pratiques d'assistance médicale à la procréation. On estime en effet qu'elles représentent

² *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III ; *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, 25 septembre 2012.

de l'ordre de 90 à 95 % des 8 millions de naissances consécutives à une assistance médicale à la procréation.

19. Les choses sont radicalement différentes pour les techniques impliquant un tiers : on parle alors de techniques exogènes. Qu'il s'agisse d'une insémination artificielle avec le sperme d'un donneur, de la fécondation *in vitro* d'un ovocyte issu d'une donneuse aux fins d'implantation ultérieure de l'embryon dans l'utérus de la femme, ou encore de l'accueil d'un embryon conçu par un autre couple, ces techniques aboutissent nécessairement à ce que la filiation ne corresponde pas à la vérité biologique. En pareille hypothèse la question de l'accès aux origines de l'enfant se pose, qu'il s'agisse de connaître l'identité du donneur de sperme, de la donneuse d'ovocyte ou du couple ayant consenti à l'accueil de son embryon.
20. Enfin, cette dissociation des dimensions juridique et biologique de la filiation se rencontre également en cas de recours à la gestation pour autrui. Cette expression recouvre une pluralité de pratiques dont le point commun réside en effet dans le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'autrui : un couple hétérosexuel ou homosexuel, ou une personne célibataire. L'enfant peut être conçu *in vitro* à partir des gamètes du couple, ou à partir du sperme d'un donneur et de l'ovocyte d'une donneuse. La mère porteuse peut aussi porter l'enfant conçu après insémination avec le sperme de l'homme de ses propres ovocytes. Dans tous les cas, il est prévu que l'enfant porté par cette femme soit remis aux demandeurs après sa naissance. Qu'elle soit interdite, comme c'est le cas dans la plupart des États membres, ou qu'elle soit autorisée, la situation créée par le recours à une gestation pour autrui brouille considérablement la relation qu'entretiennent la conception, la gestation, la filiation maternelle et la filiation paternelle. En la matière, si la question de l'accès aux origines se pose, ce n'est cependant pas le problème couramment soulevé devant la Cour européenne des droits de l'homme, saisie aux fins de statuer sur la possibilité d'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard des commanditaires lorsque leur droit national interdit ces pratiques³.

³ Voir par exemple : *Menesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014 (extraits) ; *Labassee c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014 ; *Foulon et Bouvet c. France*, nos 9063/14 et 10410/14, 21 juillet 2016 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, 27 janvier 2015.

III. Arguments relatifs à l'accès aux origines

21. Ce chapitre examine successivement les arguments favorables et défavorables à la consécration d'un droit à l'accès aux origines avant d'en proposer une analyse.

1. Arguments favorables à la consécration d'un droit à l'accès aux origines

22. Initialement occultée par la plupart des systèmes ayant admis le recours au don de gamètes généralement institué sur le modèle du don anonyme, la question d'un droit à la connaissance de leurs origines au profit des personnes nées d'un don de gamètes s'est progressivement inscrite à l'agenda des préoccupations des législateurs nationaux en raison de la combinaison de deux facteurs : l'existence de revendications des enfants nés d'un don de gamètes et le développement des bases de données génétiques.

1.1. Revendications des enfants nés d'un don de gamètes

23. Ainsi que nous le verrons plus loin, de nombreux systèmes juridiques fondent le recours à un tiers-donneur sur le principe d'anonymat. Cet anonymat fut, au commencement, imaginé par rapprochement avec les autres hypothèses de don d'éléments ou de produits du corps humain. Qu'il s'agisse du sang ou des organes, en effet, l'anonymat du donneur, et la gratuité de son geste, sont considérés comme des principes éthiques essentiels dans la plupart des systèmes juridiques. Par mimétisme, le recours à un donneur de gamètes a donc été pensé sur le même modèle : anonymat et gratuité. A tort ou à raison, l'anonymat a en outre été considéré comme un bon moyen pour encourager le don de gamètes. Quelles qu'en soient les vertus ou les avantages, cette logique a totalement occulté la prise en compte de l'intérêt des enfants conçus grâce à un don de gamètes. Le temps passant, ces enfants sont devenus adultes. Certains se sont lancés dans une quête de leurs origines.

24. Cette quête des origines ne se rencontre bien évidemment pas chez tous les enfants nés d'un don⁴. Toutefois, sans qu'il soit possible de déterminer avec exactitude leur proportion au regard des dizaines de milliers de personnes ainsi conçues, certains enfants expriment une souffrance liée à l'absence de connaissance de leurs origines. Cette proportion semble cependant importante si l'on en croit les chiffres avancés dans le rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2019. Il y est écrit :

« Une étude américaine de 2017 constate que sur un échantillon de jeunes adultes américains issus d'un programme de don de sperme avec identité du donneur accessible, 40% ont demandé à avoir accès à l'identité du donneur. Il ressort d'une autre étude américaine de 2010 que 65% des personnes conçues avec donneur de sperme considèrent que ce dernier constitue la moitié de ce qu'ils sont, que 70% d'entre eux se sont déjà demandé à quoi pouvait ressembler la famille de leur donneur et 69% si la famille de leur donneur voudrait les connaître. Il est donc raisonnable de penser qu'au moins une personne sur deux conçue par don cherche à connaître ses origines, d'où l'importance pour ces personnes d'avoir accès à certaines informations à propos de leurs géniteurs ».

Source : APCE, document 14835 (2019), *Don anonyme de sperme et d'ovocytes : trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants*, par P. De Sutter, rapporteure, spécialement § 16.

⁴ Pour un aperçu, nécessairement incomplet, voir Blyth E., « Discovering the 'facts of life' following anonymous donor insemination », *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 26, n° 2, 2012, pp. 143-161 ; Voir aussi Delaisi de Parseval G., « Comment entendre les demandes de levée du secret des origines ? *Esprit*, mai 2009 ; Théry I., « Anonymat des dons d'engendrement : le grand malentendu du débat français », *Andrologie*, vol. 20, n° 1, 2010, p. 110.

25. Pour faire entendre leurs voix, ces enfants ont constitué des associations militant pour la reconnaissance du droit à la connaissance de leurs origines⁵. Par ailleurs, quelques-uns ont agi en justice pour obtenir du juge ce que la loi ne leur offrait pas⁶. Actuellement, plusieurs requêtes sont pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. Preuve de l'importance de la demande, l'une de ces requêtes a conduit la Cour à poser à l'État poursuivi la question d'une éventuelle violation du droit de la requérante au respect de sa vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH »), d'une discrimination contraire à l'article 8 combiné avec l'article 14 et, surtout à apporter des précisions sur les réflexions en cours concernant la question de l'anonymat des donneurs de gamètes dans le cadre d'une réforme en cours de sa législation⁷.
26. Pour l'essentiel, la motivation des enfants revendiquant l'accès à leurs origines tient à des questions liées à leur identité et leur développement personnel. Ces personnes ressentent le besoin de savoir d'où elles viennent pour savoir qui elles sont. Pour ces personnes, l'anonymat du donneur constitue un obstacle à leur construction identitaire. En termes de droits fondamentaux, cet aspect de la question est le plus important car il porte sur la place de la personne conçue dans la société et la manière dont l'État garantit les conditions de son épanouissement personnel. Cette dimension identitaire de la question de l'accès aux origines permet par ailleurs de bien saisir la différence essentielle que le don de gamètes entretient avec le don de sang ou d'organe. Dès lors qu'il ne s'agit pas de sauver une vie mais bien d'en créer une, il semble légitime que cette vie, c'est-à-dire la personne conçue par don, se voit reconnaître le droit fondamental à savoir d'où elle vient.
27. En outre, leur revendication est également fondée sur des considérations médicales ou sanitaires. De nombreuses maladies ayant une origine génétique ou des causes génétiques de prédisposition, l'absence de connaissance de leur ascendance biologique place ces personnes dans l'incertitude et la crainte de développement de maladies. Sans entraîner nécessairement la connaissance de l'identité du donneur, ces considérations devraient conduire à lui permettre d'avoir accès aux informations médicales du donneur de manière inconditionnelle.
28. Enfin, mêlant les considérations identitaires aux aspects médicaux, l'absence de connaissance de leurs origines peut contrarier ou compliquer les projets procréatifs des personnes conçues par don. Il peut en effet s'agir pour elles de craindre la transmission d'une éventuelle maladie génétique présente dans leur ascendance inconnue ou de craindre que la personne avec laquelle elles souhaitent avoir un enfant soit, sans qu'elle le sache, un frère ou une sœur issu(e) du même donneur. Même s'il est réduit en raison de la limitation légale du nombre d'enfants pouvant être conçus à partir d'un même

⁵ Association Procréation médicalement anonyme (www.pmanonyme.asso.fr/temoignages.php) ; Donorkinderen (<https://www.donorkinderen.com/getuigenissen>) ; Enfants de donneurs (<https://pmanonyme.asso.fr/category/temoignages/temoignages-de-personnes-concues-par-don/>).

⁶ Tribunal Administratif de Montreuil, 14 juin 2012 : *JCP G* 2012, act 802, observations de. J.-R. Binet ; *RTDciv* 2012, p. 520, observations de. J. Hauser ; *D.* 2012, observations de. A. Mirkovic – Conseil d'État, avis, 13 juin 2013, n° 362981 : *Dr famille* 2013, 112, note de J.-R. Binet ; *D.* 2014, p. 1176, observations de F. Granet-Lambrechts – Cour Administrative d'Appel de Versailles, 2 juillet 2013, n° 12VE02857 : *JurisData* n° 2013-019143. – Conseil d'État, 10^e et 9^e sous-sections., n° 372121, 12 novembre 2015, sur lequel J.-R. Binet, « Insémination avec tiers donneur et droit à la connaissance des origines : l'enfant impensé du droit de la bioéthique », *Dr. famille* 2016, étude 1 – Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, 27 décembre 2017, n° 396571 : *JurisData* n° 2017-026464 ; *Recueil Lebon*, *Dr. Famille*, communication 64, note de H. Fulchiron et Repère 3, J.-R. Binet ; *RJPF* 2018-3/8, note de S. Cacioppo.

⁷ Cour européenne des droits de l'homme, cinquième section, requête n° 21424/16, *Audrey Gauvin-Fournis c. France*, communiquée le 5 juin 2018.

donneur, ce risque de consanguinité ne saurait être ignoré. Ainsi, 29 États membres consacrent des dispositions de nature à réduire le risque de consanguinité, qu'il s'agisse d'un registre mentionnant l'identité de tous les enfants nés d'un même donneur ou, plus souvent, d'une limitation du nombre d'enfants pouvant naître d'un même donneur.

1.2. Développement des bases de données génétiques

29. Le second facteur, au moins aussi efficace que le premier, est le développement de base de données génétiques permettant, désormais pour une centaine d'euros, d'obtenir un séquençage génétique et une recherche de correspondance génétique avec les millions de profils génétiques enregistrés dans la base. En permettant de manière semble-t-il simple et peu coûteuse de contourner le secret instauré, le développement de ces bases de données rend le maintien de l'anonymat techniquement illusoire.

L'histoire d'un enfant né d'un don de gamètes en France illustre très bien la facilité d'accès qu'offrent désormais ces bases de données⁸. Ayant compris, lorsqu'il a eu 18 ans, qu'il ne pourrait jamais accéder à l'identité du donneur, cet homme a milité pendant plusieurs années pour faire évoluer la loi⁹. Pour contourner la règle de strict anonymat posée par la loi française¹⁰, il a commandé un test ADN sur le site *23andMe*.

Pour la somme de 100 euros, il a reçu, au bout de 2 jours, un kit et le mode de l'emploi. Il lui était demandé de cracher de la salive dans un tube et de renvoyer le prélèvement ainsi fait aux administrateurs du site. Trois semaines plus tard, les résultats du test s'affichaient sur l'interface du site Internet qui lui proposait que son ADN soit comparé avec celui de tous les autres utilisateurs du site. Il découvrait alors le profil d'une femme vivant à Londres avec laquelle il partageait 6 % de son ADN. La contactant le soir même, il obtenait d'elle le lendemain le nom et le prénom du membre de sa famille qui s'avérait être le donneur de gamètes. Ainsi, grâce à l'utilisation de ces bases de données, pour 100 euros l'enfant né d'un don de gamètes peut accéder, en moins d'un mois, à l'identité du donneur. Comment, dans un tel contexte, maintenir une règle de secret concrètement impossible à garantir ?

2. Arguments défavorables à la consécration d'un droit à l'accès aux origines

30. La consécration d'un droit à la connaissance des origines au profit des enfants nés d'un don de gamètes, se heurte à certains arguments défavorables qu'il convient d'analyser et de mettre en perspective.

31. Les obstacles à la révélation de l'identité du donneur sont :

- le droit au secret des parents,
- le risque possible de déstabilisation de la famille légale,
- le droit à l'anonymat du donneur et
- le risque de tarissement des dons de gamètes.

⁸ Arthur Kermalvezen a livré son témoignage « Son expérience de savoir dès l'enfance qu'il était conçu par donneur » à l'occasion d'un séminaire sur « Le droit de l'enfant à l'accès aux origines dans les technologies de procréation assistée » organisé à Genève les 13 et 14 septembre 2021.

⁹ Kermalvezen A., *Né de spermatozoïde inconnu*, Les presses de la renaissance, 2008.

¹⁰ Solution applicable jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021.

2.1 Droit au secret des parents

32. Considéré sous l'angle des parents l'accès aux origines personnelles, s'il est revendiqué par l'enfant, se heurte à leur volonté de les garder secrètes. Or, pour eux, cette question relève du respect dû à leur vie privée, fondé sur l'article 8 de la CEDH. Il est en effet tout à fait concevable que ces personnes souhaitent conserver dans l'intime l'existence des modalités de la conception de leur enfant. La confidentialité de la pratique mise en œuvre est alors garantie par les règles générales du secret médical.
33. Elle est parfois renforcée par des choix techniques liés à l'appariement morphologique entre le donneur et l'un des deux membres du couple. Cet appariement est pratiqué dans 20 États membres. La légitimité de la demande d'accès aux origines émise par l'enfant conçu par don est alors contrebalancée par la volonté des parents de conserver le secret sur le mode de conception. La prise en compte de cette volonté conduit à ce que dans la quasi-totalité des États admettant le recours à un don de gamètes, il n'existe pas d'obligation conduisant à révéler à l'enfant qu'il a été conçu par un don de gamètes.

2.2 Risque possible de déstabilisation de la famille légale

34. L'accès de l'enfant conçu par don de gamètes à ses origines peut entraîner un risque de déstabilisation de la famille constituée entre lui-même et ses parents légaux. L'information donnée sur l'identité du donneur de sperme pourrait en effet conduire l'enfant à rencontrer le donneur ou même à tisser des liens avec lui. Cela pourrait aller jusqu'à l'expression d'une volonté de remise en cause de ses liens de filiation pour revendiquer sa filiation à l'égard du donneur. C'est la raison pour laquelle, à l'exception de la Finlande¹¹, aucun système juridique consacrant l'accès aux origines de l'enfant n'en tire de conséquences en termes d'établissement du lien de filiation.
35. Toutes ces perspectives seraient évidemment contraires à l'objectif bien compris de stabilité du lien de filiation et de garantie de la paix des familles. La famille devant alors être prise en considération dépasse la seule relation organisée entre l'enfant et ses parents. La révélation du secret entraînera en effet, inévitablement, des conséquences dans la fratrie. Si un enfant est né d'un donneur, ses frères et sœurs se poseront bien sûr la question de leur propre conception. Quelle sera alors l'incidence d'une pluralité ou, au contraire, d'une unicité de donneur sur la solidité de la relation unissant les enfants entre eux d'une part, et les enfants à leurs parents, d'autre part ? Au-delà de la fratrie, la révélation de l'existence et de l'identité du donneur pourrait également perturber les rapports entre l'enfant et ses grands-parents. Quelle sera la réaction des parents du père lorsqu'ils apprendront que leur petit-enfant ne leur est pas biologiquement relié ? Ne risque-t-il pas d'y avoir, même de manière non explicitée, une préférence des grands-parents à l'égard des autres petits-enfants, ceux qui seront de leur « sang » ?

2.3 Droit à l'anonymat du donneur

36. Consacrer un droit d'accès à ses origines au profit de la personne née d'un don de gamètes pourrait entrer en confrontation radicale avec la garantie éventuellement donnée au donneur de préservation de son anonymat. Si le donneur a consenti au recueil de ses gamètes en raison de l'existence de la règle d'anonymat, il n'est évidemment pas anodin de remettre en cause cette règle. Une telle remise en cause pourrait s'apparenter à une méconnaissance d'un engagement de nature contractuelle entre le donneur et l'État. Sans interdire de manière définitive une remise en cause de l'anonymat du donneur, cet

¹¹ Voir le paragraphe 101 pour la description de la législation finlandaise.

argument milite pour que toute modification de l'état du droit en la matière ne vaille que pour l'avenir. Ainsi, dans un État ayant fondé le recours aux donneurs sur un strict principe d'anonymat, la modification conduirait à distinguer la situation des enfants conçus avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de ceux ayant été conçus après. Alors que les seconds disposeraient du droit d'accéder à leurs origines, les premiers en seraient exclus. Cette solution, qui ménage le respect de l'engagement de secret souscrit auprès des donneurs à l'époque de leur don génère cependant une différence de traitement entre les enfants en fonction de la date de leur conception qui n'est pas sans poser problème.

37. Enfin, pour le donneur, il est primordial que la transmission de son identité ou d'autres informations le concernant ne s'accompagne pas de conséquences juridiques telles que la possibilité pour l'enfant de revendiquer l'établissement de sa filiation à l'égard du donneur ou de mettre en jeu sa responsabilité pour les éventuelles conséquences dommageables résultant des conditions de sa conception, qu'il s'agisse de la transmission génétique d'un handicap ou d'une maladie ou de la souffrance existentielle liée aux difficultés de la construction identitaire.

2.4 Risque de tarissement des dons de gamètes

38. La consécration d'un tel droit peut également avoir des incidences sur les dons de gamètes dans la mesure où les donneurs pourraient ne plus se manifester en nombre suffisant si leur anonymat n'était pas garanti. Ce risque est couramment invoqué lors des débats consacrés à la remise en cause de l'anonymat. Ainsi, par exemple, alors que la France a modifié sa législation en la matière par la loi du 2 août 2021, une étude indique que le fait que l'identité du donneur ou de la donneuse puisse être révélée à l'enfant à sa majorité représente un frein au don pour plus d'un tiers (35 %) des hommes de 18 à 45 ans interrogés¹². Il semble toutefois que la crainte du tarissement des dons de gamètes soit exagérée et ne résiste pas à l'épreuve des faits. C'est ce qui ressort du rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2019.

« L'argument systématiquement invoqué par les cliniques pratiquant les inséminations artificielles avec donneur est celui d'une baisse du nombre de donneurs en cas de levée de l'anonymat des dons. Cependant, les statistiques ne permettent pas de confirmer cet argument. En effet, aucune baisse des dons n'a été constatée dans les pays qui ont consacré le droit d'accès aux origines. En Suède par exemple, la légalisation en 1984 consacrant l'accès des personnes issues d'un don à leurs origines génétiques a entraîné une baisse du nombre de donneurs la première année seulement, mais cette tendance s'est aujourd'hui inversée. Au Royaume-Uni, depuis 2005, date du changement législatif, les dons n'ont cessé de croître. Les différentes études conduites permettent de constater une modification sensible du profil des donneurs, ceux-ci étant généralement plus âgés et ayant mieux mûri leur geste, et non une réduction de leur nombre ».

Source : APCE, document 14835 (2019), *Don anonyme de sperme et d'ovocytes : trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants*, par P. De Sutter, rapporteure, spécialement § 19.

39. La baisse du nombre de donneurs pourrait entraîner deux conséquences.
40. La première, la plus évidente, serait un allongement mécanique des délais pour obtenir le recours à la technique souhaitée. Une telle conséquence serait préjudiciable aux intérêts de toutes les personnes souhaitant avoir accès à une assistance médicale à la procréation avec donneur.

¹² Étude *ViaVoice* réalisée en septembre 2021 pour l'Agence de la biomédecine citée par A. Leclair in « PMA: une campagne pour recruter des donneurs de gamètes », *Le Figaro*, 20 octobre 2021.

41. La seconde, induite, serait de conduire à une remise en cause de la gratuité du don de gamètes.
42. Le principe de gratuité est affirmé par la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (STE n° 164, aussi connue sous le nom de convention d'Oviedo).
43. L'article 21 de cette convention stipule que « Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit ».
44. Ce principe n'est cependant pas reconnu ou appliqué dans tous les États membres, même parmi ceux ayant ratifié la Convention d'Oviedo. Parmi les États membres, 12 consacrent ainsi une compensation au profit du donneur. C'est le cas du Royaume-Uni qui n'a pas ratifié la Convention d'Oviedo et où le don d'ovocytes est compensé 750 £ par cycle et le don de sperme 35 £ par visite à la clinique. C'est aussi le cas de l'Espagne qui a ratifié la Convention d'Oviedo dès 1999 et qui autorise le versement d'une somme de 900 euros par ovocyte aux « donneuses »¹³, ce qui permet de trouver un nombre suffisant de donneuses pour satisfaire dans des délais raisonnables de très nombreuses demandes. Si la situation espagnole semble alimenter un important phénomène de tourisme procréatif, celle-ci pourrait s'expliquer par le grand nombre de centres et de services de PMA. De plus, il faut tenir compte du fait que la législation espagnole autorise certaines techniques de reproduction ou même le don de gamètes lui-même, alors que dans d'autres pays cela n'est pas autorisé.

3. Analyse et mise en perspective des arguments opposés

45. La multiplicité et le sérieux des arguments invoqués au soutien ou à l'encontre de la consécration d'un droit d'accès aux origines de l'enfant conçu par don oblige d'emblée, à récuser toute affirmation simpliste en la matière. Tous les intérêts en présence semblent en effet disposer d'une véritable légitimité. Il semble ainsi parfaitement légitime pour l'enfant de vouloir connaître ses origines comme un élément de son identité nécessaire à sa construction personnelle ou pour mieux envisager ses propres choix procréatifs. Il semble tout aussi légitime, pour les parents, de revendiquer leur droit au secret de la conception de l'enfant au nom du respect de leur intimité, de leurs éventuelles souffrances lorsque le recours au don de gamètes constitue l'aboutissement d'un long et douloureux parcours d'assistance médicale à la procréation. La préservation de la famille légale contre tout risque de fragilisation résultant de l'irruption de l'identité du tiers peut également constituer une bonne raison de préférer le maintien du secret. Enfin, même s'il semble de moindre importance, l'intérêt de la société, lié à la disponibilité d'un nombre de gamètes suffisant pour satisfaire un nombre important de demande ne saurait être occulté.
46. La complexité de ces points de vue devrait donc conduire un texte de portée internationale à retenir des solutions d'équilibre.

¹³ M. de Taillac, « L'Espagne, eldorado de la PMA pour les Françaises », *Le Figaro*, 20 septembre 2021 : « Le pays, à la différence de la France, permet de rémunérer - le terme officiel est « compenser » - les donatrices. Le tarif moyen est de 900 euros, précise l'organisme, « une quantité comparable » à ce qui se pratique ailleurs en Europe. Dans le cas d'Anne-Lyse, la clinique de Majorque a trouvé une donneuse en un mois et demi. « Le protocole est difficile. Recevoir des hormones n'est pas anodin, souligne-t-elle. Tant qu'on ne voudra pas les rémunérer, les femmes n'auront pas envie de donner leurs ovules. ».

47. Celles-ci pourraient ainsi admettre la coexistence au sein d'un même système juridique de plusieurs modèles de recours au don de gamètes entre lesquels les bénéficiaires du don ou les donneurs pourraient choisir : un modèle fondé sur l'anonymat assumé et garanti ; un modèle fondé sur la transparence acceptée par les parents et le donneur et dans lequel l'enfant accèdera à ses origines. Il pourrait aussi s'agir d'une solution fondée sur l'existence d'un principe de secret réservant cependant la possibilité d'un accès volontaire à l'identité du donneur à la demande de l'enfant ou de ses parents, ou des uns et des autres. Pour les mêmes raisons d'équilibre, il ne semblerait pas pertinent d'affirmer ou de conserver un système fondé sur une interdiction totale d'accès aux origines ou, à l'opposé, sur une transparence absolue.

IV. Cadre juridique du droit des personnes conçues par don à connaître leurs origines

48. Ce chapitre examine successivement les éléments de droit international, de droit comparé et des exemples de jurisprudence pertinente.

1. Aspects de droit international

49. Plusieurs instruments juridiques contraignants internationaux contiennent des dispositions susceptibles de fonder la consécration d'un droit à la connaissance des origines.

1.1. Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies

50. La Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989 consacre deux séries de dispositions pertinentes en matière d'accès aux origines : le droit à la connaissance des parents et à la préservation de l'identité de l'enfant et le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant.

1.1.1. Droit à la connaissance des parents et à la préservation de l'identité de l'enfant

51. L'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies prévoit que l'enfant « a [...] dans la mesure du possible le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. La référence faite aux « parents » peut ici être entendue de manière suffisamment large pour englober ceux qui, sans être juridiquement liés à l'enfant, sont ses géniteurs.

52. Deux États membres ont émis des réserves ou déclarations relatives à l'article 7 au moment de la ratification de la CIDE. Ainsi, le Gouvernement luxembourgeois considère que l'article 7 de la Convention ne fait pas obstacle à la procédure légale en matière d'accouchement anonyme qui est considéré comme étant dans l'intérêt de l'enfant, tel que prévu à l'article 3 de la Convention. Ensuite, selon l'interprétation du Royaume-Uni, le terme "parents" auquel il est fait référence dans la Convention s'applique uniquement aux personnes qui en droit interne sont considérées comme les parents de l'enfant, y compris dans les cas où la loi considère que l'enfant n'a qu'un seul parent, par exemple lorsqu'il a été adopté par une seule personne ou dans certains cas particuliers où l'enfant a été conçu par la femme qui lui donne naissance par des moyens autres que les rapports sexuels et où cette femme est considérée comme le seul parent.

53. L'article 8 de cette Convention consacre le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris ses relations familiales, sans ingérence illégale. Ce droit entraîne l'obligation, pour les États d'accorder une suffisante protection à l'enfant pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. Précisons cependant, que ces dispositions ne concernent que l'enfant, c'est-à-dire l'individu n'ayant pas atteint l'âge de la majorité et que l'identité telle qu'elle est envisagée recouvre principalement la nationalité, le nom et les relations familiales.

1.1.2. Intérêt supérieur de l'enfant

54. L'intérêt supérieur de l'enfant, issu de l'article 3(1) de cette Convention constitue également un fondement important du droit de l'enfant né d'un don de gamètes à connaître ses origines. Ce texte dispose que « 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 »¹⁴.

55. Bien que l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit pas explicitement mentionné au nombre des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'est emparée du contrôle du respect de ce droit.
56. La Cour considère en effet, depuis l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*¹⁵, que la Convention est un « instrument vivant » à interpréter à la lumière « des conditions de vie actuelles ». L'interprétation dynamique qui résulte de cette conception, fréquemment réaffirmée depuis 1978¹⁶, conduit notamment la Cour à adopter une démarche comparative pour rechercher les dénominateurs communs dans le droit des États parties à la Convention, le fameux consensus des États. Elle la conduit aussi à tenir compte d'autres instruments internationaux.
57. C'est donc grâce à cette interprétation dynamique que la Cour a pu, depuis 1996, inclure la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant¹⁷. Plusieurs décisions récentes permettent de saisir le mécanisme d'insertion de cette notion de la CIDE dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.
58. Dans l'arrêt *Maumousseau et Washington c. France*¹⁸, rendu en matière d'enlèvement international d'enfant, la Cour affirme ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur de la protection de l'enfance depuis l'adoption de la Convention de New York, ce qui la conduit à faire de l'article 3(1) de cette convention une source pertinente du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la CEDH. Puis, dans son arrêt *Popov c. France*¹⁹, elle intègre l'intérêt de l'enfant dans les composantes de l'article 8 de la CEDH²⁰, pour reprocher à l'État d'avoir placé en rétention administrative des étrangers ayant des enfants qui s'étaient vu refuser le statut de réfugiés. Enfin, dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*²¹, également rendu en matière d'enlèvement international d'enfant, la Cour retient qu'il « existe actuellement un large consensus – y compris en matière internationale – autour du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant ». Ce consensus est particulièrement aisé à établir s'agissant des États parties à la Convention puisqu'ils ont tous ratifié la Convention de New York.

¹⁴ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989. Voir aussi la Déclaration adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1959, résolution 1387 (XIV).

¹⁵ *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26.

¹⁶ Voir par exemple : *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 60, série A n° 45 et, plus récemment, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I.

¹⁷ Voir notamment *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III ; JCP G 1997, I, 4000, N° 53, observations de F. Sudre : « des mesures de suppression des droits parentaux de la mère et de son droit de rendre visite à sa fille, qui privent "totalement" l'intéressée d'une vie familiale avec l'enfant, ne doivent être appliquées que "dans des circonstances exceptionnelles" et ne peuvent se justifier que "si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant" (§ 78) ».

¹⁸ *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, 6 décembre 2007 ; *Actualité Juridique famille*, 2008, p. 83, note de A. Boiché.

¹⁹ *Popov c. France*, nos 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012.

²⁰ Dumortier T., « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion 'protectrice', *Revue des droits de l'homme* n° 3, 2013, spécialement n° 14.

²¹ *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, CEDH 2010 ; *JurisData* n° 2010-030729, JCP G 2011, p. 94, observations de F. Sudre.

59. La Cour européenne des droits de l'homme fait donc de l'intérêt supérieur de l'enfant un critère général destiné à être appliqué dans toutes les décisions concernant l'enfant.
60. L'étude de sa jurisprudence rendue en matière familiale révèle alors que ce critère est utilisé dans de multiples contentieux portant aussi bien sur la garde des enfants et le droit de visite des parents²², que la filiation ou l'accès aux origines personnelles²³, le placement de l'enfant en vue de sa prise en charge²⁴, l'adoption²⁵ ou encore l'enlèvement d'enfants²⁶.
61. L'intérêt supérieur de l'enfant y est envisagé comme le critère à l'aune duquel les juridictions nationales doivent obligatoirement se prononcer dans leurs décisions concernant les enfants. Ainsi, toute décision nationale dont il est établi qu'elle a été rendue sans référence à l'intérêt supérieur de l'enfant²⁷ ou en référence à un autre critère²⁸ entraînera la condamnation de l'État. C'est ainsi que, dans son arrêt *Schneider c. Allemagne*²⁹, la Cour condamne l'État en raison du refus opposé au père biologique putatif d'un enfant de voir celui-ci sans qu'il ait été tenu compte de l'intérêt supérieur de celui-ci.
62. **Le critère peut alors servir à arbitrer entre des revendications opposées au sujet de l'enfant.** C'est le cas en matière de séparation des parents lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'exercice ou la jouissance du droit de garde ou du droit de visite. L'enfant se trouvant alors au centre d'un conflit entre ses parents ayant, à son égard, des droits concurrents, la prise en compte de son intérêt permet aux autorités des États parties de trancher le litige. Le contrôle effectué par la Cour conduit dès lors à valider les décisions lorsqu'elle constate qu'elles ont été motivées par l'intérêt de l'enfant³⁰. A l'inverse, elle sanctionne les décisions qui ne sont pas motivées par ce critère³¹.
63. Dans d'autres hypothèses, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas utilisé pour arbitrer les revendications des tiers mais pour limiter les droits revendiqués par un tiers. C'est principalement de cette manière qu'est utilisée cette référence dans le contentieux de l'établissement ou de la contestation de la filiation charnelle ainsi qu'en matière d'adoption.

²² Voir par exemple : *Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin*, n° 32250/08, § 170, 27 septembre 2011 ; *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A ; *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni* [GC], n° 28945/95, § 71, CEDH 2001-V (extraits) ; *Görgülü c. Allemagne*, n° 74969/01, § 43, 26 février 2004 ; *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 121 ; *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09, 30 novembre 2010 ; *M.K. c. Grèce*, n° 51312/16, 1^{er} février 2018 ; *Schneider c. Allemagne*, n° 17080/07, 15 septembre 2011.

²³ Voir par exemple : *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 29, CEDH 2003-III ; *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 64, CEDH 2002-I ; *Chavdarov c. Bulgarie*, n° 3465/03, 21 décembre 2010 ; *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, 25 septembre 2012 ; *Menesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014 (extraits), *Labassee c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014.

²⁴ Voir par exemple : *Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, § 64, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III ; *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 67, CEDH 2002-I ; *Gnahoré c. France*, n° 40031/98, CEDH 2000-IX ; *Levin c. Suède*, n° 35141/06, 15 mars 2012 ; *B.B. et F.B. c. Allemagne*, nos 18734/09 et 9424/11, 14 mars 2013.

²⁵ Voir par exemple : *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII ; *Ageyevy c. Russie*, n° 7075/10, 18 avril 2013 ; *Aune c. Norvège*, n° 52502/07, 28 octobre 2010 ; *Pini et autres c. Roumanie*, nos 78028/01 et 78030/01, CEDH 2004-V (extraits).

²⁶ *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, CEDH 2010, *op. cit.* ; *X c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, CEDH 2013.

²⁷ *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, n° 46572/99, 28 septembre 2004, en matière de déchéance automatique et définitive des droits parentaux après le prononcé d'une peine pénale.

²⁸ *Zaunegger c. Allemagne*, n° 22028/04, 3 décembre 2009, *RTDciv* 2010, p. 773, observation de J. Hauser.

²⁹ *Schneider c. Allemagne*, n° 17080/07, 15 septembre 2011, *op. cit.*

³⁰ *Malinin c. Russie*, n° 70135/14, 12 décembre 2017, *JurisData* n° 2017-029136.

³¹ *N.Ts. et autres c. Géorgie*, n° 71776/12, 2 février 2016, *Dr. famille* 2016, alerte 27.

64. C'est ainsi que, dans son arrêt *Mikulić c. Croatie* du 4 septembre 2002³², la Cour retient que l'intérêt supérieur de l'enfant à obtenir les informations qui lui sont indispensables pour découvrir la vérité sur ses origines, élément important de son identité personnelle doit l'emporter sur le droit du père recherché de refuser les tests ADN demandés. Ici, l'intérêt supérieur de l'enfant cherchant à déterminer sa filiation doit l'emporter sur le droit du père.
65. La même solution a été retenue au sujet d'un père décédé dans l'arrêt *Jäggi c. Suisse*³³ puis dans l'arrêt *Pascaud c. France*³⁴.
66. **Sur ces différents contentieux, la Cour privilégie une approche concrète de l'intérêt de l'enfant.** Ainsi, dans l'arrêt *Schneider c. Allemagne* déjà cité, la question concernait un homme qui avait entretenu des relations intimes avec une femme mariée durant la période légale de conception et semblait pouvoir établir avec certitude être le père biologique de l'enfant qu'elle élevait avec son mari qui par le jeu de la présomption de paternité était le père légal de l'enfant. Sans nier la possibilité que cet homme soit le père de l'enfant, le couple se refuse à tout test génétique dans l'intérêt du maintien de leur relation familiale. L'homme revendique alors l'autorisation de voir l'enfant et d'avoir régulièrement de ses nouvelles. Les juridictions saisies rejettent sa demande au motif que « quand bien même il serait le père biologique de l'enfant, il n'appartenait pas à la catégorie de personnes – par exemple le père légitime ou toute personne ayant développé avec l'enfant une relation sociale et familiale – pouvant revendiquer un droit de visite en vertu des dispositions pertinentes du code civil ». Dans cette affaire, il est intéressant de relever la manière dont la Cour procède pour aboutir au constat de la violation de l'article 8 de la CEDH. Le Gouvernement allemand avançait que le fait de donner la préséance aux liens familiaux légitimes sur les droits des pères biologiques permettait de garantir la stabilité.
67. Toutefois, la Cour affirme qu'elle « n'est pas convaincue qu'il soit véritablement possible de déterminer quel est l'intérêt d'enfants vivant avec leur père légitime mais dont le père biologique est un autre homme au moyen d'une présomption légale générale ». Ainsi donc, toute approche abstraite est inopérante. La Cour insiste sur ce point en affirmant que « (d)ans ce type de situation, il est primordial de considérer ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant et, eu égard à la grande diversité des situations familiales pouvant être concernées, un examen des circonstances particulières de chaque affaire est nécessaire pour pouvoir ménager un juste équilibre entre les droits de toutes les personnes impliquées ».

1.2 Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

68. Bien qu'il ne traite que d'adoption internationale, l'article 30 de la **Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale** contient également des dispositions pertinentes en matière d'accès aux origines. Ce texte met en effet à la charge des autorités compétentes des États contractants l'obligation de veiller 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. Ces autorités doivent alors assurer l'accès

³² *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, CEDH 2002-I, *RTDciv* 2002. 795, observations de J. Hauser.

³³ *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, CEDH 2006-X, *RTDciv* 2006, p. 727, observations de J.-P. Marguénaud; *LPA* 16 juin 2009, 14, note de J. Flauss-Diem; *Médecine et droit*, vol. 2007, n° 85, p. 109, note de D. Berthiau.

³⁴ *Pascaud c. France*, n° 19535/08, 16 juin 2011, *RTDciv* 2011, 526, observations de J. Hauser; *D.* 2012, 1433, observations de F. Granet-Lambrechts; *Adde Vial G.*, « Expertise génétique post mortem et vie privée », *Revue des droits et libertés fondamentaux* 2011, chronique n° 16.

de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État.

1.3 Conventions du Conseil de l'Europe

69. Selon l'article 8 de la CEDH, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
70. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rendue sur le fondement de l'article 8 de la CEDH, le droit à la vie privée doit en effet être entendu largement, incluant le droit au développement personnel et le droit de connaître des relations familiales.
71. La Cour définit en effet la vie privée de manière très large, puisqu'elle englobe, « le droit, pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables »³⁵. Rien d'étonnant, dès lors, à ce qu'elle ait progressivement abrité sous la protection de l'article 8 de la Convention, tous les éléments qui concourent à l'identité de la personne. Le nom relève de cette protection, car, même s'il s'agit d'un moyen d'identification personnelle, « le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci »³⁶. C'est aussi le cas, depuis les affaires relatives au syndrome de transsexualisme, de l'identité sexuelle, la Cour ayant considéré que le refus d'admission du changement de la mention du sexe et du prénom d'une femme transsexuelle plaçait cette dernière « dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée »³⁷.
72. Dès lors, le droit à la connaissance des origines, comme tout ce qui concourt à la construction de l'identité juridique, a vocation à relever de la protection au titre de la vie privée fondée sur l'article 8 de la CEDH.
73. L'article 22(3) de la **Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée)**³⁸ consacre également un droit à la connaissance des origines au profit de l'enfant adopté.
74. En vertu des dispositions de cette convention, si les États parties peuvent accorder aux parents d'origine le droit légal de ne pas divulguer leur identité, cette possibilité ne leur est ouverte que dans la mesure où elle n'équivaut pas à un veto absolu. Compte tenu des circonstances et des intérêts respectifs en jeu, l'autorité compétente doit être en mesure de déterminer si elle passe outre le droit des parents d'origine et décide de divulguer des informations identifiantes. Enfin, dans le cas d'une adoption plénière, l'enfant adopté doit au moins pouvoir obtenir un document attestant du lieu et de la date de sa naissance.
75. En outre, il pourrait exister une marge pour examiner la question de « l'accès aux origines » au vu de l'article 17 de la **Charte sociale européenne**, qui prévoit le droit pour les enfants et les adolescents à une protection sociale, juridique et économique. Bien que le Comité européen des droits sociaux (CCS) n'ait pas eu l'occasion d'examiner la question des enfants nés d'un don de gamètes, sa jurisprudence contient certains éléments qui pourraient être pertinents. C'est ainsi que dans les conclusions publiées en 2003 au sujet de la France, le Comité rappelait qu'il considérait que le droit d'un enfant à connaître ses origines n'était pas suffisamment protégé dans certaines situations en France, notamment en matière d'accouchement sous X. La jurisprudence peut aisément être transposable d'une question à l'autre.

³⁵ *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, série A n° 251-B.

³⁶ *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994., série A n° 280-B.

³⁷ *B. c. France*, 25 mars 1992, série n° 232-C.

³⁸ Conseil de l'Europe, Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée), STCE n° 202, 2008.

2. Jurisprudence en matière d'accès aux origines

2.1. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

76. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur la question précise de l'accès aux origines en cas de recours à un don de gamètes ou un accueil d'embryon est, à ce stade, inexistante.

77. Cependant, la jurisprudence rendue sur des questions proches recèle des solutions à partir desquelles il est possible de raisonner par analogie. Les plus pertinents sont ceux qui concernent l'accouchement dans le secret, mais d'autres arrêts, plus anciens, méritent également l'examen.

2.1.1. Contentieux divers

78. La première décision offrant une solution pertinente en termes d'accès aux origines est l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*³⁹. L'affaire ne concernait pas une question d'accès aux origines biologiques mais seulement les conditions d'éducation d'un enfant. Le requérant était un homme qui souffrait de graves problèmes psychologiques qu'il imputait aux traitements qui lui avaient été infligés par la famille d'accueil dans laquelle il avait été placé par l'assistance publique dont il était pupille. Il souhaitait donc connaître l'identité de cette famille. Dans sa décision (§ 49), la Cour affirme que les personnes « ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir des renseignements qu'il leur fait connaître et pour comprendre leur enfance et leurs années de formation ». Malgré cette affirmation du caractère primordial de l'intérêt reconnu, la Cour ne consacre pas dans cet arrêt un droit absolu à la connaissance des origines.

79. La jurisprudence rendue en matière d'établissement contentieux de la filiation contient également des éléments qui pourraient être utilement transposés à la question de l'accès aux origines. Ainsi, dans l'arrêt *Mikulić c. Croatie*⁴⁰, la Cour retient que l'intérêt supérieur de l'enfant à obtenir les informations qui lui sont indispensables pour découvrir la vérité sur ses origines, élément important de son identité personnelle doit l'emporter sur le droit du père recherché de refuser les tests ADN demandés. Il ne s'agit pas simplement des origines entendues au sens biologique mais d'établissement de la filiation. On pourrait cependant en déduire que ce qui vaut s'agissant de la double nature juridique et biologique du lien de filiation doit valoir *a fortiori* lorsqu'il ne s'agit que de sa dimension biologique. Or, ici, l'intérêt supérieur de l'enfant cherchant à déterminer sa filiation doit l'emporter sur le droit du père à garder son secret. La même solution a été ultérieurement retenue au sujet d'un père ayant refusé de se soumettre à un test ADN dans l'arrêt *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie*⁴¹ puis au sujet d'un père décédé dans l'arrêt *Jäggi c. Suisse*⁴² et dans l'arrêt *Pascaud c. France*⁴³.

³⁹ *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 160.

⁴⁰ *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, 4 septembre 2002, CEDH 2002-I, *RTDciv* 2002. 795, observations de J. Hauser.

⁴¹ *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie*, n° 60176/00, 30 mai 2006.

⁴² *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, 13 juillet 2006, CEDH 2006-X, *RTDciv* 2006, p. 727, observations de J.-P. Marguénaud ; *LPA* 16 juin 2009, 14, note de J. Flauss-Diem ; *Médecine et droit*, vol. 2007, n° 85, p. 109, note de D. Berthiau.

⁴³ *Pascaud c. France*, n° 19535/08, 16 juin 2011, *RTDciv* 2011.526, observations de J. Hauser ; *D.* 2012, 1433, observations de F. Granet-Lambrechts ; *Addé Vial G.*, « Expertise génétique post mortem et vie privée », *RDLF* 2011, chron. n° 16.

80. Enfin, la jurisprudence de la Cour en matière de gestation pour autrui permet de constater l'importance conférée à l'existence du lien biologique dans la situation soumise. Cette importance la conduit ainsi à condamner la France pour son refus d'établissement de la filiation paternelle alors même que la vérité biologique n'était pas contestée⁴⁴. Corrélativement, lorsqu'il n'existe pas de lien biologique entre l'enfant et ceux qui ont commandité sa conception par recours à une mère porteuse, l'État ne viole pas l'article 8 de la CEDH en retirant l'enfant pour le placer⁴⁵.

2.1.2. Contentieux relatif à l'accouchement dans le secret

81. La jurisprudence relative à l'accouchement dans le secret est à l'évidence la plus pertinente dans la mesure où elle porte exactement sur l'accès aux origines. Seules les circonstances de la dissociation entre l'origine et la filiation de l'enfant diffèrent, car il n'est pas question d'assistance médicale à la procréation. A cette différence près, les questions sont essentiellement similaires.

82. La première décision rendue à ce sujet est l'arrêt *Odièvre c. France* du⁴⁶. Dans cette affaire, la requérante, née d'une femme ayant souhaité conserver le secret sur son admission et son accouchement contestait l'impossibilité qui lui était opposée de connaître l'identité de sa mère, en se fondant sur le droit à la protection de la vie privée découlant de l'article 8 de la CEDH. Pour statuer, la Cour a dû procéder à la mise en balance de l'intérêt particulier de l'enfant – la requérante qui souhaitait connaître ses origines –, et de l'intérêt général de l'enfant à naître. La Cour a compté au nombre des intérêts la sauvegarde de la santé de la mère, le respect de la vie familiale dû aux parents adoptifs, le droit à la vie de l'enfant lui-même, le fait que la loi française, en permettant l'accouchement sous X, poursuivait le but de protéger la vie et la santé de la femme mais aussi de l'enfant en évitant les avortements clandestins ou les abandons. Elle en déduit que l'atteinte au droit de connaître ses origines n'est pas disproportionnée au regard des buts légitimes poursuivis par la loi (dont l'intérêt de l'enfant). Dans cette affaire, une conception générale et abstraite de l'intérêt de l'enfant, combiné à d'autres intérêts (ceux de la femme) a prévalu sur l'intérêt particulier de l'enfant requérant. Cette décision est particulièrement éclairante pour la question de l'accès aux origines car la Cour y consacre une méthode de conciliation entre l'intérêt de l'enfant et d'autres intérêts qui la conduit à ne pas entrer en condamnation contre l'État dès lors qu'il consacre un mécanisme permettant à l'enfant, fût-ce de manière conditionnelle, d'accéder à ses origines. Il est généralement admis que les arrêts *Ebru*⁴⁷ et *Jaggi*⁴⁸ présentés plus haut sont une évolution de l'arrêt *Odièvre*.

83. Il est intéressant, à cet égard, de relever que la Cour européenne des droits de l'homme a, dans une affaire similaire, condamné un autre État, précisément parce qu'il n'offrait aucun mécanisme permettant à l'enfant né d'un accouchement dans le secret, d'accéder à ses origines. Dans cette affaire *Godelli c. Italie*⁴⁹, la Cour réaffirme l'importance du droit

⁴⁴ *Menesson c. France*, n° 65192/11, CEDH 2014 (extraits) ; *Labassee c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014 ; *Foulon et Bouvet c. France*, nos 9063/14 et 10410/14, 21 juillet 2016 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, 27 janvier 2015.

⁴⁵ *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017 (non-violation de l'article 8).

⁴⁶ *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, CEDH 2003-III, JCP 2003. II. 10049, note de A. Gouttenoire-Cornut ; *ibid.*, I. 120, étude de P. Malaurie ; *Dr. fam.* 2003, n° 58, note de P. Murat, chronique 14, note de H. Gaumont-Prat ; *RTDciv* 2003. 276, observations de J. Hauser et p. 375, observations de J.-P. Marguénaud.

⁴⁷ *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie*, n° 60176/00, 30 mai 2006.

⁴⁸ *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, CEDH 2006-X.

⁴⁹ *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, 25 septembre 2012, D. 2013, 798, observations de M. Douchy-Oudot, D. 2012, 1436, observations de F. Granet-Lambrechts, *RTDciv* 2013, 104, observations de J. Hauser.

à la connaissance des origines et la nécessité d'opérer une conciliation mais constate que, contrairement à la France dans l'affaire *Odièvre*, l'État italien a dépassé la marge d'appréciation dont il disposait. Au motif que l'enfant n'avait pas la possibilité d'obtenir des informations non identifiantes et que la mère ne pouvait lever l'anonymat, le droit italien refusait de manière absolue et définitive l'accès à quelque information que ce soit.

84. *Mutatis mutandis*, la solution issue de la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'accouchement dans le secret pourrait parfaitement être consacrée dans les affaires d'accès aux origines d'enfants conçus par don de gamètes dont elle est déjà saisie⁵⁰.

2.2. Jurisprudence des Cours constitutionnelles

85. Une décision de la Cour constitutionnelle du **Portugal** du 24 avril 2018⁵¹ a jugé que l'anonymat du don de gamètes était contraire à la Constitution.

86. **En France**, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur l'accès aux origines des personnes conçues par don, mais sur la question de l'accouchement dans le secret⁵². Dans sa décision du 16 mai 2012, il a affirmé que « en permettant à la mère de s'opposer à la révélation de son identité même après son décès, les dispositions contestées visent à assurer le respect de manière effective, à des fins de protection de la santé, de la volonté exprimée par celle-ci de préserver le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement tout en ménageant, dans la mesure du possible, par des mesures appropriées, l'accès de l'enfant à la connaissance de ses origines personnelles ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant ; que les dispositions contestées n'ont pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles de protection de la santé; qu'elles n'ont pas davantage porté atteinte au respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale ». En revanche, le Conseil d'État a spécifiquement statué, à deux reprises, sur la question de l'accès aux origines des enfants conçus par don de gamètes⁵³. Il a ainsi retenu l'absence de contradiction entre la règle d'anonymat et les droits garantis au titre de l'article 8 : « en interdisant (...) la divulgation d'informations sur les données personnelles d'un donneur de gamètes, le législateur a établi un juste équilibre entre les intérêts en présence ; que, dès lors, cette interdiction n'est pas incompatible avec les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Il a en outre repoussé le grief de discrimination fondé sur la combinaison des articles 8 et 14 : « si l'article 14 interdit, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention, de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables, l'enfant issu d'un don de gamètes ne se trouve dans une situation analogue, et par suite comparable, ni à celle des enfants du donneur de gamètes, ni à celle des enfants du couple receveur ; que par suite, aucune discrimination, au sens de ces stipulations, ne frappe l'enfant issu d'un don de gamètes en matière d'accès à de telles données ».

⁵⁰ Voir *supra*.

⁵¹ Cour constitutionnelle du Portugal, décision n° 225/2018, 24 avril 2018.

⁵² Conseil constitutionnel, décision 2012-248 QPC, 16 mai 2012, *JO* 17 mai 2012, p. 9154.

⁵³ Conseil d'État, 10^e et 9^e sous-sections, n° 372121, 12 novembre 2015, sur lequel J.-R. Binet, « Insémination avec tiers donneur et droit à la connaissance des origines : l'enfant impensé du droit de la bioéthique », *Dr. famille* 2016, étude 1 – Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, n° 396571, 28 décembre 2017, *Dr. famille*, 2018, Repère n° 3.

3. Éléments de droit comparé et analyse

87. Le Comité de bioéthique du Conseil de l'Europe (DH-BIO) a adressé aux États membres un questionnaire portant sur l'assistance médicale à la procréation et sur le droit de l'enfant né d'une assistance médicale ou d'une gestation pour autrui à la connaissance de ses origines. Ce document, actualisé le 14 juin 2021, constitue la source initiale de l'étude de droit comparé ici présentée. Elle a été complétée par les réponses apportées par les 26 États membres à un questionnaire du CDCJ⁵⁴. Les parties ci-dessous examinent les solutions nationales consacrées en matière d'accès à l'identité du donneur, en matière d'accès à des informations non-identifiantes ainsi que les grandes tendances de l'évolution des législations nationales et les perspectives ouvertes pour compléter les lacunes constatées.

3.1. Solutions nationales en matière d'accès à l'identité du donneur

88. La plupart des États qui autorisent le recours à un don de gamètes permettent l'accès aux origines. Certains, plus rares, ne le permettent pas ou consacrent une dualité de régimes.

3.1.1. États permettant l'accès aux origines de l'enfant conçu par don

89. Parmi les États ayant répondu au questionnaire du DH-BIO, 37 déclarent autoriser le don de sperme, 32 déclarent autoriser également le don d'ovocytes et 25 déclarent qu'ils admettent en outre l'accueil d'embryons.

90. Sur les 26 États ayant répondu au questionnaire du CDCJ, seule la **Türkiye** n'autorise pas le recours à un don de sperme, non plus d'ailleurs qu'à un don d'ovocytes ou un accueil d'embryon. Sur les 25 États acceptant le don de sperme, deux (**Allemagne et Suisse**) interdisent en revanche le don d'ovocyte et l'accueil d'embryon et deux (**Autriche et Norvège**⁵⁵) n'interdisent que l'accueil d'embryon.

91. Une majorité (15) de ces 25 États autorisant la procréation par don reconnaissent alors à la personne conçue grâce aux trois techniques (don de sperme, don d'ovocyte, accueil d'embryon) le droit d'accéder à ses origines. Sur ces 15 États, un ne permet l'accès que pour de strictes raisons médicales (Espagne). Dix États interdisent l'accès aux origines tant pour la personne conçue grâce à un don de sperme, que grâce à un don d'ovocyte ou grâce à un accueil d'embryon (**Belgique, République tchèque, Grèce, Lettonie, Monténégro, Macédoine du Nord, Pologne, Serbie, Slovaquie, Ukraine**). Parmi ces 10 États, 4 signalent avoir des perspectives d'évolution pour consacrer un droit d'accès aux origines (**Belgique, Allemagne, Grèce, Ukraine**) et un État indique avoir fait deux tentatives dans ce sens mais sans y être parvenu (**République tchèque**). Selon que l'État autorise uniquement le recours au don de sperme, qu'il autorise également le don d'ovocytes ou encore l'accueil d'embryons, l'accès aux origines concerne le donneur, la donneuse ou le couple ayant consenti à l'accueil de ses embryons.

⁵⁴ Les 26 États suivants ont répondu au questionnaire (document CDCJ(2021)23) : Autriche, Belgique, Croatie, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Monténégro, Pays-Bas, Macédoine du Nord, Norvège, Pologne, Serbie, Slovaquie, Espagne, Suède, Suisse, Türkiye, Ukraine, Royaume-Uni.

⁵⁵ La loi norvégienne n° 100 du 12 mai 2005 (Act No ; 100 of 12 May 2005 on the application of biotechnology in human medicine – the Biotechnology Act) prévoit une exception à cette interdiction uniquement dans les couples de femmes. Un embryon conçu par fécondation de l'ovocyte d'une femme avec le sperme d'un donneur peut être implanté dans l'utérus de l'autre femme.

92. Les parties ci-dessous examinent à partir de quel âge la personne peut demander la communication de l'identité du donneur, qui peut effectuer cette demande et si le donneur doit y consentir ou si son décès y fait obstacle.

3.1.1.1. Age à partir duquel la demande peut être faite

93. La plupart du temps, l'accès aux origines ne peut être exercé qu'à partir de la majorité de l'enfant conçu par don. C'est parfois un peu plus tôt.

La plupart du temps, l'accès à l'identité du donneur est ouvert à la majorité de l'enfant

94. Sur les 26 États ayant répondu au questionnaire du CDCJ, 15 autorisent l'accès aux origines. Treize États ne posent alors comme condition d'accès que l'âge de la personne (**Autriche, Croatie, Finlande, France, Allemagne, Irlande, Lituanie, Malte, Norvège, Suède, Suisse, Royaume-Uni**). Le **Danemark** consacre une dualité de régime puisque : l'accès aux origines n'est possible que si le donneur y a consenti. Sur ces 13 États, 9 exigent que la personne ait atteint l'âge de 18 ans (**Croatie, Danemark, Finlande, France, Irlande, Lituanie, Malte, Suisse, Royaume-Uni**). Le quinzième pays qui autorise l'accès aux informations sur les origines d'une personne, **l'Espagne**, exige des conditions tenant à une nécessité médicale, quel que soit l'âge de l'enfant.

95. La **Suisse** a légiféré assez tôt sur ce point puisque depuis 1992, la Constitution fédérale prévoit que « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance ». Une loi de 1998⁵⁶ organise alors la consignation, la conservation et la communication des informations concernant uniquement les donneurs de sperme, car le don d'ovocytes y est interdit. A partir de 18 ans, les personnes conçues d'un don de sperme ont un droit absolu à accéder aux données concernant l'identité du donneur et son aspect physique. Les personnes de moins de 18 ans doivent faire valoir un intérêt légitime pour pouvoir y avoir accès.

96. En **France**, la législation la plus récente en la matière est la loi du 2 août 2021⁵⁷. L'accès aux origines y est ouvert, à leur majorité, aux enfants conçus après l'entrée en vigueur de la loi. Les enfants conçus avant peuvent quant à eux solliciter la communication de l'identité du donneur à une commission qui se rapprochera du donneur. Si ce dernier y consent, son identité sera transmise à l'enfant.

97. En **Lituanie**, l'enfant âgé de plus de 18 ans peut obtenir la communication de l'identité du donneur uniquement si celui-ci y consent.

98. C'est également à partir de 18 ans que la personne conçue par don peut demander l'accès à ses origines en **Croatie**, ou en **Irlande**. En **Irlande**, la loi relative aux relations entre les enfants et la famille d'avril 2015, qui autorise cet accès, prévoit en outre un mécanisme par lequel les personnes conçues par don peuvent être informées uniquement des informations complémentaires relatives à leur identité sont disponibles sur le Registre national des personnes conçues par donneur. Cela se produira lorsque la personne conçue par don a atteint l'âge de 18 ans et demande une copie de son acte de naissance. Informé de son mode de conception, l'enfant devenu majeur peut demander l'identité du donneur au ministère de la santé qui tient ce registre. L'accès n'est cependant pas automatique car le donneur peut invoquer les risques pesant sur lui et/ou l'enfant en cas de révélation de l'identité. Avant 18 ans, les parents de l'enfant peuvent demander

⁵⁶ Articles 24 à 27 de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 18 décembre 1998 (RS 810.11), en vigueur depuis 2001.

⁵⁷ Loi n° 2021-1017, 2 août 2021, JO 3 août 2021, texte n° 1.

communication d'informations non-identifiantes. Un projet de loi gouvernemental (*Health (Assisted Human Reproduction) Bill*) de 2022 a été publié et est actuellement examiné par les Houses of the Oireachtas (parlement irlandais) qui propose d'abaisser à 16 ans l'âge auquel une personne peut recevoir ces informations. Le projet de loi propose également de supprimer la possibilité pour un donneur de faire part de ses préoccupations concernant la divulgation d'informations identifiantes à la personne conçue par donneur.

99. C'est aussi le cas au **Royaume-Uni** depuis le 1^{er} avril 2005, date d'entrée en vigueur de la loi qui organise cet accès. La loi prévoit que la Human fertilisation and embryology authority (HFEA) est chargée de tenir le registre comportant les informations sur les donneurs. Les personnes conçues par don peuvent avoir accès à des informations non identifiantes à partir de l'âge de 16 ans et à l'identité du donneur à partir de 18 ans. En outre, à partir de 18 ans, toute personne peut s'adresser à l'HFEA pour savoir si elle est issue d'une procréation exogène. L'accès à l'identité du donneur est possible à partir de 18 ans. A partir de 16 ans, les personnes qui savent qu'elles sont issues d'un don peuvent avoir accès à des informations non identifiantes.
100. **Malte** dispose d'un régime assez proche. Le don de gamètes y est autorisé depuis une loi de 2018 qui a également institué un droit d'accès à l'identité du donneur au profit de la personne ainsi conçue. Une autorité de protection de l'embryon tient un registre des conceptions par procréation médicalement assistée et doit conserver les informations pendant 110 ans. L'accès à l'identité est possible à partir de 18 ans pour tous les enfants mais aussi avant 18 ans si l'autorité y consent et uniquement pour des raisons de santé.
101. Enfin, le **système finlandais** mérite également d'être présenté car il recèle une originalité. Depuis une loi du 22 décembre 2006 entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007, les personnes conçues par don de gamètes ou issues d'un accueil d'embryon peuvent avoir accès à leurs origines à partir de 18 ans⁵⁸. Dans ce système, il n'est pas possible de recevoir la confirmation de plus de deux parents légaux. Il est toutefois possible pour la receveuse célibataire de faire appel à un donneur connu qui peut faire enregistrer son consentement à reconnaître la paternité de l'enfant. Les informations sont conservées dans un registre national des dons de gamètes et d'embryons tenu par l'autorité nationale de surveillance du bien-être et de la santé (VALVIRA). La reconnaissance de l'enfant n'est possible que lorsque la femme est déjà enceinte.

Dans quelques États, l'accès à l'identité du donneur est ouvert avant la majorité de l'enfant

102. Certains États permettent aux personnes conçues par don d'accéder à leurs origines avant l'âge de la majorité en prévoyant un seuil d'âge plus bas. Parmi les États ayant répondu au questionnaire du CDCJ, cinq autorisent cet accès à partir de 16 ans (**Allemagne, Pays-Bas, Suède**) ou encore plus tôt (**Autriche, Norvège**). Enfin, comme indiqué précédemment, l'**Irlande** envisage d'abaisser son seuil d'âge de 18 à 16 ans.
103. Le seuil d'âge est fixé à 16 ans en **Allemagne**. Comme en **Suisse**, le don d'ovocytes est interdit. Une loi de 2017 a organisé cet accès en prévoyant qu'à partir de ses 16 ans, la personne conçue par don de sperme peut demander à connaître l'identité du donneur. La demande doit être faite auprès du registre central des donneurs de sperme et des femmes receveuses tenu de conserver les données pendant 110 ans, comme à **Malte**. Avant les 16 ans de l'enfant, ses représentants légaux (ses parents légaux en règle générale) peuvent demander et obtenir l'identité du donneur en son nom.

⁵⁸ *Act on assisted fertility treatments*, 1237/2006, 22 décembre 2006.

104. C'est aussi le cas aux **Pays-Bas**. Avant 2004 les donneurs pouvaient y choisir d'être anonymes ou non. Depuis une loi du 20 juin 2002, entrée en vigueur en 2004, les enfants conçus par don peuvent accéder à partir de 12 ans à des informations non identifiantes et à partir de 16 ans à l'identité du donneur⁵⁹. Avant 12 ans, les parents peuvent se faire communiquer les informations non identifiantes. Les informations sont conservées dans un registre obligatoirement tenu par les cliniques, contenant les données relatives aux donneurs de gamètes et des femmes y ayant eu recours. La loi limite à 12 le nombre d'enfants pouvant être conçus grâce aux gamètes d'un même donneur.
105. Le **système suédois** est un peu différent. Notons qu'il fait figure de pionnier en matière d'accès aux origines. La loi autorisant l'accès aux origines y a en effet été votée dès 1984. Selon cette loi, toutes les personnes conçues d'un don de sperme à partir de mars 1985 peuvent accéder à l'identité du donneur lorsqu'elles ont atteint une « maturité suffisante ». Cette condition de maturité suffisante est interprétée comme étant de 16 ans. Les informations sont conservées par la clinique dans un registre spécifique. La solution a été étendue aux personnes nées à la suite d'un don d'ovocytes à partir de 2003.
106. Le système en vigueur en **Norvège** a récemment changé. Jusqu'au 1^{er} janvier 2021, l'accès aux origines, consacré par une loi du 5 décembre 2003⁶⁰ au profit des personnes conçues par don de sperme après 2005, ne pouvait être exercé par l'enfant qu'à partir de 18 ans. Depuis le 1^{er} janvier 2021, cette demande peut être faite à partir de l'âge de 15 ans. La demande doit être faite auprès du registre national d'identité des donneurs. Les parents quant à eux ne peuvent avoir aucune information. La loi de 2003 n'a prévu aucune disposition au profit des enfants conçus avant 2005.
107. Enfin, en **Autriche**, depuis une loi du 14 mai 1992⁶¹, une personne conçue par don a le droit d'accéder à l'identité du donneur ou de la donneuse de gamètes à partir de l'âge de 14 ans. Les informations sont conservées par la clinique que l'enfant peut contacter directement. Le droit est exercé personnellement par l'enfant. Ses parents ne peuvent, sauf exceptions très limitativement encadrées, avoir accès à ces informations. Le donneur est tenu de donner à l'établissement de santé ou au praticien toute information le concernant et consentir à ce que ces informations soient fournies à l'enfant conçu grâce à ses gamètes en cas de demande. Ce consentement peut être retiré par le donneur à tout moment, ce qui interdit ensuite toute utilisation des gamètes de ce donneur.

3.1.1.2. Titulaire du droit d'accès à l'identité du donneur

108. Sur l'ensemble des États membres ayant répondu au questionnaire du DH-BIO, vingt déclarent autoriser l'enfant à effectuer une demande d'accès à ses origines.
109. Sur ces 20 États, ils ne sont que 9 à admettre en outre que les parents de l'enfant puissent obtenir ces informations, en prévoyant la plupart du temps des conditions restrictives. 19 États ouvrent ce droit à un tribunal ou aux médecins.
110. Sur les 26 États ayant répondu au questionnaire du CDCJ, comme indiqué précédemment, 15 autorisent l'accès aux origines. Sur ces 15 États, 7 ne consacrent ce droit qu'au seul profit de la personne conçue par don (**Danemark, France, Lituanie, Norvège, Suède, Suisse, Royaume-Uni**). L'**Autriche** prévoit en outre un accès aux parents dans l'intérêt supérieur de l'enfant et reconnaît le droit d'accès aux juridictions. La **Croatie** consacre l'accès au profit des juridictions ainsi qu'au profit d'un médecin ou des

⁵⁹ *Act containing rules relating to the use of gametes and embryos*, 20 juin 2002.

⁶⁰ Loi du 5 décembre 2003.

⁶¹ Loi du 14 mai 1992, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992, publiée in *Bundesgesetzblatt*, BGBl, Nr. 275/1992.

parents qui doivent alors être autorisés par la Commission nationale pour l'assistance médicale à la procréation (NCMAR) et uniquement pour une raison tenant à la santé ou au bien-être de l'enfant. En **Allemagne**, les parents peuvent demander cet accès au nom de l'enfant avant les 16 ans de ce dernier. A **Malte**, l'accès des parents est conditionné à l'existence de circonstances exceptionnelles. Le **système finlandais**, comme mentionné précédemment, est original dans la mesure où l'accès est possible pour la mère également, mais uniquement si elle a eu accès à un don de sperme provenant d'un donneur ayant consenti à l'établissement de sa paternité.

3.1.1.3. Consentement du donneur et incidence de son décès

111. En **Autriche**, le donneur doit consentir à la transmission de son identité au moment du don. C'est aussi le cas en **Croatie**, au **Danemark**, en **France**, en **Irlande**, en **Suisse** et au **Royaume-Uni**.
112. En **Allemagne**, il y a une distinction entre les informations standard sur l'identité (noms, date de naissance, adresse) et d'autres données (par exemple, les raisons du don). Si les premières sont nécessaires pour devenir un donneur enregistré (pour un donneur enregistré, seules ses données d'identité sont stockées, les autres données sont sujettes à un nouvel accord du donneur pour leurs conservation et divulgation. Même pour ce qui est des autres données, le donneur ne peut pas empêcher la divulgation des données stockées ou même choisir les destinataires de ces informations. Le donneur ne peut que retirer l'accord donné sur les autres données, auquel cas celles-ci seront obligatoirement effacées et non divulguées. Les informations standard ne peuvent pas être effacées qu'une fois le sperme utilisé.
113. Aux **Pays-Bas**, le donneur doit donner son consentement au moment du don et au moment où l'enfant fait sa demande. Toutefois, dans ce dernier cas, le refus du donneur ne constitue pas un veto. En fonction des intérêts en jeu, l'identité du donneur peut être divulguée malgré son opposition.
114. En **Lituanie**, le donneur doit consentir à la révélation de son identité au moment où l'enfant conçu grâce à son don en fait la demande.
115. En revanche, le consentement du donneur n'est pas exigé pour la révélation de son identité en **Finlande**, en **Norvège** et en **Suède**.
116. La révélation de l'identité est possible après le décès du donneur en **Autriche**, au **Danemark**, en **Finlande**, en **France**, en **Allemagne**, en **Irlande**, en **Lituanie**, aux **Pays-Bas**, en **Suède**, et en **Suisse**.
117. Au **Royaume-Uni**, l'incidence du décès du donneur est différente selon la date de naissance de l'enfant. Si l'enfant est né avant le 1^{er} avril 2005, l'identité du donneur ne lui sera pas transmise en cas de décès de ce dernier. Si l'enfant est né à partir du 1^{er} avril 2005, le décès du donneur est sans incidence sur la transmission de son identité.

3.1.2 États ne reconnaissant pas le droit d'accès aux origines

118. Sur les 26 États ayant répondu au questionnaire du CDCJ, 9 États autorisant le recours à un don de sperme, d'ovocyte ou un accueil d'embryon ne reconnaissent pas l'accès aux origines : la **République tchèque**, la **Grèce**, la **Lettonie**, le **Monténégro**, la **Macédoine du Nord**, la **Pologne**, la **Serbie**, la **Slovénie**, et l'**Ukraine**. Comme indiqué précédemment, l'**Espagne** permet cependant l'accès aux origines dans des circonstances très

exceptionnelles⁶². C'était aussi le cas de la **France** jusqu'à la modification du cadre légal opéré par la loi du 2 août 2021⁶³. Précisons que les nouvelles dispositions françaises prévoient la nécessité d'un décret d'application pour entrer en vigueur. Jusqu'à la publication de ce décret d'application, le droit d'accès aux origines ne sera donc pas encore reconnu aux personnes conçues par don de gamètes.

119. En **République tchèque**, ce droit d'accès est cependant reconnu au profit des juridictions.

3.1.3. États consacrant une dualité de régimes

120. Cinq États font coexister les deux possibilités (**Belgique, Danemark, Hongrie, Islande, Fédération de Russie**). Dans ces pays, le don est anonyme ou non anonyme selon le choix du donneur. Par conséquent, l'enfant conçu peut accéder à ses origines si le donneur n'a pas souhaité être anonyme, mais il ne le pourra jamais si le donneur a souhaité être anonyme.

121. Au **Danemark**, la loi ayant organisé le recours aux techniques d'assistance médicale à la procréation est la loi n° 460/1997, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1997 et plusieurs fois modifiée depuis. Ainsi, depuis une modification intervenue en 2012, les parents peuvent choisir soit un donneur définitivement anonyme, soit un donneur anonyme au moment du don mais acceptant que son identité soit révélée ultérieurement aux enfants conçus par son don, soit un donneur connu dès le moment du don. Depuis une récente modification entrée en vigueur, seul l'enfant dispose du droit de demander l'accès à l'identité du donneur, mais uniquement si les parents légaux ont eu accès à un don non anonyme.

122. **L'Islande** prévoit un système optionnel différent. Depuis une loi du 1^{er} juin 1996 c'est le donneur qui dispose d'un choix au moment de son don⁶⁴. Soit il demande l'anonymat, soit il ne le demande pas. Dans ce dernier cas, les personnes issues de son don pourront accéder à son identité à partir de l'âge de 18 ans.

123. La **Belgique** ne reconnaît pas l'accès aux origines à l'enfant conçu par un don anonyme. Cependant, le don non anonyme résultant d'un *accord entre le donneur et le ou les receveurs* est autorisé par la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (article 57). Même si celle-ci n'offre pas expressément de garantie spécifique d'information pour l'enfant dans le cas d'un don non anonyme, la possibilité existe.

3.2. Solutions nationales en matière d'accès aux informations non-identifiantes

124. Parmi les 26 États ayant répondu au questionnaire du CDCJ, les États qui consacrent un droit d'accès à l'identité du donneur permettent souvent également la communication d'informations non-identifiantes. Certains États ne consacrant pas le droit d'accès à l'identité du donneur permettent cependant la communication d'informations non identifiantes. Enfin, certains États ne permettent pas l'accès aux données non identifiantes.

⁶² Loi 14/2006 du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée (Journal officiel (Boletín Oficial del Estado), A-2006-9292).

⁶³ Loi n° 2021-1017, 2 août 2021, JO 3 août 2021, texte n° 1.

⁶⁴ *Artificial Fertilisation Act* No. 55/1996, 1^{er} juin 1996.

3.2.1. États consacrant le droit d'accès aux informations non-identifiantes en plus de l'identité du donneur

125. Parmi les États ayant répondu au questionnaire du CDCJ, huit déclarent consacrer le droit d'accéder aux informations non-identifiantes en plus de l'identité du donneur : **Danemark, Finlande, France, Irlande, Malte, Pays-Bas, Suisse et Royaume-Uni.**
126. Dans certains États ces informations sont transmises avant la conception, pour éclairer le choix du donneur. C'est le cas au **Danemark** et à **Malte**, où les caractéristiques physiques sont communiquées aux candidats à l'assistance médicale à la procréation pour qu'ils puissent le choisir. Ces informations sont également disponibles pour l'enfant. C'est aussi le cas en **Finlande**, mais les informations ne sont alors transmises qu'au médecin chargé de sélectionner le donneur.
127. En **Irlande**, l'enfant conçu par don ayant atteint l'âge de 18 ans, ou ses parents si l'enfant a moins de 18 ans, peuvent obtenir la communication de données non-identifiantes sur le donneur, en plus des informations sur le nombre d'enfants nés de ce donneur, ainsi que des informations sur leur sexe et leur année de naissance. Le projet de loi (*Health (Assisted Human Reproduction) Bill*) de 2022, actuellement en cours d'examen, propose de ramener à 16 ans l'âge auquel les enfants conçus par don peuvent recevoir les informations susmentionnées. Le projet de loi prévoit également que les informations médicales peuvent être communiquées à un médecin pour éviter un risque imminent et sérieux pour la santé de l'enfant ou permettre de lui prodiguer un conseil avisé pour sa santé au regard de l'existence d'une maladie génétique.
128. En **Suisse**, un adulte qui remplit les conditions a un droit absolu à avoir accès aux données non-identifiantes⁶⁵. Un enfant doit faire valoir un motif légitime pour y avoir accès. Si tel est le cas, il est possible d'avoir accès à toutes les données, c'est-à-dire non seulement les résultats d'examens médicaux mais également de la date du don de sperme et de la date de l'insémination ou du transfert de l'embryon.
129. En **France**, la loi consacre un droit d'accéder aux données non-identifiantes au profit de la personne conçue par don qui peut l'exercer après sa majorité. La nature des informations devant être transmise doit être précisée par décret.
130. Aux **Pays-Bas**, l'enfant âgé de plus de 12 ans, ses parents avant cet âge ou le médecin de famille peuvent se voir communiquer toute information sur les caractéristiques physiques, sociales ou médicales du donneur.
131. Au **Royaume-Uni**, l'enfant peut accéder à des données non-identifiantes à partir de 16 ans. Ses parents peuvent également effectuer cette demande auprès de la HFEA. La loi britannique (Human Fertilisation and Embryology Act 1990, modifiée en 2008) prévoit avec précision les informations pouvant être transmises selon l'année de naissance de l'enfant.
132. Si l'enfant est né entre le 1^{er} août 1991 et le 31 mars 2005, il peut obtenir les informations suivantes : description physique du donneur (taille, poids, couleur des yeux et des cheveux), son année et son pays de naissance, son appartenance ethnique, s'il avait des enfants quand il a fait le don de gamètes, toute autre information que le donneur a souhaité transmettre (profession, religion, centres d'intérêts et courte description).

⁶⁵ Les données de base incluent la formation, la profession, les renseignements sur l'aspect physique (corpulence, taille, couleur des cheveux, couleur des yeux, couleur de la peau, signes particuliers). Sur demande du donneur, d'autres données peuvent être consignées, notamment des photos du donneur.

133. Si l'enfant est né après le 1^{er} avril 2005, il peut obtenir les informations suivantes : description physique du donneur si elle a été transmise (taille, poids, couleur des yeux et des cheveux), son année et son pays de naissance, son appartenance ethnique, s'il avait des enfants quand il a fait le don de gamètes, et dans ce cas combien et de quel sexe, son statut matrimonial, son histoire médicales, un message que le donneur a pu rédiger pour lui, toute autre information que le donneur a souhaité transmettre, le nombre, l'année de naissance et le sexe des enfants conçus du même donneur.

3.2.2. États consacrant le droit d'accès aux informations non-identifiantes sans autoriser l'accès à l'identité du donneur

134. Parmi les États ayant répondu au questionnaire, neuf déclarent consacrer un droit d'accès aux données identifiantes alors qu'ils n'autorisent pas l'accès à l'identité du donneur : **Belgique, République tchèque, Grèce, Lettonie, Pologne, Serbie, Slovaquie, Espagne et Ukraine.**

135. En **Grèce**, où le droit d'accéder aux origines n'est pas consacré, l'enfant et ses représentants légaux peuvent cependant accéder aux données non-identifiantes du donneur. Cet accès est limité aux informations médicales et il est conditionné par la nécessité médicale. Cette solution est également retenue en **Serbie** et en **Espagne**, ainsi qu'en **Slovaquie**, mais, dans ce dernier cas, uniquement à partir des 15 ans de l'enfant.

136. En **Belgique**, les informations relatives aux donneurs de gamètes (informations médicales relatives au donneur de gamètes susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant à naître ; caractéristiques physiques du donneur de gamètes) peuvent être communiquées par le centre de fécondation :

- à la receveuse ou au couple receveur qui le demande au moment de faire un choix ;
- pour autant que la santé de la personne qui a été conçue par l'insémination de gamètes le requière, à son médecin traitant et à celui de la receveuse ou du couple receveur.

137. Les informations sont donc communiquées pour des raisons médicales ou pour faire un choix. Mais, quoiqu'il en soit, l'enfant n'a quant à lui pas de droit d'accès à l'information.

138. En **Pologne**, les informations concernant le donneur peuvent être révélées à l'enfant à partir de 18 ans ou à ses représentants légaux. Ces informations portent sur l'état de santé du donneur ainsi que sur l'année et le lieu de sa naissance.

139. En **Republique tchèque**, l'âge, la profession et l'état de santé du donneur sont fournis au couple candidat au don de gamètes au moment du don. C'est aussi le cas en **Lettonie**. En **Ukraine**, seules les informations phénotypiques sont fournies au couple, mais également avant la réalisation de l'intervention.

3.2.3. États refusant l'accès aux informations non-identifiantes

140. Huit États refusent tout accès aux données non-identifiantes : Autriche, Croatie, Allemagne, Lituanie, Monténégro, Macédoine du Nord, Norvège et Suède.

141. En **Lituanie**, cependant, le juge peut autoriser la révélation des informations non-identifiantes relatives au donneur ou à l'enfant conçu par don si la demande est fondée sur une considération médicale ou toute autre raison valable.

3.3. Tendances et perspectives

142. Les législations nationales tendent très nettement à consacrer un droit d'accès aux origines. Certaines lacunes constatées ouvrent des perspectives pour un texte de portée internationale.

3.3.1. *Tendance établie à la consécration d'un droit d'accès aux origines*

143. L'étude des solutions en vigueur dans les États membres du Conseil de l'Europe permet de constater que leurs législations en la matière sont évolutives. L'évolution constatée témoigne alors que la tendance est de permettre l'accès aux origines.

144. C'est le cas lorsque les États font le choix de la suppression de l'anonymat comme ce fut le cas pour les réformes accomplies aux **Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suède**. Au **Portugal**, c'est en raison de la déclaration d'inconstitutionnalité de la règle d'anonymat strict que la loi a évolué. Une loi de 2006 permettait le recours au don de gamètes et ouvrait aux enfants le droit d'accéder à des informations non identifiantes mais pas à l'identité du donneur. Cependant, une décision de la Cour constitutionnelle du Portugal du 24 avril 2018⁶⁶ a jugé que l'anonymat du don de gamètes était contraire à la Constitution. Dès lors, une loi de transition a été votée en 2019 qui prévoit que l'anonymat est maintenu pour les dons effectués avant la décision de 2018 et que les gamètes ainsi donnés peuvent être utilisés pendant encore trois ans, dans le respect de la règle d'anonymat. Pour les enfants conçus ultérieurement, l'accès à l'identité du donneur est assorti d'une obligation de confidentialité : ils ne doivent pas révéler à un tiers l'identité du donneur. Par ailleurs, là où l'anonymat prévaut encore, des tentatives de le supprimer ont été faites (par deux fois en **République tchèque**) ou des réflexions visant à l'abandonner sont en cours (**Belgique, Grèce et Ukraine**).

145. C'est encore le cas lorsqu'ils font coexister un régime fondé sur l'anonymat et un régime fondé sur la connaissance *ab initio* de l'identité du donneur. Ainsi, au **Danemark**, qui consacre cette dualité de régimes⁶⁷, la loi imposait, avant 2012, l'anonymat du don de manière stricte et irréversible.

146. C'est aussi le cas lorsque le principe d'anonymat est conservé par principe, mais qu'il s'articule avec la consécration d'un droit à la connaissance de l'identité du donneur. C'est le cas de la **France**, depuis la réforme opérée par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique qui a conduit à rompre avec la règle de secret absolu qui prévalait en la matière depuis la promulgation des premières lois de bioéthique le 29 juillet 1994.

147. Enfin, c'est le cas également lorsqu'il s'agit de rompre avec un système de coexistence d'un régime d'anonymat et d'un régime d'accès aux origines. Comme indiqué précédemment, aux **Pays-Bas**, avant 2004, les donneurs pouvaient choisir de rester anonymes mais cette possibilité n'existe plus depuis l'entrée en vigueur en 2004 de la loi de 2002. Désormais, tous les enfants conçus par don peuvent désormais accéder à partir de 12 ans à des informations non identifiantes et à partir de 16 ans à des informations sur l'identité du donneur.

3.3.2 *Un panorama international révèle des lacunes qu'il serait pertinent de combler*

148. Comme indiqué précédemment, la plupart des États prévoient désormais une possibilité d'accès aux origines de l'enfant conçu par don. Cependant, si la loi prévoit des

⁶⁶ Cour constitutionnelle du Portugal, décision n° 225/2018, 24 avril 2018.

⁶⁷ Voir *supra*.

solutions pour les enfants conçus dans un cadre légal, la situation peut varier dans les Etats pour les nombreux enfants nés dans le cadre d'un arrangement contractuel, ce qui est parfois nommé « assistance amicale à la procréation » ou simplement don privé. L'absence d'organisation et de conservation des informations relatives au donneur risque de rendre vaine toute recherche de l'origine des personnes ainsi conçues. Ce type de pratique rejoint alors, au moins pour partie, la situation des enfants dont l'identité du père restera inconnue et peut trouver, dans la législation relative à l'établissement contentieux de la filiation, l'essentiel des réponses devant être apportées. Toutefois, en raison de l'atteinte ainsi portée, de manière irréversible, au droit des personnes conçues par don de connaître la vérité sur leur ascendance biologique, de telles pratiques devraient être vigoureusement combattues et la législation devrait prévoir des voies légales permettant aux enfants nés de dons privés d'identifier leurs origines biologiques.

149. Parfois, la loi nationale ne prévoit aucune solution pour les enfants conçus avant l'entrée en vigueur des dispositions tardivement adoptées. Cette situation laisse donc sans réponse la demande d'accès aux origines pour les très nombreux enfants nés d'une procréation exogène avant la consécration d'un droit ne valant que pour ceux qui ont été conçus après. Cette inégalité de droits entre les enfants en fonction de leur date de conception ne saurait être parfaitement justifiée par la seule volonté de respecter l'engagement pris auprès des donneurs de maintenir leur identité secrète. Dans la mesure où les informations existent et ont été conservées, soit dans un registre national, soit dans un registre local, sans qu'il soit nécessairement pertinent de tendre vers une levée obligatoire de l'anonymat, il conviendrait de prévoir, au minimum, un système permettant d'interroger le donneur lorsque la personne conçue d'un don souhaite accéder à ses origines. Cela permettrait au donneur de reconsidérer sa position à la lumière de l'intérêt de l'enfant et constituerait ainsi une réponse satisfaisante au regard de la nécessité de concilier les divers intérêts en jeu.

V. Conclusions et éléments préliminaires à considérer pour un éventuel futur instrument juridique

150. Il ressort de l'analyse des arguments et des solutions consacrées dans le droit des États membres que la question de l'accès aux origines tend à opposer le droit des uns – la mère biologique, le père biologique, le conjoint de la mère, les parents adoptifs, les donneurs de gamètes, – et de l'autre – l'enfant. Fondés sur des principes et des textes de rang identique, ces intérêts 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. Il est en effet possible d'identifier autant d'arguments favorables à la reconnaissance du droit à la connaissance des origines (importance de la vérité et de la transparence, nécessité d'identifier sa généalogie pour pouvoir se développer, intérêt médical ou lié à un projet procréatif, etc.) que d'arguments qui lui sont défavorables (risque de déstabilisation de la famille légale par irruption de l'identité du tiers donneur, engagement pris à l'égard du donneur de garantir son anonymat, risque de volonté de remise en cause du lien de filiation par le donneur, l'enfant, ou des parents légaux, etc.).
151. Cependant, l'analyse conduite révèle également de manière assez claire l'émergence d'un consensus portant sur le droit à la connaissance des origines. Ce qui semblait n'être qu'une solution marginale aux commencements de l'assistance médicale à la procréation exogène s'est progressivement imposé comme un principe efficient dans la plupart des États membres, appuyé sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour liant la primauté de l'intérêt de l'enfant et le droit à la connaissance des origines au droit au développement personnel fondé sur la protection de la vie privée affirmée par l'article 8 de la CEDH. Ce consensus pourrait donc fort légitimement conduire le Conseil de l'Europe à recommander aux États membres de consacrer, au profit des personnes conçues par don, un mécanisme leur permettant d'accéder à leurs origines. Un tel mécanisme devrait toutefois ménager l'ensemble des intérêts et ne pas être érigé en absolu.
152. A cet égard, il conviendrait en premier lieu de prendre en considération la volonté du donneur de gamètes telle qu'elle pouvait exister au moment du don de gamètes. Dans les hypothèses où son don était conditionné au respect d'un strict anonymat, il serait cependant possible de le solliciter en vue d'obtenir son consentement à la communication de son identité au moment où l'enfant effectuerait cette demande.
153. Ensuite, au regard des possibles risques de déstabilisation de la famille légale, il ne semble pas pertinent, en cas de recours à un don de gamètes, d'obliger l'État à se substituer aux parents pour informer l'enfant des circonstances de sa conception. Il serait en revanche pertinent de prévoir la transmission d'une information sur l'importance de la connaissance des origines pour le développement de leur enfant au moment du consentement préalable à la mise en œuvre d'une assistance médicale exogène.
154. Conformément à la solution la plus fréquemment rencontrée, l'accès à l'identité du donneur devrait être autorisée au profit de l'enfant à partir de sa majorité. Toutefois, un accès plus tôt permettrait d'offrir à l'enfant une réponse aux questions identitaires qu'il se pose bien souvent au moment de l'adolescence.
155. Par ailleurs, alors qu'il existe des solutions pour les enfants nés d'un don dans un cadre légal, il n'en existe aucune pour les enfants nés dans le cadre d'un arrangement contractuel. Or, même si cette situation ne se rencontre pas partout, il semble, dans de nombreuses hypothèses, que les informations soient conservées par les praticiens ayant prêté leur concours à leur conception. Dans ces hypothèses, en complément de la possibilité offerte par la loi d'obtenir l'établissement judiciaire de la paternité, il conviendrait

de permettre aux personnes conçues par recours à ces pratiques d'obtenir en justice les informations sur leurs origines. Cependant, pour ne pas accentuer le risque d'une impossibilité matérielle d'accéder aux origines, il conviendrait d'interdire vigoureusement toute pratique ne garantissant pas la conservation des informations relatives au donneur et leur accessibilité.

156. Enfin même s'il semble que l'accès à des données de santé soit très largement permis dans les États membres, il conviendrait d'affirmer de manière claire que, même dans les États qui ne consacrent pas l'accès aux origines, la personne conçue par don devrait toujours pouvoir accéder à toute information non-identifiante sur le donneur lorsque cette information présente un intérêt pertinent pour sa santé ou pour éclairer ses choix procréatifs, en tenant compte toutefois de la nécessité d'assurer un juste équilibre quant à l'accès à ces informations pour tous les enfants, qu'ils soient nés par le biais d'une assistance médicale à la procréation ou qu'ils aient été conçus naturellement.

VI. Glossaire

Anonymat du donneur : principe en vertu duquel l'identité de la personne ayant consenti au don d'un élément (organe) ou d'un produit (sang, gamètes) de son corps est et demeure inconnue pour la personne qui en bénéficie. Ce principe trouve une traduction légale dans de nombreux États. Lorsqu'il s'applique, il a pour conséquence que l'enfant conçu grâce à un don de gamètes ne peut connaître l'identité du donneur et ne peut donc accéder à ses origines.

Appariement morphologique : pratique d'assistance médicale à la procréation consistant à rechercher un donneur de gamètes ressemblant à la personne ayant vocation à devenir le parent légal de l'enfant conçu par don de gamètes. S'il s'agit d'un don de sperme, le donneur ressemblera au père légal. Cette pratique est associée à la volonté d'effacement du recours à une technique d'assistance médicale à la procréation.

Assistance médicale à la procréation exogène : technique d'assistance médicale à la procréation impliquant le recours à un tiers. Il peut s'agir de recourir à un don de gamètes, c'est-à-dire d'un don de sperme ou d'ovocyte qui sont les cellules sexuelles respectivement produites par l'homme et la femme. Outre le recours à un don de gamètes, l'accueil d'un embryon conçu par un autre couple constitue également une forme de procréation exogène.

Embryon : terme désignant usuellement le premier stade du développement d'un être humain à partir de la fusion des noyaux d'un spermatozoïde et d'un ovocyte jusqu'à la 12^e semaine, où l'embryon devient un fœtus. Certains auteurs emploient cependant le terme de zygote ou de préembryon pour les 14 premiers jours de développement. Pour pouvoir être implanté dans le cadre d'une fécondation *in vitro* ou d'un accueil d'embryon, l'embryon ne doit pas avoir dépassé le stade de 7 jours de développement.

État civil : ensemble des éléments concourant à l'identification d'une personne tels que le nom, le prénom, le sexe et la nationalité.

Famille légale : terme désignant la famille légalement consacrée en cas de recours à un don de gamètes ou une adoption, par opposition à la famille d'origine, la famille biologique ou la famille par le sang.

Fécondation *in vitro* : technique s'assistance médicale à la procréation consistant à obtenir la fusion des noyaux d'un spermatozoïde et d'un ovocyte à l'extérieur de l'utérus. La fécondation est dite intraconjugale lorsque les gamètes utilisés proviennent de l'homme et de la femme ayant vocation à devenir les parents légaux de l'enfant. Elle peut également être exogène en cas de recours à un don de gamètes (sperme ou ovocyte) ou un double don de gamètes (sperme et ovocyte).

Filiation : lien de droit unissant l'enfant à son père (filiation paternelle) et sa mère (filiation maternelle). Ce lien est fondé sur la vérité ou la vraisemblance biologique (filiation charnelle) ou sur la volonté (filiation adoptive, filiation en cas de recours à une assistance médicale à la procréation exogène).

Gamètes : cellules sexuelles produites par l'homme (spermatozoïdes) et la femme (ovocytes).

Gestation pour autrui : pratique conduisant une femme à porter un enfant pour le compte d'autrui : un couple hétérosexuel ou homosexuel, ou une personne célibataire. L'enfant peut être conçu *in vitro* à partir des gamètes du couple, ou à partir du sperme d'un donneur et de l'ovocyte d'une donneuse. La mère porteuse peut aussi porter l'enfant conçu après insémination avec le sperme de l'homme. Dans tous les cas, l'enfant porté par cette femme a vocation à être remis aux commanditaires de l'opération.

Gratuité du corps humain : principe en vertu duquel le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent fonder aucun droit patrimonial. Lorsqu'il existe, ce principe entraîne l'interdiction de la rémunération des dons d'éléments et de produits du corps humain.

Intérêt supérieur de l'enfant : principe, affirmé par l'article 3(1) de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies, du 20 novembre 1989, en vertu duquel dans toutes les questions judiciaires ou légales qui le concernent l'enfant, la prise en compte de son intérêt doit être une considération primordiale.

Origines : terme désignant le lien biologique entre une personne et l'homme et la femme dont elle est issue. L'origine coïncide avec la filiation dans l'immense majorité des hypothèses. Elle ne coïncide pas chaque fois que l'enfant est biologiquement issu d'une autre personne que celle que la loi désigne comme son père ou sa mère.

Test génétique : technique visant à identifier, dans le génome d'un individu, la part transmise par une autre personne qui peut alors être désignée comme le père biologique ou la mère biologique.