

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La place du donneur d'engendrement

Mathieu, Géraldine

Published in:
Parenté, Filiation, Origines

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mathieu, G 2013, La place du donneur d'engendrement. dans H Fulchiron & J Sosson (eds), Parenté, Filiation, Origines: le droit et l'engendrement à plusieurs. Bruylant, Bruxelles, pp. 135-168.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La place du donneur d'engendrement⁽¹⁾

Géraldine MATHIEU^(*)

*Assistante-Doctorante en droit de la famille
Université de Namur*

(*) Nous remercions Younes BERNARD et Amélie PANET, tous deux doctorants à l'Université Jean Moulin Lyon 3 et chercheurs au Centre de droit de la famille, qui ont contribué lors du séminaire à l'origine du présent ouvrage, à la réflexion quant au statut du donneur d'engendrement ainsi qu'à l'analyse de droit comparé belgo-française.

(1) L'expression « donneur d'engendrement » est empruntée à Irène Théry. Pour cette auteure, cette expression permet d'emblée, d'une part, d'intégrer tous les types de dons pratiqués en A.M.P. (assistance médicale à la procréation) sur le plan international, d'autre part, de rendre compte de l'intention et de la finalité dans laquelle le don est fait et qui suppose que le donneur a compris et assumé le sens de son acte qui vise à aider un couple, ou une personne seule, à pouvoir engendrer. L'auteure oppose à la démarche d'A.M.P. *thérapeutique* la démarche d'A.M.P. *engendrement avec tiers donneur*, pour souligner la nouveauté de la pratique sociale reconnue par cette dernière. Elle souligne le rôle qu'est amenée à jouer la médecine dans cette nouvelle démarche : « Dans ce cas précis, elle ne soigne personne, mais elle a su développer une manière nouvelle d'engendrer des enfants, en permettant à un couple en mal d'enfant d'engendrer grâce au don de capacité procréative reçu d'une personne ayant pour sa part, à travers ce geste altruiste, énoncé que la procréation ainsi réalisée ne saurait être pour elle ni un engendrement, ni *a fortiori* une filiation », I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, Les Éditions de l'EHESS, 2010, p. 17.

Introduction. La question du statut du donneur d'engendrement

L'un des défis majeurs du droit des procréations médicalement assistées⁽²⁾ tient à la place du donneur⁽³⁾. Quelle est la place qui lui est reconnue ? Dispose-t-il d'un statut et, sinon, est-il opportun de lui en conférer un ? En d'autres termes, faut-il lui reconnaître, légalement ou socialement, un certain rôle dans le processus de procréation ? Va-t-on vers une telle évolution en Europe et dans le monde ?

Réfléchir à l'opportunité de doter le donneur d'engendrement d'un statut ou, à tout le moins, de lui reconnaître une certaine place qui ne le réduirait pas à un « fournisseur de gamètes fonctionnels » ou encore à un « matériau interchangeable de reproduction »⁽⁴⁾ amène nécessairement à se pencher sur la question de l'anonymat du don.

En effet, un premier stade dans la reconnaissance d'un véritable statut positif pour le donneur passe nécessairement par la levée de celui-ci.

Dans cette optique, comment concevoir un modèle qui se place en dehors du cadre traditionnel de la filiation et dont l'unique objectif serait de permettre à l'enfant d'accéder à des informations sur ses origines biologiques ?

Lever l'anonymat ne conduirait-il pas à terme, pour le donneur, à endosser la responsabilité de la paternité (ou de la maternité) ? D'un statut limité au droit

(2) Sur le recours aux techniques de procréation médicalement assistée, voy. : C. BOURG (dir.), *L'infertilité : procréation médicalement assistée, adoption, filiation – Questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, Bruxelles, De Boeck, 1992 ; J.-J. LEMOULAND, « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation », *A.L.D.*, 1995, pp. 15 à 24 ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître. Le statut juridique de l'enfant à naître et l'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur le droit de la filiation : étude de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1997 ; C. MEJIA QUIJANO, M. GERMOND et F. ANSERMET, *Parentalité stérile et procréation médicalement assistée : le dégel du devenir*, Ramonville-Saint-Agne, Érès, 2006 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, pp. 645 à 672 ; P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.*, 1988, chron., XVI, pp. 109 à 112 ; N. SCHIFFINO et F. VARONE (dir.), *Procréation médicalement assistée : régulation publique et enjeux bioéthiques*, Bruxelles, Bruylant, 2003. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en lien avec les techniques de procréation médicalement assistée, voy. plus particulièrement : N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 203 et s. ; G. WILLEMS, « Cour de Strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur : des choix impératifs empreints de *judicial self-restraint* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 509 à 532.

(3) Pour être tout à fait précise, le terme « donneur » en matière de procréation médicalement assistée hétérologue peut viser l'homme qui fait don de son sperme, mais aussi la femme qui fait don de ses ovocytes ou le couple qui fait don d'un de ses embryons. Dans la présente étude, le terme « donneur » sera toutefois utilisé le plus souvent pour désigner le tiers donneur de sperme.

(4) I. THÉRY, *Les impasses françaises du débat bioéthique*, 7 février 2011, p. 12, www.laviedesidees.fr/Les-impasses-francaises-du-debat.html.

pour l'enfant à accéder à la connaissance de ses origines, pourrait-il alors émerger un statut créateur d'effets juridiques patrimoniaux et extrapatrimoniaux ? L'enfant ne pourrait-il pas demander à son donneur une pension alimentaire ? Le donneur ne pourrait-il pas revendiquer un droit de visite et d'hébergement ? Devons-nous craindre une dérive qui tendrait vers la réduction de la filiation à sa seule dimension génétique ?

La question est complexe, l'enjeu est de taille et touche à la conception même du don : peut-on concevoir de reconnaître une place au donneur qui ne réduirait pas celle des receveurs, mais, au contraire, conforterait ceux-ci comme étant les seuls et uniques « parents » selon le droit de la filiation et qui permettrait à l'enfant issu du don d'avoir le choix de connaître ou de préférer ignorer l'identité de la ou des personnes qui lui ont permis de voir le jour ?

I. L'anonymat du don⁽⁵⁾

Section 1^{re}. Préalable. L'anonymat et le secret du mode de conception

« L'anonymat est l'état de la personne ou de la chose dont on ignore le nom. L'anonymat procède d'une sorte d'amputation, alors que le secret jette un voile sur une vérité existante, qui ne doit pas être révélée. La connaissance des origines ne se réduit donc pas à la seule question de l'anonymat auquel s'ajoute souvent le secret »⁽⁶⁾.

(5) Pour une approche psychologique de l'anonymat du don et du secret des origines, voy. : G. DELAIS DE PARSEVAL, « Comment entendre les demandes de levée du secret des origines ? », *Esprit*, mai 2009, pp. 165 à 179 ; idem, « L'anonymat des dons en A.M.P. : un point de vue de psychanalyste. L'anonymat évite la vérité psychique du don », in B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, op. cit., pp. 55 à 67 ; idem, « Le secret des origines », in *Sciences humaines*, n° 101, janvier 2000, pp. 34 à 37 ; idem, « Le désir d'enfant saisi par la médecine et par la loi », *Esprit*, novembre 1989, pp. 86 à 98 ; D. LAURU, « Le secret des origines », *Enfances & Psy*, 2008/2, n° 39, pp. 97 à 105 ; N. PRIEUR, « La transmission de l'origine dans les nouvelles formes de filiation », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, 2007/1, n° 38, pp. 175 à 191 ; C. MEJIA QUIJANO et al., « Silences sur l'origine », *Enfances & Psy*, 2008/2, pp. 39 à 53. Pour une approche sociologique de la question, voy. not. : G. SÉRAPHIN, « La parenté, le droit et la médicalisation de la naissance », *Esprit*, mai 2009, pp. 183 à 189 ; IDEM, « L'accès aux origines : les ressorts d'un débat passionné », *Esprit*, mai 2009, pp. 82 à 102 ; I. THÉRY, « Anonymat des dons d'engendrement. Filiation et identité narrative des enfants au temps du démarriage », in E. PORQUERES I GENÉ (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, Paris, Les Éditions de l'EHESS, 2009, pp. 81 à 95 ; IDEM, « L'anonymat des dons d'engendrement est-il vraiment "éthique" ? », *Esprit*, mai 2009, pp. 133 à 164.

(6) H. GAUMONT-PAT, « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation. Commentaire de l'avis n° 90 du CCNE », *Médecine et Droit*, vol. 2006, mai-juin 2006, p. 88, disponible sur <http://www.sciencedirect.com>.

La question de l'anonymat du donneur ne doit pas se confondre avec celle du secret du mode de conception. Le secret levé peut poser la question de l'anonymat, alors que le secret maintenu confisque l'interrogation sur les origines et ne permet même pas d'aborder la question de l'anonymat⁽⁷⁾.

Si la loi peut abolir l'anonymat, elle n'a pas, selon nous, le pouvoir de contraindre les parents à dévoiler les circonstances de la conception à l'enfant⁽⁸⁾. Il leur revient de décider eux-mêmes de révéler ou non à l'enfant qu'il est issu d'une procréation médicalement assistée et ce choix relève de la sphère de leur vie privée.

À notre connaissance, aucune législation n'impose aux parents de révéler à l'enfant qu'il est issu d'une technique de procréation médicalement assistée, qu'elle soit homologue ou hétérologue.

Autre chose est de se demander dans quelle mesure l'État peut suppléer au silence des parents⁽⁹⁾.

En Hongrie, le législateur a consacré légalement le droit de l'enfant à savoir qu'il est né d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur⁽¹⁰⁾. L'article 179 de la loi sur la santé - adoptée en 1997 - dispose à cet égard que « [l]'enfant procréé et né d'une procédure de don de gamète[s] ou d'embryon[s], après avoir atteint sa majorité, a le droit de connaître les circonstances de sa conception et de sa naissance sur la base des données disponibles ». Concrètement, cet article est interprété comme conférant à l'enfant le droit de savoir qu'il est né d'une technique de procréation médicalement assistée, mais pas de connaître l'identité du donneur⁽¹¹⁾. Ce droit n'a, à ce jour, pas encore été mis en œuvre et on voit mal comment il le pourrait à défaut de mise en place d'un système garantissant à l'enfant l'accès à l'information sur les modalités de sa conception.

En Suède, si la loi n'impose pas aux parents la révélation du mode de conception à l'enfant, l'évolution semble néanmoins se dessiner dans le sens d'une obligation de lever ce secret et des modifications législatives sont

(7) Comité consultatif national d'éthique (France), *Avis n° 90 du 24 novembre 2005 relatif à l'accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, p. 4, disponible sur <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis090.pdf>.

(8) Dans ce sens : L. BRUNET, « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », in *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat ?*, Springer, 2010, p. 248. *Contra* : L. PUYM, « Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België », *T.J.K.*, 2012, p. 20.

(9) La question est également susceptible de se poser en matière d'adoption. En ce qui concerne les possibilités d'intervention supplétive de l'État en la matière, voy. I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles-Paris, Buylant-L.G.D.J., 2001, pp. 542 et s.

(10) J. SANDOR, « Réglementation libérale et focus sur l'enfant. La procréation médicalement assistée en Hongrie », in E. PORQUERES I GENÉ (dir.), *Défis contemporains de la parenté*, op. cit., p. 124.

(11) *Ibid.*

envisagées⁽¹²⁾. Actuellement, les directives de l'Agence pour la santé insistent sur l'importance pour les parents d'informer les enfants de leurs origines. Par ailleurs, la loi dispose que les enfants qui nourrissent un doute sur leurs origines génétiques peuvent s'adresser aux services sociaux municipaux. La commission sociale municipale, à laquelle le conseil municipal délègue toutes ses attributions en matière sociale, a le devoir de les assister dans leurs recherches⁽¹³⁾. Les mentalités semblent parallèlement évoluer vers une diminution constante de l'opacité. Ainsi, les résultats d'une enquête nationale sur l'attitude des parents receveurs de dons de sperme ou d'ovocytes à l'égard du secret sur le mode de conception de l'enfant viennent d'être publiés⁽¹⁴⁾ et démontrent que 90 % des parents receveurs interrogés déclarent qu'ils informeront l'enfant de son mode de conception, précisant qu'ils considèrent remplir un devoir élémentaire d'honnêteté à son égard et de respect de ses droits⁽¹⁵⁾.

Enfin, au Royaume-Uni, toute personne peut, dès l'âge de 16 ans, s'adresser à la *Human Fertilisation and Embryology Authority* afin de savoir si sa naissance résulte d'une procréation médicalement assistée⁽¹⁶⁾. Le gouvernement a toutefois récemment rejeté l'idée d'une inscription *donor-conceived* sur l'acte de naissance, estimant : « [I]t is preferable that parents are educated about the benefits of telling children that they were donor-conceived rather than forcing the issue through the annotation of birth certificates »⁽¹⁷⁾.

Section 2. L'anonymat et ses accommodements

Loin de se réduire à une division dichotomique (anonymat *versus* non-anonymat), l'aménagement de l'anonymat du don dans les pays qui autorisent le recours aux techniques de procréation médicalement assistée avec donneur (de gamètes ou d'embryons) fait apparaître une diversité importante de pratiques.

(12) Voy. K. ORFALI, « P.M.A. et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, op. cit., p. 260.

(13) K. ORFALI, « P.M.A. et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », op. cit., p. 256.

(14) S. ISAKSSON e.a., « Two decades after legislation on identifiable donors in Sweden: are recipient couples ready to be open about using gamete donation? », *Hum. Reprod.*, 2011, 26(4), pp. 853 à 860, publié le 5 janvier 2011 sur le site de la revue internationale *Human reproduction* : <http://humrep.oxfordjournals.org/>.

(15) I. THÉRY, *Les impasses françaises du débat bioéthique*, op. cit., p. 7. L'auteure précise, de manière très pertinente, que ces chiffres sont encore nécessairement en dessous de la réalité, puisque, pour ne pas biaiser l'étude, ont été délibérément exclus les couples lesbiens et les couples hétérosexuels bénéficiaires de « dons directs » de proches, soit les deux types de couples qui, par nature, ne sont pas visés par le problème relatif au secret du mode de conception.

(16) Voy. *infra*.

(17) *Government Response to the Report from the Joint Committee on the Human Tissue and Embryos (Draft) Bill*, Cm 7209 (TSO, 2007), §§ 69 et 70, cité par A. BAINHAM, « What is the point of birth registration? », *Child and Family Quarterly*, vol. 2, n° 4, 2008, p. 465.

Tout d'abord, certains États ont opté pour la règle que nous avons choisi de qualifier d'anonymat absolu⁽¹⁸⁾. Celui-ci emporte l'interdiction générale et de principe de la divulgation de toute information, identifiante ou non, concernant le donneur. Elle est notamment consacrée en France⁽¹⁹⁾ ainsi qu'au Japon⁽²⁰⁾.

À l'opposé, d'autres États ont fait le choix de lever entièrement l'anonymat⁽²¹⁾, de telle manière que l'accès à l'ensemble des informations relatives au donneur, en ce compris son identité, est devenu, sous certaines conditions et selon des modalités diverses⁽²²⁾, un véritable droit pour l'enfant.

Entre ces deux extrêmes (anonymat absolu d'un côté, droit pour l'enfant d'accéder à toutes les informations relatives au donneur, de l'autre), la règle de l'anonymat s'accommode de divers tempéraments.

Certains États, tels que la Grèce⁽²³⁾ et le Portugal⁽²⁴⁾, ont fait le choix de maintenir comme principe général l'anonymat, mais autorisent l'accès aux

(18) La règle de l'anonymat absolu ne joue évidemment que dans les rapports donneur-receveur-enfant et ne concerne pas le milieu médical.

(19) Voy. *infra*, « L'anonymat illustré. Le droit des procréations médicalement assistées en droits français et belge » (§ 2 relatif à l'anonymat).

(20) Au Japon, si la règle de l'anonymat absolu est d'application pour le don de sperme, qui est le seul don légalement admis, il semblerait néanmoins qu'en pratique, des dons d'ovocytes soient réalisés en famille : voy. B. FEUILLET-LIGER, « Procréation médicalement assistée et anonymat : au-delà des divergences », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, p. 305, note 20 ; R. IDA, « La procréation médicalement assistée et l'anonymat au Japon. Dialectique de l'anonymat et du bien-être de l'enfant », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, pp. 219 à 230.

(21) Suède, Pays-Bas, Norvège, Autriche, Suisse, Royaume-Uni, État de Victoria en Australie, Finlande, Nouvelle-Zélande. Tous ces États ont en commun d'avoir posé un choix législatif clair en faisant de l'accès à l'identité du donneur un réel droit pour l'enfant. En Allemagne, aucun texte ne traite spécifiquement de la question de l'anonymat du donneur, mais la Cour constitutionnelle fédérale reconnaît à toute personne, depuis 1989, le droit de connaître ses origines, et ce droit est, selon la doctrine majoritaire, incompatible avec l'anonymat du donneur. Voy. *infra*, notre analyse de droit comparé (point II).

(22) Voy. *infra*, notre analyse de droit comparé (point II).

(23) En Grèce, l'enfant a accès, pour des raisons relatives à sa santé, aux informations médicales qui concernent le donneur. La divulgation de l'identité pourrait également être envisagée dans des hypothèses extrêmes tel le besoin d'une greffe de moelle osseuse d'un membre de la famille de l'enfant compatible. Voy. P. AGALLOPOULOU, « Les procréations médicalement assistées et l'anonymat selon le droit hellénique », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, pp. 193 à 202.

(24) Au Portugal, la loi n° 32/2006 du 26 juillet 2006 prévoit que les personnes nées grâce à un don de gamètes ou d'embryons peuvent obtenir des informations de nature génétique auprès des centres de santé (art. 15, n° 2), mais également des informations sur l'identité du donneur pour des raisons importantes reconnues par jugement (art. 15, n° 4). La divulgation de l'identité du donneur ne pourra en aucun cas conduire à l'établissement de la filiation. Voy. G. DE OLIVEIRA

informations de nature médicale ou génétique concernant le donneur. L'accès à l'identité du donneur y est par ailleurs possible dans des circonstances tout à fait exceptionnelles.

L'Espagne, quant à elle, a franchi un pas de plus en organisant l'accès à un nombre important d'informations non identifiantes concernant le donneur. Ainsi, la loi du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction médicalement assistée érige l'anonymat du don de gamètes en principe, mais donne la possibilité aux personnes nées de la procréation assistée ainsi qu'aux receveurs de gamètes et de préembryons d'obtenir des informations générales non identifiantes sur le donneur. Les informations susceptibles d'être communiquées sont les renseignements génétiques et relatifs à la santé du donneur, mais aussi les caractéristiques physiques (taille, poids, couleur des yeux, des cheveux...), ainsi que les données sociales tels que le niveau d'études, l'emploi, etc., à l'exception de l'identité. Dans des cas exceptionnels, l'enfant pourra avoir accès à l'identité du donneur, lorsqu'existent des circonstances extraordinaires comportant un danger certain pour la vie ou la santé de l'enfant ou encore lorsqu'il y a des risques de porter atteinte aux lois substantielles pénales⁽²⁵⁾.

Certains États ont par ailleurs opté pour un système « mixte » où la règle de l'anonymat, plus ou moins étendue selon les configurations que nous venons de relever, est retenue ou écartée suivant l'objet du don. Ce système d'anonymat « modulé » selon que le don porte sur des gamètes ou sur des embryons, imposant l'anonymat pour ces derniers tout en autorisant le don non anonyme des premiers, est très souvent motivé par le souci pragmatique de pallier les difficultés d'obtenir des dons d'ovocytes⁽²⁶⁾. Il est actuellement en vigueur en Belgique⁽²⁷⁾ ainsi qu'en Hongrie⁽²⁸⁾.

et R. REIS, « Anonymat du donneur au Portugal », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, pp. 239 à 250.

(25) M. BORD, « Droit d'accès de l'enfant aux informations relatives à ses origines en droit espagnol », in *Le droit à la connaissance de ses origines*, Recherches juridiques lausannoises, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2006, p. 155 ; V. SAN JULIAN, « L'anonymat dans la procréation médicalement assistée en Espagne : un principe légal controversé », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, p. 168. La révélation de l'identité du donneur ne pourra en aucun cas conduire à l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard.

(26) Le prélèvement d'ovocytes est, en effet, une procédure lourde qui n'est pas sans risque pour la donneuse.

(27) Voy. *infra*, « L'anonymat illustré. Le droit des procréations médicalement assistées en droits français et belge ».

(28) À propos de la législation hongroise, voy. J. SANDOR, « Anonymat dans les procédures de procréation médicalement assistée. Égalité des sexes et vision pronatale dans la réglementation hongroise », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, p. 206 ; IDEM, « Réglementation libérale et focus sur l'enfant. La procréation médicalement assistée en Hongrie », *op. cit.*, p. 124.

Enfin, le système dit du « double guichet » offre un choix « à la carte », en permettant au donneur, au moment du don, d'être identifiable ou non et aux parents de préférer un don anonyme ou non. L'Islande a opté pour pareil système « à la carte »⁽²⁹⁾. D'une certaine manière, la Belgique pratique également ce système pour le don de gamètes, dans la mesure où la loi autorise le don non anonyme de ceux-ci en cas d'accord entre le donneur et la receveuse ou le couple receveur⁽³⁰⁾.

En marge de ces catégories, le système américain conserve, quant à lui, une place à part dans la mesure où, en l'absence de régulation, c'est la loi du marché qui prévaut, y compris en termes d'anonymat⁽³¹⁾.

*
* *

Avant d'étudier plus en profondeur certains systèmes juridiques de pays d'Europe ayant levé l'anonymat en instaurant un réel droit pour l'enfant d'accéder à l'identité du donneur, nous exposerons brièvement le cadre légal de la procréation médicalement assistée en droit français d'abord, comme illustration parfaite du modèle d'anonymat absolu, en droit belge ensuite, comme législation singularisée par un régime hybride, puisqu'on y pratique à la fois un système « mixte » et un régime « à la carte » en ce qui concerne le don de gamètes.

(29) Ce système du double guichet était pratiqué aux Pays-Bas jusqu'en 2002. Il fut également préconisé en France par Valérie Pécresse dans son rapport de 2006 fait au nom de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants : Rapport n° 2832 fait au nom de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants, Assemblée nationale française, 12^e législature, 25 janvier 2006, p. 210, www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2832.asp#P2466_474105. Voy. également la proposition de loi relative à la possibilité de lever l'anonymat des donneurs de gamètes présentée par Valérie Pécresse le 28 juin 2006, *Doc., Ass. nat.*, n° 3225.

(30) On relèvera toutefois que, dans le système belge, la levée consensuelle de l'anonymat ne concerne que le rapport entre le donneur et la receveuse ou le couple receveur, et pas directement l'enfant issu du don. Voy. *infra*, « L'anonymat illustré. Le droit des procréations médicalement assistées en droits français et belge ».

(31) L'assistance médicale à la procréation n'est pas organisée par voie législative, et, par conséquent, les hôpitaux et les cliniques privés ont le loisir d'accepter les dons anonymes ou nominatifs. Voy. I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.* (note 1), p. 43. Il existe bien, au niveau fédéral, une régulation minimale emportant l'obligation de faire subir certains tests aux donneurs potentiels, mais, en l'absence de réel contrôle au niveau fédéral, ce sont les États et les professionnels eux-mêmes qui sont appelés à édicter des règles. On constate à cet égard un véritable forfait à la carte, les agences produisant les normes en donnant la liste des informations qui pourront être communiquées. Pour plus de détails, voy. K. ORFALI, « Procréation médicalement assistée et anonymat aux U.S.A. : la loi du marché », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, pp. 283 à 302.

Section 3. L'anonymat illustré. Le droit des procréations médicalement assistées en droits français et belge

§ 1^{er}. Le cadre légal et les conditions d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée

Il convient, dans un premier temps, de faire brièvement le point sur les conditions posées pour recourir aux techniques de procréation médicalement assistée en droit français et en droit belge. Cette question apparaît, en effet, déterminante dans la conception de la place du donneur.

En France⁽³²⁾ comme en Belgique⁽³³⁾, la loi autorise, à titre gratuit, le don de sperme, d'ovocytes et d'embryons.

Les droits français et belge se distinguent par contre fondamentalement dans l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée.

En France, l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple, infertilité dont le caractère pathologique doit être médicalement diagnostiqué, ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Elle est réservée aux couples hétérosexuels en âge de procréer⁽³⁴⁾. Le droit pose ainsi clairement

(32) Lois bioéthiques n° 94-953 et n° 94-654 du 29 juillet 1994 relatives au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (*J.O.*, 30 juillet 1994), modifiées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (*J.O.*, 7 août 2004) et par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 (*J.O.*, 8 juillet 2011). Pour une analyse détaillée de la loi, avant la réforme de 2011, voy. B. FEUILLET-LIGER, « Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international, *op. cit.*, pp. 40 à 54 ; J.-J. LEMOULAND, « Procréation médicalement assistée et droit de la filiation », *A.L.D.*, 1995, pp. 15 à 24. Sur la réforme de 2011, voy. O. ROY, « Procréation médicalement assistée et révision des lois bioéthiques françaises. La montagne a accouché d'une souris », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, *op. cit.*, pp. 139 à 168.

(33) Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007 (ci-après, « la loi du 6 juillet 2007 »). Pour une analyse plus complète de la loi, voy. M.-N. DERÈSE et G. SCHAMPS, « L'anonymat et la procréation médicalement assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007 », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, pp. 125 à 151 ; M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 350 et s. ; G. GÉNICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, pp. 17 et s. Voy. également les avis du Comité consultatif de bioéthique : avis n° 29 du 21 juin 2004 relatif au don d'embryon, avis n° 28 du 21 juin 2004 relatif à la procréation après le décès du/de la partenaire, avis n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules, www.health.fgov.be.

(34) Article L2141-2 du Code de la santé publique, modifié par la loi 2011-814 du 7 juillet 2011. Alors que la loi de 2004 réservait l'assistance médicale à la procréation aux couples hétérosexuels,

sa finalité : il s'agit avant tout de répondre à l'infertilité d'un couple formé d'un homme et d'une femme.

Le droit belge est, quant à lui, beaucoup plus libéral. La loi du 6 juillet 2007 n'impose en effet aucune condition d'ordre sociologique en termes d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée. Le texte définit l'auteur du projet parental comme « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée »⁽³⁵⁾. Ainsi, *a priori*, une demande de procréation médicalement assistée peut être formée tant par une femme seule que par un couple et, lorsque la demande émane d'un couple, aucune exigence n'est posée relativement à son orientation sexuelle⁽³⁶⁾. Les centres de fécondation restent toutefois libres d'édicter leurs propres règles de conduite et d'accepter ou de refuser les candidats en fonction de celles-ci. Il leur est ainsi possible d'invoquer une « clause de conscience » pour refuser les demandes qui leur sont adressées⁽³⁷⁾. Ce refus doit être adressé par écrit au(x) demandeur(s) dans le mois qui suit la décision et doit indiquer, dans le cas où le ou les demandeurs en ont exprimé le souhait, les coordonnées d'un autre centre de fécondation auquel ils peuvent s'adresser⁽³⁸⁾.

§ 2. L'anonymat

Le droit français des procréations médicalement assistées est sans doute l'illustration parfaite de la règle que nous avons qualifiée plus haut d'anonymat absolu et il n'y a actuellement aucune volonté de changement. Ainsi, malgré les débats qui ont eu lieu à l'occasion de la révision des lois de bioéthique de 1994 et 2004, le législateur a choisi de ne pas revenir sur le principe de l'anonymat du

mariés ou « en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans », la loi de 2011 a supprimé la condition de durée imposée aux couples non mariés.

(35) Article 2, *littera f*, de la loi du 6 juillet 2007. La loi énonce toutefois des conditions d'âge dans le chef de la femme pour l'accès à la procréation médicalement assistée. En ce qui concerne le prélèvement de gamètes et la demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes, la limite d'âge est fixée à 45 ans, tandis qu'elle est portée à 47 ans pour l'implantation des embryons ou l'insémination des gamètes (art. 4 de la loi du 6 juillet 2007).

(36) L'article 6 de la loi se limite à prescrire que le centre de fécondation doit vérifier, « pour les cas où cela s'indique », si les causes de la stérilité, de l'infertilité ou de l'hypofertilité de la demandeuse ou du couple demandeur ont été déterminées et traitées conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession.

(37) Ce mécanisme a été mis en place par le législateur pour laisser aux centres de fécondation, localisés dans des hôpitaux de réseau laïc ou du réseau confessionnel, « la possibilité d'accepter ou de refuser des patients et/ou des traitements ne correspondant pas à leur charte éthique et déontologique » (N. SCHIFFINO, « Le système politique belge et la régulation publique de la P.M.A. : clivage, jeu politique et temps », *L'Observatoire de la génétique*, n° 34, septembre-octobre 2007, disponible en ligne : http://www.omicsethics.org/observatoire/zoom/zoom_07/z_no34_07/z_no34_07_01.html).

(38) Article 5 de la loi du 6 juillet 2007.

don, contrairement à ce que préconisait le projet présenté par la ministre de la Santé, Roselyne Bachelot, en Conseil des ministres le 20 octobre 2010⁽³⁹⁾.

Le droit belge a, quant à lui, opté, depuis 2007, pour un système mixte doublé d'un régime « à la carte » en ce qui concerne le don de gamètes.

La règle de l'anonymat absolu posée par le droit français n'est pas spécifique au monde de la procréation médicalement assistée, mais découle du principe général de l'anonymat du don de tous les éléments et produits du corps humain. Le modèle d'« anonymisation » absolue du donneur est issu du socle d'un modèle bioéthique français qui porte sur l'ensemble des dons d'éléments du corps humain et qui se fonde sur le triptyque anonymat-gratuité-consentement⁽⁴⁰⁾. Ce principe général d'anonymat du don, posé par l'article 16-8, alinéa 1^{er}, du Code civil⁽⁴¹⁾ et repris par l'article 1211-5, alinéa 1^{er}, du Code de la santé publique, est réaffirmé tant pour le don de gamètes⁽⁴²⁾ que pour le don d'embryons⁽⁴³⁾.

La règle de l'anonymat absolu concerne l'ensemble des acteurs non médicaux (donneur, receveur et enfant issu de l'assistance médicale à la procréation). L'anonymat est présenté comme absolu, car il concerne aussi bien les éléments identifiants que les éléments non identifiants relatifs au donneur⁽⁴⁴⁾. Aucune dérogation à ce principe d'ordre public⁽⁴⁵⁾ ne semble

(39) Voy. à cet égard : I. THÉRY, « Bioéthique : les embarras d'une réforme », in *Le Monde*, 23 octobre 2010, www.lemonde.fr/idees/ensemble/2010/10/22/bioethique-les-embarras-d-une-reforme_1429751_3232.html. Le Conseil d'État préconisait également l'adoption d'un régime combinant un accès de tout enfant majeur le sollicitant à certaines catégories de données non identifiantes relatives au donneur et la possibilité d'une levée de l'anonymat à la demande de l'enfant moyennant le consentement du donneur : CONSEIL D'ÉTAT, *La révision des lois de bioéthique*, Étude adoptée par l'Assemblée générale plénière le 9 avril 2009, La Documentation française, disponible sur <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000288/0000.pdf>. Lors des débats, l'Assemblée nationale a néanmoins adopté un amendement rejetant l'ouverture d'une possibilité d'accès à l'identité du donneur pour les personnes issues d'un don de gamètes. La nouvelle loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, publiée au *Journal officiel* du 8 juillet 2011, réaffirme donc le principe de l'anonymat du don de gamètes sans aucune dérogation (art. 18bis nouv.). Voy. aussi O. ROY, *op. cit.*, pp. 162 et s.

(40) En France, toute la réflexion sur le don de gamètes a été bâtie sur le modèle de la transfusion sanguine : I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.* (note 1), p. 28.

(41) L'article 16-8, alinéa 1^{er}, du Code civil français est libellé comme suit :

« Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur ».

(42) Article L. 1244-7 du Code de la santé publique.

(43) Article L. 2141-6, alinéa 3, du Code de la santé publique.

(44) B. FEUILLER-LIGER, « Procréation médicalement assistée en France : de l'anonymat absolu à une traçabilité possible », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, *op. cit.*, pp. 43 et 44.

(45) Article 16-9 C. civ. français.

concevable⁽⁴⁶⁾, alors même que seule la divulgation de l'identité⁽⁴⁷⁾ est pénalement sanctionnée⁽⁴⁸⁾.

Vis-à-vis des acteurs médicaux, les règles sont différentes. D'une part, l'identité des donneurs et des receveurs est obligatoirement connue du médecin et du centre d'assistance médicale à la procréation⁽⁴⁹⁾. Les informations recueillies sont toutefois conservées de manière anonyme et tant le médecin que le centre restent soumis au secret médical et à la confidentialité. D'autre part, tout médecin peut avoir accès à des informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur⁽⁵⁰⁾.

La loi belge, en revanche, a opté pour un système « mixte » et établit une distinction entre le don de gamètes et le don d'embryons surnuméraires. Elle impose l'anonymat pour ce dernier mais autorise le don non anonyme de

(46) B. FEUILLET-LIGER, « Procréation médicalement assistée en France : de l'anonymat absolu à une traçabilité possible », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, op. cit., p. 44.

(47) Aucune sanction n'a en effet été aménagée en cas de divulgation de données non identifiantes concernant le donneur.

(48) Articles 511-10 et 511-25 C. pén. ; articles L.1273-3 et L.2162-4 du Code de la santé publique. Certains estiment dès lors que le refus, par les professionnels des CECOS, de diffuser des informations non identifiantes est illégal, le législateur ayant choisi de n'interdire que l'accès aux nom, prénoms, adresse et photos du donneur : audition d'Audrey Gauvin, avocate et membre de l'association P.M.A. (www.pmanonyme.asso.fr), dans le cadre du projet de loi de bioéthique n° 304 (2010-2011), Auditions Sénat-Commission des Affaires sociales, 8 mars 2011.

(49) Pour plus de détails, voy. B. FEUILLET-LIGER, « Procréation médicalement assistée en France : de l'anonymat absolu à une traçabilité possible », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, op. cit., p. 51 ; H. GAUMONT-PRAT, « Le droit à la vérité est-il le droit à la connaissance de ses origines ? », *Droit de la famille*, Éd. du Jurisclasseur, octobre 1999, pp. 10 et 11.

(50) Articles L.1244-6 et L.2141-6, alinéa 4, du Code de la santé publique. L'article 27 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a toutefois complété l'article L.1244-6 du Code de la santé publique par trois alinéas libellés comme suit : « En application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, toute personne, autorité publique, service ou organisme, et notamment les centres d'études et de conservation des œufs et du sperme humains, qui recueille et conserve des données à caractère personnel relatives aux donneurs de gamètes ou d'embryons, aux couples receveurs ou aux personnes issues des techniques d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur est soumis au contrôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Celle-ci contrôle les conditions dans lesquelles est effectué le recueil des données à caractère personnel à l'occasion des procréations médicalement assistées. La mise en place de tout traitement automatisé concernant ces données est soumise au respect des modalités de déclarations et d'autorisations préalables selon le type de données conservées, en application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée. La commission peut réaliser des contrôles sur place afin de s'assurer de la bonne conservation de ces données, quel qu'en soit le support.

En cas de non-respect de cette même loi, elle peut mettre en œuvre les mesures prévues aux articles 45 à 52 de ladite loi ».

gamètes lorsqu'il résulte d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs⁽⁵¹⁾. Pour le don de gamètes, le régime ainsi mis en place s'apparente dès lors en quelque sorte à celui du « double guichet », puisqu'il offre la possibilité aux parents de choisir un donneur anonyme ou de se présenter avec un donneur consentant à la levée de son anonymat. Toutefois, on relèvera que l'anonymat n'est, dans ce cas, levé qu'entre le donneur et la receveuse, ou le couple receveur. Hormis via l'intermédiaire de ses parents, l'enfant né à la suite d'un don non anonyme de gamètes n'a aucun droit d'accès aux informations relatives au donneur. D'une part, l'enfant ne dispose d'aucun recours pour forcer ses parents à lui communiquer les informations dont ils disposent, d'autre part, le centre de fécondation reste tenu de rendre inaccessible toute donnée permettant l'identification du donneur, que le don soit anonyme ou non, et toute personne travaillant pour ou dans un tel centre qui prend connaissance, de quelque manière que ce soit, d'informations permettant l'identification des donneurs d'embryons ou de gamètes est tenue au secret professionnel⁽⁵²⁾.

(51) Articles 22, alinéa 2, et 57, de la loi du 6 juillet 2007. Si la loi belge ne distingue pas entre don de sperme et don d'ovocytes, Françoise Cailleau relève que, dans la pratique, le recours à l'insémination avec sperme de donneur s'effectue majoritairement de manière anonyme. Elle fournit une explication fondée sur la dimension sexuée du don : « Les dons de gamètes, I.A.D. et don d'ovocytes, révèlent l'asymétrie fondamentale » à propos de la part biologique de chacun des partenaires dans le projet d'enfant, qui vient faire écho à l'asymétrie physiologique entre un homme et une femme dans la procréation. Cette asymétrie a une incidence sur la nécessité, ou non, de maintenir le secret. Chaque fantasmagie réorganise les différents éléments du matériel reproductif et pour la receveuse « la grossesse efface l'ovocyte, transforme l'embryon en enfant et la femme stérile en mère ». [...] Dans l'imaginaire collectif subsiste cette représentation commune de la fusion foeto-maternelle, de l'appartenance du fœtus au corps de la mère. Tandis que dans l'I.A.D., plane toujours la présence de ce corps étranger que représente le sperme du donneur ; un donneur présent à la fois dans le corps de la femme et celui de l'enfant » (FR. CALLEAU, « L'impasse du genre dans les procréations médicalement assistées », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, op. cit., 2012, p. 195).

(52) Articles 28 et 57 de la loi du 6 juillet 2007. Voy., en ce sens, les travaux parlementaires : « [...] le centre ne pourra communiquer aucune donnée, même si l'enfant le demande. Mais les parents et le donneur, eux, peuvent le faire s'ils le souhaitent » (proposition de loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, séance du 2 mai 2006, n° 1440/6, p. 5). On relèvera cependant que des amendements avaient été déposés afin de proposer une voie médiane qui aurait permis au donneur et au(x) receveur(s) de faire le choix de rester anonyme ou non pour le premier, de préférer un donneur anonyme ou identifiable pour les seconds. Dans ce système, que l'on pouvait alors réellement qualifier de « double guichet », l'enfant dont les parents auraient opté pour le donneur identifiable aurait pu, dès l'âge de 12 ans, solliciter la communication des données non identifiantes relatives au donneur (caractéristiques physiques, formation et profession, antécédents sociaux, personnalité), et, dès 16 ans et moyennant le consentement préalable et écrit du donneur, les données relatives à l'identité de ce dernier (nom, prénom, date de naissance et domicile). En cas de refus de consentement du donneur, un juge aurait été chargé de confronter les intérêts de l'enfant et ceux du donneur pour décider d'autoriser ou non la communication des données relatives à l'identité : « Lorsque le donneur B ne consent pas à cette communication

Dès lors, aucune information identifiante ne peut être communiquée par le centre de fécondation. Concernant les informations non identifiantes, le centre de fécondation ne peut communiquer d'autres informations relatives au(x) donneur(s) que celles de nature médicale susceptibles de revêtir une importance pour le développement sain de l'enfant et, surtout, il ne peut communiquer ces informations qu'à la receveuse ou au couple receveur qui en fait la demande au moment de faire un choix ou au médecin traitant de l'enfant, de la receveuse ou du couple receveur, pour autant que la santé de l'enfant le requière⁽⁵³⁾.

§ 3. La filiation

En droit français comme en droit belge, la loi fait des auteurs du projet parental les seuls parents juridiques possibles de l'enfant.

En vertu de l'article 311-19 du Code civil français, aucun lien de filiation ne peut être établi à l'égard du donneur et aucune action en responsabilité ne peut être exercée à son encontre⁽⁵⁴⁾. L'article 311-20 du même Code précise par ailleurs que le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation – à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet – et que celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant et pourra voir sa paternité judiciairement établie.

En droit belge, les articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 disposent qu'aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte

ou si son consentement est censé avoir été refusé, le juge peut décider de communiquer malgré tout les informations, après confrontation motivée des intérêts de l'enfant à la communication et de ceux du donneur à l'absence de communication, compte tenu de toutes les circonstances. Une décision de communication est susceptible d'appel » (proposition de loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, Amendements, *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, séance du 8 mars 2006, n° 1440/3, pp. 4 à 11 ; Projet de loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, 13 février 2007, n° 1440/5, pp. 5 à 12). Ces amendements ont toutefois été rejetés en raison, notamment, des implications d'un tel choix pour les parents qui se seraient vus confrontés, à terme, au risque de l'altération de leur relation avec l'enfant qui aurait pu leur reprocher le choix posé : voy. M.-N. DERÈSE et G. SCHAMPS, « L'anonymat et la procréation médicalement assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007 », *op. cit.*, p. 146.

(53) Articles 36 et 65 de la loi du 6 juillet 2007.

(54) L'article 311-19 du Code civil français est libellé comme suit : « En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur ».

au donneur, au receveur ou à l'enfant issu du don et qu'à compter de l'implantation des embryons ou de l'insémination des gamètes, les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental⁽⁵⁵⁾. Ces articles posent de manière claire l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant né grâce à un don et le donneur ou les donneurs de gamètes ou d'embryons. Cette impossibilité d'établir un lien de filiation est encore rappelée dans les définitions données par la loi du donneur et du receveur d'embryons ou de gamètes⁽⁵⁶⁾.

§ 4. Conclusion

Dans leurs conditions d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée, les droits français et belge se distinguent clairement par leur finalité. Le droit français adopte une conception médicalisée et exclusivement palliative, alors que le droit belge, plus ouvert, porte la marque d'une conception promotrice de la reconnaissance d'un droit à l'enfant⁽⁵⁷⁾. Ces deux conceptions ont nécessairement des incidences sur la place (actuelle et à venir) du donneur dans nos systèmes juridiques.

Par ailleurs, en Belgique, la question du statut du donneur se pose de manière plus visible qu'en France, dans la mesure où une femme seule ou un couple de lesbiennes peut avoir accès à une insémination ou à une implantation. Un enfant naît au sein d'une famille dans laquelle la place du père reste vide. L'enfant qui naîtra dans cette famille sera dès lors directement confronté à la question de son engendrement et, par conséquent, à la question de l'identité de son « père »⁽⁵⁸⁾ biologique.

Dans le modèle « pseudo-créatif » français, dont l'anonymat est le socle⁽⁵⁹⁾, il sera évidemment plus facile de cacher à un enfant issu d'une procréation

(55) Contrairement au droit français, l'homme qui recourt avec sa compagne à l'assistance médicale à la procréation et qui refuse par la suite de reconnaître l'enfant ne peut s'y voir contraint. Sur les difficultés que peut dès lors provoquer, concernant l'établissement de la filiation paternelle, une procréation médicalement accomplie avec tiers donneur au profit d'un couple non marié, voy. : M.-N. DERÈSE et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 350 ; J. SOSSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », note sous Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, pp. 1095 et s.

(56) Article 2, *litterae* i, j, p et q, de la loi du 6 juillet 2007. Aux termes de chaque définition, il est rappelé qu'aucun lien de filiation ne pourra être établi entre le donneur et l'enfant à naître.

(57) En ce sens : C. HERBRAND, « La loi sur la procréation médicalement assistée en Belgique : un reflet de la diversité familiale ? », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, *op. cit.*, p. 324 : « Ainsi, le législateur reconnaît et rend accessible à tous le droit d'avoir des enfants, consacrant dès lors le désir d'enfant comme une valeur fondamentale qu'il s'agit de respecter et d'aider à se concrétiser ».

(58) Nous mettons délibérément ce terme entre guillemets pour souligner d'emblée son inadéquation, la question de l'origine et de l'identité devant, dans ce cas de figure, être dissociée de celle de la filiation au sens juridique du terme.

(59) I. THÉRY, *Les impasses françaises du débat bioéthique*, *op. cit.*, p. 2.

médicalement assistée l'histoire de sa conception et, par conséquent, de laisser le donneur dans l'ombre.

En tout état de cause, dans les deux pays, le législateur a officiellement pourvu le donneur d'un statut que l'on peut qualifier de « négatif » en ce sens qu'il n'est pas assorti de droits mais protège le donneur contre l'action de l'enfant ou des parents. D'une part, son anonymat est en principe garanti, d'autre part, aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux ne peut être intentée à son encontre. Inversement, il est lui-même privé de tout droit d'agir sur cette base. Ce statut « négatif » du donneur est mis en opposition avec le statut « positif » offert aux auteurs du projet parental qui vont, quant à eux, revêtir la qualité juridique de parents. Pour créer la filiation juridique, la loi organise ainsi « la substitution de la volonté à l'origine biologique qui sera niée grâce à l'affirmation du principe d'anonymat du donneur »⁽⁶⁰⁾, et tout est pensé et élaboré pour faire passer la mère et le père légaux de l'enfant pour ses géniteurs⁽⁶¹⁾. La volonté du législateur est d'éviter l'intervention d'une tierce personne dans le projet parental et de faire ainsi complètement disparaître le ou les donneurs au profit des parents d'intention⁽⁶²⁾.

II. La levée de l'anonymat : panorama de droit comparé européen⁽⁶³⁾

Introduction

Afin de nourrir la réflexion sur la place du donneur d'engendrement, il est intéressant d'élargir l'analyse de droit comparé franco-belge à des États ayant des approches différentes et plus spécifiquement des États qui, ayant levé l'anonymat, acceptent ainsi de conférer au donneur, selon des modalités parfois distinctes, une certaine place, pour ne pas dire une place certaine.

Notre analyse de droit comparé ne se veut évidemment pas exhaustive.

Parmi les États ayant levé l'anonymat⁽⁶⁴⁾, nous avons fait le choix, pour des raisons tenant à l'accessibilité à des sources fiables, d'examiner plus particulièrement le droit applicable en Suède, en Suisse, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni ainsi qu'en Allemagne⁽⁶⁵⁾.

(60) H. GAUMONT-PRAT, « Le droit à la vérité est-il le droit à la connaissance de ses origines ? », *op. cit.*, p. 11.

(61) C. HERBRAND, *op. cit.*, p. 325.

(62) *Ibid.*, p. 328.

(63) Cette étude de droit comparé tient compte de l'état des droits étudiés au 1^{er} avril 2012.

(64) Suède, Suisse, Autriche, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Finlande, État de Victoria en Australie, Nouvelle-Zélande, Allemagne (de manière indirecte).

(65) Soit l'ensemble des pays d'Europe ayant levé l'anonymat, à l'exception de l'Autriche, de la Norvège et de la Finlande.

La présente étude critique de la question de la place du donneur d'engendrement dans une approche comparative procédera d'une analyse « horizontale ». Ainsi, plutôt que d'opter pour une description « verticale » des différents systèmes juridiques considérés séparément, nous tenterons de mettre en exergue de manière transversale les constantes, mais aussi parfois les divergences qui se dégagent, au sein des législations étudiées, dans l'aménagement de la levée de l'anonymat du donneur et dans l'intensité de la place qui lui est conséquemment reconnue.

Dans cette optique, nous étudierons, dans un premier temps, les techniques juridiques utilisées pour assurer la place reconnue au donneur (modalités de recueil des données le concernant, nature des données récoltées, personnes pouvant y avoir accès) avant d'aborder, dans un second temps, la question des effets de la levée de l'anonymat.

Si la description détaillée des rouages internes de chaque législation en matière de procréation médicalement assistée nous éloignerait trop de l'objet de la présente étude, il nous a semblé toutefois utile, tout comme nous l'avons fait pour les droits français et belge, d'introduire notre analyse de droit comparé par une présentation sommaire du cadre légal et des conditions d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée dans les pays sélectionnés.

Section 1^{re}. Le cadre légal général : l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée et la levée de l'anonymat

La Suède est le premier pays au monde à avoir levé l'anonymat en matière de don de sperme. Le principe de l'anonymat des donneurs a été abandonné le 1^{er} mars 1985 afin de garantir aux enfants nés après insémination artificielle avec tiers donneur le droit de connaître leurs origines génétiques⁽⁶⁶⁾. Le même droit a été reconnu le 1^{er} janvier 2003 aux enfants nés grâce à un don d'ovocytes⁽⁶⁷⁾. L'accès aux techniques de procréation médicalement assistée en Suède est

(66) Dans un premier temps, la levée de l'anonymat a certes engendré une baisse des dons, mais les chiffres tendent à remonter depuis 1992. Le profil des donneurs a, quant à lui, changé : l'éventail est plus diversifié et plus altruiste, les donneurs sont plus âgés et ont déjà eu leurs propres enfants : K. ORFALI, « P.M.A. et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », *op. cit.*, p. 258. Cette modification du profil des donneurs a également suivi la levée de l'anonymat au Royaume-Uni, évoluant de l'archétype du jeune étudiant en médecine au père de famille trentenaire : I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, p. 64.

(67) La loi suédoise du 1^{er} juillet 2006 sur l'intégrité génétique n'autorise le don d'ovocytes que si le sperme provient du mari ou du concubin. Le don d'embryons est exclu. Voy. K. ORFALI, « P.M.A. et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », *op. cit.*, p. 256.

autorisé aux couples hétérosexuels mariés ou vivant en concubinage, de même qu'aux couples lesbiens, depuis 2005. Une femme seule ne peut, par contre, pas y avoir accès (alors qu'elle peut adopter). Les médecins doivent par ailleurs être d'avis que le couple est apte médicalement et psychologiquement à accueillir un enfant dans de bonnes conditions⁽⁶⁸⁾.

En Suisse, la Constitution assure, depuis 1992⁽⁶⁹⁾, à l'enfant issu des techniques de procréation médicalement assistée l'accès aux données sur ses origines. L'article 119 relatif à la procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain prévoit en effet que toute personne a accès aux données relatives à son ascendance⁽⁷⁰⁾. La loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée⁽⁷¹⁾, applicable depuis le 1^{er} janvier 2001, organise cet accès⁽⁷²⁾. La réglementation en matière d'accès

(68) K. ORFALI, « P.M.A. et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », *op. cit.*, p. 256.

(69) Le 17 mai 1992 est entré en vigueur l'article 24^{novies} de la Constitution fédérale (ancienne version) dont l'objectif premier était de protéger l'homme et son environnement « contre les abus en matière de techniques de procréation » (art. 24^{novies}, alinéa 1^{er}, de l'ancienne Constitution fédérale). Cette norme constitutionnelle donna mission au législateur fédéral d'édicter des « prescriptions concernant l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain » (art. 24^{novies}, alinéa 2) en respectant une série de principes (art. 24^{novies}, alinéa 2, *litterae* a à g). Parmi ces principes, l'article 24^{novies}, alinéa 2, *littera* g, de l'ancienne Constitution précisait que « l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance est garanti ». Cette disposition a été abrogée et remplacée par l'article 119, alinéa 2, *littera* g, le 1^{er} janvier 2000, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101). La nouvelle norme ne fut modifiée que dans une mesure rédactionnelle. L'article 119, alinéa 2, *littera* g, de la Constitution fédérale mentionne désormais que « toute personne a accès aux données relatives à son ascendance ». Pour plus de détails sur la genèse de ces articles, voy. PH. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, 4^e éd., Genève, Schulthess, 2009, pp. 203 et s. ; V. PREMARD, « Le droit de l'enfant à l'accès aux données relatives à ses parents biologiques dans les cas d'adoption et de don de sperme », in *Le droit à la connaissance de ses origines*, Recherches juridiques lausannoises, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, *op. cit.*, pp. 14 et s.

(70) Article 119, alinéa 2, *littera* g, de la Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

(71) *Recueil officiel des lois fédérales*, 28 décembre 2000, n° 51, pp. 3055 à 3067.

(72) Le droit d'obtenir des informations sur l'identité de ses parents biologiques est reconnu de la même manière aux enfants adoptés et est, quant à lui, réglé par l'article 268c du Code civil. Pour les enfants nés de manière « naturelle » (que ce soit dans ou hors mariage) et qui n'ont pas été adoptés, le droit d'obtenir des informations sur leurs origines génétiques a également été reconnu par la jurisprudence, en dehors de toute action en contestation ou en établissement de la paternité, moyennant une « pesée » des intérêts en présence (II^e Cour de droit civil, X. c. Y. et Z. (recours en matière civile), 28 février 2008, 5A_506/2007 ; ATF 134 III 241, disponible sur www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm). La doctrine et la jurisprudence helvétiques reconnaissent ainsi que la connaissance de ses origines génétiques peut être importante, indépendamment de la création d'un lien juridique de filiation : R.E. AEBI-MÜLLER, « Abstammung und Kindesverhältnis wo stehen wir heute? », in *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007*, Zurich, 2007, pp. 129 et s. ; S. BURGAT et O. GUILLIOD,

aux techniques de procréation médicalement assistée est toutefois fort restrictive. Seul le don de sperme⁽⁷³⁾ est autorisé et, de surcroît, réservé aux couples hétérosexuels mariés⁽⁷⁴⁾. Par ailleurs, l'article 5 de la loi prévoit que le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée n'est autorisé que lorsque la stérilité ou le danger de transmission d'une grave maladie ne peut être écarté d'une autre manière⁽⁷⁵⁾. Enfin, la procréation médicalement assistée, qu'elle soit homologue ou hétérologue, est subordonnée au bien de l'enfant⁽⁷⁶⁾ et est réservée aux couples qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité⁽⁷⁷⁾.

Aux Pays-Bas, le régime du « double guichet » qui permettait aux donneurs de conserver ou non l'anonymat a été supprimé par la loi du 25 avril 2002 sur les règles relatives à la conservation, à la gestion et à la diffusion des informations relatives aux donneurs en cas de procréation médicalement assistée⁽⁷⁸⁾. Le législateur a posé un choix fondamental en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant à connaître l'identité du donneur. La loi organise le recueil des coordonnées relatives aux donneurs et institue la Fondation pour les informations relatives aux donneurs en matière de procréation médicalement assistée⁽⁷⁹⁾, qui a pour mission de conserver les données, de les gérer et de les fournir sur demande, conformément à la loi. Elle s'applique seulement aux dons postérieurs au 1^{er} juin 2004. Pour les enfants nés grâce à des dons antérieurs à cette date, les anciennes règles

« Les actions tendant à la destruction du lien de la filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité », in *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel, Böhner (éd.), 2007, n° 151, pp. 48 et s. ; A. LEUBA, PH. MEIER et S. SANDOZ, « Quelle famille pour le XXI^e siècle ? », in *Rapports suisses présentés au XVI^e Congrès international de droit comparé*, vol. I, Zurich, 2002, p. 168 ; PH. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, pp. 215 et s.

(73) L'article 119, alinéa 2, *littera* d, interdit « le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution », et l'article 4 de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée y ajoute l'interdiction du don d'ovules.

(74) Pour une analyse des méthodes de procréation médicalement assistée en Suisse, voy. : C. FOUNTOULAKIS, « L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation », in *La pratique du droit de la famille*, février 2011, pp. 247 à 269, Stämpfli Verlag AG, www.fampra.ch. ; PH. MEIER et M. STETTLER, *op. cit.*, pp. 105 et s.

(75) C. FOUNTOULAKIS, *op. cit.*, p. 253.

(76) À propos de la notion du « bien de l'enfant » dans le présent contexte, voy. PH. MEIER et M. STETTLER, *Droit de la filiation*, *op. cit.*, p. 112 et références citées en note 412.

(77) Article 3 de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée.

(78) *Wet van 25 april 2002, houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donoren bij kunstmatige donorbevruchting (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting)*, disponible sur www.wetboek-online.nl/wet/Wet%20donorgegevens%20kunstmatige%20bevruchting.html.

(79) *Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting*.

s'appliquent : les données relatives au donneur sont ou non susceptibles d'être communiquées en fonction du choix fait par ce dernier⁽⁸⁰⁾. Le don de gamètes est autorisé de même que le don d'embryons et tout un chacun peut avoir accès à l'assistance médicale à la procréation⁽⁸¹⁾. La loi du 2 mars 1994 sur l'égalité de traitement⁽⁸²⁾ interdit aux prestataires de soins de pratiquer quelque discrimination que ce soit. Par conséquent, ni l'état civil ni l'orientation sexuelle ne peuvent, en théorie, limiter l'accès à l'assistance médicale à la procréation.

Au Royaume-Uni⁽⁸³⁾, c'est en 2004 que le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 a été amendé par le règlement relatif à l'accès aux données identifiantes des donneurs, qui a supprimé le principe de l'anonymat pour les dons postérieurs au 1^{er} avril 2005⁽⁸⁴⁾. La loi qui régit la procréation médicalement assistée⁽⁸⁵⁾ autorise les dons de sperme, d'ovules et d'embryons. L'accès aux techniques de procréation médicalement assistée est ouvert aux couples, hétérosexuels, mariés ou non, ou aux couples homosexuels, en partenariat civil ou non, ainsi qu'aux femmes seules. La loi ne comprend aucune référence à l'orientation sexuelle du couple : ses dispositions mentionnent par exemple la femme qui va bénéficier du traitement et « l'homme ou la femme qui va être traité avec elle ou le second futur parent ». L'article 13 de la loi mentionne toutefois que le bien-être de l'enfant à naître, « y compris le besoin de l'enfant de bénéficier d'une éducation parentale qui l'aide à grandir », doit être pris en compte avant toute assistance médicale à la procréation. Par ailleurs, la *Human Fertilisation and Embryology Authority*, amenée à veiller à l'application de la loi et

(80) J.G. SIMONS, « Anonymat du donneur de gamètes selon le droit néerlandais », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, op. cit., pp. 231 à 238.

(81) *Ibid.*, p. 231.

(82) *Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat*, www.wetboek-online.nl/wet/Algemene%20wet%20gelijke%20behandeling.html.

(83) Pour plus de détails sur le droit britannique des procréations médicalement assistées, voy. : M. BORD, « Droit d'accès de l'enfant aux informations relatives à ses origines en droit anglais », in *Le droit à la connaissance de ses origines*, op. cit., pp. 97 à 110 ; TH. CALLUS, « De l'anonymat assuré à l'anonymat affaibli : la (r)évolution du droit anglais en matière de procréation médicalement assistée », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, op. cit., pp. 179 à 192 ; I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, op. cit., pp. 56 à 65.

(84) La loi permet toutefois à ceux qui ont fait un don avant cette date de lever le secret de leur identité en s'inscrivant sur un fichier prévu à cet effet. Voy. le site officiel de la *Human Fertilisation and Embryology Authority* (H.F.E.A.) : www.hfea.gov.uk.

(85) *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, modifié en 2004 et en 2008. Le *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* contient à la fois des dispositions qui amendent le *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* et des dispositions propres à la parenté dans le cadre du recours aux techniques de procréation médicalement assistée : www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents.

dotée de pouvoirs réglementaires, a établi des codes de bonnes pratiques et des guides à l'intention des établissements de traitement de la stérilité. La dernière version du Code de bonnes pratiques⁽⁸⁶⁾ rappelle notamment que tout patient qui demande à bénéficier d'une assistance médicale à la procréation bénéficie d'une « présomption favorable »⁽⁸⁷⁾.

En Allemagne enfin, où seuls les dons de sperme et d'embryons sont autorisés⁽⁸⁸⁾, la situation est plus ambiguë. La loi du 13 décembre 1990 sur la protection de l'embryon, qui détermine le cadre juridique de la procréation médicalement assistée, est de nature essentiellement pénale et n'aborde le domaine des procréations médicalement assistées que de manière indirecte et incomplète⁽⁸⁹⁾. Les lacunes de la loi de 1990 sont en partie comblées par les directives de l'Ordre fédéral des médecins sur la procréation médicalement assistée⁽⁹⁰⁾, qui disposent qu'un comité d'éthique doit impérativement donner son accord au cas par cas et que la procréation hétérologue doit rester exceptionnelle. L'accès à la procréation hétérologue est par ailleurs réservé aux couples hétérosexuels – mariés ou en concubinage – et est refusé à la femme célibataire⁽⁹¹⁾. La loi de 1990 ne traite ni de la question de l'anonymat du donneur ni des problèmes de filiation⁽⁹²⁾. Aucun texte réglementaire n'a expressément levé l'anonymat du don ni, *a fortiori*, organisé cette levée. Toutefois, la Cour constitutionnelle

(86) Le Code de bonnes pratiques (8^e éd.) est disponible sur le site officiel de la *Human Fertilisation and Embryology Authority* : www.hfea.gov.uk.

(87) Article 8.11 du Code de bonnes pratiques. Dans le cadre du recours à une mère porteuse, voy. l'article 8.12.

(88) Seul le don d'ovocytes est interdit expressément par la loi sur la protection de l'embryon (§ 1^{er}, alinéa 1^{er}, n^{os} 2 et 7, *Embryonenschutzgesetz*, 13 décembre 1990, B.G.B.I., 1990, I, pp. 2746 et s.). Toutefois, dans la mesure où la loi interdit « d'entreprendre la fécondation d'ovules provenant d'une même femme, plus nombreux que ceux qui doivent lui être réimplantés au cours d'un même cycle » (§ 1^{er}, alinéa 1^{er}, n^o 5, *Embryonenschutzgesetz*), la création d'embryons surnuméraires paraît exclue et la question du don par conséquent écartée : voy. F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangementants », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, op. cit., p. 113.

(89) F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangementants », op. cit., p. 108.

(90) Ces directives doivent être suivies par les praticiens, sous peine de sanction, dès lors qu'elles ont été reprises par la Chambre régionale des médecins du *Land* dans lequel ils officient. Les directives de 2006 visant la mise en œuvre de l'insémination artificielle avec donneur et de la fécondation *in vitro* hétérologue ont été adoptées par la majorité des *Länder*.

(91) Ce sont les médecins qui sélectionnent les couples qui auront accès à la procréation médicalement assistée et apprécient la stabilité du couple non marié, dans les *Länder* ouvrant la procréation médicalement assistée aux concubins.

(92) F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangementants », op. cit., pp. 95 et s.

fédérale reconnaît depuis 1989⁽⁹³⁾ à toute personne le droit de connaître ses origines biologiques⁽⁹⁴⁾. La Cour constitutionnelle fait découler celui-ci de deux droits fondamentaux explicitement garantis par la Constitution : le droit au respect de la dignité⁽⁹⁵⁾ et le droit au libre épanouissement⁽⁹⁶⁾. Selon l'interprétation majoritaire de l'arrêt, le droit constitutionnel à la connaissance de ses origines est incompatible avec l'anonymat du donneur à l'égard des enfants nés grâce au don⁽⁹⁷⁾. Dès lors, le praticien qui a procédé à la procréation hétérologue doit pouvoir garantir à l'enfant qui en est issu l'accès à l'identité de son géniteur. Le cas de l'Allemagne peut être qualifié d'ambigu en raison de la particularité de son système juridique qui consacre ainsi le droit constitutionnel à la connaissance de ses origines⁽⁹⁸⁾ et, dans le même temps, laisse intacte la possibilité⁽⁹⁹⁾ d'une action en recherche de paternité à l'égard du donneur⁽¹⁰⁰⁾.

(93) BVerfG, 31 janvier 1989, *FamRZ*, 1989, pp. 255 et s.

(94) L'Allemagne attache traditionnellement une importance particulière à l'appartenance biologique. Sur la faveur traditionnelle à l'égard des origines biologiques, voy. E. WENNER, « Allemagne : le droit aux origines face à l'émergence de l'anonymat (à propos des "casiers à bébé") », in J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 797 à 810.

(95) Article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

(96) Article 2, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

(97) F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », *op. cit.*, pp. 112 et 113. Une doctrine minoritaire rejette cette interprétation estimant que cet arrêt ne permet pas de garantir à l'enfant, de manière absolue, la connaissance de l'identité de son géniteur : voy. F. FURKEL, « Le droit à la connaissance de ses origines en République fédérale d'Allemagne », *R.I.D.C.*, 1997, p. 950 et références citées en note 101.

(98) BVerfG, 31 janvier 1989, *FamRZ*, 1989, p. 255.

(99) Possibilité qui entretient la confusion trop souvent présente dans les esprits entre un « donneur » et un « parent » au sens juridique du terme.

(100) Voy. *infra*, « Les effets de la levée de l'anonymat », § 2 relatif à l'Allemagne. À propos de la particularité du système juridique allemand, voy. not. : R. FRANK, *Le droit à la connaissance des origines en Allemagne : la situation actuelle et les réformes envisagées*, Actes du colloque organisé par la CADCO et le *Journal du droit des jeunes* le 15 septembre 2003 au Palais du Luxembourg, disponible sur www.cadco.asso.fr/colloque/2003allemagne.htm ; F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », *op. cit.*, pp. 95 à 123 ; idem, « Le droit à la connaissance de ses origines en République fédérale d'Allemagne », *op. cit.* (note 97), pp. 931 à 959 ; I. THÉRY, « Anonymat des dons d'engendrement. Filiation et identité narrative des enfants au temps du démarriage », in *Défis contemporains de la parenté*, *op. cit.*, pp. 89 et s. ; idem, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, pp. 54 à 56 ; E. WENNER, *op. cit.*, spéc. pp. 799 et s.

Section 2. L'organisation de la levée de l'anonymat : les techniques juridiques utilisées pour assurer la place reconnue au donneur

§ 1^{er}. Le recueil des données relatives au donneur

Dans la plupart des États ayant levé l'anonymat du donneur⁽¹⁰¹⁾, il a été créé une autorité centrale chargée de recueillir et de centraliser, dans des registres constitués à cet effet, un certain nombre d'informations relatives aux donneurs. Cette autorité sert d'intermédiaire entre l'enfant issu d'une technique de procréation médicalement assistée, ses parents et le donneur.

Lorsque pareille autorité n'a pas été créée, c'est l'établissement hospitalier ou le praticien lui-même qui est chargé de collecter et de conserver les données.

Celles qui concernent le donneur portent sur trois catégories de renseignements : les données médicales, les données identifiantes et les données non identifiantes. L'éventail de ces dernières peut varier d'un État à un autre mais elles concernent essentiellement l'aspect physique, le statut social (niveau d'études, profession, etc.) et l'origine ethnique du donneur.

En Suisse, la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée dispose, en son article 24, qu'est obligatoire l'enregistrement des nom et prénoms, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité, profession et formation du donneur, de la date du don de sperme, des résultats des examens médicaux et des renseignements sur son aspect physique. Lorsqu'un enfant naît grâce à un don de sperme, ces données doivent être transmises par le médecin traitant à l'Office fédéral de l'état civil (ci-après, « OFEC »)⁽¹⁰²⁾ qui a l'obligation de les conserver pendant quatre-vingts ans⁽¹⁰³⁾. Il est créé à cet effet un registre des donneurs⁽¹⁰⁴⁾. En outre, l'article 17 de l'ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée ajoute que, sur demande du donneur de sperme, l'Office peut consigner d'autres données que celles prévues par l'article 24 de la loi, notamment des photos du donneur.

Aux Pays-Bas, la loi du 25 avril 2002 oblige les personnes qui effectuent ou font effectuer une procréation médicalement assistée par insémination

(101) En Suisse, aux Pays-Bas ainsi qu'au Royaume-Uni.

(102) Le médecin qui transmet les données à l'Office fédéral de l'état civil est soumis au secret médical et l'Office est tenu par le secret de la fonction : articles 320 et 321 C. pén., RS 311.0, www.admin.ch/ch/f/rs/31.html.

(103) Au-delà, elles sont détruites (art. 20 de l'ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée, RS 810.112.2, www.admin.ch/ch/f/rs/8.html).

(104) Voy. la section 1^{re} du chapitre 2 de l'ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée (O.P.M.A. RS 810.112.2 ; RO 2000 3068).

artificielle avec donneur à collecter les informations relatives aux donneurs et à les mettre à la disposition de la *Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting*⁽¹⁰⁵⁾. Les informations à collecter sont de trois types : les informations médicales⁽¹⁰⁶⁾, celles portant sur l'identité du donneur⁽¹⁰⁷⁾ et celles ne portant pas sur son identité⁽¹⁰⁸⁾. Les données non identifiantes recueillies portent sur les caractéristiques physiques du donneur (taille, poids, couleur des yeux, des cheveux et de la peau, nature des cheveux), sa formation, sa profession, son âge, sa situation familiale. Elles peuvent aussi contenir une courte description établie par le donneur lui-même par référence à une liste de qualificatifs (spontané, optimiste, entreprenant, ambitieux, sérieux, créatif, sincère, laconique, etc.)⁽¹⁰⁹⁾. Les données sont conservées pendant au moins quatre-vingts ans⁽¹¹⁰⁾.

Au Royaume-Uni, la *Human Fertilisation and Embryology Authority*⁽¹¹¹⁾ enregistre plusieurs éléments d'identification du donneur (nom, prénoms, date et lieu de naissance, ainsi que son adresse postale au moment du don) dans le fichier qui contient les informations susceptibles d'être communiquées aux enfants conçus par assistance médicale à la procréation⁽¹¹²⁾. À côté de ces informations identifiantes, des données non identifiantes⁽¹¹³⁾ concernant le donneur sont également recueillies : le sexe, la taille, le poids, l'appartenance ethnique, la couleur des yeux, des cheveux et de la peau, l'année et le pays de naissance, l'existence d'enfants, l'appartenance religieuse, la profession, les principaux centres d'intérêt, une courte description réalisée par l'intéressé et, le cas échéant, d'autres éléments que celui-ci a envie de transmettre à ses descendants génétiques. Depuis 2004 sont également mentionnés l'origine ethnique des parents du donneur, l'éventuelle mention de sa filiation adoptive, sa situation familiale, le nombre et le sexe de ses enfants, ainsi que ses antécédents médicaux⁽¹¹⁴⁾.

(105) Fondation pour les informations relatives aux donneurs en matière de procréation médicalement assistée, instaurée par la loi du 25 avril 2002.

(106) Article 2, 1^o, a, de la loi du 25 avril 2002. Les données médicales enregistrées sont celles qui sont susceptibles d'être importantes pour le développement de l'enfant ainsi que les caractéristiques sanguines détaillées. Le médecin traitant de l'enfant y a accès.

(107) Article 2, 1^o, c, de la loi du 25 avril 2002. Il s'agit du nom patronymique, des prénoms, de la date de naissance et de l'adresse du donneur.

(108) Article 2, 1^o, b, de la loi du 25 avril 2002.

(109) J.G. Sijmons, *op. cit.*, p. 236.

(110) Article 8 de la loi du 25 avril 2002.

(111) www.hfea.gov.uk. La *Human Fertilisation and Embryology Authority* est chargée de tenir un fichier comportant des informations sur les personnes ayant fait l'objet d'un traitement contre la stérilité, sur les naissances qui en sont résultées et sur les donneurs de gamètes ou d'embryons.

(112) Articles 31 et s. *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.

(113) L'accès à certaines informations non identifiantes était déjà autorisé sous l'égide de la loi de 1990, avant la réforme de 2004. Voy. TH. CALLUS, *op. cit.*, p. 184 ; I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, p. 60.

(114) I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, pp. 60 et 61.

En Suède et en Allemagne en revanche, aucune autorité centrale n'a été instituée. En Suède, c'est l'établissement hospitalier où a eu lieu le traitement contre la stérilité qui est chargé de conserver, pendant septante ans, les informations relatives aux donneurs⁽¹¹⁵⁾. Hormis l'identité, les informations physiques de base et, si possible, une photo, la loi ne détaille pas les informations à récolter, mais précise que celles-ci doivent être utiles à l'enfant en quête de ses origines génétiques⁽¹¹⁶⁾. En Allemagne, où la levée de l'anonymat n'a pas été organisée en tant que telle⁽¹¹⁷⁾, c'est le praticien lui-même qui est chargé de constituer un dossier contenant l'identité du donneur et toutes les informations de nature à permettre à l'enfant de remonter jusqu'à lui⁽¹¹⁸⁾. Les directives de l'Ordre fédéral des médecins sur la procréation médicalement assistée recommandent aux professionnels de conserver les renseignements sur les donneurs pendant trente ans⁽¹¹⁹⁾.

§ 2. L'accès aux données relatives au donneur

Aux Pays-Bas comme au Royaume-Uni, les règles d'accès aux données concernant le donneur varient selon qu'il s'agit des données identifiantes ou non identifiantes. Pour accéder aux données non identifiantes relatives au donneur, l'enfant doit être âgé de 12 ans aux Pays-Bas⁽¹²⁰⁾ et de 16 ans au Royaume-Uni⁽¹²¹⁾. Les parents peuvent également avoir accès aux données non identifiantes relatives au donneur, aux Pays-Bas dès lors que l'enfant n'a pas encore atteint l'âge de 12 ans⁽¹²²⁾, au Royaume-Uni quel que soit l'âge de

(115) K. ORFALI, « P.M.A. et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », *op. cit.*, p. 255.

(116) *Ibid.*

(117) Voy. *supra*.

(118) F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », *op. cit.*, p. 113.

(119) *Ibid.*, p. 113, note 72.

(120) Article 3, 1^o, b, de la loi du 25 avril 2002.

(121) Dès l'âge de 16 ans, toute personne peut s'adresser à la *Human Fertilisation and Embryology Authority* afin de savoir si sa naissance résulte d'une procréation médicalement assistée. En cas de réponse positive, le demandeur peut obtenir les renseignements non identifiants que l'agence est habilitée à lui fournir. Avant le 1^{er} octobre 2009, la personne devait avoir 18 ans (ou 16 ans si elle avait l'intention de se marier). Par ailleurs, et c'est là une spécificité britannique, les enfants conçus par don peuvent désormais, dès l'âge de 16 ans, obtenir des informations sur le nombre, le sexe et l'année de naissance d'autres enfants issus du même donneur et, à 18 ans, décider d'enregistrer des informations les concernant dans un registre (le *Sibling contact register*) à destination des autres enfants nés du même donneur. Ce registre, coordonné par la *Human Fertilisation and Embryology Authority*, permet dès lors aux enfants issus d'un même donneur, à leur majorité, d'entrer en contact sur la base d'un accord mutuel. Voy. I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, pp. 60 et 61.

(122) Article 3, 1^o, c, de la loi du 25 avril 2002.

l'enfant⁽¹²³⁾. Par contre, seul l'enfant pourra accéder aux données identifiantes concernant le donneur, dès lors qu'il atteint l'âge de 16 ans aux Pays-Bas⁽¹²⁴⁾, de 18 ans au Royaume-Uni⁽¹²⁵⁾.

En Suède et en Suisse par contre, la loi ne fait pas de distinction selon le type de données. En Suède, l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur⁽¹²⁶⁾ a la possibilité d'obtenir de l'établissement hospitalier où le traitement contre la stérilité a eu lieu la communication des informations relatives au donneur, dès qu'il a atteint une maturité suffisante⁽¹²⁷⁾. En Suisse, la loi dispose que l'enfant âgé de 18 ans révolus peut obtenir la communication des données concernant l'identité du donneur et son aspect physique⁽¹²⁸⁾. Concernant les autres données en revanche (notamment la date du don et les renseignements médicaux), l'enfant peut

(123) Par ailleurs, les parents de l'enfant peuvent désormais, comme l'enfant lui-même, connaître le nombre, le sexe et l'année de naissance des autres enfants issus du même donneur. Voy. le site officiel de la *Human Fertilisation and Embryology Authority*, www.hfea.gov.uk.

(124) Article 3, 2°, de la loi du 25 avril 2002.

(125) La levée de l'anonymat ayant été instaurée en 2005, les informations portant sur l'identité des donneurs ne seront accessibles aux enfants conçus par procréation médicalement assistée qu'à partir du 1^{er} avril 2023. Les donneurs enregistrés avant le 1^{er} avril 2005 peuvent toutefois opter pour le nouveau régime et lever volontairement l'anonymat. Les dons antérieurs au 1^{er} août 1991, date de l'entrée en vigueur de la loi de 1990, ne sont régis par aucune législation spécifique, mais étaient traditionnellement anonymes. Plusieurs réseaux se sont toutefois mis en place pour tenter de rassembler les donneurs et les enfants nés grâce à un don, tels que *The UK Donor Link* (U.K.D.L.). Voy. M. CRAWSHAW et L. MARSHALL, « Practice experiences of running UK DonorLink, a voluntary information exchange and contact register for adults related through donor conception », *Human Fertility*, 11, 2008, pp. 231 à 237 ; E. ENGEL, « Tracing half siblings from the same donor: the issues for counsellors », *Journal of Fertility Counselling*, 8, 2001, pp. 15 à 17.

(126) Les enfants nés grâce à une insémination artificielle avec donneur, réalisée avant le 1^{er} mars 1985, de même que ceux qui ont été conçus grâce à un don d'ovocytes effectué avant le 1^{er} janvier 2003, ne bénéficient pas de cette possibilité.

(127) La condition de maturité est généralement considérée comme remplie lorsque l'intéressé atteint l'âge de la majorité. Toutefois, si des entretiens avec les services sociaux municipaux mettent en évidence la maturité suffisante du jeune demandeur, ce dernier peut exercer ce droit plus tôt. Voy. K. ORFALI, « P.M.A. et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », *op. cit.*, p. 255.

(128) Article 27, 1°, de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. C'est donc seulement à partir de 2019 que l'Office fédéral de l'état civil devrait enregistrer les premières demandes d'information de la part d'enfants conçus grâce à un don de sperme. Concernant la procédure, voy. l'article 23 de l'ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée, libellé comme suit : « L'office convoque l'enfant et contrôle son identité ; il lui communique l'identité du donneur sous la forme d'un rapport écrit. Une personne ayant une formation en psychologie sociale est présente dans la mesure du possible. Les données peuvent exceptionnellement être communiquées d'une autre manière si l'enfant ne peut pas se présenter personnellement à l'office notamment pour des raisons de santé ».

y avoir accès quel que soit son âge, mais doit pour cela faire valoir un intérêt légitime⁽¹²⁹⁾. C'est l'Office fédéral de l'état civil qui est chargé d'effectuer la balance des intérêts⁽¹³⁰⁾.

En Allemagne, les directives prévoient que seul l'enfant, à sa majorité, est habilité à prendre connaissance de l'identité du donneur⁽¹³¹⁾.

§ 3. Quels droits pour le donneur ?

Au Royaume-Uni, en Suède, en Suisse ainsi qu'en Allemagne, le droit de l'enfant d'accéder aux données qui lui permettraient d'identifier le donneur est un droit inconditionnel. Le donneur n'a pas à consentir et aucune pesée des intérêts en présence n'est requise.

En Suisse toutefois, avant qu'il ne communique à l'enfant les données relatives à l'identité du donneur, l'Office fédéral de l'état civil doit, « dans la mesure du possible », informer ce dernier de la démarche de l'enfant. Le cas échéant, le donneur peut indiquer son souhait d'avoir des contacts avec l'enfant⁽¹³²⁾. Il ne peut s'opposer à la communication des données qui le concernent⁽¹³³⁾, mais peut

(129) Article 27, 2°, de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée. Cette disposition permet, s'il y a un intérêt légitime, d'une part, d'octroyer à l'enfant âgé de moins de 18 ans le droit d'accéder à toutes ou certaines données relatives au donneur, d'autre part, d'autoriser l'enfant âgé de 18 ans révolus à accéder aux données autres que celles relatives à l'identité et à l'aspect physique du donneur, notamment les résultats d'examen médicaux. La loi ne précise pas ce que recouvre cet « intérêt légitime ». Il peut, par exemple, s'agir de motifs de santé : voy. V. PREMAND, « Le droit de l'enfant à l'accès aux données relatives à ses parents biologiques dans les cas d'adoption et de don de sperme », in *Le droit à la connaissance de ses origines*, *op. cit.*, p. 25.

(130) On peut, dans ce cas, parler d'un droit conditionnel de l'enfant, dans la mesure où l'Office fédéral de l'état civil qui reçoit la demande doit procéder à une pesée des intérêts en présence. L'intérêt légitime de l'enfant doit être prépondérant pour que le droit d'accès aux données relatives au donneur lui soit octroyé. L'ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée prévoit par ailleurs que la décision de l'Office peut faire l'objet d'un recours (art. 24 de l'ordonnance). Pour plus de détails, voy. V. PREMAND, *op. cit.*, pp. 26 et s.

(131) F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », *op. cit.*, p. 114. Si le médecin manque à son obligation de révéler l'identité du donneur de sperme, l'enfant pourrait engager la responsabilité de ce médecin s'il se retrouve, du fait d'une contestation de paternité, dépourvu de ressources alimentaires : R. FRANK, *op. cit.*, www.cadco.asso.fr.

(132) L'article 22, alinéa 3, de l'ordonnance du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée précise à cet égard : « L'office informe le donneur que son identité va être communiquée à l'enfant. Il lui impartit un délai raisonnable pour dire s'il accepte d'avoir des contacts avec ce dernier ».

(133) Lorsque le droit de l'enfant est conditionnel et qu'une pesée des intérêts est réalisée par l'Office fédéral de l'état civil (voy. *supra*), une partie de la doctrine considère, même si la loi ne le spécifie pas, que le donneur serait titulaire d'un droit de recours à l'encontre de la décision de l'Office qui trancherait en faveur de l'enfant. Voy., à cet égard, V. PREMAND, *op. cit.*, p. 29, et références citées.

refuser de rencontrer celui-ci. Dans ce cas, l'enfant doit en être avisé et doit être informé du droit du donneur et de sa famille au respect de leur vie privée. Si l'enfant maintient sa demande, les données lui seront communiquées⁽¹³⁴⁾, mais, en aucun cas, il n'a le droit d'exiger des contacts personnels avec le donneur. Les informations sur le donneur lui sont transmises, sous la forme d'un rapport écrit, à l'occasion d'un entretien auquel doit être présente, dans la mesure du possible, une personne ayant une formation en psychologie sociale⁽¹³⁵⁾. Au Royaume-Uni, il est également prévu que la *Human Fertilisation and Embryology Authority* prévienne le donneur de la démarche entreprise par l'enfant, sans que l'identité de ce dernier lui soit révélée, et qu'une assistance soit proposée à la fois au donneur et à l'enfant.

Seul le système néerlandais permet au donneur de s'opposer à la communication de son identité. La *Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting* doit en effet obtenir l'accord écrit du donneur avant de pouvoir communiquer à l'enfant une telle information⁽¹³⁶⁾. En cas de refus, les arguments des deux parties doivent être évalués. Comme l'intérêt de l'enfant est considéré comme primordial, des considérations générales liées au respect de la vie privée du donneur ne suffiront pas à faire obstacle à la communication de son identité, de réels intérêts impératifs doivent être avancés⁽¹³⁷⁾. Si la Fondation passe outre le refus du donneur, celui-ci dispose d'un recours devant le juge administratif⁽¹³⁸⁾. Si le donneur est décédé ou introuvable, il est réputé ne pas marquer son accord sauf si le conjoint, le partenaire enregistré, un autre compagnon ou un parent au premier ou au second degré marque son accord écrit sur la délivrance de l'identification de la personne⁽¹³⁹⁾.

Enfin, dans aucun État, le donneur ne se voit reconnaître le droit d'obtenir l'identité des enfants issus de son don⁽¹⁴⁰⁾. Au Royaume-Uni⁽¹⁴¹⁾ toutefois, le donneur a désormais la possibilité de s'adresser à la *Human Fertilisation and Embryology Authority* afin d'obtenir des informations sur le nombre, le sexe et l'année de naissance des enfants nés grâce à son don⁽¹⁴²⁾.

(134) D. MANAI, « La procréation médicalement assistée en droit suisse : vérité sur la conception et l'identité du donneur de gamètes », in *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, op. cit., p. 269.

(135) *Ibid.*, p. 270.

(136) Article 3, 2°, de la loi du 25 avril 2002.

(137) J.-G. SIMONS, op. cit., p. 237.

(138) Article 3, 4°, de la loi du 25 avril 2002. Pour plus de détails, voy. J.-G. SIMONS, op. cit., p. 237.

(139) Article 3, 3°, de la loi du 25 avril 2002.

(140) Pour Meier et Stettler, « la protection des droits de la personnalité de l'enfant et des parents s'opposerait à la satisfaction d'une telle revendication. Le poids donné ces dernières années aux liens génétiques ne saurait amener à mettre sur un même plan le droit de l'enfant à connaître son ascendance et le droit du donneur de sperme à connaître sa descendance », (Ph. MEIER et M. STETTLER, op. cit., p. 228).

(141) Depuis le 1^{er} octobre 2009 et pour autant que le don soit postérieur au 1^{er} août 1991.

(142) Article 31ZD *Human Fertilisation and Embryology Act* tel que modifié par l'article 24 *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

Section 3. Les effets de la levée de l'anonymat

§ 1^{er}. Une constante : l'accès à l'identité du donneur est sans incidence sur la filiation

Dans tous les États qui ont levé l'anonymat⁽¹⁴³⁾ et qui permettent l'accès à l'identité du donneur, on constate que le statut de ce dernier n'est jamais posé en termes de filiation⁽¹⁴⁴⁾. Les parents au sens juridique du terme sont toujours les auteurs du projet parental et cette filiation est incontestable.

Ainsi, en Suède, les dispositions du Code de la famille, relatives à la filiation, prévoient explicitement qu'aucun lien de filiation ne peut être établi à l'égard du donneur et qu'aucune action en responsabilité n'est recevable à son encontre⁽¹⁴⁵⁾.

En Suisse, l'article 23 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée interdit à l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme de contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère⁽¹⁴⁶⁾ et interdit parallèlement toute action en paternité contre le donneur⁽¹⁴⁷⁾, sauf si celui-ci a sciemment fait

(143) À l'exception de l'Allemagne, voy. *infra*, notre § 2.

(144) La volonté de verrouiller la filiation juridique à l'égard du ou des auteurs du projet parental est une constante que l'on retrouve même dans les pays qui ne permettent pas, ou qui ne permettent qu'exceptionnellement, d'accéder à l'identité du donneur. C'est le cas notamment en France et en Belgique (voy. *supra*).

(145) K. ORFALI, « P.M.A. et levée de l'anonymat : la Suède entre une tradition de transparence et un statut novateur de l'enfant », op. cit., pp. 251 à 260.

(146) Pour rappel, seul le don de sperme est autorisé en Suisse et est réservé aux couples mariés (art. 3, alinéa 3, de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée). L'article 256, alinéa 3, du Code civil interdit par ailleurs au mari d'intenter une action en désaveu de sa paternité s'il a consenti à la conception par un tiers (ce consentement doit être donné par écrit conformément à l'article 7 de la loi sur la procréation médicalement assistée). L'action en désaveu reste toutefois possible aux conditions fixées par l'article 256, alinéa 1^{er}, du Code civil si l'insémination ne répond pas aux exigences de la loi sur la procréation médicalement assistée.

(147) En vertu de l'alinéa 2 de l'article 23 de la loi sur la procréation médicalement assistée, « [l]orsqu'un enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme, l'action en paternité contre le donneur (art. 261ss CC) est exclue ». Par ailleurs, en vertu du Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, P.P.D.) et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (L.P.M.A.) du 26 juin 1996, « [l]'action en paternité est également exclue lorsqu'aucun autre homme n'est désigné comme étant le père juridique en raison du fait que l'insémination ou la fécondation *in vitro* a été pratiquée en violation des dispositions légales, par exemple en cas d'insémination artificielle d'une femme seule ou sans le consentement du mari. L'homme qui, par altruisme, a fait don de ses gamètes conformément à la loi ne doit pas supporter les conséquences d'une irrégularité commise par d'autres. Au contraire, la loi doit lui garantir que son don n'aura pas d'effets relevant du droit de la famille, en excluant notamment le droit à des prestations d'entretien et les droits de

don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession⁽¹⁴⁸⁾.

Aux Pays-Bas, les dispositions du Code civil prévoient que la filiation des enfants conçus par assistance médicale à la procréation s'établit selon les règles de droit commun et celles-ci ne se basent pas sur la paternité biologique⁽¹⁴⁹⁾. Si le couple est marié, le mari qui a donné son accord à une procréation médicalement assistée avec donneur ne peut pas contester la paternité de l'enfant de son épouse⁽¹⁵⁰⁾. Pour les couples non mariés, une action en recherche de paternité est possible à l'encontre de celui qui a donné son accord à l'acte de procréation médicalement assistée⁽¹⁵¹⁾.

Au Royaume-Uni, la loi qui régit la matière dispose expressément que le donneur de sperme ne peut en aucun cas être déclaré père de l'enfant⁽¹⁵²⁾. La filiation s'établit selon les règles de droit commun, à moins que le mari ne se soit expressément opposé à la procréation médicalement assistée. L'article 33 de la loi dispose que la mère légale est la femme qui accouche. Si la femme est mariée, son mari est reconnu comme le père de l'enfant sous réserve du consentement donné à l'acte de procréation médicalement assistée⁽¹⁵³⁾. Si elle vit en couple sans être mariée, le père est désigné comme celui qui se livre au traitement avec sa compagne⁽¹⁵⁴⁾.

Les systèmes juridiques qui autorisent et organisent l'accès à l'identité du donneur instituent en réalité deux statuts bien distincts : le statut de donneur, d'une part, le statut de parent par la filiation, d'autre part. Cette distinction est au cœur de la nouvelle façon de concevoir l'assistance médicale à la procréation avec don⁽¹⁵⁵⁾. Les parentés ne s'additionnent pas : ce sont les auteurs du projet parental qui sont reconnus juridiquement comme parents et c'est donc leur volonté qui devient le fondement même de la procréation et de l'établissement de la filiation juridique. Le geste altruiste ayant permis la

succession. Les intérêts de l'enfant passent ici après ceux du donneur », Message du Conseil fédéral, *Feuille fédérale*, 26 juin 1996, III, 197, p. 263, ch. 322.462, disponible sur www.amts-druckschriften.bar.admin.ch/showDoc.do.

(148) Pour une analyse plus complète de l'impact du recours à une procréation médicalement assistée hétérologue en droit suisse de la filiation, voy. C. FOUNTOLAKIS, *op. cit.*, pp. 247 à 269.

(149) J.G. SIMONS, *op. cit.*, p. 232.

(150) Article 200, 3°, *Burgerlijk wetboek*.

(151) Article 207, *Burgerlijk wetboek*.

(152) Article 41 *Human Fertilisation and Embryology Act*.

(153) Article 35 *Human Fertilisation and Embryology Act*.

(154) Par ailleurs, depuis 2008, la loi permet de reconnaître les couples homosexuels comme parents légaux des enfants conçus à la suite d'un don de sperme, d'ovules ou d'embryons (art. 42 à 47 *Human Fertilisation and Embryology Act*).

(155) I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, *op. cit.*, p. 54.

réalisation de ce projet est toutefois reconnu et l'existence du donneur n'est pas niée. L'aménagement de l'accès à l'identité de ce dernier va de pair avec une protection de la filiation de l'enfant, de même qu'avec une protection du donneur à l'égard de qui aucune action liée à l'établissement de la filiation (hébergement, pension alimentaire, droits successoraux) ne peut être exercée. Le donneur ne saurait par ailleurs se voir contraint à rencontrer l'enfant s'il ne le souhaite pas⁽¹⁵⁶⁾.

§ 2. Une exception : l'ambiguïté du système allemand

Dans tous les États ayant levé l'anonymat du donneur, la loi écarte expressément les effets juridiques susceptibles d'être entraînés par l'identification de celui-ci, en excluant notamment toute possibilité d'établir un lien de filiation entre lui et l'enfant issu de ses gamètes.

Dans tous les États, sauf un, l'Allemagne.

Il aurait été logique que, parallèlement à la reconnaissance constitutionnelle du droit d'accéder à ses origines biologiques, le droit de la filiation soit adapté pour protéger le donneur. Or, malgré une légère modification intervenue en 2002⁽¹⁵⁷⁾, le donneur reste toujours menacé par l'application de certaines règles du droit commun de la filiation, tout à fait inadaptées à sa situation juridique, puisque l'enfant garde la possibilité de contester la filiation de son père juridique et que rien ne l'empêche ensuite de rechercher la paternité du donneur⁽¹⁵⁸⁾. S'il ne s'agit à ce jour que d'une hypothèse d'école⁽¹⁵⁹⁾, il n'en reste

(156) Le droit d'accéder à l'identité du donneur entraîne nécessairement pour l'enfant la possibilité de localiser ce dernier. Il semble toutefois difficile, voire impossible, de contraindre le donneur à accepter une rencontre s'il ne le souhaite pas, et aucune législation ne consacre le droit de l'enfant de rencontrer le donneur. Si cette affirmation semble aller de soi, au nom du droit au respect de la vie privée, seul le droit suisse aborde explicitement la question. L'article 27, 3°, de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée dispose qu'avant de communiquer à l'enfant les données relatives à l'identité du donneur, l'Office fédéral de l'état civil doit veiller, dans la mesure du possible, à en informer le donneur. S'il refuse de rencontrer l'enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l'enfant maintient sa demande, les données lui seront néanmoins communiquées. Voy. *supra*.

(157) Jusqu'en 2002, le droit allemand n'avait prévu aucune disposition adaptée à la filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation. La loi du 9 avril 2002 interdit désormais au mari de la mère, tout comme à son concubin ayant consenti à la procréation hétérologue, toute contestation de sa paternité : F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangement », *op. cit.*, pp. 114 et 115.

(158) F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangement », *op. cit.*, p. 107.

(159) À l'heure de la rédaction de la présente contribution, ce cas d'école pourrait bien ne plus en être un... En effet, un homme de 52 ans vient – semble-t-il – d'être piégé par un couple de lesbiennes à qui il avait fait un don de sperme cinq ans plus tôt, et qui exigent aujourd'hui

pas moins que la menace subsiste et que le donneur en sera explicitement averti par le médecin⁽¹⁶⁰⁾.

Il n'est donc pas surprenant de constater qu'actuellement, en Allemagne, rares sont les donneurs de sperme prêts à accepter le risque de voir leur paternité établie, ce qui les obligerait à verser une pension alimentaire à l'enfant⁽¹⁶¹⁾.

La position de l'Allemagne est dès lors pour le moins ambiguë. Il suffirait au législateur d'apporter quelques correctifs au *Bürgerliches Gesetzbuch* (ci-après, « BGB ») afin d'exonérer le donneur de toute action de la part de l'enfant, mais il demeure curieusement passif.

Françoise Furkel en conclut dès lors que, « par la menace qu'à dessein il laisse planer, aujourd'hui encore, sur le donneur dont l'anonymat n'est plus jamais garanti, ce même législateur espère la raréfaction des dons »⁽¹⁶²⁾.

L'objectif semble atteint : les donneurs potentiels sont de plus en plus inquiets et renoncent fréquemment à leur projet. La plupart des hôpitaux refusent pour leur part de mettre en œuvre la procréation hétérologue⁽¹⁶³⁾.

Eva Wenner explique à cet égard : « De manière générale, il apparaît que le recours à un tiers donneur rencontre en Allemagne un grand scepticisme car il est peu conforme à l'idée que la filiation reflète en principe les liens du sang. Le législateur allemand n'a pourtant pas expressément interdit la pratique mais s'est borné à exprimer son malaise d'une manière passive en s'abstenant de réglementer la filiation de l'enfant conçu de cette manière »⁽¹⁶⁴⁾.

Conclusion

Au terme de la présente analyse, il convient de reprendre notre questionnement initial et de tenter d'y apporter une réponse : quelle place, quel statut pour celui ou celle qui participe au projet parental d'autrui en faisant don de ses gamètes ou d'un embryon ?

Les enseignements que nous pouvons tirer de cet aperçu de droit comparé montrent que dans les États ayant accepté de reconnaître une place au donneur

en levant l'anonymat, cette reconnaissance ne vient jamais menacer la place des parents légaux de l'enfant et que l'identification du donneur n'implique aucunement dans son chef un statut de père ou de mère⁽¹⁶⁵⁾. Les statuts respectifs de donneur d'engendrement, d'une part, de receveur-parent par la filiation d'autre part, peuvent donc coexister, dès lors qu'il ne s'agit aucunement de situer le donneur dans un registre de parenté ou de parentalité, mais dans un registre que l'on pourrait qualifier d'« origines ». Il s'agit seulement d'accepter de ne pas nier l'intervention d'un tiers dans le projet parental d'autrui et de permettre ensuite à l'enfant issu du don d'accéder, s'il en éprouve le besoin, en vertu d'un droit tantôt absolu⁽¹⁶⁶⁾, tantôt relatif⁽¹⁶⁷⁾, aux informations relatives à la personne qui a aussi contribué à sa venue au monde, sans qu'aucun effet juridique n'en découle. Ainsi, tout en permettant une reconnaissance symbolique par le droit de la participation d'un tiers dans la procréation, on pourrait même soutenir, paradoxalement, que lever l'anonymat du donneur aboutit en définitive à lui conférer un « non-statut »⁽¹⁶⁸⁾, puisque le donneur ne se voit investi d'aucun droit⁽¹⁶⁹⁾ ni d'aucune obligation.

La tendance actuelle, que ce soit en Europe ou dans le reste du monde, est très nettement à la levée de l'anonymat du don, au nom du droit de l'enfant d'accéder à ses origines personnelles⁽¹⁷⁰⁾.

Mais la levée de l'anonymat ne se limite pas à la seule prise en compte de l'intérêt de l'enfant ; elle implique une réflexion plus profonde sur la métamorphose des relations familiales et de la parenté⁽¹⁷¹⁾. Elle nécessite une distinction entre origines et filiation. Le réel défi⁽¹⁷²⁾ est sans doute de faire

(165) Sous réserve de l'Allemagne où la situation est ambiguë, voy. *supra*.

(166) Comme en Suède, en Suisse, au Royaume-Uni et en Allemagne où le donneur ne peut s'opposer à la divulgation de son identité, voy. *supra*.

(167) Comme aux Pays-Bas où le donneur est amené à donner son accord écrit à la communication de son identité à l'enfant. En cas de refus, une balance des intérêts permettra de trancher, voy. *supra*.

(168) L. BRUNET et J. SOSSON, « L'engendrement à plusieurs en droit comparé : quand le droit peine à distinguer filiation, origines et parentalité », in *Cet ouvrage*, p. 58.

(169) Le droit britannique est le seul droit qui se singularise en accordant au donneur le droit d'obtenir non pas l'identité des enfants issus de ses dons, mais bien le nombre, le sexe et l'année de naissance de ceux-ci, droit qui ne menace aucunement la filiation des enfants concernés ni la place des parents légaux (art. 31ZD *Human Fertilisation and Embryology Act* tel que modifié par Part. 24 *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*).

(170) Pour une étude comparée du droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, voy. notamment R. J. BLAUWHOFF, *Foundational Facts, Relative Truths. A Comparative Law Study on Children's Right to Know Their Genetic Origins*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009 ; M. BORD, « Existe-t-il un droit général d'accéder aux données relatives à ses origines ? », in *Le droit à la connaissance de ses origines*, op. cit., pp. 67 à 202.

(171) I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, op. cit., p. 65.

(172) Et il est de taille, comme le montre la lecture du rapport de l'Assemblée nationale française à propos de la récente réforme des lois bioéthiques. Un des arguments décisifs pour refuser la

une pension alimentaire pour l'enfant : *Der Spiegel*, 9/2011, p. 36, disponible sur <http://wissen.spiegel.de/wissen/image/show.html?did=77222579&caref=image047/2011/02/26/CO-SP-2011-009-0036-0037.PDF&thumb=false>.

(160) F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », op. cit., p. 112.

(161) R. FRANK, op. cit., www.cadco.asso.fr.

(162) F. FURKEL, « L'identification possible des donneurs de gamètes en République fédérale d'Allemagne. Un principe controversé aux effets dérangeants », op. cit., p. 123.

(163) F. FURKEL, « Le droit à la connaissance de ses origines en République fédérale d'Allemagne », op. cit., p. 951.

(164) E. WENNER, op. cit., p. 804.

évoluer les mentalités, de manière à permettre la reconnaissance d'un lien qui rende compte de la vérité des origines et qui se juxtapose à la filiation sans incidence sur celle-ci⁽¹⁷³⁾.

levée de l'anonymat consiste à prétendre que pareille réforme modifierait la conception sociale et affective de la famille : « la levée de l'anonymat dans le cadre de l'A.M.P. présente le risque majeur de remettre en cause la primauté symbolique du caractère social et affectif de la filiation » (Rapport Ass. nat. (commission spéciale), *Doc.*, A.N. n° 3111 du 26 janvier 2011, p. 42, disponible via : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3111-ti.pdf>). Le fantasme qui consiste à imaginer qu'un jeune majeur de 18 ans pourrait soudain renier ceux qui l'ont élevé et aimé pour considérer comme parent celui qui est son géniteur, mais qui reste un étranger, procède, pour Odile Roy, d'une confusion grossière entre filiation et connaissance des origines : O. Roy, *op. cit.*, p. 164.

(173) L. BRUNET, « Le principe de l'anonymat du donneur de gamètes à l'épreuve de son contexte. Analyse des conceptions juridiques de l'identité », in *Donner et après... La procréation par don de spermatozoïdes avec ou sans anonymat ?*, Springer, 2010, p. 249.