






## RFDA 2013 p.1051

**Anonymat du donneur de gamètes et respect de la vie privée**

**Conclusions sur Conseil d'État, 13 juin 2013, M. M., n° 362981, au Lebon**  ; **AJDA 2013. 1246**  ; **D. 2013. 1626, obs. R. Grand**  ; **AJ fam. 2013. 405, obs. A. Dionisi-Peyrusse** 

**Edouard Crépey, Rapporteur public**

\*\*


M. M., qui est aujourd'hui majeur, est l'une des quelque 50 000 personnes, selon une évaluation communément admise  (1), qui sont nées en France avec le concours de techniques de procréation médicalement assistée (PMA) faisant intervenir ce qu'il est convenu d'appeler, y compris dans la loi, un « tiers donneur ».




L'infertilité pathologique, médicalement constatée, d'un couple composé d'un homme et d'une femme en âge de procréer justifie en effet, aux yeux de la loi, le recours, selon le cas, à un don de sperme ou d'ovocytes de la part d'un tiers pour permettre une fécondation, soit par insémination artificielle, soit *in vitro*.

L'intervention d'un tiers, que l'article 8 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal n'avait initialement admise que comme « ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir », répond aujourd'hui, à l'article L. 2141-7 du code de la santé publique, à des conditions moins restrictives. Elle est également admise, désormais, lorsque le couple « renonce », simplement, à une assistance médicale à la procréation en son sein, l'article 24 de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ayant, selon l'exposé des motifs du projet de loi n° 3166 déposé le 20 juin 2001, entendu éviter des formes d'acharnement thérapeutique porteuses de risques pour la femme ou l'utilisation de nouvelles techniques insuffisamment éprouvées ; depuis cette même date, la PMA avec tiers donneur est enfin légale, en l'absence même de problème d'infertilité, lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple.


En intervenant comme il l'a fait, en 1994 et subsidiairement en 2004, le législateur ne s'est pas borné à entériner et réglementer des pratiques médicales qui, en réalité, avaient commencé à être mises au point et mises en oeuvre de nombreuses années auparavant, comme l'illustre précisément le cas de M. M. Il a, en outre, attaché à ces pratiques des conséquences juridiques exorbitantes du droit commun de la filiation.

L'article 311-19 du code civil, issu de l'article 10 de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et inchangé depuis lors, prévoit ainsi qu'en pareil cas, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation, ni aucune action en responsabilité exercée à l'encontre du donneur. Corrélativement, le père, pour prendre ce cas qui est de loin le plus fréquent, qui n'est pas le père par le sang et qui avait consenti, avec sa conjointe ou concubine, au recours à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur est, en vertu de l'article 311-20, prémuni de toute action en contestation de filiation ; lui-même, d'ailleurs, ne peut contester la reconnaissance de paternité que le cas échéant il a faite, tandis que celui qui, hors mariage, n'aurait pas reconnu l'enfant issu de ce procédé s'expose à ce que sa paternité soit judiciairement déclarée et à ce qu'une action en responsabilité soit exercée contre lui.

En l'absence de ces dispositions dérogatoires, c'est au contraire la « vérité biologique », pour reprendre un terme que l'on trouve dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation  (2), qui prévaudrait, certes dans les conditions et limites, relatives notamment aux délais, prévues de manière générale par le code civil.

Un arrêt *B. c. M<sup>me</sup> F.* de la cour d'appel de Toulouse en date du 21 septembre 1987  (3) avait ainsi consacré, avant l'intervention des lois bioéthiques de 1994, le droit pour le concubin de contester la reconnaissance de paternité à laquelle il avait lui-même procédé à l'égard de l'enfant né de l'insémination artificielle avec tiers donneur, à laquelle il avait pourtant consenti, de sa compagne - tout en admettant au profit de l'enfant le caractère fautif, susceptible comme tel d'être sanctionné par des dommages-intérêts, de l'inexécution de l'engagement initial de subvenir à ses besoins ; l'arrêt, qui n'avait été contesté que sur ce second aspect, est devenu définitif après le rejet du pourvoi en cassation le 10 juillet 1990  (4). La même solution avait antérieurement été retenue pour l'action en désaveu du mari par un jugement du tribunal de grande instance de Nice du 30 juin 1976  (5) et s'est donc trouvée confirmée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 mai 2005 déjà mentionné (*v. supra* note 2) déniait tout effet, quant à l'issue de l'action en contestation de reconnaissance, à l'éventuel consentement donné par l'intéressé au recours à un tiers donneur dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation dès lors que ce consentement est intervenu avant l'introduction, dans le code civil, des dispositions de l'article 311-20.

De tout cela, à vrai dire, beaucoup des enfants nés selon ce procédé ne sont sans doute pas au courant, tout simplement parce qu'ils ignorent leur état. Les secrets de famille sont sans doute aussi anciens que la famille elle-même, mais l'originalité tient ici à ce que c'est la loi qui organise et garantit l'occultation du mode de conception.

L'article L. 2141-10 du code de la santé publique et l'article 320 du code civil prévoient bien que les époux, partenaires ou concubins doivent, préalablement, donner leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation, mais « dans des conditions garantissant le secret ». Les articles 1157-2 et 1157-3 du code de procédure civile, issus du décret n° 95-223 du 24 février 1995 relatif au consentement à la PMA et modifiant le nouveau code de procédure civile, imposent à cet effet que la déclaration soit recueillie « hors la présence des tiers » et qu'expédition ou copie ne puisse en être délivrée « qu'à ceux dont le consentement a été recueilli ». Seul, en dehors des intéressés, le médecin a connaissance du recours à un tiers donneur ; personne d'autre, et notamment pas l'officier d'état-civil qui dresse l'acte de naissance, sans mention, par conséquent, de l'existence même d'un tiers donneur  (6).

\* \* \*

Tiers donneur, donc. On ne saurait mieux dire ou dire plus, et c'est bien le coeur du problème de M. M. Car de ce tiers, que sait-on dans le régime issu des lois de 1994 ? Peu de choses en vérité. On sait, parce que la loi l'exige aux articles L. 1244-1 et suivants du code de la santé publique, qu'il avait déjà procréé, sauf à être majeur et à s'être vu proposer le recueil et la conservation de ses gamètes en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéficiaire, d'une assistance médicale à la procréation ; on sait que ses gamètes n'ont pu donner plus de dix enfants (le seuil était fixé à cinq jusqu'en 2004), du moins pas « délibérément » ; on sait que son don a été gratuit ; on sait encore que, s'il faisait partie d'un couple, l'autre membre du couple avait aussi donné son consentement ; on sait, enfin, que lui-même ne sait pas si ses gamètes ont été effectivement utilisés, ni encore moins si cette utilisation a abouti à la naissance d'un ou plusieurs enfants.

Là s'arrête, pour ceux des enfants auxquels leurs parents ont fait le choix de dire comment ils sont venus au monde, l'information disponible sur leur géniteur, en tout cas l'information certaine. Selon une pratique médicale qui semble encore très largement dominante, tout est certes fait, par l'appariement des caractères phénotypiques (taille, poids, groupe sanguin, couleur de peau, couleur des yeux, couleur des cheveux), pour que le donneur ressemble le plus possible au parent dont il est censé pallier la stérilité - ceci d'ailleurs dans le but, là encore, de préserver le secret sur le mode de conception ; de sorte qu'il est loisible à l'enfant, ou à ses parents d'ailleurs, de faire des suppositions sur ces caractéristiques physiques. Mais ce ne sont que suppositions car, pour le reste, la législation française a établi, depuis l'origine, le principe d'une parfaite étanchéité.

L'article 16-8 du code civil, issu de l'article 3 de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, institue ainsi un anonymat à double entrée : « 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 (...) » - la réserve énoncée au second alinéa visant le cas de la nécessité thérapeutique, liée en pratique aux exigences de compatibilité cellulaire, qui n'est pas en cause *ab initio* dans le don de gamètes. Les deux mêmes phrases sont reprises, dans l'ordre inverse, à l'article L. 1211-5 du code de la santé publique. L'article 511-10 du code pénal, créé par l'article 9 de la même loi, assure enfin l'effectivité du dispositif en punissant de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende « le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus ».

Peut-être n'y avez-vous pas été immédiatement sensibles à la première lecture de ces textes ; mais, appliqués aux dons de gamètes, ils recèlent une bizarrerie qui, une fois repérée, devient proprement aveuglante : on n'y trouve nulle trace de l'enfant. Tout se joue entre donneurs et receveurs ; les enfants, eux, sont les grands oubliés. Non seulement le secret s'impose à eux par la force des choses, mais le législateur n'a pas cru utile de, simplement, les situer dans cette problématique de l'anonymat.

Ce qui pourrait apparaître comme un impensé s'explique par l'alignement, juridique mais aussi intellectuel, du régime du don de gamètes sur celui du don d'organes, pour lequel l'anonymat est conçu, assez logiquement d'ailleurs, comme le corollaire ou le prolongement des principes de gratuité et plus encore de non-patrimonialité des éléments du corps humain, affirmés aux articles 16-5 et 16-6 du code civil issus, eux aussi, de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1994 (7) ; sous cet angle, la PMA avec tiers donneur, aussi appelée parfois PMA hétérologue, apparaît essentiellement comme une simple technique utilisant du matériel biologique humain.

Le silence des textes sur l'enfant et les considérations dont il procède peuvent ainsi nourrir le sentiment que l'irréductible spécificité du don d'engendrement a été méconnue dans l'option prise par le législateur en faveur de l'anonymat. La lecture des travaux préparatoires des lois de 1994 conduit cependant à tempérer cette appréciation. C'est bien, notamment, du point de vue de l'enfant qu'affirmait se placer M. Bioulac, député, rapporteur initial du projet de loi n° 2599 qui avait été déposé le 25 mars 1992 et qui allait ensuite suivre son cours en dépit de l'alternance politique de mars 1993 : examinant la question sous l'angle de l'intérêt de l'enfant, dans le rapport n° 2871, enregistré le 30 juin 1992, de la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée de l'examen du texte, il faisait valoir (8) que l'anonymat était « la moins mauvaise solution », sa levée risquant, selon lui, de « créer une névrose de choix d'identité, l'enfant étant écartelé entre un père biologique et un père social » et « l'identité biologique » n'ayant pas, selon ses termes, à l'emporter sur celle « résultant de la parenté sociale ». Dans l'opposition d'alors, M. Mattéi, député, allait dans le même sens en affirmant, le 24 novembre 1992, en séance publique en première lecture : « Ni l'une, ni l'autre solution n'est bonne. Si nous nous en tenons à la règle de l'anonymat, il est clair que nous prenons le risque d'une quête d'identité chez l'adolescent. Si, inversement, on lève l'anonymat, on remplace sa quête identitaire par l'ambiguïté d'une référence identitaire et, au lieu de régler le problème, on lui en substitue un autre qui est tout aussi grave » (9).

On le voit : même si d'autres préoccupations n'étaient pas absentes (10), c'est avec le sentiment de choisir le moindre mal pour l'enfant que l'option de l'anonymat a été retenue par le législateur ; mais pour autant elle l'a été de manière radicale puisque la règle est d'ordre public, c'est-à-dire qu'elle prévaut sur l'éventuel accord de l'ensemble des parties en présence.

Bientôt vingt ans après l'adoption des lois bioéthiques de 1994 et alors que les premières générations d'enfants issus de la PMA avec tiers donneur dans le cadre légal ainsi institué arrivent à majorité, cette règle de l'anonymat absolu, inconditionnel et irréversible se révèle être insupportable à beaucoup parmi les premiers concernés. À la douleur qui s'exprime dans leur quête identitaire et à ses motivations profondes, nous nous garderons de proposer des explications qui nous emmèneraient loin de notre office et de nos compétences ; nous la prendrons en revanche comme une donnée de la question de droit qui vous est soumise.

Plusieurs personnes concernées ont en effet engagé un combat juridique qui commence à se structurer et qui se noue autour de demandes tendant, sur le fondement de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal modifiée, dite loi CADA, à ce que les hôpitaux qui disposent des données pertinentes les leur communiquent. L'information, en effet, existe : les données, même identifiantes, ne sont pas détruites mais conservées, à des fins le cas échéant thérapeutiques, selon des modalités définies de manière précise à l'article R. 1244-5 du code de la santé publique notamment et garantissant strictement leur confidentialité.

La commission d'accès aux documents administratifs (CADA), saisie de plusieurs de ces affaires, a fixé sa jurisprudence dans l'avis n° 20102395 du 27 juillet 2010 qu'elle a rendu sur le dossier *M<sup>me</sup> G. c. CECOS Jean Verdier*, dans lequel elle a estimé que les dispositions de l'article 6, I-2°-h de la loi de 1978 modifiée, qui soustraient au droit d'accès que celle-ci institue les documents dont la consultation ou la communication porterait atteinte aux « secrets protégés par la loi », justifiaient le refus opposé par l'administration hospitalière.

Cette même affaire a donné lieu à un jugement du 14 juin 2012 du tribunal administratif de Montreuil, déjà largement commenté (11) en ce qu'il écarte expressément, comme d'ailleurs avant lui la CADA, le moyen tiré de l'incompatibilité, en matière spécifiquement de dons de gamètes, des dispositions organisant un régime d'anonymat d'ordre public avec les exigences découlant des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à la vie privée, et de son article 14 ; ce jugement est actuellement frappé d'appel devant la cour administrative d'appel de Versailles.

M. M., lui, a contesté devant le tribunal administratif de Paris le refus qui lui a été opposé par l'hôpital détenant les données le concernant, et par un jugement du 21 septembre 2012 (12), celui-ci a vu là une question de droit nouvelle, posant une difficulté sérieuse et susceptible de se poser dans de nombreux litiges. Il vous a donc, en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, adressé une demande d'avis contentieux dont vous êtes aujourd'hui saisis.

\* \* \*

C'est à bon escient qu'il l'a fait car la question est redoutablement difficile.

Indépendamment de l'ampleur des transformations sociales qui s'y attachent, la PMA soulève une multitude de problèmes éthiques extrêmement lourds, qu'il s'agisse de la sélection génétique des donneurs de gamètes - d'ailleurs expressément organisée, du moins dans sa dimension médicale, par l'article R. 1211-28-1 du code de la santé publique prévoyant que ceux qui refusent de se soumettre à la recherche de facteurs de risque de transmission d'une anomalie génétique ne peuvent être retenus - ou, lorsqu'elle impose le recours à une fécondation *in vitro*, du sort des embryons dits surnuméraires - dont le nombre est certes limité par l'article L. 2141-3 du même code à ce qui est « strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation », mais à la « conservation » desquels il peut être « mis fin », ainsi qu'il est dit à l'article L. 2141-4 du même code, ou sur lesquels peuvent être conduites des recherches dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ; problèmes auxquels nous ne sommes pas certain que de véritables réponses aient été apportées et dont il est permis de se demander s'ils ont été appréhendés à leur juste mesure, non pas certes par le Parlement, qui à tort ou à raison a fait ses choix, mais par l'opinion, qui l'a laissé les faire dans une relative indifférence.

Mais sous l'angle juridique aussi, les questions soulevées sont particulièrement délicates. De sérieux motifs invitent à les aborder avec modestie et prudence.

Avec modestie car, vous le mesurez bien, les matières qui sont en cause ne sont pas de celles sur lesquelles le juge administratif a naturellement une expertise et une légitimité. Les questions sous-jacentes de filiation et plus largement de droit de la famille relèvent normalement du juge judiciaire et ce n'est que par le truchement d'un litige d'accès à un document administratif que c'est à vous qu'il revient de prendre position en premier, car nous ne sachons pas qu'il ait été donné à l'autorité judiciaire de faire application de l'article 511-10 du code pénal.

Avec prudence aussi, car sur les questions touchant à des sujets de société, il y a particulièrement lieu, pour le juge, de ne pas s'arroger une place qui n'appartient qu'au législateur.

Votre jurisprudence est donc, en ces matières, empreinte de retenue, même si à notre connaissance vous ne l'avez jamais, dans vos décisions, explicitée ou théorisée à la manière dont en use le Conseil constitutionnel. Celui-ci juge depuis 1975, selon une formule éprouvée donc, quoique un peu codée, que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen <sup>(13)</sup> ; solution ultérieurement transposée à la question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement, cette fois, de l'article 61-1 <sup>(14)</sup>.

Ainsi que le relève le chef du service juridique du Conseil constitutionnel dans un récent article <sup>(15)</sup>, le droit de la famille est le domaine d'élection de cette posture, le Conseil n'exerçant qu'un contrôle restreint sur les choix fondamentaux qui sous-tendent les lois dont il est saisi dans cette matière. On n'égrènera pas ici la liste des décisions citées à l'appui de cette démonstration, que la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 <sup>(16)</sup> est entretemps venue conforter avec un éclat particulier : dans cette décision longue de 92 considérants, la question vraiment importante, celle qui mobilisait tant les partisans que les adversaires du projet et qui consistait à savoir si l'identité de sexe des adoptants devait, ou non, constituer en elle-même un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive conjointe, a été, d'une certaine manière, mise de côté au bénéfice d'un simple rappel de la formule rituelle <sup>(17)</sup>.

S'agissant spécifiquement, en 1994, de la PMA avec tiers donneur, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs validé non seulement son principe, les conditions du développement de la famille visées au dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 pouvant selon lui être assurées par des dons de gamètes ou d'embryons, mais aussi la règle de l'anonymat dont le législateur a fait le choix de l'assortir, étant précisé que la décision du Conseil ne la confronte expressément, pour conclure à l'absence de contradiction, qu'à la protection de la santé telle que garantie par le onzième alinéa de ce Préambule <sup>(18)</sup>.

Ce précédent invite à d'autant plus de retenue dans l'exercice du contrôle de conventionnalité que contrairement au contrôle de constitutionnalité, celui-ci n'est pas démocratiquement contrebalancé par la possibilité d'un lit de justice, la négociation de protocoles additionnels ou interprétatifs ayant moins de chances encore d'aboutir qu'une révision constitutionnelle.

En outre, le législateur est intervenu une seconde fois pour réitérer clairement ses choix initiaux.

Au cours, en effet, des discussions qui ont finalement abouti à la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, la question de l'anonymat a été à nouveau débattue de manière approfondie, puisque, dans son projet n° 2911 déposé le 20 octobre 2010 à l'Assemblée nationale, le gouvernement avait prévu, aux articles 14 et suivants, une possibilité d'accès aux données non identifiantes ainsi qu'à l'identité du tiers dont les gamètes ont contribué à la mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation, sous réserve du consentement exprès du tiers donneur pour ce qui concerne l'identité.

Or ces dispositions ont été écartées par l'Assemblée nationale en première lecture dès l'examen du texte en commission spéciale, à l'initiative de son rapporteur, M. Leonetti, qui y avait consacré des développements très construits dans son rapport n° 3111 du 26 janvier 2011 <sup>(19)</sup>, nourris en particulier par une table ronde qui avait réuni le 15 décembre 2010 experts, médecins, philosophes, sociologues et associations concernés. Plus partagé, puisque sa commission des affaires sociales avait rétabli les dispositions en cause dans une version plus radicale que celle du gouvernement initialement, le Sénat s'était finalement rangé, en séance publique, aux trois arguments principaux qui, selon une ligne de clivage ne recoupant d'ailleurs pas les frontières partisanes traditionnelles, avaient déjà déterminé l'Assemblée nationale ; M. Milon, rapporteur du texte au Sénat, les avait ainsi synthétisés <sup>(20)</sup> : « la crainte d'une confusion entre filiation biologique et filiation par le droit et l'éducation ; la crainte d'une baisse du nombre de donneurs ; la crainte que les parents n'informent pas, ou plus, l'enfant des circonstances de sa conception ».

\* \* \*

Il reste que vous ne sauriez abdiquer la responsabilité dont le constituant est réputé vous avoir investis à l'article 55 de la Constitution, en donnant aux traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés une autorité supérieure à celle des lois.

Il vous faut donc examiner sur le fond la critique qui est faite à la règle de l'anonymat, et l'on ne saurait exclure, après tout, que votre tâche aujourd'hui soit moins malaisée que ne l'était celle du législateur il y a vingt ans. Outre que votre rôle est par définition plus modeste, puisqu'il vous appartient seulement d'identifier des contraintes juridiques là où il incombe au Parlement de faire des choix en opportunité entre diverses considérations d'intérêt général, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a connu, depuis lors, des développements substantiels.

À cet égard, il est de notre office de vous dire que *prima facie*, la jurisprudence de la Cour paraît largement engagée en faveur de la thèse de M. M.

Vous savez en effet que contrairement au Conseil constitutionnel dans le champ qui est le sien, la CEDH a développé de la notion de droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, une conception particulièrement extensive.

Selon son interprétation, fixée dès le 26 mars 1985 <sup>(21)</sup>, l'article 8 ne se borne pas à commander aux pouvoirs publics de s'abstenir des ingérences arbitraires dans une sphère d'intimité reconnue aux individus ; à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale, susceptibles d'impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux <sup>(22)</sup>.

La Cour juge par ailleurs de façon constante que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité <sup>(23)</sup>. Il en va, selon elle, du droit à l'identité et à l'épanouissement personnel que protège l'article 8.

La Cour a même, à plusieurs reprises, qualifié de vital l'intérêt, défendu selon elle par la Convention, à obtenir les informations qui sont indispensables aux individus pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle ; en matière d'actions en paternité, elle a, pour ce motif, vu une violation de l'article 8 dans l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction du tribunal de se soumettre à un test ADN <sup>(24)</sup>.

Quoi qu'il faille penser des considérations philosophiques qui sous-tendent cette approche, il ne fait donc pas de doute, dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, que le droit de connaître son « ascendance » et plus précisément, même, « l'identité de ses géniteurs » est protégé par la Convention européenne <sup>(25)</sup>.

Le droit de savoir n'implique certes pas *ipso facto* l'obligation de divulguer. Mais les intérêts susceptibles d'être mis en balance avec cet intérêt vital n'apparaissent pas d'une très grande force.

Il y aurait, naturellement, la vie privée du tiers donneur, mais la question que vous pose le tribunal administratif de Paris se place précisément dans l'hypothèse où celui-ci consentirait à la levée de l'anonymat ; autrement dit, c'est le caractère d'ordre public de l'interdiction édictée qui fait l'objet de la demande d'avis. Or, le rapprochement des arrêts *Odièvre* de 2003 et *Godelli* de 2011, concernant respectivement les régimes d'accouchement sous X français, tel qu'issu de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, et italien, marque bien l'importance de ce caractère d'ordre public. La législation française a été validée par la Cour pour y avoir renoncé - les articles L. 222-6 et L. 147-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles modifiés par la loi de 2002 maintiennent le principe de la garantie du secret de l'identité de la mère de naissance mais organisent la réversibilité de ce secret sous réserve de l'accord exprès de l'intéressée, un conseil national de l'accès aux origines personnelles étant chargé d'assurer l'intermédiation entre elle et l'enfant devenu majeur demandeur de la levée - tandis que la législation italienne a été jugée être la source de violations des stipulations de l'article 8 de la Convention pour l'avoir maintenu. Même le Conseil constitutionnel, pourtant plus prudent, a relevé qu'un équilibre était désormais défini par la législation française entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant avant de la juger conforme à la Constitution <sup>(26)</sup>. Quant à la vie privée des receveurs, c'est-à-dire des parents légaux, elle mérite assurément d'être prise en considération, mais elle paraît insuffisante pour fonder une solution de compatibilité, comme le montre *a contrario* l'arrêt de la Cour sur l'accouchement sous X en Italie, d'autant qu'en tout état de cause la levée du secret ne pourrait pas remettre en cause les liens de filiation établis par la loi.

L'administration souligne encore, en défense, que la levée, même seulement potentielle et consentie, du secret de l'identité du donneur serait de nature à limiter le nombre de dons et donc à entraver la pratique de la PMA. Mais, outre que cet effet ne semble pas avoir été massif dans les pays européens qui ont déjà procédé à cette réforme, nous ne croyons pas pouvoir lui accorder beaucoup de poids dans l'appréciation à laquelle se livrera, le jour venu, la Cour de Strasbourg.

Non pas, certes, que celle-ci n'admette de mettre en balance avec un droit conventionnellement protégé qu'un autre droit conventionnellement protégé tel que, dans l'affaire *Odièvre c. France* <sup>(27)</sup>, le droit à la vie de l'article 2, dont la Cour a jugé qu'il n'était « pas étranger » aux buts poursuivis par la législation française sur l'accouchement sous X, celle-ci étant réputée prévenir des avortements et des infanticides, ainsi d'ailleurs que préserver la santé de la mère d'accouchement. La Cour peut aussi entendre, comme elle l'a dit à plusieurs reprises, qu'il y ait lieu de ménager un juste équilibre entre les intérêts de l'individu et ce qu'elle appelle, selon les cas, « l'intérêt général » <sup>(28)</sup>, un « intérêt public » <sup>(29)</sup> ou des « intérêts plus vastes, d'ordre général » <sup>(30)</sup>.

En l'espèce, toutefois, la volonté de préserver le nombre de dons ne nous paraît, pour ce qui nous concerne, que modérément recevable, d'une part eu égard aux problèmes éthiques dont, comme nous l'avons rappelé, s'accompagnent inévitablement les inséminations artificielles avec tiers donneur, d'autre part parce que l'affirmation forte d'un tel intérêt général commencerait à s'apparenter à la consécration d'un droit à l'enfant, que nous vous inviterions au contraire à réfuter. Il est d'ailleurs significatif que, jusqu'à ce que l'article 33 de la loi du 7 juillet 2011 déjà mentionnée la fasse pudiquement disparaître, la législation sur la PMA ait, à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, comporté, dans la définition même de son objet, la référence à une « demande parentale » ; dès l'origine, le projet de loi n° 2600 déposé à l'Assemblée nationale le 25 mars 1992 affirmait sans fard que la vocation de la PMA était de « tenter de rétablir l'égalité entre les couples confrontés à un désir d'enfant ».

Nous n'excluons pas tout à fait, à la vérité, que la CEDH adopte sur ce point une position plus ouverte aux thèses du gouvernement français que celle que nous venons d'exprimer. Elle a en effet jugé à plusieurs reprises que le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la PMA relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant, selon elle, une forme d'expression de la vie privée et familiale <sup>(31)</sup>. Mais nous doutons que, pour autant, la considération tirée d'une possible baisse du nombre de dons de gamètes suffise dans son principe à faire accepter par la Cour la règle de l'anonymat d'ordre public couvrant les données identifiantes relatives au donneur.

Reste alors l'argument de la marge d'appréciation que la Cour de Strasbourg reconnaît aux États parties à la Convention, spécialement lorsqu'il s'agit de déterminer un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents <sup>(32)</sup>.

Pour ne pas allonger le propos, nous nous bornerons à rappeler à cet égard que, selon une jurisprudence très fournie, l'ampleur de la marge d'appréciation ainsi laissée aux États dépend de deux facteurs principaux.

Le premier est lié aux droits concernés et, pour chaque droit, dépend « de la nature même de ce qui est en cause ». Lorsque ce droit est « important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre intime qui lui sont reconnus » <sup>(33)</sup> et spécifiquement lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est *a priori* restreinte <sup>(34)</sup>. Or la Cour a déjà eu l'occasion de juger que « le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée » et qu'en pareil cas, les pratiques nationales sont soumises à un examen approfondi de sa part <sup>(35)</sup>.

(35).

Il est vrai qu'en sens inverse, la sensibilité des questions morales et éthiques soulevées est de nature à préserver une marge d'appréciation au profit des États (36), du moins lorsqu'il n'y a pas de consensus ou de « communauté de vues » entre eux (37). Or il ressort notamment d'un rapport du 9 février 2012 du comité directeur de bioéthique du Conseil de l'Europe (38) que, si la règle d'anonymat a été largement battue en brèche dans les pays d'Europe occidentale, où la France apparaît aujourd'hui très isolée, elle subsiste, y compris avec un caractère d'ordre public pour autant que nous ayons pu le comprendre, dans nombre de pays de l'est du continent.

Il reste que, même lorsqu'elle reconnaît une ample marge d'appréciation aux États parties, la Cour juge que le cadre juridique « doit (...) permettre une prise en compte suffisante des divers intérêts légitimes en jeu » (39) et, s'il fallait finalement risquer un pronostic, nous sommes portés, pour notre part, à considérer qu'elle jugerait, le moment venu, que la législation française sur l'anonymat du don de gamètes, par son caractère absolu, n'assure pas une conciliation équilibrée entre les différents intérêts en présence en ce qu'elle néglige l'intérêt vital, tel que reconnu par sa jurisprudence, de tout individu à connaître l'identité de son géniteur.

Elle pourrait y être d'autant plus encline que l'article 7 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant proclame en son paragraphe 1, qui a été jugé d'effet direct par la Cour de cassation (40), le droit pour celui-ci, « dans la mesure du possible », de « connaître ses parents » (et être élevé par eux) - encore que la doctrine soit partagée sur la question de savoir si le donneur de gamètes doit être regardé comme un parent au sens de ces stipulations (41).

\* \* \*

Si toutefois, après d'ailleurs avoir longuement hésité, nous ne vous proposons pas de répondre au tribunal administratif de Paris dans le sens de l'inconventionnalité au regard de la CEDH des dispositions qu'il vous a soumises par sa demande d'avis, c'est pour deux raisons principales.

La première est que la thèse que nous venons de vous présenter comme la plus susceptible d'être retenue par la Cour ne résulte pas de la simple application d'un raisonnement qu'elle aurait déjà tenu dans un cas de figure exactement identique, mais de la transposition d'un raisonnement qu'elle a développé dans d'autres cadres ; or cet exercice de transposition comporte une part d'incertitude.

Ce qu'elle a pu dire de l'accouchement sous X ou des actions en recherche de paternité, ou ce que le législateur national a pu penser en réformant le régime de l'adoption - pour prévoir - désormais, par l'article 4 de la loi du 22 janvier 2002 déjà mentionnée modifiant à cette fin l'article L. 224-5 du code de l'action sociale et des familles, que les parents de naissance ne se voient plus offrir la possibilité - restreinte une première fois par l'article 31 de la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption au cas des enfants âgés de moins d'un an - de demander le secret de leur identité lorsqu'ils remettent leur enfant aux services de l'aide sociale pour le faire admettre en qualité de pupille de l'État, statut à partir duquel il pourra faire l'objet d'un projet d'adoption, - tout ceci ne vaut pas *ipso facto* pour la PMA avec tiers donneur.

D'aucuns soutiennent en effet, et ce fut le cas par exemple de M. Leonetti en séance publique à l'Assemblée nationale le 10 décembre 2011 lors des débats sur le projet de loi relatif à la bioéthique, que la problématique de la PMA hétérologue est profondément différente, en ceci notamment qu'elle procède d'une logique de don gratuit alors que les cas d'accouchement sous X ou de remise à l'aide sociale en vue d'une adoption relèvent par définition d'une logique d'abandon. Dans la seconde hypothèse, c'est l'histoire humaine qui a présidé à cet abandon (problème financier ? problème culturel ? violence à l'origine de la conception de l'enfant ?) que l'enfant en quête de ses origines chercherait en réalité à découvrir ; dans les affaires de PMA au contraire, l'histoire est connue à l'avance, seuls les gènes ne l'étant pas. La CEDH elle-même a d'ailleurs eu l'occasion de remarquer, pour le don d'ovocytes, que « la dissociation de la maternité entre une mère génétique et une mère utérine crée des rapports très différents de ceux qui résultent de l'adoption et ajoute une nouvelle dimension au problème » (42).

Nous ne sommes pas absolument convaincu, pour ce qui nous concerne, que cette différence par ailleurs fort importante sur le plan humain suffise à dissuader la Cour de Strasbourg d'étendre à la PMA sa jurisprudence sur le droit de tout individu à la connaissance de ses origines génétiques. Mais, compte tenu de cette incertitude, il serait à nos yeux déraisonnable, s'agissant en outre d'une matière dont vous n'êtes pas les juges naturels, d'imposer au législateur, par l'affirmation immédiate et inédite d'une inconventionnalité des dispositions en cause, une réforme dont par ailleurs vous n'êtes pas en situation de déterminer par vous-mêmes la portée précise.

Car - et tel est le second motif qui nous détermine en définitive - nul ne saurait dire avec une absolue certitude jusqu'où le raisonnement de la Cour la conduirait exactement. Nous en sommes par exemple venu à penser qu'au-delà même de la seule question de l'anonymat du donneur, celle de l'occultation par la loi du mode de conception de l'enfant pourrait aussi être utilement mise dans les débats devant les juges de Strasbourg.

Dans une telle situation, et sur des questions tellement délicates et débattues, il faut à notre sens attendre que la Cour européenne des droits de l'homme ait pris clairement et précisément position. Il ne s'agit pas de vous dérober à vos responsabilités en repoussant une condamnation certaine ni encore moins de vous enfermer dans une vision hexagonale, mais de constater, après avoir identifié une difficulté réelle, que la Cour n'a pas encore donné le mode d'emploi pour la résoudre.

\* \* \*

Vous aurez observé que nous vous avons surtout entretenus, jusqu'à présent, de la levée du secret sur les données identifiantes relatives au tiers donneur. Or M. M. demande aussi, à titre subsidiaire, l'accès aux informations non identifiantes sur ses origines, telles que les caractéristiques physiques ou la profession de l'intéressé, ou toute autre information qu'il aurait pu mentionner.

À cet égard, la prohibition posée par la législation française est moins explicite, au point d'ailleurs que certains ont pu douter de son existence même ou en tout cas de son caractère insurmontable en droit interne (43) ; elle nous paraît toutefois, comme au tribunal administratif de Paris, résulter implicitement mais nécessairement des termes de l'article L. 1244-6 du code de la santé publique, issu à l'origine de l'article 10 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 et permettant à tout médecin - mais à tout médecin seulement - d'accéder aux informations non identifiantes médicales - et médicales seulement - en cas de « nécessité thérapeutique ».

Il est certain que les objections à la levée du secret, déjà fragiles pour les données identifiantes, perdent une grande partie de leur substance à l'égard des informations non identifiantes, dont la divulgation à des tiers ne porterait atteinte ni à la vie privée du donneur ni à celle des receveurs. Dans un avis n° 90 de novembre 2005, le comité consultatif national d'éthique préconisait d'ailleurs de lever le secret, alors que pour les données identifiantes il s'y montrait hostile (44).

Mais, outre que la frontière entre données identifiantes et non identifiantes peut, en fonction des circonstances, se révéler ténue et qu'une forme d'insécurité juridique résulterait de l'application aux unes et aux autres de régimes trop différents, il nous semble que l'intérêt auquel est susceptible de se rattacher la demande de levée du secret à un

caractère nettement moins « vital », pour reprendre le terme de la jurisprudence de la CEDH, pour les secondes que pour les premières. Dans la mesure du moins où le législateur a pris soin d'organiser un accès, certes intermédié par un médecin, aux données en cause lorsque les circonstances médicales l'exigent, ce dispositif pris isolément ne nous paraît pas franchement critiquable, sans par ailleurs que l'argument de la discrimination qui serait ainsi opérée selon le mode de conception de la personne nous apparaisse complètement pertinent : nul, à notre connaissance, n'a de droit à la connaissance des antécédents de santé de ses géniteurs, même naturels.

On peut certes concevoir que l'accès à ces données soit recherché pour lui-même, indépendamment de motifs médicaux, comme fournissant des éléments sur l'histoire personnelle de l'individu (45) ; mais, même prise sous cet angle, son interdiction nous semble insuffisante pour caractériser en l'état une claire méconnaissance des exigences résultant de la Convention européenne des droits de l'homme.

\* \* \*

Par ces motifs nous concluons à ce que vous répondiez par la négative aux deux questions que vous a soumises le tribunal administratif de Paris.

## **Annexe**

### **Conseil d'État, Avis contentieux, 13 juin 2013, n° 362981**

#### **M. M**

1. Aux termes de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. / 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Cet article a ainsi d'abord pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Toutefois, son application peut aussi impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. Dans les deux cas, un juste équilibre doit être ménagé entre les intérêts concurrents et l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation. Il résulte, par ailleurs, de l'article 14 de cette même convention que : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

2. Le cadre juridique applicable à la procréation médicalement assistée est fixé pour l'essentiel par le code de la santé publique, par le code civil et par le code pénal. Lors de la préparation et de l'examen de la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, ce dispositif a fait l'objet d'un réexamen complet. À l'issue de ces travaux, le législateur a confirmé les principes fondamentaux de la bioéthique dont il a entendu garantir le respect, et a précisé certaines modalités de mise en oeuvre.

3. Aux termes de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'agence de la biomédecine. Un décret en Conseil d'État précise les modalités et les critères d'inscription des procédés sur cette liste. Les critères portent notamment sur le respect des principes fondamentaux de la bioéthique prévus en particulier aux articles 16 à 16-8 du code civil, l'efficacité, la reproductibilité du procédé ainsi que la sécurité de son utilisation pour la femme et l'enfant à naître (...) ». Il résulte de l'article L. 2141-2 du même code que « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. / L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation. »

4. Au nombre des principes fondamentaux de la bioéthique mentionnés à l'article L. 2141-1 du code de la santé publique figurent ceux, énoncés à l'article 16-8 du code civil, selon lesquels « 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. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. ». Ces principes sont repris à l'article L. 1211-5 du code de la santé publique. Par ailleurs, il résulte de l'article 511-10 du code pénal, dont les dispositions sont en outre citées à l'article L. 1273-3 du code de la santé publique, que « Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. »

*Sur les règles d'accès aux données non identifiantes de nature médicale et leur compatibilité avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :*

5. L'accès aux données non identifiantes de nature médicale est soumis à l'ensemble des règles précitées, qui ont pour objet de protéger l'identité du donneur et du receveur. Toutefois, le législateur a apporté deux dérogations à l'interdiction de communiquer toute information sur le donneur et sur le receveur. D'une part, l'article L. 1244-6 du code de la santé publique prévoit que : « Les organismes et établissements autorisés dans les conditions prévues à l'article L. 2142-1 fournissent aux autorités sanitaires les informations utiles relatives aux donneurs. Un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu à partir de gamètes issus de don. » D'autre part, il résulte du dernier alinéa de l'article L. 1131-1-2, inséré dans ce code par la loi du 7 juillet 2011, que « Lorsqu'est diagnostiquée une anomalie génétique grave dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins chez une personne qui a fait un don de gamètes ayant abouti à la conception d'un ou plusieurs enfants ou chez l'un des membres d'un couple ayant effectué un don d'embryon, cette personne peut autoriser le médecin prescripteur à saisir le responsable du centre d'assistance médicale à la procréation afin qu'il procède à l'information des enfants issus du don dans les conditions prévues au quatrième alinéa », c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un médecin qui porte alors à leur connaissance l'existence d'une information médicale susceptible de les concerner et les invite à se rendre à une consultation de génétique.

6. Par ces dispositions, le législateur a entendu assurer, au moyen tant de mesures de prévention que de soins, la protection de la santé des personnes issues d'un don de gamètes, tout en garantissant le respect des droits et libertés d'autrui. S'il est vrai qu'ainsi la plupart de ces données médicales ne sont accessibles qu'au médecin et non à la personne elle-même, la conciliation des intérêts en cause ainsi opérée et la différence de traitement entre le médecin et toute autre personne relèvent de la marge d'appréciation que les stipulations précitées de l'article 8 de la Convention européenne de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales réservent au législateur national, eu égard notamment aux inconvénients que présenterait la transmission de ces données aux intéressés eux-mêmes par rapport aux objectifs de protection de la santé, de préservation de la vie privée et de secret médical. Par suite, les règles d'accès aux données non identifiantes de nature médicale fixées par le code de la santé publique et le code civil ne sont pas, en l'état des connaissances médicales et des nécessités thérapeutiques, incompatibles avec les stipulations de l'article 8 de cette Convention.

7. En ce qui concerne la discrimination fondée sur la naissance qui serait créée entre les enfants issus d'un don de gamètes et les autres enfants, au regard des articles 8 et 14 de la Convention, l'article 14 interdit, dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention, de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. Toutefois, l'enfant issu d'un don de gamètes ne se trouve dans une situation analogue, et par suite comparable ni à celle des enfants du donneur de gamètes, ni à celle des enfants du couple receveur. En outre, il n'existe pas, pour ces autres enfants, un droit à l'accès à des données non identifiantes de nature médicale. Par conséquent, aucune discrimination, au sens de ces stipulations, ne frappe l'enfant issu d'un don de gamètes en matière d'accès à de telles données.

*Sur les règles d'accès aux données permettant d'identifier l'auteur d'un don de gamètes et leur compatibilité avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :*

8. Pour l'application de cet article, la marge d'appréciation dont dispose l'État en vue d'assurer un juste équilibre entre intérêts concurrents dépend de différents facteurs. Lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe - ce qui est le cas en matière de procréation médicale assistée - que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, cette marge d'appréciation est plus large. Celle-ci est encore plus grande quand la question porte sur les rapports individuels. Elle s'applique tant à la décision de légiférer ou non en la matière que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit. Pour déterminer si cette marge d'appréciation a été outrepassée, il appartient au juge de se prononcer sur le dispositif juridique critiqué, et non sur le point de savoir si une autre solution pourrait être mise en œuvre.

9. En application de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les règles applicables en matière de procréation médicale assistée doivent prendre en compte les différents intérêts privés en cause, à savoir ceux du donneur et de sa famille, du couple receveur, de l'enfant issu du don de gamètes et de la famille de l'enfant ainsi conçu. Dans ce cadre, la règle de l'anonymat du donneur de gamètes répond, tout d'abord, à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur et de sa famille. En ce qui concerne le couple receveur, la règle de l'anonymat répond à l'objectif de respect de la vie familiale au sein de la famille légitime de l'enfant conçu à partir de gamètes issues de ce don, étant toutefois précisé que s'agissant du receveur, cette règle de l'anonymat ne saurait, en tout état de cause, être constitutive d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

10. S'agissant de la personne issue d'un don de gamètes, même si la règle de l'anonymat s'oppose à la satisfaction de certaines demandes d'information, cette règle, qui s'applique à tous les dons d'un élément ou d'un produit du corps, n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée et familiale de la personne ainsi conçue, d'autant qu'il appartient au demeurant aux seuls parents de décider de lever ou non le secret sur la conception de cette personne.

11. Ainsi qu'il résulte notamment des récents débats sur la loi du 7 juillet 2011, plusieurs considérations d'intérêt général ont conduit le législateur à écarter toute modification de la règle de l'anonymat, notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps. En la matière, il n'appartient qu'au seul législateur de porter, le cas échéant, une nouvelle appréciation sur les considérations d'intérêt général à prendre en compte et sur les conséquences à en tirer.

12. Il résulte de ce qui précède qu'en interdisant la divulgation de toute information sur les données personnelles d'un donneur de gamètes, le législateur a établi un juste équilibre entre les intérêts en présence et que, dès lors, cette interdiction n'est pas incompatible avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.







Le présent avis sera notifié au tribunal administratif de Paris, à M. M..., au Premier ministre, à la Garde des Sceaux, ministre de la justice, à la ministre des affaires sociales et de la santé et à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris.

Il sera publié au Journal officiel de la République française.






#### Mots clés :

**DROIT \* LIBERTÉ FONDAMENTAUX** \* Vie privée et familiale \* Procréation médicalement assistée \* Don de gamètes \* Anonymat du donneur  
**ACCES AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS** \* Document communicable \* Don de gamètes \* Anonymat

(1) 1 331 pour la seule année 2010, selon le rapport annuel 2011 de l'Agence de biomédecine, p. 64.

(2) V. notamment, dans une affaire concernant précisément un enfant né, avant les lois de 1994, d'une insémination artificielle hétérologue, Civ., 1<sup>re</sup>, 18 mai 2005, *Santoni c. M<sup>me</sup> Cengia*, n° 02-16.336, Bull. civ., I, n° 211, D. 2005. 2125 , note J.-J. Lemouland  ; *ibid.* 2006. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts  ; AJ fam. 2005. 321, obs. F. Chénéde  ; Rev. crit. DIP 2005. 679, note D. Bureau  ; RTD civ. 2005. 583, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2005. 153, note Murat.

(3) D. 1988. 184, note D. Huet-Weiller, JCP G 1988, II, 21036, note E. S. de La Marnierre.

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1990, n° 88-15.105, Bull. civ., I, 1990, n° 196 ; D. 1990. 517 , note D. Huet-Weiller  ; RTD civ. 1991. 119, obs. P. Jourdain  ; *ibid.* 311, obs. J. Hauser  ; *ibid.* 512, obs. D. Huet-Weiller .

(5) D. 1977. 45, note D. Huet-Weiller, JCP G 1977, II, 18597, note M. Harichaux-Ramu, Gaz. Pal. 1977.1.48, note E. Paillet.

(6) Sur cette problématique, v., V. Depadt-Sebag, D. 2010. 330 .

(7) V., notamment, Dr. fam. 2001, chron. 2, note H. Gaumont-Prat, « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois de bioéthique ».

(8) P. 15 et p. 16.

(9) JO Débats AN 1992, p. 5927.

(10) V., pour une présentation plus complète, M.-F. Nicolas-Maguin, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », D. 1995. 75.

(11) TA Montreuil, 14 juin 2012, *M<sup>me</sup> G.*, n° 1009924, AJDA 2012. 1188 ; *ibid.* 2115, note S. Hennette-Vauchez ; D. 2012. 1618, obs. A. Mirkovic ; *ibid.* 2013. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2012. 408, obs. C. Xémard ; RTD civ. 2012. 520, obs. J. Hauser ; JCP Adm. 2012, n° 28, p. 2253, concl. I. Billandon.

(12) TA Paris, 21 sept. 2012, *M. M.*, n° 1121183/7-1, AJDA 2012. 2115, note S. Hennette-Vauchez.

(13) Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. Cons. const. p. 19, consid. 1 et Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rec. Cons. const. p. 74, consid. 4 ; GDCC 16<sup>e</sup> éd., n° 9, p. 84 ; D. 2001. 2533, note B. Mathieu ; *ibid.* 2002. 1948, obs. G. Nicolas ; RSC 2002. 672, obs. V. Bück.

(14) Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, *M<sup>me</sup> Viviane L.* [loi dite « anti-Perruche »], Rec. Cons. const. p. 105, consid. 4 ; AJDA 2010. 1178 ; D. 2010. 1976, obs. I. Gallmeister, note D. Vigneau ; *ibid.* 1980, note V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2011. 2565, obs. A. Laude ; *ibid.* 2012. 297, chron. N. Maziau ; RFDA 2010. 696, C. de Salins ; RDSS 2010. 127, obs. R. Pellet ; Constitutions 2010. 391, obs. A. Levade ; *ibid.* 403, obs. P. De Baecke ; *ibid.* 427, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2010. 517, obs. P. Puig.

(15) J.-F. de Montgolfier, AJ fam. 2012. 578.

(16) Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe*, D. 2013. 1643, chron. F. Dieu ; AJ fam. 2013. 332, étude F. Chénéde ; Constitutions 2013. 166, obs. A.-M. Le Pourhiet.

(17) V., consid. 49.

(18) Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, consid. 11, Rec. Cons. const. p. 100 ; RD publ. 1994. 1647, note F. Luchaire ; D. 1995. 237, note B. Mathieu ; *ibid.* 205, chron. B. Edelman ; *ibid.* 299, obs. L. Favoreu ; RFDA 1994. 1019, note B. Mathieu ; RTD civ. 1994. 831, obs. J. Hauser ; *ibid.* 840, obs. J. Hauser.

(19) V., notamment, pp. 39 à 45 et pp. 370 à 405.

(20) Rapport n° 388, 30 mars 2011, p. 71.

(21) *X et Y c. Pays-Bas*, série A, n° 91, § 23, Rec. CEDH p. 11.

(22) V. aussi, CEDH 7 févr. 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 57, Rec. CEDH 2002-I ; RTD civ. 2002. 795, obs. J. Hauser ; *ibid.* 866, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH, gde ch., 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, § 40, Rec. CEDH 2003-III ; AJDA 2003. 603, chron. J.-F. Flauss ; D. 2003. 739, et les obs. ; *ibid.* 1240, chron. B. Mallet-Bricout ; RDSS 2003. 219, note F. Monéger ; RTD civ. 2003. 276, obs. J. Hauser ; *ibid.* 375, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 13 juill. 2006, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, § 33, Rec. CEDH 2006-X ; RTD civ. 2006. 727, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 2007. 99, obs. J. Hauser ; CEDH, gde ch., 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, § 75, Rec. CEDH 2007-I ; D. 2007. 1202, obs. C. Delaporte-Carré ; *ibid.* 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RDSS 2007. 810, note D. Roman ; RTD civ. 2007. 295, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 545, obs. J. Hauser ; CEDH 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08, § 55, à publier au Rec. CEDH, D. 2011. 1758, et les obs. ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2011. 429, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2011. 526, obs. J. Hauser ; CEDH, gde ch., 3 nov. 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00, § 87, à publier au Rec. CEDH, AJDA 2012. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2011. 2870, et les obs. ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2011. 608, obs. A. Mirkovic ; RTD civ. 2012. 283, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 25 sept. 2012, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, § 60, à publier au Rec. CEDH, D. 2012. 2309, et les obs. ; *ibid.* 2013. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1235, obs. REGINE ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2012. 554, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2013. 104, obs. J. Hauser.

(23) V., pour la première occurrence, 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, série A n° 160, p. 16, à propos d'un adulte demandant à accéder au dossier tenu par les services sociaux sur le pupille de l'assistance publique qu'il avait été dans son enfance et affirmant souffrir de maux psychologiques trouvant leur source dans les maltraitances qu'il aurait subies à cette époque.



(24) *Mikulic c. Croatie*, préc., § 64.

(25) V. notamment, à propos de la problématique de l'accouchement sous X, les arrêts précités *Odièvre c. France*, § 29 et *Godelli c. Italie*, § 45.

(26) Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, *M. Mathieu E.*, consid. 8, AJDA 2012. 1036 ; D. 2013. 1235, obs. Regine ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2012. 406, obs. F. Chénéde ; RDSS 2012. 750, note D. Roman ; RTD civ. 2012. 520, obs. J. Hauser.

(27) V. notamment, § 45.

(28) *Mikulic c. Croatie*, préc., § 58.

(29) *Jaggi c. Suisse*, préc., § 39.

(30) *Evans c. Royaume-Uni*, préc., § 74.

(31) V. en particulier, CEDH, gde ch., 4 déc. 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, § 66, Rec. CEDH 2007-V ; AJDA 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; D. 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ pénal 2008. 47, obs. M. Herzog-Evans ; RSC 2008. 140, obs. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; RTD civ. 2008. 272, obs. J. Hauser, condamnant pour ce motif un refus d'accès à la PMA opposé par l'administration à un couple dont le mari était incarcéré, compte tenu du moins de sa date prévisible de libération et de l'âge de son épouse, ainsi que l'arrêt *S.H. et autres c. Autriche*, déjà mentionné, § 81 et s., n'admettant qu'après un contrôle approfondi et sans préjudice de ce que pourrait être son appréciation en cas de réexamen ultérieur au vu des évolutions scientifiques et juridiques, la prohibition par la loi autrichienne des techniques de procréation hétérologues.

(32) V., les arrêts préc., *Evans c. Royaume-Uni*, § 77 et *Dickson c. Royaume-Uni*, § 78.

(33) CEDH, gde ch., 3 avr. 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, n° 42857/05, § 59, à publier au Rec. CEDH, AJDA 2012. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; AJ fam. 2012. 343 ; RTD civ. 2012. 512, obs. J. Hauser.

(34) V. notamment, *Evans*, § 77 et *Dickson*, § 78, préc.

(35) Arrêt *Godelli c. Italie*, préc., § 65.

(36) V. par ex., CEDH, gde ch., 16 déc. 2010, *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05, § 223, Rec. CEDH 2010, à propos de l'avortement ; D. 2011. 1360, chron. S. Hennette-Vauchez ; *ibid.* 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RDSS 2011. 293, note D. Roman ; Constitutions 2011. 213, obs. E. Dubout ; RTD civ. 2011. 303, obs. J.-P. Marguénaud.

(37) V. notamment, *Evans c. Royaume-Uni*, § 81 ou *S.H. et autres c. Autriche*, §§ 96 et 97, préc.

(38) CDBI/INF (2005) REV 2.

(39) *S.H. et autres c. Autriche*, préc., § 100.

(40) Civ. 1<sup>re</sup>, 7 avr. 2006, n° 05-11285, Bull. civ., I, n° 195 p. 171, Dr. fam. 2006 comm. 124, obs. P. Murat ; D. 2006. 2293, obs. I. Gallmeister, note E. Poisson-Drocourt ; *ibid.* 1177, tribune B. Mallet-Bricout ; *ibid.* 1707, chron. J. Revel ; *ibid.* 2007. 879, chron. P. Salvage-Gerest ; *ibid.* 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2192, obs. A. Gouttenoire et L. Brunet ; Just. & cass. 2007. 328, rapp. A. Pascal ; AJ fam. 2006. 249, obs. F. Chénéde ; RDSS 2006. 575, obs. C. Neirincq ; RTD civ. 2006. 273, obs. P. Remy-Corlay ; *ibid.* 292, obs. J. Hauser.

(41) Pour une présentation générale, v., Dr. fam. n° 11/09, dossier 20, mentionnant deux rapports du comité des droits de l'enfant, de 1995 et 2002 respectivement, paraissant mettre en cause à ce titre la règle de l'anonymat au Danemark et en Suisse.

(42) Arrêt *S.H. et autres c. Autriche*, préc., § 105.

(43) V. notamment, le commentaire déjà mentionné de S. Hennette-Vauchez sur le jugement de renvoi du TA de Paris à l'AJDA 2012. 2115.

(44) Rapport annuel, Paris, Doc. fr., janv. 2006, p. 133.

(45) En ce sens d'ailleurs, CEDH *Odièvre c. France*, préc., § 48.

