



## OBSERVATIONS ÉCRITES

*Soumises à la Cour européenne des droits de l'homme  
dans les affaires*

*Audrey GAUVIN-FOURNIS et Clément SILLIAU contre la France  
(Requêtes n°21424/16 et 45728/17)*

Grégor Puppinck, Directeur

22 octobre 2018

1. L'ECLJ estime que la pratique de la PMA anonyme emporte violation des articles 3, 8 et 14 de la Convention européenne.

2. Le préjudice subi par les requérants résulte du refus des autorités de lever le secret de l'identité de leur « père naturel » qui découle lui-même de la pratique de la PMA-anonyme. Les ingérences et préjudices subis par les requérants sont le fait tout à la fois, et indistinctement, de leur conception par PMA-anonyme et du refus des autorités de lever le secret de l'identité de leur « père naturel ».

3. Si le désir d'avoir un enfant est profondément humain, la nature humaine qui fait naître le désir de devenir parent a aussi placé en l'enfant le besoin d'être élevé et aimé par ses véritables parents. Ainsi, connaître ses parents biologiques, être élevé par eux, et avoir une filiation biologique font partie de la situation dont tout enfant venant au monde devrait pouvoir bénéficier. Priver volontairement un enfant de ses parents naturels et de la connaissance de sa filiation est toujours une injustice grave, cause de souffrances, comme le montre l'observation des conséquences négatives de l'AMP.

## **I. Considérations préliminaires : Droit et pouvoir des adultes sur l'enfant**

4. Nul n'a choisi de naître. La venue au monde d'un enfant, hors cas pathologique, suit naturellement l'union des parents. Même si les moyens d'y faire obstacle se sont développés au point de faire que beaucoup de naissances sont aujourd'hui plus ou moins programmées, la naissance d'un enfant est l'aboutissement d'un processus naturel, lié à la condition humaine.

5. Le développement récent de la science a permis de soigner certaines formes de stérilité, et d'en contourner d'autres. C'est le cas de la procréation médicalement assistée, PMA, lorsqu'elle consiste en une insémination artificielle ou en une fécondation *in vitro* hétérologues. Ces méthodes ne soignent pas, elles contournent la stérilité au moyen d'un don de gamète. L'enfant est alors réputé né du couple selon une fiction juridique destinée à maintenir la vraisemblance, l'imitation d'une procréation naturelle.

6. Ceci explique et justifie que, dans les pays autorisant la PMA hétérologue comme la France, celle-ci soit réservée aux couples composés d'un homme et d'une femme vivants, en âge de procréer, souffrant de stérilité médicalement constatée.

7. Néanmoins, même si ces méthodes ont été autorisées dans le but de pallier une pathologie et de répondre au légitime désir d'enfant de couples stériles, un élément n'a pas été pris en compte : l'intérêt de l'enfant ainsi conçu.

8. En effet, en séparant la sexualité de la procréation, l'homme adulte s'est arrogé un pouvoir exorbitant sur l'enfant à naître : le pouvoir de décider de sa conception, le pouvoir de décider s'il mérite d'être gardé (sélection d'embryon, diagnostic préimplantatoire, diagnostic prénatal) et finalement le pouvoir de vie et de mort (destruction d'embryons surnuméraires, avortement).

9. En outre, avec ces méthodes, les adultes s'approprient le pouvoir de réifier l'embryon qui devient un objet de laboratoire, créé, manipulé, sélectionné, congelé, implanté, donné à la science ou détruit selon leur bon vouloir.

10. Enfin, dans toute PMA hétérologue, les adultes s'emparent du pouvoir d'amputer l'enfant d'une part de son identité puisque la filiation légale est fondée sur une fiction, pour ne pas dire un mensonge. L'ascendance biologique paternelle en cas d'insémination artificielle, généralement maternelle en cas de FIV, est purement et simplement effacée de la vie de l'enfant.

11. Lors de la décision de recourir à la PMA et de sa mise en œuvre, l'enfant n'existe pas encore, ce qui explique que ses droits aient été largement méconnus. *Enfants* et *adultes* ne sont pas dans une situation d'égalité qui permettrait, seule, d'apprécier leurs intérêts concurrents. Par hypothèse, l'intérêt des adultes précède celui des enfants, il est donc facile d'oublier ces derniers.

12. Il faut donc accepter de mettre en balance l'intérêt d'adultes vivants et bien réels avec l'intérêt d'enfants à venir. C'est cet équilibre qui permettra de trouver le bien commun de la société, plutôt que d'ignorer les enfants et leurs intérêts pour ne pas avoir à limiter la liberté des adultes. Il devient urgent de poser une limite au pouvoir des adultes sur les enfants à naître. Il ne faut pas que le langage du *droit individuel à avoir un enfant* serve à camoufler le *pouvoir sur l'enfant*.

## II. Article 3 : la PMA-anonyme est un traitement inhumain ou dégradant

13. La PMA-anonyme est un traitement proprement *in-humain* car elle établit un mode de procréation hors de la nature humaine, en séparant non seulement sexualité et procréation mais aussi les dimensions physique et psychique de l'identité individuelle. Comme toute atteinte à la nature humaine, cette séparation provoque des souffrances profondes, qui sont accrues par le refus des autorités de « réparer » ce qui peut l'être, en levant le secret de l'identité du père naturel.

14. La PMA hétérologue, surtout accompagnée de l'anonymat du don de gamètes, consiste finalement à remplacer la souffrance des adultes par celle des enfants.

### *De nombreuses études prouvent la gravité des conséquences de la PMA hétérologue et anonyme*

15. L'enfant est empêché, de manière plus ou moins drastique selon les législations, de connaître ses parents naturels (ou biologiques), permettant la création intentionnelle d'enfants « *orphelins génétiques* »<sup>1</sup>. Une partie de l'histoire de l'enfant est ainsi effacée et rendue inaccessible : l'enfant se trouve identifié à « *un montage idéologique et juridique prétendant (...) qu'il est né de la rencontre d'une personne et d'un « matériau », comme si – du moins pour la part issue du don – l'histoire de sa vie ne pouvait jamais, irrévocablement, remonter au-delà de lui-même* »<sup>2</sup>.

16. Cette rupture de la transmission<sup>3</sup> entraîne un questionnement insoluble (d'où viens-je ? à qui ressemblé-je ? qui sont mes parents, ma famille ?) qui peut être à l'origine de crises d'identité<sup>4</sup>, d'impossibilité de se construire sur une base solide, d'angoisse et d'autres problèmes psychiques<sup>5</sup>. En effet, la soif de connaître l'origine de toute chose, du monde, de la vie ou de soi-même représente une des caractéristiques de l'esprit humain<sup>6</sup>.

17. L'anonymat du don de gamètes induit d'évidentes conséquences physiques et médicales dues à l'absence d'accès à l'histoire médicale familiale, comme le soulignent les requérants des affaires en cause.

<sup>1</sup> Voir le reportage « Les orphelins génétiques », *Enjeux*, 17 janvier 2007, Radio-Canada : [http://ici.radio-canada.ca/actualite/v2/enjeux/niveau2\\_13054.shtml](http://ici.radio-canada.ca/actualite/v2/enjeux/niveau2_13054.shtml) ; Joanna Rose *A Critical Analysis of Sperm Donation Practices: The Personal and Social Effects of Disrupting the Unity of Biological and Social Relatedness for the Offspring*, Queensland University, 2009, p. 221. Joanna Rose mentionne des auteurs dénonçant cela : D. Blankenhorn, "The rights of children and the redefinition of parenthood", *Danish Institute for Human Rights*, 2 juin 2005 ; A. M. M. Lebech, "Anonymity and informed consent in artificial procreation", *Bioethics*, 1997, 11 (3/4), p. 339 ; J. Fleming, *From rights to risks: A response from The Society for the Protection of Unborn Children (Northern Ireland) (Consultation Response)*. Adelaide: Southern Cross Bioethics Institute, 2004, p. 15.

<sup>2</sup> *Ibid.*, § 45-46.

<sup>3</sup> Voir Sébastien de Crèvecoeur, Jean-Mathias Sargologos, Jacques Duffourg-Müller, Benoît de Fleurac, Hervé Jourdan et Lionel Léon, « Homosexualité et parentalité : de l'importance de la filiation », *Le Figaro*, 22 février 2018.

<sup>4</sup> Voir Samantha Besson, *Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under The Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, *International Journal of Law, Policy and the Family* (2007), p. 138 et 141.

<sup>5</sup> Audition de M. Claude Huriet à l'Assemblée nationale le 20 janvier 2009 relatant le cas de boulimie et anorexie d'une jeune fille ayant appris sa conception avec don de sperme : <http://pmanonyme.asso.fr/?p=1939> ; « *L'enfant sera dans le doute permanent, pensant reconnaître son père à tous les coins de rue* », Stéphane Clerget (pédopsychiatre), *Valeurs actuelles*, 18 septembre 2008.

<sup>6</sup> « *L'homme, cet assoiffé de sens, n'a de cesse en effet de vouloir comprendre l'origine de toute chose : l'origine du monde, l'origine de la vie, l'origine de l'être humain. Cette soif semble inscrite dans son intelligence et sa psychologie depuis la nuit des temps. Elle représente une des caractéristiques de l'esprit humain.* » Benoît Bayle, *À la poursuite de l'enfant parfait, l'avenir de la procréation humaine*, Robert Laffont, 2009, p. 37.

18. L'impossibilité de connaître son géniteur et ses éventuels demi-frères et sœurs augmente aussi le risque d'inceste involontaire et de mariage entre demi-frère et demi-sœur. Ce risque n'a rien d'hypothétique, comme le montrent des faits divers rapportés par la presse et les restrictions apportées par les législations européennes pour limiter ce risque. Les législations autorisant ou exigeant l'anonymat des dons de gamètes sont donc incohérentes puisqu'elles empêchent d'accéder à ses origines pour s'assurer du respect du droit matrimonial.

19. Enfin, les conséquences de l'anonymat du don de gamètes se répercutent de génération en génération, les parents issus de dons de gamètes ne pouvant transmettre à leurs propres enfants qu'une connaissance tronquée de leurs origines. Cette impossibilité de transmettre une histoire dont il a été dépossédé ravive chez l'adulte issu d'un don de gamète la souffrance et la fragilité liées au sentiment de vivre au-dessus d'un trou noir.

20. Le lien entre parents et enfants est indissociablement physique et social. L'exclusion d'une dimension est source de vives souffrances. L'affaire des enfants échangés de Grasse (TGI de Grasse, 10 février 2015) montre que, même si les enfants sont élevés dans des familles aimantes, et même s'ils connaissent leur véritable ascendance génétique, la rupture dans la filiation et la privation de la dimension physique de la filiation leur cause un grave préjudice, comme le manifeste le montant alloué à titre de réparation : 400 000 € par enfant, sans compter l'indemnisation accordée aux parents et frères et sœurs. D'ailleurs, le fait que la loi interdise le double don de gamètes (c'est-à-dire exige les gamètes d'un des membres du couple) dans une PMA montre l'importance reconnue à la filiation naturelle (ou biologique).

21. La Cour a souvent reconnu « *qu'un traitement était « dégradant » en ce qu'il était de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir* »<sup>7</sup>. La Cour a souligné que l'absence d'intention d'humilier la personne n'empêchait pas une violation de l'article 3 (RR c. Pologne, §151).

22. La souffrance profonde des requérants et de beaucoup de personnes nées d'un don de gamètes est indéniable.

23. Même si le but de la PMA hétérologue n'était assurément pas d'avilir les enfants, le fait d'être l'objet d'un pouvoir exorbitant des adultes – qui ont pris la décision de leur conception, effectué les manipulations impliquant des tiers nécessaires pour cette conception et la poursuite de la grossesse, et maintiennent ce pouvoir en interdisant l'accès à des informations qu'ils détiennent – est incontestablement humiliant.

24. L'interdiction des traitements inhumains ou dégradants n'emporte aucune exception. Le fait que ces traitements aient été commis dans l'ignorance de leurs conséquences est sans incidence. L'humiliation et la souffrance engendrées atteignent un degré suffisant pour constater la violation de l'article 3.

### **III. Article 8 : la PMA-anonyme viole le droit au respect de la vie familiale et privée**

#### ***Ingérences dans le droit au respect de la vie privée***

25. L'anonymat des dons de gamètes porte atteinte au droit à l'identité de l'enfant en le privant de la connaissance de ses origines. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le respect de la vie privée, qui englobe un droit à l'identité reconnu comme condition essentielle du droit à l'autonomie<sup>8</sup> et à l'épanouissement<sup>9</sup>. La Cour a d'ailleurs jugé que « *le respect de la vie privée*

<sup>7</sup> RR c. Pologne, n° 27617/04, 26 mai 2011, §150 ; Iwańczuk c. Pologne, n° 25196/94, 15 novembre 2001, § 51 ; Wiktorko c. Pologne, n° 14612/02, 31 mars 2009, § 45.

<sup>8</sup> Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, 29 avril 2002, § 61.

<sup>9</sup> Bensaid c. Royaume-Uni, n°44599/98, 6 février 2001, § 47.

*exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, et le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (...). Ce qui inclut l'obtention des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs* »<sup>10</sup>. Dans l'affaire *Odièvre c. France*, la Cour avait énoncé qu'« À cet épanouissement (personnel) contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs (*Mikulić c. Croatie*, no 53176/99, §§ 54 et 64, CEDH 2002-I). La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention »<sup>11</sup>. La Cour a encore jugé dans l'affaire *Jäggi c. Suisse* que « le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée »<sup>12</sup>.

26. L'importance de la filiation naturelle (ou biologique) est d'ailleurs soulignée par la Cour dans les affaires ayant trait à la GPA, tant pour condamner un État n'ayant pas tenu compte de ce lien qui existait<sup>13</sup>, que pour conclure à la non-violation des droits des requérants en l'absence de tout lien biologique avec l'enfant<sup>14</sup>.

27. La Cour veille au respect du lien biologique entre parents et enfants, au droit naturel des parents de garder un lien avec leurs enfants<sup>15</sup>. La jurisprudence concerne principalement des demandes de parents mais il serait invraisemblable que la Cour de protégeât pas aussi fortement ce lien quand la demande émane des enfants.

28. En l'espèce, il ne s'agit même pas de faire reconnaître juridiquement ce lien, puisque la loi prévoit que la filiation ne peut être contestée, il s'agit seulement de donner aux enfants des informations détenues par l'administration. La Cour reconnaît que le droit à l'identité inclut « le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance »<sup>16</sup>. La levée de l'anonymat, permettrait d'atténuer certaines souffrances mais ne supprimerait pas toutes les atteintes aux droits des enfants, notamment parce qu'elle empêche l'enfant de faire reconnaître sa filiation naturelle, ce qui va au-delà de la simple connaissance des origines. La Cour a également affirmé que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation »<sup>17</sup> et a consacré le droit de contester une filiation non-conforme à la vérité biologique<sup>18</sup>.

29. La CEDH fait ainsi un lien clair entre la connaissance des origines biologiques et l'établissement de la filiation qui doit généralement en découler. Dans les affaires ayant trait à la GPA, la Cour prend en compte l'existence éventuelle d'un lien biologique entre l'enfant et ses commanditaires. Ainsi, même en cas de convention illégale de GPA, la CEDH affirme qu'« au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »<sup>19</sup>.

30. À titre de comparaison, la Cour a admis l'absence de violation de la Convention dans une affaire où l'État avait rapidement retiré l'enfant à ses commanditaires afin de le placer en vue d'une adoption, car il n'existait aucun lien biologique entre ceux-ci<sup>20</sup>. La jurisprudence en matière de GPA confirme

<sup>10</sup> *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, 20 décembre 2007, § 45.

<sup>11</sup> *Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, 13 février 2003, § 29.

<sup>12</sup> *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, 13 juillet 2006, § 37.

<sup>13</sup> *Mennesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014.

<sup>14</sup> *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], n° 25358/12, 24 janvier 2017.

<sup>15</sup> *Görgülü c. Allemagne*, n° 74969/01, 26 février 2004.

<sup>16</sup> *Pascaud c. France*, n° 19535/08, 16 juin 2011, § 59.

<sup>17</sup> *Mennesson*, précité, § 96.

<sup>18</sup> *Jäggi c. Suisse*, précité.

<sup>19</sup> *Mennesson*, précité, § 100.

<sup>20</sup> *Paradiso et Campanelli*, précité.

ainsi l'importance de la dimension biologique de la filiation. La PMA hétérologue, en préméditant une filiation non-biologique comme condition de l'existence même de l'enfant, viole le droit à l'identité de celui-ci.

31. La CEDH admet d'ailleurs la pertinence de mesures prises par les États pour restreindre la PMA dans le but de protéger l'enfant. La Cour reconnaît ainsi qu'« *il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant* »<sup>21</sup>. Ces éléments montrent qu'il est conforme à la Convention d'interdire le recours à certaines formes de PMA, ce qu'a par exemple fait l'Italie en 2004 en interdisant la PMA hétérologue. La CEDH a d'ailleurs validé en 2011 la législation autrichienne interdisant la fécondation avec « don » d'ovule<sup>22</sup>. La possibilité pour les États de poser des limites à la PMA confirme l'absence de droit à l'enfant dans la jurisprudence de la CEDH.

32. La jurisprudence de la Cour est conforme au rapport du CAHBI (prédécesseur du DH-BIO) qui demandait, dès 1989, que l'enfant issu d'une PMA puisse avoir accès « *à un âge approprié* » à des informations liées à sa conception et à l'identité de son ou ses donneurs (principe 13)<sup>23</sup>.

### ***La CEDH doit être interprétée à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant***

33. La CEDH doit être lue à la lumière la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE), qui est le texte international ayant réuni le plus grand nombre de signatures et de ratifications.

34. Conformément à l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant selon lequel l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale, la Cour juge de manière constante que la protection de l'intérêt de l'enfant doit être prise en compte et constitue un but légitime<sup>24</sup>. La Cour a noté que « *l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance biologique ne cesse pas avec l'âge, bien au contraire* »<sup>25</sup>.

35. *L'intérêt de l'enfant* ne doit pas être interprété de façon restrictive. Sa prise en compte et son respect ne bénéficie pas seulement aux enfants déjà nés, mais aussi aux enfants en général. Par conséquent, son respect justifie de limiter le pouvoir des adultes sur les enfants, et notamment les modalités et circonstances de leur conception artificielle et naissance.

36. Cette interprétation large de l'intérêt des enfants permet de dépasser une lecture purement individualiste des droits de l'homme, et de tenir compte de l'intérêt général.

37. Notons à cet égard que la Grande Chambre adopta une telle interprétation dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli* en déclarant que le « *but légitime de la défense de l'ordre et aussi de la protection de l'enfant* » face aux techniques de GPA n'est « *pas seulement de celui dont il est question en l'espèce mais des enfants en général – eu égard à la prérogative de l'État d'établir la filiation par l'adoption et par l'interdiction de certaines techniques de procréation médicalement assistée* »<sup>26</sup>. Ainsi, la protection de l'intérêt de l'enfant s'étend à celle des enfants en général, c'est à dire des générations futures.

<sup>21</sup> *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC], n° 21830/93, 22 avril 1997, § 47.

<sup>22</sup> *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011.

<sup>23</sup> *Principes énoncés dans le rapport du Comité ad hoc d'experts sur les progrès des sciences biomédicales*, CAHBI, publiée en 1989. Publié dans *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique*, Volume II, Direction Générale III – Cohésion Sociale Service de la Santé et de la Bioéthique Division de la Bioéthique Strasbourg, mai 2010.

<sup>24</sup> Voir notamment *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, 6 juillet 2010, § 134-135 ; *X et autres c. Autriche* [GC], n° 19010/07, 19 février 2013, § 138 ; *X. c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, 26 novembre 2013, § 95-96.

<sup>25</sup> *Jäggi c. Suisse*, précité, § 37 et § 40.

<sup>26</sup> *Paradiso et Campanelli c. Italie*, précité, § 197.

### ***La PMA-anonyme porte atteinte à plusieurs droits garantis dans cette Convention***

38. L'atteinte la plus dommageable pour l'enfant est celle de son droit proclamé à l'article 7 § 1 de la CIDE qui stipule : « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». Cet article a pour objet la naissance et fait donc référence aux père et mère naturels de l'enfant (ou biologiques), au sens étymologique latin « *parens*, accusatif *Parentem* : qui a mis au monde »<sup>27</sup>, et non aux parents sociaux. Toute autre interprétation du terme *parent* priverait cette disposition de sa substance et consacrerait en fait un droit-pouvoir des adultes sur l'enfant. Cette compréhension de l'article 7 est conforme au sens ordinaire du mot, au contexte, et à l'intention des rédacteurs de la CIDE. Il est en outre confirmé par le Comité sur les droits de l'enfant (CRC) qui a déclaré, dans des Observations finales en 2002 :

« *Tout en notant la loi de 2002 sur l'adoption et les enfants, le Comité relève avec préoccupation que les enfants nés hors mariage, les enfants adoptés ou ceux qui sont nés d'une fécondation médicalement assistée n'ont pas le droit de connaître l'identité de leurs parents biologiques. À la lumière des articles 3 et 7 de la Convention, le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les dispositions nécessaires pour que les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance, et les enfants adoptés puissent connaître l'identité de leurs parents, dans toute la mesure possible* »<sup>28</sup>.

39. Le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux est garanti « *dans la mesure du possible* », c'est-à-dire en l'absence d'obstacles matériels que la législation ne pourrait pas lever. Cette disposition implique aussi que l'État s'abstienne de prendre des mesures qui rendent impossible la jouissance par l'enfant de ce droit. Les travaux préparatoires à la CIDE indiquent que cette mention a été insérée afin de tenir compte des cas "d'adoption secrète"<sup>29</sup>, il est aussi fait mention du cas des parents décédés.

40. L'AMP hétérologue heurte également :

- L'article 8 § 1 de la CIDE qui reconnaît le droit de l'enfant de « *préserver son identité (...) et ses relations familiales* » ;
- L'article 9 § 3 de la CIDE qui garantit le « *droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents* ».

### ***Absence de but légitime proportionné***

41. Comme il a déjà été largement démontré, l'anonymat ne sert que les intérêts des adultes. Les différents motifs invoqués par les autorités françaises pour justifier le refus de révéler tout ou partie de l'identité du père naturel de la requérante ne sont pas convaincants.

- *Le droit du père biologique de rester inconnu.* À supposer qu'un homme puisse avoir un *droit* à ignorer les enfants qu'il a conçus, le gouvernement n'apporte pas la preuve que le père naturel des requérants ne souhaite pas entrer en contact avec eux. Il pourrait avoir changé d'avis et souhaiter connaître les enfants qu'il a conçus, surtout lorsqu'il a fait ce don dans sa jeunesse et une certaine inconscience.
- *Concernant la volonté d'éviter la « réduction de l'offre et de la demande de gamètes »,* il convient de souligner que la pratique de la FIV hétérologue n'est pas une fin en soi, mais un moyen

<sup>27</sup> Clotilde Brunetti-Pons, « Existe-t-il un droit de connaître ses origines ? », *Le don de gamètes*, Colloque Evry 2013 (sous la direction d'Aude Mirkovic), Bruylant, 2014, p. 96.

<sup>28</sup> Comité des Droits de l'Enfant, Observations finales : Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, CRC/C/15/Add.188, 9 Octobre 2002, § 31-32.

<sup>29</sup> Recueil des travaux préparatoires, E/CN.4/1989/WG.1/WP.4: 378 1. § 96, p. 378.

de procréer. Invoquer cet argument revient à s'interdire de critiquer les conséquences d'un moyen afin de ne pas le remettre en cause. Plus simplement, cet argument apparaît comme non vérifié en pratique.

- *S'agissant des droits des parents sociaux*, il convient de noter que le droit ne reconnaît pas aux parents la faculté de s'opposer à toute action en contestation et en recherche de paternité initiée par leurs enfants. Ainsi, en principe, les parents n'ont aucun droit au maintien d'une filiation fautive. On ne voit pas pourquoi le fait d'avoir conçu un enfant par don de gamète devrait leur conférer un tel droit. En outre, en l'espèce, les parents sociaux de la requérante ont donné leur accord à la recherche de paternité.

42. En tout état de cause, ces arguments ne concernent que l'intérêt réel ou supposé des adultes et de la pratique de la PMA, jamais celui des enfants.

43. Plus encore, il convient de noter que l'article L 1211-5 alinéa 2 du Code de la santé publique prévoit que « *il ne peut être dérogé au principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique* ». La règle de l'anonymat n'est donc pas absolue. Tous les arguments du gouvernement qui reposent sur un prétendu caractère absolu de l'anonymat doivent donc être écartés.

44. Plus important encore, l'exception à la règle de l'anonymat aurait dû s'appliquer en l'espèce compte tenu des pathologies psychiques causées aux requérants du fait même de leur mode de procréation. Les autorités françaises n'ont pas, à ce jour, justifié leur choix d'interpréter cette exception de façon restrictive, comme bénéficiant seulement aux personnes susceptibles de souffrir de pathologies génétiques, à l'exclusion des pathologies psychiques. Il y a là une incohérence et une différence de traitement injustifiée dans la mise en œuvre de la loi française, au préjudice des requérants, en violation de l'article 14 de la Convention.

45. Il convient d'examiner aussi l'argument suivant lequel l'anonymat serait nécessaire afin de permettre la pratique de la PMA hétérologue. Le but de la PMA hétérologue est d'obtenir un enfant. Certes, ce but est humain et naturel, mais il ne correspond pas à un droit des parents sociaux, sauf à reconnaître l'existence d'un droit à l'enfant. Seule l'existence d'un droit à l'enfant par PMA hétérologue permettrait de justifier, dans une certaine mesure, la règle de l'anonymat, comme condition à l'exercice de ce droit.

46. Or, la Convention ne contient aucun droit à l'enfant, ni même, comme nous l'avons vu, de droit à l'usage des techniques permettant de concevoir artificiellement un enfant. Le « droit de se marier et de fonder une famille » garanti à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme n'impose à l'État que l'obligation négative de ne pas faire obstacle à la décision du couple marié composé d'un homme et d'une femme d'essayer de procréer. La Cour a souligné que « *le droit de procréer n'est pas couvert par l'article 12 ni par aucun autre article de la Convention* »<sup>30</sup>. Elle a seulement affirmé l'existence d'un « *droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent* »<sup>31</sup> et d'un « *droit au respect de (la) décision de devenir parents génétiques* »<sup>32</sup>. C'est ainsi que la Cour a admis en toute logique « *que les États ne sont nullement tenus de légiférer en matière de procréation artificielle ni de consentir à son utilisation* »<sup>33</sup> : il n'existe donc pas d'obligation pour les États de légaliser la PMA, ni de droit à recourir à cette technique. Par conséquent, on ne saurait, au regard de la Convention, justifier l'anonymat du don de gamètes par *les nécessités* de la pratique de la PMA.

<sup>30</sup> *Šidakova et autres c. « Ancienne république yougoslave de Macédoine »*, n° 67914/01, 6 mars 2003, § 3. Voir aussi *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, décision sur la recevabilité du 15 novembre 2007, § 4 : « *l'article 12 de la Convention ne garantit pas un droit à la procréation* » ; l'opinion séparée du juge De Gaetano dans l'affaire *S.H. c. Autriche* [GC], n° 57813/00, 3 novembre 2011 : « *ni l'article 8 ni l'article 12 ne peuvent s'interpréter comme conférant un droit de concevoir un enfant à n'importe quel prix. A mes yeux, le « désir » d'enfant ne peut devenir un objectif absolu l'emportant sur la dignité de la vie humaine* » (§ 2).

<sup>31</sup> *Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, 10 avril 2007, § 71 ; *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1<sup>er</sup> avril 2010, § 58.

<sup>32</sup> *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, 4 décembre 2007, § 66.

<sup>33</sup> *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00, 1<sup>er</sup> avril 2010, § 74. Voir aussi *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, 28 août 2012.



47. *À supposer légitime le refus de révéler l'identité du père naturel*, le refus de communiquer des informations seulement non-identifiantes apparaît manifestement comme non nécessaire au but poursuivi, et par suite disproportionné.

48. *S'agissant de l'argument suivant lequel la règle de l'anonymat s'applique déjà en cas de naissance sous X*, il suffit d'observer que l'anonymat sert l'intérêt de l'enfant en cas de naissance sous X, et l'intérêt des adultes en cas de PMA-anonyme. L'anonymat n'a donc pas la même finalité dans l'un ou l'autre cas. En cas de naissance sous X, comme le soulignait le juge Sajó, « *La protection de l'anonymat est une mesure qui concourt au droit à la vie de l'enfant* »<sup>34</sup>.

49. La Cour a validé la loi française du 22 janvier 2002 concernant notamment l'accouchement dans le secret, car elle « *peut (...) permettre à la requérante de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de sa mère sous réserve de l'accord de celle-ci de manière à assurer équitablement la conciliation entre la protection de cette dernière et la demande légitime de l'intéressée* »<sup>35</sup>. À l'inverse, la Cour a condamné en 2012 le dispositif italien d'accouchement dans le secret, en raison de l'impossibilité de lever le secret, même partiellement. La CEDH a estimé que l'Italie, contrairement à la France, « *n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue* »<sup>36</sup>. Cette condamnation témoigne du fait que la Cour refuse que le droit au secret de la mère, en étant irréversible et absolu, empêche l'enfant de demander des informations sur ses parents naturels. Eu égard à ces décisions, le principe d'anonymat des donneurs résulte d'une mise en balance déséquilibrée et injuste entre les droits et intérêts en cause.

50. De plus, à supposer que le but poursuivi ait été légitime et proportionné lors de l'adoption de la mesure litigieuse, tel n'est plus le cas depuis le développement des tests génétiques permettant à toute personne ayant un doute sur sa filiation d'effectuer un test sans même en informer ses proches. Le développement de ces techniques, associé à celui des bases de données génétiques, réduit considérablement la protection de l'anonymat des parents naturels des enfants nés par PMA anonyme.

51. Enfin, il convient de souligner une évolution très sensible de l'opinion publique en faveur du respect du droit de connaître ses origines, y compris au sein du CCNE et parmi les personnes et militants « LGBT » qui voient dans le respect de ce droit une condition de pérennité et de leur accès à cette pratique, notamment en ce qu'il permet de maintenir une figure paternelle ou maternelle – réduite au minimum – en cas de PMA ou de GPA au bénéfice de personnes célibataires ou de couples de même sexe.

### *Marge d'appréciation restreinte*

52. L'ECLJ estime que la marge d'appréciation reconnue au gouvernement défendeur ne lui permet pas, en l'espèce, de s'exonérer de sa responsabilité à l'égard des requérants.

53. La Cour reconnaît en général une ample marge d'appréciation s'agissant de la reconnaissance de droits nouveaux et controversés, tels que l'accès à la PMA ou à la GPA, dont elle reconnaît qu'ils soulèvent des « *questions morales ou éthiques délicates* »<sup>37</sup>. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Celles-ci en effet ne portent pas sur la légalisation de la PMA, mais sur le droit de connaître ses parents. On ne saurait sérieusement prétendre que ce droit naturel soit controversé.

<sup>34</sup> *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, 25 septembre 2012, Opinion séparée.

<sup>35</sup> *Odièvre c. France*, précité, § 49.

<sup>36</sup> *Godelli c. Italie*, précité, § 71.

<sup>37</sup> *Evans c. Royaume-Uni* [GC], précité, § 81. Voir aussi *S.H. c. Autriche* [GC], précité, § 20 et 97 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni* [GC] n° 21830/93, 22 avril 1997, § 44 ; *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC], précité, § 194.

54. Ainsi, la présente affaire porte sur la garantie d'un droit fondamental, solidement établi, protégeant « *un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu* »<sup>38</sup>. En outre, le choix du législateur français apparaît isolé parmi les pays ayant autorisé la PMA hétérologue. En effet, de nombreux pays européens ont levé l'anonymat du don de gamètes, comme la Suède en 1984, l'Autriche en 1992, la Norvège en 2003, les Pays-Bas en 2004, le Royaume-Uni en 2005 ou encore la Finlande en 2006. En Allemagne, c'est la Cour constitutionnelle qui a reconnu dès 1989 un droit pour toute personne à la connaissance de ses origines génétiques<sup>39</sup>. La plupart de ces pays ont institué une autorité centrale chargée de recueillir les informations relatives aux donneurs de gamètes et de faire l'intermédiaire entre l'enfant et ses parents, d'une part, et les donneurs, d'autre part. Certains États, comme l'Islande depuis 1996 et la Belgique depuis 2007, laissent le choix aux donneurs et aux parents d'intention entre un don anonyme et un don nominatif. Par ailleurs, plusieurs pays, comme l'Espagne ou le Danemark, permettent aux enfants nés par AMP d'accéder à des données non-identifiantes sur leurs donneurs.

55. Il en résulte que la marge d'appréciation reconnue à l'État devrait donc être restreinte<sup>40</sup>, d'autant plus qu'est en cause l'intérêt supérieur des enfants et leurs droits naturels.

#### **IV. Article 14 : Une discrimination en raison de la naissance**

56. Il y a lieu de constater en l'espèce plusieurs différences de traitement au préjudice des requérants dans la jouissance de leur droit au respect de la vie privée, en raison des circonstances de leur naissance, et que celles-ci ne reçoivent pas de justification adéquate.

Les différences de traitement sont évidentes :

- dans le fait, tout d'abord, d'avoir été tenu dans l'ignorance de leur mode de conception ;
- puis, d'être tenu dans l'ignorance de l'identité de son père naturel, de l'existence d'éventuels frères et sœurs naturels et de ses antécédents médicaux ;
- dans l'exclusion des pathologies psychiques parmi les causes de pathologies permettant de lever l'anonymat du donneur de gamètes ;
- puis, enfin, dans l'interdiction légale qui est faite aux requérants d'exercer toute action en contestation et en recherche de paternité.
  - o Subsidiairement, à supposer même légitime l'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant qui en est conçu, posée à l'article 311-19, 1<sup>er</sup> al. du Code civil, on ne voit pas pour quel motif il devrait être interdit à une personne ainsi conçue de contester sa filiation, notamment lorsqu'elle n'entretient pas de bonnes relations avec son parent légal. Dans ce cas, la situation d'une personne née par PMA anonyme n'est pas différente de celle d'une personne dont le père légal n'est pas le père naturel, mais leurs droits sont inégaux.

57. **En conclusion**, il apparaît nettement que les droits des requérants garantis au titre des articles 3, 8 et 14 de la Convention ont été violés par le refus des autorités de révéler, tout ou partie de l'identité de leur père naturel.

Cela étant, l'origine de ces violations réside dans la technique même de la PMA hétérologue dont la pratique s'avère contraire à l'intérêt des enfants.

<sup>38</sup> *Dickson c. Royaume-Uni*, précité, § 78. Voir aussi *Evans c. Royaume-Uni* [GC], précité, § 77.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>40</sup> *X et autres c. Autriche* [GC], précité, § 148.