

IDS

1 A
13g
CAID
1996

**INSEMINATION ARTIFICIELLE
AVEC DONNEUR**

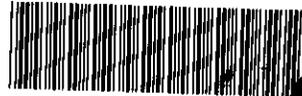
**Etude comparative des droits français,
allemand et suisse**

VINCENT WILLEMIN
Licencié en droit

© by IDS, Neuchâtel
Tous droits réservés pour tous pays

Institut de droit de la santé
Université de Neuchâtel
Faubourg de l'Hôpital 106
CH-2000 Neuchâtel

Université de Neuchâtel



1041058007

Neuchâtel, avril 1996

IDS 280+13

INSEMINATION ARTIFICIELLE AVEC DONNEUR

Etude comparative des droits français, allemand et suisse

Vincent Willemin
Licencié en droit

1. Objectifs de l'étude

Le sujet de la procréation assistée suscite des prises de position et des réflexions passionnantes autant que passionnées; réflexions passionnantes parce que les méthodes de procréation assistée placent le droit face à des situations inédites et fondamentales à la fois parce qu'elles remettent en cause les fondements mêmes de notre droit de la filiation: la vérité biologique et la vérité socio-affective. Les prises de position sont aussi passionnées parce que le sujet touche à l'essence même de toute civilisation: la procréation. Dans ce contexte, les opinions trouvent parfois leur origine dans des convictions philosophiques, éthiques ou mystiques différentes; et au-delà, elles démontrent les différences de sensibilité qui peuvent exister d'un pays à l'autre, pour des raisons juridiques, mais aussi historiques ou culturelles. L'option de l'étude comparative nous a ainsi permis de déceler ces différentes sensibilités dont les manifestations dans l'ordre juridique de chaque pays sont bien visibles.

Dans le cadre très vaste que représentent les différentes méthodes de procréation assistée, nous avons choisi d'étudier l'insémination artificielle avec donneur. Nous avons porté notre choix sur cette méthode parce qu'elle soulève notamment deux problèmes particuliers qu'il nous a semblé intéressant d'analyser: la question de l'anonymat du donneur et les problèmes posés en droit de la filiation (en particulier

au niveau de la paternité) par la naissance d'un enfant suite à une insémination artificielle avec donneur.

Nous verrons donc si l'anonymat du donneur de sperme doit être garanti, ou si, au contraire, l'enfant a le droit de connaître son identité et, le cas échéant, dans quelles conditions. Nous étudierons ensuite la filiation de l'enfant, confrontée aux limites du droit actuel dans certains pays, et notamment si le donneur de sperme, père biologique de l'enfant, peut devenir le père juridique de ce dernier.

Nous analyserons les réponses différentes qui ont été données à chacune de ces questions dans deux pays choisis à cause de leur diversité d'approche des méthodes de procréation assistée en général, et de l'insémination artificielle avec donneur en particulier: la France et l'Allemagne. Quant à la Suisse, nous avons centré notre étude sur l'avant-projet de « loi sur la médecine humaine » qui est appelée à réglementer le domaine de la procréation assistée.

2. La France

2.1 Introduction

L'insémination artificielle avec donneur, ultime remède à l'infertilité comme les autres méthodes de procréation assistée, est une technique qui semble être appréciée par nos voisins français, si l'on en croit les chiffres en notre possession. En effet, entre 1973 (date à laquelle le premier CECOS a ouvert ses portes; il faut noter que jusqu'à cette date, l'IAD était rejetée par les hôpitaux publics) et 1992, 25'000 enfants seraient nés par IAD, et on compte actuellement 2000 naissances annuelles grâce à cette méthode; ce chiffre est par exemple 100 fois supérieur à celui recensé en Suède en 1993 (voir à cet effet les statistiques en annexe).

Les spécificités de ces techniques de procréation assistée, avec leurs implications juridiques, mais aussi philosophiques et sociales, ont amené le législateur à se poser la question de la nécessité d'une loi en la matière. L'hésitation a été grande pour savoir s'il fallait légiférer.

Le Conseil d'Etat, dans un rapport intitulé « De l'éthique au droit »¹, avait conclu en 1988 que l'intervention de la loi s'imposait sur les questions de procréation artificielle de l'être humain. Trois ans auparavant cependant, les travaux du colloque international « Génétique, procréation et droit », réuni à Paris en 1985, avaient, eux, insisté sur le fait que, sur ces questions, « il était urgent de ne pas légiférer ». D'éminents juristes avaient notamment rappelé que la loi n'a pas pour but de statuer sur l'exception et que précisément, les procréations assistées sont encore des exceptions (0,6 % des naissances annuelles) au regard de la procréation naturelle². Une partie de la doctrine estimait alors que le droit en vigueur, associé à la déontologie médicale et au règlement des CECOS, étaient suffisants³.

Le législateur a néanmoins choisi de réglementer tout le domaine de la bioéthique, tant au niveau civil que pénal, de manière très détaillée (trop détaillée même regrettent certains auteurs, notamment au niveau de la multiplicité d'infractions qui poseront immanquablement des problèmes de preuve)⁴ par l'introduction de trois lois, dont deux concernent l'assistance à la procréation. Il s'agit de la loi relative au respect du corps humain et de la 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 prénatal⁵.

Concernant l'objet de notre étude, ces deux lois donnent ainsi des réponses à la question de l'anonymat du donneur et aux hésitations de la jurisprudence et de la doctrine concernant la filiation d'un enfant né suite à une IAD.

¹ *De l'éthique au droit*, Etude du Conseil d'Etat, La Documentation française, Paris, 1988, p. 50ss.

² Delaisi et Verdier, p. 59s.

³ Hauser et Huet-Weiller, p. 234.

⁴ Raymond, p. 453.

⁵ Lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, JO, Lois et Décrets, 30 juillet 1994, n° 175, p. 11056ss.

2.2 La situation du donneur : anonymat en France

2.2.1 Situation jusqu'en 1994

En France, avant juillet 1994, aucune loi n'imposait l'anonymat des donneurs de gamètes. Néanmoins, cette règle, qui recueillait l'assentiment très majoritaire des experts et de l'opinion publique était appliquée de manière stricte par les CECOS, tout comme la règle de la gratuité du don. Ces centres, qui pratiquent actuellement la quasi-totalité des inséminations en France, n'utilisaient de plus que du liquide séminal congelé, ce qui permettait de mettre une certaine distance entre le moment du don et celui de l'insémination.

Pour garantir cet anonymat, l'ensemble des dossiers étaient informatisés et traités sous des numéros codés; néanmoins, en certaines circonstances, dans l'intérêt de l'enfant ou du couple, les données non identifiantes sur le donneur pouvaient être révélées. Les contrats passés entre le donneur et le CECOS et entre le couple receveur et le CECOS stipulaient que le don de sperme était anonyme. Les médecins avaient l'obligation d'obtenir le consentement éclairé des couples, ce qui impliquait une information des couples demandeurs sur les risques et les chances de succès, les astreintes et les inconvénients du traitement⁶.

2.2.2 Les lois du 29 juillet 1994 instituant l'anonymat

2.2.2.1 Travaux préparatoires

En 1985, le Comité national d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé a organisé un colloque intitulé « Génétique, procréation et droit » sur les nouveaux modes de procréation assistée. En 1988, le rapport du Conseil d'Etat, intitulé « De l'éthique au droit » donnait naissance en 1989 à un avant-projet de loi qui ne connut pas de suite. Dans son rapport, le Conseil d'Etat se prononçait déjà résolument pour l'anonymat : « Le don est l'abandon à autrui sans repentir ni risque de retour. Cette considération est le fondement de l'exclusion de l'établissement de tout lien de filiation entre le donneur et l'enfant issu de la procréation et, jointe à d'autres considérations, la justification du principe d'anonymat. L'anonymat est donc tout à la fois le gage de l'autonomie et de l'épanouissement de la famille qui se fonde et la

⁶ Khaïat, 1991, p. 248.

protection loyale du désintéressement qui y contribue. La convergence de ces deux considérations,..., explique que, dans la hiérarchie des valeurs, elles l'emportent ensemble sur le prétendu droit à la connaissance de son origine»⁷.

En 1991, un nouveau rapport était présenté par Mme Lenoir qui reprenait plusieurs des propositions formulées par le Conseil d'Etat. Deux commissions ont ensuite été créées, l'une à l'Assemblée nationale sous la présidence de M. Bernard Bioulac, l'autre commune à l'Assemblée nationale et au Sénat sous la présidence de M. Franck Sérusclat. Les travaux de ces commissions furent diffusés au début de l'année 1992.

Dans le Rapport Bioulac, la commission s'est opposée à la levée de l'anonymat du donneur : «Dans la mesure où l'on accepte l'insémination artificielle avec donneur, le maintien de l'anonymat paraît un moindre inconvénient car le lever aurait pour effet non seulement de diminuer sensiblement le nombre des donneurs, mais surtout de provoquer une crise de référence pour l'enfant ballotté entre un père génétique et un père social». Selon la commission, la levée de l'anonymat risquait de créer des névroses de choix d'identité, les enfants ayant à choisir entre un père biologique et un père social. Un amendement de Mme Christine Boutin, rejeté par la commission, demandait que l'anonymat du donneur soit levé si l'enfant en faisait la demande. Mme Boutin fondait principalement son argumentation sur l'expérience suédoise, qui, selon elle, «montre les inconvénients du don de sperme», sur la Convention internationale sur les droits de l'enfant qui «reconnaît à l'enfant le droit de connaître l'identité de ses parents, et sur la constatation que l'anonymat du don de sperme crée de graves troubles d'identité pour les enfants maintenus dans l'ignorance de leurs origines»⁸.

Dans le Rapport Sérusclat, la commission a examiné la question de la levée de l'anonymat du donneur avec ses modalités et ses effets, en proposant au Parlement différentes solutions.

⁷ *De l'éthique au droit*, Etude du Conseil d'Etat, La Documentation française, Paris, 1988, p. 56.

⁸ Noëlle Lenoir, *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française*, La documentation française, Paris, 1991.

⁹ *Rapport d'information sur la bioéthique*, présenté par M. Bernard Bioulac, Assemblée nationale, n° 2565, Paris, février 1992, p. 134ss.

Sur le principe de la levée de l'anonymat, la commission y voyait deux inconvénients majeurs : «elle donne la primauté à une règle biologique alors que le droit français de la filiation repose sur un équilibre entre filiation biologique et filiation sociale» et « lever l'anonymat serait accorder à la parenté biologique un rôle excessif par rapport à la parenté sociale et affective qui reste pour l'enfant la source majeure d'équilibre et de sécurité».

Par contre, l'anonymat présentait l'avantage de «fonder la filiation, naturelle ou légitime, dès le consentement, sur des bases solides, et ne pas la laisser à la discrétion du couple, qui peut actuellement disposer de la filiation de l'enfant». La commission faisait vraisemblablement référence aux possibilités de désaveu de l'enfant par le mari ou de contestation de reconnaissance par le concubin, même en cas de consentement préalable à l'insémination.

Concernant les modalités de la levée de l'anonymat, la commission a distingué deux possibilités : la levée partielle de l'anonymat, qui conduit à révéler des informations non identifiantes et la levée totale de l'anonymat, avec la transmission du nom du donneur.

Quant aux effets de la levée totale de l'anonymat, la commission a imaginé deux conséquences différentes :

- la connaissance des origines peut être d'abord la connaissance de l'identité du père biologique suivie par une prise de contact «physique», éventuellement, avec celui-ci. La commission a rappelé que ce système, pratiqué en Suède, réservait au père géniteur la possibilité de refuser de voir son enfant.
- l'établissement d'un lien de filiation avec le donneur. La commission a néanmoins rappelé que cette solution n'était instituée par aucune législation, et qu'en France elle risquait de remettre en cause l'accouchement sous X¹⁰.

Alors que le Rapport Bioulac était clairement favorable au maintien de l'anonymat du donneur, le Rapport Sérusclat a envisagé une pos-

¹⁰ *Les Sciences de la vie et les droits de l'homme. Bouleversement sans contrôle ou législation à la française?*, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, dirigé par M. Franck Sérusclat, Assemblée nationale, n° 2588, Paris, 1992, fascicule n° 8, p. 70ss.

sible levée de l'anonymat du donneur, tout en rappelant les «dangers» et inconvénients d'une telle solution.

A la suite de ces deux rapports et du Rapport Lenoir, trois projets de loi ont été déposés le 31 mars 1992 à l'Assemblée nationale et adoptés en première lecture le 25 novembre 1992. Après le changement intervenu aux élections législatives de 1993, M. Mattei a été chargé d'établir un nouveau rapport. Sur la question de l'anonymat du don de sperme, M. Mattei a défendu l'anonymat comme étant «la moins mauvaise solution» au regard notamment du risque pour l'adolescent de «doute identitaire entre le père social et le père biologique»; de surcroît, «la levée possible de l'anonymat pourrait, chez certains hommes ayant une haute idée d'eux-mêmes, susciter le désir de donner la vie par souci de reconnaissance»¹¹.

Nous nous permettons, à titre personnel, de douter du bien-fondé de ce second argument de M. Mattei, qui nous semble relever davantage du fantasme et de la peur de «l'ombre du donneur» que de la réalité.

Un nouveau texte a alors été adopté par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, suite au rapport de M. Mattei. Après quelques modifications apportées tant par le Sénat que par l'Assemblée nationale, les trois «lois bioéthiques» ont été définitivement adoptées à la fin du mois de juin 1994, promulguées et publiées au Journal officiel le 30 juillet 1994.

2.2.2.2 Contenu de la loi en matière d'anonymat

Ces nouvelles lois instituent un anonymat légal; la loi relative au respect du corps humain insère un nouvel article 16-8 du Code civil qui pose le principe de l'anonymat de celui qui fait don d'un élément de son corps: «le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur». Le principe est complété par le nouvel article L. 675-11 du Code de la santé publique, contenu dans la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain; cet article sanctionne d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 200'000 FF d'amende le fait de divulguer une information

¹¹ *Rapport à Monsieur le Premier Ministre sur l'éthique biomédicale*, présenté par le Professeur Jean-François Mattei, Paris, novembre 1993.

permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus.

Le législateur, voyant sans doute le risque que ferait courir un principe d'anonymat trop absolu, a prévu «qu'en cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci» (article 16-8 alinéa 2 du Code civil).

2.2.2.3 La décision du Conseil constitutionnel

Dans sa décision du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a déclaré la loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain conformes à la Constitution¹².

Le Conseil constitutionnel a notamment dû se prononcer sur la conformité à la Constitution du principe même de la procréation assistée hétérologue et sur les questions plus spécifiques de l'anonymat du donneur et de l'interdiction de l'établissement d'un lien de filiation entre ce dernier et l'enfant.

Les auteurs de la saisine estimaient que les droits de la famille garantis par le préambule de la Constitution de 1946 étaient remis en cause par la possibilité d'avoir un enfant dont le parent biologique est un tiers donneur. Concernant la famille, le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 prévoit que «la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement». Sur ce point, le Conseil constitutionnel a estimé que cet alinéa ne faisait en aucun cas obstacle «à ce que les conditions du développement de la famille soient assurées par des dons de gamètes ou d'embryons dans les conditions prévues par la loi».

Les auteurs de la saisine faisaient aussi valoir l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹³ procédant de

¹² Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, *La Semaine juridique*, éd. G., III, 66974 bis.

¹³ Ces principes à valeur constitutionnelle font partie du "bloc de constitutionnalité" qui correspond en Suisse à la mesure du contrôle en matière de recours de droit public devant le Tribunal fédéral.

la loi du 16 novembre 1912 et permettant à l'enfant de rechercher sa paternité hors mariage à certaines conditions. Les nouveaux articles 311-19 (qui interdit l'établissement de tout lien de filiation entre l'enfant et le donneur) et 311-20 (qui détermine les conditions dans lesquelles le consentement doit être donné) du Code civil seraient ainsi contraires à ce principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil constitutionnel a estimé pour sa part que cette loi de 1912 n'a eu «ni pour objet ni pour effet de régir les conditions d'attribution de paternité en cas d'assistance médicale à la procréation». Le Conseil constitutionnel a aussi jugé qu'il n'existait aucune disposition ou principe fondamental reconnu par les lois de la République qui prohiberait les interdictions contenues dans le nouvel article 311-19 du Code civil.

De façon plus générale, le Conseil constitutionnel a considéré que l'ensemble des dispositions de ces deux lois assureraient «le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine».

Les problèmes suscités par le recours à un tiers donneur, et notamment l'anonymat de ce dernier, ont donc été réglés de façon assez expéditive par le Conseil constitutionnel. Il faut cependant rappeler que la question la plus sensible que posait l'anonymat du donneur, soit sa conformité avec l'article 7 de la Convention sur les droits de l'enfant de 1989¹⁴, a échappé au contrôle du Conseil constitutionnel. En effet, en France, le contrôle de la conformité des lois aux traités internationaux incombe aux tribunaux ordinaires.

2.2.2.4 IAD et don de sperme : conditions et limites

Avant de faire état des diverses opinions de la doctrine française sur la question de l'anonymat du donneur, nous pensons qu'il est nécessaire de préciser dans quelles conditions l'insémination, et plus particulièrement le don de sperme, doivent intervenir aux termes des nouvelles lois.

Conformément à l'article L. 152-2 du Code de la santé publique, la procréation assistée a pour objet de remédier à l'infertilité ou d'éviter

¹⁴ Cet article prévoit que l'enfant a "dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux".

la transmission à l'enfant d'une maladie particulièrement grave. Parmi toutes les techniques d'assistance à la procréation, celles qui nécessitent l'intervention d'un tiers donneur constituent en quelque sorte «l'ultime indication» dans la mesure où elles ne peuvent être pratiquées que lorsque la méthode homologue (c'est-à-dire avec les gamètes du conjoint) a échoué. Une IAD ne pourra donc être pratiquée que si l'insémination avec le sperme du conjoint a échoué.

Concernant la demande d'accès à une IAD, aux termes de l'article L. 152-2 du Code de la santé publique, elle doit émaner :

- *d'un couple* : cette exigence exclut les personnes célibataires;
- *vivant* : la loi refuse ainsi l'IAD *post mortem* afin de ne pas permettre la programmation d'enfants orphelins d'avance;
- *composé d'un homme et d'une femme* : cette condition exclut les couples homosexuels;
- *en âge de procréer* : le but est d'empêcher l'accès des femmes ménopausées à l'IAD;
- *mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans* : le couple vivant en union libre devra certainement prouver sa vie commune par acte délivré par le juge aux affaires familiales;
- *consentant préalablement à l'insémination* : les conditions dans lesquelles ce consentement est donné et ses effets seront examinés plus loin (infra, p. 19ss).

Quant au donneur, aux termes des articles L. 673-1 et suivants du Code de la santé publique, il ne peut être qu'une personne membre d'un couple ayant déjà procréé; les consentements écrits du donneur et de l'autre membre du couple sont nécessaires. L'IAD ne peut être pratiquée à partir de sperme frais et le mélange de spermes est interdit. Cette disposition condamne ainsi la pratique qui consistait à mélanger le sperme du donneur avec celui du mari ou du conjoint; cela permettait à ce dernier de croire qu'il était peut-être le père génétique de l'enfant. Le don de gamètes est gratuit et anonyme, conformément aux articles 16-6 et 16-8 du Code civil¹⁵.

¹⁵ Raymond, p. 456ss.

2.2.2.5 «Anonymat à la française» : les positions de la doctrine

L'article 16-8 du Code civil interdit l'établissement de tout rapport entre le donneur (de sperme ou d'ovocytes) et le receveur, y compris la révélation à l'enfant de données non identifiantes sur la personnalité du donneur. Cette règle empêche aussi le couple demandeur de présenter un parent ou ami comme donneur: le don intra-familial ou relationnel est donc interdit. Il faut souligner que cette pratique était déjà refusée par les CECOS avant même l'adoption des lois bioéthiques en 1994.

La doctrine française a toujours été majoritairement favorable à l'anonymat du donneur. Nous nous proposons de rapporter ici les diverses opinions que nous avons recensées, les premières favorables à l'anonymat, les secondes opposées à celui-ci.

Les arguments avancés pour défendre l'anonymat sont essentiellement les suivants.

On affirme d'abord le respect de l'intimité du donneur qui, par son don de sperme, s'est comporté de manière altruiste mais n'a généralement aucun désir d'établir des relations avec l'enfant¹⁶.

Le second argument est la crainte de voir diminuer de façon importante le nombre des donneurs si leur identité était révélée à l'enfant. Le donneur pourrait craindre que l'enfant le harcèle et perturbe sa vie familiale¹⁷.

L'anonymat favorise aussi l'intérêt des parents qui se veulent seuls vrais père et mère; il permet ainsi aux adultes de gérer librement leur vie privée, mais évite aussi aux enfants de vivre dans l'ambiguïté de vrais-faux parents¹⁸.

Toutefois, certains praticiens comme Mme Alnot (médecin et vice-présidente de la Fédération des CECOS) sont favorables à la délivrance aux parents et aux enfants de données non identifiantes sur le donneur. Lors de l'entretien qu'elle nous a accordé, Mme Alnot a ré-

¹⁶ Baudouin et Labrusse, p. 53.

¹⁷ Furkel, 1993, p. 13.

¹⁸ Alnot, p. 6.

affirmé son attachement à l'anonymat tout en précisant qu'il ne fallait pas faire preuve de dogmatisme et que dans certains cas, la révélation de données non identifiantes à l'enfant était bénéfique. Pour appuyer sa position sur l'anonymat, elle nous a avoué qu'aucun adolescent n'était jamais venu réclamer le nom du donneur dans un CECOS; tout au plus a-t-elle vu quelques enfants âgés d'une dizaine d'années accompagnés de leurs parents venir dans un CECOS pour regarder des spermatozoïdes au microscope. Selon elle, le délai d'attente d'un an imposé au couple demandeur est un bon système; pendant cette période, le couple est suivi par des psychologues qui préparent les futurs parents à l'arrivée et à l'éducation de l'enfant pour éviter que celui-ci ait à souffrir de sa différence attachée à son mode de conception.

Il faut remarquer, à ce sujet, que même si les mentalités évoluent, la majorité des parents sociaux sont encore favorables au maintien de l'anonymat¹⁹; en effet, les parents ont peur que l'enfant cherche à prendre contact avec le donneur si l'identité de ce dernier lui était révélée, et qu'ainsi, la vie familiale en soit perturbée.

Enfin, selon Mme Alnot, l'anonymat s'insère bien dans «l'ordonnance socio-culturelle» française, où existent l'accouchement sous X et l'adoption plénière.

Ce concept nécessite quelques explications, afin de déterminer les points communs qui existent entre l'anonymat du donneur d'une part, l'adoption plénière et l'accouchement sous X d'autre part.

L'adoption plénière crée une filiation nouvelle qui se substitue à la filiation d'origine et est l'imitation parfaite de la filiation légitime. Le passé de l'enfant (ses racines, son milieu, sa culture) est effacé et l'enfant est totalement et immédiatement assimilé à sa famille adoptive; l'acte de naissance originaire est revêtu de la mention «adoption» et est tenu pour nul. Pour l'avenir, c'est la transcription du jugement d'adoption sur les registres de l'état civil qui tient lieu d'acte de naissance et l'identité des parents biologiques devient inconnue²⁰.

Concernant l'accouchement sous X, cette particularité française permet à toute femme de se séparer définitivement d'un enfant à la nais-

¹⁹ David, Mayaux, Soulé, p. 73s.

²⁰ Corpart-Oulerich, p. 10s.

sance en gardant secret son état civil. Ce droit est conféré par l'article 47 du Code de la Famille et de l'Aide Sociale qui non seulement respecte l'anonymat de la femme, mais offre aussi la gratuité des soins. Ce droit à l'accouchement secret est associé au secret de la filiation qui peut être demandé par une mère qui confie un enfant au Service d'aide sociale et à l'enfance.

Ces brèves explications font apparaître une continuité dans ces trois institutions que sont l'anonymat du donneur, l'adoption plénière et l'accouchement sous X : la disparition totale de l'identité du (des) parent(s) biologique(s). La levée de l'anonymat du donneur aurait profondément remis en question les deux autres institutions. Parallèlement au courant majoritairement favorable à l'anonymat du donneur, nous trouvons des experts qui souhaitent humaniser le don de gamètes et assurer à l'enfant un droit à la connaissance de ses origines.

Geneviève Delaisi, psychanalyste et consultante en bioéthique, a combattu avec vigueur l'institutionnalisation de l'anonymat du donneur, qui représente un dogme en France. Selon elle, il n'y a jamais eu de véritable discussion sur l'anonymat et les promoteurs de l'IAD discréditent par avance tous les arguments qui vont dans l'autre sens. La quasi-totalité des rapports officiels sont la manifestation de l'absence de discussion et d'argumentation sur cette question en France; à titre d'exemple, le Rapport Lenoir règle la question de l'anonymat en une ligne. Le législateur, en cherchant à cautionner à tout prix l'IAD (selon certains députés, un système avec levée possible de l'anonymat deviendrait «ingérable») et par crainte de voir baisser le nombre des donneurs (cette crainte est infondée, selon Geneviève Delaisi), a raisonné avec des arguments affectifs et idéologiques, sans aucun lien avec la pratique. Le principe de l'anonymat vise ainsi davantage à «ménager le narcissisme blessé des couples stériles (surtout celui de l'homme) qu'à tenir compte de l'intérêt de l'enfant»²¹.

Mme Delaisi met en évidence les dangers d'un système interdisant à l'enfant l'accès aux données relatives à son ascendance. Notre étude n'a pas pour but d'établir tous les troubles psychiques qu'un système instituant l'anonymat peut occasionner à l'enfant, mais nous pensons qu'il est tout de même important de faire état brièvement des éventuels effets pervers de l'anonymat.

²¹ Delaisi, p. 175.

D'après Mme Delaisi, tout être humain a le droit de savoir de qui il est issu. Dans cette perspective, interdire le droit à un savoir sur ses origines, c'est barrer pour l'enfant un droit à se demander d'où il vient, de qui il vient. Une loi qui rend obligatoire l'anonymat fait alliance à la fois avec le mensonge et avec le déni. Ce qui est inacceptable pour un enfant, c'est moins le fait de ne pas savoir, que le fait de ne pas savoir quelque chose d'essentiel sur lui que d'autres savent, en l'espèce un centre médical.

Les enfants ont besoin de se situer dans l'espace et parmi les hommes et les femmes dont ils sont issus, pour comprendre leur différence et mieux s'assumer. Ce secret autour du «fantôme du donneur» risque de perturber le développement psychique à la période de l'adolescence, en créant des troubles d'identité chez l'enfant. En effet, si celui-ci découvre qu'il est né par IAD (soit que ses parents le lui ont dit, soit qu'il a découvert seul ou par accident ce que les pédopsychiatres appellent un «secret de polichinelle») et que le nom de son père biologique est tenu secret par une institution, il risque de s'épuiser dans cette quête sans fin et sans objet véritable, et de se détourner ainsi de l'élaboration psychique de son histoire. L'adolescent s'invente alors un «roman familial» : scénario constitué de fantasmes sur la personnalité hypothétique du donneur²².

D'autres auteurs défendent la solution des moyens termes, en préconisant, comme le fait Mme Alnot, la communication à l'enfant de données non identifiantes, ceci afin d'étancher la soif de connaissance des «enfants du secret». Pour constituer ce dossier, on s'inspirerait des données qui sont enregistrées par les CECOS à l'occasion d'un don de sperme. Des données sur l'âge, la race, la santé, la profession, le milieu social, la couleur des yeux et des cheveux du donneur pourraient être communiquées à l'enfant²³.

Notons pour terminer que tant au niveau de la doctrine que des rapports officiels, l'anonymat du donneur de sperme n'a pas soulevé la question de la contrariété de ce principe avec le droit fondamental au respect de la dignité de l'être humain, comme c'est notamment le cas en Allemagne. Les objections faites à l'anonymat visaient essentiellement les conséquences fâcheuses que le secret pourrait entraîner sur

²² Voir à ce sujet : Bonnet, p. 153ss; Delaisi et Verdier, p. 241ss; Delaisi, p. 173ss; Manuel, p. 81ss; Tort, p. 308ss.

²³ Corpart-Oulerich, p. 21ss.

le développement psychique de l'enfant et sa non-conformité avec la Convention sur les droits de l'enfant de 1989.

2.3 La filiation dans les lois bioéthiques

2.3.1 Introduction

Dans les nouvelles lois de 1994, le législateur a décidé de reconnaître la légitimité du projet parental qui a pour but de permettre à un couple stérile d'accueillir un enfant conçu à partir d'un don de gamètes comme si l'enfant était celui de ce couple. Cette reconnaissance supposait deux conditions que le législateur rend désormais possibles : écarter de la filiation le donneur et attribuer au consentement des futurs parents un effet quant à l'établissement de la filiation.

En introduisant une nouvelle section consacrée aux procréations assistées dans le chapitre du Code civil relatif aux dispositions communes aux filiations légitime et naturelle, le législateur a voulu souligner que ces enfants n'ont pas de statut juridique particulier, mais relèvent du droit commun de filiation à quelques exceptions près. Seules sont visées les méthodes de procréation qui exigent le recours à un tiers donneur.

2.3.2 Situation jusqu'en 1994

Il est tout d'abord nécessaire de souligner qu'avant la promulgation des lois bioéthiques, le droit français n'avait prévu aucune disposition spécifique concernant la filiation d'un enfant conçu par insémination artificielle avec donneur. Nous allons donc examiner comment le droit traitait ces situations particulières et les problèmes que celles-ci engendraient.

S'agissant d'abord de la filiation légitime, l'enfant né d'une insémination avec donneur dans un foyer légitime bénéficie de la présomption de paternité de l'article 312 du Code civil. Mais, en vertu de ce même article, depuis la réforme du droit de la filiation de 1972, le mari pouvait désavouer l'enfant de sa femme dans les 6 mois dès la naissance s'il justifiait des faits propres à démontrer qu'il ne pouvait en être le père.

En parallèle, la mère pouvait contester la paternité de son mari à la condition qu'elle soit remariée avec le «véritable» père de l'enfant, donc le donneur en cas d'IAD; cette hypothèse avait peu de chances de se réaliser, vu la règle de l'anonymat du donneur pratiquée dans les centres d'insémination.

Enfin, sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 322 du Code civil, la contestation de la paternité était recevable en l'absence de possession d'état conforme au titre, et il appartenait au demandeur d'établir la non-paternité du mari; cette dernière action était ouverte à tout intéressé, sans condition particulière de délai.

Les tribunaux français ont eu à connaître plusieurs actions en désaveu du mari après IAD. S'est alors posée la question de savoir si le consentement à l'insémination ne constituait pas une fin de non-recevoir à cette action. En 1976, le tribunal de grande instance de Nice²⁴ a accueilli l'action en désaveu d'un mari dont la stérilité au moment de la conception de l'enfant était prouvée; le tribunal a précisé que le consentement à l'IAD n'avait aucune valeur juridique, puisque toute renonciation aux actions relatives à la filiation est interdite. Par conséquent, la preuve de la non-paternité, même si le mari avait valablement consenti à l'IAD, entraînait le désaveu. En 1985, le tribunal de grande instance de Paris²⁵ a adopté la même solution dans le cas d'un enfant né après une fécondation *in vitro*.

Mais dans un arrêt qui a fait grand bruit, la Cour d'appel de Paris a tranché dans le sens contraire en 1991 en refusant l'action²⁶; elle a considéré qu'il existe une paternité de substitution créée par la volonté des époux qui s'engagent ensemble à accueillir et à traiter comme leur enfant légitime l'enfant né par IAD. Selon la Cour, «cette volonté et cette responsabilité communes des deux époux modifient le contenu même de la parenté et exigent une adaptation corrélatrice de la mise en oeuvre du désaveu dès lors que la paternité ne peut plus être considérée sous son aspect exclusivement biologique».

Il faut encore remarquer que la doctrine française était partagée au sujet des effets à accorder à la volonté dans l'établissement de la fi-

²⁴ Trib. gde inst. Nice, 30 juin 1976, Recueil Dalloz-Sirey, 1977, J., p. 45.

²⁵ Trib. gde inst. Paris, 19 février 1985, Recueil Dalloz-Sirey, 1986, J., p. 223.

²⁶ Cour d'appel de Paris, 29 mars 1991, Gazette du Palais, 1991, 2, p. 649.

liation. Certains, comme Michèle Harrichaux-Ramu, estimaient logique « de faire produire des effets juridiques au consentement et de lui conférer valeur légitimante ou adoptive par des dispositions spécifiques ». Au contraire, d'autres, à l'image de Jacqueline Rubellin-Devichi, soutenaient le désaveu de paternité : « il faut maintenir la possibilité du désaveu : à quoi servirait-il de le supprimer si le mari devait demeurer prisonnier d'une paternité fictive qu'il assumerait mal »²⁷. Toujours est-il que la décision de la Cour de Paris de 1991 a été abondamment commentée et souvent critiquée; la Cour a notamment été accusée « de refaire la loi » en cherchant à donner un nouveau sens à l'article 312 du Code civil par adaptation à un contexte nouveau²⁸.

Concernant la filiation naturelle, l'enfant né hors mariage pouvait faire l'objet d'une reconnaissance volontaire, mais celle-ci pouvait être contestée sur la base de la vérité biologique, même par l'auteur de la reconnaissance. Dans le cas d'une IAD, la reconnaissance de l'enfant était, par définition, une reconnaissance de complaisance qui pouvait donc faire l'objet d'une annulation.

Dans un arrêt de 1987, la Cour d'appel de Toulouse²⁹ a considéré que le concubin qui a consenti à une IAD pouvait tenter une action en annulation de reconnaissance de l'enfant né à la suite de l'IAD. La contestation du concubin a été acceptée, mais il a été condamné à payer 100'000 FF en dommages-intérêts pour le préjudice subi par l'enfant en raison de la suppression de sa filiation paternelle.

Hors mariage, la solution consistait donc à détruire la filiation qui ne reposait pas sur une base biologique et à condamner le concubin à verser des dommages-intérêts. Il s'agissait toujours de respecter l'idée selon laquelle il n'est pas bon, pour l'enfant, de lui imposer un père légal qui ne se comportera pas comme un véritable père envers lui. La solution adoptée dans les nouvelles lois bioéthiques est bien différente, comme nous le verrons par la suite.

²⁷ Sur les différentes positions de ces auteurs, voir Khaïat, 1989, p. 84.

²⁸ Hauser et Huet-Weiller, p.655s.

²⁹ Cour d'appel de Toulouse, 21 septembre 1987, Recueil Dalloz-Sirey, 1988, J., p. 184.

Notons encore que dans l'hypothèse où l'enfant était privé de filiation paternelle (légitime ou naturelle), rien n'interdisait alors au donneur qui avait eu connaissance de l'identité de l'enfant d'établir sa paternité par les règles du droit civil ordinaire. De même, l'action en recherche de paternité de l'enfant contre le donneur était envisageable depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993 qui a abandonné les cas d'ouverture et prévoit la possibilité de rapporter la preuve de la paternité hors mariage dès qu'il existe des présomptions ou indices graves³⁰. Cette hypothèse avait cependant peu de chances de se réaliser, étant donné que la règle de l'anonymat du donneur était respectée par les centres pratiquant l'IAD³¹.

2.3.3 La réforme de 1994 : exclusion du tiers donneur

Le nouvel article 311-19 du Code civil prévoit qu'en cas de procréation assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation. En principe, il sera impossible d'établir ce lien de filiation, dans la mesure où les lois bioéthiques consacrent le principe de l'anonymat du donneur (article 16-8 du Code civil associé à l'article 675-11 du Code de la Santé publique). Toutefois, afin de verrouiller le dispositif (en cas par exemple de vol de fiches nominatives des donneurs dans un centre), le Code civil interdit formellement l'établissement d'un lien de filiation entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'insémination, même si l'enfant parvenait à identifier le donneur ou inversement. Conséquence logique de ce principe, aucune action en responsabilité ou même à fins de subsides³² ne pourra être intentée à l'encontre du donneur.

Concrètement, si la mère qui a recours à une IAD est mariée, l'enfant aura une filiation légitime à l'égard du mari de la mère, conformément au principe de la présomption de paternité selon lequel l'enfant conçu

³⁰ Corpart-Oulerich, p. 17s.

³¹ Sur la filiation d'un enfant IAD avant les lois bioéthiques, voir notamment : Furkel, 1993, p. 22ss; Khaïat, 1991, p. 249; Mandofia Berney, p. 160ss; Rubellin-Devichi, p. 182s.

³² Action qui appartient à l'enfant naturel dont la filiation n'est pas légalement établie, pour obtenir, de celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période de la conception, une pension destinée à couvrir ses frais d'entretien et d'éducation.

pendant le mariage a pour père le mari de la mère. Si le couple demandeur vit en union libre, l'enfant aura une filiation naturelle à l'égard du compagnon de la mère dès lors qu'il aura été reconnu par celui-ci. Rappelons que si le compagnon qui a consenti à l'IAD refuse de reconnaître l'enfant, il engage sa responsabilité au plan civil envers l'enfant et sa mère.

Il convient cependant de relever que l'interdiction d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant n'interdit pas de rechercher le géniteur pour des raisons médicales. En l'occurrence, les CECOS conservant les fiches nominatives des donneurs, il est possible, pour les médecins du donneur ou du receveur exclusivement, d'avoir accès à la fiche génétique du donneur³³.

Enfin, il appartiendra à la jurisprudence de déterminer si le caractère absolu de l'exclusion du tiers donneur ne s'applique qu'en cas de procréation assistée au sens et aux conditions légalement définies. Si la réponse était positive, la condition du donneur, qui ne maîtrise pas le respect de toutes les conditions légales, deviendrait précaire. Dans le cas contraire, le non-respect des procédures fixées par la loi n'empêcherait pas que l'enfant bénéficie des nouvelles dispositions du Code civil³⁴.

2.3.4 La forme et les effets du consentement des membres du couple

2.3.4.1 La forme du consentement

Le recours à la procréation assistée suppose une manifestation de volonté qui est entourée de conditions relativement strictes, mais non sanctionnées. Le dernier alinéa de l'article L. 152-10 du Code de la santé publique, contenu dans la 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, exige un acte solennel lorsque la procréation nécessite le recours à un tiers donneur; cet acte aura été précédé d'une série d'entretiens entre le couple demandeur et les membres de l'équipe médicale du centre et d'une période d'un mois de

³³ *Rapport d'information sur la bioéthique*, présenté par M. Bernard Bioulac, Assemblée nationale, n° 2565, Paris, février 1992, p. 152ss.

³⁴ Byk, p. 408.

réflexion après le dernier entretien. Il faut remarquer que la solennité du consentement n'est exigée que pour le couple ayant recours à un tiers donneur; le législateur a ainsi voulu faire prendre conscience au couple demandeur de la gravité de l'acte qu'il effectue.

L'article 311-20 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi relative au respect du corps humain, définit les conditions dans lesquelles ce consentement doit être donné. Le couple demandeur doit, dans des conditions garantissant le secret, donner son consentement au juge ou au notaire qui les informe des conséquences de leur acte au regard du droit de la filiation, et notamment des liens qui les uniront de manière définitive à l'enfant. En ce qui concerne les «conditions garantissant le secret» du consentement, elles ne sont pas définies dans la loi et les travaux préparatoires sont peu explicites à cet égard. Ce qui paraît important, c'est que n'apparaisse pas dans le public et notamment auprès de l'Administration fiscale que le couple a donné un consentement en vue de l'insémination.

Un décret du 24 janvier 1995 modifiant le code de procédure civile, précise quelles sont les informations que le juge ou le notaire doit communiquer au couple demandeur.

Il s'agit :

- de l'impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant et le donneur ou d'agir en responsabilité à l'encontre de celui-ci;
- de l'interdiction d'exercer une action en contestation de filiation ou en réclamation d'état, à moins que l'enfant ne soit pas issu de la procréation assistée ou que le consentement soit privé d'effets;
- des cas où le consentement est privé d'effet;
- du fait que le consentement justifie, hors mariage et en l'absence de reconnaissance de l'enfant (par le concubin) une déclaration judiciaire (forcée) de la paternité, ainsi que la responsabilité (du concubin) envers la mère et l'enfant³⁵.

³⁵ Raymond, p. 457.

2.3.4.2 L'interdiction des actions relatives à la filiation de l'enfant

L'article 311-20 du Code civil interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état³⁶ aux époux ou concubins qui ont consenti à l'IAD.

En ce qui concerne tout d'abord la filiation légitime, le mari qui a consenti à l'insémination avec donneur ne peut plus exercer l'action en désaveu de paternité; la femme ne peut plus exercer l'action en contestation de paternité de l'article 318 du Code civil, sauf à prétendre que l'enfant est issu de son amant. L'anonymat du père biologique a conduit le législateur à poser l'interdiction pour le père social, qui n'est autre que le mari de la mère, de se dérober à ses responsabilités : il ne peut donc pas désavouer l'enfant dont sa femme a accouché. Précisons tout de même que cette interdiction n'existe que lorsque le mari a donné son consentement à l'insémination devant le juge ou le notaire. Par cet acte, le mari a manifesté sa volonté d'accueillir un enfant de sa femme qui lui est biologiquement étranger mais qu'il a décidé de faire sien, exactement comme cela se passe en cas d'adoption; la valeur accordée par la nouvelle loi à la volonté n'était donc pas inexistante dans le droit de la filiation.

De même que l'adoption plénière, la seule comparable avec une IAD, est irrévocable, le désaveu, par le mari, d'un enfant né après insémination artificielle de sa femme grâce à un tiers donneur, est impossible. Cette «responsabilisation» des parents sociaux au profit de l'enfant assure à celui-ci une double filiation paternelle et maternelle.

Le même raisonnement s'applique en cas de filiation naturelle. De même qu'il n'a pas paru admissible qu'un mari qui a accepté que sa femme soit inséminée avec le sperme d'un tiers anonyme désavoue sa paternité, il n'a pas paru admissible non plus que l'homme qui a consenti à l'insémination de sa compagne refuse sa paternité au seul motif qu'il a été recouru à une IAD. Dans un cas comme dans l'autre, les époux ou les concubins prennent un engagement commun de renoncer aux voies de droit normalement ouvertes aux fins de contester une filiation non biologique ou de réclamer une filiation qui l'est. On relèvera que les effets de l'interdiction dépassent la seule personne des époux ou des concubins qui ont donné leur consentement à l'in-

³⁶ Les actions en réclamation d'état permettent au demandeur d'obtenir en justice la reconnaissance de son véritable état.

sémination. C'est en effet tous ceux que la loi autorise normalement à introduire les actions mentionnées qui se voient empêchés de le faire.

Remarquons qu'en interdisant de désavouer l'enfant après consentement à l'IAD, la loi octroie une protection à ces enfants qui créent une différence (qui peut être interprétée comme une injustice) avec les autres enfants, légitimes ou naturels, qui ne bénéficient pas d'une pareille protection³⁷.

A notre avis, cette protection particulière se justifie, vu que les filiations issues des procréations assistées forment un ensemble caractérisé par un rapport différent entre les vérités biologique et socio-affective que celui existant dans chacun des systèmes de filiation sacrés par le droit positif.

2.3.4.3 La responsabilité du concubin en l'absence de reconnaissance

C'est en matière de filiation naturelle que la nouvelle loi apporte le plus de modifications. L'article 311-20 al. 4 et 5 du Code civil dispose en effet :

« Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

En outre, est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu. L'action obéit aux dispositions des articles 340-2 à 340-6. »

Cet article fait un sort particulier au concubin qui, après avoir consenti à une insémination hétérologue, refuse de reconnaître l'enfant qui en est issu; rappelons que ce problème ne se pose pas en cas de filiation légitime, vu que l'enfant est couvert par la présomption de paternité du mari de sa mère.

Le législateur a estimé qu'en consentant à l'insémination artificielle de sa compagne, le concubin s'engage à reconnaître volontairement l'enfant qu'il sait ne pas être biologiquement le sien; il contracte ainsi

³⁷ Byk, p. 409.

l'obligation de se comporter comme un père, notamment en subvenant aux besoins de l'enfant. La loi sanctionne donc l'inexécution de cet engagement générateur d'un préjudice matériel et moral pour l'enfant et la mère par des dommages-intérêts. En introduisant le principe de la responsabilité civile du concubin qui refuse de reconnaître l'enfant après sa naissance, le législateur a suivi la jurisprudence. Dans un arrêt de 1990, la Cour de cassation³⁸ a considéré que, en donnant son consentement à l'insémination de la mère avec le sperme d'un donneur, le concubin contractait l'obligation à l'égard de l'enfant de subvenir à ses besoins.

Le législateur aurait pu déclarer que le consentement du concubin à l'insémination valait reconnaissance de paternité. Mais il a préféré laisser au juge le soin, sur demande de l'enfant ou de son représentant dans les termes de l'article 340-2 du Code civil, d'établir la filiation naturelle. Mais le juge paraît être obligé de déclarer la paternité hors mariage, dès lors que le consentement a été régulièrement donné et que l'enfant ou la mère, pendant la minorité de l'enfant, introduit une action en recherche de paternité³⁹.

2.3.4.4 Les limites à la fiction juridique

Le consentement à l'insémination donné devant notaire ou devant un juge constitue donc une fin de non-recevoir à toute action relative à la filiation de l'enfant; mais encore faut-il que la validité du consentement ne soit pas contestée (311-20 alinéa 2 du Code civil) ou que le consentement lui-même ne soit pas privé d'effets (311-20 alinéa 3 du Code civil).

Serait en effet vicié par une tromperie et donc non valable le consentement donné à l'insémination artificielle alors que l'enfant est le fruit de relations charnelles avec un tiers. Ce cas de figure renvoie à une jurisprudence de la Cour d'appel de Paris; dans un arrêt de 1991⁴⁰, la Cour a considéré que le désaveu de paternité ne pouvait être invoqué par un mari qui avait accepté l'insémination artificielle avec donneur

³⁸ Cass., 1e civ., 10 juillet 1990, Gazette du Palais, 1990, 2, p. 708.

³⁹ Sur la responsabilité du concubin en l'absence de reconnaissance, voir notamment : Byk, p. 409; Gobert, p. 4; *Rapport d'information sur la bioéthique*, présenté par M. Bernard Bioulac, Assemblée nationale, n° 2565, février 1992, p. 155ss; Raymond, p. 459s.

⁴⁰ Cour d'appel de Paris, 29 mars 1991, Gazette du Palais, 1991, 2, p. 649.

de son épouse, sauf lorsque ce mari prétendait que l'enfant né de son épouse n'était pas le fruit de cette insémination mais de relations avec un tiers. Il appartenait au mari de rapporter la preuve de l'origine de l'enfant. Le législateur a entériné cette jurisprudence, que ce soit dans la filiation légitime ou dans la filiation naturelle. Pour que la fin de non-recevoir soit écartée, il appartient au demandeur (soit le mari, soit le concubin) de rapporter la preuve que l'enfant n'est pas issu de l'IAD.

S'agissant des cas dans lesquels le consentement est privé d'effets, prévus à l'article 311-20 alinéa 3 du Code civil, il convient de distinguer deux types de situations bien différentes.

Tout d'abord, le consentement est privé d'effets de manière automatique dès lors qu'une situation de fait ou de droit confirme ou laisse supposer qu'il n'y a plus de couple demandeur. La loi envisage quatre hypothèses entraînant la disparition du couple : le décès, le dépôt d'une demande en divorce, le dépôt d'une demande en séparation de corps et la cessation de vie commune, pour autant qu'ils interviennent avant l'insémination. Si les trois premières hypothèses bénéficient d'une date certaine vu que la disparition du couple est concrétisée par un acte officiel, la cessation de vie commune ne manquera pas de poser problème. En effet, quand faudra-t-il parler de cessation de la communauté de vie ? Existe-t-elle encore lorsque les deux membres du couple se rencontrent de manière épisodique ? La jurisprudence devra certainement se prononcer sur ces questions.

Ensuite, le consentement est privé d'effets de manière volontaire lorsque l'homme ou la femme révoque son consentement avant la réalisation de l'insémination. Le consentement n'est pas seulement privé d'effets, il n'existe plus. On retrouve une analogie avec le consentement à l'adoption qui peut être rétracté dans les trois mois. Il faut noter cependant que si, en matière d'adoption, il est précisé que le droit de repentir s'exerce par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, en matière de procréation assistée, la forme de la rétractation n'est pas précisée dans la loi. S'il s'agit de la femme, son refus de subir l'intervention sera suffisamment éloquent; mais s'il s'agit de l'homme, quelle forme devra prendre sa rétractation? Etant donné que la preuve de la rétractation devra être apportée, la lettre recommandée avec demande d'avis de réception semble la forme la plus adéquate⁴¹.

⁴¹ Voir notamment : Byk, p. 409s.; Raymond, p. 459.

2.4 Conclusion

La France s'est dotée d'un système défini et achevé, tant en matière d'anonymat que de filiation; il suscite donc relativement peu de commentaires de notre part. Même si nous ne partageons pas la position française concernant l'anonymat absolu du donneur, qui à notre avis ne tient pas assez compte des souffrances que ce black-out peut créer chez l'enfant, force est de constater que la solution française est claire à ce sujet. En matière de filiation, les lois bioéthiques ont réglé les principaux problèmes posés par les spécificités de l'IAD : impossibilité de désaveu par le mari qui a consenti à l'IAD de sa femme, impossibilité d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant, paternité «forcée» du concubin qui refuse de reconnaître l'enfant. Ce système est ainsi de nature à assurer la stabilité des «familles IAD», grâce à la paternité «forcée» du concubin et à l'impossibilité de contester la filiation de l'enfant.

Même si quelques questions particulières devront encore être résolues par la jurisprudence, notamment le fait de savoir si le caractère absolu de l'exclusion du tiers donneur en matière de filiation ne s'applique qu'en cas de procréation assistée au sens et aux conditions légalement définies, il nous est apparu tout naturel que le système français soit celui qui fonctionne le mieux en Europe au niveau du nombre annuel de naissances par IAD. En effet, ce système fait la part belle aux donneurs (ils étaient encore 569 en 1993 dans les CECOS) en leur garantissant l'anonymat le plus total et donc logiquement l'exclusion d'un lien de filiation avec l'enfant ou d'une action en responsabilité à leur endroit. L'anonymat du donneur répond aussi au désir des futurs parents qui n'auront ainsi jamais à craindre l'intrusion du donneur dans leur vie familiale.

Le système répond ainsi sans aucun doute aux attentes des donneurs et des couples demandeurs en la matière; cette position explique donc en grande partie le succès de l'IAD en France.

3. L'Allemagne

3.1 Introduction

Alors que l'IAD fonctionne relativement bien en France et est inscrite dans un cadre défini, l'Allemagne dispose d'une structure juridique

nettement moins précise et achevée en matière d'IAD. Il est cependant nécessaire de préciser à titre préliminaire que la question même de l'acceptation de l'IAD se pose avec beaucoup plus d'acuité en Allemagne qu'en France, vu les nombreuses réticences émises par rapport aux méthodes hétérologues de procréation.

Le cadre juridique allemand en matière d'IAD présente plusieurs caractéristiques. L'Allemagne n'a pas encore adopté de législation au niveau fédéral dans ce domaine qui réglerait définitivement l'instabilité juridique qui en découle actuellement. Ensuite, c'est une conséquence de la première caractéristique, le système allemand est fondé principalement sur un droit ancien et sur une jurisprudence malheureusement pas toujours très constante en matière de filiation; la précarité du statut du donneur qui en résulte explique en grande partie pourquoi les hôpitaux publics refusent de pratiquer des IAD.

La question de l'anonymat du donneur a été abordée au départ par la doctrine et les rapports officiels, puis tranchée définitivement dans un arrêt de 1989 rendu par la Cour constitutionnelle et confirmé par cette même Cour en 1994. Nous avons cherché à obtenir en Allemagne des données précises sur l'état actuel de l'IAD, mais nos lettres sont malheureusement restées sans réponse. Il semble néanmoins que la pratique de l'IAD (qui est une technique relativement facile à exécuter) se soit déplacée des hôpitaux publics vers les cabinets de médecins privés, de sorte qu'il est très difficile d'avoir des informations sur l'état actuel de l'IAD en Allemagne et sur les conditions dans lesquelles elle est pratiquée.

3.2 Admissibilité et conditions d'accès à l'IAD

3.2.1 Admissibilité de l'IAD

L'insémination artificielle hétérologue, comme l'insémination artificielle homologue, n'est pas interdite en Allemagne. Toutefois, il existe beaucoup d'objections au principe même de la procréation assistée avec le sperme d'un tiers. Rappelons qu'en 1990, la loi sur la protection de l'embryon a interdit le don d'ovocytes, au motif que, si cette technique donne trois parents à l'enfant, comme pour le don de sperme, elle donne en fait deux mères biologiques (elle dissocie la

maternité génétique de la maternité gestationnelle), alors que le don de sperme donne un père social et un père biologique⁴².

La première objection, souvent évoquée, à l'IAD est sa contrariété aux bonnes moeurs (§ 138 BGB). Ce sont notamment les dangers liés à la biologie et à la génétique de la population, de même que les dangers pour le mariage et pour le bien-être de l'enfant qui ont été soulevés dans cette perspective.

Tout d'abord, au sujet des craintes à l'égard de la biologie et de la génétique de la population, le danger de la consanguinité provoqué par l'emploi fréquent du sperme du même auteur peut être considéré comme insignifiant. La probabilité de la concrétisation d'un pareil danger n'est pas plus grande que dans le cas d'un adultère. Une étude a démontré qu'en utilisant le même sperme dix fois avec succès, comme le proposait notamment le rapport Benda, on n'augmente pas le risque de consanguinité de manière inquiétante⁴³. D'autres craintes, notamment devant les possibles décalages de génération engendrés par la conservation du sperme de même que, devant l'influence des méthodes eugéniques dans le choix du donneur peuvent être en grande partie réglées par des sanctions pénales. La loi de 1990 sur la protection de l'embryon punit d'ailleurs d'une peine d'emprisonnement les pratiques conduisant à choisir le sexe de l'enfant à naître.

Ensuite, la crainte des influences négatives de l'insémination artificielle hétérologue sur le mariage ne justifie pas une interdiction ou une décision de contrariété aux moeurs de l'IAD, d'autant plus que les différentes enquêtes menées à l'étranger montrent que le taux de divorce des couples ayant eu recours à l'IAD se situe au-dessous de la moyenne⁴⁴.

Ces deux premières objections semblent aujourd'hui être levées; par contre, le dernier reproche fait à l'IAD est toujours d'actualité: on craint que le bien-être de l'enfant prospectif puisse être en danger à cause du recours au sperme d'un tiers. Il serait menacé par la sépara-

⁴² Rapport de l'office parlementaire des choix scientifiques et technologiques, dirigé par M. Franck Sérusclat, Assemblée nationale, n° 2588, Paris, 1992, fascicule n° 8, p. 68.

⁴³ Bericht der Arbeitsgruppe In-Vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie, München, 1985, 2.2.1.2.2.2.

⁴⁴ Bernat, p. 162ss.

tion de la paternité sociale et biologique que l'IAD entraîne. Cette situation serait dangereuse pour le développement psychique de l'adolescent et pour les relations au sein même de la famille. Les relations entre le père social et l'enfant pourraient en être notablement affectées.

Cet argument a été fortement combattu, notamment par une partie de la doctrine qui pense que cette argumentation cesse déjà de convaincre à l'énoncé même de sa donnée. En effet, il est douteux que le bien-être de n'importe quelle personne puisse être restreint par un fait rendant possible l'existence même de cette personne. Si l'on prend comme point de départ le fait que chaque vie humaine doit être fondamentalement considérée comme une valeur, le bien-être de l'enfant correspond forcément à être né plutôt qu'à ne pas exister. Personne n'a le droit de ne pas être engendré ou de ne pas être mis au monde.

L'opinion selon laquelle il faut protéger les enfants contre leur propre existence fait penser aux actions pour «*wrongful life*»: le demandeur à l'action prétend qu'il n'aurait pas dû être engendré ou que sa mère aurait au moins dû avorter et réclame en conséquence des dommages-intérêts. Une telle action n'existe pas dans l'ordre juridique allemand.

De plus, toute déclaration précédant la naissance sur le bien-être futur de l'enfant revêt nécessairement un caractère spéculatif et prétentieux. Dans un contexte chrétien et humaniste, la vie humaine sous n'importe quelle forme représente toujours une valeur positive.

En conséquence, la protection de la vie prospective ne consiste pas dans l'omission de la procréation. Tout droit de l'enfant (son bien-être, sa dignité) ne peut être violé qu'après sa naissance. C'est pour cette raison que l'accent doit être mis sur les conséquences de la procréation assistée, telles que les questions de filiation et d'anonymat du donneur notamment.

Ainsi, d'après ces auteurs, le bien-être de l'enfant ne saurait être invoqué comme critère pour prouver la contrariété aux moeurs d'une décision de recourir à l'IAD⁴⁵.

⁴⁵ Sur ces questions, voir notamment: Bernat, p. 162ss; Coester-Waltjen, 1986, p. B 45ss; Stepan, p. 559s.

3.2.2 Conditions d'accès

Aucune loi ni aucune directive ne règle la mise en oeuvre de l'IAD, au contraire par exemple de la France qui s'est dotée d'une législation en la matière avec l'adoption des lois bioéthiques en 1994.

En général, on peut considérer que tout couple n'ayant pas d'enfants à cause d'une puissance procréatrice réduite de l'homme peut bénéficier d'une insémination artificielle hétérologue. La stérilité absolue de l'homme, mais aussi son infertilité relative sont considérées comme une indication sûre pour l'IAD si une insémination artificielle homologue (avec le sperme du conjoint) n'a pas réussi ou n'a aucune chance de réussir.

La demande doit émaner d'un couple, qu'il soit marié ou non; le consentement de l'homme est généralement considéré comme une condition nécessaire à l'autorisation de la mise en oeuvre de l'IAD⁴⁶.

Ces considérations sont celles que nous avons recensées dans la doctrine; la pratique allemande limiterait donc l'accès à l'IAD aux couples hétérosexuels; mais concrètement, nous ignorons si cette condition est respectée par tous les gynécologues pratiquant l'IAD dans leur cabinet privé.

3.3 La situation du donneur : identification en Allemagne

3.3.1 Les arguments d'ordre constitutionnel

Les arguments le plus souvent employés par la doctrine pour fonder le droit à la connaissance de ses origines (et donc de l'identité du donneur) sont essentiellement d'ordre constitutionnel. Il suffit à cet égard de consulter les deux célèbres arrêts rendus par la Cour constitutionnelle en 1989 et 1994.

Mais avant d'aborder et de commenter ces arrêts, nous nous proposons de faire état de l'opinion de la doctrine concernant l'anonymat du donneur et de rapporter les conclusions des différents rapports officiels en la matière.

⁴⁶ Bernat, p. 146.

3.3.1.1 La position de la doctrine et des rapports officiels

Dans la littérature opposée à l'anonymat, de nombreux auteurs soutiennent que l'anonymat du donneur, avec, comme corollaire, l'impossibilité pour l'enfant de connaître ses origines biologiques, viole à la fois l'article 1 al. 1 de la Loi fondamentale et l'article 2 al. 1 de cette même Loi. Les énoncés de ces deux articles sont les suivants :

Article 1 al. 1 :

« La dignité de l'être humain est intangible. Tout pouvoir public est obligé de la respecter. »⁴

Article 2 al. 1 :

« Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale. »

Les droits fondamentaux procèdent tous d'une affirmation centrale, contenue dans l'article 1 al. 1 aux termes duquel « La dignité de l'être humain est intangible ». Or, pour de nombreux juristes, cette dignité met obstacle au principe de l'anonymat. Elle y met obstacle doublement même, puisque c'est à la fois la dignité de l'enfant et la dignité du donneur qui apparaissent violées par l'application de ce principe.

La dignité de l'enfant tout d'abord : en appliquant l'anonymat du donneur ou la technique du mélange de spermes (très violemment critiquée par la doctrine), on enlève à l'enfant de manière délibérée toute possibilité de connaître son origine génétique. Pour ces auteurs, l'homme se distingue essentiellement de l'animal par la connaissance de son ascendance; c'est là qu'il faut voir un élément de sa dignité, d'après la doctrine majoritaire. La dignité de l'homme consiste en l'unité de son être spirituel et de son être corporel, ce qui lui permet d'avoir une existence historique. L'anonymat du donneur de sperme porte irrémédiablement atteinte à l'existence historique de l'enfant, ce qui doit être considéré comme une infraction à la dignité humaine. Il faut donc garantir aux enfants nés par IAD, arrivés à un certain âge et qui le désirent, l'accès à l'identité du donneur. Toutefois, la liberté d'informer l'enfant sur son mode de conception doit appartenir exclusivement aux parents.

La dignité du donneur ensuite : elle exige que celui-ci ne soit pas traité comme un instrument, un simple fournisseur de matière première, réduit à un rôle exclusivement biologique.

L'anonymat du donneur violerait également, selon la doctrine dominante, l'article 2 al. 1 de la Loi fondamentale, aux termes duquel «*Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité*». Le droit à la connaissance de ses origines, parce qu'il aide l'individu à trouver son identité, doit être considéré comme un élément de la personnalité et chacun doit pouvoir exiger son respect et sa protection.

Certains auteurs ont soutenu qu'une dérogation devait être apportée à la dignité humaine, en invoquant le fait qu'une insémination artificielle hétérologue anonyme correspondait à un processus naturel : les relations sexuelles multiples.

Cette comparaison a été jugée doublement fautive par une partie de la doctrine. Lorsque, dans le cas de rapports multiples, la mère connaît ses partenaires, le père peut être retrouvé par l'analyse de son patrimoine génétique. Mais même si elle ne connaît pas le père de l'enfant et n'est plus en mesure de le retrouver, on ne saurait comparer cette situation avec une insémination artificielle au moyen du sperme d'un donneur anonyme. En effet, quand dans le premier cas, l'impossibilité de retrouver le père est une conséquence du destin, une situation que le droit doit tolérer, le second cas est au contraire le résultat d'une manipulation médicale délibérée qui a pour but d'empêcher l'enfant de retrouver son père biologique⁴⁷.

Même si la majorité de la doctrine est favorable à la levée de l'anonymat du donneur pour les raisons exposées ci-dessus, quelques rares auteurs ont défendu la position opposée.

Certains se demandent notamment si le droit à la connaissance de son origine génétique est bien un principe constitutionnel découlant de l'affirmation de la dignité humaine⁴⁸. En effet, pour les rédacteurs de la Loi fondamentale de 1949, il s'agissait d'exorciser la période du IIIe Reich, et l'affirmation tant de la dignité humaine que du droit au libre épanouissement de la personnalité avaient essentiellement pour

⁴⁷ Au sujet des arguments d'ordre constitutionnel, voir notamment : Enders, p. 88; Furkel, 1993, p. 16s.; Starck, p. A 21s.

⁴⁸ Teubner, p. K 125s.

but d'empêcher le retour de toutes les formes d'arbitraire et d'inhumanité de l'époque. Sans doute la dignité de l'homme est-elle intangible aux termes de l'article 1 al. 1 de la Loi fondamentale, mais aucune précision n'est apportée sur les éléments de cette dignité. Il est dès lors nécessaire de recourir à une interprétation très subjective pour en déduire un droit à la connaissance de son origine génétique pour un enfant né par IAD.

D'autres auteurs ont invoqué eux aussi la Loi fondamentale qui, à son article 6, place la famille sous la protection particulière de l'Etat qui doit ainsi garantir la paix des familles⁴⁹. Ils se demandent donc si cette protection ne devrait pas primer sur le droit pour l'enfant à la révélation de l'identité du donneur. Pour ces auteurs, il ne doit exister aucun doute chez l'enfant que le mari ou le compagnon de sa mère est bel et bien son père. Il faut éviter à l'enfant une situation dans laquelle il aurait deux pères : le mari ou le compagnon de sa mère et le donneur; cette hypothèse n'irait en effet pas sans créer des problèmes psychologiques chez l'enfant et des troubles au sein de la famille. Il faut ainsi éviter de créer deux types de familles : les familles «naturelles» et les familles «IAD».

Mais même si certains auteurs mettent en doute l'argumentation constitutionnelle, la doctrine majoritaire la soutient.

3.3.1.2. Les rapports officiels

Les deux grands rapports officiels publiés en matière de procréation assistée se prononcent résolument contre le principe de l'anonymat; il s'agit du Rapport Benda de 1985⁵⁰ et du Rapport final du groupe de travail commun de la Fédération et des Länder sur la procréation médicalement assistée de 1989⁵¹.

Le Rapport Benda reprend essentiellement l'argumentation de la doctrine dominante. Il invoque les articles 1 al. 1 et 2 al. 1 de la Loi fondamentale pour expliquer que l'anonymat du donneur est inconstitu-

⁴⁹ Broda, p. K 88s.

⁵⁰ *Bericht der Arbeitsgruppe In-Vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie*, München, 1985, 2.2.1.1.2.

⁵¹ *Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Fortpflanzungsmedizin"*, 6.1.1989, Bundesanzeiger.

tionnel. Selon la commission, la connaissance de sa propre origine a une importance considérable pour le développement de la personnalité de l'enfant et la découverte de sa propre identité. C'est pourquoi l'anonymat du donneur n'est pas compatible avec le droit de l'enfant au libre épanouissement de sa personnalité et avec la dignité humaine.

La commission précise cependant que le choix d'informer ou non l'enfant sur son mode de conception doit appartenir exclusivement à la mère et à son mari. Il est par conséquent hors de question de prévoir une révélation d'office à l'enfant de l'identité du donneur.

Quant au Rapport de 1989, il formule des recommandations très précises. Le médecin qui a pratiqué l'insémination artificielle est chargé de constituer un dossier comprenant l'identité du donneur et un certain nombre d'autres informations afin de garantir à l'enfant le droit à la connaissance de ses origines. L'enfant peut exiger que ces informations lui soient révélées à partir de 16 ans, plus tôt lorsque sa santé est en jeu.

- Cependant, l'enfant a aussi le droit de ne pas savoir; c'est pourquoi l'identité du donneur ne doit pas figurer dans les registres d'état civil, car une telle inscription le condamnerait à savoir dans tous les cas. Enfin, la décision d'informer ou non l'enfant sur les circonstances de sa conception doit être laissée à la libre appréciation des parents, qui agiront en fonction de ce qui leur semblera être son intérêt. Mais le législateur doit garantir à l'enfant, que ses parents auront informé sur son mode de conception, la possibilité de connaître son origine génétique.

3.3.1.3 L'arrêt de la Cour constitutionnelle de 1989

Jusqu'en 1989, l'anonymat du donneur, bien qu'abondamment critiqué par la doctrine, était encore largement respecté par les gynécologues qui recouraient fréquemment à des étudiants en médecine comme donneurs de sperme. L'arrêt de 1989 de la Cour constitutionnelle⁵² devrait avoir mis un terme à la pratique de l'IAD avec donneur anonyme; nous doutons cependant que tous les gynécologues recourant à des donneurs s'interdisent systématiquement de lui garantir l'anony-

⁵² BVerfG, 31 janvier 1989, Neue Juristische Wochenschrift, 1989, p. 891.

mat au motif que la Loi fondamentale garantit à l'enfant un droit à la connaissance de ses origines.

Dans l'affaire soumise à la Cour, il ne s'agissait pas du tout d'un problème relatif à la filiation d'un enfant conçu par insémination artificielle, mais d'une jeune fille conçue naturellement qui, à sa majorité, entendait contester la paternité du mari de sa mère. Or, d'après le droit allemand, aux termes du § 1596 BGB, l'enfant ne peut contester sa filiation légitime que dans certaines hypothèses bien précises, notamment lorsque le père présumé est décédé ou qu'il n'existe plus de communauté conjugale entre la mère et le père présumé.

Le cas d'espèce n'entraîne cependant dans aucune des hypothèses prévues par la loi; la jeune fille aurait donc dû être déboutée. Mais le contrôle de la Cour constitutionnelle a été déclenché par un tribunal inférieur qui était persuadé de l'inconstitutionnalité des dispositions du Code civil allemand (§§ 1593 et 1598, en liaison avec 1596 al. 1 BGB) qui faisaient obstacle, à part dans certains cas précis d'ouverture, à la contestation de paternité, et par conséquent à la recherche de la véritable filiation de la jeune fille. Même la Cour constitutionnelle a tranché dans le même sens, pour des motifs que nous allons examiner maintenant.

A titre préliminaire, il faut préciser que la Cour constitutionnelle s'était déjà prononcée sur la question du droit à la connaissance de ses origines; elle avait admis, dans un arrêt du 18 janvier 1988⁵³, la possibilité pour un enfant naturel de sommer en justice sa mère de lui révéler le nom de son père. Cependant, dans son arrêt de 1989, la Cour a affirmé pour la première fois l'existence d'un droit à la connaissance de son origine, garanti par le droit général de la personnalité, en relation avec la protection de la dignité humaine.

Selon la Cour, le droit au libre épanouissement de la personnalité et la dignité humaine assurent à chacun un secteur autonome de vie privée, dans lequel il peut développer et protéger son individualité. Cependant, la compréhension et l'épanouissement de l'individualité sont intimement liés à la connaissance des facteurs qui la constituent. Parmi ceux-ci, on compte notamment l'origine. Indépendamment du patrimoine génétique proprement dit, la connaissance de l'origine a

⁵³ BVerfG, 18 janvier 1988, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1989, p. 147.

une position-clé dans la conscience de l'individu en ce qui concerne la recherche de son identité et la connaissance de soi. L'origine appartient à la personnalité en tant que signe d'individualisation et sa connaissance offre à l'individu, indépendamment de la dimension scientifique de l'origine, des points d'ancrage importants pour la compréhension et l'épanouissement de l'identité personnelle.

Ce droit trouve cependant ses limites dans la norme constitutionnelle de la protection du mariage et de la famille garantie par l'article 6 de la Loi fondamentale. En l'occurrence, le mariage et la famille n'apparaissent aucunement menacés, puisque les parents n'émettaient aucune objection à l'action introduite par l'enfant.

Mais la Cour a précisé que l'article 2 al. 1 de la Loi fondamentale, en relation avec l'article 1 al. 1 de cette même Loi, ne confère pas un droit absolu à l'individu à la connaissance de son origine, mais seulement le droit d'obtenir les informations existantes sur son origine.

Cette dernière précision semble impliquer une interprétation restrictive de ce droit nouvellement consacré. Ce qui semble acquis, c'est l'exclusion d'une réglementation qui prévoirait l'anonymat du donneur comme principe; une telle disposition enlèverait en effet à l'enfant toute chance de prendre un jour connaissance de ses origines. En revanche, cette jurisprudence ne signifie pas l'obligation pour le législateur d'exclure dans tous les cas un possible anonymat⁵⁴.

En ce qui concerne le cas d'espèce, la Cour a jugé les § 1593, 1598 en relation avec 1596 al. 1 BGB inconstitutionnels dans la mesure où ils empêchent l'enfant majeur, au regard des cas d'ouverture au désaveu, de changer son statut juridique. La Cour a considéré que ces dispositions du BGB, en autorisant le désaveu par l'enfant dans un nombre d'hypothèses trop réduit, ne donnaient ainsi pas la possibilité à l'enfant de connaître son origine génétique dans de nombreux cas, ce qui est manifestement contraire à l'art. 2 al. 1 de la Loi fondamentale.

La doctrine a longuement commenté cet arrêt et a notamment évoqué «un pas dans la bonne direction» fait par la Cour constitutionnelle avec l'introduction pour l'enfant d'un droit à la connaissance de son origine⁵⁵.

⁵⁴ Enders, p. 882.

⁵⁵ Reinke, p. 116ss.

3.3.1.4 La Cour constitutionnelle confirme sa position en 1994

Alors qu'à la même époque, le Code civil français se prononçait pour l'anonymat du donneur de sperme (art. 16-8 nouveau), la Cour constitutionnelle allemande, dans un arrêt du 26 avril 1994, consacrait à nouveau et renforçait l'existence d'un droit à la connaissance de ses origines⁵⁶.

Il s'agissait, dans les deux affaires jugées par la Cour, de majeurs dont l'action en contestation de la paternité du mari de leur mère avait été repoussée au motif que le délai prévu pour cette contestation était échu. Comme nous l'avons expliqué dans l'analyse de l'arrêt de 1989 précité, le droit allemand attribue à l'enfant une action en contestation de paternité dans cinq cas limitativement énumérés (§ 1596 BGB). Or, dans trois de ces cas, l'action est enfermée dans un délai assez bref : si son représentant légal n'a pas agi, l'enfant doit contester la paternité du mari de sa mère dans les deux ans suivant sa majorité (§1598 *in fine* BGB). Bien que les demandeurs aient fait valoir que c'était seulement ultérieurement qu'ils avaient appris que le mari de leur mère n'était pas leur père biologique, ils avaient été déboutés en première et deuxième instances.

Dans sa décision du 26 avril 1994, la Cour constitutionnelle a jugé que le droit général de la personnalité, qui implique le droit à la connaissance de ses origines, est violé par le délai imposé à l'enfant majeur pour exercer l'action en contestation de paternité, délai dont la forclusion met obstacle à la recherche judiciaire de la filiation véritable.

Les juges ont appliqué une fois encore le principe de proportionnalité pour parvenir à concilier plusieurs règles constitutionnelles qui peuvent apparaître contraires. Si le délai prévu pour l'action en contestation de paternité tend à servir le principe de sécurité juridique en évitant que se perpétue l'insécurité de la filiation, la possibilité pour l'enfant d'exercer une action ouverte plus longtemps lui confère un droit à connaître et faire établir sa filiation biologique. Or, en l'occurrence, l'intérêt attaché à la sécurité juridique ne justifie pas, pour la Cour, la limitation de ce droit. Le § 1598 *in fine* BGB, qui prévoit le délai litigieux, est donc déclaré inconstitutionnel et le législateur se voit prié d'intervenir.

⁵⁶ BVerfG, 26 avril 1994, Neue Juristische Wochenschrift, 1994, p. 2475.

En matière de procréation assistée, l'apport de la décision de la Cour constitutionnelle devrait être plus significatif que celui de la décision de 1989 au sujet de laquelle les commentateurs étaient restés relativement réservés. En premier lieu, toute réglementation prévoyant comme en France l'anonymat du donneur paraît exclue; celle-ci priverait en effet l'enfant de toute possibilité d'accéder à son origine biologique. Mais en outre, nombreux sont ceux pour qui l'arrêt du 26 avril 1994 devrait inciter le législateur à conférer expressément à l'enfant conçu par insémination artificielle avec donneur la possibilité de prendre connaissance de l'identité de son géniteur. C'est donc une solution identique à celle que connaît la Suède depuis une loi de 1985 que la décision de la Cour constitutionnelle devrait engendrer en matière de procréation assistée⁵⁷.

3.3.2 Les arguments empruntés au droit des contrats

À côté des arguments d'ordre constitutionnel, les juristes opposés à l'anonymat font valoir une argumentation empruntée au droit des contrats. Le déroulement d'une insémination artificielle hétérologue nécessite une série d'accords et de relations juridiques. Par exemple, des contrats peuvent exister entre la mère de l'enfant et le médecin, son conjoint et le médecin, le médecin et le donneur ou entre le donneur et la mère. À ce sujet, le contenu de ces contrats peut varier considérablement selon les cas. Les assurances que le donneur de sperme obtient de la mère, du médecin ou du mari concernant la dissimulation de son identité ne peuvent avoir aucun effet; car un tel secret limiterait la possibilité qu'a l'enfant de connaître son origine génétique et parce que les contrats au détriment d'un tiers ne sont pas valables.

Une promesse d'anonymat constitue un contrat au détriment d'un tiers («*ein Vertrag zu Lasten Dritter*») dans la mesure où il viole le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines. Une éventuelle représentation par ses parents d'un enfant qui n'a pas encore été conçu n'entre pas en considération.

Si le médecin, qui a donné des garanties d'anonymat au donneur, révèle tout de même l'identité de celui-ci, il est tenu de verser des dommages-intérêts au donneur non pas à cause de la violation du

⁵⁷ Furkel, 1995, p. 698s.

contrat (vu que celui-ci est nul), mais pour mauvais conseils dans la conclusion d'un contrat, ce qui est considéré comme une négligence grave.

Si le médecin a détruit les pièces justificatives permettant d'identifier le donneur et ne peut dès lors plus renseigner l'enfant sur son origine génétique, il est condamné à payer à l'enfant des dommages-intérêts pour violation des droits de la personnalité de l'enfant. Par ailleurs, la créance alimentaire que l'enfant aurait pu faire valoir à l'égard du donneur devra également être prise en charge par le médecin si l'enfant se trouve sans soutien financier du côté paternel. Le médecin ne saurait enfin se retrancher derrière le secret professionnel; en effet, celui-ci doit s'effacer au profit de l'intérêt primordial pour l'enfant de connaître son géniteur⁵⁸.

3.4 Insémination artificielle avec donneur et filiation

3.4.1 L'IAD d'une femme mariée

3.4.1.1 Paternité du mari de la mère

L'enfant né d'une femme mariée est présumé être l'enfant légitime de son époux, indépendamment des circonstances de sa conception. Le § 1591 BGB fonde la présomption sur la «cohabitation» des parents, ce qui soulève la question de savoir si une IAD équivaut à une cohabitation. L'application du § 1591 BGB est cependant admise par la jurisprudence et la doctrine allemandes⁵⁹.

3.4.1.2 L'action en désaveu du mari

Puisque, dans les cas où l'on a procédé à une insémination artificielle hétérologue, l'attribution légale de l'enfant à son père n'est pas confirmée par le lien génétique, la question se pose si l'époux peut renier sa paternité selon le § 1594 BGB. À ce sujet, la problématique

⁵⁸ Coester-Waltjen, 1986, p. B 68s.

⁵⁹ Coester-Waltjen, 1986, p. B 25 et B 48.

s'établit de manière différente selon que le mari a donné son accord à l'insémination ou non.

Si le mari n'a pas donné son consentement, il n'existe aucun motif de douter du droit de désaveu du mari. Il doit introduire son action dans un délai de deux ans à compter du jour où il a pris connaissance des circonstances qui démentent sa paternité mais au plus tôt dès la naissance. Il doit réfuter la présomption relative à l'origine génétique (1591 al. 1 BGB) de l'enfant. La preuve que l'enfant provient d'une relation extra-conjugale ou d'une IAD n'a pas besoin d'être apportée⁶⁰.

Si le mari accepte l'insémination, il paraît douteux qu'il puisse ensuite désavouer la paternité d'un enfant qui a été conçu avec son accord. Pourtant, dans un arrêt de 1983, le Tribunal fédéral allemand a conclu à la recevabilité de l'action en désaveu d'un mari qui avait pourtant préalablement consenti à l'IAD de sa femme⁶¹.

Selon le Tribunal, l'accord du mari ne constitue pas une renonciation au droit d'intenter l'action en désaveu. Etant donné la suppression du § 1598 BGB, qui prévoyait la possibilité d'une reconnaissance de l'enfant par le mari de la mère ayant pour conséquence la suppression de son droit de désaveu, le Tribunal a considéré que le mari ne peut renoncer à son droit contractuellement.

Le Tribunal est parti du principe que le donneur de sperme doit être considéré juridiquement comme le père de l'enfant. Il n'a pas admis l'existence d'un abus de droit à l'égard du mari intentant l'action en désaveu tout en ayant consenti à l'insémination; il a exigé la réalisation de conditions plus sévères, sans pour autant préciser de quelles conditions il s'agit ni quand elles sont remplies. Enfin, le Tribunal a laissé ouverte la question de savoir si le consentement du mari à l'IAD engendre une responsabilité financière envers l'enfant sous la forme d'une obligation d'entretien et de dommages-intérêts, même en cas de désaveu.

Cet arrêt a suscité une vive réaction dans la doctrine qui tend plutôt à admettre l'irrecevabilité de l'action en désaveu pour cause d'abus de droit. De plus, pour une majorité d'auteurs, l'insémination hétérologue consentie se distingue du «cas normal» envisagé par le § 1594 BGB

⁶⁰ Coester-Waltjen, 1986, p. B 48.

⁶¹ BGH, 7 avril 1983, Neue Juristische Wochenschrift, 1983, p. 2073.

qui accorde un délai de réflexion de 2 ans au mari de la mère pour savoir s'il veut faire de l'enfant (conçu pendant le mariage par adultère) de sa femme son propre enfant en renonçant au désaveu. Mais en cas d'IAD, le mari peut réfléchir avant la procréation s'il accepte l'enfant en tant que fruit commun du mariage. Cette acceptation n'engendre pas seulement une responsabilité, comme c'est le cas lors d'un adultère, mais surtout une décision concernant la naissance même de l'enfant sur laquelle on ne peut plus revenir par la suite.

Le consentement à l'IAD, étant donné la grande portée de sa signification, ne saurait donc être comparé avec un «cas normal» de renoncement au désaveu de paternité comme l'a fait le Tribunal fédéral. Une analogie entre le consentement à l'IAD et une des formes de prise en charge de la paternité par un seul acte de volonté (adoption, renoncement au désaveu d'un enfant présumé légitime) est donc sans valeur dans la mesure où il ne s'agit pas de la prise en charge d'un enfant déjà procréé ou né; en effet, en cas d'IAD, l'enfant ne pourra exister que par cet acte de volonté. L'action en désaveu est par conséquent exclue de par la nature même du consentement⁶².

Toutefois, Mme Coester-Waltjen défend l'opinion du Tribunal fédéral. L'enfant pourrait, selon elle, avoir un intérêt au désaveu puisque la rupture du lien de filiation avec le mari ouvre la possibilité de la constatation de l'identité du père biologique. Cette possibilité est importante tant pour des raisons de développement psychologique de l'enfant (la capacité à répondre à la question de l'origine est décisive pour le développement ultérieur de la personnalité) que pour des raisons médicales (les données génétiques du donneur peuvent être indispensables dans le traitement d'une maladie).

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral s'est basé sur le fait que le lien conjugal était déjà profondément atteint au moment de l'IAD et que le couple avait divorcé par la suite. C'est pourquoi le Tribunal a contesté l'intérêt de l'enfant à conserver son statut de légitimité; Mme Coester-Waltjen partage cette opinion. Selon elle, aussi longtemps que la légitimité d'un enfant se référera principalement au lien génétique existant entre le mari et l'enfant et non pas seulement au fait que celui-ci est né dans un véritable ménage, le lien qui existe entre le mari de la mère et l'enfant IAD ne pourra s'adapter complètement à ce cri-

⁶² Voir à ce sujet : Bernat, p. 25s.; Dubler-Nuess, p. 76ss; Schwenzer, p. A 31.

Par ailleurs, dans un ordre juridique qui exige l'égalité de statut entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, il paraît absurde d'essayer de garantir à tout prix le statut de légitimité à une minorité d'enfants à l'encontre des critères prévus par la loi. On peut en outre se demander quelle valeur un statut de légitimité peut avoir si la relation entre le mari et l'enfant et entre les époux est sérieusement détériorée, comme c'est la règle dans les cas où le mari veut désavouer l'enfant de sa femme. De plus, l'obligation d'entretien du mari ne disparaît pas nécessairement si l'action en désaveu aboutit. Par contre, la conservation du statut d'enfant légitime entraîne un inconvénient de poids aux yeux de Mme Coester-Waltjen : la véritable origine génétique de l'enfant ne peut pas être constatée⁶³.

Cet arrêt réaffirme évidemment la prépondérance de la filiation par le sang. Le statut de la paternité se trouve ainsi lié exclusivement à l'élément génétique, aux dépens de la volonté. L'argumentation du Tribunal fédéral et de Mme Coester-Waltjen concernant la légitimité nous apparaît tout de même quelque peu légère; peut-être que dans le cas d'espèce, l'enfant n'avait aucun intérêt à conserver son statut de légitimité, mais nous doutons tout de même que ce soit le cas pour tous les enfants IAD concernés par un désaveu. En effet, il n'est certainement pas dans l'intérêt de l'enfant de devoir rechercher l'identité du donneur et d'être obligé d'intenter une action en paternité pour pouvoir bénéficier des effets de la filiation paternelle, et notamment de l'obligation d'entretien. Le Tribunal fédéral n'a cependant pas tranché la question de l'entretien de l'enfant.

Notons tout de même que cette jurisprudence n'a pas toujours été suivie. Certains tribunaux ont en effet refusé d'adopter une telle solution, admettant l'existence d'un abus de droit de la part du mari; cette tendance est même en train de s'affirmer⁶⁴. Le Tribunal supérieur de Düsseldorf a considéré dans un arrêt de 1987 que l'action du mari constituait un abus de droit parce qu'il n'avait pas dû donner son consentement de manière précipitée et parce qu'il avait été suffisamment

⁶³ Coester-Waltjen, 1986, p. B 49ss.
Coester-Waltjen, 1983, p. 2059ss.

⁶⁴ Coester-Waltjen, 1992, p. 372.

informé par les médecins sur les problèmes inhérents à l'IAD et sur la portée et les conséquences de son consentement⁶⁵.

Lorsqu'une action en désaveu aboutit, l'enfant n'est plus considéré comme l'enfant légitime du mari, avec effet rétroactif au jour de sa naissance. L'enfant devient alors l'allié du mari par le mariage de sa mère (§ 1590 al. 2 BGB), même si ce mariage n'existe plus. La loi intervient de façon particulière en matière d'alliance pour régler la situation entre beaux-parents et enfants; elle interdit notamment le mariage entre alliés et leur accorde le droit de refuser de témoigner.

Le nom de l'enfant n'est normalement pas changé en cas de désaveu : considéré comme né hors mariage, l'enfant conserve le nom porté par sa mère à l'époque de la naissance (§ 1617 al. 1 BGB), c'est-à-dire le nom du mari.

Suite au désaveu, le lien de filiation disparaît avec tous ses effets; le droit de la famille n'impose donc plus aucune obligation d'entretien au mari. Cependant, une partie de la doctrine s'est prononcée pour le maintien de cette obligation à la charge du mari. Dans son arrêt de 1983, le Tribunal fédéral a laissé ouverte cette question. Pour ces auteurs, il faudrait voir dans l'acceptation de l'insémination un engagement contractuel pris par le mari de subvenir aux besoins financiers de l'enfant. Il est possible de prendre un tel engagement par une stipulation pour autrui en faveur de l'enfant à créer. Un contrat *sui generis* est alors conclu en tant que contrat de base entre le promettant (le mari) et le stipulant (la mère). Le fait que le tiers bénéficiaire n'existe pas encore au moment de la conclusion du contrat ne s'oppose pas à la validité de ce contrat qui ne doit respecter aucune forme particulière. La déclaration d'assentiment du mari peut aller de «Je désire que nous ayons un enfant de cette manière» à «Ça m'est égal, fais seulement !».

D'après ce raisonnement, le mari qui connaît le projet de son épouse visant à subir une IAD doit supporter la responsabilité financière de l'enfant, pour autant qu'il n'ait pas refusé l'insémination de son épouse⁶⁶.

⁶⁵ OLG Düsseldorf, 22 juillet 1987, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1988, p. 762.

⁶⁶ Coester-Waltjen, 1986, p. B 55ss.

3.4.1.3 L'action en désaveu de l'enfant

L'enfant peut, lui aussi, aux termes du § 1596 BGB, contester la paternité du mari de sa mère. Il le peut dans un certain nombre d'hypothèses très strictement définies par la loi : décès du mari ou divorce de la mère et du mari par exemple; mais depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 31 janvier 1989 déjà, et encore plus certainement depuis la décision de cette même Cour du 26 avril 1994, ce droit de l'enfant à contester sa légitimité semble devoir être élargi afin de lui garantir, dans tous les cas, le droit à la connaissance de ses origines⁶⁷.

Notons tout de même que selon Mme Coester-Waltjen, le désaveu du mari par l'enfant fait perdre à ce dernier toute prétention concernant son entretien. On ne peut en effet envisager de la même manière le désaveu entrepris par le mari (qui aboutit à une responsabilité contractuelle du mari à l'égard de l'enfant) et le désaveu entrepris par l'enfant, qui doit être conscient que son action amènera à la suppression de cette responsabilité financière du mari⁶⁸.

3.4.2 L'IAD d'une femme non mariée

3.4.2.1 Paternité du compagnon de la mère

Dans une situation où le couple demandeur recourant à une IAD vit en union libre, l'homme et la femme désirent évidemment que le donneur soit considéré comme une personne extérieure et pas comme le père de l'enfant. Toutefois, cette intention des participants n'empêche pas la reconnaissance du donneur en tant que père naturel de l'enfant. Bien plus, il s'agit même du devoir du curateur choisi pour l'enfant (§ 1706 BGB) de faire reconnaître le donneur comme le père de l'enfant.

La mère n'est cependant, selon la loi, pas obligée de révéler au curateur ou au juge des tutelles qu'elle a subi une IAD. La mère pourra d'ailleurs introduire une demande auprès du juge des tutelles pour qu'il ne désigne pas un curateur à l'enfant (§ 1707 BGB). On ne peut donc pas partir du principe que le donneur de sperme sera reconnu dans tous les cas comme étant le père de l'enfant.

⁶⁷ Furkel, 1993, p. 25.

⁶⁸ Coester-Waltjen, 1986, p. B 61ss.

Par contre, il existe la possibilité pour un autre homme de reconnaître l'enfant; le compagnon de la mère, s'il vit en union libre avec celle-ci au moment de l'insémination ou après, a la possibilité de reconnaître l'enfant, même avant sa naissance (§ 1600 lit. b BGB). La reconnaissance de paternité doit être faite sous la forme authentique et nécessite l'assentiment de l'enfant ou de son représentant légal (§ 1600 lit. c et d BGB), celui-ci devant aussi être donné en respectant la forme authentique (§ 1600 lit. e BGB). L'absence d'un lien génétique entre le concubin et l'enfant ne s'oppose pas à ce type d'établissement de la paternité. Si l'auteur de la reconnaissance se marie avec la mère de l'enfant, celui-ci est alors considéré dès la conclusion du mariage comme l'enfant légitime du couple (§ 1719 BGB).

La reconnaissance peut être attaquée dans un délai d'une année par son auteur, la mère ou l'enfant (§ 1600 lit. g ss BGB). Le fait que le concubin ait consenti à l'insémination ne s'oppose pas à la contestation de la reconnaissance, comme en cas de désaveu par le mari⁶⁹.

En ce qui concerne la responsabilité financière du compagnon qui a consenti à l'IAD, il ne semble en fait n'y avoir aucune raison de considérer le compagnon consentant comme étant moins responsable financièrement que le mari qui a donné son accord à l'insémination, selon Mme Coester-Waltjen. En effet, c'est l'assentiment du compagnon, comme celui du mari, qui entraîne la naissance de l'enfant.

Il existe néanmoins une différence essentielle : l'enfant est automatiquement attribué juridiquement au mari, tandis que l'attribution au compagnon nécessite un acte supplémentaire qui consiste dans la reconnaissance. Dès lors, le consentement du compagnon à l'IAD, qui doit être interprété comme une déclaration de prise en charge de la responsabilité financière de l'enfant, doit être clair et sans ambiguïté; un comportement indifférent du concubin («Fais ce que tu veux!») ne suffirait pas dans le cas d'une femme non mariée. Par son accord à l'IAD, le compagnon se déclare ainsi prêt à prendre en charge la responsabilité financière de l'enfant qui a été conçu selon son désir, même si par la suite il ne reconnaît pas l'enfant ou s'il conteste sa reconnaissance⁷⁰.

⁶⁹ Coester-Waltjen, 1986, p. B 75ss.

⁷⁰ Coester-Waltjen, 1986, p. B 77s.

3.4.3 L'établissement d'un lien de filiation entre le donneur et l'enfant

L'acceptation du désaveu du mari, comme de la contestation de la reconnaissance du compagnon, ouvre la voie à l'action en recherche de paternité du § 1600 lit. n BGB qui peut être intentée par l'enfant ou le donneur. Etant donné que l'enfant est issu génétiquement du donneur de sperme, et que le mode particulier de conception ne s'oppose pas à l'attribution juridique de l'enfant à son père biologique, le donneur peut dès lors être reconnu comme le père juridique.

Vu que l'action en déclaration de paternité ignore les cas de recevabilité et les fins de non-recevoir, le juge a une grande liberté d'appréciation et peut, au vu des expertises sérologiques, déclarer la paternité naturelle du donneur. Une reconnaissance de paternité ne pouvant être limitée contractuellement, tout accord passé entre le couple demandeur ou le médecin et le donneur visant à l'assurer de la non-reconnaissance de sa paternité est sans effet.

Du fait de l'établissement de sa paternité, le donneur est alors considéré rétroactivement depuis la naissance de l'enfant comme le père naturel, avec tous les droits et devoirs qui en résultent (obligation d'entretien, vocation successorale *ab intestat* notamment). Selon le droit en vigueur, la possibilité de constater la relation génétique en omettant ses conséquences juridiques n'existe pas.

Mais la mère peut-elle conclure avec le donneur un accord visant à exempter ce dernier de son obligation d'entretien à l'égard de l'enfant ? Non, car un tel arrangement serait contraire aux moeurs, selon Mme Coester-Waltjen. En effet, en concluant cet arrangement, la mère porterait ainsi atteinte aux moyens qui sont à sa disposition pour satisfaire à sa propre obligation d'entretien à l'égard de l'enfant, vu qu'elle se priverait d'une source de revenus prévue par la loi pour l'entretien de son enfant. Cela comporterait donc le danger que l'enfant soit lésé en faveur du donneur; c'est pourquoi un tel accord serait contraire aux moeurs⁷¹.

Selon Mme Coester-Waltjen, il faut aussi examiner la question suivante : le droit de l'enfant à une prestation d'entretien de la part du donneur dont la paternité a été établie exclut-il ou limite-t-il l'obliga-

tion du mari de subvenir aux besoins de l'enfant ? Les relations ne sont pas identiques dans la mesure où le donneur est obligé en vertu du droit de la filiation (il est le père de l'enfant) alors que le mari est obligé en vertu d'un contrat dans la mesure où l'acceptation de l'insémination de son épouse doit être interprétée comme une déclaration de prise en charge de la responsabilité financière de l'enfant (voir 3.4.1.2 d). Les prestations du mari ne sont donc pas effectuées «bénévolement» puisqu'elles correspondent à l'exécution d'une obligation contractuelle. Pratiquement, en cas d'IAD, le donneur de sperme n'est tenu de payer une contribution d'entretien à l'enfant que si le mari est incapable de payer, s'il est décédé ou si les prestations auxquelles il est tenu sont inférieures aux besoins de l'enfant⁷².

3.5 La réforme du droit de la filiation

Le droit allemand de la filiation doit incontestablement être réformé pour de nombreuses raisons; la première de ces raisons doit être recherchée dans certains arrêts de la Cour constitutionnelle qui a déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions du droit actuel. Rappelons simplement, en ce qui concerne notre étude, que dans son arrêt de 1989, la Cour a déclaré les § 1593, 1596 et 1598 BGB contraires à la Constitution.

Pour Mme Coester-Waltjen, cette réforme doit se faire en tenant compte de trois points essentiels. Tout d'abord, la filiation d'un enfant doit être établie de façon rapide, simple et si possible durable. Ensuite, les besoins de l'enfant consistent en une relation construite avec ses parents sociaux et qui ne sera pas détruite plus tard par des modifications de sa filiation. Enfin, le droit de l'enfant à la connaissance de son origine doit être pris en compte.

Il faut ensuite examiner les conséquences de ces réflexions sur le droit. En cas d'IAD, la paternité du mari s'établit sur la base d'une présomption et celle du compagnon suite à une action en reconnaissance de paternité. Toutefois, le droit de l'enfant à connaître son origine génétique doit primer sur cette filiation sociale.

Mme Coester-Waltjen propose, et c'est ici que se situe la véritable nouveauté, une correction de la filiation de l'enfant avec des effets

⁷¹ Coester-Waltjen, 1986, p. B 78.

⁷² Coester-Waltjen, 1986, p. B 59s.

«atténués»; elle propose ainsi d'introduire une action en constatation de droit grâce à laquelle la paternité génétique du donneur serait constatée et enregistrée sans pour autant que les relations socio-juridiques entre l'enfant et ses parents sociaux en soient affectées. Mme Coester-Waltjen pense ainsi concilier le droit de l'enfant à la connaissance de son origine génétique et son besoin de conservation d'un environnement social stable. Il s'agirait donc d'une possibilité de constater simplement entre le donneur et l'enfant un lien génétique sans en tirer les conséquences juridiques au niveau du droit de la famille⁷³.

Nous nous permettons d'émettre quelques doutes au sujet de la proposition de Mme Coester-Waltjen. En effet, cette solution de compromis entre une filiation fondée exclusivement sur le critère génétique et une filiation intégrant dans une large mesure l'élément de la volonté présente des inconvénients importants et est manifestement contraire à l'esprit du droit allemand de la filiation.

Le législateur allemand a fondé son droit de la filiation exclusivement sur le lien génétique. Dès lors, accepter de constater l'existence d'un lien génétique entre un enfant et son père génétique sans pour autant en tirer les conséquences qui s'imposent représente à nos yeux une incohérence vis-à-vis des principes de base de ce droit. Une telle dissociation de la paternité génétique et de la paternité juridique nous semble totalement incompatible avec le droit allemand de la filiation; elle reviendrait à créer une sorte de paternité parallèle et dissociée qui ressemblerait à une gaine vide.

Le passage brutal d'une conception quasi-exclusivement orientée vers la filiation par le sang à une conception intégrant largement la volonté représenterait une réforme législative dont l'Allemagne serait plus coutumière et aurait le net avantage de déterminer clairement et définitivement le véritable père de l'enfant.

3.6 Conclusion

Le système allemand actuel en matière d'IAD suscite quelques commentaires et interrogations de notre part.

⁷³ Coester-Waltjen, 1994, p. 17ss.

Nous trouvons tout d'abord aberrante l'insécurité juridique qui règne en Allemagne, particulièrement en matière de filiation, à tel point que l'on peut se demander si la véritable intention des tribunaux, du législateur et de la doctrine n'est pas d'empêcher, au moyen de dogmes juridiques, la pratique de l'IAD. Le fait que cette situation perdure laisse songeur sur la capacité de l'Allemagne à régler de manière cohérente la pratique de l'IAD.

L'insécurité juridique existe pour tous les participants à l'IAD. Dans ce contexte, la situation du donneur nous semble pourtant la moins envieuse; en effet, au vu de la position de la Cour constitutionnelle affirmée dans l'arrêt de 1989, confirmée et renforcée dans l'arrêt de 1994, l'identité du donneur peut être révélée à l'enfant qui en fait la demande en vertu du droit à la connaissance de ses origines; de surcroît, rien n'empêche l'établissement d'un lien de filiation entre le donneur et l'enfant (pour autant que le lien l'unissant au mari ou au concubin de sa mère ait préalablement été rompu) entraînant les effets de droit de la famille traditionnels, dont notamment l'obligation d'entretien. Il n'existe certainement pas de moyen plus radical pour dissuader les donneurs potentiels.

L'insécurité juridique menace aussi le mari ou le concubin, vu que l'enfant peut aussi bien désavouer le mari de sa mère qu'attaquer la reconnaissance du concubin.

Enfin, le statut de l'enfant nous semble également précaire, dans la mesure où le mari qui a consenti à l'insémination de sa femme peut ensuite désavouer l'enfant. Les liens unissant l'enfant à son père social sont ainsi à la merci d'une action en désaveu, et donc des plus fragiles. Cette instabilité d'une filiation «à la carte» nous semble peu propice au développement de l'harmonie familiale.

L'Allemagne réunit donc tous les éléments favorisant l'extinction de la pratique de l'IAD; elle nous semble d'ailleurs plus prompte à interdire et réprimer au plan pénal, comme ce fut le cas dans l'*Embryonenschutzgesetz* en 1990, que pour régler au plan civil les effets de l'IAD. Nous ne pouvons nous empêcher de déceler derrière l'argumentation des tribunaux et de la doctrine une certaine crainte de l'eugénisme et de toutes les techniques qui concernent la génétique en général. Cette constatation nous a d'ailleurs été confirmée par Mme Alnot, médecin spécialiste de l'IAD, et M. Bondolfi, spécialiste de l'éthique. Ces craintes sont certainement liées à la culture et à l'his-

toire juridique de l'Allemagne, mais aussi en partie à son passé nazi et aux fantasmes de race supérieure développés à cette époque.

Toujours est-il que le flou actuel, tant juridique que pratique, devrait déterminer le législateur à accélérer la réforme du droit de la filiation. A notre avis, l'Allemagne devrait exclure toute possibilité d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant; il nous apparaît en effet indispensable que l'élément socio-affectif s'insère dans le droit allemand de la filiation, tant le lien qui unit le donneur à l'enfant est tenu et ne suffit pas à justifier la paternité juridique du donneur. La proposition de réforme de Mme Coester-Waltjen répond à cette nécessité d'insérer le lien socio-affectif dans la filiation en consacrant la paternité juridique du mari ou du concubin de la mère. Mais la possibilité de constater et d'inscrire la paternité biologique du donneur ne nous semble pas satisfaisante pour les raisons citées plus haut (voir 3.5 *in fine*).

Ensuite, le législateur devrait exclure toute possibilité de contester la paternité du mari ou du concubin de la mère, pour autant que celui-ci ait consenti à l'insémination; la présomption de paternité du mari devrait être «irréfragable» et le concubin ne devrait pas pouvoir contester sa reconnaissance. La portée et les conséquences de leur consentement à l'IAD devraient suffire à justifier une exclusion de ces actions.

Ces conditions nous semblent être essentielles pour assurer la viabilité de l'IAD et encourager le don de sperme; sans cela, cette technique continuera d'être pratiquée en secret dans des cabinets privés de gynécologues sans que l'on sache si les conditions fixées par la jurisprudence, et notamment le droit à la connaissance de ses origines, sont toujours respectées.

4. La Suisse

4.1 Introduction

Par rapport à la France et à l'Allemagne, la Suisse présente encore un paysage juridique différent en matière d'anonymat du donneur et de filiation d'un enfant né par IAD.

Le 17 mai 1992, le peuple et les cantons suisses ont adopté un nouvel article constitutionnel qui vise à protéger l'homme et son environnement «contre les abus en matière de techniques de procréation et de génie génétique», ainsi qu'à «assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille». Parmi les principes généraux de cette disposition, il est notamment fait référence à l'anonymat du donneur; en effet, l'alinéa 2 lettre g du nouvel article 24^{novies} dispose que «l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance est garanti». La future loi fédérale d'application devra déterminer si, conformément à cette disposition, l'anonymat du donneur de sperme doit être levé ou non. La doctrine majoritaire est d'avis que le nouvel article constitutionnel implique un droit pour l'enfant IAD à la connaissance de l'identité du donneur⁷⁴. L'avant-projet de loi de juin 1995 prévoit d'ailleurs l'introduction de ce droit pour l'enfant.

En pratique, il naissait en Suisse en moyenne 350 enfants par IAD jusqu'en 1992; mais depuis l'entrée en vigueur de l'art. 24^{novies} Cst., ce nombre a baissé de façon très importante. Les médecins attirent notamment l'attention sur le fait que très peu de donneurs se sont présentés depuis 1992; la possible levée de leur anonymat et l'insécurité juridique qu'elle entraîne en sont les causes principales⁷⁵.

En ce qui concerne la filiation d'un enfant IAD, la nécessité d'un statut spécifique pour une filiation dans laquelle intervient un don de gamètes a déjà été prise en compte par le législateur en 1976. Par l'introduction du troisième alinéa de l'article 256 du Code civil, le législateur a choisi de faire primer la volonté exprimée (la vérité socio-affective) sur la vérité biologique lors de l'intervention d'un tiers donneur dans la procréation. Il a en effet décidé d'interdire le désaveu du mari qui a préalablement consenti à la conception par le fait d'un tiers.

La future loi d'application de l'article 24^{novies} Cst devra régler certains points litigieux, notamment les liens juridiques qui s'établiront entre l'enfant et le donneur si l'anonymat de ce dernier est levé. Nous avons ainsi choisi d'examiner comment l'avant-projet de cette loi propose de résoudre les questions de filiation d'un enfant IAD et d'anonymat du donneur.

⁷⁴ Schweizer, n° 97ss; Mandofia et Guillod, p. 209ss.

⁷⁵ Rapport explicatif, p. 27s.

4.2 L'avant-projet de loi sur la médecine humaine

4.2.1 Introduction

Cet avant-projet de loi, ainsi que le rapport qui l'accompagne, ont été élaborés au sein de l'Administration fédérale et rendus publics au mois de juin 1995. Il contient des dispositions de nature civile et pénale; celles-ci visent essentiellement à réprimer les abus en matière d'assistance à la procréation, comme par exemple la création de clones, le choix du sexe de l'enfant ou la pratique d'une technique de procréation assistée en violation des dispositions légales.

Nous nous proposons de rapporter dans un premier temps les différents éléments qu'il contient en rapport avec l'IAD en général.

Tout d'abord, à l'article 4 al. 3, l'avant-projet limite l'accès aux méthodes de procréation assistée qui recourent à des tiers donneurs aux seuls couples mariés. L'union libre ne présente pas, selon le rapport, des garanties de stabilité suffisante; les partenaires ne sont juridiquement tenus ni au devoir d'assistance, ni aux prestations d'entretien réciproques. A l'opposé, le mariage est une institution juridique clairement définie, comportant un début, une fin, entraînant la création du lien de filiation et de nombreux effets personnels. Eu égard au bien de l'enfant, l'assimilation de l'union libre au mariage dans le domaine des techniques de procréation assistée utilisant du sperme provenant d'un don ne peut être approuvée, selon le rapport. Cette conception éviterait aussi une réorientation du droit de la filiation. L'adoption de la conception contraire aurait en effet pour conséquence de devoir créer la possibilité de la reconnaissance ou de l'action en paternité (art. 260ss CC) basées uniquement sur le consentement à l'insémination de la concubine avec du sperme provenant d'un don⁷⁶.

En ce qui nous concerne, nous aurions été favorables à une réorientation du droit de la filiation dans le sens cité par le rapport, de manière à permettre aux couples vivant en union libre depuis un temps déterminé d'accéder à l'IAD. En effet, dans la mesure où la paternité du concubin est établie et ne peut plus être contestée, nous ne voyons pas en quoi le mariage est une condition nécessaire pour bénéficier d'une IAD. Le concubin qui aura reconnu l'enfant ou dont la paternité

⁷⁶ Idem, p. 40s.

aura été déclarée aura une obligation d'entretien de l'enfant à sa charge, ce qui représente à nos yeux une garantie suffisante pour le «bien» de l'enfant. Le fait que les partenaires ne soient pas juridiquement tenus au devoir d'assistance et aux prestations d'entretien réciproques n'est pas déterminant à notre avis, car ces obligations à la charge des partenaires ne touchent l'enfant qu'indirectement.

En exigeant que l'enfant puisse établir un lien de filiation avec ses père et mère, l'art. 4 al. 2 de l'avant-projet interdit l'accès à l'assistance à la procréation aux couples homosexuels et aux femmes célibataires. Dans le rapport, les auteurs invoquent le bien de l'enfant qui veut qu'il ait un père et une mère. Cependant, les couples vivant en union libre pourront bénéficier des méthodes homologues de procréation assistée⁷⁷.

Aux termes de l'article 4 al. 4, sont interdits le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution. Si l'interdiction du don d'embryons et de la maternité de substitution n'est pas étonnante dans la mesure où ces deux pratiques étaient proscrites par l'article 24^{novies} al. 2 lettre d Cst, l'interdiction du don d'ovules est en revanche une véritable surprise; en effet, l'article constitutionnel n'excluait pas la pratique du don d'ovules. Les raisons invoquées dans le rapport explicatif pour justifier cette interdiction sont les suivantes :

- dans le cas du don d'ovules, la maternité est éclatée entre la mère génétique d'une part et la mère biologique, la mère psychologique et celle qui donne physiquement naissance à l'enfant d'autre part;
- la conscience de porter jusqu'à terme un enfant génétiquement étranger peut avoir des conséquences négatives durant la grossesse déjà;
- la certitude de la maternité est une composante essentielle du bien de l'enfant⁷⁸.

Même si nous trouvons ces arguments très théoriques, nous ne nous prononcerons pas sur le bien-fondé de l'interdiction, vu que nous ne connaissons pas suffisamment la pratique du don d'ovules et ses éventuels aspects négatifs.

Cependant, nous nous sommes étonnés qu'une disposition interdisant une technique de procréation assistée figure dans un article intitulé

⁷⁷ Idem, p. 39s.

⁷⁸ Idem, p. 41s.

«Bien de l'enfant». En effet, il est douteux que le «bien de l'enfant» puisse être atteint par un fait rendant possible l'existence même de cet enfant; de plus, toute déclaration précédant la naissance sur le «bien» futur de l'enfant revêt évidemment un caractère hautement spéculatif. Ces brèves considérations suffisent à notre avis à démontrer que l'interdiction du don d'ovules n'a manifestement pas sa place dans un article consacré au bien de l'enfant.

Le recours aux méthodes de procréation assistée n'est prévu qu'en cas de stérilité d'un couple encore en âge de procréer ou en cas de risque de transmission d'une maladie héréditaire grave et incurable (art. 5).

L'article 6 dispose que le couple devra être informé avant l'insémination sur les aspects médicaux d'une telle méthode, de même que sur ses conséquences juridiques et financières. Le consentement écrit des deux membres du couple devra être obtenu avant l'intervention, aux termes de l'article 7; l'accord est révocable jusqu'au moment de l'insémination.

De même, l'accord écrit du donneur devra être obtenu. Avant le don, des informations sur les aspects juridiques, notamment sur le droit de l'enfant de prendre connaissance du dossier, devront être communiquées par écrit au donneur (art. 18).

Enfin, les mélanges de sperme sont interdits (art. 21 al. 1), afin d'éviter un contournement de l'interdiction de l'anonymat prévue aux articles 23ss de l'avant-projet.

4.2.2 La levée de l'anonymat

Ce sont les articles 23ss de l'avant-projet qui traitent du droit de l'enfant à l'information.

Le rapport explicatif met en évidence l'importance pour chacun de la connaissance de sa propre origine; le lien psychique avec les ascendants biologiques pourrait s'avérer déterminant pour une meilleure compréhension de soi. Dans ce sens, l'ascendance fait partie de la personnalité, en tant que caractéristique d'individualisation. C'est pourquoi l'article 24 al. 2 lettre g Cst garantit l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance et concrétise ainsi le droit fondamental de la liberté personnelle.

L'intérêt du donneur à la non-révélation de son identité à l'enfant doit passer au second plan, d'autant plus que la levée de l'anonymat n'aura pour lui aucune conséquence sur le plan du droit de la famille. Pour les auteurs du rapport, la communication à l'enfant de données non identifiantes sur la personnalité du donneur n'est pas suffisante; il ne fait aucun doute qu'à la demande de l'enfant, l'identité du donneur doit lui être communiquée. En effet, d'après le rapport, dans la poursuite de son identité, l'enfant doit pouvoir se représenter une personne dont il connaît le nom.

Cependant, aucune révélation d'office de l'identité du donneur n'est prévue; en effet, le choix d'informer ou non l'enfant sur les circonstances de sa conception appartient aux parents. De plus, il existe pour chaque enfant un «droit de ne pas savoir»; ainsi, même informé sur son mode de conception par ses parents, l'enfant peut désirer ne pas connaître l'identité du donneur⁷⁹.

Pratiquement, le droit à l'information se réalise de la façon suivante. Dans un premier temps, au moment du don, des renseignements sont recueillis sur la personnalité du donneur (art. 23): nom, prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité, profession et formation, état civil, religion, date du don, résultats de l'examen médical et informations sur l'aspect physique du donneur, comme par exemple la couleur de ses cheveux et de ses yeux. Le couple demandeur doit lui aussi remplir un formulaire qui contient leurs noms, prénoms, lieux et dates de naissance, lieux d'origine ou nationalités, date de l'utilisation des gamètes.

Après la naissance de l'enfant, le médecin traitant doit transmettre immédiatement ces données au centre de conservation des données désigné par le droit cantonal (art. 24).

Ces données doivent être conservées pendant 80 ans par ce centre (art. 25). La longue durée de ce délai se justifie par le fait qu'une personne peut n'apprendre que tard les circonstances de sa conception.

L'article 26 est la disposition essentielle du processus d'identification du donneur. Des «renseignements sur le donneur» peuvent être donnés à l'enfant en tout temps s'il en fait la demande et pour autant qu'il témoigne d'un intérêt justifié (art. 26 al. 1). Le centre doit à ce sujet

⁷⁹ Idem, p. 64ss.

jouer d'un pouvoir d'appréciation selon les auteurs du rapport, en ce sens qu'il lui appartient de juger dans quelle mesure il doit, notamment pour des motifs de santé, informer l'enfant ou son représentant légal sur les résultats des examens médicaux du donneur. Ce pouvoir d'appréciation et l'exigence d'un intérêt justifié lorsqu'il s'agit d'un enfant âgé de moins de 16 ans constituent une protection importante pour les parents sociaux; en effet, sans cette protection, le centre pourrait, sur simple demande, révéler en tout temps qu'ils ont eu recours à un don de sperme⁸⁰.

En ce qui concerne les données identifiantes (art. 26 al. 2), sont communiquées à l'enfant âgé de 16 ans qui en fait la demande les informations sur l'aspect extérieur du donneur ainsi que son identité, sans qu'il soit nécessaire de faire valoir un intérêt justifié. Le donneur devra, dans la mesure du possible, être contacté et informé de la demande de l'enfant.

De toute façon, la transmission des renseignements ne se fera au plus tôt qu'après l'écoulement d'un mois à partir du moment du dépôt de la demande. On peut s'étonner que les informations relatives à l'aspect physique du donneur aient été classées avec les données sur l'identité. Nous ignorons pourquoi les auteurs du rapport ont jugé nécessaire que l'enfant soit âgé d'au moins 16 ans pour obtenir des renseignements sur l'aspect physique du donneur. Peut-être ont-ils eu peur que la transmission des caractéristiques physiques insolites de certains donneurs permettent leur identification.

Nous trouvons que la formulation de l'article 26 alinéa 1 est des plus obscures⁸¹. En effet, l'avant-projet ne dit pas si l'enfant peut avoir accès en tout temps à l'identité du donneur et aux renseignements sur son aspect physique s'il démontre un intérêt justifié, dans la mesure où l'accès à ces deux informations pour un enfant de moins de 16 ans n'est pas exclu formellement par l'art. 26 al. 1. L'exigence d'un intérêt justifié fait pencher pour l'affirmative, alors que l'exigence de l'âge

⁸⁰ Idem, p. 70.

⁸¹ « Le centre cantonal de conservation des données peut donner en tout temps à l'enfant conçu au moyen de sperme provenant d'un don des renseignements sur le donneur, pour autant que l'enfant puisse faire valoir un intérêt justifié ».

posée à l'alinéa 2⁸² fait pencher pour la négative. Dans cette perspective, nous trouvons la formule «des renseignements sur le donneur» trop vague.

Comme nous l'avons vu, le conflit d'intérêts entre le donneur et l'enfant tourne à l'avantage de l'enfant, ce qui évite de recourir pour chaque cas à une pesée d'intérêts par les autorités. Cependant, le donneur et sa famille ont droit à une protection de leur vie privée. Le délai d'attente prévu d'un mois est utile dans cette perspective. En effet, cela permet au donneur d'envisager l'événement sans précipitation et on évite aussi les demandes d'informations faites sur un coup de tête momentané et les comportements irréfléchis consécutifs à la transmission des informations. De surcroît, en vertu des droits de la personnalité du donneur, celui-ci peut refuser tout contact avec l'enfant (art. 26 al. 3).

Afin d'assurer un accompagnement de l'enfant, l'art. 26 al. 4 de l'avant-projet prévoit que le Conseil fédéral peut confier le traitement des demandes d'informations à une commission fédérale spéciale. Cette solution centralisée se justifie vu que le nombre de demandes de renseignements sera probablement restreint⁸³.

L'article 44 prévoit encore que les articles 23 à 26 s'appliquent aussi aux dons de sperme effectués avant l'entrée en vigueur de la loi, pour autant que le sperme ait été utilisé après cette date. En cas de don et d'utilisation des gamètes avant l'entrée en vigueur de la loi, le médecin a l'obligation de donner les renseignements.

4.2.3 Les règles sur la filiation

L'article 22 al. 1 et 2 de l'avant-projet dispose qu'une action en paternité tendant à l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et le donneur est exclue, dans la mesure où le don de gamètes s'effectue chez une personne autorisée à pratiquer les méthodes de procréation assistée ou à conserver et pratiquer la cession de sperme provenant de dons. Le donneur, qui a mis à disposition ses gamètes pour des mo-

⁸² « L'enfant âgé de 16 ans révolus a le droit de demander des renseignements sur l'aspect physique et les données d'identification du donneur, sans devoir faire valoir un intérêt justifié ».

⁸³ *Rapport explicatif*, p. 71s.

tifs altruistes, doit être assuré que son don n'entraînera pas des effets relevant du droit de la famille (prestations d'entretien, droits successoraux). Les intérêts de l'enfant passent ici après ceux du donneur⁸⁴.

Mais si le don n'a pas été fait à une personne titulaire d'une autorisation, l'enfant conserve le droit d'actionner le donneur en vue d'établir avec lui un lien légal de filiation⁸⁵.

Nous ne pouvons que souscrire à cette solution dont le bien-fondé est évident. La loi mettra ainsi fin à l'insécurité juridique actuelle en matière de filiation, laquelle a déjà eu pour effet une baisse drastique du nombre des donneurs depuis l'adoption de l'article 24^{novies} al. 2 lettre g Cst. En effet, cet article constitutionnel permet déjà, selon une partie de la doctrine⁸⁶, de lever le voile sur l'identité du donneur, sans pour autant que l'établissement d'un lien de filiation entre ce dernier et l'enfant soit actuellement exclu.

Comme nous l'avons vu précédemment (voir 4.2.1), l'article 4 al. 3 de l'avant-projet de loi limite l'accès aux méthodes de procréation assistée hétérologue aux couples mariés, afin de garantir à l'enfant un père et une mère. Pour consacrer cette garantie, l'article 22 al. 3 de l'avant-projet dispose que le mari qui a consenti par écrit à une méthode de procréation assistée hétérologue ne peut pas contester la filiation résultant de la naissance de l'enfant, à moins qu'il ne soit prouvé que l'enfant n'a pas été conçu par la méthode en question. L'action en désaveu de l'enfant est soumise aux mêmes conditions.

Dans le même temps, l'avant-projet propose d'adapter l'article 256 al. 3 CC, relatif à l'exclusion de l'action en désaveu de paternité lorsque le père a consenti à la conception par le fait d'un tiers; l'avant-projet prévoit ainsi d'admettre cette action lorsqu'elle a pour but de prouver que l'enfant n'a pas été conçu au moyen d'une méthode de procréation assistée. On pense naturellement au cas où, pendant le cycle de traitement, la femme aurait une relation adultérine étant à l'origine de la naissance de l'enfant. La seule façon de prouver que l'enfant n'a pas

⁸⁴ Idem, p. 63.

⁸⁵ Idem, p. 62.

⁸⁶ Mandofia et Guillod, p. 210; Schweizer, n° 100ss.

été conçu par la méthode en question sera de comparer le patrimoine génétique de l'enfant avec celui du donneur⁸⁷.

L'article 256 al. 3 s'applique aussi à l'enfant en cas de don effectué avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale si le consentement du mari a été obtenu sans respecter la forme écrite (art. 12e du Titre final CC).

L'avant-projet donne clairement la préférence au critère de la volonté aux dépens du critère biologique en matière d'établissement de la filiation. Nous ne pouvons qu'adhérer à cette proposition qui a l'avantage de consacrer définitivement le lien de filiation de l'enfant avec ses parents sociaux, et plus particulièrement avec son père social. Dans cette perspective, si l'on accepte l'idée que la volonté crée la filiation dans les cas d'insémination avec donneur, il est normal, pour la cohérence globale du système, que l'enfant ne puisse contester sa filiation. En effet, dans cette hypothèse, c'est la seule filiation qui existe pour lui, le lien avec le donneur devant être écarté d'emblée car il n'a pas de sens dans une situation de ce genre.

4.3 L'initiative concernant l'interdiction de l'IAD

Une initiative intitulée «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine)» a été déposée le 18 janvier 1994, munie de 125'766 signatures⁸⁸. Elle est soutenue par le parti Evangeliste et par la frange radicale des Ecologistes.

Cette initiative vise à compléter l'alinéa 2 de l'article 24^{novies} Cst du 17 mai 1992. Son texte est le suivant :

« La Confédération édicte des prescriptions concernant l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Elle veille par là à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et se conformera notamment aux principes suivants :

1) La procréation hors du corps de la femme est interdite.

⁸⁷ Rapport explicatif, p. 64.

⁸⁸ FF 1992 VI 419.

2) *L'utilisation de gamètes de tiers à des fins de procréation artificielle est interdite.* »

Le chiffre 1) vise à interdire la fécondation *in vitro* ; le chiffre 2) vise l'interdiction des méthodes hétérologues de procréation assistée en général.

Les arguments d'un des défenseurs de l'initiative (qui ne représentent pas, nous l'espérons, les arguments de tous les partisans de l'initiative) sont les suivants⁸⁹ :

- en choisissant le donneur, le médecin prend le rôle du Créateur sans avoir sa clairvoyance; il peut ainsi choisir la taille, l'intelligence (!), la couleur des yeux et des cheveux de l'enfant à naître;
- l'utilisation de sperme étranger au couple est une atteinte à la relation des conjoints et à la dignité de l'être humain;
- l'autorisation de l'IAD n'est pas seulement une affaire privée; elle concerne la société. Le donneur anonyme (!) ne fait pas partie du couple; il représente l'intervention de la société dans l'IAD. D'après le message biblique, le concept du mariage comprend d'autres dimensions que le simple cadre du couple et de la procréation. Tous les domaines du mariage sont sacrés et forment ensemble une unité. C'est pourquoi il n'est pas concevable de déléguer un devoir conjugal à une tierce personne dans le cadre de l'unité du mariage;
- la dignité de l'être humain est intangible parce qu'elle émane de Dieu;
- l'être humain est dépassé par une technologie qu'il ne maîtrise pas.

Les arguments fallacieux (les médecins sont actuellement incapables de transmettre génétiquement l'intelligence) côtoient les considérations religieuses ou éthiques les plus saugrenues (la théorie du médecin-Créateur nous semble par exemple particulièrement abracadabrante).

De plus, M. Bhend, qui paraît puiser toutes ses références dans la Bible, semble avoir bien vite oublié que dans la Genèse, Saraï, que le Seigneur avait empêchée d'enfanter, proposa à son époux Abraham d'aller vers sa servante Hagar en se disant : «Peut-être que par elle j'aurai un fils»⁹⁰.

⁸⁹ Bhend, *passim*.

⁹⁰ Khaïat, 1994, p. 1.

Il faut espérer que la campagne qui précédera la votation populaire permettra de débattre de l'IAD et de la fécondation *in vitro* en recourant à des arguments plus réalistes et rationnels (par exemple l'intérêt que des couples infertiles peuvent avoir à bénéficier de ces méthodes, les problèmes qui peuvent surgir en cas de recours à une de ces méthodes, leur dangerosité pour la femme). A défaut, le débat risque de tomber dans des considérations relevant uniquement de la mystique, de l'idéologie et du fantasme comme chez M. Bhend.

Interdire ces méthodes sous prétexte qu'elles sont contraires à l'éthique et à une certaine conception religieuse nous semble égoïste, aberrant et inefficace.

C'est égoïste parce qu'on ignore les obstacles et souffrances que les couples infertiles voulant accéder à ces méthodes ont dû traverser par rapport à ceux qui procréent naturellement⁹¹. Leur désir d'avoir un enfant en est d'autant plus fort et admirable et dans tous les cas tout autant respectable que celui des autres couples.

C'est aberrant parce que l'IAD est pratiquée en Suisse depuis plus de vingt ans et qu'elle est généralement reconnue comme une pratique admissible au niveau éthique. C'est en tout cas ce que nous a affirmé M. Alberto Bondolfi, spécialiste de l'éthique à l'Université de Zurich.

C'est inefficace parce que la pratique de l'IAD est relativement facile techniquement; il existe même aux Etats-Unis des «kits» pour pratiquer soi-même une IAD. Dès lors, une interdiction risque d'entraîner le développement d'une pratique sauvage de cette méthode en Suisse, en dehors de tout contrôle. De plus, pour les couples aisés financièrement, il leur suffira de se rendre dans une clinique privée à l'étranger (en Italie ou en Angleterre notamment) pour bénéficier d'une méthode de procréation hétérologue.

Ces méthodes, même si elles soulèvent des questions particulières qui doivent être réglées dans un cadre juridique défini, ne posent pas davantage de problèmes sociaux que la procréation naturelle et sont généralement reconnues comme acceptables du point de vue de l'éthique; nous ne voyons donc aucune raison de les interdire.

⁹¹ Delfraissy, Féline et Jouannet, p. 39.

4.4 Conclusion

La Suisse se trouve actuellement dans une situation transitoire : l'anonymat du donneur n'est plus garanti depuis le 17 mai 1992, mais la loi d'application qui donnera des garanties nécessaires au donneur n'a pas encore été adoptée, quatre ans plus tard. Le statut du donneur est donc relativement précaire pour l'instant; la conséquence principale de cette situation qui perdure est le manque alarmant de donneurs en Suisse. La clarification de son statut devient donc urgente, sous peine de voir disparaître la pratique de l'IAD de notre pays.

L'avant-projet de loi fédérale sur la médecine humaine devrait permettre de rassurer quelque peu les donneurs. Même si leur anonymat est clairement et définitivement levé pour des raisons liées à l'intérêt de l'enfant, l'avant-projet répond aux attentes des donneurs en excluant toute possibilité d'établir un lien de filiation avec l'enfant.

D'une manière plus générale, l'avant-projet de loi est très satisfaisant en matière de filiation d'un enfant IAD. En effet, la réglementation est cohérente et équilibrée, dans la mesure où les intérêts de chacune des parties ont été pris en compte. En gommant les effets attachés au lien biologique et en accordant la priorité au critère socio-affectif, les auteurs de l'avant-projet ont fait des familles «IAD» des familles «ordinaires» au sein desquelles les parentés sociale et biologique coïncident. C'est une preuve qu'une filiation juridique peut délibérément s'écarter de la vérité biologique, et cela, hors du contexte d'adoption.

Si cet avant-projet était accepté par les Chambres fédérales, il devrait permettre d'assurer une pratique de l'IAD saine, cohérente et viable, même si nous ne partageons pas complètement certaines options choisies, notamment en matière d'anonymat du donneur (l'intérêt de ce dernier n'a en effet pas été suffisamment pris en compte). Il faut espérer que cet édifice ne sera pas anéanti par l'initiative populaire visant à interdire l'insémination artificielle avec donneur et la fécondation *in vitro*. La Suisse se retrouverait alors dans une situation à la fois navrante (pour les couples demandeurs obligés de s'expatrier pour bénéficier de ces méthodes) et inédite en Europe.

5. De la nécessité d'une législation européenne cohérente

5.1 Les risques des législations nationales éclatées

A notre avis, si les divergences continuent à demeurer autant marquées entre les législations nationales en Europe en matière de procréation artificielle, les risques sont de deux types :

- 1) généralisation du tourisme procréatif et disparition de la pratique de l'IAD dans certains pays;
- 2) inefficacité des législations nationales restrictives.

1) Il existe le risque que le tourisme procréatif se répande et se généralise à travers l'Europe et que se créent ainsi des «paradis de la procréation». Les couples aisés habitant dans un pays doté d'une législation trop restrictive n'ont aucune peine à se rendre dans un pays voisin plus libéral. Le cabinet du Dr Antinori à Rome représente déjà un paradis pour les femmes ménopausées qui viennent de l'Europe entière, et notamment de Suisse, pour bénéficier des méthodes de procréation assistée que pratique ce médecin. Le charme de l'Italie est qu'elle ne dispose d'aucune législation précise. Dès lors, les cliniques privées spécialisées dans les différentes méthodes de procréation assistée ont connu un formidable «boom» dès le milieu des années quatre-vingts. Il en existerait aujourd'hui une centaine⁹².

En Suède, depuis qu'une loi de 1984 a levé l'anonymat du donneur, de nombreux couples préfèrent se rendre à l'étranger (au Danemark notamment où l'anonymat du don est toujours de rigueur) pour éviter que l'enfant ne puisse rechercher son père biologique⁹³.

On risque ainsi de voir disparaître la pratique de l'IAD dans certains pays dotés d'une législation trop restrictive, qui serait en inadéquation avec les attentes des couples demandeurs et des donneurs, au profit d'autres pays, plus libéraux.

2) Ces pratiques de tourisme procréatif rendent ainsi inefficaces les législations nationales restrictives en les contournant et ont comme effet indirect une discrimination entre les couples aux revenus modestes, dont le choix se limite à accepter les conditions de la

⁹² Schaad, p. 10ss.

⁹³ La Tribune des CECOS, n° 7, février 1994, p. 7.

législation nationale ou à renoncer, et les couples aisés financièrement qui peuvent aller «faire leur marché» dans un autre pays plus «accueillant». En effet, le traitement est cher dans ces cliniques privées : dans la *Gender Clinic* de Londres par exemple, le prix de chaque traitement revient à 1800 francs et il est nécessaire de répéter en moyenne trois fois chaque traitement pour obtenir une grossesse⁹⁴. Si on y ajoute encore les frais de transport, on arrive à un montant relativement important.

La situation actuelle et les perspectives qu'elle laisse augurer nous semblent inacceptables. C'est pourquoi nous nous permettons de proposer une solution intermédiaire en matière d'anonymat du donneur.

5.2 Présentation d'une solution intermédiaire

Après avoir examiné les positions concernant l'anonymat du donneur, nous sommes arrivés à la conclusion qu'aucun des deux systèmes opposés en Europe n'est satisfaisant. Tant l'anonymat obligatoire que l'interdiction de l'anonymat lèsent respectivement l'intérêt de l'enfant pour le premier système, des parents et du donneur pour le second.

Dès lors, il nous a semblé intéressant de chercher une solution intermédiaire qui pourrait satisfaire tant les parties à l'insémination que les Etats européens qui sont profondément divisés sur la question de l'anonymat du donneur. Il nous paraît indispensable d'établir une législation européenne cohérente dans le domaine des procréations assistées pour éviter notamment une généralisation du tourisme procréatif et la disparition de la pratique de l'IAD dans les Etats qui se seront dotés d'une législation trop contraignante pour les couples ou les donneurs.

Voilà pourquoi, en nous inspirant de divers écrits et solutions déjà en vigueur dans certains Etats, nous avons élaboré une proposition de législation concernant la question spécifique de l'anonymat du donneur. Nous n'aurions pas la prétention d'affirmer qu'elle représente la solution miracle, mais peut-être une voie de compromis intéressante.

Comme le démontrent notamment les écrits de Mme Geneviève Delaisi, psychanalyste, certains enfants nés suite à une IAD sont pertur-

⁹⁴ Schaad, p. 11.

bés par le black-out total qui est maintenu sur leur origine. Nous pensons que l'intérêt de ces enfants doit être pris en compte dans le cadre d'une législation; dès lors, le verrou de l'anonymat absolu du donneur doit sauter.

Cependant, les intérêts du donneur sont tout autant respectables que ceux de l'enfant et doivent donc être protégés. C'est pourquoi le noyau dur de l'anonymat, soit l'identité du donneur, doit être maintenu; la révélation de celle-ci ne se fera donc qu'avec l'accord de ce dernier.

En ce qui concerne la révélation d'informations à l'enfant sur le donneur, celle-ci se ferait en deux étapes.

Dans un premier temps, l'enfant qui en ferait la demande aurait accès en tout temps à certaines données non identifiantes sur le donneur; plus précisément des informations sur la personnalité du donneur (âge, taille, couleur des yeux et des cheveux, profession, religion, lieu d'origine, hobbies, nombre d'enfants) et sur les motivations qui l'ont amené à faire un don de sperme. Un formulaire à cet effet serait rempli par le donneur au moment du don.

Dans un deuxième temps, à 16 ans, si l'enfant ne se contentait pas de ces données et désirait connaître le donneur, il devrait alors s'adresser à un médiateur et motiver sa requête. Le médiateur prendrait ensuite contact avec le donneur auquel il expliquerait la situation de l'enfant et sa volonté d'établir un contact avec lui et/ou de connaître son identité.

Un double choix se présenterait alors au donneur :

1. Le donneur refuse de révéler son identité et de rencontrer l'enfant. Dans ce cas, la demande de l'enfant reste lettre morte. Nous laissons ce libre choix d'anonymat au donneur pour deux raisons. D'abord parce qu'une levée totale de l'anonymat risque de faire chuter le nombre des donneurs; ensuite, et c'est la raison la plus importante, parce qu'on ne peut pas imposer au donneur de prévoir quels seront ses intérêts des années plus tard. En effet, il se peut qu'il ait consenti lors du don à la possible levée de son anonymat, mais qu'au vu de nouvelles circonstances, vingt ans plus tard, cela lui causerait un tort qu'il ne pouvait estimer à l'époque et qu'il ne mérite pas de subir à ce moment. Le donneur est le

vecteur de vie de l'IAD et son don est un acte de générosité et d'altruisme; nous pensons que ce choix d'anonymat doit être respecté.

- 2 Le donneur accepte de révéler son identité et de rencontrer l'enfant. Cette hypothèse est certainement la meilleure pour l'enfant dans la mesure où aucun obstacle ne se dresse plus entre le donneur et lui-même. L'identité seule du donneur pourra être communiquée à l'enfant si celui-ci en fait la demande; il est en effet possible que l'enfant désire uniquement connaître l'identité du donneur sans pour autant vouloir le rencontrer.

Bien évidemment, aucun lien de filiation entre le donneur et l'enfant ne pourrait être établi.

Comme le lecteur l'aura remarqué, nous accordons une importance particulière à la rencontre entre le donneur et l'enfant; il serait en effet envisageable de prévoir un système dans lequel le donneur accepterait de révéler son identité mais pourrait refuser de rencontrer l'enfant qui en ferait la demande, comme ce sera le cas en Suisse. A notre avis, cette hypothèse est irréaliste, à moins évidemment que l'enfant désire uniquement connaître l'identité du donneur. Cependant, nous pensons que l'enfant qui ne se contente pas de données non identifiantes sur le donneur désire le voir, le rencontrer, lui parler. Nous sommes d'avis que le donneur qui accepte que son identité soit révélée à l'enfant devrait aussi accepter de le rencontrer, pour autant que celui-ci en fasse la demande.

De toute façon, même si le donneur refusait de rencontrer l'enfant, cela n'empêcherait pas ce dernier de faire des recherches pour le retrouver. Un tel système s'exposerait à des scènes ou à des actions en justice pathétiques. Imaginez un donneur intentant une action pour que l'enfant cesse de l'importuner : faudrait-il envoyer la police ou délimiter un périmètre interdit à l'enfant autour de la maison du donneur ? Cela nous paraîtrait ridicule.

Notre proposition présente à notre avis des avantages tant pour l'enfant que pour le donneur. En effet, l'intérêt du donneur est sauvegardé dans la mesure où il conserve un libre choix quant à son anonymat. Quant à l'enfant, par rapport au système de l'anonymat obligatoire, il peut dans tous les cas avoir accès à certaines informations. De plus, dans l'hypothèse où il désire à tout prix connaître le donneur, l'inter-

vention du médiateur lui permettra peut-être de réaliser son souhait, pour autant qu'il obtienne l'accord du donneur. Et même si ce dernier n'accepte pas de le rencontrer, l'enfant saura ainsi que c'est le donneur lui-même qui refuse une rencontre; alors que dans un système où l'anonymat est absolu, comme en France, l'enfant sait que l'identité du donneur est détenue par un centre médical mais qu'elle ne peut lui être communiquée. Or, il semblerait que ce ne soit pas tant le fait de ne pas savoir qui est difficile à supporter pour l'enfant, que le fait de savoir que d'autres connaissent quelque chose d'essentiel sur son origine et refusent de le lui révéler⁹⁵.

Voilà donc le rapport enfant-donneur tel que nous l'envisageons dans un esprit de compromis entre les intérêts en présence. Nous désirions connaître l'avis d'une pédopsychiatre concernant notre proposition, afin de savoir si elle était cohérente et conforme à l'intérêt de l'enfant. Nous l'avons donc soumise à Mme Goubier-Boula, pédopsychiatre, qui nous a aimablement répondu.

Selon elle, le black-out sur les informations concernant le donneur doit être levé, car les renseignements que l'enfant peut recevoir sur sa naissance sont essentiels et l'aident à exister; c'est une loi de construction de l'identité. Mme Goubier-Boula s'est donc montrée favorable à notre proposition en général, sous réserve d'un point que nous avons d'ailleurs supprimé. Nous proposons que le donneur ait un troisième choix au cas où l'enfant désirait le connaître : il aurait pu accepter de rencontrer l'enfant dans un endroit neutre, sans pour autant révéler son identité. Cette possibilité aurait permis à l'enfant de connaître le donneur, de voir son visage, d'entendre sa voix, de parler avec lui sans l'obliger à lever le voile sur son identité. Mais cette proposition était une aberration pour Mme Goubier-Boula, dans la mesure où elle n'apprend rien de significatif à l'enfant, puisque le donneur refuse de révéler son identité; l'enfant aurait l'impression de rencontrer un fantôme.

6. Conclusion

En matière d'anonymat, deux positions bien distinctes divisent les trois pays sujets de notre étude. Rappelons brièvement les principaux axes de ces deux positions :

⁹⁵ Delaisi et Verdier, p. 273.

- La France, en instaurant *l'anonymat absolu* du donneur, favorise le développement de la pratique de l'IAD en répondant aux attentes des couples demandeurs et des donneurs. Mais cette solution présente des inconvénients pour les enfants nés par IAD : certains d'entre eux souffrent du voile posé par le législateur sur leur origine.
- L'Allemagne et la Suisse ont mis l'accent sur *l'intérêt de l'enfant* en consacrant le droit de connaître ses origines. L'inconvénient de cette solution se situe au niveau *du donneur et des parents sociaux* : cette réglementation peut dissuader certains donneurs potentiels de faire un don et certains parents de révéler à l'enfant son mode particulier de conception, de peur qu'il cherche à prendre contact avec le donneur.

En matière de filiation, la situation est plus nuancée qu'en matière d'anonymat :

- La France a consacré la prééminence de *la volonté* dans les lois bioéthiques de 1994 en interdisant l'établissement de tout lien de filiation entre le donneur et l'enfant, en empêchant l'action en désaveu et en instaurant une paternité «forcée» du concubin.
- L'Allemagne, au contraire reste attachée à la *vérité biologique*. Elle permet encore le désaveu de l'enfant par le mari qui a consenti à l'IAD et l'établissement d'un lien de filiation entre le donneur et l'enfant.
- La Suisse, qui se trouve dans une situation *transitoire*, interdit déjà le désaveu de paternité par le mari qui a consenti à l'IAD mais n'exclut pas, dans certaines conditions, l'établissement de la paternité du donneur. Toutefois, l'avant-projet de loi prévoit d'interdire l'établissement d'un tel lien de filiation.

Ce bref rappel démontre à l'évidence que la France et la Suisse veulent privilégier le *critère socio-affectif* aux dépens du critère biologique en matière de filiation d'un enfant IAD. Cette tendance nous semble répondre à l'évolution actuelle de la société, où avoir un enfant est dans la plupart des cas un acte éminemment volontaire, au vu des moyens de contraception modernes et de la possibilité d'avorter. Dans ce cadre, l'insémination artificielle avec donneur s'inscrit plus

encore que la procréation naturelle dans cette tendance, puisqu'à l'évidence, la naissance de l'enfant est étroitement liée à un acte de volonté de ses futurs parents sociaux.

Il nous apparaît donc naturel que l'élément biologique ne soit pas *l'élément décisif* pour établir la filiation. Dans une famille envisagée comme une micro-société, les liens qui se tissent entre les différentes personnes nous semblent s'expliquer davantage par des motifs d'affection, d'éducation, de volonté de vie commune que par l'existence au préalable d'un lien biologique. C'est pourquoi le droit se doit d'accorder la prépondérance à ces éléments pour établir la filiation d'un enfant. Le consentement donné par le mari ou le concubin doit ainsi être déterminant pour l'attribution définitive de la filiation de l'enfant.

Les solutions divergentes adoptées par les trois Etats sujets de notre étude sont révélatrices de la situation actuelle en Europe en la matière. Dès lors, l'élaboration d'une convention permettant d'harmoniser les différentes positions nationales nous apparaît indispensable, si l'on veut mettre fin à la pratique du tourisme procréatif qui rend *ipso facto* inefficaces les législations nationales. Nous sommes d'avis que c'est au sein du Conseil de l'Europe que la discussion devrait s'engager pour aboutir à une position commune. Reste à savoir si certains Etats, qui bénéficient économiquement du tourisme procréatif ou qui retardent sans cesse l'adoption d'une législation interne en matière d'assistance à la procréation en raison de son caractère hautement polémique, sont prêts à discuter d'une position commune. De surcroît, certaines solutions nationales sont tellement antinomiques que leur rapprochement paraît difficile.

Espérons cependant qu'une législation européenne cohérente et respectueuse des intérêts en présence verra le jour, de manière à assurer la viabilité de l'IAD tout en l'éloignant du mercantilisme. C'est à cette condition que cette méthode, ultime espoir de nombreux couples, pourra continuer d'être pratiquée dans des conditions dignes de la personne humaine.

Situation du don du sperme dans les pays européens

Reproduit de La Tribune des CECOS, no 7, février 1994, pp. 4 et 5

	ALLEMAGNE	SUISSE	SUÈDE	NORVÈGE	HOLLANDE	FRANCE
Lois	++ L'enfant doit connaître ses origines génétiques	+++1992 L'accès de toute personne aux données relatives à son ascendance est garanti	+++1985 L'enfant à sa majorité a le droit de connaître l'identité du donneur	+++1972		1988 Agrément des centres 1992 le sperme congelé est obligatoire
ORGANISATION NATIONALE	Centres indépendants	Centres indépendants Guidelines American Fertility Society	Centres agréés Règlement	Centres agréés	Centres indépendants Guidelines des Collèges des Gynécologues et des Généticiens	Centres agréés Fédération Nationale des CECOS
CENTRES PUBLICS	0	2	4	5	50	20
CENTRES PRIVÉS	15-20	3	0	1	3	2
DONNEUR	Anonymat non garanti ? Célibataire	Anonymat non garanti ? Célibataire	Non anonyme ? Célibataire ou père de famille	Anonymat +++ Rétribution	Anonymat Gratuité Célibataire	Anonymat Gratuité Père de famille
	Sperme congelé	Sperme congelé	Sperme congelé	Sperme congelé (aussi importé de Danemark sperme frais)	Sperme congelé	Sperme congelé
	Screening ±	?	Screening ++	Screening ±	Screening ±	Screening ++
RECEVEUR	Couples	Couples	Couples mariés	Couples mariés	Couples Femmes seules Couples de femmes	Couples
DONS DE GAMÈTE ET FIV	?	Non	Non		Oui	Oui
ÉVALUATION NATIONALE	Non	Non	Oui	Non	Non	Oui
NOMBRE ANNUEL DE NAISSANCES IAD	Environ 500 naissances	Environ 100 naissances	20 naissances	100-110 naissances	1000-1200 naissances	2000 naissances
PARTICULARITÉS	Une future loi est en préparation interdisant l'IAD avec donneur anonyme	Fermeture progressive des centres	Beaucoup de couples font des IAD au Danemark ou en Hollande			Organisation nationale uniforme

Situation du don du sperme dans les pays européens

	BELGIQUE	ROYAUME-UNI	ESPAGNE	PORTUGAL	ITALIE	GRÈCE
Lois		++1991	+++1988	++1986		
ORGANISATION NATIONALE	Centres indépendants	Centres agréés indépendants		Centres indépendants	Centres privés Réseau de 19 centres	
CENTRES PUBLICS	16	85 centres la plupart privés	5	0	0	0
CENTRES PRIVÉS	0		14	?	> 30	1
DONNEUR	Anonymat Rétribution Célibataire	Anonymat Rétribution Célibataire	Anonymat Rétribution Célibataire	Anonymat Rétribution Célibataire	Anonymat Rétribution Célibataire	Anonymat Rétribution Célibataire
	Sperme congelé Sperme frais	Sperme congelé	Sperme congelé Sperme frais	Sperme congelé Sperme frais	Sperme congelé Sperme frais	Sperme congelé Sperme frais
	Screening ++	Screening ++	Screening ±		Screening ±	Screening ±
RECEVEUR	Couples Femmes seules Couples de femmes	Couples Femmes seules	Couples Femmes seules	Couples	Couples ?	Couples
DONS DE GAMÈTE ET FIV	Oui	Oui	Oui		Oui	Oui
ÉVALUATION NATIONALE	Non	Non	Non	Non	Non	Non
NOMBRE ANNUEL DE NAISSANCES IAD	600-800 naissances	650 naissances	100 naissances	50 naissances	?	
PARTICULARITÉS	Malgré l'absence de loi, les centres importants respectent un guideline de bonne pratique	Contrôle sanitaire strict Accès libre aux PMA			L'Eglise interdit l'IAD dans le public, en privé sperme frais possible	Aucune organisation Sperme frais très utilisé

BIBLIOGRAPHIE

Bibliographie générale

BAUDOIN Jean-Louis, LABRUSSE Catherine, *Produire l'homme : de quel droit ?*, PUF, Paris, 1987

DELAISI Geneviève, *Réflexions d'une psychanalyste sur la question de l'anonymat du donneur de sperme dans l'insémination artificielle*, Cahiers médico-sociaux, vol. 37, n° 2, 1993, p. 173ss

FURKEL Françoise, *De l'anonymat du donneur en matière d'insémination artificielle*, Bioéthique et Droits de l'Homme, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1993, p.11ss

SCHAAD Béatrice, *Voyage dans les cliniques du fantasme*, L'Hebdo, n° 12, 24 mars 1994, p. 10ss

STEPAN Jan, *Rechtsvergleichende Gedanken zur Regelung der heterologen Insemination*, Mélanges von Overbeck, Ed. Universitaires, Fribourg, 1990, p. 545ss

TORT Michel, *Le désir froid*, Editions La Découverte, Paris, 1992

France

ALNOT Marie-Odile, *Don de gamètes et maternité de substitution*, Aspects éthiques de la reproduction humaine, Symposium international sur l'éthique organisé par la Fédération internationale de gynécologie et d'obstétrique, Paris, 1994, p. 1ss

BONNET Catherine, *Les enfants du secret*, Editions Odile Jacob, Paris, 1992

BYK Christian, *La loi relative au respect du corps humain*, La Semaine Juridique, Edition Générale, n° 39, 1994, p. 405ss

CORPART-OULERICH Isabelle, *Le secret des origines*, Revue de Droit sanitaire et social, Vol. 30, n° 1, janv.-mars 1994, p. 1ss

DAVID D., MAYAUX M.J., SOULE M., *Insémination avec donneur, Enquête psychologique sur 830 couples*, J. Gynécol. Obstét. Biol. Reprod., n° 17, 1988, p. 5ss

DELAISI Geneviève, VERDIER Pierre, *Enfant de personne*, Editions Odile Jacob, Paris, 1994

DELFRAISSY Jean-François, FELINE André, JOUANNET Pierre, *"Les couples subissent un parcours du combattant qui a une fonction révélatrice"*, Le Journal du sida, numéro spécial, n° 64-65, 1994, p. 39s

GOBERT Michelle, *Procréations médicalement assistées et droit de la famille*, Gazette du Palais, 22 et 23 avril 1994, p. 2ss

HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle, *Traité de droit civil : fondation et vie de la famille*, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993

KHAIAT Lucette, *La procréation médicalement assistée dans l'expérience française ou éthique, fantasmes et droit*, La procreazione artificiale tra etica e diritto, Edizioni Cedam, Padova, 1989, p. 67ss

KHAIAT Lucette, *Les procréations assistées ou mystique, éthique, fantasmes et droit*, Enfance menacée, La documentation française, Paris, 1991, p. 243ss

KHAIAT Lucette, *Procréation et droit : la résistible instauration du permis de procréer*, exposé présenté à l'occasion des XXIIe Assises Nationales des Sages-Femmes, Paris, mai 1994

MANUEL Christine, *Les risques du secret : aspects psychologiques de la conception par IAD*, Enfance menacée, La documentation française, Paris, 1991, p. 81ss

RAYMOND Guy, *L'assistance médicale à la procréation*, La Semaine Juridique, Edition Générale, n° 43, 1994, p. 453ss

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, *Procréations assistées et stratégies en matière de filiations*, La Semaine Juridique, Edition Générale, n° 21, 1991, p. 181ss

Allemagne

BERNAT Erwin, *La procréation assistée et la recherche sur l'embryon in vitro - Quelques remarques sur l'état de la discussion en Autriche et en Allemagne*, Procréation artificielle : où en sont l'éthique et le droit ?, Ed. Alexandre Lacassagne, Lyon, 1989, p. 145ss

BRODA Christian, *Diskussion*, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Berlin 1986, Verlag C.H. Beck, München, 1986, Band II, p. K 88s.

COESTER-WALTJEN Dagmar, *Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind*, Neue Juristische Wochenschrift, vol. 36, n° 37, 1983, p. 2059s.

COESTER-WALTJEN Dagmar, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zivilrechtliche Probleme*, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Berlin 1986, Verlag C.H. Beck, München, 1986, Band I, p. B 23ss

COESTER-WALTJEN Dagmar, *Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, vol. 39, n° 4, 1992, p. 369ss

COESTER-WALTJEN Dagmar, *Ueberlegungen zur deutschen Kindschaftsrechtsreform*, Mélanges en l'honneur de Jan Stepan, Schulthess, Zurich, 1994, p. 17ss

ENDERS Christoph, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Neue Juristische Wochenschrift, vol. 42, n° 14, 1989, p. 881ss

FURKEL Françoise, *Chronique de droit civil allemand*, Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 695ss

REINKE Birgit, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft*, thèse, Bayreuth, 1991

SCHWENZER Ingeborg, *Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln ?*, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Verlag C.H. Beck, München, 1992, Band I, p. A 21ss

STARCK Christian, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Verfassungsrechtliche Probleme*, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Berlin 1986, Verlag C.H. Beck, München, 1986, Band I, p. A 21ss

TEUBNER Werner, *Diskussion*, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Berlin 1986, Verlag C.H. Beck, München, 1986, Band II, p. K 125s.

Suisse

BHEND Heinz, *Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung*, Sonderdruck aus dem idea Magazin, n° 20, 1992

DUBLER-NUESS Hedwig, *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, Peter Lang, Berne, 1988

MANDOFIA BERNEY Marina, *Vérités de la filiation et procréation assistée*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1993

MANDOFIA BERNEY Marina, GUILLOD Olivier, *Liberté personnelle et procréation assistée. Quelques réflexions*, Revue suisse de jurisprudence 1993, p. 205

RAPPORT EXPLICATIF de l'avant-projet de loi fédérale sur la médecine humaine, Berne, juin 1995

SCHAUMANN Claudia, *Die heterologe künstliche Insemination*, Ed. universitaires, Fribourg, 1991

SCHWEIZER Rainer J., *Commentaire de la Constitution fédérale, art. 24novies*

N.B.: Les ouvrages inclus dans la bibliographie ne sont cités dans les notes que par le nom de l'auteur ou des auteurs, accompagné au besoin de l'année de parution.

TABLE DES MATIERES

1. Objectifs de l'étude.....	2
2. La France.....	3
2.1 Introduction.....	3
2.2 La situation du donneur : anonymat en France.....	5
2.3 La filiation dans les lois bioéthiques.....	16
2.4 Conclusion.....	26
3. L'Allemagne.....	26
3.1 Introduction.....	26
3.2 Admissibilité et conditions d'accès à l'IAD.....	27
3.3 La situation du donneur : identification en Allemagne.....	30
3.4 Insémination artificielle avec donneur et filiation.....	39
3.5 La réforme du droit de la filiation.....	47
3.6 Conclusion.....	48
4. La Suisse.....	50
4.1 Introduction.....	50
4.2 L'avant-projet de loi sur la médecine humaine.....	52
4.3 L'initiative concernant l'interdiction de l'IAD.....	59
4.4 Conclusion.....	62
5. De la nécessité d'une législation européenne cohérente.....	63
5.1 Les risques des législations nationales éclatées.....	63
5.2 Présentation d'une solution intermédiaire.....	64
6. Conclusion.....	67
<i>Situation du don du sperme dans les pays européens.....</i>	<i>70</i>
<i>Bibliographie.....</i>	<i>72</i>