



TRAVAIL ORIGINAL

Anonymat du don de gamètes : protection d'un modèle social ou atteinte aux droits de l'homme ?

Anonymous gamete donation: what to protect and does it violate the human rights?

J. Guibert^{a,*}, E. Azria^{b,c}

^a Service de gynécologie-obstétrique-II, faculté de médecine, APHP, université René-Descartes, unité de médecine de la reproduction, hôpital Cochin, 82, avenue Denfert-Rochereau, 75014 Paris, France

^b Service de gynécologie-obstétrique-I, faculté de médecine, APHP, université René-Descartes, maternité Port-Royal, hôpital Cochin, 82, avenue Denfert-Rochereau, 75014 Paris, France

^c Département de recherche « éthique, santé, science et société », espace éthique de l'APHP, université Paris-Sud 11, France

Reçu le 6 novembre 2006 ; avis du comité de lecture le 5 février 2007 ; définitivement accepté le 13 février 2007

Cet article a fait l'objet d'une communication à la journée-débat organisée par l'association Maïa : *Enfants issus du don de gamètes : leur dire ou pas ?* le 26 avril 2006 à Paris, intitulée « Anonymat du don de gamètes et droits de l'homme »

MOTS CLÉS

Anonymat du don de gamètes ;
Droits de l'homme

Résumé Le don de gamètes est soumis par la loi de bioéthique à l'obligation d'anonymat, en référence aux principes de protection de la personne humaine appliquée dans d'autres pratiques médicales. Nous interrogeons ici la pertinence de ce choix vis-à-vis des droits de l'homme qui, au sommet de la hiérarchie du droit, font le lien entre éthique et droit. Cette norme s'est construite en héritage des pratiques des CECOS et elle est contestée par de nombreux pays européens qui autorisent désormais l'accès aux origines génétiques. Il semble que l'obligation d'anonymat fonctionne plus comme une pratique que comme une protection des principes de respect du corps humain et d'oblativité du don, à l'œuvre également dans la cession des autres éléments du corps humain. De plus, appliquée au don de gamètes, cette obligation protège efficacement l'objet social qu'est le projet parental, mais reste sans effet sur les valeurs qu'elle devait préserver : parenté, filiation, humanité non réduite au biologique. Enfin, l'analyse des textes fondateurs des droits de l'homme reconnus par la France montre que, si l'obligation d'anonymat ne semble pas leur porter directement atteinte, elle peut apparaître comme un instrument du biopouvoir évoqué par Foucault, finalement très éloigné des principes éthiques qu'elle était censée protéger.

© 2007 Elsevier Masson SAS. Tous droits réservés.

* Auteur correspondant.

Adresse e-mail : juliette.guibert@cch.aphp.fr (J. Guibert).

KEYWORDS

Anonymous gamete
doanation;
Human rights

Abstract The French legislation about gamete donation imposes anonymity between the donor and the demanders, in reference to the principles of protection of the human dignity that are applied in other fields of biomedicine. We are here wondering about this choice: does this obligation really protect the human rights that are one of the ethical bases of law? At the time the French law was written, anonymity in gamete donation was inherited from the practice of the French CECOS but it has now become controversial. Many European countries have opened the access to the genetic origins. There is no evidence for this practice to be an efficient protection of the respect of human body and the disinterested nature of donation. Concerning gametes, it seems that it protects a social object, the parental project, but that it has no influence on the protection of parenthood, filiation, and the concept that humankind is not only biological. At last, we analyse the most important human rights documents to assume the hypothesis that anonymous gamete donation, although not violating the human rights, is an implement for Foucault's biopower, far from protecting the ethical foundations of human dignity.

© 2007 Elsevier Masson SAS. Tous droits réservés.

Introduction

Les droits de l'homme, de par la mention en préambule de la constitution qui reconnaît la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ainsi que par les conventions que la France a signées ou ratifiées, font partie du bloc de constitutionnalité. Ils ont valeur constitutionnelle et apparaissent donc au sommet de la hiérarchie du droit. Même lorsqu'elles sont au service de la protection de la personne, les lois qui régissent les pratiques dans la Nation ne peuvent donc pas porter atteinte aux droits de l'homme.

Les droits de l'homme sont également une référence commune aux philosophes et aux juristes, consacrant le lien entre droit et éthique et nourrissant les principes généraux du droit.

Nous nous interrogeons ici sur l'obligation d'anonymat voulue par la loi pour le don de gamètes : les principes qui la sous-tendent participent de la protection de la personne et du corps humain qui s'appliquent à d'autres pratiques en biomedicine. Mais, lorsqu'elle concerne le don de gamètes, l'obligation d'anonymat sert-elle réellement les principes au nom desquels elle est défendue ? Y contrevenir serait-il contraire aux références éthiques qui traversent les lois de bioéthique ? Au contraire, n'est-ce pas au prix de libertés discutables avec les droits de l'homme que cette obligation arrive dans la loi comme principe ? Enfin, ne traduit-elle plutôt pas la crispation d'un modèle social dans lequel la stérilité doit être effacée plutôt que traitée ?

Pour répondre à ces questions, nous étudierons d'abord le cheminement de la construction des normes autour de l'anonymat du don de gamètes en France. Nous examinerons ensuite les principes dont l'obligation d'anonymat se réclame et tenterons de déterminer si ces principes sont vraiment respectés par sa mise en œuvre et si son abolition les mettrait en péril. Enfin, nous nous efforcerons d'analyser les relations entre cette obligation et les principaux textes fondateurs des droits de l'homme.

Normes, construction et contestation

L'obligation d'anonymat du don de gamètes est un héritage de la pratique des CECOS (Centre d'études et de conserva-

tions des œufs et du sperme). La réflexion que ceux-ci avaient engagée sur le don de sperme à leur création en 1973 les avait amenés à dégager des critères sanitaires, éthiques, techniques et pratiques, pour la plupart hérités de la culture du don du sang et des éléments du corps humain. Les aspects éthiques étaient principalement fondés sur les concepts humanistes d'indisponibilité du corps humain et d'oblativité du don, eux-mêmes hérités des principes fondant la pratique du don des éléments du corps humain, et sur la protection de la famille. Le souci avait, notamment, été de permettre au couple stérile de fonder une famille et d'offrir au père stérile un statut de père à part entière, sans qu'il puisse être privé d'une partie de sa paternité par la reconnaissance d'une paternité biologique distincte. Cette position est demeurée constante pour les responsables des CECOS dans les différentes auditions dont ils ont fait l'objet par la suite pour étayer leur position sur l'anonymat [1]. La possibilité que ces hommes déjà frappés par la stérilité soient l'objet d'une discrimination dans leur statut de père justifiait que soit privilégié le choix d'une fiction biologicojuridique reposant sur trois piliers :

- la fourniture anonyme des gamètes ;
- l'officialisation devant juge ou notaire de la demande du couple de recourir au don de gamètes ;
- l'impossibilité juridique pour le père de dénoncer sa paternité.

En 1988, le rapport du Conseil d'État sur « les sciences de la vie, de l'éthique au droit » [2] en rappelle les principaux points et, de bonnes pratiques, les consacre comme principes.

- le projet parental familial s'oppose à la génétique de l'individu et lui est supérieur ;
- le don est désintéressé et sans risque de retour ;
- les produits du corps humain ne peuvent faire l'objet d'un commerce.

Ces principes ont été repris, après audition des professionnels, par les lois de bioéthique du 29 juillet 1994 et l'anonymat total a été imposé pour le don de gamètes. Ce

choix a été confirmé lors de la révision des lois de bioéthique en 2004 [3], sans que le débat soit rouvert.

Pourtant, ce choix est régulièrement contesté depuis plus de dix ans, aussi bien par des personnes isolées, des associations (association « Procréation Médicalement Anonyme », association Maïa) que par des professionnels de l'enfance ou du psychisme [4,5]. Quelques cas ont été portés devant les instances juridiques européennes, nourrissant la jurisprudence et surtout l'argumentation. Ces contestations se fondent sur trois types d'arguments :

- d'une part des arguments éthiques, portés par l'émergence d'un droit des individus à connaître leurs origines ;
- d'autre part des arguments psychologiques, portés par la mise sur le devant de la scène de la souffrance des individus concernés ;
- enfin des arguments pratiques, faisant état, notamment, des difficultés que peuvent rencontrer les couples devant l'intrication parfois sournoise de la possibilité du secret de la conception et de l'obligation d'anonymat.

L'évolution des réglementations et législations ailleurs en Europe a également contribué à entretenir le débat citoyen alors qu'il semblait déserté les chambres françaises :

- la Suède a levé dès 1984 l'anonymat des donneurs de sperme tout en ne permettant pas l'établissement d'une filiation juridique entre l'enfant issu du don et le donneur [6]. Cette loi a entraîné dans un premier temps un effondrement du nombre de candidats donneurs. En une dizaine d'années, ce nombre est remonté et on a pu constater un changement dans la population des donneurs. Il s'agit actuellement d'hommes plus âgés et plusieurs fois pères [7] ;
- en Allemagne, le droit à connaître ses origines génétiques est garanti par la Constitution. Depuis 1989, en effet, la Cour constitutionnelle estime que ce droit constitue la conséquence logique des droits à la dignité et au libre épanouissement, ainsi que du principe d'égalité entre enfants légitimes et enfants naturels, eux-mêmes établis par la Loi fondamentale. Ce droit est cependant limité aux seules informations détenues par l'administration. Cette reconnaissance obéit à une tradition du refus du secret de la naissance en Allemagne. En cas de don de sperme anonyme (le don d'ovocytes est interdit), l'accès aux informations sur les donneurs n'est pas organisé, mais le droit aux origines étant garanti, le médecin, s'il est saisi par l'enfant issu du don, ne peut se prévaloir d'aucun texte pour ne pas communiquer les données identifiantes sur le donneur. L'action en recherche de paternité peut alors établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant. Ces dispositions peu claires font que le don de sperme est rare en Allemagne et proposé comme une solution extrême. Sa pratique anonyme est unanimement condamnée, car elle constitue pour l'enfant un obstacle évident à l'accès à ses origines [8] ;
- en Belgique, les enfants conçus par Assistance médicale à la procréation (AMP) n'ont aucune possibilité d'obtenir

des renseignements, même non identifiants, sur les donneurs à l'origine de leur naissance. Aucun lien ne peut être établi entre le donneur et l'enfant, au cas où il aurait accès à son identité. La mère est celle qui est accouchée de l'enfant et n'est pas contestable par la génétique. La paternité ne peut être contestée après AMP si l'homme est marié, alors qu'elle est contestable par l'expertise biologique si l'homme qui a reconnu l'enfant n'est pas marié à la mère. Cependant, un avis récent du Comité consultatif de bioéthique de Belgique a suggéré une politique à deux voies, afin qu'aux donneurs et aux receveurs soit donnée la possibilité d'opter pour un don connu ou anonyme [9]. Celle-ci est sur le point d'être suivie dans le droit ;

- en Espagne, le secret des origines génétiques est préservé par la loi et le caractère légitime de la filiation ne peut être contesté si le couple a expressément donné son consentement au recours au don de gamètes. La mère d'un enfant est celle qui en est accouchée et le père est son mari ou l'homme qui a reconnu l'enfant. L'accès à l'identité du donneur est impossible : les données relatives à cette identité sont strictement confidentielles et codées, alors que des données non identifiantes sont accessibles. Cependant, si la vie de l'enfant est en danger ou si la procédure pénale l'exige, l'identité du donneur peut être révélée [10] ;
- en Italie, le secret des origines est protégé. Cependant, depuis 2004, l'AMP avec don de gamètes est interdite. Au regard du droit de la filiation, la loi précise que les parents d'un enfant né par Assistance médicale à la procréation ne pourront ni accoucher sous X ni, pour le père, refuser la paternité, cela même en cas de recours à une AMP avec don de sperme en violation de la loi. L'enfant ne peut avoir que le statut d'enfant légitime ou naturel du couple qui a recouru à l'AMP [11] ;
- en Suisse depuis 1992, la Constitution fédérale reconnaît à chacun le droit à la connaissance de ses origines génétiques, à la suite d'un référendum d'initiative populaire. L'AMP est réglementée par la loi fédérale, qui organise la levée de l'anonymat du don. Le don d'ovocytes et d'embryons est prohibé. Le don de sperme est réservé aux couples mariés et l'enfant né dans le mariage a pour père le mari. L'action en désaveu de la part du mari est exclue s'il a accepté que la conception résulte du don d'un tiers et l'enfant ne peut contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère. L'action en paternité contre le donneur est impossible, mais l'accès à des informations identifiantes sur les donneurs est rendu possible (nom, prénom, date et lieu de naissance, domicile, nationalité, profession et formation, aspect physique, date du don de sperme, bilan médical). Ces informations identifiantes sont accessibles à l'enfant issu du don à sa majorité, ou avant s'il peut faire valoir un intérêt légitime. Le donneur peut refuser de rencontrer l'enfant après avoir été prévenu par l'Office fédéral de l'état civil de sa démarche [12] ;
- enfin, au Royaume-Uni, le droit anglais garantit à chacun la connaissance de ses origines biologiques et la révision en 2004 de la loi de 1990 a totalement réformé l'accès aux données identifiantes sur les donneurs. Les principes de l'établissement de la filiation juridique son inchangés [13] : la mère est la femme qui a porté l'enfant, sauf

conditions particulières définissant la gestation pour autrui à titre bénévole. Le père est le mari ou le concubin, ou celui qui est venu avec la mère demander une AMP. L'anonymat du don de gamètes était auparavant obligatoire, mais les dispositions récentes donnent aux enfants nés après le 1^{er} avril 2005 la possibilité de connaître l'identité de leur géniteur ou génitrice. Cependant, l'établissement d'un lien de filiation entre eux est rendu impossible [14].

Cette étude, non exhaustive, des textes européens nous montre que ces cinq dernières années ont vu émerger en Europe le souci de rendre possible l'accès aux origines génétiques. L'intérêt spécifique des lois suisse et allemande est d'avoir inscrit cette possibilité dans la Constitution, indépendamment de l'établissement de la filiation juridique. Finalement, il semble que cette question suscite à l'heure actuelle, surtout après le revirement du Royaume-Uni, un moins grand consensus que ne le suggère l'absence quasi totale de débat en France lors de la révision de 2004. Plusieurs pays (dont la Belgique) sont en passe de réformer leur réglementation en tenant compte de l'évolution des mentalités sur ces questions. Celle-ci est devenue suffisamment visible en France pour que le Comité consultatif national d'éthique donne un avis en 2005 [15] et qu'une mission d'information parlementaire soit diligentée [16]. Leurs conclusions sont beaucoup plus nuancées que ce que les positions de 2004 semblaient indiquer.

Faute d'une position facile à dégager en 1994, on avait glissé d'une pratique, celle des CECOS, à une éthique dogmatique, puis du dogme au droit. Ce glissement semble pourtant vaciller sur quelques questions : le désir d'enfant d'un couple stérile peut-il à lui seul justifier la nécessité pour l'enfant de renoncer à une partie de son identité biologique ? La référence à la vérité biologique est-elle non fondée dans le droit, et particulièrement dans le droit de la filiation ? Ou bien le droit peut-il apporter son soutien, voire l'inscrire dans la loi, à une quête personnelle et autonome des origines génétiques, indépendante de la filiation juridique ?

Nous ne répondons pas ici à ces questions, largement discutées dans les deux textes du CCNE et de la mission d'information, et nous attacherons plutôt à comprendre les enjeux éthiques mobilisés par l'obligation d'anonymat.

Obligation d'anonymat : principes en jeu et conséquences

Héritage du don des éléments du corps humain

Héritée du droit relatif à la cession des éléments du corps humain (sang et organes), l'obligation d'anonymat est censée protéger deux principes essentiels. Le premier est le respect dû au corps humain, manifesté par l'indisponibilité du corps humain et sa non-commercialisation. Le second principe est l'oblativité du don, c'est-à-dire l'abandon désintéressé à autrui sans risque de retour. Ce second principe garantit l'égalité potentielle entre donneur et receveur et donc l'interchangeabilité des besoins, et l'équité vis-à-vis de tous les receveurs potentiels. Ainsi, tout don-

neur peut être un jour un receveur (et vice-versa) et le bénéfice d'un don n'est pas soumis à la condition de « trouver » un donneur.

L'obligation d'anonymat est donc une modalité pratique destinée à protéger les principes de respect dû au corps humain et d'oblativité du don. Elle intervient à trois étapes :

- elle garantit le désintéressement moral, le désintéressement matériel étant quant à lui garanti par la gratuité. Le désintéressement moral implique que le receveur ne contracte pas de dette morale vis-à-vis du donneur et que ce dernier n'espère rien en retour pour consentir à donner ;
- elle débraye en pratique l'offre de la demande en empêchant le don dirigé ;
- elle contribue symboliquement au processus de dépersonnalisation, clef de la décontractualisation de l'échange, et à la notion de fongibilité de la substance donnée.

Ce faisant, l'obligation d'anonymat atteint-elle ses objectifs ?

Pour ce qui est du respect dû au corps humain, on peut constater que l'anonymat est en fait un principe bien relatif, auquel d'autres nécessités peuvent conduire à renoncer.

Dans l'exemple du sang, il existe une dérogation dite « de la nécessité thérapeutique [17] » : l'anonymat ne peut faire obstacle à l'action médicale, héritage du don « bras à bras » des temps de guerre. L'action médicale est donc jugée supérieure à l'anonymat, principe pourtant dit d'ordre public, car censé protéger le respect dû au corps humain.

Dans l'exemple des organes, il existe une dérogation bien plus patente que celle de la nécessité thérapeutique qui est celle du don entre vifs. Les qualités requises pour le don entre vifs excluent par définition l'anonymat entre donneur et receveur sans que personne n'y ait trouvé à redire quant au respect dû au corps humain. Dans cette situation, l'absence d'anonymat ne contredit pas le principe de non-patrimonialité ni l'équité de la distribution des organes, en sachant que l'équité ne veut pas dire l'égalité, puisque tout le monde n'a pas une mère ou une sœur histocompatible. En l'espèce, nécessité thérapeutique fait loi... et principe éthique.

Concernant l'oblativité du don, on peut s'interroger sur la protection qu'offre réellement l'obligation d'anonymat : le désintéressement matériel est davantage préservé par la gratuité que par l'anonymat. Dans le cas précis du don de gamètes, on sait d'ailleurs que le désintéressement matériel n'est pas garanti par l'anonymat puisque la sollicitation de donneurs et de donneuses par les couples receveurs en vue d'un don croisé est encouragée par les équipes. Ces sollicitations sont en principe gracieuses, mais elles court-circuitent la dépersonnalisation de l'échange et font le lit d'une transaction onéreuse.

Pour ce qui est du désintéressement moral, l'obligation d'anonymat ne le préserve qu'en empêchant le receveur de contracter une dette auprès d'un donneur qu'il aurait solli-

citée pour lui-même. Cependant, cette dette auprès du donneur existe s'il est sollicité pour un don croisé, fût-il anonyme. C'est seulement si le don est strictement non dirigé, c'est-à-dire également non sollicité, que le désintéressement moral est garanti, ce qui n'exclut pas la levée de l'anonymat. Cela suppose un recrutement des donneurs qui ne soit pas délégué aux couples demandeurs et que la levée de l'anonymat soit considérée comme une demande ultérieure de l'individu issu du don une fois informé des modalités de sa conception. Ce système préserve le désintéressement moral des donneurs et l'absence de dette morale contractée entre les personnes.

Pour ce qui est de l'absence de risque de retour, celle-ci est de toute façon garantie par le droit et non par l'obligation d'anonymat. Prenons en effet l'hypothèse que l'anonymat soit levé par les circonstances : le donneur pourrait-il obtenir compensation de son don ? Le receveur pourrait-il obtenir du donneur réparation du don d'une chose viciée ? Le receveur pourrait-il tirer des droits sur le donneur de par le don qu'il lui a consenti ? C'est évidemment au droit qu'il revient de garantir que le don ne forme pas contrat entre le donneur et le receveur. Notamment concernant les conséquences sur la filiation, seules des dispositions juridiques protégeront donneur et receveur d'une éventuelle rencontre de circonstances (établissement d'un lien de filiation juridique ou subsides).

Il ne semble donc pas que l'obligation d'anonymat protège réellement les principes de respect dû au corps humain et d'oblativité du don. Elle est comprise historiquement dans un dispositif dont l'objectif est la protection de ces principes, mais on ne peut dire ni qu'elle puisse à elle seule garantir qu'ils soient protégés, ni que sa non-application isolée les mette vraiment en péril.

Obligation d'anonymat appliquée au don de gamètes

Appliquée au don de gamètes, l'obligation d'anonymat intervient pour protéger un troisième principe, comme l'avait soulevé le rapport du Conseil d'État en 1988 : le projet parental familial. C'est ici la supériorité de la protection de la famille qui est affirmée face aux prérogatives de l'individu à connaître son identité génétique. Mais c'est surtout un modèle social qui est affirmé ici et qui concerne les représentations sociales de la parenté, de la filiation et de l'origine.

L'obligation d'anonymat pose le projet parental comme seule vérité de la parenté, à l'exclusion de tout autre lien. La parenté biologique, notamment, est considérée comme inférieure à la parenté sociale. C'est donc le couple receveur qui détient cette parenté, pas le donneur de gamètes, dont il est d'ailleurs spécifié que celui-ci est déjà parent, afin que la parenté biologique qu'il transmet par son don ne soit pas la seule manifestation de sa parenté. Il est intéressant de noter que cette vérité exclusive conférée au projet parental consacre la volonté individuelle (ici du couple) comme agent plus puissant que la contingence biologique, consubstantielle au vivant, qui fait devenir parent sans l'intervention de la volonté. Dans le concept de projet parental, c'est au contraire la volonté qui est convoquée exclusivement. Ce n'est ici pas le moindre des paradoxes

d'une construction qui consacre le social face à l'individu, mais qui met la volonté de l'individu au centre de la procréation, processus éminemment social. On ne peut manquer d'y reconnaître une référence judéo-chrétienne aux multiples évocations, tant dans l'Ancien que dans le Nouveau Testament, de l'homme qui, par sa foi, s'affranchit du biologique dans le processus de procréation : Sara enceinte à 100 ans, Élisabeth, mère alors que stérile et âgée, Marie enfin.

Cette représentation de la parenté sociale s'inscrit également dans l'héritage du droit romain dans lequel l'établissement de la filiation est un processus social totalement débrayé du lien biologique et se démarque de toute tentative d'inféodation du droit au biologique.

Le lien entre le droit et la vérité biologique est ambivalent, tant pour la question de la filiation que pour d'autres domaines comme celui plus large de la preuve juridique. Pendant que la société affirme la prééminence de la filiation sociale comme lien qui fonde le droit, l'essor des techniques génétiques d'identification met à mal cet effort et alourdit le poids, au nom d'une vérité biologique soi-disant incontestable – encore que de récentes affaires permettent d'en douter –, des recherches en paternité et des demandes de subsides qui en découlent. Aux tentatives de reconnaissance d'un statut pluriel de la filiation, qui laisserait dominer la filiation sociale comme lien juridique exclusif, mais pourrait reconnaître l'existence d'une filiation biologique non pourvoyeuse de droit, on oppose ici une volonté de stabiliser la structure familiale et de ne pas risquer sa dislocation, volonté à l'œuvre également dans les constructions juridiques de l'accouchement sous X et de l'adoption plénière. L'obligation d'anonymat participe de cette volonté.

Enfin, le souci humaniste de ne pas céder à une réduction déshumanisante de l'individu à sa condition biologique et génétique, mais de reconnaître au contraire son identité narrative, selon le mot de Ricoeur [18], est visiblement ici affirmé comme principe. L'obligation d'anonymat, en refusant d'accorder de l'importance à l'identité génétique et en imposant à l'individu de ne pas s'y référer, contient ce principe.

La question qui se pose encore est de savoir si l'obligation d'anonymat protège réellement le modèle social bâti autour de ces principes ou si les arguments qui font référence à ces principes ne sont empruntés que pour la justifier.

Tout d'abord, *l'anonymat protège-t-il la parenté ?* Non, celle-ci peut de toute façon être mise à mal par la révélation du secret de la conception par don de gamètes, même si le donneur reste anonyme. C'est donc le secret, et non l'obligation d'anonymat, qui protège la parenté en maintenant l'illusion d'une parenté unique (et non plurielle en reconnaissant l'existence possible d'une parenté biologique distincte). Nul ne conteste de toute façon la vérité du projet parental du couple receveur, ni ne lui juge équivalente la contribution du donneur de gamètes. Certes, le couple stérile, s'il reconnaît l'existence d'une autre parenté, n'accède pas à la parenté « comme les autres couples », mais la tentative de nier les conditions de la procréation par l'anonymat du don semble vaine, car le couple ne peut gommer son passé de stérilité et ce n'est en tout cas

pas l'obligation d'anonymat qui rend ce parcours moins visible. Enfin, la vérité de la parenté ne risque-t-elle pas d'être fragilisée si elle repose sur une fiction qui risque d'être découverte ? Ne serait-il pas plus prudent de protéger la parenté de ce couple *quoi qu'il arrive* et donc de reconnaître d'emblée tous les agents qui ont contribué à la rendre possible ?

Qu'en est-il de la filiation ? Est-elle protégée par l'obligation d'anonymat ? Guère plus. Il semble en effet que seul le droit peut protéger absolument la filiation et c'est d'ailleurs ce qui est fait puisqu'il est précisé qu'aucun lien de filiation ne peut être établi entre le donneur et l'individu issu du don [19], indépendamment de l'obligation d'anonymat qui pèse sur le don. Cette disposition redondante protège la filiation, même si l'anonymat est rompu par les circonstances, bien plus sûrement que l'anonymat lui-même. Le rapport de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant relève d'ailleurs ce point : « l'impossibilité d'établir un lien de filiation n'entraîne pas l'impossibilité de connaître l'identité du ou des donneurs de gamètes » [16]. Plus largement, il faut reconnaître que l'acceptation d'une filiation plurielle, non équivalente sur le plan du droit, est une donnée de la famille moderne, notamment du fait de la recombinaison des familles, qui n'implique pas forcément la compétition entre les différents types de filiation. Reconnaître l'existence d'une filiation biologique est différent de la placer au-dessus des autres, ce qui traduirait une tyrannie du biologique dont le droit doit se protéger en bien d'autres domaines que celui de la filiation. C'est également éviter la confusion entre ces filiations et que l'une se substitue à l'autre lorsque l'édifice construit pour nier la filiation biologique s'effondre (secret ou anonymat). Loin de protéger la filiation sociale, l'obligation d'anonymat entretient la perception du danger de la révélation d'une filiation biologique distincte et la nature ambiguë de celle-ci.

Enfin, *l'obligation d'anonymat protège-t-elle d'une réduction de l'humain au biologique ?* Non, l'origine biologique est indéniable et permanente (c'est l'*idem* permanent opposé à l'*ipse* narratif de Ricoeur). Le reconnaître n'est pas « réduire le sujet à un produit biologique ou à un produit de fécondation du donneur », comme le redoute Arnold Munnich [16], mais reconnaître l'humanité de la nature biologique de l'homme. Pour démontrer que la condition génétique de l'homme n'est pas pure animalité, mais bien une manifestation de son humanité, nous nous poserons plusieurs questions :

- *l'origine génétique a-t-elle un caractère humain ?* Pour y répondre, il faut chercher dans l'interdiction du clonage reproductif, « au nom de la défense de la dignité de la personne humaine et du caractère irremplaçable et unique de chaque être humain » [20]. C'est bien avec une définition génétique que ce caractère unique est *ici* défini puisqu'il est bien évident que sur le plan de l'identité narrative, les deux clones seraient très différents. L'être humain ne peut donc être réduit à son identité narrative, sa définition génétique est *aussi* une manifestation de son humanité (de même pour l'interdiction des chimères xénogénétiques) ;

- *l'origine génétique est-elle indifférente ?* Dans ce domaine, il ne semble pas pertinent de faire référence au débat sur le droit à connaître ses origines au sujet de l'accouchement sous X. En effet, ce débat comprend « origine » au sens large, associant à l'origine génétique les circonstances qui ont entouré l'individu depuis sa conception jusqu'à sa naissance, c'est-à-dire des aspects narratifs de l'histoire de l'individu. Ces éléments paraissent plus pertinents pour étayer un débat sur la question du secret autour de la conception assistée médicalement ou par don que sur celle de l'obligation d'anonymat, quasiment strictement limitée aux éléments purement génétiques. On peut cependant s'interroger sur l'influence de la connaissance des origines génétiques dans la construction de l'identité narrative (représentations autour du sang et des gènes). En revanche, pour savoir si l'origine génétique est indifférente, il faut s'interroger sur le statut du gamète. Le gamète est-il indifférent ? Le gamète est-il une substance ? Si c'est une substance, il n'est pas identifié, mais des raisons sanitaires peuvent permettre de retrouver son origine. Le donneur fournirait donc de la substance et le procréateur la part humaine. Mais alors si le gamète est une substance indifférente, pourquoi le mélange des gamètes (qui serait le meilleur garant de l'anonymat) est-il interdit [21] ? Ce n'est pas un problème de sécurité sanitaire, puisque les produits sanguins, hautement traçables, sont fongibles. Pourquoi encore l'utilisation de gamètes artificiels (bien que porteurs d'un matériel génétique humain, comme les chimères xénogénétiques) pour créer un être humain dans le cadre d'un projet parental authentique porte-t-elle atteinte à la dignité humaine ? Le gamète serait-il finalement porteur lui aussi d'identité humaine ? Ce ne sont pas les seules incohérences qui surgissent du modèle proposé : l'appariement phénotypique qui est la règle lors d'une procréation par don de gamètes montre que l'on accorde finalement une certaine importance à l'origine génétique : cette importance est reconnue socialement, mais niée pour l'individu concerné. C'est alors une véritable tyrannie du biologique que vient cacher cet édifice pour le moins incohérent, en faisant la part belle à la dissimulation de la stérilité du couple et du mode de conception de l'enfant, comme si la révélation d'une filiation juridique non fondée sur le biologique fragilisait les fondements même de cette filiation.

Il nous apparaît donc que la condition génétique de l'homme est une part de son humanité, à laquelle elle ne peut être réduite mais qui ne peut être ignorée. L'obligation d'anonymat participe d'une volonté d'ignorer cette part biologique de l'humain, non sans certaines incohérences. Elle est ici justifiée de façon incantatoire, au nom d'un modèle social hétéroclite autour de la parenté, de la filiation et de l'origine qu'elle ne paraît pas du tout apte à protéger, et dont elle met en lumière les incohérences.

Finalement, l'obligation d'anonymat ne semble pas protéger beaucoup de principes fondamentaux. Les plus importants d'entre eux sont de toute façon garantis ailleurs dans le droit, comme par exemple la non-commercialisation des éléments du corps humain ou l'affirmation de la force de

droit pour établir la filiation. De plus, l'absence d'anonymat ne semble porter atteinte ni au respect dû au corps humain ni à l'oblativité du don. Elle n'apparaît pas non plus menaçante pour la parenté et la filiation. Enfin, elle ne semble en aucun cas soumettre l'homme à la tyrannie du gène et bien au contraire, il n'en est que davantage incité à renforcer ses constructions sociales en acceptant son identité humaine comme l'équilibre entre ses conditions biologique et sociale.

Obligation d'anonymat et droits de l'homme

Pour terminer, nous nous interrogerons sur les principes que l'obligation d'anonymat enfreint, au regard des droits de l'homme et des principaux textes qui les fondent.

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948 a deux articles qui peuvent être concernés par l'obligation d'anonymat : tout d'abord, l'article 12 (protection de la vie privée, de la famille, de la réputation) : la protection de l'anonymat du donneur vis-à-vis du receveur protège sa vie privée (acte de donner) et sa famille (puisqu'il ne risque pas de voir apparaître d'autres descendants). Elle protège également la vie privée intime du couple receveur, dont la stérilité n'est pas révélée à un tiers, en l'espèce, au donneur. En revanche, la puissance publique s'immisce dans la vie privée de l'individu issu du don, puisqu'elle détient (au nom de la traçabilité sanitaire) des informations identifiantes sur une partie de son origine auxquelles il ne peut avoir accès. Cette partie de son origine n'étant pas publique, à la différence de la filiation juridique, elle est donc du ressort de sa vie privée.

L'article 16-3 protège la famille comme entité atomique contre la vérité biologique, instrument de l'individu : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ». L'obligation d'anonymat participe de cette intention mais y renoncer ne serait pas contraire à cet article, comme on l'a vu précédemment. Le fait de faire connaître son origine génétique à l'individu issu du don ne porte pas atteinte à sa filiation ni à l'unité de sa famille si le droit affirme la prééminence du lien juridique et l'impossibilité d'établir un lien juridique fondé sur l'origine génétique. De même la connaissance par le donneur de gamètes de l'individu issu du don ne porte pas atteinte à sa famille puisqu'aucun lien de droit ne peut être établi entre eux.

Dans le même esprit, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, ratifiée en 1986, proclame le droit au respect de la vie familiale : la puissance publique ne peut donc interférer dans la sphère privée et doit « tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble » [22]. Dans cet esprit, les liens personnels sont jugés supérieurs à la parenté biologique, sauf si tout le monde est d'accord, ce qui revient à déclarer nuls des liens personnels qui ne reposent sur la volonté exprimée d'aucune des parties. Là encore, l'obligation d'anonymat va dans ce sens, mais la levée de cette obligation ne serait pas contradictoire avec l'affirmation de la prééminence de ces liens personnels.

C'est l'article 7 de la Convention des droits de l'enfant (1989, ratifiée en 1990) qui est le plus souvent utilisé par

les détracteurs de l'anonymat du don de gamètes. C'est également celui qui a été invoqué lors du débat sur l'accouchement sous X pour soutenir la création d'un Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP). Cet article 7 proclame le droit à connaître, dans la mesure du possible, ses parents et à être élevés par eux. Mais il n'est pas précisé s'il s'agit des parents biologiques. Il semble évident que l'esprit de l'article concerne plutôt le droit à avoir des parents (ou plutôt à ne pas en être privé) que le droit à connaître la vérité biologique de sa filiation. De plus, on sait qu'une femme a le droit de dissimuler à son enfant son origine biologique, notamment dans des circonstances adultérines. L'article 7 ne pourrait pas être invoqué par un enfant contre sa mère parce qu'elle lui a dissimulé qui était son géniteur, s'il a eu un père pour l'élever. On peut en revanche s'interroger sur le choix que ferait une femme d'avoir un enfant et de le priver d'être élevé par un père quel qu'il soit (géniteur ou non) en lui dissimulant l'identité du père probable. Ce choix serait certainement dénonçable en invoquant l'article 7. De même, si une femme célibataire (ou un couple de femmes) bénéficie d'un don de gamètes anonyme, l'enfant qui en est issu est élevé délibérément sans père : tant la démarche de la femme que l'obligation d'anonymat empêchent l'individu issu du don de connaître un père (le père « minimum » qu'est le géniteur) et d'être élevé par lui, ce qui est contraire à l'article 7. Mais en France où le don de gamètes et l'AMP en général sont interdits aux femmes célibataires et aux couples de femmes, l'obligation d'anonymat ne prive pas l'enfant de connaître son père ni d'être élevé par lui, elle ne le prive que de connaître son géniteur, circonstance que ne recouvre pas l'article 7.

Finalement, il semble que ce soit à la Convention d'Oviedo de 1997 (relative aux biotechnologies, non encore ratifiée par la France) que l'obligation d'anonymat porte le plus atteinte. L'article 10 précise en effet le droit pour un individu à connaître toute information recueillie sur sa santé. En effet, si l'on peut s'interroger sur la nature sanitaire d'une information portant sur l'origine génétique, force est de constater que cette information n'est recueillie que dans un but sanitaire et qu'elle est d'ailleurs détenue par un médecin. L'anonymat ne peut être total (c'est-à-dire aucun moyen d'identifier le donneur) puisque les normes sanitaires ont imposé la traçabilité. N'oublions que pas que la nécessité thérapeutique peut faire obstacle à cette obligation d'anonymat : il s'agit donc bien d'une information relative à la santé de l'individu. C'est ici que se manifeste l'ambiguïté du statut du gamète : là où on ne voudrait voir que substance inerte, amorphe, fongible et non identifiée, sans aucun lien avec la nature humaine de l'individu, surgit l'incontournable nature humaine du support biologique de l'humain. Cette nature le distingue des produits du corps humain qui méritent le respect, mais ne sont pas porteurs d'humanité.

Au total, la référence aux textes fondateurs des droits de l'homme est délicate, car ceux-ci ne sont guère explicites sur la question de l'origine génétique : vie privée, intimité, vie familiale, parenté et santé sont les sphères dont ils traitent. Elles se recoupent et l'origine génétique appartient à chacune d'entre elles. Au terme de l'interprétation de ces textes il semble que l'on puisse soutenir la position

selon laquelle la connaissance de son origine génétique, lorsqu'elle est détenue par la puissance publique, ne peut pas être dissimulée à un individu. Mais cette interprétation reste ambiguë et renvoie à une question plus large sur ce qu'est l'origine génétique : un peu de filiation, un peu de généalogie et de famille, un peu d'intimité et un peu de santé tout à la fois.

L'obligation d'anonymat prive l'individu d'une partie de son identité. Il s'agit cependant de l'essence même du conflit qui règne au cœur de la relation de parenté : « tu construis ton identité indépendamment de moi alors que je t'ai fait dans une intimité qui ne regarde que moi ». Cette privation est-elle attentatoire à la dignité humaine ? Non, puisqu'elle est consubstantielle à la procréation humaine et s'impose comme une norme invisible (les parents ont la liberté de garder pour eux les circonstances de la conception). Le droit reconnaît la possibilité d'une conception anonyme comme une conséquence de l'ordre naturel dans l'adage juridique « *pater semper incertus* ». Ce qui fait la différence entre cet ordre naturel et l'obligation d'anonymat dans le don de gamètes, c'est le fait que cette partie d'identité dont l'individu est privé est connue d'un tiers : ce n'est donc pas de l'anonymat, au sens de « père ou mère inconnus ». La puissance publique, représentée par les médecins d'un établissement public, détient ainsi un Secret d'État. Sa dissimulation délibérée à l'individu concerné n'est pas sans prendre à rebours les principes éthiques des différentes conventions et déclarations reconnues par la France. Il serait cependant excessif d'en conclure que l'obligation d'anonymat porte directement atteinte à la dignité humaine, car pour l'instant aucun texte ne permet de l'affirmer. Elle apparaît cependant comme une expression du biopouvoir énoncé par Foucault et renvoie de façon indirecte à la fameuse définition de l'État par le « monopole de la violence légitime » développé par Max Weber [23].

Un point intéressant à soulever est celui de la détention de cette information par des médecins. Le médecin agit dans l'intérêt exclusif du patient : y a-t-il un intérêt pour l'individu à ne pas connaître son géniteur ? Si on peut douter qu'il y en ait forcément un à le connaître, on peut en revanche admettre que l'individu *ne tire pas de bénéfice direct* à ce qu'on le prive de pouvoir le faire. Le médecin ne devrait donc pas détenir cette information et délibérément ne pas la révéler. Certes, on peut considérer que le patient du médecin n'est pas l'individu issu du don mais le couple stérile. Le médecin ne rencontrera sans doute jamais l'individu issu du don en tant que patient. Cependant, la loi de bioéthique considère que l'organisation de l'Assistance médicale à la procréation doit être tournée vers l'intérêt de l'enfant à naître et non exclusivement vers la satisfaction du désir légitime d'être parent. Le médecin ne devrait donc pas accepter de détenir ces informations en les dissimulant aux individus qui les réclament : s'il est de son devoir d'obéir à la loi et de n'établir aucune relation entre donneur et receveur, il ne l'est pas de priver un individu, venu le consulter plusieurs années après en manifestant sa détresse psychologique de ne pas connaître une partie de son identité, de l'information qui lui fait défaut. Les informations identifiantes conservées pour la traçabilité devraient donc, dès le début de la grossesse

obtenue par don de gamètes, être confiées à l'administration publique auprès de laquelle est déclaré le recours au don.

Conclusion

Il semble donc que l'anonymat du don de gamètes soit une pratique plutôt qu'un principe, héritée d'autres pratiques, en particulier de celle du don des éléments du corps humain. Cette pratique est devenue un principe et une obligation du fait de glissements éthiques assimilant l'anonymat à la gratuité et au respect dû au corps humain. Pourtant l'obligation d'anonymat n'est pas la garantie du respect dû au corps humain et de l'équité du don. De plus, cette obligation entretient des relations avec le secret des circonstances de la conception et privilégie la construction d'un modèle familial fictif dans lequel la stérilité n'aurait pas existé. En cela, elle véhicule un modèle de représentation familiale peut-être plus attaché à l'importance de la filiation biologique et à la crainte de son éventuelle remise en question qu'un modèle plus réaliste où cohabiteraient plusieurs formes de filiation. Le recours au don de gamètes est un traitement, palliatif plus que curatif, de la stérilité des couples : si l'intention de vaincre la stérilité est louable, le souci de l'effacer à tout prix reflète plutôt un malaise social à l'accepter, au risque d'une plus grande stigmatisation des couples stériles.

Pour autant, l'obligation d'anonymat ne semble pas porter atteinte aux droits de l'homme, l'interprétation des textes internationaux se laissant difficilement appliquer au don de gamètes. Toutefois, la dissimulation d'une information intime, élément de l'identité de l'individu, et sa détention par un tiers, surtout s'il s'agit de la puissance publique, constitue sans doute une atteinte, voire une violence, faite à l'intimité sur laquelle il importe de s'interroger. Concernant le corps médical, celui-ci doit se demander s'il peut être l'agent de cette détention et de cette dissimulation alors qu'il n'est censé agir que dans l'intérêt de son patient et, de surcroît dans le cas particulier de l'AMP, de l'enfant à naître. Le médecin doit contribuer avant tout à l'épanouissement de la relation de l'individu à son être biologique et le moins qu'on puisse dire est que cet objectif n'est pas atteint lorsque le médecin se fait l'instrument du don de gamètes anonyme.

Références

- [1] Audition de Pierre Jouannet, 12 juillet 2000, Rapport d'information n° 3208. Assemblée Nationale, B. Charles et A. Claeys. Tome II. Comptes-rendus des auditions.
- [2] Rapport du Conseil d'État sur les sciences de la vie, de l'éthique au droit, 1988.
- [3] Loi n° 2004-800 du 6 août 2004.
- [4] Delaisi de Parseval G, Verdier P. In: *Enfant de personne*. Paris: Ed. Odile Jacob; 1994.
- [5] Ensellem C. In: *Naître sans mère*. Rennes: Presses Universitaires de Rennes; 2004.
- [6] Loi du 20 décembre 1984 modifiant le Code de la famille en ce qui concerne la filiation et la procréation artificielle (Suède).
- [7] Granet F. Secret des origines et promesse de filiation. *Petites Affiches* 1996;119:5.

- [8] Division des études de législation comparée du service des affaires européennes du Sénat. Le droit à la connaissance de ses origines génétiques. 2000 ; LC 70.
- [9] Comité national d'éthique de Belgique, avis n° 27 du 8 mars 2004.
- [10] Loi n° 35 du 21 novembre 1988, relative aux techniques de procréation médicalement assistée (Espagne).
- [11] Loi n° 40 du 19 février 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" (Italie).
- [12] Loi du 18 décembre 1998 (Suisse).
- [13] Human Fertilisation and Embryology Act, novembre 1990 (Royaume-Uni).
- [14] Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004, adoptées le 18 mai 2004 (Royaume-Uni).
- [15] Comité consultatif national d'éthique, avis n° 90 sur l'accès aux origines, l'anonymat et le secret de la filiation, 24 novembre 2005.
- [16] Rapport d'information n° 2832 au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants. Assemblée Nationale. Tome 2006;l:25.
- [17] Article L666 du Code de la santé publique.
- [18] Ricoeur P. In: Soi-même comme un autre. Paris: Le Seuil; 1990.
- [19] Article 311-19 du Code civil.
- [20] Discussion au Sénat à propos de la révision des lois de bioéthique, 2004.
- [21] Article L1244-33 du Code de la santé publique, loi n° 2004-800 du 6 août 2004 art. 12a.
- [22] Comité national d'éthique du Luxembourg, avis 1/2000.
- [23] Weber M. In: Le Savant et le Politique (1919), traduction J. Freund. Paris: Plon; 1959.