



**HAL**  
open science

## Principe du secret v. droit d'accès aux origines

Ariane Vidal Naquet

► **To cite this version:**

Ariane Vidal Naquet. Principe du secret v. droit d'accès aux origines. Chut : c'est un secret, 2015, Marseille, France. halshs-02112662

**HAL Id: halshs-02112662**

**<https://shs.hal.science/halshs-02112662v1>**

Submitted on 26 Apr 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Principe du secret v. droit d'accès aux origines

Ariane Vidal-Naquet, Professeur de droit public, Aix-Marseille Université  
ILF-GERJC UMR 7318

De la demande de reconnaissance de paternité engagée par Rachida Dati, estimant qu'il était "effectivement temps que sa fille connaisse la vérité sur ses origines" à la proposition de lever l'anonymat des dons de gamètes dans le cadre de la procréation médicalement assistée, en passant par la contestation régulière de l'accouchement sous X, le secret de la filiation est, aujourd'hui, de plus en plus malmené au nom d'un droit personnel, subjectif, qui serait le droit de connaître ses origines.

N'étant pas une spécialiste de droit civil et encore moins de droit de la famille, j'aborderai le sujet proposé sous l'angle des droits fondamentaux, et plus particulièrement des droits « à ». Peut-on opposer à ce que l'on peut appeler le « principe du secret », profondément ancré en France, un droit à connaître ses origines ? D'où viendrait ce droit ? Quel fondement juridique lui donner ? Mais si l'on raisonne de cette manière, pourquoi ne pas reconnaître, également, l'existence d'un droit au secret, voire d'un droit du secret ? Dans ces conditions, n'est-on pas alors en présence de deux droits qui s'opposent et se contredisent, un droit au secret / un droit d'accès aux origines ? Comment va-on, alors, pouvoir les concilier ? Comment résoudre ce conflit de droits ? Autant de questions qui me semblent révélatrices d'évolutions profondes et fondamentales que connaît aujourd'hui le droit des libertés. En effet, derrière la question de l'identification et de la conciliation de ces droits, un éventuel droit au secret c/ un éventuel droit des origines, émerge un certain nombre de questions qui irriguent la problématique des droits fondamentaux et qui me semblent, en tant que juriste, particulièrement intéressantes.

La première est celle des droits subjectifs c'est-à-dire des droits qui sont juridiquement protégés et que l'on peut opposer à l'Etat. Existe-t-il un droit au secret ? un droit d'accès à ses origines ? Le cas échéant, quel est le fondement juridique de ces droits ? Existe-t-il un texte qui les consacre expressément ? La réponse à cette question montre qu'en la matière, le juge, tant le juge interne que le juge européen, dispose d'un très large pouvoir d'interprétation qui lui permet de faire dire bien des choses aux textes, souvent muets ou laconiques sur le sujet. La seconde question est celle de la portée de ces droits subjectifs. Sous l'influence de ces « droits venus d'ailleurs », en particulier le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, s'est imposée l'idée que les droits ne doivent pas seulement être protégés contre l'Etat, c'est-à-dire des atteintes que pourrait y porter l'Etat (obligation négative : l'Etat ne doit pas porter atteinte au secret), mais qu'ils doivent être mis en œuvre et protégés par l'Etat (obligation positive : l'Etat doit assurer et organiser le secret). A cela s'ajoute que ces obligations s'imposent y compris dans les relations entre particuliers, dessinant ainsi un effet horizontal des droits fondamentaux, par opposition à un effet vertical, qui désigne les seules relations Etat / particuliers<sup>1</sup>.

Au-delà de ces questions, cette communication vise à mettre en lumière un double mouvement à l'œuvre dans le droit. Tout d'abord, un mouvement de « fondamentalisation » du droit : ce dernier désigne l'attractivité, le poids des droits fondamentaux avec une tendance de plus en plus affirmée, aujourd'hui, à tout voir et observer à travers le prisme, plus ou moins déformant, des « droits à », qui impliquent la possibilité d'une revendication. Un second mouvement, dont il tire d'ailleurs ses origines, l'accompagne : c'est un mouvement « d'européanisation du droit », ici révélé par le poids des exigences posées par la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit interne. Le droit français, et notamment cette question du secret v/ le droit de connaître, est de plus en plus marqué par le droit européen et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De ce point de vue, il est intéressant de relever que le droit interne tente, parfois, de résister à cette influence du droit européen, ces points de résistance voire de conflits pouvant être révélateurs de ce qui pourrait relever de l'identité constitutionnelle de la France. C'est ainsi que je me propose d'aborder la question, en essayant de mettre en

---

<sup>1</sup> Pour une illustration récente, voir l'avis contentieux rendu par le Conseil d'Etat le 13 juin 2013 (n°362981) à propos de la conformité de l'anonymat du donneur de gamètes aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Délimitant la portée de l'article 8 sur le respect de la vie privée et familiale, le Conseil d'Etat juge que cet article a « d'abord pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics » mais que « son application peut aussi impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »

lumière, derrière la question du secret, ces enjeux qui, en tant que juriste, me semblent fondamentaux. Ces propos seront articulés en trois points : le constat de l'enracinement profond, en France, du principe du secret ; le refus de reconnaître, pour l'instant, un droit d'accès aux origines ; enfin, de manière plus prospective, seront envisagés les pistes et les facteurs d'évolution.

## **I Le secret originel**

### **Le secret, un principe profondément enraciné en droit français**

Le principe du secret des origines est profondément ancré dans le droit français. Malgré les coups de boutoir dont il fait régulièrement l'objet, il est maintenu dans son principe.

#### **A) Un principe ancien**

Le principe du secret des origines est profondément enraciné dans le droit français, comme le montre la législation relative à l'accouchement sous X, qui a été reconnu expressément par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, ou encore le choix du secret de l'identité du donneur fait par les lois de bioéthique du 29 juillet 1994.

1° Ainsi l'accouchement sous X est toléré depuis fort longtemps en France et progressivement organisé par le droit. C'est l'image de la tour, sorte de tourniquet placé dans le mur d'un hospice, qui émerge à l'époque de Vincent de Paul afin de lutter contre l'avortement prohibé par l'Église catholique. La pratique est progressivement encadrée par le droit, d'abord par un décret du 28 juin 1793, puis par un décret-loi du 2 septembre 1951 adopté sous le Gouvernement de Vichy, puis, plus récemment, par la loi du 8 janvier 1993 et celle du 22 janvier 2002. Le principe du secret est aujourd'hui consacré par l'article 326 du Code civil, qui prévoit que "lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé » ainsi que par le Code de l'action sociale et des familles, dont l'article L 222-6 prévoit la possibilité qu'une femme demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité<sup>2</sup>. On peut, à cet égard, relever une certaine singularité française. L'accouchement sous X est, en effet, peu répandu en Europe. S'il existe au Luxembourg et en Italie, ainsi qu'en République tchèque, il a disparu en Espagne, à la suite d'un arrêt du Tribunal suprême de 1999 qui l'a jugé contraire à la Constitution<sup>3</sup>. Reste que certains pays voisins, s'ils ne protègent pas le secret de la naissance, reconnaissent des pratiques alternatives, telles que les « boîtes à bébés », introduites en Allemagne en 2000 et qui se sont diffusées dans d'autres pays tels que l'Autriche, la Pologne, la Suisse, la Belgique, l'Afrique du Sud ou, plus récemment, le Canada ou encore les États-Unis, l'État de l'Indiana ayant été déposé en mars 2015 une proposition de loi en faveur de l'introduction de boîtes à bébés, très fortement contestée.

2° Autre exemple, le choix du secret de l'identité du donneur fait par les lois de bioéthique du 29 juillet 1994 s'agissant des gamètes, au même titre que les dons de sang et d'organes. Le législateur a ainsi choisi de faire de la filiation biologique un secret juridiquement protégé par la loi : l'anonymat des donneurs de gamètes résulte de la volonté du législateur de rattacher la filiation des enfants nés avec la participation de donneurs de gamètes à la filiation charnelle et non adoptive. Là encore, il semble que cet anonymat du donneur soit une singularité française, voire un « dogme français », érigé en « principe éthique » alors que la question est plus ouverte et plus débattue dans d'autres pays. En effet, la plupart des États qui admettent le recours à un tiers donneur prévoient, au minimum, un accès aux données non identifiantes et, la plupart du temps, un accès à l'identité du donneur<sup>4</sup>. A ceci s'ajoute que certains pays comme la Suède, les Pays-Bas, le Royaume-Uni ou encore la Suisse qui avaient, à l'origine, également protégé l'anonymat du donneur, ont fait évoluer leur législation sur ce point.

---

2 L'article L 222-6, tel qu'issu de la loi du 22 janvier 2002 précise que « Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire », le reste de l'article organisant les modalités de la levée possible du secret

3 Par une décision rendue le 21 septembre 1999, le Tribunal suprême a jugé inconstitutionnelle la faculté offerte par la législation sur l'état civil de faire figurer sur les registres la mention « De mère inconnue » dans d'autres cas que celui des enfants trouvés. A ce sujet, voir le rapport « Le droit à la connaissance de ses origines génétiques », rapport sénatorial du service des affaires européennes de 2000, qui fait le point sur les principales législations européennes, disponible en ligne sur le site du Sénat.

4 Pour une étude, voir « L'anonymat du don de gamètes », rapport sénatorial du service de la législation comparée de 2008, disponible en ligne sur le site du Sénat.

## B) Un principe maintenu

Ce principe du secret demeure solidement implanté, malgré des contestations régulières.

1° Il en va ainsi de l'accouchement sous X, dont la suppression est périodiquement envisagée. Ainsi le rapport public présenté en mai 1998 par Madame Irène Théry suggérait purement et simplement de supprimer l'accouchement sous X<sup>5</sup>. En 2011, un rapport établi par la Mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret proposait de lever l'anonymat. Il prévoyait que si la mère a toujours la possibilité d'accoucher "dans le secret", les informations relatives à son identité pourraient être communiquées à l'enfant au moment de la majorité, revenant ainsi à n'admettre qu'un secret provisoire. Il a donné lieu à une proposition de loi déposée le 7 décembre 2011 à l'Assemblée nationale, proposition qui n'a été ni discutée, ni adoptée<sup>6</sup>. Plus récemment encore, un rapport déposé en 2014 proposait, tout en maintenant le secret de l'accouchement prévu par l'article 326 du Code civil, de ne garantir à la femme l'anonymat que jusqu'à la majorité de l'enfant, seul autorisé à en demander la levée, rapport demeuré pour l'instant sans suite<sup>7</sup>.

Cela étant, tenant compte d'un certain nombre de préoccupations nouvelles, l'accouchement sous X a fait l'objet d'un aménagement important qui, tout en maintenant le principe du secret, en tempère la portée et les effets. Ainsi, la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État a organisé la réversibilité du secret de l'identité, par l'intermédiaire du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), organisme chargé, à la demande des enfants, de rechercher la mère et de recueillir, le cas échéant, son consentement à ce que son identité soit révélée à l'enfant (L. 147-6 du CASF). De même, la loi du 22 janvier 2002 a modifié l'article L. 222-6 du CASF, en invitant la femme, si elle l'accepte, à laisser des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité et l'informant de cette possibilité nouvelle qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité. Ce n'est donc que sous réserve expresse de la mère et à la demande de l'enfant que le secret pourra être levé, ce qui revient à maintenir le principe ancestral du secret des origines.

2° Le principe du secret des donneurs de gamètes perdure également, malgré quelques velléités, régulières, de remise en cause. C'est ainsi qu'en 2009, dans son [rapport sur la révision des lois de bioéthique](#), le Conseil d'Etat se positionnait en faveur de la levée de l'anonymat sous certaines conditions, à la demande de l'enfant majeur et sous réserve du consentement du donneur. Plus récemment, lors de la révision des lois bioéthique, il a été envisagé de dévoiler partiellement le secret qui pèse sur l'anonymat du donneur. Le projet de loi relatif à la bioéthique de 2010 prévoyait, en effet, de donner « à tout enfant conçu à partir des gamètes d'un tiers donneur » la possibilité d'accéder, à sa majorité, à des « données non identifiantes relatives au donneur », telles que son âge, son état de santé, ses caractéristiques physiques, sa situation familiale et sa catégorie socioprofessionnelle, sa nationalité et même les motivations du don. Plus encore, le projet prévoyait la possibilité d'accéder à « l'identité du donneur sous réserve du consentement expresse de celui-ci »<sup>8</sup>. Ce point, particulièrement controversé, a fait l'objet d'intenses discussions avant d'être rejeté par l'Assemblée nationale, maintenant ainsi le principe du secret.

Pourrait-on déduire de la persistance de ce principe un droit au secret, qui serait un droit subjectif des parents au secret, opposable à l'Etat, dont il pourrait ainsi demander la protection, y compris en forçant, si besoin, l'Etat à prendre les mesures positives (obligations positives) qu'exigerait la protection du secret<sup>9</sup>? Pour l'instant, la question n'a pas véritablement été posée, dans la mesure où, précisément, le droit français admet et organise le secret. Il n'est donc pas nécessaire de le consacrer et de le revendiquer. A cela s'ajoute qu'il ne disposerait que d'un

---

5 I. Théry, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », Paris, La Documentation française

6 Proposition de loi n°4043 visant à « la levée de l'anonymat » et à l'organisation de « l'accouchement dans le secret », enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 7 décembre 2011

7 I. Théry, A.-M. Leroyer, « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », Paris, La documentation française, 2014

8 Projet de loi relatif à la bioéthique n°2911 enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 20 octobre 2010

9 Soulignant qu'en l'espèce, la mère dispose bien d'un droit au secret, tandis que l'enfant n'a aucun droit, en dépit de la loi de 2002, voir O. Le Bot, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale », note sous CE, ord., 25 oct. 2007, Mme Y, n° 310125, *RFDA*, 2008 p. 328 et s.

ancrage juridique incertain, aucune disposition constitutionnelle n'évoquant de droit au secret. Mais ce droit pourrait être rattaché au principe de protection de la vie privée. Ce principe, consacré par l'article 9 du Code civil, dispose désormais d'un fondement constitutionnel, puisque le Conseil constitutionnel l'a déduit de l'article 2 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ». Selon le Conseil constitutionnel, la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée, comme il l'a par exemple affirmé dans sa décision 2010-25 QPC du 16 décembre 2010 relative au fichier des empreintes génétiques. Mais, pour l'instant, la reconnaissance d'un éventuel droit au secret est d'autant moins nécessaire que le droit miroir, le droit d'accès aux origines, n'a pas encore été reconnu.

## **II Le refus de l'accès aux origines**

### **Le refus du droit français de consacrer un droit d'accès aux origines**

La remise en cause du secret est liée à l'émergence, récente, du droit de connaître des origines, droit reconnu par d'autres pays et consacré par un certain nombre de conventions internationales.

#### **A) Un droit reconnu et consacré ailleurs**

La revendication du droit d'accès aux origines peut se réclamer du droit international, du droit européen ainsi que de plusieurs exemples de droit comparé.

1° Du point de vue du droit international, plusieurs traités sont invoqués à l'appui de la reconnaissance du droit d'accès aux origines. Il en va tout particulièrement ainsi de l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, dite Convention de New York, qui reconnaît à celui-ci « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Le droit ainsi affirmé n'est cependant pas absolu : d'une part, car il n'existe que « dans la mesure du possible » et, d'autre part, parce qu'il ne consacre qu'un « *droit de connaître ses parents* » et non pas un « *droit aux origines* », ce qui n'est pas la même chose<sup>10</sup>. La Convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoit, dans son article 30, que « les autorités compétentes de l'Etat contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père (...). Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur Etat ». Si la question de l'accès aux origines est à nouveau posée, la rédaction nuancée de la convention souligne qu'il ne s'agit pas d'un droit impératif mais plutôt un objectif vers lequel les législations des Etats membres doivent tendre.

2° En revanche, le droit européen, tel qu'issu de la Convention européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, est beaucoup plus explicite. Se fondant sur le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne en a retenu une interprétation extensive, voire dynamique, pour consacrer un droit d'accès aux origines. Pour la Cour, en effet, le droit à l'identité - dont relève le droit de connaître son ascendance - fait partie intégrante de la notion de vie privée et concourt à l'épanouissement personnel<sup>11</sup>. Ainsi juge-t-elle que « *le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de "vie privée", qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie* ». Déclinaison du droit au respect de la vie privée, le « *droit à l'identité et à l'épanouissement personnel* » justifie que soit protégé « *l'intérêt vital [...] à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs* ». Partant, « *la naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève [bien] de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, [telle que] garantie par l'article 8 de la*

---

10 On relèvera d'ailleurs que lorsque le moyen est invoqué devant le juge administratif à propos de l'accouchement sous X, il est rejeté de façon lapidaire par le juge : voir par exemple CAA Paris, 2 juillet 2003, n° 00PA03753

11 Vont en ce sens plusieurs arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme : [Gaskin c. Royaume-Uni du 7 juillet 1989](#) ; [Mikulic c. Croatie du 2 février 2002](#) ; [Odièvre c. France du 13 février 2003](#) ; [Jaggi c. Suisse du 13 juillet 2006](#) ; [Godelli c/ Italie du 25 septembre 2012](#)

*Convention* »<sup>12</sup>. Chacun doit pouvoir établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut le droit d'accès aux origines :

3° Plusieurs exemples de droit comparé peuvent encore être mobilisés à l'appui de la reconnaissance d'un droit d'accès aux origines, certaines Constitutions étrangères reconnaissant, tantôt expressément, tantôt implicitement, tantôt positivement, tantôt négativement, un tel droit. Ce droit peut, tout d'abord, être directement consacré par la Constitution. La Constitution fédérale suisse dispose, dans son article 24 *novies*, que « l'accès d'une personne aux informations relatives à son ascendance est garanti »<sup>13</sup>. On relèvera que cet article a été introduit dans la Constitution en 1992 à la suite d'un référendum d'initiative populaire, qui comportait plusieurs dispositions relatives à la bioéthique. Ce droit peut également être déduit des dispositions constitutionnelles, comme c'est le cas en Allemagne, qui a consacré le droit de l'enfant à avoir accès aux données relatives à son ascendance. En effet, depuis 1989, la Cour constitutionnelle allemande considère que ce droit constitue la conséquence logique des droits à la dignité et au libre épanouissement, eux-mêmes garantis respectivement par les articles 1-1 et 2-1 de la Loi fondamentale, ainsi que du principe d'égalité entre enfants légitimes et enfants naturels, lui aussi constitutionnellement consacré par l'article 6-5 de la Loi fondamentale<sup>14</sup>. Il en va également ainsi aux Pays-Bas<sup>15</sup>. Il existe enfin des cas dans lesquels le droit d'accès aux origines ne résulte pas d'une disposition constitutionnelle ou de son interprétation, mais de la condamnation constitutionnelle du droit au secret. C'est le cas en Espagne où, à l'occasion d'un recours en cassation, le Tribunal suprême a affirmé, le 21 septembre 1999, l'impossibilité pour la mère de ne pas déclarer son identité au moment de l'accouchement<sup>16</sup>, jugeant inconstitutionnel l'article 47 de la loi sur l'état civil qui permettait l'accouchement anonyme. Le droit d'accès aux origines n'est donc pas consacré, mais le principe du secret est constitutionnellement interdit.

Rien de tel en France, avec le refus persistant de lever le secret et de consacrer un droit des origines.

## **B) Le refus de consacrer un droit d'accès aux origines**

1° Malgré les appels qui lui sont régulièrement lancés, le législateur demeure particulièrement prudent sur ce point. Quelques timides avancées peuvent être relevées. Ainsi la loi du 22 janvier 2002, relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et des pupilles de l'Etat, a-t-elle précisé à l'article L 222-6 du code de l'action sociale et des familles « l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire ». La formulation demeure particulièrement timide. Comme le soulignent les travaux préparatoires, le législateur a seulement voulu moderniser l'accouchement sous X tout en maintenant le principe du secret et a soigneusement voulu éviter que cette possibilité ne se transforme en un droit à connaître ses origines. La question du droit d'accès aux origines a également été portée devant le juge. En 2012 a été contestée la constitutionnalité de la législation relative à l'accouchement sous X par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité portée devant le Conseil constitutionnel<sup>17</sup>. Etait contestée la possibilité pour une femme d'accoucher sans révéler son identité, au motif qu'elle privait les enfants nés au terme d'un tel accouchement de la possibilité de connaître leurs origines, portant ainsi atteinte au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale.

2° Malgré les arguments invoqués par les requérants, le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu de droit constitutionnel d'accès aux origines. D'une part, l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale a été rejeté. Ce droit, garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, qui précise que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires*

12 Pour un arrêt récent, voir CEDH *Godelli c/ Italie* du 25 septembre 2012, no [33783/09](#), § 45, 46 et 47

13 Sur ce point, voir notamment J. Guinand et A. Leuba, « Article 24 *novies* de la Constitution fédérale : son application », *Cahiers médico-sociaux*, 1993, 37, p.130.

14 BVerfG, 31 janv.1989, BVerfGE 79. 256 s., NJW 1989, 881, note C. Enders ; Sur ce point, voir F. Furkel, « Le droit à la connaissance de ses origines en République fédérale d'Allemagne », *RID comp.*, 1997. 931-959

15 Aux Pays-Bas, la Cour suprême a consacré le droit général de l'enfant à sa personnalité, qui comprend le droit de connaître l'identité de ses parents biologiques (Cour suprême/Hoge Raad des Pays-Bas, Valkenhorst, 15 avr. 1995, NJ 1994. 608).

16 Tribunal suprême d'Espagne, 21 sept. 1999, CCJC 2000-52. 186 s., note M.L. Arcos Vieira

17 Décision 2012-248 QPC du 16 mai 2012, M. Mathieu E., [Accès aux origines personnelles]

à leur développement », a été invoqué récemment dans un certain nombre de QPC en matière de droit civil, notamment s'agissant de l'adoption et du mariage pour les couples homosexuels. Dans cette décision, le grief est rejeté au motif que le droit de mener une vie familiale normale doit être entendu dans un sens concret, comme une possibilité de vivre ensemble, et non au sens proprement formel, comme consacrant la famille biologique<sup>18</sup>.

D'autre part, l'atteinte au droit au respect de la vie privée est également rejetée par le Conseil constitutionnel. Ce droit est rattaché à l'article 2 de la DDHC, qui pose, de manière très générale, que la liberté fait partie des droits inviolables et imprescriptibles de l'homme. Pour le Conseil constitutionnel, cet article ne vise qu'à protéger un certain droit à l'intimité, assurant ainsi une protection contre les intrusions publiques ou privées au sein de la sphère privée. La vie privée est ici appréhendée plutôt de manière négative, comme ce que l'on peut garder à l'abri du regard des autres, mais aucunement comme un droit à la réalisation ou à l'épanouissement personnel, comme cela peut être le cas, par exemple, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. La Cour européenne des droits de l'homme enrichit également la vie privée d'une dimension morale et psychologique, illustrant ainsi la distinction entre une dimension personnelle de la vie privée, qui est un droit à être « laissé tranquille » et une acception plus sociale, qui est un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel<sup>19</sup>. Ces deux griefs étant successivement rejetés, la conclusion est sans appel et particulièrement nette dans le commentaire de la décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel : aucune norme constitutionnelle ne permet au Conseil constitutionnel de fonder la reconnaissance du droit d'accès aux origines.

Cette conclusion est présentée comme un aveu d'impuissance. Pourtant, il est loisible de penser qu'au vu de la marge de manœuvre dont il dispose, le Conseil constitutionnel aurait tout à fait pu, s'il l'avait voulu, consacrer un tel droit. Dès lors qu'il n'existe pas de droit constitutionnellement reconnu d'accès aux origines, quels sont les facteurs d'évolution possible ?

### **III L'avenir du secret**

#### **Une évolution entre les mains du législateur**

On a pu penser, un temps, que les facteurs d'évolution viendraient du droit externe, notamment parce que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît précisément un droit d'accès aux origines. Mais les attentes ont, de ce point de vue, été déçues. En droit interne, l'évolution demeure sans nul doute possible, mais elle est entre les mains du législateur. C'est ce que rappelle le Conseil constitutionnel : c'est au politique de décider de maintenir le principe du secret ou, au contraire, de faire la transparence sur les origines.

#### **A) La retenue de la Cour européenne des droits de l'homme**

A partir du moment où le droit de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît expressément le droit d'accès aux origines, la Cour européenne aurait pu être tentée d'imposer aux Etats membres la levée du secret. Elle a néanmoins préféré le « self-restraint », l'auto limitation jurisprudentielle, à l'occasion des deux arrêts qu'elle a rendus à propos de l'accouchement sous X.

1° La Cour européenne s'est d'abord prononcée sur l'accouchement sous X tel que prévu par la législation française. Dans un arrêt *Odièvre contre France*, rendu le 13 février 2003, la Cour a jugé que les articles 341 et 341-1 du Code civil n'étaient pas contraires à la Convention, déjouant ainsi un certain nombre de pronostics. La motivation de l'arrêt est intéressante à plus d'un titre<sup>20</sup>. Tout d'abord, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée attentive aux objectifs poursuivis : ainsi affirme-t-elle que « le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français ».

---

18 Selon le commentaire, « Au-delà de la particularité de ces deux précédents, le droit constitutionnel à une vie familiale normale doit être entendu dans un sens concret (possibilité de vivre ensemble), plus que dans un sens proprement formel qui impliquerait une consécration en droit des liens biologiques. Ainsi, le droit pour toute personne de connaître ses origines ne trouve pas de fondement constitutionnel dans le droit de mener une vie familiale normale »

19 En ce sens, voir notamment O. Le Bot, *préc.*,

20 CEDH, grande chambre, 13 février 2003, [Odièvre c. France](#), Req. n° 42326/98

formule qui disparaîtra d'ailleurs dans l'arrêt de 2012 rendu contre l'Italie. S'il n'existe pas de droit au secret, transparait néanmoins l'idée que le secret de l'accouchement repose sur un objectif légitime, qui est celui de la protection de la vie. En second lieu, la Cour européenne des droits de l'homme précise les contours du droit d'accès aux origines, soulignant qu'il peut conduire à imposer des obligations procédurales positives à la charge des États membres, afin de permettre à chacun d'assurer son *intérêt primordial de connaître ses origines*. En troisième, la Cour prend en considération l'évolution législative, la nouvelle loi du 22 janvier 2002, alors même qu'elle n'est pas entrée en vigueur au moment du contentieux Odièvre. En l'espèce, elle souligne que cette nouvelle loi n'est pas absolue et ménage la possibilité d'une réversibilité du secret de l'identité de la mère (article L222-6 du CASF), avec la création d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (articles L 147-1 à 1147-11 du CASF). Enfin, et surtout, la Cour préfère attribuer aux États, sur cette question particulièrement sensible et délicate, une marge d'appréciation : constatant la diversité des systèmes des États membres et l'absence de consensus sur l'accès à ses origines personnelles, elle en conclut qu'en cette matière, les États disposent d'une marge d'appréciation et que cette dernière n'est pas dépassée par la législation française.

2° Il en va, en revanche, différemment de la législation italienne. En effet, plus récemment, la question s'est posée à propos de l'Italie dans un arrêt [Godelli](#) du 25 septembre 2012. Dans cette affaire, la Cour examine le système italien, qui ressemble étrangement à l'ancienne législation relative à l'accouchement sous X, avant l'intervention de la loi du 22 janvier 2002<sup>21</sup>. C'est d'ailleurs l'analyse comparée des législations italienne et française en matière d'accès aux origines qui amène les juges à conclure que la tentative de rechercher un équilibre entre les intérêts en présence, à laquelle s'était prêté le législateur français, fait totalement défaut au sein de la législation italienne. En conséquence, et même s'il existe une marge d'appréciation des États membres en la matière, la Cour condamne l'Italie pour violation du droit au respect de la vie privée, posé par l'article 8 de la Convention, au motif que « *le législateur [national] a donné préférence aux seuls intérêts de la mère sans qu'il y ait la possibilité pour la requérante de demander, comme en droit français, la réversibilité du secret sur l'identité de la mère sous réserve de l'accord de celle-ci* ». Cette condamnation va d'ailleurs sans doute conduire le Parlement italien à hâter l'adoption d'un projet de loi à l'examen depuis 2008 prévoyant, sur le modèle français, d'organiser la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de son accord exprès, ce qui, selon la Cour, permet de garantir un juste équilibre entre les intérêts en cause.

## **B) La prudence du juge français**

1° Niant tout droit d'accès aux origines personnelles, le Conseil constitutionnel demeure particulièrement prudent sur les évolutions possibles, soulignant que seul le législateur peut décider en la matière. Cette retenue est fréquente pour tout ce qui concerne les questions de société un peu délicates, par exemple le mariage homosexuel. Elle se traduit par un considérant classique : « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » et « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, ce faisant, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ». C'est un considérant qui a, par exemple, été appliqué à propos des conditions de réalisation des expertises génétiques post-mortem que le législateur a réservées aux actions en filiation et à la condition que l'intéressé ait, de son vivant, donné son accord<sup>22</sup>. Autrement dit, à partir du moment où il n'existe pas de « droit à » qui serait constitutionnellement protégé, le législateur est libre du sens qu'il convient de donner à la législation.

2° Dans la décision 2012-248 QPC relative à l'accouchement sous X, le Conseil constitutionnel

---

21 CEDH, 2<sup>e</sup> Sect. 25 septembre 2012, [Godelli c. Italie](#), Req. n° 33783/09 : La requérante s'était vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles, ce qui lui interdisait de recueillir la moindre information susceptible de lui permettre « d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers » (§ 68).

22 Décision 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation], cons. 3 ; voir également la décision 2012-249 QPC du 16 mai 2012, Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta à propos de l'interdiction de conserver, à titre préventif, le sang du cordon ombilical, cons. 7



insiste sur ce self-restraint, le choix des termes de la conciliation entre intérêts divergents appartenant au législateur. Ainsi juge-t-il « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant* »<sup>23</sup>. Il n'est pas anodin de constater qu'il retient le terme d'« intérêts » et non pas de droits, tout comme le fait d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme<sup>24</sup>. En l'espèce, on peut d'ailleurs souligner que si des droits venaient à être consacrés, ils le seraient sur le fondement d'une même liberté : l'article 2 de la Déclaration de 1789, entendu tantôt dans sa dimension personnelle, celle qui protège le secret de la mère et en fait une partie de son intimité, tantôt dans sa dimension sociale, celle qui protège l'enfant en lui donnant droit à accès aux éléments fondamentaux de son identité<sup>25</sup>. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel insiste tout particulièrement sur l'objectif poursuivi par le législateur, par le biais d'un moyen soulevé d'office : à travers l'accouchement sous X, la loi cherche à assurer la protection du droit à la santé et de l'enfant et de la mère, ce qui est également un droit constitutionnellement garanti<sup>26</sup>. De fait, le Conseil constitutionnel se contente de prendre acte du fait que c'est au législateur de choisir et que, jusqu'à présent, il a toujours eu tendance à privilégier le secret. Il l'a fait lors de loi de 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, qui interdit de donner les moyens aux enfants conçus grâce à l'assistance médicale à la procréation de connaître l'identité des donneurs, validée par le Conseil constitutionnel, ou encore à propos des conditions de recours à une expertise génétique post-mortem, également jugé conforme à la Constitution.

C'est affirmer la liberté de choix et de décision qui appartient au législateur, dès lors qu'aucun droit à la connaissance des origines ne peut venir contre-balancer, en droit interne, le principe du secret. C'est donc à la représentation nationale de se saisir de cette question, c'est-à-dire au politique, sans que le juge ne puisse le faire à sa place, ce qui est, somme toute, gage de bon fonctionnement d'une démocratie.

---

23 Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *préc.*, cons. 8

24 Voir également que c'est la terminologie retenue par la Cour européenne des droits de l'homme

25 En ce sens, voir O. Le Bot, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale », *préc.*

26 En conformité, là encore, avec le raisonnement retenu par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Godelli c. Italie*, la Cour vise l'intérêt de la mère « *à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées n'est pas sans lien avec l'intérêt général qui s'attache à la préservation de la santé de la mère et de l'enfant* »