



L'enfant «fabriqué»: quels défis pour les droits de l'enfant, son identité et ses origines?

*Édité sous la direction de
Maude Louviot, Mia Dambach,
Zoe Moody, Özlem Lakatos,
Gaëlle Aeby*

L'enfant « fabriqué » : Quels défis pour les droits de l'enfant, son identité et ses origines ?

Actes du 13^e colloque international organisé par la Haute École et École Supérieure de Travail Social (HESTS), le Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève, la Haute École Pédagogique du Valais (HEP-VS), le Service cantonal de la Jeunesse du Canton du Valais et Child Identity Protection.

29 et 30 novembre, 1^{er} décembre 2023



Cet ouvrage peut être commandé à la Haute École et École Supérieure de Travail Social (HESTS), HES-SO Valais Wallis

Février 2024. Tous droits réservés.

Reproduction, même partielle, interdite sous quelque forme ou sur quelque support que ce soit sans l'accord écrit de l'éditeur.

EDITEUR

Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE), Université de Genève

Chemin de l'Institut 18 – 1967 Bramois – Suisse

Tél +41 (0) 27 205 73 93 - Fax +41 (0) 27 205 73 01

Web www.unige.ch/cide

COMITE DE REDACTION

Maude Louvriot

Mia Dambach

Zoe Moody

Özlem Lakatos

Gaëlle Aeby

Actrice du changement social, la **Haute École et École Supérieure de Travail Social, HES-SO Valais-Wallis** (HESTS) promeut l'intégration sociale, propose des solutions innovantes à la complexité de la société actuelle et contribue à l'émergence des enjeux sociétaux de demain. La Haute École et École Supérieure de Travail Social regroupe trois filières de formation réparties sur deux sites au cœur du Valais, à Sierre et Sion. Ces trois filières relèvent de deux dispositifs de formation, ES et HES. La Haute École et École Supérieure de Travail Social c'est aussi un institut de recherche étroitement lié à la formation puisque les chercheur-e-s sont également engagé-e-s dans l'enseignement. L'institut permet à la Haute École et École Supérieure de Travail Social d'assumer son rôle de leader en matière de recherche appliquée et de développement dans le domaine du travail social en

Valais et au-delà. Il répond aux demandes de prestations de services d'institutions externes.

Le **Centre interfacultaire en droits de l'enfant** (CIDE) de l'Université de Genève, situé à Sion dans le canton du Valais (Suisse) est une entité académique fondée sur la notion d'inter- et transdisciplinarité qui propose des formations avancées spécialisées et regroupe des chercheurs universitaires examinant l'émergence de l'enfant comme sujet de droits et les adaptations sociales et légales qui en découlent. Pour des renseignements sur le Master interdisciplinaire en droits de l'enfant (MIDE) et les autres formations dispensées, consulter www.unige.ch/cide.

La **Haute école pédagogique du Valais** (HEP-VS) est une haute école cantonale, située à Brig et à Saint-Maurice. Elle comprend trois secteurs : le secteur de la formation de base, le secteur des formations continues et postgrades, le secteur de la recherche et du développement. Ces secteurs sont complémentaires et étroitement liés. Les missions de la HEP-VS sont décrites sur son site internet : <https://www.hepvs.ch>.

Child Identity Protection (CHIP) est une association basée à Genève depuis 2020. Comme organisation internationale sans but lucratif, CHIP travaille avec les États et d'autres intervenants afin de promouvoir l'enregistrement universel des naissances et la pleine connaissance des relations familiales. www.child-identity.org

**HAUTE ECOLE ET ECOLE
SUPERIEURE DE TRAVAIL
SOCIAL (HES-SO VALAIS)**

<https://www.hevs.ch/fr/hautes-ecoles/haute-ecole-de-travail-social/>

Hes·so VALAIS
WALLIS

& Haute Ecole et Ecole Supérieure de Travail Social
Hochschule und Höhere Fachschule für Soziale Arbeit

**CENTRE INTERFACULTAIRE EN
DROITS DE L'ENFANT**

<https://www.unige.ch/cide>



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

CENTRE FOR CHILDREN'S
RIGHTS STUDIES

**HAUTE ECOLE PEDAGOGIQUE
DU VALAIS**

<https://www.hepvs.ch/>

HEPVS | PHVS

Haute école pédagogique du Valais
Pädagogische Hochschule Wallis



**CANTON DU VALAIS
SERVICE CANTONAL DE LA
JEUNESSE**

<https://www.vs.ch/web/scj>



CANTON DU VALAIS
KANTON WALLIS

CHILD IDENTITY PROTECTION

<https://child-identity.org/>



**CHILD
IDENTITY
PROTECTION**
Kommunikation in a right

Pour l'organisation de son 13e colloque international « **L'enfant « fabriqué » : Quels défis pour les droits de l'enfant, son identité et ses origines ?** » les 29 et 30 novembre, 1 décembre 2023, la Haute École et École Supérieure de Travail Social du Valais, le Centre interfacultaire en droits de l'enfant de l'Université de Genève, la Haute École Pédagogique du Valais, le Service cantonal de la jeunesse du Canton du Valais et Child Identity Protection ont bénéficié de l'aide et du soutien des entités suivantes :

- Fonds National Suisse (FNS)
- Société Académique du Valais (SAV)
- Office Fédéral des Assurances Sociales (OFAS)



Nous remercions ces institutions pour leur précieuse contribution.

Table des matières

| | |
|--|-----|
| Le droit de l'enfant à l'identité à l'aune de la procréation médicalement assistée | 9 |
| L'enfant « fabriqué » : Quels défis pour les droits de l'enfant, son identité et ses origines ? | 11 |
| Vers un droit pour toute personne de connaître ses origines ?..... | 19 |
| Surrogacy in Europe: Focus on Child's Right to Identity..... | 33 |
| Children's right to Access to Information on their Origins: A case for South Africa to review it legal framework..... | 55 |
| Law, Technology, and the Unbundling of Traditional Children's Rights | 61 |
| Les discours des personnes conçues par PMA-D en Espagne : Avances d'une recherche multidisciplinaire | 69 |
| Children born through surrogacy: What are the challenges for children's rights, identity and origins? | 93 |
| Réflexions autour du droit fondamental de connaître ses origines | 101 |
| The fundamental right to know | 125 |
| Procréation médicalement assistée : perspectives depuis le Centre de Procréation Médicalement Assistée à Lausanne | 139 |
| Soutenir dans le processus de recherche d'origines : technique, éthique et pratiques..... | 141 |
| Psychological and Relational complexities: building families through Donor Conception and/or Surrogacy – meeting the longer terms needs of all involved..... | 159 |
| Children not for sale | 173 |

| | |
|---|-----|
| Taking sale seriously: commercial surrogacy, intermediaries, and the sale of children | 187 |
| Enfant « à fabriquer » – Enfant « fabriqué » par couples éprouvés – Un autre regard | 213 |
| Concluding summary..... | 215 |

Préface

Le droit de l'enfant à l'identité à l'aune de la procréation médicalement assistée

Philip D. JAFFÉ

Professeur à l'Université de Genève, Campus Valais (Centre interfacultaire en droits de l'enfant)

Membre du Comité des Nations-Unies des droits de l'enfant

Le XIII^e Colloque international n'a pas dérogé à l'ambition traditionnelle de nos trois hautes écoles et de nos partenaires : susciter un dialogue interdisciplinaire entre des spécialistes issus des mondes académique et professionnel autour d'une thématique émergente en lien avec les droits de l'enfant. Quel succès ! Les deux jours de débats ont généré une myriade de moments à la fois émouvants, passionnants, déconcertants, et éclairants. Cela nous a permis, aux participants comme aux organisateurs, de prendre la mesure de la complexité de la notion de droit à l'identité de l'enfant. Certains auront peut-être été abasourdi à quel point les avancées biomédicales dans le domaine de la procréation médicalement assistée (PMA) nous obligent au temps de la réflexion, à examiner nos postures éthiques, à repenser nos pratiques et leur conformité avec les droits humains, et même à tenter d'anticiper des bouleversements qui relèvent quasiment de la science-fiction. Car nous y sommes presque... au-delà de la diversité des offres de gestation pour autrui, du commerce peu réglementé et parfois douteux de matériel germinal, des opportunités biotechnologiques de modification, voire de manipulation génétique, nous aurons probablement bientôt la capacité de cloner un être humain et d'autres formules

potentiellement chimériques... de *fabriquer un bébé* dont l'identité génétique, biologique, légale, psychologique, sociale sera différente de tout ce que nous connaissions jusqu'ici.

La richesse d'un colloque de haut niveau se distingue par la qualité des intervenantes et intervenants et des échanges au sein du réseau qui se crée pour l'occasion. L'apport déterminant de notre partenaire privilégié, Child Identity Protection (CHIP), une organisation non gouvernementale internationale basée à Genève, nous a permis de compléter la perspective helvétique et européenne, et de parcourir les enjeux légaux et jurisprudentiels de tous les continents en passant notamment par l'Afrique du Sud, l'Australie, les Etats-Unis, et les Philippines. Le droit de l'enfant à son identité, l'esprit de ce droit tel qu'il est énoncé dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant constitue un défi, voire une gageure majeure sur le plan global. Car *se connaître*, l'accès à ses origines personnelles et gestationnelles, requiert une réglementation internationale harmonisée, des pratiques commerciales encadrées, et surtout la conscience que ce droit à l'identité, s'il est écorné, entraîne des conséquences parfois dramatiques pour le bien-être psychologique et la santé des enfants concernés. Celles-ci ont claironné durant le colloque sur la base de témoignages de professionnels, de résultats d'études portant sur des enfants nés de la procréation médicalement assistée, mais plus encore avec le vécu et le ressenti de personnes dont l'existence était bouleversée par les vicissitudes liées à leur conception. Certains mots résonnent avec stridence : secret, anonymat, silence.

Les pages et les chapitres qui suivent cette courte préface sont autant de facettes de la richesse du Colloque international qui se déroule en Valais chaque année... une manière pour nous de contribuer à la découverte de thématiques émergentes et à l'expansion de nos connaissances.

Introduction

L'enfant « fabriqué » : Quels défis pour les droits de l'enfant, son identité et ses origines ?

Dre. Maude LOUVIOT

Haute École et École Supérieure de Travail Social (HESTS), HES-SO
Valais-Wallis

Mia DAMBACH

Child Identity Protection

Prof. Zoe MOODY

Haute École Pédagogique du Valais
Centre interfacultaire en droits de l'enfant, Université de Genève

Prof. Gaëlle AEBY

Haute École et École Supérieure de Travail Social (HESTS), HES-SO
Valais-Wallis

L'objectif principal du colloque « L'enfant « fabriqué » : Quels défis pour les droits de l'enfant, son identité et ses origines ? », dont les actes sont collectés dans le présent ouvrage, était d'organiser un dialogue inter- et transdisciplinaire entre les parties prenantes mobilisées autour des droits de l'enfant dans le domaine de la PMA. Plus spécifiquement, les organisateurs et organisatrices souhaitaient faire un tour d'horizon des différentes pratiques et législations qui régulent le domaine de la PMA, des plus restrictives aux plus libérales, ainsi que des enjeux qui y sont liés. Par exemple, quels sont les enjeux identitaires pour les enfants issus-es de la PMA ? Comment garantir le respect de leurs droits tels qu'ils sont inscrits dans la Convention relative aux Droits de l'Enfant de 1989 et dans son protocole

facultatif ? Quelles sont les conséquences réelles pour les parents qui contournent les interdictions, notamment en ce qui concerne la gestation pour autrui (GPA) ? Quelles sont les règles qui régissent ces pratiques dans les pays où le recours à ces pratiques est autorisé ou toléré ? Quelles leçons peuvent être tirées du droit à l'adoption pour réguler le recours à la PMA ? Quels sont les expériences et le ressenti des enfants issues de la PMA et comment s'inscrivent-ils dans les régulations des familles concernées ? Comment les professionnel·les qui suivent ces enfants et leurs familles peuvent-ils et elles les soutenir et les accompagner au mieux ? L'accent a été largement mis sur les droits des enfants, mais également sur leurs expériences et celles de leur famille, ainsi que sur le rôle des professionnel·les dans les pays qui, comme la Suisse, ont une législation plutôt restrictive. Enfin, des exemples de pratiques internationales ont été mobilisés afin de mettre en perspective la complexité et la diversité des pratiques.

Au terme de deux jours d'intenses échanges, beaucoup d'informations d'une grande richesse ont été accumulées. À travers les quatre quadrants autour desquels était organisé l'événement, à savoir Etablissement de la filiation : législation Suisse et internationale ; Expériences vécues des enfants ; Techniques et éthiques ; et Rôle des professionnel·les, ce sont de nombreuses manières de traiter la thématique de la PMA et la situation des êtres humains qui en sont nés qui ont été abordées. À chaque approche sont liées des lacunes qui lui sont propres, des analyses et des définitions de la parentalité et de la filiation singulières. En découlent des parcours de vie que cet événement a permis de mettre en lumière, à travers la multiplicité des profils et des histoires vécues ; mais également les pratiques de professionnel·les et de spécialistes investi·es et un réseau associatif indispensable pour faire évoluer des situations parfois inextricables et pour faire respecter les droits de l'enfant. En effet, la complexité d'un système qui va plus vite que la loi a été soulignée, tout comme l'importance des professionnel·les, des

thérapeutes, des associations, du corps médical, qui travaillent directement avec les enfants nés par PMA, ou leurs parents d'intention, mais qui sensibilisent également les donneurs aux enjeux qui découlent de leur don, altruiste ou économique. Ces professionnel·les sont indispensables non seulement pour identifier les besoins, mais également pour y répondre, dans la mesure du possible, pour permettre aux gens de se rencontrer, de faire bouger le cadre. Enfin, ces personnes, mobilisées et spécialistes de la thématique permettent également pour faire remonter les abus, les violations, qui découlent de certaines pratiques.

Ce colloque a permis de croiser les regards, les perspectives, les vécus, pour arriver, au terme de l'événement, à une vision globale de cette complexité. La conclusion unanime qui en a été tirée souligne l'importance d'un tel échange, mais également le besoin impératif de prendre réellement en considération les besoins des personnes nées par PMA, et pas uniquement ceux des parents d'intention ou des donneurs. En effet, ces lacunes induisent non seulement un système discriminatoire pour les personnes concernées, dans différents contextes, médical, éducatif, psychologique, mais également un besoin inéluctable pour ces enfants qu'on leur reconnaisse le droit de savoir d'où ils et elles viennent, de remonter le chemin de leurs origines. Il s'agit d'un besoin, d'un droit fondamental.

Les témoignages que nous avons entendus parlent de blessure primaire, de santé mentale, de parents d'intention infantilisés, d'application discutable de la loi, de manque d'information. Ces effets montrent à quel point ce qui est mis en place n'est pas toujours pertinent ou efficace. Malgré de bonnes intentions, les pratiques s'en éloignent souvent, à l'image de l'accompagnement en Suisse, prévu avant, pendant, après, la conception des enfants et de la pratique qui se contente parfois d'un simple envoi postal pour informer les personnes ayant formulé une demande d'informations concernant leurs origines.

Au terme de ce colloque, ressort le constat criant d'un besoin de renforcer les institutions existantes, pour que les enfants concerné-es ne se sentent plus seul-es, qu'ils et elles puissent rencontrer leurs pair-es, partager leur vécu. Il s'agit de faire en sorte que les cadre nationaux et internationaux régulent ce processus, il s'agit de combler la distance incontestable entre les besoins des personnes, les pratiques, et la loi.

En outre, plusieurs interventions soulignent les potentiels risques que la gestation pour autrui (GPA) peut comporter pour les enfants, notamment en ce qui concerne leur sécurité et leur bien-être. Dans des contextes où les réglementations sont insuffisantes ou mal appliquées, renforcés par des différentes politiques nationales, il existe un risque de vente d'enfants et que ces failles soient exploitées pour organiser des trafics d'enfants. Il est donc essentiel que des cadres législatifs rigoureux et des mécanismes de surveillance efficaces soient mis en place pour protéger les droits des enfants nés par GPA et prévenir toute forme d'abus. La coopération internationale et la sensibilisation des parties prenantes jouent également un rôle crucial dans la prévention de ces risques.

Les interventions entendues au cours de cet événement ont montré l'imbrication entre les démarches de PMA et les droits de l'enfant, la nécessité de prendre en compte ces droits pour penser la suite, une suite qui s'annonce par ailleurs urgente. Entendre les enfants pour comprendre en quoi le système n'est pas en lien avec leur intérêt supérieur semble indispensable afin de l'adapter en vue de garantir la non-discrimination à ces personnes semble être sinon la clé, au moins une clé pour renforcer ou établir de meilleures régulations et assurer le respect de l'intérêt supérieur sur le long terme pour ces personnes.

Les présents actes retracent l'événement en rassemblant les interventions qui l'ont constitué. La première partie s'intéresse à l'établissement de la filiation en se penchant sur la législation en

Suisse et au niveau international, en soulignant notamment le lien entre les cadres juridiques et les effets qui découlent sur les enfants concernés. Après un rappel des textes légaux pouvant être évoqués en matière d'accès aux origines Arthur et Audrey Kermalvezen-Fournis évoquent leurs expériences respectives de personnes conçues par don ainsi que les réflexions qui en ont découlées. Ce chapitre aborde les enjeux de santé et ceux liés à l'identité tout en démontrant leur imbrication avec les aspects juridiques, politiques et éthiques que l'auteur et l'autrice mobilisent dans les actions portées par leur association qui milite pour que toute personne puisse connaître ses origines. Dans un second chapitre, Olga Khazova-Gurvich aborde le cadre législatif, plus ou moins restrictif, plus ou moins clair, en vigueur dans plusieurs pays européens. Les effets des droits alors accordés aux enfants sont mis en lien avec le texte de la Convention relative aux droits de l'enfant, et notamment l'importance pour un enfant de connaître ses origines et de pouvoir accéder aux informations relatives au donneur, tout en soulignant les questionnements liés à l'âge de l'enfant, le type d'informations à transmettre ainsi que les conditions requises pour le faire. Karabo Ozah s'intéresse quant à elle aux cadres légaux en vigueur sur le continent africain, et plus spécifiquement en Afrique du Sud, où l'anonymat des donneurs est la règle. Son chapitre souligne l'importance de se questionner sur la compatibilité de l'approche adoptée en Afrique du Sud avec le cadre juridique international. Enfin, Elizabeth H. Aguilin-Pangalangan présente la situation du contexte asiatique, notamment dans le cas de gestations pour autrui. Elle souligne les influences du cadre légal national sur le statut et le lien de filiation de l'enfant né et les dérives qui peuvent en découler, notamment dans le cas de situation impliquant des parties de plusieurs nationalités. Elle propose ensuite un survol des différentes alternatives visant à statuer sur les enjeux légaux liés à la gestation pour autrui identifiés dans le cadre légal de plusieurs pays asiatiques, allant de la prohibition complète de toute

forme de gestation pour autrui à une absence de régulation, en passant par une autorisation partielle de ces pratiques.

La seconde partie, en abordant les expériences vécues des enfants, permet de donner la voix aux personnes concernées. Dans ce quadrant, Raquel Medina Plana et María Isabel Jociles Rubio présentent les résultats d'une recherche intitulée « Gouvernance reproductive en Espagne : perspective de/sur les enfants de familles PMA-D » qu'elles ont menée en Espagne. Celle-ci met notamment en lumière les effets des organisations permettant aux personnes conçues par PMA-D (procréation médicalement assistée avec l'intervention d'un donneur ou d'un autre tier) de se rassembler sur les personnes concernées dans un contexte légal qui prescrit l'anonymat des dons de gamètes. Katherine Wade rapporte ensuite la perspective qu'ont les enfants – ayant expérimenté la gestation pour autrui soit directement soit par le biais de proches - sur la réforme de la loi sur la maternité de substitution. Il en ressort notamment la nécessité d'informer les enfants concerné-es de leur mode de conception et de l'identité de la personne tierce impliquée dans leur naissance. Géraldine Mathieu, quant à elle propose des réflexions autour du droit fondamental de connaître ses origines et fait état des droits fondamentaux en concurrence et des positionnements des textes de lois internationaux, du comité des droits de l'enfant et de la cour européenne des droits de l'homme (CEDH) à ce sujet. Elle y évoque de nombreuses décisions prises par la CEDH afin d'illustrer le poids – variable selon les caractéristiques des cas – donné au droit fondamental de connaître ses origines. Enfin, Ankie Vanderckhove revient sur les travaux menés par l'« afstammingscentrum » en Flandre depuis 2021, notamment avec des personnes concernées par l'adoption, le don de gamètes et les « secrets » de famille afin de leur fournir gratuitement des informations, du soutien et une expertise sur le droit de connaître ses origines.

La troisième partie se penche sur les aspects techniques et éthiques. Nicolas Vuillemoz y décrit le cadre légal et les pratiques encadrant la procréation médicalement assistée en Suisse. Macarena Fatio thématise les aspects éthiques qui entourent la recherche d'origines dans le cadre d'une PMA. Elle rappelle le cadre légal dans lequel ces réflexions prennent place puis se concentre plus spécifiquement sur les pratiques de l'Association Espace A au sein de laquelle elle travaille, et qui accompagne les personnes qui entament une procédure de recherche d'origines. Sur la base de ses réflexions, elle formule plusieurs recommandations pour mieux gérer cet accès à l'origine pour les personnes nées par PMA. Sharon Pettle propose ensuite une réflexion basée sur son expérience de psychologue et thérapeute dans le domaine de la PMA et de la GPA. Elle y évoque notamment l'importance d'un accompagnement thérapeutique non seulement pour les enfants et leurs familles, mais également pour les adultes apprenant leur conception par PMA tardivement. Ses conclusions insistent également sur la force des organisations de soutien entre pairs ainsi que sur l'importance de former les professionnel·les travaillant avec les enfants et les familles en général. Maud De Boer-Buquicchio, quant à elle, entre dans le vif des dérives qui peuvent découler de la GPA et aux différentes normes juridiques et pratiques financières qui la conditionnent, en mettant notamment la lumière sur le risque de vente et d'exploitation d'enfants. Ses réflexions conduisent à la question conclusive « quelles bases encadrent le transfert de cet enfant ? » qui devrait accompagner toutes pratiques de GPA. Enfin, David Smolin, dans cette même logique, réfléchit aux positionnements légaux de différents Etats, et des enjeux de politiques permissives ou restrictives quant aux risques pour l'enfant né dans le cadre d'une GPA, et encore plus lorsque celle-ci implique des acteurs et actrices issus·es de plusieurs contextes nationaux. Il termine son chapitre en formulant des recommandations à l'encontre de ces différents systèmes en vue de mieux respecter les droits de l'enfant.

Enfin, la quatrième partie aborde le rôle des professionnel·les qui travaillent sur ces aspects. Véronique Eckert propose notamment un survol des organisations qui proposent aux parents concernés par l'infertilité un accompagnement psychosocial aux couples tout au long de la réalisation de leur désir d'enfant et/ou lors de difficultés rencontrées dans leur parcours parental.

Le comité scientifique tient à exprimer sa profonde gratitude à l'ensemble des personnes qui ont contribué à la réussite de ce colloque, et notamment aux intervenantes et intervenants pour la qualité et la richesse de leurs présentations. Nous espérons que les échanges et idées partagés lors de l'événement et résumés ici continueront à inspirer les pratiques, les législations et les recherches s'intéressant aux droits de l'enfant dans le domaine de la PMA

Vers un droit pour toute personne de connaître ses origines ?

Audrey et Arthur KERMALVEZEN-FOURNIS

Association Origines : www.associationorigines.com

Rappel des principaux textes pouvant être invoqués en matière d'accès aux origines :

- La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'article 8 prévoit notamment que : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale et dont la Cour, dans sa jurisprudence, a précisé à de nombreuses reprises, qu'il implique le droit de connaître ses origines :
 - *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989 : l'accès aux origines personnelles constitue un élément du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8.
 - *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002 : les personnes ont un « intérêt vital, protégé par la convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de leur identité personnelle ».
 - *Odièvre c. France* du 13 février 2003 : droit à obtenir les informations sur un aspect important de son identité personnelle « dont l'identité des géniteurs fait partie »
 - *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006
 - *Ebru et Tayfun Engin Colak c. Turquie* du 30 août 2006
 - *Krušković c. Croatie* du 21 juin 2011 : « l'identité de ses parents biologiques ».
 - *Pascaud c. France* du 16 juin 2011
 - *Çapın c. Turquie* du 15 octobre 2019
 - *Boljević c. Serbie* du 16 juin 2020

L'article 14 de la convention interdit toute forme de discrimination.

- La convention relative aux droits de l'enfant prévoit en son article 7 § 1 que :
« L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, *dans la mesure du possible*, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. »
En 2008, la Défenseure des droits de l'enfant (Dominique Versini) a précisé dans une recommandation que le terme de parents peut s'entendre au sens de parents biologiques pour les personnes conçues par don de gamètes.
- La convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997 prévoit en son article 1^{er} : « Les parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine » et en son article 2 que « L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science ».
Cette convention est entrée en vigueur pour la Suisse en novembre 2008 et en avril 2012 pour la France. Elle est en vigueur dans 29 États des 46 du Conseil de l'Europe.

Arthur a toujours su qu'un donneur était intervenu dans sa conception. Sa mère l'en informait déjà lorsqu'il était dans son ventre. Elle le lui a redit quelques années après sa naissance.

Dès 2006, il fait connaître, publiquement son besoin de connaître son géniteur en donnant une interview dans un grand quotidien.

En 2008, il sort un livre « *Né de spermatozoïde inconnu* » qui est le premier témoignage en Europe d'une personne conçue par don. Son livre a été traduit en allemand.

Pendant ce temps, Audrey, née en 1980, grandit, dans l'insouciance, sans se douter qu'un donneur est intervenu dans sa conception.

En 2003, à l'âge de 23 ans, elle choisit de se spécialiser en droit de la bioéthique. Elle étudie donc de près toutes les sciences du vivant qui posent des questions éthiques : l'euthanasie, le clonage, la recherche sur l'embryon et les procréations médicalement assistées (PMA). Cette spécialité étant relativement peu développée en France, elle s'est ensuite orientée vers une formation plus généraliste et est devenue avocate (prestation de serment en 2007).

En 2009, alors qu'elle s'était, par la force des choses, éloignée des sujets de bioéthique, ses parents les ont informé-es, son frère et elle, alors respectivement âgé-es de 32 et 29 ans qu'il et elle avaient été conçus par PMA avec donneur de sperme.

Cette nouvelle n'a rien changé à leur relation avec leur père, celui qui les a élevé-es et qu'il et elle considèrent toujours comme tel mais a amené Audrey à s'intéresser une nouvelle fois à la PMA sous un angle nouveau et l'a confrontée à une multitude de questions.

En France entre 70 000 et 100 000 personnes ont été conçues avec un donneur de gamètes et nous avons découvert que la très grande majorité l'ignore.

Quelques semaines avant notre intervention, Arthur a par exemple reçu un mail de la part de l'ancien petit-ami de sa sœur qui venait de découvrir, à plus de 30 ans, que lui aussi était issu d'une procréation avec donneur.

Pourquoi le secret est-il si bien gardé ? Depuis le début, les fondateurs des banques de sperme pratiquent un appariement entre les donneurs et les receveur-euses. Cela signifie qu'ils et elles choisissent un donneur qui a le même phénotype que le membre stérile du couple : même taille, même poids, même couleur des yeux, même couleur et forme des cheveux, et le même groupe sanguin, ce, pour

que l'enfant ne découvre pas qu'il ou elle n'est pas le fruit biologique de ses deux parents. Il n'y a aucune trace dans l'extrait d'acte de naissance, dans la carte vitale ou dans le carnet de santé, de l'intervention d'un donneur dans la conception.

Pourtant, il y a des enjeux de santé importants, non seulement parce que ces personnes continuent comme Audrey, avant ses 29 ans, de délivrer des informations erronées à leur médecin concernant leurs antécédents médicaux familiaux, mais aussi en raison du risque d'union consanguine qui s'ignore : ces personnes ont très vraisemblablement des demi-frères et demi-sœurs biologiques dans la nature qu'elles sont susceptibles de rencontrer.

La procréation médicalement assistée avec donneur se pratique de façon officielle en France depuis les années 1970, mais les premières lois datent seulement de 1994 (20 ans plus tard).

L'anonymat ne date que de 1994.

Aujourd'hui, la loi prévoit qu'il est interdit de concevoir plus de dix enfants avec un même donneur.

Mais avant 1994, il n'existait aucune loi et, à plus fortes raisons, aucune loi limitant le nombre d'enfants que l'on pouvait faire à partir d'un même donneur.

L'interdiction d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant date également de 1994.

La règle de l'anonymat n'a pas été remise en cause en 2004 lors de la première révision de bioéthique. Elle ne l'a pas davantage été en 2011 lors de la 2^{ème} révision des lois de bioéthique. En 2021, le législateur est intervenu mais nous allons voir qu'en pratique, pour beaucoup, cela n'a rien changé et qu'il faudra attendre 2046 pour qu'il y ait un véritable droit d'accès aux origines.

En 2014, Audrey sort un livre « *Mes origines : une affaire d'État* », fruit de 4 ans d'enquête sur le terrain avec une double casquette de juriste et de personne concernée dans sa chair par la PMA. Elle a aussi tenté de comprendre les autres raisons du blocage, en revenant sur l'histoire de la PMA avec donneur en France et a découvert certaines pratiques dignes d'apprenti-es sorcier-ères. En voici quelques exemples :

- Il ressort par exemple d'une thèse de médecine validée en 1975 qu'il existait à l'époque deux profils de donneurs : les altruistes et les professionnels du don, uniquement motivés par l'appât du gain.
- En 1992, des chercheur-euses du CNRS se sont procuré auprès d'une banque de sperme située dans le sud de la France le nom de 120 enfants conçu-es par don. Ils et elles se sont rendu-es dans leurs écoles, leur ont fait passer des tests. Ni les parents, ni les enfants ni même les responsables d'établissements scolaires n'ont été informé-es de cette étude, destinée à « mesurer l'impact de la congélation du sperme sur le développement mental des enfants ».
- Il n'existe, à ce jour, pas de limite dans le temps concernant la congélation et l'utilisation du sperme. Une femme qui a été conçue avec un donneur de sperme et qui l'ignore pourrait, si elle était en couple avec un homme stérile, recourir à un don de sperme et se faire inséminer à cette occasion, par le sperme de son propre géniteur. Le risque est faible mais il existe.

Fin 2009, Audrey et son frère décident de s'adresser à la banque de sperme parisienne où il et elle ont été conçu-es l'un et l'autre, pour savoir si c'est le même donneur qui a permis leur conception : autrement dit ont-il et elle le même géniteur ? La banque de sperme refuse catégoriquement de leur répondre en invoquant l'anonymat des donneurs. Pourtant, leur dire si c'est la même personne, ne leur permet nullement de savoir qui de qui il s'agit.

Après des démarches amiables infructueuses, en 2009, Audrey saisit la justice avec 3 types de demandes :

- interroger son donneur : accepte-t-il que son identité lui soit transmise ? Est-il d'accord avec l'anonymat inscrit dans la loi en 1994 soit des années après son don ?
- quels sont ses antécédents médicaux familiaux ?
- combien a-t-elle de demi-frères et sœurs ?

Elle invoque les traités internationaux ratifiés par la France qui ont une valeur supérieure à la loi française, dont la convention européenne des droits de l'homme et la convention relative aux droits de l'enfant. Elle rappelle que les donneurs sont protégés contre toute demande d'héritage ou de pension alimentaire.

En 2012, le tribunal rejette toutes ses demandes.

Au cours de la procédure, Audrey et Arthur sont tombés amoureux-euse. En 2013, trois semaines avant leur mariage, il et elle ont demandé à la Cour administrative d'appel de Versailles s'il et elle avaient été conçu-es avec le même donneur, la justice a refusé de leur donner cette information.

Il et elle n'ont pas été conçu-es au sein de la même banque de sperme mais il et elle connaissent des hommes qui ont donné leur sperme dans chacune de ces banques parisiennes.

Tout cela leur a été refusé au nom du principe d'anonymat.

La vie suit son cours, il et elle se marient malgré tout et fondent une famille. Il et elle ont aujourd'hui trois enfants.

En 2012, Audrey a plaidé le dossier de Sophie et de son frère qui souhaitent accéder à leurs origines. Juste avant d'entrer dans la salle

d'audience, Arthur remarque des similitudes entre Sophie et Audrey, dans leur façon de se tenir, leur grain de peau...

En 2017, au bout de 7 ans de procédure infructueuse et plus de 10 ans de militantisme pour faire bouger les lignes au niveau législatif, Audrey et Arthur se laissent convaincre de faire des tests. Ils se réunissent avec dix autres personnes conçues par don pour faire ces tests.

Trois semaines plus tard les résultats tombent :

- Audrey découvre qu'elle partage 49 % d'ADN avec son frère qui est donc son frère biologique, il et elle ont le même donneur et la même mère. Elle découvre en outre un demi-frère et une demi-sœur : Sophie et David dont elle avait plaidé le dossier au tribunal 7 ans plus tôt.
- Arthur découvre qu'il partage un peu plus de 6 % d'ADN avec une londonienne, Laura. Il la contacte le soir même, 30 minutes plus tard au téléphone. Elle répète : connaître ses origines, c'est la base, c'est la base. Il n'a pas à la convaincre de la légitimité de sa quête. Le lendemain matin à 11 heures, elle lui envoie un SMS : « I know who is your biological father, Call me right now »¹.

Arthur remet une lettre aux voisin-es du donneur avec pour consigne de la lui remettre en main propre. Gérard appelle Arthur le 25 décembre 2017.

Ils se rencontrent en mars 2018.

¹ Traduction du comité d'édition « Je sais qui est ton père biologique. Appelle-moi ! ».

Arthur raconte tout ceci dans un deuxième livre « *Le fils* » écrit avec Charlotte Rotman.

Il faut savoir qu'en 2013, lorsque le Conseil d'État a été amené, pour la première fois, à se pencher sur le sujet de l'accès aux origines pour les personnes issues de don de gamètes, il était prévu d'ouvrir l'accès à la PMA aux couples de femmes et aux femmes célibataires. Audrey et Arthur estiment avoir fait les frais de l'opposition entre les partisan·nes de la PMA pour toutes et les opposant·es à cette technique. Pourtant, qu'on soit pour ou qu'on soit contre la PMA, dans tous les cas, les personnes nées de don sont là et il faut organiser les conséquences sociales de la PMA.

Audrey et Arthur ont tenté de sensibiliser les politiques et l'opinion publique à la nécessité de faire évoluer le principe d'anonymat des donneurs de gamètes.

Ensemble il et elle ont fondé ORIGINES², une association qui regroupe des donneurs, des parents, des enfants issu·es du don et qui milite pour que toute personne (issue ou non de PMA avec donneur) puisse connaître ses origines.

Lors de la dernière révision de bioéthique, il n'était nullement prévu de reconnaître un droit d'accès aux origines pour les personnes conçues par don.

Avant le début des États généraux de la bioéthique en 2018, Arthur et Audrey ont dévoilé à la presse leurs découvertes (en particulier le fait que Gérard était content d'avoir été retrouvé) et cela a pesé puisque le sujet a été inscrit à l'ordre du jour de la révision de bioéthique.

² Pour plus d'informations sur l'association ORIGINES : www.associationorigines.com

Ça a fini par marcher : au moins en apparence puisque la loi française a changé. Mais on va voir ensemble ce qui a changé : pour qui, et surtout à partir de quand :

- Loi 2021-1017 du 2 août 2021
- Décret 2022-1187 du 25 août 2022
- Avis Cnil 2022-042 du 7 avril 2022
- Arrêtés du 29 août 2022
- Décret 2023-785 du 16 août 2023

Depuis le 1^{er} septembre 2022 :

- Pour donner ses gamètes (sperme, ovocytes) ou embryons, il faut :
 - 1) accepter de laisser son identité (nom de naissance, prénoms, sexe, date et lieu de naissance)
 - 2) remplir un formulaire qui contient des données non identifiantes (DNI)
- Un anonymat à durée déterminée (18 ans)

Toutefois, ces dons ne seront pas utilisés avant le 31 mars 2025, même si dès mars 2023, 27 000 paillettes de sperme sont concernées. La réforme ne s'est pas traduite comme beaucoup le craignaient par une baisse du nombre de donneurs. Au contraire, il y a eu 764 donneurs en 2022 soit deux fois plus qu'avant la loi comme l'a confirmé la directrice générale de l'agence de la biomédecine

Il y a donc un accès à la connaissance de ses origines à 2 vitesses :

- À partir de 2044 : pour les personnes conçues par don à partir du 31 mars 2025, accès garanti à l'identité du donneur et à ses données non identifiantes (DNI), même en cas de décès.
- Néanmoins, pour les 100 000 personnes déjà conçues et pour toutes celles qui vont naître jusqu'en février 2026, hypothétique accès à l'identité et aux DNI du donneur. À condition qu'il l'accepte et qu'il ne soit pas mort.

Depuis le 1^{er} septembre 2022 :

- Une commission a été créée : la CAPADD qui assume un rôle d'interface entre donneurs et personnes conçues par don
- Des donneurs peuvent spontanément contacter la commission pour faire savoir qu'ils sont d'accord pour se faire connaître
- Les personnes conçues par don peuvent aussi saisir la CAPADD d'une demande. Dans ce cas, la CAPADD recherchera et interrogera le donneur
- En 1 an, la CAPADD a reçu 435 démarches spontanées de donneurs.
- En 1 an la CAPADD a reçu 434 demandes de la part de personnes conçues par don. Seules trois d'entre elles ont abouti, soit moins de 1% d'accès véritable à ses origines (0,69 %).

En outre, d'autres lacunes peuvent être identifiées.

Aucune information concernant les antécédents médicaux : le législateur n'a pas jugé utile de permettre aux personnes issues de don de savoir quels sont les antécédents médicaux personnels et familiaux du donneur.

Aucune information concernant la fratrie biologique : le législateur n'a pas non plus jugé utile de leur permettre de savoir qui sont leurs demi-frères et demi-sœurs ni même combien ils et elles sont. Si leur nombre se compte sur les doigts d'une main, en dizaine ou en centaines

Les parents ne sont détenteur-trices d'aucune information : le législateur n'a pas accepté notre proposition de transmettre aux parents des DNI sur le donneur notamment ses antécédents médicaux, qui peuvent pourtant être utiles chez le pédiatre. En revanche, on incite désormais les parents à parler le plus tôt possible à l'enfant de sa conception avec un donneur. Ils ne peuvent pas accompagner ce récit.

Le donneur ne sait pas combien de personnes sont nées de son don ni même si une personne est née de son don : le législateur a aussi refusé de permettre aux donneurs de savoir si des enfants sont nés de son don et combien. Or, on ne se prépare pas de la même manière à lever son anonymat selon qu'il y a un·e ou dix enfant né·e de son don.

C'est après cette intervention législative française que la Cour européenne des droits de l'homme a tranché la requête d'Audrey dans l'arrêt de chambre Gauvin-Fournis (et Silliau) c/ France le 7 septembre 2023.

Rappel de la procédure :

- Depuis 2009 : Audrey demande qu'on interroge son donneur
 - En 2010 : elle entame une procédure devant les juridictions françaises
 - En 2016, elle saisit la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en invoquant les articles 8 et 14 de la Convention
 - En septembre 2022, la nouvelle loi française entre en vigueur. Création de la CAPADD.
 - En octobre 2022 : Audrey saisit la CAPADD qui lui répond « nous allons rechercher votre donneur ».
 - Le 28 mars 2023 : La CAPADD envoie une lettre recommandée à Audrey : « votre donneur est décédé. Nous opposons donc une fin de non-recevoir définitive à votre demande d'accès à son identité et à ses données non identifiantes ».
- Le 7 septembre 2023 : la requête d'Audrey est rejetée par la 5^{ème} section de la CEDH à une voix près (4 voix contre 3). Notons que cette décision est assortie d'une opinion convergente et de 3 opinions dissidentes.

Revenons ensemble sur cet arrêt :

- Les juges considèrent qu'en l'espèce, la marge d'appréciation des États est restreinte car un aspect essentiel de l'identité de la

personne est au cœur de l'affaire. Mais ils et elles estiment également que cette marge d'appréciation est large car il n'existerait pas, selon cet arrêt, de consensus européen sur la reconnaissance d'un droit d'accès aux origines pour les personnes conçues par don en Europe et que ces sujets suscitent des questions éthiques et morales délicates.

- Les juges considèrent que la France n'a pas violé les articles 8 et 14 en refusant avant 2022 de rechercher et d'interroger le donneur d'Audrey.

Certes, les juges rappellent que la Cour a souligné dès les années 2000 de façon constante dans sa jurisprudence l'importance de la connaissance de ses origines personnelles.

En 2002, la France a créé un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et a donc reconnu l'importance du droit de connaître ses origines. C'est d'ailleurs la création de cette instance, réservée aux pupilles de l'État et aux personnes nées sous X, qui a permis à la France d'éviter une condamnation par la CEDH dans l'arrêt Odièvre c. France en 2003.

Les juges considèrent toutefois qu'il n'existerait pas de consensus en faveur du droit d'accès aux origines au profit des personnes conçues par don mais seulement une tendance récente en sa faveur. Dès lors ils et elles considèrent qu'on ne peut pas reprocher à l'État français d'avoir tardé à adopter cette réforme.

- Les juges rappellent que la Cour a jugé dans l'arrêt Odièvre contre France que la simple possibilité de saisir une commission suffisait à respecter la Convention.

Notre commentaire : Dans l'affaire Odièvre, la requérante avait eu accès à des données non identifiantes ce qui n'est pas le cas d'Audrey Gauvin-Fournis.

En outre, lorsque la Cour a tranché l'affaire Odièvre, la requérante n'avait pas encore saisi le CNAOP (Conseil national pour l'accès aux origines personnelles), de sorte qu'il lui était encore permis d'espérer obtenir ce qu'elle recherchait à savoir l'identité de sa mère de naissance.

Dans l'affaire Gauvin-Fournis contre France, Audrey, la requérante avait déjà saisi la CAPADD et s'était déjà vu opposer

une fin de non-recevoir définitive d'accès à toute information (identité et données non identifiantes) en raison du décès du donneur.

- Les juges ajoutent que: « le législateur a eu le souci de respecter les situations nées sous l'empire de textes antérieurs ».

Notre commentaire : pourtant, avant 1994 : aucun texte ne consacrait l'anonymat des donneurs.

- La Cour européenne ajoute qu'elle « ne voit pas comment le législateur aurait pu faire autrement ».

Notre commentaire : pourtant en matière d'accouchement sous X, on fait différemment: lorsque la femme est décédée avant d'avoir pu être interrogée, son identité est transmise à l'enfant. On ne présume pas de volonté d'anonymat post-mortem.

Audrey a demandé le renvoi de son affaire devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme sur laquelle un collègue de 5 juges se prononcera le 19 février 2024.

Si ce renvoi est refusé, l'arrêt de chambre du 7 septembre 2023 deviendra définitif : Audrey aura le sentiment non seulement de ne pas avoir été entendue dans sa situation personnelle mais aussi d'être à l'origine d'un recul des droits pour l'ensemble des personnes en recherche de leurs origines des 46 États membres du Conseil de l'Europe.

Les conditions d'un renvoi devant la Grande chambre sont réunies. Il s'agit d'une question nouvelle, grave et délicate et d'intérêt européen. L'arrêt de chambre a été rendu à une courte majorité (4 voix contre 3).

Cet arrêt remet en partie en cause la jurisprudence antérieure.

À titre d'illustration :

Dans l'arrêt *Jäggi c. Suisse* (2006) : la Cour a condamné la Suisse pour avoir refusé à Monsieur Jäggi d'exhumer le cadavre de son père présumé afin de réaliser un test ADN au nom du droit de connaître son ascendance. Il n'y avait aucune incidence en termes de filiation. La Cour a jugé que « *le défunt dont l'ADN devait être prélevé ne pouvait être atteint dans sa vie privée par une demande d'un tel prélèvement intervenant après sa mort (...) la protection de la sécurité*

juridique ne saurait à elle seule suffire comme argument pour priver le requérant du droit de connaître son ascendance ».

Dans l'arrêt Pascaud c/ France (2011) : « *la protection des intérêts du père présumé ne saurait constituer à elle seule un argument suffisant pour priver le requérant de ses droits au regard de l'article 8 de la Convention* ».

Dans l'affaire Gauvin-Fournis c. France, la Cour valide le refus de transmettre la moindre information identifiante ou non sur son géniteur à la requérante au motif que celui-ci est décédé. Pourtant, ces informations et son identité figurent dans un dossier, aucune exhumation de cadavre n'est nécessaire.

Une clarification de la part de la Grande chambre s'impose.

Surrogacy in Europe: Focus on Child's Right to Identity

Olga KHAZOVA-GURVICH

Guest Researcher, Hebrew University of Jerusalem

Leading Legal Scholar, The Private Law Research Centre named after S.S. Alekseev, Moscow

Special Advisor, Child Identity Protection (CHIP), Geneva

Former member of the UN Committee on the Rights of the Child (2013-2021)

Introductory Comments

It is estimated that more than 8 million children worldwide have been born as a result of assisted reproduction, many of whom were conceived of gametes donation (PACE Report, 2019, para. 1). As for surrogacy, sound statistical data is absent. It is only known that it is quite widespread and even on the rise. It is estimated that approximately 10,000 cases take place per year worldwide (Reus, 2019, p. 226).

It is well understood that surrogacy is a highly controversial issue in Europe, as well as elsewhere, both ethically and legally. This controversy is reflected in European countries' national legislations, which either completely prohibit surrogacy, permit it under different grounds, or do not regulate it at all. For instance, surrogacy is expressly prohibited in Austria, Bulgaria, Croatia, Finland, France, Germany, Malta, Norway, Sweden, and Switzerland. Among European countries where surrogacy is permitted, the following, for instance, should be mentioned: Armenia, Belarus, Cyprus, Georgia, Greece, the Netherlands, Portugal, Russia, and Ukraine. At the same time, among these countries, some permit altruistic surrogacy only – such as, for instance, Greece, the Netherlands, and the UK, although

there are doubts as to what extent altruistic surrogacy there is altruistic indeed (Zervogianni, 2019, p. 163). There are also countries where surrogacy is not regulated but where surrogacy arrangements are known to be, nevertheless, practiced.

Thus, for the sake of clarity, it should be noted from the outset that if surrogacy is regulated, it does not at all mean that it is adequately regulated, and if it is allowed in practice, it does not in any way mean that it is regulated, not to mention, adequately regulated. Quite the opposite, as noted in the press release to the Study conducted by the European Society of Human Reproduction and Embryology, “Europe remains a patchwork of local legislations in how its main fertility treatments are controlled and made available to the public” (ESHRE Study Press release, 2020).

Most legislations indeed do not provide any clear rules on access to information about the child’s origin. The gamete donor’s anonymity, which traditionally most countries favour, remains another highly controversial issue given it restricts the right of donor-conceived persons to know their origins. At the same time, the demands of donor-conceived children for recognition of their right to know about their origin have increasingly become an issue to be solved at the legislative level. Besides, the evolution of genetic technology and the development of gene databases make the principle of anonymity to a certain extent obsolete. These are two main factors that have triggered some major changes in this area recently (CoE Comparative Study, 2022, para. 22; PACE Report, para 3), as will be further explained.

The discussion about the right of a child conceived with a third-party reproduction to identity may be complicated due to confusion of terminology. In the legal literature and different documents, there is no sufficient clarity and consistency; the terms ‘biological’ and ‘genetic’ are often used interchangeably, for example, we can often meet the term ‘biological parent’ towards a genetic parent, which is

not probably a mistake, but may make things confusing; genetic parents are also sometimes called natural parents, particularly when they are legal parents. Generally speaking, in the case of third-party reproduction, we need to differentiate between two scenarios: (1) when gamete donors have been involved, and (2) when a gestational surrogate has been involved. In the former case, we speak about ‘genetic origin’, and in the latter, we should rather speak about ‘biological origin’.³ The third scenario is when a surrogate gestates an embryo conceived with a donor’s gametes, i.e. we can speak about both genetic and biological origins. However, this scenario is not all that relevant for terms classification.

Child’s Right to Identity – General Provisions

The United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) is the first human rights treaty that expressly recognises the child’s right to identity. To remind, Article 7(1) states that a child has “as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents”, and, Article 8(1) indicates that a child also has the right “to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference”.

However, the UNCRC does not define the notion of identity, and doubts have been expressed about “whether such a definition is possible” (Doek, 2006, p. 10). That is unsurprising due to “the complexity, the ambiguousness and the fluidity of the term” (Schmahl, 2021, p. 150). Moreover, Article 8(1) of the UNCRC does not provide an exhaustive list of the elements which could be considered constitutive of an individual’s identity. This would by the way hardly even be possible, as almost all constituent parts of the identity of the child are linked to the development of the personality,

³ In this regard I put aside an important question on “how important is the *gestational* element of motherhood”. See Mulligan, 2020.

and in any case, should include “the cultural, ethnic, sexual, social and religious” components (Schmahl, 2021, p. 150).

Noteworthy, a proposal of the representative of Mexico was made when the drafters of the UNCRC discussed the issue of a child’s identity: that was to include the biological element in the text of the article in order to make its wording more explicit (Legislative History, 2007). This proposal, however, was not supported by other delegates and, the biological element of the identity is not mentioned in the UNCRC. Nor does the UNCRC address identity issues with regard to assisted reproduction, and children conceived through assisted reproduction are not “anywhere focused on the Convention” (Freeman, 1996, p. 283-84). Moreover, initially, the right of a child to identity, especially in the context of assisted reproduction, “was not universally welcomed” (Van Bueren, 2019, p. 202).

Van Bueren gave a few examples to illustrate this, Czechoslovakia⁴, when ratifying the UNCRC in 1991, made a declaration regarding Article 7(1) that in cases of adoption and artificial fertilisation “the non-communication of a natural parent’s name ... to the child is not in contradiction with this provision”. To this, two other examples can be added. The first one relates to Norway in 1994, which legislative policy at that time, as far as it concerned artificial insemination, was based on “keeping the identity of sperm donors secret”. This was reflected in the Concluding Observations of the UN Committee on the Rights of the Child (UNCRC Committee, or Committee): “the possible contradiction” between the right of a child to know his or her origins “with the policy of the State party in relation to artificial insemination, namely in keeping the identity of sperm donors secret”.⁵ Similar response from the Committee to Denmark followed one year later, in 1995, where “a possible contradiction between this provision of the

⁴ As it then was, before it was divided into two States: Czech Republic and Slovakia.

⁵ CRC/C/15/Add.23 (1994), para 10.

Convention and the policy of the State party with respect to artificial insemination” was noted.⁶

These were the very first examples when the UNCRC Committee questioned whether maintaining anonymity in artificial insemination was in line with the right of the child to know his or her origins. They may thus be considered as exceptions. The Committee started addressing the issues of a child’s identity in the context of assisted reproduction much later – in 2002, addressing the UK,⁷ and on a more systematic basis – after 2013.⁸ Now, to quote members of the UNCRC Committee, the right to know one’s identity has become “a consistent theme in the Committee’s thinking about children’s rights in the context of ART” (Skelton & Mezmur, 2019, p. 295).

Knowledge of one’s origin is of vital interest

It is widely recognised that the knowledge of one’s own origin is an important part of the right to identity and is of vital interest. This interest is not limited to the need to know one’s medical history for health purposes. Knowing one’s origins is essential in a much broader dimension. According to the findings in developmental psychology, “knowledge of one’s genetic origins plays a crucial role in identity

⁶ CRC/C/15/Add.33 (1995), para 11.

⁷ CRC/C/15/Add.188, paras. 31-32.

⁸ See Concluding Observations addressed to Switzerland in 2002 (CRC/C/15/Add.182, paras. 28-29), 2015 (CRC/C/CHE/CO/2-4, paras. 34-35 – regarding the increasing number of baby boxes) and 2021 (CRC/C/CHE/CO/5-6, para. 22), to Ireland in 2016 (CRC/C/IRL/CO/3-4, paras. 33-34) and 2023 (CRC/C/IRL/CO/5-6, para. 20), to France in 2016 (CRC/C/FRA/CO/5, para. 33) and 2023 (CRC/C/FRA/CO/6-7, para. 20), to Georgia in 2017 (CRC/C/GEO/CO/4, para. 19), to Spain in 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6, para. 19), to Belgium in 2019 (CRC/C/BEL/CO/5-6, para. 20), to Malta in 2019 (CRC/C/MLT/CO/3-6, para. 24), to Luxemburg in 2021 (CRC/C/LUX/CO/5-6, paras. 15-16), to Greece in 2022 (CRC/C/GRC/CO/4-6, para. 22) and to Iceland in 2022 (CRC/C/ISL/CO/5-6, para. 20).

formation as it enables the individual to locate him- or herself in a world of interpersonal relations” (Reuss, 2019, p. 231-32).

As noted, the child’s right to identity as a legal concept is relatively new, and the debate on this issue can be recognised as a modern one. However, the problems related to identity started to be discussed quite some time ago, particularly in the secrecy of adoption, which, until recently, was an almost universal legal rule. Psychologists were the first to raise concerns about severe psychological problems that were experienced by adopted children (Sants, 1964, p. 133; Wellisch, 1952, p. 42).⁹ They highlighted it as a factor which frequently appeared “to be present in adoption stress” and which they called “genealogical bewilderment” (Sants, 1964, p. 133). They argued that “[k]nowledge of and definite relationship to his genealogy is ... necessary for a child to build up his complete body image and world picture” (Wellisch, 1952, p. 41).

Nowadays, although the child’s right to identity is increasingly formally recognised, we find ourselves in a situation of even greater ‘bewilderment’ due to confusion or even sometimes disarray that has been brought by advances in biomedical science and increased application of surrogacy, especially with donors’ involvement.

The Notion of Identity and Family Relations

Numerous questions arise as to how to qualify the relationship, whether genetic or biological, between a child and a donor (or donors) and a surrogate mother if the child was conceived with their participation. We seem to be very far from bringing any clarity about the place that donors and surrogate mothers have in the relationship with the child, other than their involvement in the child’s conception.

⁹ See also Jumakova, 2020, p. 225.

Different opinions are expressed. For instance, in one of the commentaries to the UNCRC, we can read that:

The meaning of “parent” for the purposes of Article 7 CRC must not be confined to a biological ... conception of parents, but should extend to all persons who play a gestational, biological and/or social role in the creation and care of a child (Schmahl, 2021, p. 140).

In another scholarly work, in the context of the child’s right to know their parents, it is suggested to interpret UNCRC Article 7 broadly so that the term “parents” includes “not only social or legal parents, but also biological and gestational parents” (Clark, 2012, p. 626). We may also read that ‘family relations’ as the element of a child’s identity “reflects a growing recognition of the importance of children’s relationships not only with their immediate family but also with the wider family” (Akhtar & Nyamutata, 2020, p. 162).

Thus, it seems obvious that the notion of identity includes genetic and biological components but it remains unclear what place they have in a child’s ‘family relations’ as the identity element mentioned in Art 8(1). Having in mind that the UNCRC does not define who the child’s parent is, the question of whom the law should consider as the parents of a child conceived through ART with donors and/or surrogate involvement remains, to a significant extent, unclear. Can a gamete donor or a surrogate be considered as ‘sort’ of a parent under the UNCRC Article 7(1)? Do they fit into the notion of ‘family relations’ as one of the elements of a child’s identity mentioned in Article 8(1)? Should donors and a surrogate be classified as a part of a ‘wider family’, and what is a ‘wider family’? And what about siblings? As was rightly noted, the UNCRC is silent about access to information about them (Van Bueren, 1998, p. 83). However, the donor’s children are all half-brothers and half-sisters.

Thus, these are just some of the questions that arise in the context of child's identity and a child's 'family relations', and that have yet to be answered.

Access to Information about the Child's Origin – Gametes Donor(s)

There is no sufficient clarity in the child's access to information about the child's origin in the context of ART. Despite the general trend to move away from anonymity, many questions remain: At what age is it possible to get access, under what conditions, and what information precisely?

The Council of Europe Comparative Study on Access of Persons Conceived by Gamete Donation to Information of their Origins (CoE Comparative Study, 2022)¹⁰ shows a diverse picture in Europe. Some states permit neither sperm donation nor egg donation, nor embryo donation – as, for instance, Turkey (CoE Comparative Study, 2022, para. 90). Other states permit sperm donation only but not egg donation, while in others, everything is allowed, including embryo donation. For instance, of the 25 states that allow sperm donation, two prohibit oocyte donation and embryo reception (Germany and Switzerland), and two only prohibit embryo reception (Austria and Norway) (CoE Comparative Study, 2022, para. 89).

Secondly, as for access to information on one's origins, a majority (15 states) of the 25 states that allow donor-assisted reproduction recognise the right of the person conceived through these techniques to access information on their origins. Some states permit access on strict medical grounds (for instance, Greece and Spain). In many other states (for instance, Belgium, Czech Republic, Greece, Latvia,

¹⁰ Data in the Report were accurate on 31 December 2018. Since then, some countries have been in the process of updating their regulations (such as France), or introducing new legislation (such as Ireland).

Montenegro, North Macedonia, Poland, Serbia, Slovenia, and Ukraine), access for donor-conceived persons is prohibited (CoE Comparative Study, 2022, paras. 91). In some states, reforms that would allow a child to have access to information on origin have been under discussion.

France, a country that traditionally strictly adhered to the rule on donor anonymity, has changed its regulation by adopting the Law on Bioethics in 2021.¹¹ However, French reform provoked many negative comments, and its effectiveness “remains debatable” (Bidaud, 2021, p. 160). In June 2023, the UNCRC Committee recommended the French Government to “[e]nsure that children born through assisted reproduction technologies have access to information about their origins before they reach the age of 18,¹² whenever they make a request to that effect”. However, no significant amendments to French legislation in this regard have been made so far, and that keeps the country among rare states in the European Union that respect the donor’s anonymity (Preložnjak, 2020, p. 1185).

Sweden should be mentioned first among the countries that allow access to information on origins. It is known as a pioneer in this regard and permitted such access as early as 1984. Norway, the Netherlands, and the United Kingdom are among other states that chose to abolish anonymity. In Portugal, in 2018, the Constitutional Court declared anonymous gamete donation unconstitutional, which led to the

¹¹ Law No 2021-1917 of 2 August 2021 on bioethics.

¹² UNCRC Committee, Concluding Observations on the combined sixth and seventh reports of France, para. 20 (b), RC/C/FRA/CO/6-7. After the previous dialogue, in 2016, the UNCRC Committee also recommended that “the State party consider removing the requirement of the biological mother’s consent to reveal her identity and to increase its efforts to address the root causes that lead parents to choose to use confidential birth” - UNCRC Committee, Concluding Observations on the fifth periodic report of France, para. 33, CRC/C/FRA/CO/5.

adoption of a new law (CoE Comparative Study, 2022, paras. 85 and 144).

Some countries require consent to disclose their identity at the time of the donation (for instance, Austria, Croatia, France, Switzerland, and the United Kingdom); others do not (e.g. Finland, Norway, and Sweden) (CoE Comparative Study, 2022, paras. 111 and 115).

As for the age of a child when access to origins and donor's identity expressly may be permitted, in most cases, the age of majority is a threshold (CoE Comparative Study, 2022, para. 93). In some countries, the child's parents may request the disclosure of non-identifying information before the age of 18 (CoE Comparative Study, 2022, para. 98). In other countries, though, under-age children may also be able to access information on their origin. Thus, in the Netherlands, since 2004, donor-conceived children have been able to access non-identifying information from the age of 12 and the donor's identity from the age of 16. Before the age of 12, parents may be given non-identifying information (CoE Comparative Study, 2022, para. 104). In Sweden, under current regulation, all persons conceived by sperm donation or through oocyte donation can access the donor's identity when they have reached "sufficient maturity", which is interpreted as meaning 16 years old (CoE Comparative Study, 2022, para. 105). The Law adopted in Norway in 2021 made it possible to request information on origin from the age of 15; parents cannot be given any information (CoE Comparative Study, 2022, para. 106).

On the one hand, the Study demonstrated significant diversity in the regulation of children's access to information on origin. On the other hand, as indicated in the Study, the arrangements in force in the Council of Europe member States show that their legislation in this area is evolving. There is a clear trend in national legislation to lift the donor's anonymity and to establish the right to access information on origins (CoE Comparative Study, 2022, paras. 142-143).

Access to Information about the Child's Origin – Where Commercial Surrogacy is Legal

Access to information about donor information in countries where commercial surrogacy is legal and where legislation has already existed – such as Armenia, Belarus, Georgia, Russia, and Ukraine – is based on anonymous donation. In these countries, access to a donor's identity is not permitted.

In Russia, the law permits both anonymous and non-anonymous gametes donation.¹³ In contrast, in Belarus, non-anonymous donation is permitted only if a donor is a relative or a family member of a patient.¹⁴

With regard to the anonymous donation of gametes or embryos under Russian law, information that may, in principle, be available relates to the results of the donor's medical and genetic tests, the donor's nationality, ethnicity, education and profession, as well as phenotypic traits.¹⁵ No information about the fact that a child was conceived with donor gametes is reflected in the birth registry book. Accordingly, children will only learn that they are 'donor-conceived' if the parents tell them the truth or the truth is revealed in some other way. In Ukraine, the patients may have access to phenotypic profiles of donors only, but discussions on abandoning the anonymity of gamete

¹³ The Russian Federation Ministry of Health Regulations 2020, No 803H, paras 44, 54.

¹⁴ Law of the Republic of Belarus No. 341-Z of 7 January 2012 'On Assisted Reproductive Technologies' Art. 9, https://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_vspomogatel_nyh_reproduktivnyh_tehnologiyah.htm accessed 08 March 2024.

¹⁵ The Russian Federation Ministry of Health Regulations 2020, No 803H, paras. 58 and 66, Annex No 4 'Profile of a Sperm Donor', Annex No. 5 Order 'Profile of an Oocyte Donor'.

donors are underway there. In Georgia, some information about the child's origin should be reflected in the entry of the child's birth in the birth registry, but the rules are confusing. This raised concerns of the UNCRC Committee and was reflected in the Concluding Observations, where the Committee recommended Georgia to ensure that children born through surrogacy would "be able to get access to the information about his or her origin".¹⁶

Turning to surrogacy, access to information about the very fact of surrogacy and to personal information about the surrogate mother – in those countries where surrogacy is legalised – either is not regulated or, at best, not adequately regulated. For instance, some information about surrogacy is supposed to be kept in the birth registry, but whether it will be possible to get this information, as will be shown further, depends on different factors. Besides, in most cases, it is unclear whether a child born in surrogacy can actually receive such information and, if so, under what conditions, even if such information is available because of the absence of appropriate regulation.

For instance, Armenian legislation requires that for the intending parents of a child born through surrogacy to be recorded as the legal parents of the child, they should present to the civil status registry, apart from other documents, the surrogacy contract. From that, it is possible to assume that information about the child's origin and surrogate mother's involvement is somehow reflected in the birth registry book and will be, in principle, available in the future. In Ukraine, information that a child was born through a surrogacy arrangement is fixed in the birth registry book in the column 'For notes/remarks', which also contains personal information about the

¹⁶ CRC/C/GEO/CO/4, para 19(b).

surrogate herself.¹⁷ This record is kept with the Vital Statistics Office and is confidential;¹⁸ whether, under current rules, this information may be later available to a child who is born through surrogacy remains unclear.

The situation in Russia is illustrative and educative as it ignores the fact that the information about a child's origin should always be at least somehow reflected in a birth registry book. Thus, under Russian regulation, if a surrogate gives her consent to recording the intending parents as the legal parents of the child, information about the surrogate mother and her consent is kept in the birth registry book, which, in principle, should be available when the child grows up. Therefore, tracing the circumstances of the child's conception and birth should be possible. However, if a surrogate decides to keep the child and be registered as the child's legal mother, the situation is entirely opposite. In such a case, a surrogate, being a birth mother, is registered as a legal mother on the basis of a medical statement that confirms that this particular child was born to this particular woman. The surrogate is not required to present any documents that would reveal the whole story and her serving as a surrogate. If a surrogate is married, her husband becomes a legal father due to the presumption of paternity. In such a situation, the child has no genetic links to any of their legal parents, no information about donor(s), and no information about the intending parent(s), even if they are the genetic

¹⁷ As stipulated in the Order of the Ministry of Justice of Ukraine No. 140/5 of 18 November 2003 'On Amendments to Civil Registration Rules in Ukraine', para. 2.2, in this case, in the column 'For notes' a corresponding entry is made: 'The child's mother according to the medical birth certificate form N 103/o-95 (z20266-95) is citizen (surname, name, patronymic)' <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1058-03#Text> (accessed 08 March 2024).

¹⁸ Order of the Ministry of Health of Ukraine No 787 of 9 September 2013, para 1.25, <<https://www.medconsulting.com.ua/ru/prikazy-moz/prikaz-ot-09092013-no-787>>, accessed 08.03.2024.

parents. And no data is kept in the civil status registry. This practically means that such a child will not be able to find out the truth about their origins if the child's legal mother (in this case, the surrogate) prefers to keep it secret or the child did not learn the truth some other way.

In this regard, referring to the already mentioned Portuguese Supreme Court judgment of 2018 is interesting. In that judgment, the Court declared unconstitutional not only the legal provisions on the anonymity of donors but also those on the anonymity of the surrogate. Moreover, "the Court further maintained that the relations between the surrogate and the child do not discontinue after surrogacy. Contact could be limited, though, taking into account possible risks of psychological nature to the child" (Zervogianni, 2019). The Court also ruled that "the right of the child to know the identity of the surrogate is derived from his/her rights to personal identity and to free development of personality" (Zervogianni, 2019, p. 171).

Jurisprudence of the European Court on Human Rights on Identity Issues and Access to Information on Origins

To remind, under Article 8 of the European Convention on the Rights of the Child and Fundamental Freedoms (ECHR or European Convention), everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. In accordance with the jurisprudence of the European Court on Human Rights (ECtHR or European Court) the right to private life should be understood broadly and should include the right to personal development and the right to know about family relationships (CoE Comparative Study, 2022, para. 70). Accordingly, as stated in the CoE Study, all elements that contribute to personal identity, under the ECtHR jurisprudence, should be brought under protection of private life based on ECHR Article 8 (CoE Comparative Study, 2022, para. 71). The conclusion that follows, as further noted in the Study, means that "the right to know

one's origins, like everything that contributes to the construction of one's legal identity, should fall under the protection of private life based on Article 8 of the ECHR" (CoE Comparative Study, 2022, para. 72).

Nevertheless, despite the significant amount of jurisprudence on the right to access one's origin, there was until recently no case law specifically on access to information related to gamete or embryo donation (CoE Comparative Study, 2022, para. 76). Cases that seem to be most illustrative related to confidential or secret childbirth.¹⁹

Thus, in *Odièvre v. France*,²⁰ the European Court noted that in the context of the State's both positive and negative obligations under the ECHR Article 8, "regard must be paid to the fair balance to be struck between competing interests" (para. 40). As the ECtHR further explained, the expression "everyone" in the ECHR Article 8 applies to both the child and the mother. However, the two private interests in *Odièvre* case, which the European Court turned out to be confronted with – the child's right to know their origin and "a woman's interest in remaining anonymous to protect her health by giving birth in appropriate medical conditions" – are not easy to reconcile²¹ (para.

¹⁹ As an example, two cases should be first of all mentioned: *Odièvre v. France*, ECtHR [GC], no. 42326/98, 13 February 2003, and *Godelli v. Italy*, no. 33783/09, 25 September 2012.

²⁰ In *Odièvre* case, the applicant was an adopted child who was trying to trace her natural mother, who abandoned her at birth and who expressly requested that information about the birth remained confidential. For 'the French tradition of secrecy' and French turbulent history of the development of the issue on of women's right to give birth anonymously versus the right to know one's origins, see e.g. Lefaucheur, 2004; Preložnjak, 2020.

²¹ When discussing the issue of conflict of interest, the European Court also mentioned that the problem of anonymous births could not "be dealt with in isolation from the issue of the protection of third parties", particularly meaning

44). Thus, the European Court gave a negative answer (by ten votes to seven) to the question “does the right to know imply an obligation to divulge?”, having ruled that France did not violate the ECHR Article 8, since French legislation sought “to strike a balance and to ensure sufficient proportion between the competing interests” (CoE Comparative Study, 2022, paras. 45 and 50). As commented on in the PACE Report on gametes anonymous donation, “[w]hat is striking is that this balancing often tends to favour the genitor’s right to privacy, and therefore, donor anonymity” (PACE Report, para. 10).

The very first ECtHR case on access origins of a donor-conceived person – *Gauvin-Fournis and Silliau v. France*²² – confirms such a statement. This is a case with extraordinary facts and disappointing judgment, especially taking into account recent developments and all discussions on the right to access origin. In *Gauvin-Fournis and Silliau* case, the European Court recognised (by four votes to three) that France, in refusing the applicants access to any information relating to their origins, whether identifying information on their donor or their biological siblings, or non-identifying information on their medical history, had not exceeded its margin of appreciation and had not violated the applicants’ right to respect for private and family life,²³

the adoptive parents, the father and the other members of the natural family (para 44).

²² *Gauvin-Fournis and Silliau v. France* – 21424/16 and 45728/17, Judgment 07 September 2023.

²³ In its judgment (para 109), the European Court recalls that the ECHR Article 8 protects the right to know one’s origins, and that the right to respect for the decision to become or not to become a parent also falls within the protection of Article 8, as such a choice is a form of expression of private and family life. That being so, the Court does not consider it necessary in the circumstances of the case to examine the applicant’s complaint from the angle of family life, as the private life aspect of Article 8 appears to cover all the grievances expressed by the applicant.

provided for in the ECHR Article 8.²⁴ The *Gauvin-Fournis and Silliau* case had been referred to the Grand Chamber; however, on 19 February 2024, the Grand Chamber panel of five judges, regrettably, decided to reject request to refer it to the Court. This means that the Court did not find that this case raised a serious question affecting the interpretation or application of the ECHR, or a serious issue of general importance.²⁵

Regarding surrogacy specifically, the European Court, in a sense contrasting with the above-mentioned position, has always stressed the importance of the biological link – as known first of all from the cases *Menesson v. France* and *Labassee v. France*.²⁶

Conclusion

Developments in assisted reproduction technologies and increased application of surrogacy, especially with donors' involvement, trigger

²⁴ See ECHR Legal Summary, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-14177%22%5D%7D>, accessed 06 February 2024; CHIP: December 2023: Legal Memorandum Right to know one's origins – Gauvin-Fournis and Silliau v. France, <https://www.child-identity.org/en/resources/advocacy-and-policy/1191-december-2023-legal-memorandum-right-to-know-ones-origins-gauvin-fournis-and-silliau-v-france.html> accessed 10.03.2024.

²⁵ Under the ECHR Article 43, within three months from the date of a Chamber judgment, any party to the case may, in exceptional cases, request that the case be referred to the 17-judges Grand Chamber of the Court. In that event, a panel of five judges considers whether the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the ECHR or its protocols, or a serious issue of general importance, in which case the Grand Chamber will deliver a final judgment. If no such question or issue arises, the panel will reject the request, at which point the judgment becomes final. See Grand Chamber Panel's decisions – February 2024. Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 040 (2024) 20.02.2024.

²⁶ *Menesson v. France*, appl. no. 65192/11, and *Labassee v. France*, appl. no. 65941/11, Judgment 26 June 2014.

demands of donor-conceived children for recognition of their right to know about their origin. Besides, as has been noted, the development of gene databases makes the principle of anonymity, to a certain extent, obsolete. At the same time, the child's access to origin, in general, and in the context of assisted reproduction, specifically, has not become a universal rule in Europe yet. As has been shown, the general trend to move away from gamete donor anonymity is obvious. However, many questions remain about age limits, what information and under what conditions.

In this regard, the ECtHR's position is in many respects contradictory and lacks sufficient clarity. On the one hand, it is probably possible to state that it tends to recognise relations based on surrogacy arrangements if there is a genetic link between a child and at least one of the intended parents. On the other hand, however, there were no changes in the European Court's position on the right of donor-conceived children to get access to origin, as the *Gauvin-Fournis and Silliau* case has demonstrated. The European Court, at least so far, did not consider the right to know one's origins as absolute, and when striking to balance all competing interests, the trend was often to favour donor anonymity (PACE Report, para 10). However, in the context of the judgment on the *Gauvin-Fournis and Silliau* case, the right of access to at least non-identifying medical information seems to be in no way conflicting with the donor's right to remain anonymous while essential for a donor-conceived person, whether a child or an adult. It thus should be considered as their absolute right.

References

Akhtar, R.C., Nyamutata, C. (2020) *International Child Law, Fourth Edition*. Routledge.

Bidaud, C. (Dir), et al. (2022) France. A Chronicle of French Family Law. *International Survey of Family Law*, 155-176.

CHIP (2023): Children’s Right to Identity in Bulgaria. Factsheet submitted to the UN Committee on the Rights of the Child. 95th pre-session (May 2023). Combined Sixth and Seventh Periodic Report CRC/C/BGR/6-7, <https://child-identity.org/images/countryreports/bulgaria.pdf> accessed 29.02.2024.

CHIP: (2023) Legal Memorandum Right to know one’s origins – Gauvin-Fournis and Silliau v. France, <https://www.child-identity.org/en/resources/advocacy-and-policy/1191-december-2023-legal-memorandum-right-to-know-ones-origins-gauvin-fournis-and-silliau-v-france.html> accessed 08.03.2024.

CHIP: Children’s Right to Identity in Greece, Factsheet submitted to the UN Committee on the Rights of the Child, 90th Session (17 January 2022 – 04 February 2022), State periodic report CRC/C/GRC/4-6, <<https://www.child-identity.org/images/countryreports/greece.pdf>> accessed 29.02.2024.

Clark, B. (2012) A Balancing Act? The Rights of Donor-Conceived Children to Know Their Biological Origins, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 40(3), 619-661.

CoE (2022) *Comparative Study: Comparative Study on Access of Persons Conceived by Gamete Donation to Information of their Origins*, Council of Europe.

Doek, J.E. (2006) Article 8: The Clark, B., A Balancing Act? The Rights of Donor-Conceived Children to Know Their Biological Origins, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 3(40), 626.

ECTHR (2024) Legal Summary, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22002-14177%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22002-14177%22]), accessed 06 February 2024;

ESHRE (2020) Study Press release ‘Europe moves towards complete statutory regulation of assisted reproduction. But large variations still exist in how the legislation is applied’, 6 February 2020, <https://www.eshre.eu/Press-Room/Press-releases-2020/ART-in-Europe> accessed 29.02.2024.

Freeman, M. (1996) The New Birth Right? Identity and the child of the reproduction revolution, vol. 4 *The International Journal of Children’s Rights*. 4, 273-297.

Jumakova, A. (2020) Content of the child’s right to identity within the scope of the Convention on the rights of the child and the Latvian national framework / *Miscellanea Historico-Iuridica*. Tom XIX, z. 1. ROK 2020. P. 225

Lefaucheur, N. (2004) The of Birth: The Lines of French ‘Tradition’ Anonymous Argument, *International Journal of Law Policy and the Family*, 18(3) 319;

Legislative History: Legislative History of the Convention on the Rights of the Child. Vol I. United Nations, New York and Geneva, 2007, HR/PUB/07/1.

Mulligan, A. (2020) Protecting Identity in Collaborative Assisted Reproduction: The Right to Know One’s Gestational Surrogate. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 34(1), 20–42.

PACE (2019) Report: Report of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development “Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children”, Doc. 14835, 20 February 2019, Parliamentary Assembly of the Council of Europe, para. 7, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25439> accessed 29.02.2024.

Preložnjak, B. (2020) Modern Challenges in the Implementation of the Child's Right to Know One's Origin. *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 4, 1183-1188.

Reuss, Ph.M. (2019) Chapter 14. Surrogacy. In Stark, B. and Heaton, J. Eds. *Routledge handbook of international family law* (p. 225-241). Taylor & Francis.

Rubtsova, S.O., Besetskaya, N.A. (2022) 'Legal Regulation of Surrogate Motherhood in the Republic of Belarus and Countries of the European Union, 6 *Vestnik Polotskogo State University. Series D. Economic and Legal Sciences* 129 (in Russian), <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoe-regulirovanie-surrogatnogo-materinstva-v-respublike-belarus-i-stranah-evropeyskogo-soyuza/viewer> accessed 29.02.2024.

Right to Preservation of Identity, and Article 9: The Right Not to Be Separated from His or Her Parents. In Alen, A., Lanotte, J.V., Verhellen, E., Ang, F., Berghmans, E. and Verheyde, M., Eds. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (p. 3-31). Martinus Nijhoff Publisherspp.

Sants, H.J. (1964) Genealogical Bewilderment in Children with Substitute Parents. *British Journal of Medical Psychology*, 37, 133-141.

Schmahl, S. (2021) *United Nations Convention on the Rights of the Child: Article-by-Article Commentary*. Nomos-Beck-Hart. <https://ebin.pub/united-nations-convention-on-the-rights-of-the-child-article-by-article-commentary-9781509954469-9781509941803.html>

Skelton, A., Mezmur, B.D. (2019) Technology Changing @ a Dizzying Pace: Reflections on Selected Jurisprudence of the UN Committee on the Rights of the Child and Technology. *Peace Human Rights Governance*, 3(3), 275-305.

Van Bueren, G. (1998) *The International Law on the Rights of the Child*. Brill. Nijhoff.

Van Bueren, G. (2019) Children's rights in the family. In Stark, B. and Heaton, J. Eds. *Routledge handbook of international family law* (p. 195-208). Taylor & Francis.

Zervogianni, E. (2019) Lessons Drawn from the Regulation of Surrogacy in Greece, Cyprus, and Portugal, or a Plea for the Regulation of Commercial Gestational Surrogacy. *International Journal of Law, Policy and The Family*, 33, 160–180.

Wellisch, E. Children Without Genealogy (1952) – A Problem of Adoption, *Mental Health*, 12(1), 41-42.

Children's right to Access to Information on their Origins: A case for South Africa to review its legal framework

Karabo OZAH

Director Centre for Child Law, University of Pretoria

Introduction

This paper sets out the South African legislative provisions that regulate gamete donation, the process of Assisted Reproductive Technology (ART) as well as donor anonymity. The purpose of this short discussion is to show how the current legislative scheme does not consider the right of children to origins - particularly in so far as accessing identifying details of donors who contributed their gametes for the conception of the affected children.

The National Health Act and donor anonymity

The National Health Act 61 of 2003 regulates gametes donation and the process of assisted reproduction. The Act defines ART, also known as assisted reproductive treatment, as the technologies and associated methods used to assist people in achieving pregnancy.²⁷ Furthermore, it defines artificial fertilisation as the introduction, means other than natural means, of a male gamete into the internal reproductive organs of a female person for the purpose of human reproduction, including-the bringing together of a male and female gamete outside the human body with a view to placing the product of

²⁷ National Health Act section

a union of such gametes in the womb of a female person; or the placing of the product of union of male and female gametes which have been brought together outside the human body, in the womb of a female person. In terms of the Act artificial insemination means in vitro fertilisation, gamete intrafallopian tube transfer, embryo intrafallopian transfer or intracytoplasmic sperm injection.

In terms of the regulations under the National Health Act, the Regulations Regarding the General Control Of Human Bodies, Tissue, Blood, Blood Products And Gametes of 2012, no person shall publish or make known any fact whereby the identity of a deceased person whose body or any specific tissue thereof has been donated; the donor of the body of a deceased person or any specific tissue thereof; a living person from whose body any tissue, blood or gamete has been removed or withdrawn for any purpose; or the person who has given her or his consent to the removal of any tissue, blood or gametes from a living person for such purpose; may possibly be established, unless consent thereto was granted.²⁸

Furthermore, no person shall publish to another person any fact whereby the identity of the recipient of any tissue removed from another person before or after the death of the said person may possibly established, unless - in the case of a recipient who is still alive at the time of such publication, that recipient before such publication granted her or his consent thereto in writing; or in the case of a recipient who at the time of such publication has died - that recipient before her or his death granted consent to such publication in writing; or that recipient did not before her or his death indicate in any manner that she or he would not be prepared to grant such consent

²⁸ Regulation 24(1).

and the spouse, partner, major child, parent, guardian, major brother or major sister of the recipient before such publication granted consent in writing.²⁹

The Artificial Fertilisation Regulations of 2016 provides at regulation 9 that no person shall disclose the identity of any person who donated a gamete or received a gamete, or any matter related to the artificial fertilisation of such gametes, or reproduction resulting from such artificial fertilisation except where a law provides otherwise or a court so orders. This provision could potentially enable donor conceived children to access information that identifies their donor, however it will have to be through a cumbersome court process. This is yet to be tested and there is no guidance as to what would one have to prove to be allowed to access such information.

[The Children's Act 38 Of 2005 and donor anonymity](#)

Section 40 of the Children's Act 38 of 2005 provides for who acquires parental responsibilities and rates in relation to a child where donor gametes and ART has been used. Section 40(3)states that subject to section 296, no right, responsibility, duty or obligation arises between a child born of a woman as a result of artificial fertilisation and any person whose gamete has or gametes have been used for such artificial fertilisation or the blood relations of that person, except when that person is the woman who gave birth to that child; or that person was the husband of such woman at the time of the artificial fertilisation. Section 40 of the Children's Act is titled "rights of child conceived by artificial fertilization", however, the focus of section 40 is rather on the parentage of donor conceived children. The section

²⁹ Regulation 24(2).

states who are the parents or has parental responsibilities and rights of the child where a child is conceived by artificial fertilization. Where donor gametes are used for fertilization of a married person with both parties consent - the child is regarded of both spouses. There is a presumption of consent where donor gametes are used for fertilization of an unmarried person the child - the child is regarded as hers. Section 40(3) clarifies that donors do not have responsibilities, rights or obligations in relation to a donor conceived child except where they are the person who gave birth or the husband of the person who gave birth - of course excluded in the case of surrogacy.

In terms of section 41(1)(a) of the Children's Act a child born as a result of artificial fertilisation or surrogacy or the guardian of such child is entitled to have access to any medical information concerning that child's genetic parents. Section 41(1)(b) of the Children's Act further provides that other information concerning that child's genetic parents may also be made available but not before the child reaches that age of 18 years. The information that is disclosed in terms of section 41(1) may not reveal the identity of any person whose gametes were used for such artificial fertilisation or the identity of the surrogate mother. Lastly, section 41(3) of the Children's Act states that the Director-General Health or any other person specified by the regulation may require a person to receive counselling before any information is disclosed in terms of subsection (1).

Conclusion

The South African legislative framework on the regulation of ART is fragmented as the laws on predate the Children's Act 38 of 2005, thus lack a child centered approach. Furthermore, although South Africa has ratified the UNCRC - there has not been an engagement with what article 7 and 8 therefore requires South Africa to do to protect the

rights of children conceived through ART.³⁰ This is clear from the fact that even recent regulations under the National Health Act do not take the Children's Act into consideration. There is a need to conduct research on the compatibility of the current approach with the international legal framework and how anonymous donation may have to be done away with - but potentially not retrospective. This is important as there is continued attack on the genetic link requirement for surrogacy, while it is not required for IVF.

³⁰ Article 7 states that the child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents; furthermore that States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless. Article 8 provides that States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference. Furthermore that, where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity

Law, Technology, and the Unbundling of Traditional Children's Rights

Elizabeth H. AGUILING-PANGALANGAN

Professor, College of Law and Director, Institute of Human Rights,
University of the Philippines

Philippine Representative to the ASEAN Commission on Women and
Children

***Chapter already published in Research Handbook on Surrogacy
(eds. Katarina Trimmings, Sharon Shakargy & Claire Achmad;
Edward Elgar Publishing Ltd), 2023***

Background

Due to the collective interest of states to protect families, States have imposed legal and policy measures to ensure the security of their members' legal status. However, the acceptance of surrogacy as a means of forming a family as well as the rights and duties of individuals who enter surrogacy agreements and the child resulting therefrom remain a contested site in the Asian region.

The necessity of establishing a child's legal parentage is directly linked to state obligations under the UN Convention of the Rights of the Child (CRC). The rights of the child to a name and to acquire a nationality from birth, to preserve his identity, including nationality, name and family relations and the duty of the State to ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will are among the rights that emanate from the presence or absence of this legal relationship.

Given that the determination of legal parentage bears on the child's identity and rights, this issue needs immediate attention.

Legal Issues in Surrogate Arrangements

Though surrogacy arrangements are, as a general rule, entered into voluntarily by the intended parents and the surrogate, there are several legal issues that have arisen from such arrangements.

First is that the donor or the surrogate could assert rearing or other legal rights over the child. This is illustrated in the case of *In re Baby M* [109 N.J. 396, 537 A. 2d 1227 (1988)] where William Stern and Mary Beth Whitehead entered into a surrogacy contract. Whitehead agreed to be a surrogate in exchange for \$10,000 but she had a change of heart after giving birth to the child. Though the Court recognized "the depth of the yearning of infertile couples to have their own children" they found paying a surrogate "illegal, perhaps criminal, and potentially degrading to women." The Court held that the surrogacy contract contravened the law and public policy of the State.

Another challenge is that the intended or commissioning parents change minds after the baby is born. This was the claim of Chanbua, a Thai woman who entered a surrogacy contract with the Farnells, an Australian couple. In this *Baby Gammy* case (Farnell & Anor and Chanbua [2016] FCWA 17, Family Court of Western Australia). Chanbua became pregnant with twins — a healthy baby girl named Pipah and a baby boy, Gammy, who was born with Down syndrome. The Farnells returned to Australia only with Pipah. Chanbua claimed that the Farnells abandoned Gammy because of this disability after she had refused their request for selective termination. She filed a suit for the return of Pipah. Though the Court cleared the Farnells of abandoning Gammy, this case illustrates the risk of intended parents backing out of a surrogacy contract for various reasons including that of the child not meeting their expectations.

Status and filiation of children born out of surrogacy arrangements.

The nationality of the child is dependent on who are the child's legal parents. Hence in countries where there are no laws addressing the status of children born through surrogacy arrangements, the child's identity is left in limbo. This becomes more complicated when the parties to the surrogacy contract are nationals, domiciliaries or habitual residents of different states, or where such surrogacy agreement is done in another State. It becomes even trickier where the birth of the child takes place in yet another State.

When relevant states have differing laws on the legality and recognition of surrogacy contracts, children may be left with "limping" legal parentage. The case of *Yamada v. Union of India* [13 SCC 518 (2008)] comes to mind. In this case known as the *Baby Manji* case, a surrogacy agreement was entered by an Indian woman and a Japanese couple, Ikufumi and Yuki Yamada. The *India-Embryo Carrying Agreement Act* allows domestic surrogacy arrangement. They have no law prohibiting International Surrogacy Arrangements. Japan, on the other hand, bans surrogacy.

By the time the child, Manji, was born in India the Yamadas had divorced. Yuki did not want the child since there was no genetic relation between them and neither did the surrogate want to exercise parental rights over the child. Ikufumi claimed Manji as his own but Japanese law did not consider as their nationals children born to surrogates. Manji was therefore not entitled to a passport. Ikufumi decided to adopt Manji but India's law prohibited single-parent adoption. Although Ikufumi was eventually able to bring Manji to Japan, this case illustrates the volatile legal status of the child as a result from international surrogacy arrangements (ISA).

Alternative ways of addressing the legal problems in surrogacy, as seen in Asian countries

Prohibit all forms of surrogacy.

States could pass a law that makes surrogacy illegal and surrogacy contracts void on specific grounds including violation of public policy and good morals as is seen in China, India, Macau, Indonesia, Japan, and Cambodia.

If In violation of the ban a surrogacy contract is entered, the child is recognized as the surrogate mother's natural child. Meanwhile, the sperm donor who commissioned the surrogacy is deemed the father of the child. In China, the law does not look into the genetic connection with the father's wife. Thus, where the sperm is from the husband and the egg from the wife, but the fertilized ovum is gestated by a surrogate, it is the latter who is regarded as the child's mother.

If the gestational carrier is married, the child is deemed her legitimate child with her husband. Otherwise, the child is an illegitimate child with civil relations only with the surrogate mother and her family, as provided in the laws of Indonesia and Macao.

A peculiar result of a void surrogacy arrangement in Cambodia, which banned surrogacy in 2016, is the imposition of criminal sanctions on the contracting parties. In one case, a surrogate by the name of Hun Daneth was convicted for violating the ban. However, the court suspended her sentence, and instead compelled her to raise the child as her own. This is evidently against the child's best interest. Considering that the Cambodian women who agree to be surrogates do so to escape dire poverty, forcing them to care for another child exacerbates their hardships. Likewise, it opens the child to a life of want, and suffer the stigma and likely absence of love and attention.

Allow altruistic surrogacy but ban commercial surrogacy

A second option is for payment for services of the surrogate is deemed unethical because it commodifies reproduction and creates coercive inducements to poor women to serve in this role.

There are various safeguards such as ensuring that there is informed consent by the surrogate (South Korea); the contract must be made before the surrogate gets pregnant through Assisted Reproductive Technology—not sexual intercourse (Hong Kong); that the commissioning parents must have “medical indication necessitating gestational surrogacy” and must provide the surrogate an insurance coverage for a period of 36 months covering postpartum delivery complications (India) or that the contract may only be entered between *married couples* (Hong Kong & Thailand)

In general, countries that do allow surrogacy have imposed eligibility criteria that must be met by the commissioning parents and the surrogate in terms of age, medical and psychological fitness, and civil status, among others.

Allow but closely regulate surrogacy arrangements.

Another way of addressing the legal problems in surrogacy is by partially allowing surrogacy. States such as Malaysia and Myanmar partially recognize surrogacy depending on the circumstances of the parties, such as the civil status of the surrogate or the religion of the parties. A surrogacy contract is valid only if the parties are non-Muslim.

Leave surrogacy to private ordering by not regulating surrogacy arrangements.

There are various reasons for this approach. One is that it considers any form of regulation as patronizing to women. Regulations are deemed a threat to women’s rights when laws apply protectionist measures to override women’s decisions. Second, the country may

simply not see it as serious enough of a problem to pass legislation to address it.

Under this approach, the State may liberalize the practice by not having any laws explicitly disallowing the same (Philippines); or only “highly discouraging” the practice (Taiwan); or by indirectly disallowing it by regulating activities of physicians or medical facilities (Singapore). For whichever reason, the total absence of regulation relegates to the parties, who are rarely on equal footing, the negotiation of the terms and conditions of the contract.

Conclusion

From the Asian countries surveyed, while there are States that passed laws to define the legality of surrogacy agreements, no clear rules yet are in place when it comes to the status of the child born. Some countries look to the general contract law to determine the status & identity of the child while other apply criminal laws to penalize those who enter into surrogacy agreements.

The phenomenon of surrogacy has hitherto been treated in the private sphere — the field of contract between the commissioning parents and the surrogate mother. While surrogacy pertains to choices personal and intimate by nature, it implicates a whole range of legal and ethical questions that are quintessentially public in character. Attempting to govern them under generic laws is akin to forcing it into old familiar boxes that fails to account for the *sui generis* character of this phenomenon.

Governments must realize that there are increased risks of trafficking and sexual abuse and exploitation of children born to surrogates, particularly in cross border surrogacy agreements. It is imperative that the States pass measures that will ensure the protection of children born to a surrogate. Whichever option is taken by states there is need for laws, forthright and unambiguous, that embody the moral

consensus of each society and that can be enforced through the coercive mechanisms of the State.

Les discours des personnes conçues par PMA-D en Espagne : Avances d'une recherche multidisciplinaire

Raquel MEDINA PLANA et María Isabel JOCILES RUBIO Universidad Complutense de Madrid (Espagne)

Introduction : La PMA en Espagne

L'Espagne joue un rôle prééminent dans les traitements de PMA (procréation médicalement assistée) en Europe, avec 127 809 traitements en 2017, dépassant la Russie (94 985) et la France (90 434) (ESHRE, 2017). Les chiffres sont élevés tant au niveau national qu'en ce qui concerne l'offre de soins reproductifs transfrontaliers : en 2021 l'Espagne a proposé 165 453 cycles de FIV (fécondation *in vitro*) et 33 818 IA (insémination artificielle) (SEF, 2023). Au niveau national, l'INE estime qu'environ 11% des naissances en Espagne sont le résultat de PMA (2022). Au niveau international, les chiffres sont également très importants : en 2019, 18 475 patientes étrangères se sont rendues en Espagne pour recevoir des traitements de FIV. On estime que 40% des soins PMA transfrontaliers en Europe se déroulent en Espagne.

Le contexte socio-économique explique notamment ce rôle prééminent. Premièrement au niveau local, la prévalence de la PMA s'explique en grande partie par des problèmes de fécondité liés aux maternités tardives dues au contexte d'instabilité économique et professionnelle ; on parle ainsi d'infertilité structurelle (Alvarez et Marre 2022). Au niveau international, cette tendance peut s'expliquer par le prix des traitements de PMA qui sont considérablement plus bas en Espagne que dans les autres pays européens (DBK, 2017).

Ces deux éléments vont de pair avec une législation avancée et permissive : la loi 14/2006³¹ reconnaît le droit aux procédures de PMA à toute femme de plus de 18 ans, quel que soit son état civil, son âge, ou sa configuration familiale.

Cette loi est également très permissive par rapport au don d'ovocytes, comparativement avec les autres législations européennes. La pratique du don est en outre renforcée par l'industrie reproductive, qui contourne la loi en offrant aux donneuses une "compensation économique" (entre 1 000 – 1300 €) qui est supérieure au salaire minimum interprofessionnel, bien que « le don » soit défini par la loi comme altruiste.

De ce fait, les cliniques espagnoles ont le plus grand nombre d'ovocytes donnés en termes absolus (123 447) en Europe (Commission Européenne, 2015) et le nombre de cycles de donation conclus chaque année en Espagne est estimé à environ 15 000.

Une législation « permissive » : le rôle de l'anonymat

La même loi prescrit l'anonymat des dons de gamètes ce qui, nous le verrons, est un facteur clé dans ce contexte. En effet, la loi espagnole 14/2006 prescrit dans son article 5.5 que :

Le don est anonyme et la confidentialité des données relatives à l'identité des donneurs est garantie par les banques de gamètes, ainsi que, le cas échéant, par les registres de donneurs et d'activités des centres créés.

³¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Les enfants nés ont le droit d'obtenir des donneurs, en leur nom propre ou au nom de leurs représentants légaux, des informations générales ne comportant pas leur identité. Le même droit correspond aux receveurs de gamètes et de préembryons.

Ce n'est qu'à titre exceptionnel, dans des circonstances extraordinaires impliquant un certain danger pour la vie ou la santé de l'enfant ou lorsque cela est approprié en vertu des lois de procédure pénale, que l'identité des donneurs peut être divulguée, à condition que cette divulgation soit indispensable pour éviter le danger ou pour atteindre le but licite recherché. Cette divulgation doit être de nature restreinte et ne doit en aucun cas entraîner la publication de l'identité des donneurs.

L'anonymat du don permettrait aux donneurs et donneuses de percevoir leur décision comme libre de conséquences émotionnelles (Molas, 2021).

L'anonymat est également clé dans la constitution d'un circuit transnational d'ovocytes mené par les banques d'ovules. Maîtrisant la technique de vitrification d'ovules, ces banques ont en effet conçu des systèmes pour envoyer les ovocytes cryoconservés hors de leurs frontières, en contournant encore une fois la législation, très stricte, sur l'exportation de tissus biologiques, passant notamment par l'utilisation de plusieurs pays comme plateformes entre le point d'expédition et le point de réception (Díaz et Marre, 2022). L'anonymat contribue à ce système, puisque sa levée entraînerait des besoins de contrôles plus fermes pour garantir la traçabilité des ovules et des donneuses (Lafuente, 2022).

Anonymat, silence, invisibilité

L'absence de débat social sur le développement de la PMA en Espagne, qui n'y a jamais fait le cas d'aucune polémique peut être

relevé. On peut considérer que la PMA est amplement acceptée par la société espagnole. Pourtant, l'absence de débat ne permet pas de déterminer l'ampleur de cette acceptation. De récents rapports anthropologiques notamment montrent que de nombreuses questions restent dans le silence lorsqu'elles ne deviennent pas des stigmates sociaux.

On peut mettre cette situation en relation avec le constat qu'en dépit du nombre élevé de personnes conçues par PMA en Espagne, aucune association et aucun groupe organisé n'a vu le jour jusqu'à très récemment : ces personnes restent largement invisibles dans la vie publique espagnole. Cette invisibilité correspond également à une absence de recherches portant sur la PMA : bien qu'elle concerne de nombreuses personnes, la perspective des nées par PMA y est toujours manquante.

Notre recherche, « Gouvernance reproductive en Espagne : perspectives de/sur les enfants de familles PMA-D », qui a obtenu un soutien du Gouvernement Espagnol pour la période 2022-2025, a pour objet central le vécu des personnes conçues par PMA-D, observé à travers une approche multidisciplinaire, reliant la perspective de différents disciplines – anthropologie, sociologie, droit, psychologie, travail social.

Notre première hypothèse de travail se porte sur le contraste entre le développement de la PMA en Espagne et l'invisibilité et le manque d'organisation des personnes conçues à travers la PMA-D (PMA avec l'intervention d'un donneur ou d'un autre tier).

Une partie non négligeable de cette invisibilité est due au fait qu'une partie des enfants ignorent avoir été conçu-es par PMA. Très peu de familles ayant eu recours à la PMA en ont parlé, ni à leurs enfants, ni à leurs proches. La littérature disponible sur le sujet, ainsi que les

résultats de recherches antérieurs montrent que la manque de communication est particulièrement dominant chez les couples hétérosexuels qui ont eu recours au don de sperme en raison de l'infertilité du père, ce qui est précisément le cas de la plupart des enfants issus de PMA ayant atteint l'âge adulte et qui seraient de ce fait en mesure de s'associer ou d'entamer un débat public à l'image de celui qui a par exemple eu lieu en France³² ou dans d'autres pays en Europe, portant sur la levée de l'anonymat dans le cas de la PMA.

Le silence et l'anonymat semblent ainsi être inextricablement liés, et ont pour conséquences que c'est le secteur médical associé aux cliniques réalisant des PMA qui détiennent la plus grande légitimité à parler du sujet en Espagne (Muñoz et alii, 2019) et qui ont, de fait, accès aux médias, avec un discours systématiquement favorable à l'anonymat des dons de gamètes. Leur position reste en effet immuable, même à la suite d'évènements clés, comme la publication en 2019 de la recommandation du Conseil de l'Europe 2156 (2019) sur le don anonyme de sperme et d'ovocytes, qui encourage à « trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants »³³ et qui se montre favorable à la levée de l'anonymat lorsque certaines conditions sont remplies. En Espagne, des associations d'envergure ont publié des rapports favorables à la levée de l'anonymat au cours des dernières années : en 2016, le Comité de Bioéthique de Catalogne publie son rapport « Le droit à connaître les origines biologiques et génétiques de la personne » ; en 2020 c'est le Comité de Bioéthique d'Espagne qui publie le « Rapport sur le droit

³² Le cas de la France est intéressant puisque, dans le cadre du débat public sur le mariage homosexuel et son accès aux techniques de PMA qui la question de la PMA et de l'anonymat se sont posées, avec le résultat de la levée de l'anonymat des dons en 2022.

³³ <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=27680&lang=fr>

des enfants nés par procréation assistée à connaître leurs origines biologiques », en faveur de la reconnaissance de ce droit.

Après ces évènements, les médias ont montré un certain intérêt pour le sujet : plusieurs articles de presse ont été publiés, certains avec des interviews d'adultes conçu-es par PMA-D. A partir de ce moment, certain-es de ces adultes ont cherché à se réunir, d'abord par des moyens très modestes – un groupe WhatsApp, qui sera suivi par une page Instagram – avec le but de constituer une association dans le but principal de revendiquer la levée de l'anonymat. Ce groupe, le groupe nda.nets : *Nés de dons anonymes* est, à notre connaissance, le seul dans le contexte espagnol. Ses membres ont été contacté-es et suivi-es par notre groupe de recherche. Toutefois, malgré tous les efforts réalisés par ses membres, ce groupe n'a jamais attiré beaucoup de personnes : au printemps 2022, ce sont seulement une dizaine de participant-es qui en faisaient partie, parmi lesquel-les, à l'exception de trois d'entre eux et elles, la majorité souhaitait rester en retrait et ne pas être visibles dans les médias. En outre, en dépit de nombreuses recherches dans les médias, les membres du groupe n'ont pas non plus réussi à trouver d'autres groupes ou associations partageant leurs objectifs.

En avril 2023 les responsables du groupe ont été interviewé-es dans une émission passée sur TV3, la chaîne publique catalane. Le sujet de l'émission portait sur la question de l'anonymat dans la PMA³⁴. Grâce à cette intervention, la visibilité du groupe a considérablement augmenté et des nouvelles personnes concernées l'ont rejoint. En juillet 2023, le groupe a été inscrit comme Association : AHID (Asociación de Hijos de Donante, Association de Fils de Donation ; ci-

³⁴ "Gens anònims": <https://www.ccma.cat/3cat/gens-anonims/video/6207094/>

après : l'association)³⁵. Il s'agit toutefois d'un succès partiel puisqu'en janvier 2024, l'association n'a pas réussi à rassembler plus de 20 participant-es.

Comparaison entre différentes cohortes de personnes conçues par PMA-D

Cette démarche associative nous a semblé intéressante en elle-même, et a été l'objet de notre présentation au colloque international qui a eu lieu à Sierre en novembre-décembre 2023, qui proposait une analyse préliminaire des discours des membres fondateurs de ladite association et des jeunes adultes qui l'ont rejointe par la suite. En guise de comparaison, afin de mettre ces discours en perspective, nous utiliserons ici les discours d'autres cohortes : les enfants et adolescent-es interviewé-es dans des projets de recherche antérieurs menés par notre équipe de recherche³⁶. Il faut préciser que ces autres cohortes sont d'une tranche d'âge différente (il s'agit d'enfants ou de jeunes adolescent-es) et d'un modèle familial différent puisqu'il s'agit de familles mono- ou homoparentales, impliquant dès lors un accès à la connaissance de ses origines à un très jeune âge, alors que la majorité des jeunes adultes membres de l'association est constituée d'enfants issus de familles hétéroparentales qui n'ont appris leurs origines que tardivement, et, dans la majorité des cas, de manière accidentelle.

³⁵ <https://asociacionahid.org/>

³⁶ Ces recherches sont menées sur différents sujets en relation avec la PMA-D (PMA avec l'intervention d'un donneur ou d'un autre tier) : Familles monoparentales par éléction (2009-2012) ; Communication des origines aux enfants adoptés et conçu-es par PMA (2012-2015) ; Entrecroisement des discours des familles et des expert-es sur familles PMA-D (2015-2020).

La comparaison de ces deux groupes va s'articuler sur trois axes. D'abord, la terminologie ou nomenclature utilisée pour désigner le fournisseur de sperme ou la fournisseuse d'ovules. Deuxièmement, les récits sur la façon dont ils et elles gèrent l'anonymat des dons de gamètes et, par conséquent, le fait qu'ils et elles ne puissent pas connaître le/la donneur/euse de gamètes. Finalement, nous comparerons leurs attitudes respectives envers la PMA en général.

Terminologie ou nomenclature pour désigner le fournisseur de sperme (ou la fournisseuse d'ovules)

Selon plusieurs auteur·trices (Mahlstedt, LaBounty et Kennedy, 2010 ou Hertz, Nelson et Kramer, 2013), la terminologie utilisée pour désigner le fournisseur·euse de gamètes reflète la perception que les enfants conçues par PMA-D ont de cette personne.

Chaque enfant, adolescent·e et jeune utilise un une terminologie (donneur/père) adaptée à son âge, à la situation dans laquelle il/elle se trouve et/ou à ce qu'il/elle veut mettre en évidence dans son récit.

Ainsi, l'utilisation de tel ou tel terme (monsieur qui a donné la semence, donneur, père biologique, père, etc.) relève plus de ce qui est recherché dans chaque situation (fonction performative du langage) que d'une certaine perception, présomption ou fantasme de relation avec le/la fournisseur·euse de gamètes (fonction expressive du langage).

Enfants et adolescent·es en dehors de l'association

Mariona : Parfois, on me demande comment je suis née puisque ce n'est pas possible d'avoir un bébé avec deux mères.

E : Si on te le demande, comment l'expliques-tu ?

Cintia : Comment nous sommes nées ? Eh bien, avec un donneur de sperme. Ils l'ont mis [le sperme] à l'intérieur du vagin, et c'est ainsi que nous sommes nées.

Mariona : Oui, puis la grossesse a commencé. Moi, on me demande toujours : « Et toi, de quelle mère es-tu née ? ». Et moi : « Et bin, de ma mère, tu sais ? » [rires] Et ils me disent : "Oui, mais laquelle? .

E : Et on vous a jamais demandé si vous aviez un père ?

Mariona et Cintia : Oui !!

Cintia : On m'a demandé si j'avais un père, et j'ai répondu que non. Mais je leur dis : « Biologiquement parlant, j'ai un père, mais dans un autre sens, je n'en ai pas ».

(Cintia et Mariona, 10 ans, jumelles, famille homoparentale, don de sperme, Catalogne)

Aussi, l'utilisation du terme « père biologique » ou « père » ne signifie pas toujours que les répondant-es accordent plus d'importance à la personne qui donne les gamètes que lorsque ils/elles choisissent le terme de « donneur ».

Golberg et Allen (2013), en parlant des enfants de mères lesbiennes, affirment ceci :

La plupart de ces enfants ne considéraient pas leurs donneurs comme des pères ; ils ne sentaient pas non plus qu'ils avaient besoin de papas, en soi. [...] Ces participants puisent dans le lexique traditionnel de la famille hétérosexuelle pour développer des termes utiles et appropriés pour décrire et nommer leurs donneurs. Ils peuvent notamment emprunter à des scripts existants qui, bien qu'ils ne reflètent pas parfaitement les types

de familles complexes dans lesquelles ils vivent, leur fournissent un langage pour clarifier – pour eux-mêmes et pour les autres – la nature de leur relation avec leurs donneurs : “C’est mon père biologique, mais pas mon père”. (Golberg et Allen 2013, 347)³⁷

Aussi, l’utilisation du terme « père » ou « père biologique » peut être expliquée comme l’utilisation d’un langage de parenté préexistant qui doit être utilisé pour se faire comprendre dans des situations – comme répondre à un questionnaire ou une conversation avec certain-es camarades de classe – dans lesquelles ces enfants estiment que, sinon, ils et elles n’arriveraient pas à faire comprendre de quoi ils et elles parlent.

Jeunes adultes membres de l’association

Miquel : « Je suis née par insémination pour ne pas hériter d’une maladie neuro-dégénérative du côté du père. Quand j’avais 4 ans mes parents se sont séparés et ma mère a épousé quelqu’un d’autre, et j’ai eu un autre père. C’est-à dire : j’ai Miquel, qui est le père qui m’a donné mon nom, puis celui qui a joué le rôle de père avec moi, le second mari de ma mère, et puis le père qui m’a donné la charge génétique ».

E : Et tu l’appelles père ?

Miquel : Oui, je dis père à tous les trois.

³⁷ Traduction personnelle de l’extrait : « Most of these young adults [...] did not think of their donors as dads; nor did they feel like they needed dads, per se. [...] These participants are drawing upon the traditional heterosexual family lexicon to develop useful and appropriate terms to describe and name their donors. In part, they may be borrowing from existing scripts which, although not perfectly reflective of the kinds of complex families in which they live, provide them with language to clarify—for themselves and others—the nature of their relationship with their donors (e.g., he is my biological father, but not my parent) ».

(Miquel, 35 ans, famille hétéroparentale, don de sperme, « révélation » à 15 ans, Catalogne, interview sur TV3)

Les personnes concernées utilisent le terme « père » ou « père biologique » pour désigner le donneur, puisque celui-ci leur a transmis sa charge génétique, ce qui justifie – de leur point de vue – que ce terme de parenté puisse lui être appliqué.

Cela ne les empêche pas d'appliquer ce même terme (celui de « père ») à la personne qui a exercé cette fonction dans leur famille. En ce sens, ils et elles adhèrent au paradigme multi-parental : il est possible d'avoir plusieurs pères.

Certain-es de ces jeunes adultes rejettent le terme « donneur » car, comme ils et elles le disent, cette personne ne leur a rien « donné », contrairement à leur mère. D'autres, en revanche, l'utilisent sans le moindre problème, selon le contexte.

Les positions des personnes qui ont rejoint l'association après sa création sont plus proches d'un usage performatif.

L'hypothèse de l'équipe de recherche est que l'utilisation du terme « père » ou « père biologique » pour désigner le donneur de sperme donne plus de poids à leurs arguments visant à lever l'anonymat, puisqu'elle montre que l'anonymat les prive de quelque chose d'important dans la vie d'une personne.

En même temps, l'utilisation de ce terme crée des conflits et des incompréhensions avec les associations familiales mono- ou homoparentales, qui s'emploient à séparer la figure du donneur de sperme de celle du « père ».

Comment les personnes concernées gèrent-elles l'anonymat des dons de gamètes en Espagne et, par conséquent, le fait de ne pas connaître le donneur de gamètes

Enfants et adolescent·es en dehors de l'association

Les enfants, adolescent·es et jeunes interrogé·es ne considèrent pas l'existence d'un donneur ou d'une donneuse (de sperme, d'ovules ou d'embryons) comme particulièrement problématique, pas plus que son anonymat.

Ils parlent de ces questions (du donneur et de l'anonymat des dons de gamètes) sans charge affective forte, positive ou négative.

E : Vous sentez-vous lié à la donneuse ou aux enfants que la donneuse d'ovules a eu ?

Jorge : Je ne ressens aucune sorte de relation, vraiment. Ce sont des gens que je n'ai pas rencontrés, et je n'ai aucune relation avec eux, donc je ne pense pas que je devrais ressentir un lien avec eux. Et je n'ai aucun intérêt à les rencontrer.

E : Vous dites que vous n'êtes pas intéressé, mais on ne sait pas ce que vous pourriez penser dans dix ans. Peut-être qu'alors vous déciderez de rencontrer la donneuse. Comment pensez-vous que vous allez réagir ?

Jorge : Sachant que la personne est anonyme et que je ne sais absolument rien d'elle, je pense qu'il serait assez difficile de savoir qui elle est.

E : Supposons que ce soit possible, iriez-vous la voir ?

Jorge : J'irais la voir, pour voir comment elle va, ce qu'elle ressent en sachant qu'elle a aidé quelqu'un à avoir un enfant... tout ça.

E : Et n'avez-vous jamais été préoccupé par ce problème, à aucun moment de votre vie ?

Jorge : Jamais. Non, j'ai toujours pensé que ma mère, c'était elle [sa mère d'intention]. Pour moi, cette charge génétique ne représente rien.

(Jorge, 16 ans, famille hétéroparentale, don d'ovules, Andalousie)

Ça n'empêche pas une certaine curiosité, principalement exprimée par rapport à une potentielle ressemblance avec le donneur, qui pourrait les amener à le contacter, toujours dans le cas « où ça serait possible ».

Asunción : Mec, si j'avais le choix de le rencontrer, j'aimerais le rencontrer, juste pour prendre un café ou quelque chose, et pour apprendre à se connaître un peu. Même si ce n'est qu'une fois, j'aimerais. Je veux dire, en théorie, j'aimerais le voir une ou deux fois. Ça serait bien.

E : Et si vous aviez l'occasion de vous retrouver autour d'un café, as-tu pensé à quelque chose que tu aimerais lui dire ?

Asunción : Eh bien, je n'ai vraiment pas de question. C'est que vraiment, d'un côté, j'aimerais voir comment il est, mais je n'ai pas grand-chose à savoir sur lui non plus. C'est seulement une personne de plus dans ma vie et c'est tout !

(Asunción, 12 ans, famille monoparentale, don de sperme, Madrid)

Jeunes adultes membres de l'association

Les membres fondateurs de l'association sont opposés-es à l'anonymat des dons de gamètes, sa levée étant la principale raison de leurs mobilisations et de la création de l'association

Sur leur page Instagram, ils se définissaient au moment de leur création comme « des abolitionnistes de l'anonymat et de la marchandisation ».

Certains de ces jeunes adultes déclarent que l'anonymat (défini comme obstacle à la connaissance de leur « père biologique ») leur a causé un traumatisme, considérant l'anonymat des dons de gamètes comme une sorte de « blessure primaire » (Verrier 2010) qui a irrémédiablement marqué leurs vies de manière négative.

J'ai 29 ans et je suis née d'un donneur anonyme. La principale implication de ceci est que je n'ai pas d'accès, à aucune information, sur la moitié de mes origines. Cela m'est interdit. [...] Je considère cela comme une violation de mes droits et de ceux de toutes les personnes nées comme moi. Cette réalité m'a causé de graves problèmes, y compris des traumatismes, dans la constitution de mon identité.

(Maria, 29 ans, famille monoparentale, don de sperme, Catalogne)

Les personnes qui ont rejoint l'association après sa création se présentent comme étant contre l'anonymat mais relativisent ou font disparaître les références au trauma :

L'anonymat, je peux le comprendre en partie ; je peux comprendre que certains donneurs aient peur qu'on leur demande soudainement d'assumer des responsabilités qu'ils ne devraient pas avoir, simplement parce qu'ils ont fait un don de

gamètes, mais en même temps ils devraient comprendre que ne pas avoir la moindre idée de qui est cette personne peut causer certaines angoisses chez certaines personnes

(Belazar, 27 ans, famille hétérosexuelle, don de sperme, Catalogne)

Je pense que tous ceux qui sont dans l'association sont d'accord, c'est-à-dire que le fait que nous sommes toujours dans un pays où c'est encore anonyme ne me semble pas bien. Qu'est-ce que tu vas chercher ? Eh bien, tu vas chercher des informations qui ne servent qu'à satisfaire la curiosité. Peut-être que quelqu'un cherche un lien, mais je ne pense pas que ce soit fréquent. Je ne sais pas, mais je trouve idiot que les dons restent anonymes, vraiment. Si tu fais un don, est-ce que ça te dérange qu'ils te disent ensuite, "eh bien, il y a untel qui veut savoir qui tu es", et alors ? C'est tout. Je ne sais pas, je pense que c'est idiot.

(Zaida, 40 ans, famille hétérosexuelle, don de sperme, Pays Basque).

Attitude envers la PMA en général

Enfants et adolescent-es en dehors de l'association

Les enfants et adolescent-es n'étant pas membres de l'association pensent que la PMA est une "méthode" acceptable pour fonder une famille, une façon d'aider ceux et celles qui ne peuvent pas la créer d'une autre manière.

Malgré tout, ce discours semble plus lié à la légitimation de sa propre famille qu'à une ouverture totale : ils et elles se montrent neutres, voire critiques envers d'autres formes de PMA – par exemple la GPA pour les personnes conçues par don ou le don pour les personnes nées par GPA.

Jorge: Je pense que c'est une méthode qui est vraiment bien, avec laquelle on peut aider a beaucoup beaucoup de gens, et c'est parfaitement bien, il n'y a rien de mauvais là-dedans. Les gens devraient l'accepter, et ça ne serait plus un sujet un peu secret. Tout simplement, ça existe, et ça sert beaucoup.

E: Et penses-tu que les couples gays, lesbiennes, les femmes seules devraient également avoir accès à ces techniques ?

Jorge : Absolument. Je ne pense pas qu'il y ait besoin de discriminer ou de priver ce type de personnes de ce droit. Cela devrait simplement être libre pour tout le monde, pour quiconque le souhaite.

E: Et que penses-tu de la GPA ?

Jorge : Je n'ai pas d'opinion, surtout parce que je ne sais pas ce que c'est.

E: Ah! C'est ce qu'ils appellent la gestation pour autrui.

Jorge : Ah ! C'est illégal ici, si je comprends bien.

(Jorge, 16 ans, famille hétéroparentale, don d'ovules, Andalousie)

Jeunes adultes membres de l'association

Si l'utilisation du terme « père » ou « père biologique » pour identifier le donneur ne reflète pas nécessairement une relation allant au-delà du lien génétique avec lui, cette appellation correspond, selon Mahlstedt, LaBounty et Kennedy (2010), à une attitude critique des enfants adultes envers la PMA-D comme moyen de fonder une famille, et pas seulement vers la marchandisation de celle-ci.

Les membres fondateurs de l'association considèrent que le droit d'avoir des enfants n'existe pas (ce qui exclut la nécessité d'accepter la PMA-D pour ceux et celles qui ne peuvent pas en avoir autrement), contrairement au droit de connaître ses origines.

Mon père biologique est un homme que je ne connais pas, qui a vendu son sperme de manière anonyme.

Non, l'amour ne peut pas tout. Pour notre plein développement en tant qu'adultes en bonne santé, nous, les personnes nées de l'anonymat et de la marchandisation, avons besoin de :

- cesser d'être conçues délibérément pour ne jamais connaître d'informations de base sur notre identité.

- cesser d'être conçues délibérément pour ne jamais connaître le nombre de frères et sœurs que nous avons, ni qui ils sont.

- cesser d'être le produit sur lequel repose une industrie de 26 milliards d'euros.

- cesser d'entendre constamment des phrases telles que "ton père/mère biologique n'est qu'une cellule", "tu ne lui importes pas", "il ne veut rien savoir de toi", "tes frères et sœurs ne sont pas vraiment tes frères et sœurs"..."

(Sur le site Instagram de l'association)

En revanche, dans une perspective quasi opposée, les jeunes adultes qui ont rejoint l'association après sa fondation, valorisent la PMA et ses techniques, en se montrant reconnaissant·es ; souvent ils et elles évoquent même l'idée d'y collaborer en tant que donneur·euses.

Pour elles et eux, la mercantilisation est souvent justifiée bien qu'ils et elles estiment qu'une approche plus altruiste serait désirable.

Peut-être que je l'humaniserais [la PMA] davantage, et peut-être que c'est ce qui manque un peu, mais je ne pourrais jamais dire que je suis contre la science qui m'a donné la vie, car sans ces gens je n'existerais pas. Et je suis très reconnaissant d'exister, de vivre... Je dois ma vie à ces gens, et je comprends qu'ils veuillent être payés et pas bon marché... Je comprends, c'est injuste car beaucoup de gens n'ont pas accès à cela, mais je comprends qu'après avoir étudié et créé une banque de sperme, la technologie nécessaire, tout ça, tu ne veux pas être payé au salaire minimum interprofessionnel.

(Belazar, 27 ans, famille hétérosexuelle, don de sperme, Catalogne)

Je suis totalement favorable à la PMA moi, oui. Je pense que c'est une alternative pour les personnes qui ne peuvent pas avoir d'enfants. J'y aurais eu recours si cela ne m'avait pas été possible autrement. À l'époque, lorsque ma mère me l'a dit, j'ai pensé « oh, je peux aussi aider » et j'ai envisagé de faire don d'ovules. Finalement, je ne l'ai pas fait... Mais j'aurais voulu le faire de manière altruiste, sans compensation économique, simplement parce que je me suis dit « Eh bien, quelque chose a été fait pour moi de cette manière, alors je vais aussi aider la société ».

(Zaida, 40 ans, famille hétérosexuelle, don de sperme, Pays Basques)

Des nouvelles hypothèses en guise de conclusions

Une analyse de ces propos nous permet d'avancer quelques hypothèses qui, à leur tour, pourront guider les prochaines recherches.

Premièrement, des observations peuvent être réalisées entre les différents groupes interviewés. Le premier groupe est composé d'enfants, adolescent-es et jeunes de moins de 25 ans vivant principalement, mais pas exclusivement, dans des familles monoparentales et homoparentales. Une caractéristique découle de leur structure familiale, qui se traduit par une différence notable dans la connaissance de leur conception : à l'exception d'une personne (issue d'une famille hétéroparentale avec don de sperme), tou·tes les répondant-es (24) savaient comment ils et elles avaient été conçu-es dès leur plus jeune âge (0-5 ans).

En raison de la configuration « alternative » de ces familles, ces mères/pères ont « normalisé » la discussion sur le sujet avec leurs enfants et d'autres personnes, intégrant cette démarche comme une tâche de socialisation familiale. D'autre part, le fait que ces répondant-es soient relativement jeunes va de pair avec une perception sociale différente du secret familial : leurs mères/pères ont eu recours à la PMA dans les années 2000, à une époque où le secret commençait à perdre sa légitimité pour être perçu, au contraire, comme préjudiciable à la cohésion familiale.

Cette forme de socialisation et cette ouverture ont favorisé une tendance d'association des familles (mono- ou homoparentales), offrant ainsi aux enfants un entourage composé de familles ayant des « origines » similaires

Le deuxième groupe, constitué des membres de l'association, est composé de jeunes adultes (plus de 25 ans), presque tou·tes (à l'exception d'une personne) intégré-es dans des familles hétéroparentales ayant eu recours au don de sperme.

On y trouve la situation contraire : à l'exception d'une personne, ils et elles n'ont su comment ils ou elles avait été conçu-es qu'à

l'adolescence ou à l'âge adulte, et souvent en raison de circonstances accidentelles ou qui rendaient la révélation de l'information incontournable (le décès du père dû à une maladie génétique, le soupçon que ce n'était pas le « père », etc.). La seule personne connaissant ses origines depuis son jeune âge, issue d'une famille monoparentale a reçu l'instruction de garder le secret en dehors de la sphère familiale par sa mère.

Leurs mères/pères se sont tourné·es vers la PMA dans les années 1980 et 1990, une époque où les cliniques et leurs professionnel·les recommandaient de ne pas en parler aux enfants.

La configuration principalement hétéronormative de ces familles permettait, voire imposait le maintien du secret dans leur entourage, y compris dans le cercle familial très proche.

Ces familles ne sont affiliées à aucun mouvement associatif, ce qui conduit les enfants à un certain isolement. Dans la plupart des cas, ils et elles ne connaissent personne partageant des « origines » similaires aux leurs. Pour élaborer leur propre discours, ils et elles ont dû puiser dans les arguments de groupes de personnes adoptées, les seules personnes en Espagne à aborder la question du droit à la connaissance des origines.

La question de la levée ou non de l'anonymat du don reste à discuter en Espagne. Ces hypothèses pourront être utiles dans les prochaines années, qui verront de nouvelles cohortes générationnelles de personnes conçues par PMA avec intervention de tiers, atteindre l'âge adulte. Si le débat sur la levée de l'anonymat est jusqu'à présent resté dans les mains des expert·es impliqué·es dans les techniques de PMA, œuvrant notamment dans le secteur médical, ainsi que d'autres spécialistes, professionnel·les et fournisseur·euses ou concepteur·trices de services liés à la santé – médecine, soins

infirmier·ères et psychologues –, ainsi qu’au droit et à d’autres champs disciplinaires comme la bioéthique, il est fort probable – et désirable – que les voix des personnes conçues par ces techniques puissent se faire entendre. Le rôle des sciences sociales est d’y prêter une oreille attentive.

Bibliographie

Alvarez, B. et Marre, D. (2022). Motherhood in Spain: From the “Baby Boom” to “Structural Infertility”. *Medical Anthropology*, 41(6-7), 718-731.

Bassa Camps, M. et Gonzalo, A. (2023). *Gens anònims* [reportage]. TV3. Disponible sur : <https://www.ccma.cat/3cat/gens-anonims/video/6207094/>

Comité de Bioética de Catalunya. (2016). *Le droit à connaître les origines biologiques et génétiques de la personne*. Disponible sur https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/Sistema_de_salut/CBC/recursos/documents tematica/derecho origenes biologicos.pdf

Comité de Bioética de España. (2020). *Rapport sur le droit des enfants nés par procréation assistée à connaître leurs origines biologiques*. Disponible sur <http://civica.com.es/wp-content/uploads/2020/02/Informe-del-CBE-sobre-el-derecho-de-los-hijos-nacidos-de-las-TRHA.pdf>

Conseil de l’Europe. (2019). Recommandation 2156 : Don anonyme de sperme et d’ovocytes : Trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants. Disponible sur <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=27680&lang=fr>

ESHRE, European Society of Human Reproduction and Embriology (2017). Disponible sur : <https://www.eshre.eu/Specialty->

[groups/Special-Interest-Groups/Global-and-Socio-cultural-Aspects-of-Infertility](#)

Goldberg, A. E., et Allen, K. R. (2013). Donor, dad, or...? Young adults with lesbian parents' experiences with known donors. *Family process*, 52(2), 338-350.

Hertz, R., Nelson, MK. & Kramer, W. (2017). Donor sibling networks as a vehicle for expanding kinship: a replication and extension. *Journal of Family Issues*, 38, 248–284.

INE, Instituto Nacional de Estadística. (2022). *Informe sobre Reproducción Asistida*, disponible sur : <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p317/a2018/def/p03/e02/I0/&file=09003.px&L=0>

Jociles, M.I. & Medina Plana, R. (eds.) (2016) *Revelaciones, filiaciones y biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*. Bellaterra.

Lafuente Funes, S. (2022). *Mercados reproductivos: crisis, deseo y desigualdad*. Katakarak.

Mahlstedt, PP., LaBounty, K. & Kennedy, WT. (2010). The views of adult offspring of sperm donation: essential feedback for the development of ethical guidelines within the practice of assisted reproductive technology in the United States. *Fertility and Sterility*, 93(7), 2236–2246.

Molas, A. (2021). *Taming Egg Donors: The Production of The Egg Donation Bioeconomy in Spain*. [these de doctorat, Monash University]. Disponible sur https://bridges.monash.edu/articles/thesis/TAMING_EGG_DONORS

[THE PRODUCTION OF THE EGG DONATION BIOECONOMY IN SPAIN/17206244](#)

Muñoz, M., Abellán-García, F., Cuevas, I., De La Fuente, A., Iborra, D., Mataró, D., Núñez, R. et Roca, M. (2019). *Documento Sobre Posicionamiento de la Sociedad Española de Fertilidad*. Sociedad Española de Fertilidad (SEF). Disponible sur: <https://statics-diariomedico.uecdn.es/cms/2019/10/posicionamientoAnonimato.pdf>

Newton Verrier, N. (2010). *El niño adoptado. Comprender la herida primaria*. Albesa Ed.

SEF, Sociedad Española de Fertilidad. (2023). *Registro nacional de actividad 2021 – registro SEF*. Disponible sur <https://www.sefertilidad.net/documentos/3TsCuAzMijcLkFq4fQ - clidBSVzs7kFa7QYPbK00mQ.pdf>

Children born through surrogacy: What are the challenges for children's rights, identity and origins?

Katherine WADE

Lecturer in Family Law, University of Bristol

This presentation presented insights from the UK on developments in children's rights to identity in assisted reproduction, with a focus on the [Children's Voices in Surrogacy Law project](#).

Recent developments in the UK: Surrogacy

In the UK, when a child is born through surrogacy, the surrogate and partner (if she has one) are legal parents. Parenthood is transferred to intended parents by a Parental Order.³⁸ In March 2023, the Law Commission of England and Wales and Scottish Law Commission proposed a New Pathway, whereby intended parents would be the legal parents at birth and the surrogate could withdraw consent up to six weeks after birth.³⁹ They recommended that Parental Orders be retained for international surrogacy and where arrangements depart from the New Pathway (due to lack of the surrogate's consent).⁴⁰ The Commissions also recommended the introduction of a Surrogacy Register, which would record identifying and non-identifying information about surrogates, intended parents, and gamete

³⁸ See s. 54 and 54A of the Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

³⁹ Law Commission and Scottish Law Commission, *Building Families Through Surrogacy: A New Law: Volume II: Full Report* (Law Com No 411, Scot Law Com No 262, 29 March 2023) (Law Commissions' Report).

⁴⁰ Law Commissions' Report, chapter 2.

donors.⁴¹ They recommended that there should be access to the information at age 18 (England and Wales) and age 16 (Scotland) and that access should be permitted under the age of 16 if the person were Gillick competent (England and Wales) or they meet the statutory test of legal capacity (Scotland).⁴² It was also suggested that on the New Pathway, the full birth certificate should make clear that the birth was the result of a surrogacy arrangement and, for Parental Orders, the certificate produced from the Parental Order Register should make it clear on its face that it is a Parental Order certificate.⁴³ The Commissions stated that:

... we are not persuaded by the concerns of those who consider that the intended parents should be left to decide whether to tell their child of the surrogacy; this is a matter that the child has a right to know.⁴⁴

However, it should be noted that for international surrogacy, the Commissions stated that Courts should be able to grant parental orders in the absence of identifying information about surrogates/donors and stated:

... the court will have the ability to dispense with the identification of the surrogate and those who contributed gametes and allow instead the fact that the surrogate could not be identified, or that anonymously donated gametes were used, to be recorded in the Surrogacy Register.⁴⁵

⁴¹ Law Commissions' Report, chapter 13.

⁴² Law Commissions' Report, para 13.156.

⁴³ Law Commissions' Report, paras 4.252 and 13.216.

⁴⁴ Law Commissions' Report, para 13.228.

⁴⁵ Law Commissions' Report, para 10.164.

This raises the difficulty that different levels of information might be available to people who are born through domestic and international surrogacy arrangements.

Regarding gamete donation, donor-conceived individuals have access to non-identifying information at 16 and identifying information at 18.⁴⁶ This is provided that they know about the nature of their birth and the ability to apply. However, there are interesting developments in this area. In 2023, the UK's fertility regulator, the Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), made recommendations to change to the current system and stated '...we suggest that the Act is amended to allow the provision of identifiable information on donors after the birth of a child', if requested by parents.⁴⁷ In addition, it stated that consideration should be given to whether a child, once they are 'Gillick competent', should also be required to give consent before their parents could apply for identifiable information about their donor.⁴⁸ The HFEA states that: '[t]his would reflect the general legal framework in the UK which accords greater legal rights to the child as they move towards adulthood.'⁴⁹

Children's Voices in Surrogacy Law

Children's Voices in Surrogacy Law is a project which gathers and analyses the views of children and young people on surrogacy law reform, with a current focus on the United Kingdom. The project is led by Dr Katherine Wade (University of Bristol), Professor Kirsty

⁴⁶ Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004.

⁴⁷ Human Fertilisation and Embryology Authority, Recommendations from the Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) for changes to the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (as amended), November 2023 (HFEA recommendations, 2023). Available here: [Modernising fertility law | HFEA](#)

⁴⁸ HFEA recommendations, 2023.

⁴⁹ HFEA recommendations, 2023.

Horsey (University of Kent) and Dr Zaina Mahmoud (University of Liverpool) and is funded by the Institute of Medical Ethics and Research England.

Phase One involved 25 children who had experience of surrogacy; they were either born through surrogacy, their mother was a surrogate or their family member had a child through surrogacy. Phase Two involved children from schools who did not have experience of surrogacy. The three topics under discussion were: parenthood, contributions to surrogates and origin information and contact. The data was collected through focus groups, using specially designed decks of playing cards and artwork. The artwork theme for Phase One was: What Surrogacy Means to Me, and for Phase Two, the theme was: What I Learned About Surrogacy Today.

The project asked important questions about identity rights of the child, including whether children should know the identity of their surrogate, whether she was a traditional or gestational surrogate and whether they should know about the involvement of gamete donors. It also explored what children of surrogates should know about the arrangement and contact between the families.

The following are some insights on the topic of 'origin information and contact' from the Phase One and Phase Two Preliminary Report from Children's Voices in Surrogacy Law reports, which are available here: [Children's Voices in Surrogacy Law | \(bristol.ac.uk\)](https://www.bristol.ac.uk/childrens-voices-in-surrogacy-law/)

When asked: 'Should children born through surrogacy be told they were born this way?' 22 participants in Phase One said Yes, and 3 said not sure. In Phase Two, 20 said yes, 3 said not sure and 1 said no.

When asked: Should children know the identity of the surrogate? 21 participants in Phase 1 said yes and 4 said not sure. In Phase 2, 13 said yes, 9 said not sure and 2 said no.

In relation to the latter question, some insights from the children are as follows:

'I think yes, because I think it is an important part of their history and I don't think it is anything to be ashamed of. So, I don't see why they shouldn't be told'. (Christina, 14, born through surrogacy)

'If they don't know and they find out somehow, they might feel betrayed'. (Tom, 11, born through surrogacy)

'I said 'yes,' because it will help the child, like, understand the surrogacy, and also, they were such a big part of the beginning of their life, and I don't think they should just be cut out. But, I don't think if anyone is uncomfortable with it, I don't think it should be a forced thing'. (Jane, 14, born through surrogacy)

When asked whether children should know if the arrangement was traditional or gestational, in Phase 1, 15 said yes, 6 said not sure and 4 said no. In Phase Two, 16 said yes, 6 said not sure and 2 said no.

Some insights on the latter question are as follows:

'I'd like to know if I had any other genes with another person' (Scarlett, 11, born through surrogacy)

'I think they should know, because they could end up having siblings that they don't know of, and I think it's important that they know of these siblings. As long as everyone is, of course, comfortable with the knowledge.' (Jane, 14, born through surrogacy)

'I don't think they necessarily need to know because it's not something that's important to them'. (Oliver, 11, child of surrogate).

'I said 'no' because I don't think it's necessary, because the child's being brought up with the intended parents. So, I don't think it would really matter. So I think it's not necessary.' (Lydia, 16)

Contact between the families was seen as important, with children mentioning walks, meets up and calls. Two quotes from Phase 1 showed why contact was seen as important:

'I believe that to start a journey with a surrogate and intended parents, it should be **friendship-based**. So, they should have that relationship which they want to continue on afterwards.' (Jack (17, child of surrogate)

'I think it's **nice**, but **I don't know if it's essential**. I don't think everybody in every situation you need it'. (Ellie, 13, born through surrogacy)

There were very positive comments about children's experiences of surrogacy from the focus groups, as seen in the following quotes:

'I enjoy being surrogacy born because it's something special about me and makes me thankful for the kindness because if there was no kindness, I wouldn't, I probably wouldn't be here, because my surrogate did it out of kindness.' (Scarlett, 11, born through surrogacy)

'I've always been really open with it because I'm really proud of my mum for being a surrogate and for, kind of, helping these people in this way... I've never hidden it.' (Jack, 17, child of a surrogate).

The artwork collected on Children's Voices in Surrogacy Law shows positive themes with smiling figures, love hearts, figures holding hands and bright colours. Ideas of connection, love, excitement, pride and happiness are depicted in these pieces and these are available to

see here on the Digital Art Wall: [Digital Art Wall | Children's Voices in Surrogacy Law \(bristol.ac.uk\)](https://www.bristol.ac.uk/digital-art-wall/children-voices-surrogacy-law/)

The Children's Voices in Surrogacy Law project is currently recruiting for Phase 3 and is looking for participants ages 8-18 who were born through international surrogacy and living in the UK. The views of this group of children have not been heard to date and it is important that the perspectives of all children are heard. More information is available here: [Get involved | Children's Voices in Surrogacy Law \(bristol.ac.uk\)](https://www.bristol.ac.uk/children-voices-surrogacy-law/get-involved/)

Réflexions autour du droit fondamental de connaître ses origines

Géraldine MATHIEU

Professeure à l'Université de Namur (Belgique), Co-directrice du Centre *Vulnérabilités et Sociétés*, Directrice de l'Unité « Droits de l'enfant », Professeure invitée à l'Université de Liège, Co-présidente de l'Association *Famille & Droit*, Membre de la Commission Nationale pour les Droits de l'Enfant (<https://ncrk-cnde.be/fr/>)

*Tromper un enfant sur sa filiation peut le rendre fou*⁵⁰.

Introduction

La recherche de ses origines est indissociable de la réflexion de tout être humain sur son identité personnelle, c'est-à-dire sur ce qui le constitue en tant qu'individu différencié des autres individus, mais intimement relié à eux. Le questionnement sur les origines relève d'ailleurs d'un processus psychosocial spontané : chaque être humain, à un moment donné et selon un degré d'intensité variable, ressent le besoin de mieux connaître ses origines, afin de forger son identité. Il s'agit de s'approprier son histoire, de comprendre son passé, de solidifier ses racines afin de mieux appréhender le présent et l'avenir. Cette quête identitaire peut prendre une dimension toute particulière lorsque les origines sont ombragées. L'existence – ou la suspicion – d'un secret attise le besoin de savoir, et celui qui touche aux origines n'échappe pas à la règle. Le questionnement identitaire est dès lors accentué dans les filiations qui comportent plus d'inconnues et pour lesquelles les réponses à apporter sont susceptibles d'être plus

⁵⁰ D. ROUSSEAU, *Les grandes personnes sont vraiment stupides. Ce que nous apprennent les enfants en détresse*, Paris, Max Milo Éditions, 2012, p. 11.

compliquées : accouchement sous X, adoption, procréation médicalement assistée avec don, gestation pour autrui, séparation des parents et perte de contact avec l'un d'eux, ou encore simple doute sur sa filiation naturelle⁵¹.

Dans ce contexte, quels sont les droits fondamentaux en concurrence ? Quelle balance des intérêts le législateur doit-il réaliser ? Peut-il refuser à un être humain de savoir d'où il vient ou devrait-il au contraire reconnaître et garantir à toute personne le droit de connaître ses origines, quel que soit le contexte de sa conception et de sa naissance ? Ce sont à de telles interrogations que la présente contribution entend répondre au départ d'une analyse de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁵² (ci-après la « CIDE ») et des observations du Comité des droits de l'enfant (ci-après le « CDE »)⁵³, d'une part (point B), de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁴ (ci-après la « CEDH ») et de la Cour éponyme, d'autre part (point C). Avant d'aborder la manière dont le droit

⁵¹ Pour une étude exhaustive de l'ensemble de ces situations, voy. G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2014.

⁵² Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée à New-York le 20 novembre 1989. Parmi les 193 États reconnus par l'ONU, seuls les États-Unis ne sont pas parties à ce traité qui peut donc être qualifié de quasi universel.

⁵³ Le Comité des droits de l'enfant est un organe des Nations Unies constitué de dix-huit experts indépendants chargés de surveiller la mise en œuvre par les États parties de la CIDE et de ses protocoles facultatifs. Il rend à cet égard, à intervalles réguliers, des observations finales à l'égard des États et publie également des observations générales sur des points particuliers relatifs aux droits de l'enfant qui constituent l'interprétation officielle de la Convention telle qu'elle doit être appliquée par les États. Suite à l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 19 décembre 2011, du Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications, le Comité est en outre devenu compétent pour recevoir et examiner des plaintes individuelles, des plaintes interétatiques ainsi que pour mener des procédures d'enquête.

⁵⁴ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée à Rome le 4 novembre 1950.

international et européen appréhende le droit de connaître ses origines, il convient de brièvement contextualiser la thématique étudiée et de définir les concepts mobilisés (point A).

Le contexte et les termes du débat

Contextualisation

L'énigme des origines a toujours été au cœur des questionnements de l'être humain.

A un niveau collectif : Quelle est l'origine de l'humanité ? D'où vient l'homme ? Pourquoi y a-t-il quelque chose plutôt que rien ? Inépuisables questions auxquelles toutes les civilisations⁵⁵ ont tenté d'apporter leurs propres réponses, sous forme de mythes, de croyances ou de réflexions.

A un niveau individuel ensuite : Qui suis-je ? D'où viens-je ? Quelle est l'histoire de mes parents ? De mes grands-parents ? De mon désir et de ma conception ? Ce phénomène n'est pas nouveau puisqu'il participe de la condition humaine. Nous rencontrons tous, à des degrés divers, à des moments différents, le besoin de renouer avec notre histoire, notre singularité, ce qui fait que nous sommes ce que nous sommes, à l'endroit où nous sommes, pour nous réconcilier avec notre passé, construire notre avenir, comprendre d'où nous venons et où nous allons.

⁵⁵ Toutes ou presque : Bouddha choisit d'écartier toutes ces spéculations. « Quelles choses ont existé en premier ? Quelles choses ont existé en dernier ? D'où vient et où va le monde ? Combien de cosmos se sont formés ? Combien de cosmos se sont détruits ? D'où vient et où va le cosmos ? [...] Telles sont les choses inassignables », Soutra de l'Ornementation fleurie, cité par C. WEILL, « Il était une fois... », in *Le Nouvel Observateur*, Hors-série n° 77, « L'origine du monde », janvier/février 2011, p. 3.

Si le questionnement sur les origines n'est pas neuf, jamais il n'a été posé avec autant de force. Sous l'impulsion d'études menées en sciences sociales et psychologiques, la question de la recherche des origines suscite désormais de nombreux débats, également dans le monde juridique.

Ce sont les adoptés, devenus adolescents ou adultes, qui sont, d'une certaine manière, à « l'origine des questions sur les origines »⁵⁶. Ces questions sont en effet apparues dans l'espace public au travers de paroles d'adoptés qui ont ressenti le besoin de raconter leurs vécus intimes, leurs constructions et leurs difficultés. Plusieurs générations de ces enfants sont devenues adultes et continuent d'interpeller les intervenants dans le domaine de l'adoption, notamment sur la question de leurs origines.

Parallèlement, grâce aux progrès scientifiques avendus au cours des dernières décennies, il est devenu possible d'isoler des cellules humaines, de les reproduire et de « fabriquer » des enfants hors sexualité, hors corps⁵⁷. En multipliant les intervenants dans le processus d'engendrement, la science, souvent cautionnée par le droit, a augmenté les occasions de susciter des recherches d'origines, puisqu'il peut y avoir aujourd'hui jusqu'à cinq personnes à l'origine de la naissance d'un enfant : une femme qui fait don de ses ovocytes, un homme qui fait don de son sperme ou un couple qui fait don d'un de ses embryons, une femme qui porte l'enfant et les parents qui souhaitent l'éduquer et faire de lui « leur » enfant, même en l'absence de lien biologique les reliant à lui. Depuis plusieurs années déjà, les enfants nés d'un don anonyme se font entendre et contestent un système qui occulte complètement la réalité biologique

⁵⁶ S. MARINOPOULOS, « Paroles d'origines », in *La recherche des origines*, Colloque national, Berne, 31 mai 2007, p. 49, www.espace-adoption.ch.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 53.

de leur existence⁵⁸. Ils s'expriment au sein d'associations⁵⁹, auprès des législateurs⁶⁰, devant les juridictions internes et européennes⁶¹. Les témoignages de ces jeunes adultes laissent apparaître une impression d'incomplétude, un vide générationnel⁶². Ils ont le sentiment que leur histoire personnelle est « amputée », ressentent un « trou » dans leur filiation et éprouvent souvent le besoin de se comparer à « quelqu'un comme eux »⁶³. Ils peuvent également ressentir un sentiment profond d'injustice et de discrimination⁶⁴, sans aucun contrôle de la

⁵⁸ C. NEIRINCK, « La qualification de donneur dans l'assistance médicale à la procréation », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs* (H. FULCHIRON et J. SOSSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 278.

⁵⁹ Voy. à cet égard les nombreux témoignages sur le site de l'association *Procréation médicalement anonyme* (<https://pmanonyme.asso.fr>) ainsi que sur le site de *Donorkinderen* (www.donorkinderen.com). Voy. égal. les résultats d'une étude menée auprès d'adultes vivant en Amérique du Nord et au Royaume-Uni ayant découvert qu'ils étaient issus d'une insémination avec donneur anonyme (E. BLYTH, « Discovering the 'facts of life' following anonymous donor insemination », *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 26, n° 2, 2012, pp. 143 à 161).

⁶⁰ En Belgique, des représentants de *Donorkinderen* ont été entendus pour la première fois le 24 février 2015 devant la Commission de la Santé publique de la Chambre des représentants (Proposition de loi du 13 novembre 2014 modifiant la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, en ce qui concerne l'anonymat dans le cadre d'un don de gamètes, *Doc. parl.*, Ch., 2014-2015, n° 54-0618/004, pp. 14 et s.).

⁶¹ Voy. *infra*, point C.

⁶² I. THÉRY, *Des humains comme les autres. Bioéthique, anonymat et genre du don*, Paris, Les Éditions de l'EHESS, 2010, p. 238.

⁶³ G. DELAISI DE PARSEVAL, « Comment entendre les demandes de levée du secret des origines ? », *Esprit*, mai 2009, p. 168.

⁶⁴ Contrairement aux enfants nés sous X, pour lesquels l'information sera le plus souvent inexistante, l'information qui les concerne directement existe et est par ailleurs connue du monde médical. L'impossibilité d'y avoir accès peut alors être perçue comme une discrimination (D. SIROUX, « Filiations dissociées et accès aux origines : un chemin difficile entre secret et mensonge, anonymat et vérité(s) », *Gaz. Pal.*, 10 juin 2006, n° 161, p. 1697).

situation⁶⁵. Une partie de leur histoire leur est en effet rendue légalement inaccessible et leur souffrance est accentuée par le fait que quelqu'un (en l'occurrence une institution) en sait plus sur leur origine qu'eux-mêmes⁶⁶.

Concomitamment, les progrès de la génétique ont permis d'établir avec une quasi-certitude l'origine biologique d'un individu grâce aux tests ADN. Il est ainsi devenu possible de caractériser la constitution génétique de chaque personne, c'est-à-dire son génotype⁶⁷, et de s'assurer, avec une certitude chiffrée le plus souvent aux alentours de 99,99 %, de l'existence ou, à raison d'une certitude de 100 %, du défaut de lien biologique entre deux personnes. Ces progrès ont assurément bouleversé le droit de la filiation dans les systèmes juridiques, tels le nôtre, qui ont toujours cherché à réserver une place, à côté de la vérité du sang, à la vérité socioaffective comme fondement de la filiation.

La conception indivisible de la filiation qui a toujours prévalu dans nos sociétés occidentales se trouve ainsi bousculée par l'évolution de la science, des mœurs et du droit. La difficulté provient de ce que le système de filiation bilatéral tel que nous le connaissons en occident s'est toujours accompagné d'une norme d'exclusivité : au contraire d'un grand nombre de sociétés africaines ou océaniques, chaque individu n'est en position de fils ou de fille que par rapport à deux

⁶⁵ À l'inverse des parents et du donneur qui se trouvent dans une position de force dans la mesure où ils se sont volontairement engagés dans ce processus de reproduction artificiel, l'enfant n'a, quant à lui, aucun contrôle sur les circonstances de sa conception ainsi que sur le silence l'entourant, incluant l'identité du donneur.

⁶⁶ G. DELAISI DE PARSEVAL, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁷ Patrimoine génétique d'un individu dépendant des gènes hérités de ses parents, qu'ils soient exprimés ou non.

personnes⁶⁸. Cette particularité explique la tendance à vouloir gommer le tiers géniteur lorsqu'il ne se situe pas dans l'axe de la parenté⁶⁹.

Les termes du débat

Étymologiquement, le terme « origine » vient du latin *origo*, signifiant « provenance, naissance, cause, principe », qui dérive de *oriri* « se lever, naître »⁷⁰. Il désigne dès lors à la fois le *commencement* d'une chose et ce qui a *produit* la chose, ce d'où elle est sortie. En tant qu'être humain, le terme « origines » renvoie ainsi à l'événement de notre venue au monde, soit notre naissance, mais aussi au « processus causal antécédent, le phénomène même de la genèse de ce moment événementiel »⁷¹.

Les origines d'une personne renvoient avant tout à la dimension corporelle, aux origines dites biologiques et la recherche de celles-ci vise donc tout naturellement l'obtention d'informations sur ceux qui ont permis que nous venions au monde. Cependant, la quête identitaire dépasse souvent la seule référence aux données biologiques. Elle est aussi quête de sens et s'accompagne la plupart du temps du désir de reconstituer une histoire, lui redonner une unité, effacer des ruptures. Elle ne peut en tout cas se comprendre comme une valorisation de la nature contre la culture ou de la

⁶⁸ F.-R. OUELLETTE, « Les usages contemporains de l'adoption », cité par G. DELAISI DE PARSEVAL, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁹ A. FINE, « Parenté : liens de sang et liens de cœur », in *La parenté en question(s)*, V. Bedin et M. Fournier (dir.), Auxerre, Sciences Humaines Éditions, 2013, pp. 42 et s.

⁷⁰ www.cnrtl.fr.

⁷¹ Comité consultatif national d'éthique (France), Avis n° 90 du 24 novembre 2005 relatif à l'accès aux origines, anonymat et secret de la filiation, p. 5, disponible sur www.ccneethique.fr.

biologie contre la volonté mais plutôt comme la tentative de se réapproprier son histoire.

Les origines dont il s'agit dans le cadre de la présente contribution sont donc celles dont l'enfant⁷² se voit privé en raison d'une discontinuité intervenue à un moment ou à un autre dans l'histoire de sa filiation. Dans cette acception, le secret peut tout à la fois porter sur le mode de conception, les circonstances de la naissance, les raisons d'un abandon, la maternité, la paternité, le fait de l'adoption, la participation d'un tiers dans le projet parental, l'existence cachée d'une fratrie... En réalité, il y a autant de faits susceptibles d'être tenus secrets que de circonstances qui peuvent entourer la venue au monde et l'histoire du début de la vie d'une personne : il suffit qu'une information soit tenue cachée sur nos origines, au sens le plus large du terme, pour que l'on puisse parler de secret sur les origines. Il ne s'agit toutefois pas de s'égarer à l'infini dans l'histoire et la genèse de l'être humain, mais de s'attacher à la quête des origines au sens d'une démarche qui tend à permettre à un individu de renouer avec ses racines, de comprendre d'où il vient, de savoir dans quelle histoire il s' « origine ».

Il est par ailleurs important de ne pas confondre le fait de connaître ses origines et celui de voir sa filiation établie à l'égard de son géniteur. La filiation juridique désigne le lien de droit qui unit un enfant à une personne. Elle n'est pas de l'ordre du fait mais de l'artifice « en ce qu'elle n'existe pas par elle-même mais est une création du droit »⁷³.

⁷² Au sens de « l'enfant de ». La personne en recherche de ses origines n'est pas toujours un enfant (période de vie) mais elle reste toujours l'enfant de ses géniteurs.

⁷³ N. COUDOING et Ph. PEDROT, « Égalité, vérité, stabilité et volonté : fronton du droit contemporain de la filiation », *Enfances & Psy*, n° 50, *La filiation aujourd'hui*, Erès, 2010, p. 10.

La composante biologique constitue à l'évidence un critère important dans la construction juridique de la filiation mais ce critère n'est pas déterminant. Comme le relève pertinemment Jane Fortin, « *if indeed, all children really did have a 'right' to have their parents' identity established, the next logical step would be to introduce compulsory DNA testing for all babies and adults prior to the birth registration process* »⁷⁴.

Pour aborder sereinement le débat sur le droit de connaître ses origines, il est donc nécessaire de distinguer clairement les concepts d'origine, de parenté et de parentalité. La parenté désigne l'axe juridique de la filiation, qui renvoie à un ensemble de droits et d'obligations dans le chef du parent et de l'enfant et qui permet d'inscrire l'enfant dans une lignée. La parentalité s'entend quant à elle de l'axe éducatif et socioaffectif et renvoie *de facto* à l'exercice des attributs de l'autorité parentale, à l'exercice quotidien des fonctions d'éducation et de soins. Quant aux origines, dans leur dimension biologique, elles renvoient à l'axe corporel de la filiation : le parent d'origine d'un enfant est alors toute personne qui a contribué à la venue au monde de cet enfant par ses potentialités reproductrices, sans nécessairement souhaiter vivre des liens de parenté ou de parentalité avec lui. Les parents génétiques peuvent certes se trouver engagés tout à la fois dans le processus de transmission et d'identification (axe de la parenté) et dans la fonction d'éducation (axe de la parentalité), mais tel ne sera pas toujours le cas. Ces personnes ont toutefois participé à la procréation d'un nouveau sujet humain. A ce titre, elles doivent être (re)connues et ne peuvent être «

⁷⁴ J. FORTIN, « Children's right to know their origins – too far, too fast? », *Child and Family Quarterly*, vol. 21, n° 3, 2009, pp. 354 et 355.

anonymisées » car elles font partie de l'histoire de l'enfant. C'est en tout cas ce que préconise la CIDE telle qu'interprétée par le CDE.

Un droit fondamental prépondérant : l'apport de la CIDE et du CDE

L'enfant, au sens d'une personne qui n'a pas atteint l'âge de 18 ans⁷⁵, est un être humain à part entière et, à ce titre, un sujet de droits. Tel est l'apport principal de la CIDE.

La CIDE n'entend pas opposer les droits de l'enfant à ceux des adultes, notamment ses parents, mais vise à les faire coexister harmonieusement, tout en s'assurant qu'en tant que partie plus vulnérable, l'enfant a le droit à ce que son intérêt supérieur soit pris en compte de manière primordiale dans toute décision qui le concerne (article 3.1 de la CIDE)⁷⁶. Cette prise en compte de l'intérêt de l'enfant impose à tout le moins de respecter les droits qui lui sont reconnus par la CIDE⁷⁷, dont celui de connaître ses origines.

L'article 7.1 dispose en effet que *[l]’enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d’acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d’être élevé par eux*. L'article 8 consacre quant à lui le droit

⁷⁵ Art. 1^{er} de la CIDE.

⁷⁶ Voy. pour aller plus loin G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, pp. 167 et s. ; A.-C. RASSON, « "L'intérêt de l'enfant", clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », in *L'étranger, la veuve et l'orphelin...Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECOZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 159 et s.

⁷⁷ C.D.E., Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 2013, CRC/C/GC/14, §82.

de l'enfant à la préservation de son identité tandis que l'article 2 interdit toute discrimination, notamment fondée sur la naissance.

S'il est évident que le libellé de l'article 7.1 de la CIDE peut donner lieu à des interprétations divergentes (qui sont les « parents » ? que signifie « dans la mesure du possible » ?), il n'en reste pas moins que le CDE a adopté sur la question une position dépourvue d'ambiguïté. Se fondant sur cette disposition mais aussi sur les articles 3.1 et 8 de la CIDE, il considère que le droit pour un enfant de connaître ses parents est dénié par les États parties qui autorisent l'accouchement anonyme, les boîtes à bébés, le secret de l'adoption mais aussi l'anonymat du don de gamètes ou d'embryons.

Ainsi notamment, dans ses observations finales⁷⁸ rendues à l'égard de la Suisse le 26 février 2015, le Comité demandait instamment à l'État partie d'interdire l'utilisation des boîtes à bébé⁷⁹. Le 23 février 2016, il invitait la France à prendre toutes les mesures nécessaires pour donner pleinement effet au droit de l'enfant de connaître ses parents

⁷⁸ Si les constatations finales du Comité tout comme ses observations générales, en tant que « *soft jurisprudence* », ne sont pas, suivant la doctrine classique, revêtues de la force obligatoire, elles relèvent néanmoins « du pouvoir implicite d'interprétation donné au Comité par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant » et permettent « d'inspirer le contrôle international ou interne de la Convention elle-même qui, pour sa part, a sans aucun doute des effets obligatoires » (J. FIERENS, « La protection de la jeunesse 'communautarisée' et l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'enfant – Partie I », *Act. dr. fam.*, 2019/9, pp. 303 et 305). Elles ont aussi le potentiel de faire effet de levier sur l'action étatique (G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p. 173). Pour aller plus loin sur cette question, voy. G. MATHIEU, A.-C. RASSON et A. RASSON-ROLAND, « La refonte du statut du mineur en droit civil à travers le prisme des droits de l'enfant : l'apport de la CIDE et du Comité des droits de l'enfant », in N. MASSAGER (coord.), *Le statut du mineur en droit civil et les droits de l'enfant*, Bruxelles, Larcier, 2024, pp. 42 et s.

⁷⁹ CRC/C/CHE/CO/2-4, §35.

biologiques ainsi que ses frères et sœurs⁸⁰. Le 1^{er} mars 2016, il recommandait à l'Irlande de veiller à ce que l'intérêt supérieur des enfants nés grâce aux techniques d'assistance médicale à la procréation soit une considération primordiale et à ce que ces enfants aient accès à des informations sur leurs origines⁸¹. Le 9 octobre 2002, le Comité adoptait déjà la même position à l'égard du Royaume-Uni, relevant avec préoccupation que les enfants nés d'une procréation médicalement assistée n'avaient, à l'époque⁸², pas le droit de connaître l'identité de leurs parents biologiques⁸³. Dans le même sens toujours, il a récemment demandé à la Belgique de procéder à un examen de sa législation afin d'étudier la possibilité que les enfants nés par procréation médicalement assistée aient accès aux informations concernant leurs origines⁸⁴. Le 21 juin 2021, il exhortait plus largement le Luxembourg à faire en sorte que la législation « donne à l'enfant adoptif, né sous X, par procréation médicalement assistée ou d'autres moyens faisant appel à un don de gamètes ou d'embryon, ou né à l'étranger par gestation pour autrui au bénéfice de parents résidant au Luxembourg, la possibilité d'accéder à l'information concernant son identité »⁸⁵.

Si nous sommes convaincus que le droit de l'enfant de connaître ses origines, tel que consacré par la CIDE, devrait idéalement jouir du

⁸⁰ CRC/FRA/CO/5, §33.

⁸¹ CRC/C/IRL/CO/3-4, §§33 et 34.

⁸² Le *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 a été amendé en 2004 par le règlement relatif à l'accès aux données identifiantes des donneurs qui a supprimé le principe de l'anonymat pour les dons postérieurs au 1^{er} avril 2005. Voy. à cet égard G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, op. cit., pp. 337 et s.

⁸³ CRC/C/15/Add.188, §32.

⁸⁴ Observations finales du Comité des droits de l'enfant à l'égard de la Belgique sur les cinquième et sixième rapports, 28 février 2019, CRC/C/BEL/CO/5-6, §20.

⁸⁵ CRC/C/LUX/CO/5-6, §16.

même degré de protection après la majorité de l'enfant⁸⁶, il reste qu'une interprétation rigoureuse du texte de la CIDE interdit d'étendre l'application des droits qu'elle consacre à un enfant devenu majeur. C'est alors vers les dispositions de la CEDH qu'il convient de se tourner.

Un droit fondamental au poids relatif : la CEDH et la jurisprudence de la Cour

C'est sous l'angle du droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 8 de la CEDH, que la Cour européenne des droits de l'homme a développé sa jurisprudence sur la question de l'accès aux origines personnelles.

Pour la Cour, le respect de la vie privée protège le droit à l'identité en ce qu'il est une condition essentielle du droit à l'autonomie⁸⁷ et à l'épanouissement⁸⁸ d'un individu. Le droit à l'identité fait même partie du « noyau dur du droit au respect de la vie privée »⁸⁹. C'est sur cette base que la Cour a reconnu le droit pour un individu d'avoir accès aux informations relatives à sa petite enfance contenues dans un dossier de l'assistance publique (*Gaskin*⁹⁰), le droit de connaître ses origines et les circonstances de sa naissance (*Odièvre*⁹¹, *Godelli*⁹², *Cherrier*⁹³)

⁸⁶ En ce sens également R.J. BLAUWHOFF : « the recognition of a right to know on the basis of Article 7 (1) UNCRC should be regarded as a significant step in the recognition of individual identity rights in general, thereby including adult offspring » (R.J. BLAUWHOFF, *Foundational Facts, Relative Truths. A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Anvers/Oxford/Portland, Intersentia, 2009, p. 58).

⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, §61.

⁸⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni*, 6 février 2001, §47.

⁸⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, §44.

⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989.

⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Odièvre c. France*, 13 février 2003.

⁹² Cour eur. D.H., arrêt *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012.

⁹³ Cour eur. D.H., arrêt *Cherrier c. France*, 30 janvier 2024.

ou encore le droit d'avoir accès à la certitude de sa filiation paternelle (*Jäggi*⁹⁴). La Cour va jusqu'à qualifier de « vital » l'intérêt de l'enfant, même devenu adulte, à obtenir les informations qui lui sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de son identité personnelle, dont l'identité de ses géniteurs fait partie (*Mikulic*⁹⁵, *Capin*⁹⁶).

Le droit de connaître ses origines, en tant que partie intégrante du droit au respect de la vie privée, n'est certes pas un droit absolu et doit être contrebalancé par les droits des autres parties impliquées. C'est précisément dans cette balance que les écarts se creusent et qu'apparaissent de réelles discriminations entre les enfants en fonction du mode de conception ou des modalités de la naissance.

Ainsi, le droit fondamental de connaître ses origines pèse-t-il lourd dans la balance lorsqu'il s'agit pour l'enfant, dans une situation de procréation naturelle, d'obtenir une certitude sur sa filiation paternelle (*Jäggi*) et, le cas échéant, de faire établir sa paternité à l'égard de son géniteur (*Mikulić*, *Capin*). Dans l'arrêt *Capin c. Turquie*, la Cour rappelle « *that everyone has a vital interest, protected by Article 8 of the Convention, to know the truth about his or her identity and to eliminate any uncertainty about it [...]. In proceedings for establishment of paternity, where a careful balancing exercise is required, the best interest of the child should be given priority. [...] the Court recalls that the interest of persons in receiving the information necessary to eliminate any uncertainty in respect of his personal identity does not disappear with age, quite the reverse [...]* »⁹⁷. La Cour se montre ainsi incontestablement favorable à la quête

⁹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006.

⁹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Mikulić c. Croatie*, 7 février 2002.

⁹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Capin c. Turquie*, 15 octobre 2019.

⁹⁷ *Ibid.*, §77.

identitaire de l'enfant, même devenu majeur, cherchant à connaître l'identité de son père biologique et à faire établir sa filiation à son égard.

A l'inverse, c'est un poids beaucoup plus léger qui est conféré par la Cour au droit de connaître ses origines lorsqu'il s'oppose au droit de la mère de garder l'anonymat, également protégé par l'article 8 de la CEDH. Ainsi, dans le célèbre arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, la Grande Chambre de la Cour a jugé, certes à une courte majorité de dix voix contre sept⁹⁸, que la législation française permettant l'accouchement sous X, telle que réformée par la loi du 22 janvier 2002⁹⁹, était conforme aux articles 8 et 14 de la CEDH. A côté du droit de la mère au respect de sa vie privée, celui des parents adoptifs mais aussi du père et des autres membres de la famille biologique que la levée non consensuelle du secret pourrait impacter ont pesé un poids certain dans la balance. Outre les intérêts particuliers en cause, la Cour a relevé des intérêts plus généraux susceptibles de justifier le système français, tel le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, d'éviter des avortements clandestins ou encore des abandons sauvages. Les sept juges minoritaires ont quant à eux considéré que la Cour n'a pas réussi, dans les circonstances de l'espèce, à ménager un juste

⁹⁸ Voy. l'opinion dissidente commune des juges M. Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, M. Bonello, M. Loucaides, M. Cabral Baretto, Mme Tulkens et M. Pellonpää, jointe à l'arrêt *Odièvre*.

⁹⁹ L. n°2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, *J.O.R.F.*, 23 janvier 2002. Cette loi a institué le Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP). Depuis la réforme de 2002, la loi permet à la mère qui le désire de laisser sous pli fermé des informations sur son identité. L'enfant ou ses représentants peuvent adresser une demande au CNAOP afin d'accéder à ces informations. Toutefois, le refus de la mère est sans recours. Elle dispose donc d'un droit de veto absolu. Voy. pour aller plus loin G. MATHIEU, *Le secret des origines en droit de la filiation*, *op. cit.*, pp. 292 et s.

équilibre entre les droits et intérêts concurrents dans la mesure où elle a fait primer de manière absolue le droit de la mère sur le droit de l'enfant. Ils relèvent que « la mère dispose ainsi d'un droit purement discrétionnaire de mettre au monde un enfant en souffrance et de le condamner, pour toute sa vie, à l'ignorance. Il ne s'agit donc en aucune manière d'un système mixte assurant un quelconque équilibre entre les droits en présence. Le "droit de veto" pur et simple reconnu à la mère entraîne pour effet que les droits de l'enfant, reconnus dans l'économie générale de la Convention [...] sont entièrement négligés, oubliés »¹⁰⁰. La minorité a ainsi estimé que, dans la voie de la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en présence, l'approche adoptée par la Cour dans l'arrêt *Gaskin*, consistant à confier à un organe indépendant le pouvoir d'apprécier, *in concreto*, les différents intérêts en présence avant de prendre une décision finale, était pertinente et eut dû être applicable par analogie à la situation de Mme Odièvre. Nous souscrivons entièrement au point de vue exprimé par l'opinion dissidente : comment comprendre la légitimation par la Cour d'un prétendu équilibre entre des intérêts concurrents alors même que la mère seule détient la clef de l'accès de l'enfant à ses origines ?

Neuf ans plus tard, dans l'arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012, la Cour a cette fois condamné l'Italie au motif que la législation italienne ne donnait aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit la réversibilité du secret, soit à tout le moins l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines. Deux arguments clés sont mis en exergue par la juridiction de Strasbourg pour justifier un constat de violation alors qu'elle avait abouti à la conclusion inverse dans l'affaire *Odièvre*. Tout d'abord, la Cour observe que, contrairement à la situation de Mme Odièvre, Mme

¹⁰⁰ Opinion dissidente, §7.

Godelli n'a eu accès à aucune information sur sa mère et sa famille biologique qui lui aurait permis d' « établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers. Sans une pesée des droits et des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vu opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles »¹⁰¹. Les juges européens relèvent ensuite qu'à la différence du système français, la législation italienne ne permet pas la réversibilité du secret de sorte qu'elle ne tente pas de ménager un quelconque équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. Loin de marquer un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Odièvre*, le constat de violation de la Convention par la législation italienne confirme et consolide la conventionnalité du dispositif français autorisant l'accouchement anonyme¹⁰². La Cour a en effet construit son raisonnement en opposant le système italien au système français qui, à l'inverse, permettrait, d'une part, d'accéder à des informations non identifiantes sur les parents d'origine, d'autre part, d'obtenir la réversibilité du secret de leur identité. Or, le droit de l'enfant de connaître ses origines n'est absolument pas garanti par le système français : d'une part, si la personne âgée de 18 ans peut s'adresser au Conseil National pour l'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP) afin d'obtenir des informations non identifiantes sur sa mère d'origine, celle-ci n'a aucune obligation de les donner à la naissance mais y est seulement invitée, d'autre part, la réversibilité du secret de l'identité de la mère est soumise à l'accord de celle-ci, sans qu'aucune pesée des intérêts ne soit effectuée par le CNAOP ou par une quelconque autre instance en cas de refus.

¹⁰¹ Cour eur. D.H., arrêt *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, §68.

¹⁰² Voy. à cet égard G. MATHIEU, « D'Odièvre à Godelli: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accouchement anonyme a-t-elle évolué ? », *J.D.J.*, n° 322, 2013, pp. 10 et s.

Et pourtant, la Cour persiste et signe en 2024 dans un arrêt de chambre *Cherrier c. France*¹⁰³. Elle valide à nouveau le système français en concluant, par six voix contre une, que la France « n’a pas outrepassé sa marge d’appréciation et que le juste équilibre entre le droit de la requérante de connaître ses origines et les droits et intérêts de sa mère biologique à maintenir son anonymat n’a pas été rompu »¹⁰⁴. Sans pouvoir, dans le cadre limité de la présente contribution, analyser en détails l’argumentaire de la Cour, on ne peut que légitimement s’interroger sur l’ampleur de la marge d’appréciation reconnue à la France dans un contexte où de l’aveu même de la Cour, cette marge devait être « réduite » pour deux raisons : d’une part, l’on touche à un aspect particulièrement important de l’identité d’un individu, celui du droit de connaître son ascendance, d’autre part, « la France continue de se trouver minoritaire parmi les États membres du Conseil de l’Europe qui, dans leur majorité, ne connaissent pas l’institution de l’accouchement dans le secret sous une forme aussi poussée que celle organisée par le droit interne »¹⁰⁵.

Quelques mois plus tôt, c’est encore une déconcertante sous-pondération du droit de connaître ses origines face aux autres droits et intérêts concurrents en présence qui permettait à la France de se voir octroyer un label de conventionnalité, cette fois en matière d’anonymat du don de gamètes. Ainsi, dans l’arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, prononcé le 7 septembre 2023, la Cour a jugé, par quatre voix contre trois¹⁰⁶, qu’en opposant aux requérants le principe d’anonymat du donneur, la France n’a pas manqué à son obligation

¹⁰³ Cour eur. D.H., arrêt *Cherrier c. France*, 30 janvier 2024.

¹⁰⁴ *Ibid.*, §82.

¹⁰⁵ *Ibid.*, §69.

¹⁰⁶ Voy. l’opinion dissidente commune aux juges Ravarani (Luxembourg), Mourou-Vikström (Monaco) et Gnatovskyy (Ukraine).

positive de garantir le respect effectif de leur vie privée. Les requêtes avaient été déposées respectivement le 15 avril 2016 par Madame Gauvin-Fournis et le 23 juin 2017 par Monsieur Silliau, soit avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} septembre 2022, de la loi n° 2021-1017 relative à la bioéthique du 2 août 2021 ayant mis fin, sans rétroactivité¹⁰⁷, à l'anonymat du don¹⁰⁸. Tout comme dans l'arrêt *Cherrier*, l'on retrouve à la base du constat de non-violation par la France de l'article 8 de la CEDH cette étrange qualification d'« ample » marge d'appréciation « réduite » (ce qui nous semble relever de l'oxymore). Il est à cet égard assez interpellant de voir la Cour conclure que « l'État défendeur jouit d'une ample marge d'appréciation en ce

¹⁰⁷ Les personnes nées d'un don réalisé sous l'empire de l'ancien régime peuvent toutefois saisir la Commission d'Accès des Personnes nées d'une Assistance médicale à la procréation aux Données des tiers Donneurs (CAPADD). Cette dernière est chargée de contacter les tiers donneurs afin de solliciter et de recueillir leur consentement à la communication de leurs données non identifiantes et de leur identité. Ces derniers peuvent aussi se manifester spontanément auprès d'elle pour consentir à la transmission des données.

¹⁰⁸ L'alinéa 2 de l'article 16-8-1 du Code civil prévoit désormais que *[l]e principe d'anonymat du don ne fait pas obstacle à l'accès de la personne majeure née d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, sur sa demande, à des données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur, dans les conditions prévues au chapitre III du titre IV du livre 1^{er} de la deuxième partie du code de la santé publique*. L'article L.2143-2 du Code de la santé publique dispose quant à lui que *[t]oute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité à l'identité et aux données non identifiantes du tiers donneur définies à l'article L. 2143-3. Les personnes qui souhaitent procéder à un don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil consentent expressément et au préalable à la communication de ces données et de leur identité, dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article. En cas de refus, ces personnes ne peuvent procéder à ce don ou proposer cet accueil. Le décès du tiers donneur est sans incidence sur la communication de ces données et de son identité. Ces données peuvent être actualisées par le donneur*. Les informations non identifiantes visées à l'article L.2143-3 sont les suivantes : âge, état général ; caractéristiques physiques ; situation familiale et professionnelle ; pays de naissance ; motivations du don.

qui concerne les moyens à mettre en œuvre pour garantir à la requérante et au requérant le respect effectif de leur vie privée »¹⁰⁹ dans un contexte où elle relève : « qu'un aspect essentiel de l'identité des personnes est au cœur des présentes affaires parce que le droit d'obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, comme l'identité de son géniteur, et à l'épanouissement personnel est un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée »¹¹⁰ ; « que dès les années 2000, elle a souligné l'importance du droit d'accès aux origines biologiques »¹¹¹ ; « que le droit interne d'un certain nombre d'États membres a évolué et que les conditions d'aujourd'hui révèlent l'existence d'une tendance récente qui se dégage en faveur d'une levée de l'anonymat des donneurs de gamètes »¹¹² ; que l'étude d'impact du gouvernement français accompagnant le dernier projet de loi relatif à la bioéthique « souligne que le principe d'anonymat absolu des tiers donneurs français s'analyse en une exception dans ce contexte »¹¹³ et qu'enfin, « le souci d'ouvrir davantage l'accès aux données des tiers donneurs et de lever dans la mesure du possible l'anonymat de ces derniers se retrouve également dans les travaux de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et dans ceux du CDCJ¹¹⁴ »¹¹⁵.

Se fondant tant sur la CIDE que sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait quant à elle souligné, en 2019, que l'accent

¹⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, §112.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Comité européen de coopération juridique.

¹¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, §112.

devait désormais être mis sur les droits de la personne conçue « qui se trouve dans la position la plus vulnérable et pour laquelle les enjeux semblent être plus importants »¹¹⁶. Elle recommandait dès lors la levée de l’anonymat pour tous les dons futurs de gamètes dans les États membres du Conseil de l’Europe et l’interdiction d’utiliser encore des gamètes donnés anonymement, sans que cela puisse évidemment avoir une quelconque incidence sur le plan de la filiation.

Quant au Comité européen de coopération juridique (CDCJ), il concluait en 2022, au terme de son Étude comparative sur l’accès aux origines des personnes conçues par don de gamète¹¹⁷, citée par la Cour, que « l’analyse conduite révèle [...] de manière assez claire l’émergence d’un consensus portant sur le droit à la connaissance des origines. Ce qui semblait n’être qu’une solution marginale aux commencements de l’assistance médicale à la procréation exogène s’est progressivement imposée comme un principe efficient dans la plupart des États membres, appuyé sur l’évolution de la jurisprudence de la Cour liant la primauté de l’intérêt de l’enfant et le droit à la connaissance des origines au droit au développement personnel fondé sur la protection de la vie privée affirmée par l’article 8 de la CEDH. Ce consensus pourrait donc fort légitimement conduire le Conseil de l’Europe à recommander aux États membres de consacrer, au profit des personnes conçues par don, un mécanisme leur permettant d’accéder à leurs origines. Un tel mécanisme devrait

¹¹⁶ Recommandation de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe 2156 (2019), *Don anonyme de sperme et d’ovocytes : trouver un équilibre entre les droits des parents, des donneurs et des enfants*, pt 5 *in fine*.

¹¹⁷ Conseil de l’Europe, décembre 2022, disponible sur <https://rm.coe.int/cdcj-2021-20f-final-publication-format-17122022/1680a97135>.

toutefois ménager l'ensemble des intérêts et ne pas être érigé en absolu »¹¹⁸.

Dans ce contexte, l'arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau c. France* ne peut que surprendre et accentuer encore le malaise face à la jurisprudence de la Cour concernant le droit fondamental de connaître ses origines. Comment en effet à la fois qualifier de « vital » l'intérêt pour un individu d'accéder à l'identité de ses géniteurs tout en continuant à valider les systèmes législatifs, tel celui de la France, qui sous-pèneraient cet intérêt au point de le faire entièrement dépendre de la volonté de la mère ou du choix politique d'un État ?

Conclusions et recommandations

A côté de la possibilité des adultes de voir leur désir d'enfant réalisé ou, à l'inverse, de renoncer à la parentalité, nous estimons qu'il convient désormais de mettre au centre les droits trop longtemps négligés de ceux qui sont pourtant les premiers concernés : les enfants. Parmi ces droits figure au premier plan celui de connaître ses origines, au sens le plus large du terme. Nos origines font partie de nous, elles nous construisent et s'intègrent à notre identité. Priver un enfant de ses origines, c'est en quelque sorte l'amputer d'une partie de lui-même. Toute personne qui en ressent le besoin – il ne saurait en effet y avoir d'*obligation* de connaître ses origines – devrait dès lors pouvoir découvrir d'où elle vient, qui sont ses parents de naissance, quelle est son histoire.

En ce sens, lorsqu'existe une dissociation entre la filiation juridique et les origines génétiques de l'enfant, la norme devrait permettre à ces deux dimensions fondatrices de l'individu de coexister. Car si le respect de la dignité humaine implique nécessairement de ne pas

¹¹⁸ *Ibid.*, §151 et Cour eur. D.H., arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, 7 septembre 2023, §63.

réduire la personne à son origine génétique, pareille réduction emportant une négation d'une partie de son identité, il n'est pas plus acceptable d'évacuer complètement la dimension corporelle de l'être humain.

Si le droit de connaître ses origines est incontestablement protégé par la CIDE telle qu'interprétée par le CDE, il reste que cette protection n'est garantie qu'à l'enfant mineur. Quant à la reconnaissance de ce droit par la Cour européenne des droits de l'homme, nous avons pu constater que le poids qui lui est conféré est amené à fluctuer fortement en fonction des contextes dans lesquels le secret se pose et des intérêts concurrents protégés.

Dès lors, face à la fragilité encore trop importante du droit fondamental de connaître ses origines et à sa sous-pondération par la Cour de Strasbourg au gré des situations, nous ne pouvons qu'inviter les législateurs à consacrer ce droit constitutionnellement afin de supprimer toute discrimination entre les individus en fonction de leur mode de conception ou des circonstances de leur naissance. Certes, il n'est pas question de conférer à ce droit un caractère absolu, au sens où il ne tolérerait aucune exception. D'autres intérêts divergents peuvent en effet entrer en conflit avec celui de l'enfant. Il reste que le droit de connaître ses origines apparaît comme un droit fondamental qui participe de la dignité humaine, de sorte qu'il ne devrait être limité que de manière exceptionnelle et uniquement s'il existe un risque de préjudice grave pour autrui.

The fundamental right to know

Ankie VANDERCKHOVE

Coördinatrice Afstammingscentrum, Belgique

The 'afstammingscentrum'¹¹⁹

The centre was established by Flemish¹²⁰ law of april 26th 2019. With the creation of this centre, the authorities provided an answer to the questions and advocacy of several interest groups regarding their rights and need to access information about their origins, their family background, the context of their birth and so forth. Groups of adoptees, donor children and metis from the colonisation had been pleading for such a centre for quite a while and they were actively involved in the design of the centre. Today, they continue to play an important role as they function as a steering committee, working alongside the team on major content issues and strategic decisions.¹²¹

The centre has been operating since April 1st, 2021 – in the middle of the covid pandemic and lockdown – and started with a very small team (one coordinator and 3 case managers, not even full time).

There is a threefold legal mandate:

¹¹⁹ The 'Afstammingscentrum' could be translated as the 'lineage centre' or 'descent centre' but we prefer to use the Flemish term as we haven't found an accurate translation yet.

¹²⁰ As Belgium is a federal state, policy domains are divided over federal and regional levels. Issues of welfare, support, and social services etc are referred to the regional level. Justice and parts of the health domain are regulated by the federal authorities. This can complicate matters on the practical level.

¹²¹ This committee as such has no legal authority. This lies within the board of the foundation under which we operate, but that would take us too far here.

- To inform individuals and the general public on issues at stake: importance of family connections, openness, knowing where one comes from;
- Support people in their searches, both on a practical and psycho-social level; and
- Develop expertise in issues relating to the right to know one's origins.

From the start, a clear mission statement was developed: "the Afstammingscentrum upholds the fundamental **right** to know one's origins and guarantees professional and tailored support to anyone with questions in this matter."

Other contributions in this conference go into this in more detail, but for this unequivocal rights approach we find our support in e.g.:

- art 3, 7 and 8 of the CRC and CRC Committee observations and recommendations
- art 8 of the ECHR
- recommendations from the Council of Europe
- national/regional legislation (on e.g. the right of adoptees to access their adoption files)
- case law, both from ECtHR and national jurisdictions

In particular,

- *Committee of the Rights of the Child, concluding observations for Belgium (2019): "Right to identity: The Committee recommends that the State party carry out a legislative review to consider access to information of children born through assisted reproduction about their origins."*
- *ECtHR: Pascaud vs. F. : "La Cour considère que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée. » (June 2011)*

- *A family court in Bruges (B) allows a case of a donor conceived person against a potential donor and orders the man to have a DNA-sample taken. In the considerations, the court prioritises the problems and mental hardship of the woman by not knowing who her genetic father is over de man's right to privacy. This is a breakthrough case, recognising the right to know one's origins over the anonymity principle in our law!*

As primary target groups we see:

- Adoptees
- Donor conceived persons
- Metis of the colonisation¹²²
- People with questions on their family relations and background, family 'secrets'
- First/birth parents¹²³ /families

At first, we expected to get questions from the first 3 groups, as they were most actively involved in setting up the centre. But from the start we were contacted as well by persons who were not sure about their family situation. They would question e.g. whether their legal father was their real father or would suspect some family secrets that they want to be unveiled. Quite unexpected this category soon became the second largest. (see below).

¹²² This is a specific group in the Belgian context: they are the children born out of relations between Congolese or Rwandan women and white Belgians living in the former colony during the 50s. These relationships were mostly hidden, unwanted and not socially accepted. The children were hardly ever officially cared for by their fathers. After the liberation in Congo in 1960, many of them were shipped to Belgium to be put in foster families or be adopted. This is a very complex and painful part of our history, and it is only in recent years that this problem has been discussed and recognised.

¹²³ We try to pay attention to the correct wording as much as possible and use what adoptees propose to use. In the transnational context we speak about first parents, for domestic adoption, the term birth parent is preferred.

As secondary target groups, we also receive questions from:

- Adoptive parents
- Gamete donors
- Other relatives.

Organisation

The Afstammingscentrum is legally embedded in a non-profit organisation for foster care. The board of the organisation carries the final responsibility for our work and use of public funding. Regular contacts with the coordinator guarantee that they are kept up to date. Important decisions are made after consulting the board. Up until now the centre has enjoyed quite some freedom to develop its work and strategic planning rather independently. The organisation also supports the Afstammingscentrum on a practical level, taking care of human resources and accountancy.

On the content level, the centre is also guided by a steering group, with members of the target groups. They have no legal responsibility but are mandated to keep the centre on the right track, focused on the issues at stake for the different target groups. The law also requires that target groups get involved in the development of the centre. The steering group meets with the coordinator monthly.

And there is the team, doing the daily work. With the steering group it was decided that the focus should be on handling the individual cases, as people had been waiting for such a long time for a centre like this. At the start in 2021, given the available budget, a coordinator (80% FTE) and 3 case managers were hired (resp. 100, 80 and 50% FTE). By the end of the year, it was already clear that this would never be enough for the number of incoming cases. For 2023 and 2024 additional project subsidies were allowed and 2 more case workers (80% FTE) were added to the team. This means that indeed all energy and input is aimed at the individual case work. But with over 800 cases now, 3,9 FTE case workers are not enough.

Search and support

While every question is unique, we can offer similar types of services, depending on the actual request. In every single case, we look for the client's informed consent in every step and we respect the client's own tempo. As it happens, some people may want to take a break in the search process, want to take a step back and let any found information sink in, want to discuss certain steps with other people...so we try not to move too fast. On the other hand, for some client's we can never proceed fast enough...

Before actually opening a file, client's get detailed information on the privacy policy, on what we can do and cannot do, on possible steps to be taken and on the fact that nothing will be undertaken without their consent. To this end they go through a very detailed consent form as well. This also applies to minors and depending on their age and level of comprehension their parents get involved.

Depending on the actual question, services of the Afstammingscentrum can consist of:

- Information and tailored advice, with or without an actual search question. Sometimes this is not the case at the start, but search questions can come up during the process;
- Practical support: looking up files and documents, support in DNA testing, in interpreting results or the lack thereof;
- Psychosocial support: clients can contact their case manager whenever they need to. Especially when no results are found, this support is very valuable. Many say they already felt good because someone finally recognises the importance of their quest;
- Support in DNA searches;

- Systematically collecting DNA samples in our own DNA-database¹²⁴ to find matches;
- Accessing adoption files, in Belgium and from countries of origin, support people in accessing the information it contains, which for some can be quite surprising or contain information that is hard to accept;
- Explaining the risks of any given search as you cannot ‘un-know’ what you get to know in the search process (the pandora’s box risk);
- Develop a mediation strategy to facilitate personal contact (when wanted by the client). Here I will be vital to keep a balance between the right to know and the right to protection of one’s private life. We developed a discreet strategy to make a personal contact possible but if the other party consequently refuses this, our story ends here; and
- Continuously adding and updating search info and -systems, contact persons, relevant services, and interest groups.

Note that all this is free of charge for the clients, except for the DNA-sample. To have this taken and added to our database the client needs to contribute €85. The Flemish legislator has opened an opportunity to do DNA-searches and matches but it is still very limited. We have our own DNA-database, but only samples taken by us can be added to this database. This excludes all possible relatives from other countries. Also, we can only look for matches in the first degree, parents-children. This is very unfortunate as some parents will be deceased and many clients also want to look for (half-)siblings. Up until now this is impossible. Client’s do get information on the commercial DNA-databases, including the risks thereof, which contain millions of

¹²⁴ This database is developed and controlled by a licensed Centre for Human Genetics. Under limited conditions we can upload samples there and the centre does the search for matches.

samples, so they can use that for their own searches. The case manager will then support them in interpreting the results.

As we try to find people who - by definition - do not know that someone is looking for them, we need to respect their rights as well. Some people also do not want to be found or be confronted with things from the past. We cannot simply and brutally confront them with our client's request to get in touch. We developed a step-by-step approach in contacting them, explaining the case, and offering them support as well with this, often quite shocking and unexpected news. But when they continue to refuse any form of contact, we need to respect that as well. This is where the story ends then, which is often a tough message for the client.

The work in the Afstammingscentrum is quite new in Flanders and we have no service to compare us with. The first few years, specific working methods were developed into a quality handbook and a psychosocial support framework, which are being updated and adapted where needed on a regular basis. Every client has one designated case worker, so that they don't have to bring their narrative repeatedly. Every case is unique. At the intake the case manager will try to get a clear view on what the real question is, what lies underneath, what emotions are at stake. It is important to get as much info as possible from the start. Some clients have no information yet, others have done searches before or uploaded a DNA sample somewhere, others bring narratives from relatives, pictures, family histories etc. During the intake, the client will also sign a detailed consent form and every step of the search process is done with the repeated informed consent of the client and on their pace. Case managers will also warn clients for possible risks, such as in working with commercial DNA-databases, coming across news that may not be so nice to hear or finding nothing at all.

As we move along, we organise cooperations with partners, Belgian and other, such as adoption mediation services, authorities, archives, fertility centres, community services, academics etc.

Different kinds of search information and methods are being tried out and collected, a network of possible contact persons is being developed, both in Belgium and internationally. Sometimes it seems like real detective work and, admittedly, some trial and error are also involved. Progress is often very slow, especially in transnational searches, and we cannot always guarantee that contact persons are trustworthy enough to cooperate with them.

When a client has a more severe issue at hand, we try to refer them to the most appropriate and professional services, as the centre does not offer therapeutic support.

The very first call was from a 'wild' donor, wondering if he has a right to contact 'his' children.

We helped a 73-y old man find his biological father, after many years of secrecy. They now keep in touch regularly.

A 22-y old girl wants to look for her donor. She is very upset by the fact that her lesbian mothers asked for a black donor, which was approved without any discussion or further reflexion. She has experienced quite some problems (racism) due to her skin colour.

A man has always known that his legal father was not his biological father, but this was a family secret for years. Only after his legal father died, he found the courage to start a search. Apparently, he has a half-sister. We arrange a meeting and support them in this very emotional reunion.

An adoptee contacts us. She already has most of her adoption file but there is still confusion due to the Cyrillic writing. Through

a search on social media, we found someone who could be her first mother...

With support from HOLT, an adoptee from Korea finds her first mother. The centre supports her during the first reunion online.

A woman from Ethiopia contacts the centre in her search for her daughter who was adopted by Belgians. We find her, now adult, but at this point she does not want to get in touch with her first mother.

A DNA search for an adoptee from Guatemala brings bad news: there is no match with the presumed first mother. We support the adoptee in dealing with this hard setback.

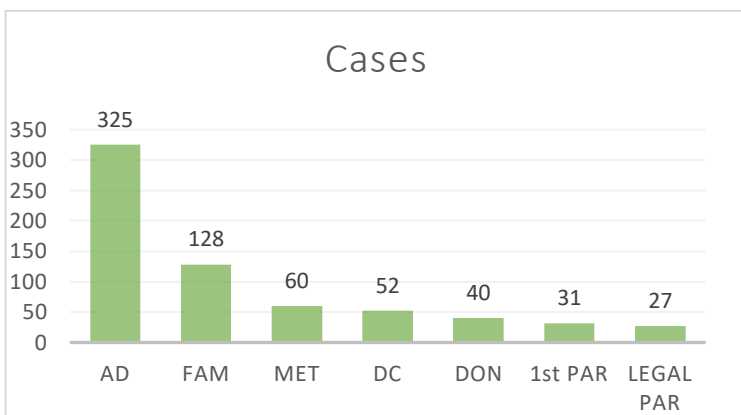
A couple has been donating sperm and egg cells. They have their DNA-samples taken to add to our database so they can be found whenever someone would look for them.

People often ask us 'how many' results we have reached, imagining that the only valid result is a physical reunion of relatives, falling into each other's arms and live happily ever after. However, most cases are not like a movie script. Actual reunions only happen in a minority of cases. This is due to legislation (e.g. in Belgium there is still the principle of donor anonymity), to boundaries relating to the other person's right to privacy, to the lack of files/information, to limiting legislation in countries of origin, to the many 'lost' adoption files or to fraudulent practices from the past.

We prefer to talk about 'results' in those cases where we were able to give the client a satisfactory answer to the stated question. Not all clients ask for an actual reunion. Most of them just want to know more about their own history, the context of their birth and if there is any additional information to be found. We also hear that they are often already very relieved that they could even bring their story and

be taken seriously. That in itself, is already a huge support for many of our clients, which had been unavailable before.

The Afstammingscentrum has been quite successful, which was a bit unexpected. From day 1, cases have been flowing in, resulting in **837** requests from April 1st, 2021, to December 31st 2023¹²⁵. This does not only mean we cannot fully engage in the other tasks, but it is especially quite dramatic for our clients as we now have a waiting period of about a year. This is a very difficult message to give to people who already have been waiting for such a long time.



The adopted people take up the biggest part with 325 cases. 194 refer to transnational adoptions, 109 about domestic adoptions and 22 are

¹²⁵ Not all files have been opened yet. 134 cases are still not filed under a given category and 40 questions could not be attributed to any category (e.g., informative questions)

the so-called 'sous-X' cases (children born in France where anonymous birth is still legally possible).

The second group is what we call the FAM category, 128, dealing with all types of family issues, secrets, out of wedlock children and so forth. As said before, this is quite an unexpected group, and we were surprised how fast they found their way to the centre.

Then we have the Metis cases (60), and the questions from donor conceived persons (52).

These are all people on the 'children's' side, so to speak, the descendants.

On the side of the 'parents', we see the following groups: 40 cases are from donors themselves, who voluntarily want to break the silence. 31 cases are from first/birth parents (24 domestic and 7 transnational), 27 cases from legal parents. In this group we received 20 cases from parents of donor conceived children, 5 from parents who adopted transnationally and 2 from domestic adoptions.

(Note that with domestic adoptions, discretion is even more advised as the relatives may live really close to one another without even realizing it.) The fact that we have cases from donors and parents of donor conceive children, may well be a sign that the culture of secrecy in this area is slowly changing.

Information – communication

On the communication part, we have not been as active as we should. Given the flow of cases from the start, we didn't really need any strong campaigning. On the contrary, every time when we appear in the media, even more people apply for our services.

We developed the basic information tools:

- A website (in different languages, but simply on Google translate level)
- Informative leaflets in different languages, both online and in print: for the general public, for professionals in the health and social services sector, for Central Adoption Authorities abroad, and one specifically for donors. As we have donor anonymity, we need to proactively invite them to give their DNA-sample on a voluntary basis. (This happens every now and then, but not too often, unfortunately.) These are translated in different languages.
- Social media: Facebook, Instagram and Linked In

We are present in traditional media, when topics in our range of work come up, such as scandals with donors, irregularities in adoption and political debate.

Additionally, we are invited for lectures in conferences, universities, professional networks, and we organise the occasional colloquium or meeting with experts and partners in the field.

Expertise

More expertise in all kinds of filiation issues and searches is being developed as we gain more and more experience in the case work. Besides that, we collect information from research, training sessions, personal narratives, literature, law and case law, documentaries...which is all systematically added to a growing library on adoption, medically assisted reproduction, surrogacy, history of the metis...

The Afstammingscentrum also has a list of committed experts, from different disciplines (law, history, genealogy, social sciences, health...), who agreed to be our partner from the start. We can rely on them for

specific issues in certain cases and we invite them for meetings to discuss more general issues at stake.

In this area as well, we could do much more if we would have the time.

Policy issues

The Afstammingscentrum also has a role to play in the political debate on issues touching at the right to know one's origins. We try to translate the voice of target groups to policymakers and draft recommendations or engage in political debate. In these debates we are careful not to go beyond our mandate or area of work. E.g. we will not take a stand for or against adoption as such, or for or against medically assisted procreation, surrogacy etc. We do link these policy areas and practices to the fundamental right of every person to know where they come from, to know about their genesis and who their biological parents are.

We have been involved in the preparatory work to change and improve the Flemish adoption policies. E.g. in setting new criteria for partner countries in adoption, we explicitly asked to be attentive on possibilities to access files, to have openness in legislation etc. We also support adoptees interest groups and their demands to be recognised as a relevant partner and to provide financial support (e.g. for roots travels). And of course, we focus on the right to know and to improve the support for adoptees and our centre.

On the federal level we try to support proposals to abolish donor anonymity. It is hard to figure out the exact motives of the opposition to this, as there are more than a few legal, psychological, and practical arguments to get rid of this principle and invest in decent donor registration. The Afstammingscentrum drafted an extended paper on the need to get rid of this anonymity and we hope that this will happen soon.

Procréation médicalement assistée : perspectives depuis le Centre de Procréation Médicalement Assistée à Lausanne

Nicolas VULLIEMOZ

Directeur médical, CPMA Lausanne

L'Organisation mondiale de la santé (OMS) définit l'infertilité comme étant une maladie du système reproductif masculin ou féminin correspondant à l'absence de grossesse après 12 mois ou plus de rapports sexuels non protégés. Les techniques principales de procréation médicalement assistée (PMA) incluent la stimulation ovarienne avec insémination intra-utérine et la fécondation in vitro (FIV). En 1978, Louise Brown est le premier bébé né par FIV, une technique alors révolutionnaire. Depuis lors, dans le monde environ 10 millions d'enfants sont nés par FIV. Chaque année, 2,6 millions de cycles de FIV sont effectués permettant la naissance d'environ 500000 enfants. La FIV a initialement été développée pour traiter l'infertilité d'origine tubaire (obstruction des trompes) et au fil du temps la technique s'est étendue à des indications même hors infertilité (par exemple les tests génétiques préimplantatoires sur les embryons et la préservation de la fertilité).

En Suisse, la PMA est réglementée par la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA)¹²⁶, qui est basée sur le bien-être de l'enfant et qui réserve la PMA aux couples à mêmes d'élever l'enfant

¹²⁶ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/fr>

jusqu'à sa majorité. Dans notre centre, les situations complexes (médicales, psychologiques, sociales) sont discutées lors d'un colloque multidisciplinaire à la lumière de la LPMA.

Le don de sperme est autorisé pour les couples mariés. L'introduction du mariage pour tous en 2022 a ouvert le don de sperme aux couples de femmes. Le don d'ovocytes et la maternité de substitution sont interdits. Depuis 2001 en Suisse, le don de sperme n'est plus anonyme et l'enfant à sa majorité (ou avant lorsqu'il peut faire valoir un intérêt légitime) peut avoir accès à l'identité du donneur. Les donneurs sont choisis selon des critères médicaux de manière à écarter tout risque pour la santé de la femme qui reçoit le sperme. Les donneurs ne sont pas rémunérés et une limite de huit enfants par donneur a été établie. Il n'existe aucun lien juridique entre le donneur et les enfants nés de leurs dons. La sélection des donneurs est un processus complexe qui implique de nombreuses étapes avec un taux d'acceptation selon notre expérience de 37 %. L'attribution d'un donneur à un couple se fait selon le groupe sanguin et la ressemblance physique du donneur avec l'époux. Avant chaque prise en charge avec sperme de donneur, les couples bénéficient d'une séance d'accompagnement psychologique. Toutes les naissances issues d'un don de sperme doivent être impérativement déclarées à l'Office fédéral de l'état civil.

Soutenir dans le processus de recherche d'origines : technique, éthique et pratiques

Macarena FATIO

Espace A

Au nom de l'équipe et du comité de l'association Espace A, je remercie les organisateur·trices pour l'invitation à participer à ce colloque. Mon nom est Macarena Fatio, je suis juriste, avocate au barreau du Chili et directrice de l'Association.

Dans ce troisième quadrant, il a été question de technique et d'éthique, je vais ajouter la dimension pratique en ce qui concerne la recherche d'origines. Mon exposé se limitera à la Suisse, à sa législation, et plus particulièrement à la situation de notre pratique en Suisse romande. Seront par conséquent exclues l'adoption de l'enfant du conjoint ou de la conjointe, l'adoption de l'enfant connu et l'adoption de la personne majeure, ainsi que la procréation médicalement assistée (PMA) avec don d'ovocytes ou don d'embryons, la gestation pour autrui (GPA), et les procédures de PMA suivies par les personnes célibataires et effectuées à l'étranger.

La technique légale encadre la technique médicale, mais quand il s'agit du respect des droits et de l'intérêt légitime des personnes concernées, nous devons faire appel à la pratique pour compléter le cadre éthique.

Contexte et cadre

Législation Suisse

Conditions d'accès à la PMA et don du sperme (LPMA¹²⁷ – OPMA¹²⁸ – OCNE¹²⁹)

Comme nous l'avons déjà vu précédemment, selon la législation suisse, la Procréation Médicalement Assistée (PMA) :

- Est subordonnée au bien de l'enfant. Elle est réservée aux couples à l'égard desquels un lien de filiation peut être établi.
- Ne peut être appliquée que si elle permet de remédier à un problème de stérilité d'un couple et que les autres traitements sont restés vains ou que le risque de transmission d'une maladie grave aux descendants ne peut être écarté d'une autre manière.
- Seuls les couples mariés peuvent faire appel à un don de sperme
- Le don est gratuit.
- Le lien de parenté entre le donneur et les parents d'intention est exclu.
- Il n'y a pas de lien de filiation entre le donneur et l'enfant.
- Le couple doit être conseillé et informé (assistance psychologique avant, pendant et après la procédure).

¹²⁷ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11.

¹²⁸ Ordonnance sur la procréation médicalement assistée (OPMA) RS 810.112.2.

¹²⁹ Ordonnance sur la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine (OCNE) RS 810.113.

- Le don d'ovules et d'embryons est interdit, ainsi que la maternité de substitution.

Je n'entrerai pas dans les détails, mais nous pouvons conclure que selon le cadre juridique suisse, seuls les couples mariés et stériles ont accès à la PMA, en particulier au don de sperme. Vous aurez remarqué que, contrairement aux pays voisins, le don d'ovules et d'embryons est interdit, ainsi que la gestation pour autrui (GPA).

Recherche d'origines dans le cadre d'un don de sperme (LPMA – OPMA – OCNE)

Concernant la recherche d'origines dans le cadre d'une PMA, selon la législation, les personnes ayant été conçues en Suisse avec un don de sperme après le 1^{er} janvier 2001, et dont les données ont été saisies dans le registre des donneurs de sperme institué par l'article 25 LPMA, peuvent obtenir à partir de 18 ans révolus les données concernant l'identité du donneur de sperme et son aspect physique. Si la personne peut faire valoir un intérêt légitime (notamment pour une raison médicale), elle pourra obtenir d'autres données, comme les résultats des examens médicaux, selon les données consignées à l'époque par le corps médical. Si la personne n'a pas 18 ans révolus, elle pourra également avoir accès aux données, mais uniquement si elle peut faire valoir un intérêt.

Les données du donneur qui sont consignées sont le nom et le prénom, la date de naissance, le domicile, le lieu d'origine, la nationalité, la profession, la formation et les renseignements sur son aspect physique. La date du don de sperme et les résultats des examens médicaux sont également enregistrés. Ces données sont transmises à la naissance de l'enfant à l'Office fédérale de l'état civil qui les conserve pendant 80 ans.

Lors d'une demande de recherche, l'office informe le donneur (à condition de le trouver) et lui demande s'il souhaite être contacté. Si

les conditions sont remplies, l'identité, le décès, le fait de ne pas avoir trouvé le donneur ou son refus de rencontre, sont communiqués à l'enfant¹³⁰.

Deux points méritent d'être soulevés à propos de ces dispositions. Le premier est que la législation parle d'enfant : « L'enfant âgé de 18 ans révolus¹³¹ » ... « Avant que l'office ne communique à l'enfant les données¹³² »... « L'enfant qui veut obtenir des informations sur le donneur de sperme¹³³ »... « Information de l'enfant¹³⁴ »... « Si les conditions fixées à l'art. 27, al. 1 ou 2, de la loi sont remplies, l'enfant peut choisir la manière dont il sera informé¹³⁵ ».

Même si le législateur a eu par intention de faire référence à l'enfant du couple, cette dénomination peut être ressentie comme une infantilisation de la démarche par la personne concernée, au même titre que les personnes ayant été adoptées quand elles sont traitées d'enfant adopté alors qu'il s'agit de personnes adultes qui font valoir leur droit comme n'importe quel autre citoyen·ne.

L'autre remarque concerne la communication à la personne concernée des résultats de sa recherche. Selon l'ordonnance, elle peut choisir comment en être informée : soit par envoi postal, soit par un·e médecin ou une personne ayant une formation en psychologie

¹³⁰ Ordonnance sur la procréation médicalement assistée (OPMA) RS 810.112.2, arts. 23 et suivants

¹³¹ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11, article 27 alinéa 1

¹³² Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11, article 27 alinéa 1

¹³³ Ordonnance sur la procréation médicalement assistée (OPMA) RS 810.112.2, article 21, alinéa 1

¹³⁴ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11

¹³⁵ Ordonnance sur la procréation médicalement assistée (OPMA) RS 810.112.2, article 23, alinéa 1

sociale ou un organisme spécialisé de son choix¹³⁶. Il s'agit ici d'un texte modifié par rapport au texte légal original, en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2019¹³⁷. Cette modification a rendu possible l'information par simple envoi postal, sans l'intervention, le soutien ou l'accompagnement psychosocial qui à notre avis est nécessaire.

En effet, après des années de pratique, Espace A est de l'avis qu'il est indispensable que les personnes issues d'un don de sperme soient systématiquement accompagnées au moment de la communication de ces données et nous sommes inquiet·ètes du fait que le recours à un· conseiller·ère en psychologie sociale, prévu par l'ancien droit, ait été supprimé pour des raisons purement économiques. Notre conviction est qu'il vaut mieux investir dans la prévention, pour éviter des traumatismes ultérieurs qui nécessiteraient un long suivi médical et psychologique par la suite.

Dans le cas de la divulgation des informations sur le donneur de sperme, il faut également que les professionnel·les chargé·es du soutien puisse sensibiliser la personne qui a fait la demande au respect de l'identité du donneur et aux risques liés aux contacts à travers les réseaux sociaux. D'autant plus que, à l'image d'autres pays, le nombre de demandes a été très faible au cours de ces dernières années, (seulement trois cas de la part de personnes majeures depuis 2019), et il nous semble judicieux que cet accompagnement leur soit offert. En effet, les personnes en recherche d'origines dans le cadre d'une PMA sont souvent jeunes puisque elles sont nées à partir de

¹³⁶ Ordonnance sur la procréation médicalement assistée (OPMA) RS 810.112.2, article 23, alinéa 1, lettres a et b.

¹³⁷ RO 2018 4681.

2001, et par conséquent, auront difficilement la possibilité de financer un suivi¹³⁸.

Notre pratique : Association Espace A

Espace A est une association professionnelle à but non lucratif, créée en 1999. Elle regroupe des professionnel·les spécialisé·es dans les questions liées à l'adoption, à l'accueil, à la procréation médicalement assistée et au soutien des personnes qui entament une procédure de recherche d'origines.

Espace A veille à promouvoir:

- Le respect des droits de l'enfant en accord avec la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.
- L'éthique dans l'adoption conformément aux conventions internationales.
- Le respect du bien-être et des droits de l'enfant ainsi que de l'éthique dans l'adoption, l'accueil familial et dans tout autre type de filiation non traditionnelle.
- Le respect du droit à obtenir des informations sur l'identité de ses parents biologiques ou son géniteur à sa majorité des personnes adoptées ou issues d'un don de sperme.
- Le dialogue et la réflexion dans une société où la famille se décline dans une multitude de combinaisons possibles.

Depuis l'introduction de nouvelles bases légales en 2018, l'autorité cantonale genevoise a reçu un nombre important de demandes. Pour répondre au mieux aux besoins des personnes concernées, l'Instance

¹³⁸ Pour en savoir d'avantage, Espace A propose de vous transmettre notre réponse à la procédure de consultation ouverte sur la Révision partielle de l'ordonnance sur la procréation médicalement assistée : simplification de la procédure d'information de l'enfant, datant du 29 mai 2018 (prise de position).

cantonale en matière de recherche des origines dans le cadre de l'adoption a conclu un accord de collaboration avec l'association Espace A sous la forme d'un projet pilote en 2022, collaboration qui a été pérennisée en 2023.

Ainsi, en vertu de cet accord, les personnes domiciliées dans le canton de Genève, ou dont l'adoption a été prononcée dans ce même canton, qui souhaitent initier une recherche d'origines sont désormais invitées à adresser leur demande à Espace A, qui est en mesure de les recevoir dans de brefs délais et de leur proposer un accompagnement tout au long du processus de recherche, ainsi qu'un soutien psycho-social.

L'Instance cantonale reste garante du processus de la recherche et se charge de réunir les informations auprès des autorités compétentes en Suisse et à l'étranger via l'autorité centrale fédérale et/ou des organismes tiers habilités.

Les démarches liées à cet accompagnement sont gratuites pour les personnes qui effectuent une recherche d'origines.

Vous l'aurez compris, notre expertise est basée sur l'adoption, alors, pourquoi parler de la recherche d'origine dans le cadre d'une PMA ? L'un des arguments à la base de ce colloque, est celui d'examiner quelles leçons peuvent être tirées du droit de l'adoption pour réguler le recours à la PMA, ainsi que comment accompagner et mieux soutenir les personnes concernées, d'où l'intérêt de partager notre expérience.

Adoption et PMA : les points en commun pour « faire famille »

Autant du point de vue du législateur que de la société suisse, l'adoption et la PMA concernent la vie privée des citoyen·nes, du couple ou de la personne célibataire qui y font recours pour faire famille. Contrairement à la France par exemple, la Suisse n'interviendra pas de manière active afin de favoriser les adoptions

ou le recours à la PMA pour agrandir la famille. Rien que d'un point de vue financier, aucun encouragement sous la forme de subventions ou de prises en charge par l'assurance maladie de base ne sont proposés¹³⁹. Dans le cas des PMA avec don de sperme (en raison de l'infertilité masculine), en l'absence d'inscription sur la liste négative, la présomption de prestations obligatoires s'applique en ce qui concerne les coûts des dépenses directement liées au don de sperme ; selon celle-ci, ces coûts devraient être pris en charge par l'assurance maladie. Par contre, le remboursement des frais du traitement par don de sperme par l'assurance maladie dépendra du type de traitement effectué : les traitements hormonaux et jusqu'à trois inséminations intra-utérines (IIU) par grossesse seront remboursés ; en revanche, les coûts du traitement des fécondation *in vitro* (FIV) sont exclus de la couverture par la loi et sont donc seront toujours payés par les parents d'intention eux et elles-mêmes¹⁴⁰.

Même si l'adoption internationale est conçue aujourd'hui comme une mesure de protection de l'enfant (on cherche une famille pour prendre en charge un enfant et non un enfant pour une famille), il est indéniable que tant l'adoption que la PMA se basent sur le désir d'enfant et, de manière plus large, le désir de faire famille. Actuellement, l'adoption et la PMA contribuent notamment à l'évolution de nouvelles formes de famille, aux personnes célibataires (à exception de la PMA de la Suisse) et aux couples homoparentaux

¹³⁹ Exemple : Les personnes qui accueillent un enfant de moins de quatre ans en vue de son adoption auront droit à un congé d'adoption de deux semaines (Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (LAPG RS 2022 468) Par contre, le congé de maternité est d'au moins quatorze semaines (article 329f du Code suisse des obligations RS 210) et celui de paternité, de deux semaines (art. 329g du Code suisse des obligations RS 210).

¹⁴⁰ Prise de position n°32/2019 publiée à Berne le 12 décembre 2019 par la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine CNE, page 17.

(actuellement les couples lesbiens peuvent accéder au don de sperme en Suisse).

Autant pour l'adoption que pour la PMA, les personnes concernées suivent une préparation et devraient être accompagnées. Les personnes qui souhaitent accueillir un enfant par adoption doivent prouver leur capacité éducative, ainsi que le fait qu'ils et elles pourront s'occuper de l'enfant qu'ils adoptent et pourvoir à son entretien et à son éducation, et ce durablement et de manière adéquate¹⁴¹. Cette aptitude peut être démontrée en ayant suivi les ateliers de préparation proposés par les associations telles qu'Espace A à Genève ou Adoptons-nous à Neuchâtel. Les personnes sont accompagnées tout le long par les chargé-es d'évaluation de l'autorité compétente qui les évaluent en vue de l'octroi de l'agrément. Quant aux couples qui font appel à la PMA en Suisse, d'après la loi, une assistance psychologique doit être offerte avant, pendant et après le traitement. Toutefois, le conseil médical porte uniquement sur la situation individuelle et familiale du couple concerné et ne prend pas en considération l'intérêt général de la société¹⁴². On observe que la « préparation » lors d'une adoption a comme ligne directrice la protection de l'enfant et la parentalité, tandis que dans le cadre d'une PMA, la future parentalité, au moins légalement, n'a pas de place dans l'accompagnement, mais ce dernier est plutôt axé sur le couple et sa situation.

¹⁴¹ Article 268a du Code suisse des obligations RS 210.

¹⁴² Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11 art. 6 alinéa 2, et 6a alinéa 2.

Tant dans l'adoption que dans le don de sperme dans le cadre d'une PMA, il doit y avoir le consentement (des parents biologiques ou du donneur de sperme)^{143 144}.

Dans les deux cas, on parle des « parents d'intention », notamment dans le cas de l'adoption. Dans le cas d'une PMA *stricto sensu*, le parent d'intention sera la père s'il s'agit d'un couple hétérosexuel, mais du couple s'il s'agit d'un couple lesbien. Quand il s'agit d'une procédure de gestation pour autrui (interdite en Suisse), les deux membres du couple sont également les parents d'intention (si d'aventure leur matériel génétique n'est pas utilisé).

Concernant la filiation, dans les deux cas le lien de filiation d'origine est rompu, avec les parents biologiques dans le cas de l'adoption¹⁴⁵ et avec le donneur dans le cas de la PMA avec don de sperme. Il n'est pas possible d'intenter contre ce dernier une action en reconnaissance de paternité¹⁴⁶. Dans les deux cas, par une fiction juridique, un lien de filiation est créé entre l'enfant et les parents d'intention¹⁴⁷.

Le secret est présent dans ces deux démarches visant à faire famille. Des débuts de l'adoption à nos jours, le regard porté sur les personnes adoptées a évolué. Initialement, on conseillait aux familles de ne jamais révéler à l'enfant son adoption, pour mimer au plus près la filiation biologique et nier la réalité de l'abandon. Cette pensée était nourrie en partie par le fait qu'on n'imaginait pas que l'enfant avait

¹⁴³ Art. 265a Code des obligations RS 210 et art. 4 lettre c.1 Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale RS 0.211.221.311.

¹⁴⁴ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11, art.18 alinéa 1.

¹⁴⁵ Art. 267 alinéa 2 Code des obligations RS 210.

¹⁴⁶ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11, art. 23.

¹⁴⁷ Art. 267 alinéa 1 Code des obligations RS 210 / Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11, art. 23.

son propre vécu, son propre savoir sur son histoire intime. L'idée était aussi de créer des familles comme les autres avec l'objectif de donner un enfant à une famille et non une famille à un enfant¹⁴⁸. Aujourd'hui les parents adoptifs ont l'obligation de dire à l'enfant qu'il ou elle a été adopté-e en tenant compte de son âge et de son degré de maturité¹⁴⁹.

Quant à la PMA, en particulier avec don de sperme, le faible nombre de personnes qui ont demandé à connaître l'identité de leur donneur en Suisse¹⁵⁰ ne fait que confirmer notre connaissance pratique, selon laquelle les parents gardent secrète cette information, qui finit dans la plupart des cas par être révélée par un test ADN récréatif, la maladresse d'un parent ou à des moments clés tels que les séparations ou les décès. Bien entendu, il est très probable que les personnes concernées, vu leur âge (25 ans pour les plus âgé-es aujourd'hui) ne soient pas encore intéressées à faire cette démarche. Toutefois, chez Espace A nous avons reçu jusqu'à présent uniquement des personnes qui ont appris la vérité sur leur conception par d'autres voies que l'information venant de leurs parents. Reste à étudier quelle est la raison derrière ce secret : est-ce que les parents estiment qu'il n'est pas nécessaire de le dire ? Est-ce parce que c'est principalement lié à l'infertilité masculine (don de sperme) que le thème est trop tabou pour être discuté avec l'enfant ? En l'état actuel, il nous est impossible d'apporter une réponse, encore moins scientifique. Toutefois, les parents qui font appel à la PMA devraient être conscient-es qu'aujourd'hui, en raison des tests ADN, il n'est pas raisonnable de penser que le secret puisse être gardé. Psychologiquement, la situation sera ressentie par l'enfant comme un

¹⁴⁸ Catherine Jeambenoit, « A la croisée du politique et de l'intimité psychique », revue Accueil n°205, EFA, 2022.

¹⁴⁹ Art. 268c alinéa 1 Code des obligations RS 210.

¹⁵⁰ Trois personnes majeures entre 2019 et 2022. Source : registre des donneurs de sperme de l'OFEC.

secret de famille, qui, une fois révélé, pourra donner à l'enfant l'impression d'avoir été trahi-e par ses parents.

La question des effets de la génétique et de l'éducation dans la construction de l'identité de l'enfant a un rôle important, autant dans l'adoption que dans le recours à la PMA. Même si elle est plus évidente dans le cas d'une adoption, nous avons pu observer qu'elle revient également dans le cadre d'une PMA avec don de gamètes.

D'un point de vue purement administratif, les informations sur les origines, que ce soit sur les parents biologiques ou sur le donneur de sperme, sont conservées par une autorité administrative. Dans le cas de l'adoption, c'est l'autorité cantonale compétente en matière d'adoption¹⁵¹ (à partir du 2018) qui assume cette responsabilité, dans le cas du don de sperme, l'Office fédérale de l'état civil ¹⁵²(à partir du 2001).

Les droits d'accéder au dossier médical, à la vie privée, à la santé (y compris mentale) et à connaître ses origines sont reconnus par la loi, mais soumis à des conditions et des réglementations particulières, notamment en ce qui concerne les informations médicales ou qui dépassent les informations identifiantes¹⁵³. L'accès à ces données est aussi fortement limité par les conditions pratiques de conservation, inexistantes avant 2001 pour le don de sperme et soumises aux standards des pays d'origine ou aux actions des intermédiaires dans le cas de l'adoption.

¹⁵¹ Art. 268 d quater Code des obligations RS 210.

¹⁵² Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11, art. 25 et 26.

¹⁵³ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) RS 810.11, art. 27 ; et art. 268c et suivants Code des obligations RS 210.

Adoption et PMA : la recherche d'origines

Lors d'une recherche d'origines, que ce soit dans le cadre d'une adoption ou d'une conception grâce à une PMA (don de sperme), nous pouvons dire que plusieurs questions sont présentes dans les deux cas. Questions auxquelles les familles, et en particulier les parents, seront probablement confronté-es et devront aborder avec leurs enfants.

L'un des points communs importants, si ce n'est le plus important dans les deux cas, est celui du « miroir génétique ». A qui ressemble-t-on ? Quel est le visage de mes parents biologiques ? Souvent dans les cas d'adoptions internationales, cette question est fondamentale puisque la personne a manqué d'une référence physique. Pour les personnes conçues par PMA la question n'apparaît généralement qu'au moment de découvrir qu'elles ne portent pas les gènes du père.

Outre la question de la ressemblance, les questions médicales ont été fréquemment invoquées lors de recherches d'origines dans le cadre d'une adoption. Dans le cas d'une PMA, il ne faut pas négliger qu'en raison des avancements de la médecine, une personne peut apprendre qu'elle a été conçue par don de sperme lors d'analyses médicales, et que le fait d'avoir accès à son dossier complet, y compris à celui du donneur, peut s'avérer fondamental dans le cas d'une maladie rare ou génétique.

De la même façon, la question de la recherche d'origines se pose très souvent lors que la personne elle-même devient parent. La gestion de la génétique et les antécédents médicaux devient alors de plus en plus importante pour les personnes qui entament des démarches de recherches d'origines, afin de pouvoir transmettre ces informations à leur descendance.

Une autre raison qui justifie la recherche dans les deux cas, c'est qu'« il manque une pièce au puzzle ». Que ce soit dans l'adoption ou dans

une conception par PMA, le ressenti d'une histoire qui n'est pas complète est le même.

Un autre sujet qui fera partie d'une recherche d'origines est le souhait de connaître l'histoire de l'adoption, l'histoire de la PMA : est-ce qu'elle a été faite de façon légale ? Dans les règles ? En respectant l'éthique ? Les parents doivent être prêt-es à répondre à ces interrogations et faire face aux conséquences qui découlent de leurs décisions. Ainsi, un couple qui aurait adopté en faisant appel à des réseaux informels d'adoption, dans lesquels le consentement n'a pas pu être établi, devront probablement expliquer leur choix qui nie les droits des parents biologiques. De la même façon, un couple qui décide de faire appel à un don à l'étranger pour garantir l'anonymat total du donneur, pourra se voir confronté à l'impossibilité de donner des réponses à leur enfant gravement malade qui aurait besoin des données médicales du donneur.

Le thème de l'argent est sans doute un autre point délicat, difficile à soulever même lorsque la bonne entente est de mise dans la famille. Quel est le prix que l'on peut donner à son désir d'avoir un enfant ? Est-il juste ? Éthique ?

Une de craintes souvent évoquées par les parents, est celle de la rencontre avec la famille biologique ou le donneur de sperme. Ce souhait exprimé par l'enfant, et les raisons qui y conduisent, ne sont pas toujours bien accueillies, voire comprises, et les conséquences de ces possibles rencontres peuvent donner lieu à toute sorte de fantasmes et d'incertitudes. D'autre part, les enfants du couple, doivent souvent faire face à la question de la loyauté envers leurs parents et au sentiment de les trahir en voulant entamer les démarches.

Finalement, nous avons pu constater dans notre pratique des recherches d'origines, tant celles qui concernent l'adoption que les cas de conception faite grâce à une PMA avec don de sperme, une

détresse psychologique et de la frustration comme conséquences du secret et de l'impossibilité d'accéder aux informations.

C'est pour toutes ces raisons que nous estimons que l'accompagnement dans le cadre d'une recherche d'origines est absolument indispensable.

La recherche d'origines en pratique : les difficultés communes

La première difficulté à laquelle les personnes concernées sont confrontées est celle de savoir que l'on a été adopté·e ou conçu·e avec un don de sperme. Nous l'avons déjà évoqué, en croisant les statistiques actuelles et notre l'expérience d'Espace A, il semble que les personnes qui font appel à la PMA n'informent pas leurs enfants, ce qui empêche qu'ils et elles puissent faire les démarches s'ils et elles le désirent. Dans le cas de l'adoption, les enfants issus de l'adoption internationale sont pour la plupart informé·es, à l'exception de certain·es dont l'un des parents est originaire du même pays d'origine que l'enfant. Toutefois, nous tenons à signaler que nous avons eu rencontré plusieurs cas de personnes d'un certain âge (55 ans et plus) nées et adoptées en Suisse, qui n'ont eu connaissance de leur adoption qu'assez tard dans leur vie.

C'est sans doute la difficulté d'accès aux informations qui entrave le plus la recherche d'origines. Que ce soit parce que les dossiers ont été égarés, perdus, archivés dans un autre pays ou n'existent tout simplement pas (dans le cas des dons de sperme avant 2001). Les démarches deviennent chronophages, fatigantes, voire tout simplement impossibles. Le manque d'informations envers le public joue sans doute également un rôle dans le nombre peu élevé de recherches.

La recherche d'origines est perçue comme une démarche purement administrative alors qu'elle a un fort contenu émotionnel. Jusqu'à

aujourd'hui, le soutien psychosocial n'est pas obligatoire, malgré le fait que les praticien-ne s insistent sur son importance. Ainsi l'accompagnement et soutien est fait « à bon vouloir » et surtout très différemment d'un canton à l'autre. Encore une fois, l'information du grand public sur ces possibilités reste à ce jour assez discrète.

Les délais dans l'obtention des informations et/ou le manque de réponses se traduisent souvent par une frustration qui mène les personnes concernées à faire appel à des sources alternatives d'informations pas toujours fiables et souvent coûteuses (détectives privé-es, réseaux sociaux) et sans respecter le droit à la vie privée des autres personnes concernées (famille biologique élargie / donneur de sperme).

Les démarches représentent un coût. Plus que la démarche elle-même, c'est le soutien psychologique, parfois nécessaire, qui peut se traduire par des frais importants.

Finalement, nous avons pu constater que la recherche d'origines se fait par « palier ». Ce n'est pas un acte unique, mais un processus pour lequel chaque personne a sa propre temporalité : elle remplira le formulaire mais ne se présentera peut-être pas au premier rendez-vous lorsque les informations sont disponibles ; elle demandera un délai de réflexion avant que l'autorité contacte la famille biologique ou le donneur de sperme ; ou encore elle prendra les renseignements nécessaires mais ne reviendra que des mois plus tard. Ceci ne constitue pas une difficulté en soi, mais c'est un fait qu'il est indispensable de considérer lors de la création de protocoles pour la recherche d'origines.

Conclusions et recommandations

Sur la base de ces éléments, en ce qui concerne les recherches d'origine dans le cadre d'une PMA (notamment par don de sperme) nous pouvons conclure que :

- Le futur de la recherche d'origines dans le cadre d'une PMA sera réglé par un cadre juridique au niveau fédéral, voire international à travers de futures conventions qui pourront traiter par exemple la gestation pour autrui ou du don de gamètes au niveau international, même si ces démarches en vue de faire famille peuvent être considérées comme des affaires « privées ».
- Les informations devraient être consignées dans un certificat de naissance accessible dès 18 ans ou pour des raisons légitimes (médicales). En effet, un double certificat avec une partie « publique » où il est indiqué que la personne a été conçue par don de sperme, et une partie confidentielle accessible à la majorité de la personne concernée, pour des raisons médicales si c'est avant la majorité ou pour d'autres personnes (par exemple lors d'un accident dont le pronostic vital est engagé).
- Le respect effectif des droits devrait être garanti, d'abord en tant qu'enfant et ensuite en tant que personne adulte, et les autorités ne devraient pas pouvoir décider elles-mêmes des informations transmises, mais suivre la réglementation légale et transmettre sans entrave les données demandées.
- Les autorités devaient veiller à la sauvegarde des droits de toutes les personnes concernées, y compris ceux du donneur et sa famille et/ou proches, en particulier en veillant effectivement à empêcher le contact par le biais des réseaux sociaux et en particulier en prévoyant des sanctions en cas de non-respect des directives.
- De la même façon, les autorités devaient améliorer et/ou mettre en place une sensibilisation du corps médical et des parents d'intention (ainsi que de la société en général) à ces sujets. Les connaissances du grand public sont aujourd'hui inexistantes. Les formations destinées aux professionnel·les de laanté nous

semblent aussi importantes que la sensibilisation des futurs parents.

- Enfin, le cadre légal devrait prévoir un accompagnement psychosocial obligatoire des parents d'intention, portant en particulier sur la parentalité et le caractère prépondérant du bien de l'enfant.

Psychological and Relational complexities: building families through Donor Conception and/or Surrogacy – meeting the longer terms needs of all involved

Sharon PETTLE

Centre for Individual and Family Identity

Introduction

This contribution draws on clinical experiences as a Consultant Clinical Psychologist and Systemic Family Therapist within the field of Donor Conception and Surrogacy (DC&S) over the past twenty-five years. I have conducted research into the impact of late revelations, the process of openness, and preliminary evaluations of the groups developed and run for young people for almost two decades. I have had significant involvement with the Donor Conception Network, a UK-based charity started thirty years ago by parents who disagreed with the prevailing view advocating secrecy and who did not wish to place a lie at the heart of their family. In addition, I have been instructed as an Expert Witness in the Family Courts where complexities arise and DC&S feature. This paper focuses on the UK, but has relevance for pre- and post- conception practice in other jurisdictions as the challenges and dilemmas presenting in multiple contexts: psychological well-being, law, mental health and the wider social context are likely to be evident in any place where such medically assisted reproductive techniques are used.

The context in the United Kingdom

Donor Conception

The UK has had clear regulations regarding the practice of Donor Conception since 1991. Treatment takes place within licenced clinics, regulated by Human Fertilisation & Embryology Authority (HFEA), and legislated under the Human Fertility and Embryology Act 1990. Since 1991, more than 70,000 Donor Conceived children have been born. Births using donor sperm, eggs, or embryos have increased from approximately 1:450 of all UK births in 2006 to 1:170 in 2019¹⁵⁴. This is not the total number as it does not include children created through treatment abroad or in the UK using online or known donors and self-insemination.

There was a change in the law, in 2005, ending anonymous donation. This made it possible for children conceived through treatment with donor gametes to be eligible to seek identifying information and potentially meet their donor, when they reach 18. By the end of 2004, it is estimated that around 2,300 young adults will be eligible to request this information through the HFEA. The counselling available is only for individuals and for a very limited number of sessions: this may be inadequate for the young adult (and/or their family, who are excluded): some parents who embraced openness may react in unexpected ways, and discussing this as a family may be helpful in clarifying feelings and anxieties. Donors and their families may also need more than this limited counselling provision allows.

¹⁵⁴ Source: Trends in egg, sperm and embryo donation 2020 in Statistics on donation and donor treatments in the UK fertility sector Published by HFEA in November 2022.

Surrogacy

As a significant proportion of surrogacy arrangements now take place outside of the UK, there are no accurate figures. Parental Orders are the best available evidence indicating how many surrogacy ‘journeys’ are completed annually, as this is the process by which Intending Parents apply for legal parenthood and parental responsibility. This application should be started within 6 months of the child’s birth, but, it is well known that some parents do not do this, and Orders have been made when children are 8 years old or more.

The table below shows that the number of surrogacy arrangements has risen over the last 15 years.

Table 1 : Applications for Parental Orders following Surrogacy

| | |
|---------|--|
| 2008 | 67 applications, of which 66 were UK arrangements |
| 2018 | 280 applications: UK approx. 120 / 80 agreements in USA |
| 2020 | 300+ applications: approx.. 50% international |
| Source: | Cafcass (Children and Family Court Advisory and Support Service): independent advisory organisation that works with family courts to ensure the safety & wellbeing of children in the UK on a range of cases, including surrogacy. |

From 2018 onwards, 350 of these applications have been from same-sex couples, indicating that this is becoming an accepted way to create a family for male couples. It has become increasingly clear that the laws relating to surrogacy are no longer fit for purpose, and they have

recently been subject to reform, with recommendations made by the Law Commission in 2023. These would create a separate pathway for domestic surrogacy arrangements. They have yet to go through Parliament and will not do so before the next election.

Openness

During the colloquium, we heard of the challenges following late revelation and the dilemmas facing DC adults who want to know more about their origins. It is essential to recognise that the expectation of secrecy was often made clear by doctors and others working in clinics, and anonymity was enshrined in law. In some countries the wider context is of no regulation at all, with an absence of records being kept. Most parents of DC children had little support to approach this differently, and many did not share the information about origins with their offspring.

Unusually, the Donor Conception Network¹⁵⁵ in the UK has supported those considering this way of building a family, and families with growing children for over 30 years: running conferences, workshops focused on preparation and ‘talking & telling’, and facilitating meet-ups in localities or for specific groups such as solo mums by choice. More recently, and from a different starting point – that of DC adults, a Swiss association has formed, Sur Terre Via Donneur¹⁵⁶ and is reaching donors and parents with DC children.

Going back to the 1990s, there have been various research papers exploring how parents begin the process of being open with their children about their conception and origins. Many who choose to do this start when the children are very young. Some research with both

¹⁵⁵ <https://dcnetwork.org>

¹⁵⁶ <https://surterreviadonneur.ch/temoignage-de-jules-un-donneur-anonyme-en-suisse-entre-1990-et-1995-juin-2021/>

adults and young people used qualitative interviews and explored the theme of relevance for parents and their offspring and how these are interconnected. Parents choosing openness often refer to their core beliefs about honesty and integrity and how they understand openness about Donor Conception as an ongoing process which would move in and out of the foreground. For them, it is an incremental part of building their family identity and that of their child.

For young people, conception with the assistance of a donor is a touch point through their development. They acknowledge thoughts about their donor and potential half-siblings, and with increasing maturity, they are able to own this information and choose who to share it with and how. Themes from both contribute to the young person assimilating Donor Conception into their identity. These are interconnected, as is evident from the complex grounded theory model presented below.

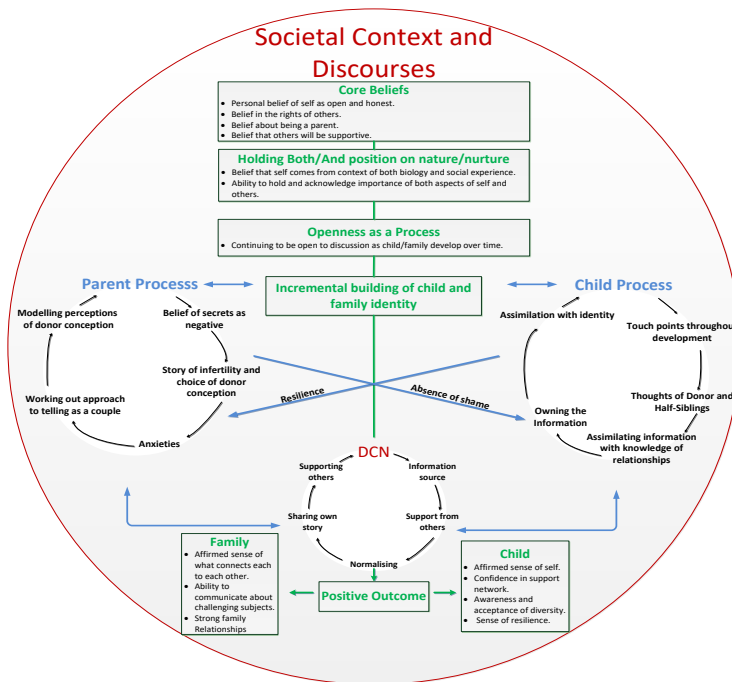


Figure 1 : Constructed model of process of openness (Shorten 2012¹⁵⁷).

The outcomes for the child are considered to be: an affirmed and positive sense of self; confidence in their support network; sense of resilience and a greater acceptance of diversity. The outcomes for the family are: a lack of shame; ability to communicate about challenging subjects; the creation of strong family relationships; and a profound

¹⁵⁷ Shorten N [2012] An exploration of the experience of openness in donor conception families in relation to the social and emotional experience of young people. [unpublished D. Clin. Psychol. thesis]. Canterbury Christ Church University

sense of what connects – privileging attachment and relationship building over/or as equal to genetics.

As useful as an overarching model is, at any given time, each child needs to be considered in their particular context, age and developmental stage. Questions and issues can become more complicated over time and issues become more nuanced as young people mature. Boys are often slower to consider emotional aspects and complexities than girls, and they may be less interested in DC for longer. Young people's feelings and views change over time, often more than once, and siblings and twins may express different emotional responses and are not always equally interested in the topic: they may feel differently about others knowing; and in knowing more about half-siblings.

This is not a homogeneous group, although they share a common thread: many young people appear to have a degree of understanding of how others with DC 'stuff' in their background may feel. The difference can be many: there may be one or two donors; these may be anonymous or identifiable later, and some may have a known donor. Family types also vary: solo mums by choice, heterosexual and same-sex parents. Some families are aware of the number of half-siblings in other DC families and the donor's own family.

Other salient issues include the differences inherent when treatment takes place abroad: variations in preparation, the connection with what is allowed/legal in their country of residence; and how/whether potential risks are shared (such as the increased risk of developmental issues & neurodiversity). In surrogacy arrangements (which may be with – or without – donor gametes), the issue of legal parenthood, commercial versus altruistic arrangements, domicile and citizenship are also relevant.

The need for dedicated therapeutic services

The same events may happen to DC&S families as to any other: disability, a child with additional needs, family breakdown, serious illness or unexpected death. The aspect of DC & S origins may directly affect issues that emerge, or how family members cope. Families created in these ways, and all involved, should have access to skilled and informed professionals who are able to provide psychological/therapeutic consultations and ongoing interventions to individuals, couples, and families in these connected multi-family systems. Groups for young people growing towards adolescence and beyond should be available to assist with the task of integrating information into identity and considering future options.

Clinical examples involving young people:

A is one of male twins born to a solo mum through treatment in the Czech Republic. The donors are, therefore, anonymous and the clinic gave very few details. **A** and his brother **L** are nearly 12. **L** was diagnosed as having Autistic Spectrum Disorder [ASD], +Anxiety/OCD, and is now in special education provision. He appears unaffected by DC issue, and is quite unemotional about it. Two incidents at school for **A**: firstly, in a German lesson, and then in Science, when the teacher asked pupils to fill in two columns about what they thought they had inherited from each of their parents. These led to him being highly anxious and unable to attend school.

A found talking difficult, especially about DC, but was gradually able to express confusion and ask some questions: he felt alone and overwhelmed by knowing nothing about either donor. He hoped to come to a group and meet peers - especially others with anonymous/double donors, but will attend in the new year when he is managing his anxiety better.

0-0-0-0

B lives with heterosexual parents: her mother had a life-threatening illness and although now well, could not risk another pregnancy. The couple have a naturally conceived son who has severe learning disabilities and lives in residential care. **B** was conceived in the USA with the help of an identifiable egg donor (there were frozen eggs ‘leftover’) who has children of her own. The surrogate was a family friend with whom they are in close contact.

Despite her parents’ openness, **B** felt like *‘the only surrogate child on the planet’*. She came to a group despite a diagnosis of ADHD. She was carefully supported and was able to participate significantly, making friends with others. Her mother gave the following feedback: *‘Today. Just amazing. THANK YOU. Just to reiterate,— that day we had with you was incredible from start to finish. It really settled and shifted something uncomfortable for **B** and she feels entirely lighter since we came. Thank you so, so much.*

It is not only young people and their parents who may need a therapeutic service or professionally facilitated groups. DC adults [and their families of origin, or those they have created] may struggle to process information if told they were Donor Conceived late, found out in an unplanned way or via Direct-to-Consumer DNA tests. Carrying a secret about conception can have damaged family relationships in subtle ways, and trying to share this information later can be hugely anxiety-provoking for all.

There may be an impact on relationships in both their family of origin and the ones they may have created, and issues that need resolving. DC parents with adult offspring may want help planning and preparing to share their ‘children’s’ origins. Donors may be shocked by identification through DNA tests; want preparation for this possibility; or need to consider the likely impact on their children and grandchildren. Surrogates may need to address the subsequent

impact on partnerships, and how their own children make sense of the pregnancy, and the baby they saw growing, who now lives elsewhere.

Those involved should not have to educate therapists or other professionals or be unhelpfully impacted by their lack of understanding.

Clinical examples involving adults:

A divorced woman in her 60s wanted to tell her adult children [30+, one already a parent] about being donor-conceived: one via intra-familial donation, the other with anonymous donor sperm. This involved a lengthy exploration of telling and NOT telling and then carefully considering the process to minimise the emotional damage.

0-0-0

A donor in his 70s wanted to discuss sharing with his wife, adult children and teenage grandchildren that he donated sperm decades earlier. He had heard a discussion about someone taking a DNA test which led him to realise that his 'gift' might become known.

0-0-0

Children born to a lesbian couple who each had one child using the same donor. The adult relationship ended, and each child stayed with their own genetic mother. One married a man [who co-parented a child from a previous partnership], and they had a child together. There were severe 'contact' difficulties, which ended up in the Family Court due to the intransigence of the adults. The Psychological assessment included the exploration of their understanding of 'family' and the value of ongoing connections for the children of school age. Both were helped to

consider the importance of the relationship between the two sisters and how they were, in essence, members of both families.

Peer support organisations

These are very important and can offer a sense of community for adults/parents, children and others. The DCNetwork and Sur terre Via Donneur are but two, with others in many countries in Europe at least, addressing specific aspects of what matters to this population, some taking strong positions and lobbying, for example, for the end of donor anonymity to be retrospective. Peer support is vital and sufficient for many. Still, as clarified above, there can be a need for therapeutic consultations and interventions from professionals with an understanding of these complex relational issues and expertise in dealing with multiple generations and interconnecting family systems.

There is also the potential for professionally facilitated groups for DC adults, particularly those who discovered this late and are integrating this into their identity and dealing with the ripples. Donors who have been unexpectedly discovered may also appreciate similar psychological containment and sensitivity alongside the benefit of sharing ideas and feelings with others in similar situations.

Training for professionals

The effects on the psychological well-being of individuals experiencing infertility are well known, and the impact on couple relationships can be profound. These may not disappear immediately and can contribute to attachment difficulties with the longed-for child. Medical and nursing professionals, along with mental health specialists unfamiliar with the terminology, may unwittingly convey negative views about third-party reproduction, and their lack of knowledge may make conversations awkward. Fear of judgement or prejudice can make it difficult for people to share details without encouragement.

Professionals in a range of areas and working across the lifespan need to be more aware of the issues and possible ways in which the clients and patients they see may be involved. Donors, DC adults and DC parents may be older adults; illness, disability and developmental difficulties may feature in these families like all others. In primary care, paediatrics, maternity and older adult services the issue of DC&S may be relevant when dealing with psychological difficulties/enduring mental health problems, or physical illness. Genetics may be important.

All relevant professionals should be encouraged to attend Continued Professional Development Workshops to increase their awareness of DC&S, become knowledgeable about the legal context relevant to their own country, and developments internationally, including law reform. In many countries where there is no legislation or regulation, this contributes to many of the later complexities that families face. It is essential to recognise that the 'child' was not party to these decisions but has to live with the consequences. In international commercial surrogacy arrangements, information about donors and surrogates may be scant; mistakes and illegalities occur with little recourse.

A legal example:

A professional couple had a son through surrogacy and Egg Donation in Eastern Europe: there was little preparation and poor documentation. Their partnership broke down shortly after birth. While applying for a Parental Order, mother referred to a second arrangement using another surrogate and different Egg Donor. Her ex-husband had never consented to this and refused to acknowledge the twins as his despite being their genetic father. After lengthy court proceedings, the boy, then 4, was living with his father and seeing his mother regularly. As she has no genetic link to the twins, she must apply to adopt them, but this was delayed due to a significant health issue. The Court

sought an Expert Psychological Opinion about how and when the boy should be told of his origins, the existence of his half-siblings and the possibility of introducing the three children to each other.

Intending parents are often unaware of the lack of safeguards and are not encouraged to think ahead about the ramifications for their children. Practising lawyers would benefit from understanding more about the psychological and relational issues both pre- and post-conception. In some situations where complexity is evident, consideration might be given to the benefit of pre-conception consultations, which enable access to psychological expertise at an early stage – with or separately from their client. This might lead to getting more ‘right’ early on, and reduce some later complications.

A range of professionals can be helpfully signposted to research, be enabled to think about how this is relevant to their work (such as teachers, staff in primary care, etc.) and become more aware of available literature for both children and adults. They, too, can learn from peer support websites and organisations. Experiential Skills development can assist those working therapeutically with any part[s] of the multi-family context of DC&S. Training for leading young people’s workshops could equip professionals to develop and run ‘one-off’ groups in other countries.

In conclusion, places like the *Centre for Individual and Family Identity* can provide the support needed by families and individuals involved in this way of creating children. Being accessible is crucial as the increasing coverage of these topics in the media may perturb parents who have not yet told their offspring. Anonymous donors might consider becoming identifiable but want to explore the implications for their own extended family. The availability of DNA tests may create anxiety for older donors who may not have told their families about their earlier donations. Furthermore, the greater awareness and

sensitivity amongst a range of professionals would be beneficial, and the availability of Expert Witnesses with knowledge of this area could assist the Courts in complex cases.

Children not for sale

Maud DE BOER-BUQUICCHIO

International Board of Trustees of ECPAT International, Pays Bas

Building on the different presentations from yesterday and this morning, I would like to explore situations when surrogacy may lead to (or rather constitutes) the sale of children, prohibited under the UN Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography.

My presentation is based on research and my findings laid down in my two reports as UN SR on sale and sexual exploitation of children submitted in 2018 and 2019 to the HRC and UNGA respectively, but also on my ongoing interest and work on the topic since that time. Both reports should be read together as they provide a holistic overview of all children's rights at risk in surrogacy arrangements. Many issues have already been highlighted by previous presenters such as the right to identity and the right to non-discrimination. As requested by the conference organisers, I will focus on the right to not be sold in the context of surrogacy arrangements. My presentation today is solely through a child-rights perspective and should not be interpreted as implying that woman who act as surrogates, cannot, as a matter of principle, make independent decisions about the autonomy of their own bodies or of their rights to sexual and reproductive health.

The prohibition of sale of children is stated in Article 35 of the CRC and Article 1 of the Optional Protocol on the sale of children. The definition of sale of children under Article 2(a) is: "any act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any form of consideration." In the context of surrogacy, the equation is simple: payment for transfer

equals sale. In commercial surrogacy arrangements, the promised and actual transfer of the child is usually of the essence of the arrangement, without which payments would neither be made nor promised.

The child's right to not be sold requires the universal recognition that there is **no right to a child**.

64. (It is true that) International and regional human rights instruments protect the right to "found a family" and/or the right to "respect for ... private and family life." The language of a "right to procreate" is used in some national legal systems, though this terminology is not found in international human rights instruments. On this basis, it is sometimes argued that all adults are **entitled** to create a family and raise children. However, it is recognized that there is no "right to a child" under international law. A child is not a good or service that the State can guarantee or provide, but rather a rights-bearing human being. This becomes even more obvious in the light of the prevailing concept that children are subjective holders of rights and cannot be treated as objects or commodities.

NO SALE: reasonable costs and payment for gestational services only (Regulated)

There are situations in which surrogacy does **not amount to the sale of children**, according to this definition. For example, in **truly altruistic arrangements**, where the payments are made for medical expenses and other **reasonable** costs related to the pregnancy and birth, there is no sale according to this definition. Where States allow for surrogacy in altruistic arrangements, the transfer of legal parentage of the child and physical transfer of the child from surrogate mother to intending parent(s) may occur without any remuneration or any other consideration (e.g.: Australia, South Africa, UK).

However, even in so called **altruistic** arrangements **sale** may exist in whenever payments go **beyond reasonable expenses**. The development of organized surrogacy systems labelled as "altruistic",

which often involve substantial reimbursements to surrogate mothers and substantial payments to intermediaries, may blur the line between commercial and altruistic surrogacy. There is particular risk when significant reimbursements or payments are made for open-ended reasons such as “pain and suffering” or “professional services”.

On the other hand, with **appropriate regulations and practices**, commercial surrogacy could be conducted in a way that does not constitute sale of children, if it were clear that the surrogate mother was only being paid for gestational services and not for the transfer of the child. In essence, this involves separating in fact and law the payment for gestational services (pregnancy and childbirth) from a subsequent, free-will, voluntary, gratuitous transfer of the child. For example, where all payments are made before both the legal and physical transfer of the child and the surrogate mother has the post-birth opportunity to claim parentage or parental responsibility. If the surrogate mother chose to maintain parentage and parental responsibility, she may be legally obligated to share parentage and parental responsibility with others, including the intending parent(s). However, the surrogate mother would not be obligated to relinquish her own status by the surrogacy arrangement.

Unfortunately, regulations and practices governing commercial surrogacy only rarely meet the necessary standards to possibly avoid sale. In fact, almost all commercial surrogacy frameworks currently facilitate the sale of the child.

Therefore, the line is not between regulated and unregulated commercial surrogacy, but rather between rightly regulated commercial surrogacy and both unregulated and wrongly regulated commercial surrogacy.

Unregulated

At the same time, there is a high risk of sale of children in contexts lacking regulation as observed by the CRC Committee:

- *Commercial use of surrogacy, which is not properly regulated, is widespread, leading to the sale of children and the violation of children’s rights (CRC Committee - **India**, 2014)*

The unregulated practice of surrogacy can lead to multiple abuses. Abusive practices in the context of surrogacy are well documented. Examples include convicted sex offenders from Australia and Israel employing surrogate mothers from India and Thailand, a wealthy Japanese man employing 11 surrogate mothers, leading to the births of 16 infants in Thailand and India, the abandonment of a surrogacy-born infant with disability in Thailand, and the abandonment or sale of “excess” surrogate-born infants in twin births in India.

Commercial surrogacy networks transfer surrogate mothers, sometimes while pregnant, across national borders to evade domestic laws; in one case, Vietnamese women were found and freed by Thai authorities, leading to human trafficking charges in the context of a baby-farming scheme.

Surrogacy, as currently practiced in Latin American countries such as Columbia, Bolivia, Guatemala and Peru, is also largely unregulated and, as currently practiced, is likely to lead to the sale of children – as can be attested to on multiple social media posts such as Facebook. In an El Pais (Columbia) article earlier this year – a surrogate mother notes that:

I am asking for a total of 40 million [\$8,000]. They would pay me 1.5 million [\$300] a month and the rest when I give her the baby.¹⁵⁸

¹⁵⁸ <https://english.elpais.com/international/2023-01-04/colombias-surrogacy-market-buying-a-baby-for-4000.html>

Wrongly regulated

Sale of children is also likely to exist in certain kinds of **regulated contexts** as noted by the CRC Committee.

- *The Committee is particularly concerned about the situations when parentage issues are decided exclusively on a contractual basis at pre-conception or pre-birth stage. (CRC Committee - USA, 2017)*

There are both permissive and prohibitionist jurisdictions in the US. Some States proactively allow for commercial surrogacy. This type of commercial surrogacy system – where parentage is determined pre-birth via contract - is of particular concern.

As stated in my 2018 report:

27. The American Bar Association notes that “it is undeniable that the commissioning of children through surrogacy — for money — represents a market”. The American Bar Association praises this “market”, noting that “market-based mechanisms have allowed international surrogacy to operate efficiently”.

Specifically, the American Bar Association rejects the “best interests of the child” standard for surrogacy, suitability review of intending parents, caps for compensation for surrogate mothers and gamete donors, licensing requirements for surrogacy agencies etc.

Indeed, the American Bar Association urges that any international instrument on surrogacy does not address human rights concerns. This acceptance of a “market for children” is a clear indicator that the sale of children exists.

To illustrate, some forms of regulated commercial surrogacy attempt to legitimate a contract-based, market-based approach in which the regulated legal regime meets the OP-SC definition of sale of children. In addition to the USA, surrogacy as currently practiced in Georgia and, at least until the beginning of the war, Ukraine in my view amounts to the sale of children.

According to BBC Reports from March '22 shortly after the Russian invasion, more than 2,000 children are born through surrogacy every year in Ukraine, the majority to foreign couples.¹⁵⁹ The country has around 50 reproductive clinics and many agencies and middlemen who match couples - known as "intended parents" - to surrogates. The legislative frameworks allow for commercial arrangements where the surrogate mother is paid to physically transfer the child, going beyond payment for medical expenses and those related to pregnancy. **In Ukraine the intended/ing parents are listed as mother and father.** For foreign intending parents, that means getting the baby a passport and bringing the baby home is much simpler. The birth mother must accept that she is not the legal parent at birth. She has no opportunity to change her mind. The surrogate mother receives a final instalment of payment upon birth and delivery of the child. In these circumstances, the OPSC definition of sale is highly likely to be met.

An article in the Guardian in July this year was entitled "The bombs won't stop us': business brisk at Ukraine's surrogacy clinics"¹⁶⁰. This article notes that "According to data from surrogacy clinics in Ukraine, more than 1,000 children have been born in Ukraine to surrogate mothers since the beginning of the Russian invasion, 600 of whom were born at the BiotexCom clinic in Kyiv, one of Europe's largest surrogacy clinics.

"Even in the first months of the war, foreign couples would still come here from all over the world to pick up their children," Ihor Pechenoha, medical director at BiotexCom, told the Guardian. "The number of requests today are at a prewar level, and we receive more requests than we can take."

¹⁵⁹ <https://www.bbc.com/news/world-europe-60824936>

¹⁶⁰ ['The bombs won't stop us': business brisk at Ukraine's surrogacy clinics | Ukraine | The Guardian](#)

The future of Russia as another global surrogacy center has become unclear given the increasingly negative relationships between Russia and many European States, the United States, and some other nations. In late May 2022, proposed legislation banning foreigners access to surrogate mothers in Russia received almost unanimous support in its first reading.

Undeniably intermediaries are often responsible for creating and participating in surrogacy markets, and often receive the largest profits. I believe therefore that more regulation, targeting specifically intermediaries and their role in the sale of children, should occur. Prosecutions for sale of children in the context of surrogacy should focus primarily on intermediaries, and, absent exceptional circumstances, they should not include surrogate mothers, who may often be regarded as exploited victims. My colleague and friend David Smolin will provide further detail on this aspect in a later presentation.

Escape and/or denial arguments

Let me now address a few fallacious arguments according to which commercial surrogacy arrangements do not lead to the sale of the child.

- **Sale of children and time of contracting: sale of children does not exist because the “transfer” occurs before embryo transfer.**

Quoting from my previous reports, the following paragraphs note at :

52. In California, **commercial surrogacy contracts** created **during** pregnancy are viewed as **sale** of children, but commercial surrogacy **contracts signed before embryo transfer are not**.

53. If the distinction is based on the theory that a human being who does not exist, or over whom there is not yet custody, cannot be sold, under such a theory babies could legally be sold for adoption so long as the contract or relinquishment was signed before the pregnancy, leading to legalization of baby-farming schemes. In the commercial world, pre-production orders of goods are common; carrying such practices into the

procurement of human beings is in clear breach of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography. Indeed, in a renowned surrogacy case (Baby M), the creation of the surrogacy contract prior to conception was viewed as indicating a violation of a local law prohibition of the sale of children.

- **Sale of children and parentage at birth: Sale does not exist because the surrogate never-a-mother gestational carrier is not considered the mother at birth. Consequently, she is not transferring legal parentage at birth.**

Citing again my previous reports, the following paragraphs note at :

54. In some jurisdictions, the law defines a genetically unrelated surrogate mother as a mere “gestational carrier”. The “gestational carrier” is considered a type of childcare worker and is never a mother, as she is genetically unrelated. Proponents of this kind of approach contend that no sale of children occurs in this legal context, even where commercial surrogacy is concerned, because the “gestational carrier” cannot transfer a child that has never been hers.

Pre-birth procedures are implemented such that the contractual intending parent(s) are listed as the only parent(s) on the original birth document, regardless of whether or not the intending parent(s) are genetically related to the child.

In these cases, even if there is no transfer of legal parentage of the child at birth, the surrogacy contract will include a transfer of parentage based on payment. Furthermore, the surrogate mother is also paid to give birth in a place accessible to the intending parents, and to physically hand over the child after birth. This physical transfer for payment can amount to the sale of the child.

- **Sale of children and exclusive parentage: Sale does not exist because intending parent(s) cannot buy their own children.**

My previous reports again provide helpful insights, where the following paragraphs note at :

58. Some claim that intending parents cannot buy “their own” children. This argument is used when the genetic material of the intending father and/or intending mother is used. However, intending parent(s) **at a minimum are paying for exclusivity**, so that they will not have to share parentage and parental responsibility with the surrogate mother. In order to achieve this exclusivity, intending parent(s) pay the surrogate mother to release and transfer legal parentage and parental responsibility, in addition to physically transferring the child.

59. The premise that the child is automatically the child of the intending parent(s) is also flawed. It is often the contract or the arrangement that is the basis for parentage in commercial surrogacy jurisdictions, and the contract explicitly or implicitly includes a transfer.

- **Sale of children and the sale of services: sale does not exist because what is being sold are “gestational” services.**

Quoting from my previous reports, the following paragraphs note at :

60. Some argue that commercial surrogacy is merely the sale of gestational “services” and not the sale of children. Even though commercial surrogacy includes the sale of gestational services, commercial surrogacy as it is usually practised also includes payment for the legal and physical transfer of the child. In general, the provisions relating to the transfer of the child are the very essence of the agreement, without which the intending parents would neither enter into the agreement nor pay the surrogate mother.

It is important here to ask the question – would the surrogate mother undergo the surrogacy arrangement **if it were not for the payment?** Are the payments only limited to services? Or is there a requirement or an expectation that the child will at some point be physically and/or legally transferred?

Surrogacy conducted abroad

Considering the multiple contexts in which sale of children may occur, I think it is imperative to turn our attention to the responsibilities of States that prohibit surrogacy, when surrogacy arrangements are conducted and implemented **abroad**.

Paragraph 70 in my previous reports note that :

70. States that prohibit all surrogacies, or commercial surrogacies, often face a situation where their nationals evade their laws by conducting a surrogacy abroad and then seek to bring the child home. Cross-border surrogacies are mostly commercial surrogacies mediated by for-profit intermediaries and are usually conducted in jurisdictions that permit commercial surrogacy.

Given the risk of sale of children in both regulated and unregulated commercial surrogacies, **States generally should not automatically recognize parentage orders or birth records from foreign States in respect of commercial surrogacies** but should carefully **review the proceedings abroad**. The State of the intending parents is responsible for conducting post-birth best interest determinations, protecting the child's identity rights and access to origins, and making independent assessments as to parentage, and for inquiring into the treatment and post-birth consent of the surrogate mother.

The State of the intending parents should **only** grant parentage and parental responsibility to intending parents **after such evaluations**, based on the best interests of the child. Both States concerned are responsible for ensuring that statelessness does not occur.

To illustrate the complexity of these issues, let me refer to the case of *K.K. and others v. Denmark*¹⁶¹, in which the European Court of Human Rights (ECtHR), in 2022, by a very narrow majority (4:3), found against

¹⁶¹ *K.K. and Others v. Denmark*, no. 25212/21, 06 December 2022.

the Danish authorities whose Supreme Court had refused to let twin children born as a result of commercial surrogacy in Ukraine be adopted by their non-genetically related intending mother, because of it violated the children's right to respect for private life.¹⁶²

The surrogate mother had been paid for her service under a contract concluded with K.K. and her partner, the biological father of the children. Under Danish law, adoption is not permitted in cases where payment had been made to the person who had to consent to the adoption, in compliance with the 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption (HCCH 1993 Adoption Convention). As a result, the Danish Supreme Court refused to allow that the children be adopted in Denmark.

The ECtHR (Chamber) majority judgment, however, held that the domestic authorities 'failed to strike a fair balance between, on the one hand, the specific children's interest in obtaining a legal parent-child relationship with the intended mother, and, on the other, the rights of others, namely those who, in general and the abstract, risked being negatively affected by commercial surrogacy arrangement.'¹⁶³

In this judgment, in my view, the Court fails to acknowledge that the concept of best interests is not meant as a vague untethered concept but refers to the specific rights of the child, in this context the right not to be sold,¹⁶⁴ and the right to have one's identity preserved.¹⁶⁵ In

¹⁶² *Ibid* [77].

¹⁶³ *Ibid* [76].

¹⁶⁴ Article 35 of the UNCRC, Article 1 of the OPSC. See also Article 2a of the OPSC and Reports of the UN Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, available at <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children/surrogacy>.

¹⁶⁵ On the right to identity, the UNCRC Committee recommendation to Ukraine (2022) states: '21. While noting that the State party is undertaking legislative initiatives to regulate surrogacy arrangements, the Committee recommends that the State party ensure that children born through medically assisted

fact the majority uses paradoxically the standard of the ‘best interests of the child’ to undermine the right of the child NOT to be sold by referring solely to the objective of achieving a legal parent-child relationship.

Allowing legal parenthood to trump all other rights contravenes the recommendation of the UN Committee on the Rights of the Child that:

In weighing the various elements, one needs to bear in mind that the purpose of assessing and determining the best interests of the child is to ensure the full and effective enjoyment of the rights recognized in the Convention and its Optional Protocols, and the holistic development of the child.¹⁶⁶

I do not know at this stage what conclusions the Danish authorities will draw from this Chamber judgment, which unfortunately none of the parties to the proceedings have challenged before the Grand Chamber. However, I am of the view that the Danish authorities should not change their filiation laws to regularise the parent-child

reproduction, in particular with the involvement of surrogate mothers, have their best interests taken as a primary consideration and have access to information about their origins. In doing so, the State party should consider providing surrogate mothers and prospective parents with appropriate counselling and support.’ UN Committee on the Rights of the Child, ‘Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Ukraine’, 27 October 2022, available at https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FUkr%2FCO%2F5-6&Lang=en

¹⁶⁶ UN Committee on the Rights of the Child, ‘General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)’ [82], 29 May 2013. Cf European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, ‘Handbook on European law relating to the rights of the child’, 2022, pp 28-29, available at [Handbook on European law relating to the rights of the child - 2022 edition \(coe.int\)](https://www.fundamentalrights.europa.eu/handbook-on-european-law-relating-to-the-rights-of-the-child-2022-edition-coe-int), stating: ‘The UN Committee on the Rights of the Child, which monitors the implementation of the convention and its optional protocols and provides guidance on the interpretation of the CRC through its general comments, is of great importance for the EU and the CoE.’

relationship in the form of an adoption, where consent has been purchased in surrogacy arrangements. This would contravene their other treaty obligations and would result in acceptance of the sale of the children.

Conclusion

To conclude, in an accomplished surrogacy arrangement there will always be a transfer of the child – physical and /or legal. We must therefore ask ourselves the basic question: on what basis is the transfer occurring? Is the transfer occurring for remuneration and/or other consideration? If yes, then there is sale.

The second question is who is being remunerated? Typically, both the surrogate mother and intermediaries are being remunerated. However, overall, intermediaries receive most of the remuneration. Intermediaries typically are primarily responsible for creating markets by bringing the parties together and facilitating arrangements, contracts, payments, and transfer of the child. In my view, States should focus prosecutions for sale of children on the intermediaries as having the primary responsibility for facilitating the sale of children.

Forbes has estimated that the market is currently at 14 billion USD and that by 2032, it will be at 129 billion USD. Thousands of children are born through these markets each year. We have a duty to ensure the integrity in their birth circumstances and that they are not commodified, even rejected if the product does not meet the market's demand – due to disability or gender.

Many countries, that have allowed surrogacy, have seen the massive risks associated when inappropriately regulated and have led countries such as **Cambodia, India, Mexico, Nepal, Russia and Thailand** introduce either moratoria and/or restrictions on the conditions in which surrogacy arrangements are allowed.

If countries choose to allow surrogacy, they must ensure that all human rights of the child – including that not to be sold – be respected. No child will want to discover at some point in lifetime, that

he or she has been treated as a commodity. Every child must have the opportunity, if he or she so wishes, who are his genetic parents or who has carried him in her womb and given birth to him or her. With such diverging approaches to surrogacy across the world, I believe that it is imperative to develop a set of minimum safeguards that can be applied regardless of the stance of States on surrogacy, including identity rights and access to origins. In the presence of so many renowned child rights experts here in Sierre, I am hopeful that our discussions and recommendations will make a decisive contribution to this end.

Taking sale seriously: commercial surrogacy, intermediaries, and the sale of children

David M. SMOLIN

Professor of Law and Director, Center for Children, Law and Ethics,
Cumberland School of Law, Samford University

Sale and Surrogacy

Surrogacy is often understood to be a useful means of family formation, including for those who otherwise might be unable to parent a genetically related child.¹⁶⁷ Surrogacy is thus sometimes viewed positively as providing much-wanted children to families and as equalizing access to rights of procreation, and family and private life.¹⁶⁸ Yet, surrogacy is not merely a practice of Assisted Reproductive Technology (ART), nor merely an application of technological advance in reproductive medicine. Surrogacy seeks to fulfill the procreative and family formation goals of an individual or couple through the use of another person's body and procreative functions. In a more gendered and concrete sense, surrogacy requires that a woman sell or donate her capacity for pregnancy and childbirth, and sell or donate access to her uterus and womb, while relinquishing to other adults any claims to parentage of the child she carries and births. While claiming to be a new form of family formation, surrogacy risks kinds of exploitation and family conflict as old as the Book of Genesis and

¹⁶⁷ Child Identity Protection (CHIP) & UNICEF, Key Considerations: Children's Rights & Surrogacy, Briefing Note (February 2022), available at <https://www.unicef.org/media/115331/file> ("Surrogacy, especially through international arrangements, is increasingly used as a method of family formation around the world.")

¹⁶⁸ See sources cited notes 28-29.

the ancient Babylonian Code of Hammurabi.¹⁶⁹ Hence, surrogacy itself, whether labeled altruistic or commercial, has been inherently controversial and some have urged its prohibition.¹⁷⁰

Only a minority of States explicitly permit commercial surrogacy.¹⁷¹ Nonetheless, a globalized international surrogacy market has been created by intermediaries who commonly arrange surrogacies between surrogate mothers in permissive States and intending parents in prohibitionist States.¹⁷² Many intermediaries conduct the

¹⁶⁹ See Genesis 16:1-16, 17:17-26, 21:8-21, 29:24, 29, 30:1-13; Code of Hammurabi, Avalon Project, <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>; David M. Smolin, Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children, 43 Pepperdine Law Review 265, 289-302 (2016).

¹⁷⁰ Declaration of Casablanca for the University Abolition of Surrogacy (2023), available at <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/text-of-declaration/>; Martine Segalen, Why there can be no such thing as "ethical" surrogacy, Travail, genre et sociétés Volume 38, Issue 2, 2017, pages 53 to 73 (Translated and edited by Cadenza Academic Translations, translator Faye East), available at https://www.cairn-int.info/article-E_TGS_038_0053--why-there-can-be-no-such-thing-as.htm?contenu=article.

¹⁷¹ Hannah Rahim, Regulating International Commercial Surrogacy, Bill of Health, Harvard Law Petrie-Flom Center, March 18, 2024, <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2024/03/18/regulating-international-commercial-surrogacy/>; Pedro Brandão & Nicolás Garrido, Commercial Surrogacy: An Overview, Rev Bras Ginecol Obstet v.44(12) Dec. 2022, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9800153/>.

¹⁷² See, e.g., Debra Spar, The Baby Business (2006); HCCH, A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, Preliminary Doc. No. 10, March 2012, available at <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>; Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, 2018 thematic report on surrogacy and sale of children (A/HRC/37/60), presented at the 37th session of the Human Rights Council [hereinafter 2018 SR Report], available <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>.

majority of their surrogacies with foreign intending parents.¹⁷³ At the high cost end of the market, in the United States, intending parents from around the world are paying between \$100,000 and \$225,000 in total costs and fees, including payments to the surrogate mother, payments to intermediaries, medical costs, legal fees, health insurance, and expenses related to the pregnancy. While surrogate mothers may receive the largest payment per surrogacy arrangement (\$30,000 to \$60,000 plus various expenses), intermediaries also charge substantial amounts, advertising fees of \$20,000 to \$50,000. Intermediaries thus earn by far the greatest amount, since of course intermediaries can participate in far more surrogacies than a surrogate mother.¹⁷⁴ Total costs and expenses are still substantial, but lower, in Eastern Europe, Latin America, and Asia, but the socio-economic gap between surrogate mothers and foreign intending parents is even wider, heightening the risks of exploitation.¹⁷⁵

¹⁷³ Sam G. Everingham & Andrea Whittaker, Trends in engagement in surrogacy by nationality 2018–2020: a survey of surrogacy agencies, *Global Reproductive Health* 8(1): Spring 2023, available at https://journals.lww.com/grh/fulltext/2022/12010/trends_in_engagement_in_surrogacy_by_nationality.1.aspx.

¹⁷⁴ Vanessa Brown Caler, Defending Gestational Surrogacy, *Cato Institute Briefing Paper*, No. 171, Dec. 5, 2023, available at <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2023-11/briefing-paper-171.pdf>; Everingham & Whittaker n. 7.; IVF Conceptions, Budgeting for Surrogacy, available at <https://www.ivfconceptions.com/budgeting-for-surrogacy/> (agency fee \$15,000 to \$30,000, surrogate fees \$30,000 to \$50,000); Circle Surrogacy, <https://www.circlesurrogacy.com/intended-parents/process/surrogacy-cost> (agency fees \$20,000 to \$40,000).

¹⁷⁵ See Everingham & Whittaker, n. 3; HCCH, n. 3, para 5; IVF Conceptions, Navigating International Surrogacy Costs: Insights and Considerations for the Intended Parents, available at [https://www.ivfconceptions.com/international-surrogacy-cost/#:~:text=The%20average%20costs%20typically%20include,Eastern%20Europe%20or%20South%20America](https://www.ivfconceptions.com/international-surrogacy-cost/#:~:text=The%20average%20costs%20typically%20include,Eastern%20Europe%20or%20South%20America;); IVF Conceptions, What is Cost of Surrogacy in Asia, <https://www.ivfconceptions.com/what-is-cost-of-surrogacy-in-asia/>.

The distrust of commercial surrogacy as a for-profit industry that commodifies children, women, and family formation is a rational moral intuition congruent with human rights, children’s rights, and women’s rights.¹⁷⁶ This intuitive distrust may be expressed in formal legal terms: Commercial surrogacy constitutes the sale of children, as defined by the Optional Protocol on the Sale and Sexual Exploitation of Children (OPSC),¹⁷⁷ and therefore should be prohibited. Congruent negative views of the impact of commercial surrogacy on women’s rights also support such anti-commercial surrogacy policies.¹⁷⁸

Prohibitions of commercial surrogacy are also a rational response to the realities of most commercial surrogacy arrangements, which exploit the extreme socio-economic inequalities between intending parents and surrogacy mothers and typically fail to protect the rights of surrogate-born children and surrogate mothers.¹⁷⁹

¹⁷⁶ See Supreme Court of Spain, First Civil Chamber, Judgment 277/2022, March 31, 2022, https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AEAMtMSbH1CjUwMDA3MgMCC7WY1KLizPw827LM9NS8kIQPzOt0iU_OaSYlN U2LTGnOFUtMak4P6e0JDW0KNM2pKg0FQAKVMHuRQAAAA==WKE; Coalition Against Trafficking in Women, A Dire Threat to Women’s Health and Equality: Why Commercial Surrogacy is a Violation of Human Rights, <https://catwinternational.org/2022/05/a-dire-threat-to-womens-health-and-equality-why-commercial-surrogacy-is-a-violation-of-human-rights/>.

¹⁷⁷ Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography (2000) 2171 UNTS 227 [hereinafter OPSC].

¹⁷⁸ See, e.g., Kajsja Ekis Ekman, Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self 125 -92 (trans. S.M. Cheadle 2013); Casablanca Declaration, n.2; Coalition Against Trafficking in Women, n.8.

¹⁷⁹ See 2018 thematic report on surrogacy and sale of children (A/HRC/37/60), presented at the 37th session of the Human Rights Council [hereinafter 2018 SR Report]; David M. Smolin & Maud de Boer-Buquicchio, Surrogacy, Intermediaries and the Sale of Children, pg. 54, in Research Handbook on Surrogacy (ed. Katarina Trimmings, Sharon Shakargy, and Claire Achmad 2024).[hereinafter D. Smolin &

The relationship between commercial surrogacy and the sale of children has been carefully analyzed in several child rights documents: in particular the 2018 Report by Maud de Boer-Buquicchio, the UN Special Rapporteur (SR) on the Sale and the Sexual Exploitation of Children,¹⁸⁰ the 2021 Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona Principles),¹⁸¹ and the 2022 UNICEF and CHIP Briefing Note, “Key Considerations: Children’s Rights & Surrogacy.”¹⁸²

Reading carefully, these analyses reaffirm the concern with commercial surrogacy as the sale of children. There are two pathways to this conclusion. The first is that commercial surrogacy by definition meets the OPSC definition of sale of children.¹⁸³ The Verona Principles describe this position as follows:

One approach to commercial surrogacy views payment for gestational services and payment for transfer as an inseparable whole envisioned from the beginning and hence views all commercial surrogacy as constituting, or unduly risking, the sale of a child. States that view commercial surrogacy as constituting

M. de Boer-Buquicchio]; Susan Dominus, ‘It’s a Terrible Thing When a Grown Person Does Not Belong to Herself’: Ukraine’s booming surrogacy business has become a logistical and ethical mess — and hell for the women at the center, N.Y. Times, May 3, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/05/03/magazine/surrogates-ukraine.html?searchResultPosition=1>.

¹⁸⁰ 2018 SR Report, n. 6.

¹⁸¹ International Social Service, Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy, February 2021, https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/2021-03/VeronaPrinciples_25February2021.pdf.

¹⁸² Child Identity Protection (CHIP) & UNICEF, Key Considerations: Children’s Rights & Surrogacy, Briefing Note (February 2022), available at <https://www.unicef.org/media/115331/file> [hereinafter UNICEF & CHIP].

¹⁸³ OPSC, art. 2(a).

or unduly risking the sale of children should prohibit commercial surrogacy.¹⁸⁴

This author and the author of the 2018 SR Report, Maud de-Boer-Buquicchio, similarly wrote in 2024:

Intuitively, surrogacy is an arrangement in which the surrogate mother is paid both for undergoing pregnancy and childbirth, and also for participating in the legal and physical transfer of the child. Ads for surrogacy intermediaries show pictures of babies, or parents with babies....Surrogacy ads do not market the experience of hiring someone else to undergo a pregnancy and childbirth as though this were a desired service in and of itself...the most obvious, intuitive, and literal conclusion is that commercial surrogacy as a category generally constitutes or includes the sale of children, states that consider all commercial surrogacy to be the sale of children are acting entirely rationally.¹⁸⁵

However, both the Verona Principles and the 2018 SR Report provide an alternative pathway by which commercial surrogacy, if extensively regulated in certain precise ways, might not constitute the sale of children under the OPSC.¹⁸⁶ In addition, both the Verona Report and the 2018 SR Report provide other necessary regulations in order to make commercial surrogacy compatible with all of the rights of the child under the CRC.¹⁸⁷ These long lists of regulations and rules and detailed analyses have perhaps led to the impression that the best

¹⁸⁴ Principle 14.5, Verona Principles.

¹⁸⁵ D. Smolin & M. de Boer-Buquicchio n. 13.

¹⁸⁶ Principle 14.6 & 14.7, Verona Principles; 2018 SR Report, at para. 72.

¹⁸⁷ See generally, Verona Principles; 2018 SR Report, at para. 73. See generally Claire I. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy* (2018).

pathway forward for commercial surrogacy is regulation rather than prohibition.

From my perspective as a member of the core expert group that created the Verona Principles, such an impression of favoring regulation over prohibition of commercial surrogacy is inaccurate. At most, the Verona Principles were designed to be neutral between the options of proper regulation and prohibition, leaving that choice to States, based on still differing views of the compatibility of surrogacy generally, and commercial surrogacy specifically, with women's rights and the rights of the child. The focus on all of the rights of surrogate-born children in the Verona Report was not intended to favor regulation over prohibition, but rather to affirm that surrogate-born children, like all other children, should not be discriminated against due to the circumstances of birth, and hence all of their rights should be protected.¹⁸⁸ Protecting the rights of surrogate-born children was not intended to imply that commercial surrogacy should be permitted.

In regard to that choice between proper regulation and prohibition of commercial surrogacy, the 2018 SR Report provides some needed realism, stating: "Commercial surrogacy as currently practiced usually constitutes sale of children as defined under international human rights law."¹⁸⁹

Further, the 2018 SR Report recommended that states prohibit commercial surrogacy "until and unless properly regulated systems are put in place."¹⁹⁰ Given that, according to the Report, current commercial surrogacy practice usually constituted the sale of children, and that both unregulated and wrongly regulated systems

¹⁸⁸ See United Nations Convention on the Rights of the Child, 1577 UNTS 3 (1989), art. 2.

¹⁸⁹ 2018 SR Report, at para. 41; see also para. 51, 60

¹⁹⁰ Id. at para. 77(c); see also para. 75.

constituted the sale of children, it would appear that properly regulated systems are rare.¹⁹¹ Indeed, the Report did not point toward any particular State as having implemented a properly regulated commercial surrogacy system.¹⁹² Under these circumstances, the Report recommends that most States should be prohibiting commercial surrogacy, as they have not yet adopted properly regulated systems.

Maud de Boer-Buquicchio and this author reaffirmed in 2024:

So far as we can ascertain, the same is true today. Most commercial surrogacy remains unregulated, underregulated, or wrongly regulated. Hence, attempts to legitimize commercial surrogacy under almost all of the legal models in place in 2018, and today, would be attempting to wrongly legitimize the sale of children.¹⁹³

We also described in 2024, building on some of the information in the SR 2018 Report, some of the obstacles to properly regulating commercial surrogacy. These include a lack of government capacity in some States, the inherent difficulties of regulating particularly cross-border surrogacies, and the propensity of profit-driven, demand-driven commercial surrogacy systems to also disregard other rights of the child, as profit-seeking intermediaries seek to meet the expectations of their paying customers, the intending parents.¹⁹⁴

Hence, a more realistic view of these recent child rights statements is that commercial surrogacy rationally may be viewed as intrinsically and by definition constituting the sale of children. To the degree that

¹⁹¹ See *id.* at para. 41, 51, 60, 66-68.

¹⁹² See 2018 SR Report.

¹⁹³ D. Smolin & M. de Boer-Buquicchio, n. 13.

¹⁹⁴ *Id.*

commercial surrogacy theoretically might sometimes not constitute the sale of children, in actual practice commercial surrogacy usually and typically does constitute the sale of children. The nature and circumstances of commercial surrogacy make it rare and unlikely that adequate safeguards to avoid sale and protect other rights of the child would be implemented.

In simpler terms, commercial surrogacy, as practiced and regulated today, generally constitutes the sale of children and violates the rights of the child; hence the right response is prohibition.

The Problem of International Surrogacy Arrangements Between Permissive and Prohibitionist States

Anti-commercial surrogacy moral intuitions and State policies are not universal. Some view commercial surrogacy as a helpful and even necessary means for implementing equal access to a right to family life,¹⁹⁵ or equal access to procreative freedom or a right to procreate.¹⁹⁶ Thus, a small but significant group of States not only

¹⁹⁵ European Convention on Human Rights, art. 8; International Covenant on Civil and Political Rights, art. 23(2); American Convention on Human Rights, art. 17(2).

¹⁹⁶ See, e.g., Claudia Flores, (2023) "Accounting for the Selfish State: Human Rights, Reproductive Equality, and Global Regulation of Gestational Surrogacy," *Chicago Journal of International Law*: Vol. 23: No. 2, Article 3 (2023), available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol23/iss2/3>; ; D NeJaime, Griswold's Progeny: Assisted Reproduction, Procreative Liberty, and Sexual Orientation Equality, pgs. 346-47, *Yale Law Forum*, March 2, 2015, available at https://www.yalelawjournal.org/pdf/NeJaimePDF_zrhhmt01.pdf; D NeJaime, 'The nature of parenthood,' (2017) 126 *Yale Law Journal* 2260; C Joslin, 'Nurturing parenthood through the UPA' (2017), 127 *Yale Law Journal Forum* 589 (2018); D NeJaime, R Siegel, & and D Barak-Erez, 'Surrogacy, autonomy, and equality,' (2020) *Global Constitutionalism Seminar Vol*, Yale Law School, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3732265; Oireachtas Joint Committee on Surrogacy , Opening Statement (2022), available at https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/committee/dail/33/joint_committee_o

choose to provide for domestic commercial surrogacy, but also have chosen to become global centers for international surrogacy arrangements (ISAs).¹⁹⁷

India, Cambodia, Nepal, Thailand and Russia are examples of States that served as global commercial surrogacy centers, and then sought to end that role, adopting much stricter policies.¹⁹⁸ A trend toward permissive regimes of commercial surrogacy is far from inevitable, as commercial surrogacy remains unpopular in much of the world, and commercial surrogacy regimes in much of the world have proven unstable and subject to abusive practices even beyond the sale of children.¹⁹⁹

Nonetheless, some jurisdictions have maintained a role as global commercial surrogacy centers for decades. A three-tier price structure exists, with jurisdictions in the United States representing the most expensive commercial surrogacies, Eastern European surrogacies representing the middle of the market, and States in the Global South representing the lowest cost part of the market. This seems likely to continue for the foreseeable future, even if there are changes in the States that predominate in some of those categories.²⁰⁰

[n_international_surrogacy/submissions/2022/2022-05-05_opening-statement-ranae-von-meding-representative-equality-for-children_en.pdf](https://www.international-surrogacy.com/submissions/2022/2022-05-05_opening-statement-ranae-von-meding-representative-equality-for-children_en.pdf).

¹⁹⁷ See, e.g., 2018 SR Report, at para. 15; Katarina Trimmings & Paul Beaumont, eds., *International Surrogacy Arrangements* (2013); Pedro Brandão & Nicolás Garrido, n. 5; Hannah Rahim, n. 5.

¹⁹⁸ See D. Smolin & M. de Boer-Buquicchio n. 13.

¹⁹⁹ *Id.*; 2018 SR Report at para. 15.

²⁰⁰ See D. Smolin & M. de Boer-Buquicchio n. 13.; 2018 SR Report at para. 14-15; See, e.g., *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993); Assembly Bill 1217, codified at Cal. Family Code sections 7960 – 7962; Uniform Law Commission, *Uniform Parentage Act* (2017); see *supra* notes 5-8 and accompanying text.

By hosting intermediaries and industries intentionally marketing to intending parents in prohibitionist states, global commercial surrogacy centers create dilemmas for prohibitionist states and also for international law. What should happen when intending parent(s) from prohibitionist States contract for a surrogacy arrangement in a permissive State, the child is born in the permissive State, the permissive State recognizes the foreign intending parent(s) as the only parent(s) of the child, and then the intending parent(s) attempt to travel with the child back to their country of origin? Should the prohibitionist State grant parentage to the intending parents who have evaded their laws, and citizenship to the child?²⁰¹

Multiple considerations suggest that the best pathway for the child and circumstance would often be found in creating or recognizing a parent-child relationship between the intending parent(s) and child, while also granting the child citizenship in the State of the intending parents. These considerations include: (1) In most cases the surrogate mother, and any third-party gamete donors, do not want to parent the child. (2) In most cases there will be a genetic link to at least one intending parent, strengthening the argument for parentage. (3) The child should not be punished or discriminated against due to the circumstance of the child's birth. (4). The application of a best interests determination would in most cases result in a ruling in favor

²⁰¹ See 2018 SR Report at para. 14-15, 70. The Hague Conference on Private International Law has been reviewing this problem for more than a decade, and create an impressive body of materials analyzing the difficulties involved. <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. As recently as April 2024, the HCCH “reiterated that any work by the HCCH in relation to PIL matters related to legal parentage resulting from surrogacy arrangements should not be understood as supporting or opposing surrogacy.” See Working Group on Parentage / Surrogacy: Report of the second meeting (from 8 to 12 April 2024), Section I(4), available at <https://assets.hcch.net/docs/dc961452-c4d7-492b-8887-75456843560f.pdf>.

of creating or recognizing a parent-child relationship and a grant of national citizenship in the home state of the intending parent(s), unless authorities view preventing the sale of children as the overriding consideration.²⁰²

Penalizing the intending parents who have broken, or at least evaded, the law, is unattractive for two reasons: 1. Most intending parents are sympathetic and sincere in their desire to parent, and appear to be capable of parenting a child;²⁰³ and 2. Practically speaking, penalizing the intending parent(s) in any significant way (imprisonment or severe financial penalties) would most likely also harm the surrogate-born child.

Given the pre-existing economic and social vulnerabilities that often contribute to surrogate mothers becoming involved in surrogacy, penalizing surrogate mothers seems to be the wrong option, even though such has been done.²⁰⁴

Due to these multiple considerations, States that refuse to recognize a parent child relationship, deny citizenship to the child, or consider

²⁰² See Claire Fenton-Glynn, Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements, *Medical Law Review*, Volume 24, Issue 1, Winter 2016, Pages 59–75, Published: 18 January 2016, available at <https://api.repository.cam.ac.uk/server/api/core/bitstreams/1f44852f-e5ab-4f4c-8bad-b3491bdcc130/content>; Cf *Mennesson v. France*, application No. 65192/11, (Eur. Ct. H.R. 26 June 2014); *Labassee v. France*, application No. 65941/11, (Eur. Ct. H.R. 26 June 2014); *D.B. and Others v. Switzerland*, application Nos. 58817/15 and 58252/15, (Eur. Ct. H.R. 22 November 2022); 2018 SR Report at para. 71.

²⁰³ See 2018 SR Report at para. 17 (“Sympathy for intending parents and their wish to engage in family formation further complicates the issues.”)

²⁰⁴ See 2018 SR Report, at para. 17, 62, 77(k); Hannah Beech, They Were Surrogates. Now They Must Raise the Children. *NY Times*, Nov. 26, 2022, available at <https://www.nytimes.com/2022/11/26/world/asia/surrogacy-cambodia.html>.

penalizing intending parents or surrogate mothers, are subject to criticism and pressure, and sometimes negative court decisions.²⁰⁵

This creates the dilemma of the back door, by which intending parents from prohibitionist States in practice are able to systematically evade prohibitionists of commercial surrogacy through international surrogacy arrangements. The prohibitions of commercial surrogacy become a dead letter, unenforceable and meaningless, for those with the means and will to conduct expensive international surrogacies with permissive States. Evading prohibitions of commercial surrogacy may become legitimated by court decisions that in effect punish prohibitionist States for their efforts to prevent or penalize child rights violations, including the right not to be sold.²⁰⁶

The solution to the problem is clear enough: follow the recommendations of the Verona Principles,²⁰⁷ UNICEF and CHIP that (in the words of UNICEF & CHIP): “States that permit surrogacy should prohibit ISAs involving foreign intending parents from States that prohibit such arrangements.”²⁰⁸

²⁰⁵ See *Mennesson v. France*, application No. 65192/11, (Eur. Ct. H.R. 26 June 2014); *Labassee v. France*, application No. 65941/11, (Eur. Ct. H.R. 26 June 2014); *D.B. and Others v. Switzerland*, application Nos. 58817/15 and 58252/15, (Eur. Ct. H.R. 22 November 2022); *K.K. and Others v. Denmark*, application No. 25212/21, (Eur. Ct. H.R. 6 December 2022). This author particularly objects to the holding in the *K.K. and Others v. Denmark* case as it seems to require a state to honor a contract for the sale of a child in the context of adoption. Some decisions on the other hand have not found the prohibitionist states to have violated the European Convention on Human Rights. See, e.g., *Paradiso and Campanelli v. Italy*, Application n. 25358/12, (Eur. Ct. H.R. 27 January 2015).

²⁰⁶ See *K.K. and Others v. Denmark*, application No. 25212/21, (Eur. Ct. H.R. 6 December 2022).

²⁰⁷ Verona Principles 18.3 (“States that permit surrogacy should limit access to surrogacy to intending parents from States which permit surrogacy.”)

²⁰⁸ UNICEF & CHIP n. 16, at page 3.

This recommendation is based on the impossibility of properly regulating ISAs---especially those between permissive and prohibitionist States. The most effective forms of regulation would begin prior to pregnancy (whether achieved by artificial insemination or embryo transfer), and require exchanges of information about intending parents, surrogate mothers, and gamete donors, accompanied by guarantees of filiation (parentage) and nationality.²⁰⁹ One cannot expect prohibitionist States to so directly facilitate surrogacies which such States regard as illegal and constituting the sale of children; this would require States to become complicit in what they consider the sale of children. Yet, without such pre-pregnancy coordination, much of the point of regulation---preventing unsafe surrogacy arrangements---is lost.²¹⁰

ISAs also present difficulties as to the necessary sharing of information not only pre-conception but also prior to and immediately after birth. Relevant information about the intending parents, such as criminal and child abuse-related records, are not readily available to the authorities in the States where the child is born. Important information about the surrogate mother, including her wishes at various points in time, are not readily available in the jurisdiction of the intending parents. Most international commercial surrogacy hubs thus fail, intentionally or due to these barriers, in honoring many of the rights of the child, including identity rights; proper best interests of the child determinations in this context become virtually impossible in any State as no State has all of the relevant information readily accessible.²¹¹ The very concept of creating a safe and effective

²⁰⁹ Verona Principles 5-14, 18.

²¹⁰ *Id.* at Principle 5 & 18.

²¹¹ *Id.* at Principles 5-14, 18; UNICEF & CHIP Briefing, at page 1-2.

regulatory system for international surrogacy arrangements between permissive and prohibitionist states is absurd and self-contradictory.

The real effect of ISAs conducted between permissive and prohibitionist States is to effectively extend the policies of permissive States globally, making them effectively universal. In this fashion, a minority of permissive States can create what may become a legally legitimated international practice and industry of the sale of children. The legitimation of the sale of children in this fashion would represent an undermining of the CRC and OPSC, effectively nullifying parts of those Conventions. This is particularly true given, for example, that the European Court of Human Rights has effectively ordered a State to allow an adoption in an instance where the findings were that the original surrogacy arrangement was effectively the sale of a child by and to the adopter.²¹²

The 2018 SR Report and the Verona Principles indicate the importance of conducting a post-birth best interests determination in the intended state of residence of the child, rather than relying on automatic recognition of parentage determinations in the state of birth.²¹³ While this is an important safeguard, it is inadequate to avoid the problem of the backdoor normalization of sale of children, since in many cases best interests analysis will support the parentage claims of intending parents, given the absence of particularly negative information about the intending parents and where neither the surrogate mother nor third party gamete donors are interested in parenting the child. Hence, even when prohibitionist states implement a post-birth best interests of the child analysis, they are

²¹² See *K.K. and Others v. Denmark*, application No. 25212/21, (Eur. Ct. H.R. 6 December 2022).

²¹³ See 2018 SR Report, at para. 70; Verona Principles 6.6;

faced with a *fait accompli*.²¹⁴ The only way to avoid this result would be effectively disqualify the intending parents from parenting children they purchased, deeming such to be contrary to the best interests of the child. Particularly where at least one intending parent is genetically related to the child, such a result, while defensible, seems unlikely---and also unlikely to be affirmed by most courts.²¹⁵

Hence, under current practice the back door often works, and permissive States are able to export not only children but also their pro-commercial surrogacy policies. Instead of permissive States being under pressure to restrict commercial surrogacies to domestic arrangements, prohibitionist states are under legal pressures to legitimate ISAs that evade their prohibitions of both commercial surrogacy and the sale of children. Further, the back door also creates a system of for-profit surrogacies that are not, and in the nature of things, virtually cannot be, properly regulated, even if regulation, rather than prohibition, were the goal.

Proposals to create international regulatory regimes that invite or require prohibitionist States to recognize commercial surrogacies conducted in permissive States amount to moving the back door to the front door, even further legitimizing a global regime of commercial surrogacy that, in all or most instances, constitutes the sale of children. If commercial surrogacy is sale, by definition or generally as practiced, creating a front door regulatory regime demanding recognition of commercial surrogacies amounts to an international law legitimation of the sale of children. Legal legitimation of the sale of children is, in itself, a disaster and undermines the very concept of

²¹⁴ See sources cited note 27.

²¹⁵ See *id.*

children's rights as a recognition of children as persons under the law.²¹⁶

Permissive States are unlikely to agree to substantial safeguards in any negotiations for an international regulatory regime and are unlikely to ratify treaties requiring safeguards and regulations not already in their laws. Permissive States have no need to give up anything in negotiations for such a regulatory regime, as they presently engage in ISAs through the backdoor of the *fait accompli*---why should they agree to extensive and (from their perspective) burdensome regulations just to go through the front door?

Hence, this author is personally very doubtful that the HCCH work on surrogacy²¹⁷ can lead to an international instrument covering cross-border commercial surrogacy that would be successful in addressing the legitimate concerns of prohibitionist States while also being compatible with the wishes and current laws and practices of permissive States. Either the project will fail to draft such an instrument, or an instrument will be produced but not ratified by the most important permissive and prohibitionist States.

Alternatively, the project will be "successful" in producing a widely ratified instrument that legitimates the activities of intermediaries in prohibitionist States and lacks sufficient safeguards to prevent and prohibit the sale of children, purportedly in the name of providing certainty. However well-intentioned, such a Convention would contribute to the global legal legitimation of the sale of children: a form of success that would profoundly undermine human rights and the rights of the child. Given the important work and longstanding

²¹⁶ See D. Smolin & M. de Boer-Buquicchio n. 4; UNCRC.

²¹⁷ See HCCH, The Parentage/Surrogacy Project, extensive materials available at <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

reputation of the HCCH, carrying forward with this project would seem to represent a significant reputational risk for the HCCH. No matter how brilliant and persevering the permanent staff, expert groups, and working groups of the HCCH may be, the structure, practice and ethics of cross-border commercial surrogacy between permissive and prohibitionist States does not lend itself to being resolved in this fashion.

The Solution: Prohibitionist States should use criminal and civil means of enforcing their laws and policies against commercial surrogacy and the sale of children

Prohibition of commercial surrogacy is not the problem. The problem is that prohibitionist States have not been proactive and creative in enforcing their prohibitionist policies, as they face a commercial surrogacy industry that intentionally arranges and facilitates surrogacies between surrogate mothers in permissive States and intending parents in prohibitionist States.

For example, the Supreme Court of Spain has noted that, despite legal prohibitions, surrogacy intermediaries act without hindrance in Spain, advertising their activities online in ways aimed at the Spanish public, and even organizing in person surrogacy fairs in which agencies advertise and promote their services.²¹⁸ Further, news reports are published in which famous individuals announce that they have brought a child to Spain through surrogacy, without the competent authorities taking any action even to ensure the suitability of those who commissioned the surrogacy.²¹⁹ Thus, in practice there are no obstacles to the recognition of commercial surrogacies conducted abroad even though the fundamental rights of the surrogate mother

²¹⁸ Supreme Court of Spain, n. 10, at pages 22-23, Section 4, para. 6-7.

²¹⁹ *Id.*

and the child have been violated.²²⁰ It is this situation of theoretical prohibition coupled with practical impunity for violating those prohibitions that needs to be addressed. Most commercial surrogacy, and especially ISAs, are facilitated and arranged through intermediaries. Intending parents from the wealthier segments of wealthier societies do not directly find and negotiate agreements with poor women from the Global South. Ukrainian and Russian surrogate mothers have not on their own found and negotiated commercial arrangements with intending parents from Western Europe and the United States. So far as can be determined, the vast majority of commercial ISAs are structured and created and facilitated, from beginning to end, by profit-seeking intermediaries. Indeed, intermediaries intentionally advertise and markets to, and contracts surrogacies with, intending parents in prohibitionist States.²²¹

In many instances it would be a misunderstanding to view surrogate mothers as negotiating and contracting directly with intending parents. Maud de Boer-Buquicchio and this author noted in 2024:

A realistic appraisal of domestic or international commercial surrogacies in many developing nations indicates that often intermediaries are the sellers of children, while intending parents are the purchasers. Intermediaries essentially contract with intending parents to create and then direct the transfer of a child. Intermediaries then recruit and control surrogate mothers. Any relationship or contact between intending parents and surrogate mothers is facilitated by and under the control of the intending parents. The intermediaries are in essence the hub of the arrangement, having separate relationships with intending

²²⁰ *Id.*

²²¹ See, e.g., *id.*; D. Smolin & M. de Boer-Buquicchio n. 4; Everingham & Whittaker n.7.

parents as their clients and surrogate mothers as necessary to production.²²²

Sadly, the products in view are human infants.

Under such circumstances, the best option would be for prohibitionist States to direct criminal and civil sanctions against intermediaries. Prohibitionist States should apply their laws to intermediaries within their own jurisdictions that are involved in facilitating commercial surrogacies, whether domestic or international. Prohibitionist states should review their current law and determine if they need to create more specialized legislation for such purposes. Intermediaries should be held legally accountable for their primary roles in facilitating illegal commercial surrogacies and for their central roles in the sale of children.

This pathway of directing criminal and civil sanctions against intermediaries has been used in recent years---for example, by Cambodia and Thailand.²²³ Ironically, federal criminal charges were even brought against two attorneys who violated California's

²²² D. Smolin & M. de Boer-Buquicchio n. 4.

²²³ See, e.g., Mike Ives, Cambodia Police Arrest 5 in Raid on Surrogacy Operation, N.Y. Times, June 25, 2018, available at <https://www.nytimes.com/2018/06/25/world/asia/cambodia-arrest-surrogacy-raid.html>; Yuri Hibino, Non-commercial Surrogacy in Thailand: Ethical, Legal, and Social Implications in Local and Global Contexts, Asian Bioeth Rev. 2020 Jun; 12(2): 135–147, available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7747428/>; Apininya Wipatayotin, Illegal Surrogacy Offenders Face Stiffer Penalties, Bangkok Post, May 12, 2023, available at, <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/2568537/illegal-surrogacy-offenders-face-stiffer-penalties>.

permissive commercial surrogacy laws, and thereby were viewed as violating federal (national) laws.²²⁴

The more complicated and difficult task is finding a way for prohibitionist States to enforce their laws against intermediaries primarily residing in other States. In considering this problem it is helpful to consider, again, the contributions of recent efforts in the child rights field addressing these issues.

The Verona Principles helpfully define intermediaries as follows:

A person, organisation or network facilitating the initiation, continuation and/or finalisation of a surrogacy arrangement. Those providing only medical, psychosocial or legal services related to a surrogacy arrangement do not meet this definition.²²⁵

In many instances those providing legal or medical services also facilitate surrogacies in such a way as to be intermediaries. For example, in India specialized medical clinics often are involved in virtually all aspects of initiating and supervising surrogacy arrangements from beginning to end, and thus are both intermediaries and providers of medical services.²²⁶ But the mere provisions of legal or medical services does not, in itself, meet the definition of an intermediary.

²²⁴ See 2018 SR Report, at para. 30; Federal Bureau of Investigation, “Baby-selling ring busted,” available at <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>.

²²⁵ Verona Principles, page 7.

²²⁶ D. Smolin & M. de Boer-Buquicchio n. 4; Amrita Pande, Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker, Signs Vol. 35, No. 4 (Summer 2010); Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial: Complete Reports Delhi & Mumbai, Surat-Gujarat (Center for Social Research), available at <https://www.csrindia.org/surrogate-motherhood/>.

The 2018 SR report also recognized the primary role of intermediaries:

“Intermediaries who physically or legally transfer the child to intending parents in exchange for ‘remuneration or any other consideration’ are directly liable for the sale of the child. Some intermediaries exercise extraordinary physical or legal control over the surrogate mother, and exercise direct control over the surrogate-born child. In such instances, the intermediary may be primarily responsible for the transfer of the child, and thus may be directly liable in appropriate cases for the sale of the child.”²²⁷

The 2018 SR Report also discussed the issue of intermediaries being complicit, or secondarily liable, for sale of children:

Intermediaries are often responsible for creating and participating in surrogacy markets, and often receive the largest profits. Where the interactions between the intending parent(s) and the surrogate mother constitute sale of children, intermediaries would normally be complicit, and hence legally responsible, given their intermediary role in establishing and mediating the relationship between the intending parent(s) and the surrogate mother.²²⁸

As a policy matter, the 2018 SR Report stated:

Prosecutions for sale of children in the context of surrogacy should focus primarily on intermediaries, and, absent exceptional circumstances, they should not include surrogate mothers, who may often be regarded as exploited victims.²²⁹

²²⁷ 2018 SR Report, at para. 63.

²²⁸ Id. at para. 62.

²²⁹ Id. at para. 62.

The Verona Principles includes similar provisions on intermediaries and sale:

Activities of intermediaries can constitute or lead to the sale of the child:

a. due to the intermediaries' creation and control of commercial surrogacy markets and networks;

b. if the intermediaries exercise such control over the surrogate mother and/or child as to be

responsible for transferring the child for remuneration or any other consideration.

c. intermediaries and other professionals involved in surrogacy arrangements receive remuneration for services rendered which are excessive, according to the standards of comparable work in the same profession where the work is performed.²³⁰

As a comparative matter, it is significant that the OPSC provisions on criminal responsibility for the sale of children for adoption also focus on intermediaries.²³¹ This provision would seem directly applicable to commercial surrogacies in which adoption is used to complete a surrogacy arrangement, which would indicate a State obligation to criminally penalize such surrogacies, including as "extraditable offenses."²³²

Under these circumstances, the issue is not whether prohibitionist States should aggressively bring enforcement actions against intermediaries, but rather how. As a matter of jurisdiction, foreign

²³⁰ Verona Principles 14.11.

²³¹ OPSC, art. 3(1)(a)(ii).

²³² See OPSC, art. 3(1)(a)(ii) & 5; cf. K.K. and Others v. Denmark, application No. 25212/21, (Eur. Ct. H.R. 6 December 2022).

intermediaries who intentionally recruit intending parents and facilitate surrogacies in prohibitionist jurisdictions are acting in and effecting prohibitionist jurisdictions sufficiently to justify legal actions against them by prohibitionist States. Indeed, intermediaries are effectively planning to bring purchased children into their jurisdiction as the fulfillment of what prohibitionist States credibly regard as a sale of a child. Intermediaries are also receiving funds transferred from the intending parents in the prohibitionist States; such international wire transfers can presumably create jurisdiction as it would for prosecutions of drug, weapons or human trafficking.²³³

Prohibitionist States should review their laws to make sure there is adequate legislation to provide for the necessary enforcement actions against foreign intermediaries. Additional legislation as to substantive and procedural and enforcement matters should be enacted and implemented.

It will require legal creativity and activism by prohibitionist States to aggressively target domestic and foreign intermediaries. The alternatives to such, however, are the endless back door cases which place prohibitionist States in an impossible position as they face the dilemmas of a *fait accompli*. Rather than waiting defensively for cases to arise, prohibitionist States should preemptively and aggressively identify and target domestic and foreign intermediaries for legal enforcement. Such enforcement should come in the context of

²³³ See, e.g., Executive Office of the President, Executive Order 13773, Enforcing Federal Law With Respect to Transnational Criminal Organizations and Preventing International Trafficking, February 2017, <https://www.federalregister.gov/documents/2017/02/14/2017-03113/enforcing-federal-law-with-respect-to-transnational-criminal-organizations-and-preventing>.

prohibitionist States actively investigating and monitoring the activities of both foreign and domestic intermediaries.

In that context, it would be relevant for prohibitionist States to at least seek cooperation with permissive States on the issue of preventing cross-border surrogacies between permissive and prohibitionist States.²³⁴ While such cooperation has not been forthcoming in the past, a more direct approach could be helpful. Regardless of whether or not permissive States are violating human, women's, and child rights in allow and enabling commercial surrogacy arrangements, such States have no proper interest in facilitating surrogacy arrangements with intending parents in prohibitionist States.²³⁵

All international organizations and courts addressing the issue of ISAs should also support the principle, noted by the Verona Principles,²³⁶ UNICEF and CHIP,²³⁷ that permissive States should not permit intermediaries within their States to recruit, arrange, or facilitate surrogacies that are prohibited by the laws of the States where the intending parents reside and intend to raise the child. It is time to stop framing this issue as though prohibition were the problem, and to focus on enforcement of such prohibitions, while also highlighting the wrongs committed by and within the permissive States which host intermediaries and industries that intentionally market surrogacy to intending parents in prohibitionist States.

It is time to take the norm against sale of children seriously, and act accordingly.

²³⁴ See Verona Principles 18 (Cooperation).

²³⁵ Verona Principles 18.3.

²³⁶ Verona Principles 18.3 ("States that permit surrogacy should limit access to surrogacy to intending parents from States which permit surrogacy.")

²³⁷ UNICEF & CHIP n. 16, at page 3.

Enfant « à fabriquer » – Enfant « fabriqué » par couples éprouvés – Un autre regard

Véronique ECKERT

Centres SIPE

L'infertilité est un problème de Santé publique qui touche environ 17.5% de la population soit environ une personne sur six dans le monde (OMS, 04.2023). Lorsqu'un couple est confronté à un diagnostic d'infertilité, il vit une crise psychologique existentielle majeure (Wischman T., 2009 – Coeffin-Driol & Giami, 2004 – FlisTrèves et al., 2003...). Il devient donc urgent d'accroître l'accès à des soins de fertilité, de haute qualité.

Qu'en est-il en Suisse? La Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (2001/2017) stipule qu'une assistance psychologique doit être offerte avant, pendant et après un traitement (Art. 6, alinéa 4). Le bilan des ressources (Darwishe J. et al., GynecolObstetFertil 2002, 30(5):394) est un modèle d'accompagnement préventif des couples. Il offre l'avantage de donner, aux couples, un reflet de leurs ressources, d'aborder leurs fragilités éventuelles et d'obtenir une proposition d'accompagnement psychologique adapté, si nécessaire.

De plus, FertiForum, commission de la Société suisse de médecine de la reproduction (SSMR) est composée de professionnel.le.s de toute la Suisse travaillant dans ce domaine des soins de fertilité. Cette commission travaille à optimiser la pratique clinique et la recherche dans le domaine psychosocial de l'infertilité et de la procréation médicalement assisté (www.sgrm.org.fertiForum). Elle met également à disposition des couples, des enfants issus de don de sperme et des donneurs des informations sur le droit aux origines.

Au niveau local valaisan, les centres SIPE (www.sipe-vs.ch) sont des lieux de consultations garantissant un accompagnement psychosocial aux couples tout au long de la réalisation de leur désir d'enfant et/ou lors de difficultés rencontrées dans leur parcours parental.

Concluding summary

Mia DAMBACH

Child Identity Protection

Estimates from 2019 note that at least 8 million children have been born from assisted reproductive technology (ART). In addition, while precise figures do not exist, surrogacy continues to be increasingly used as a method of family formation.

Amalgamated, we know that millions of children are born through these biotechnological methods. We also know that these children ought to have the same rights as all other children under the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography (OPSC). Yet in practice, often these rights are not only ignored, they are frequently considered subsidiary to the autonomy of adults and the commercial interests of intermediaries.

It is in this context that the Conference entitled “The ‘manufactured child’ – What are the challenges for children’s rights, identity and origins?” was born. The objectives were to discuss the interplay between ART techniques and children’s rights, deepen the scientific and legal knowledge in this field and to give concrete tools to the professionals to respond to contraventions in this field. The Conference brought together over 80 participants with leading experts to discuss and debate the polemic practices related to ART and surrogacy. Controversial due to the multitude of stakeholders, diverse and competing rights at stake, as well as lack of international consensus. The discussions were enriched by the proactive interdisciplinary dialogue between stakeholders (children who are

now adults as a result of ART, professionals, parents who have recourse to ART, politicians, academia etc.).

Undisputed among the participants and experts – predominantly from a child rights background - was the need to ensure that the CRC and OPSC should be the guiding compass. The conference highlighted the international efforts on the topic including the CRC Committee’s concluding observations and recommendations to States as outlined by Olga Khazova (former member), the two reports of the UN Special Rapporteur on Sale and Sexual Exploitation, the 2022 Verona Principles and 2023 UNICEF-Child Identity Protection briefing note.

Despite such guidance, experts at the conference showed that this growing multi-billion dollar field has and continues to produce systemic violations of children’s rights, with massive ramifications for the child now, into adulthood and future generations. The risks for contraventions specifically arise in third party reproduction where unknown genetic material and/or recourse to a surrogate mother occurs. Few, if any, risks were identified in the use of ART when solely the gametes of intending parent(s) were used.

The voices of donor conceived were given the centre stage by way of Audrey and Arthur Kermalvezen (France) as well as Muriel Crettol (Switzerland), who expressed their combat to ensure that every person born from these practices, has the opportunity to know their origins. Access to justice for the Kermalvezen’s for now is relegated to the use of DNA testing – currently prohibited in France – without which they would never have had fundamental information including whether they were born from the same donor.

Complementing the views of lived experience present at the Conference, the innovative research led by Katherine Wade highlighted the voice of children born through surrogacy, who were able to stress what is importance to them. Indeed a few of the

illustrative quotes indicate that right to know ones genetic and gestational background is highly relevant.

'I think yes, because I think it is an important part of their history and I don't think it is anything to be ashamed of. So, I don't see why they shouldn't be told'. (Christina, 14, born through surrogacy)

'If they don't know and they find out somehow, they might feel betrayed'. (Tom, 11, born through surrogacy)

'I said 'yes,' because it will help the child, like, understand the surrogacy, and also, they were such a big part of the beginning of their life, and I don't think they should just be cut out. But, I don't think if anyone is uncomfortable with it, I don't think it should be a forced thing'. (Jane, 14, born through surrogacy)

As to the child's right to know their origins, multiple experts converged on the importance of preserving all relevant information about the child from a psychosocial perspective as explained by Sharon Pettle and the many legal experts. From a medical point of view, Nicolas Vuillemoz, explained that Switzerland has an exemplary national text that prohibits the use of anonymous gametes and provides access to origins once the child reaches their majority. At the same time, representatives from the Swiss Federal Government conceded that further opportunities for respecting children's rights exist and that current regulations lag behind the reality, citing complexities arising from international surrogacy arrangements.

In parallel, it was shown that practices in Greece, Spain and Ukraine, continue to promote gaps in the child's identity where a new generation of children will be lacking fundamental information including medical for their well-being and development. In these countries, anonymous use of gametes continues in national contexts. The situation seems to be equally challenging in countries in other

regions such as in South Africa as explained by Karabo Ozah and the in the Philippines as shown by Elizabeth Pangalangan.

Géraldine Mathieu provided an interesting and comprehensive analysis of the development of jurisprudence on the child's right to origins balanced with the right to private life in Europe. It is clear that the ECtHR's decision in *Gauvin-Fournis and Silliau v. France* demonstrates what is considered to be a conflict of interest between the right to privacy of donors and the right of persons born of these techniques to know their identity. From a child-centric approach, many agreed that the decision of the dissenters 4:3 is more aligned with Art. 8 CRC and repeated CRC Committee recommendations over 20 years to France.

The applicants, despite their obvious differences, shared a common destiny, that of living with the questioning and cruelty of the mystery of their origins, and of having been subjected for years to a law which, although revised, remained unchanged in principle, at a time when the suffering of children born from donated gametes was becoming increasingly well-known and a European trend was emerging towards opening the door to knowledge of one's origins.

The law evolved too late for the applicant, whose biological father's death now prevents her from knowing the truth once and for all. Even if the possibility of asking her biological father, through a commission, to disclose his identity or any other identifying information remains open to the applicant, the years of secrecy guaranteed by law have deprived her of a fundamental part of her identity that no subsequent legislative intervention will be able to compensate for.

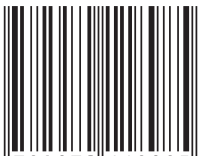
In terms of the child's right to not be sold, Maud de Boer-Buquicchio's – former UN SR on sale and sexual exploitation – helpfully concludes that “if countries choose to allow surrogacy, they must ensure that all

human rights of the child – including that not to be sold – be respected. No child will want to discover at some point in lifetime, that he or she has been treated as a commodity. Every child must have the opportunity, if he or she so wishes, who are his genetic parents or who has carried him in her womb and given birth to him or her. With such diverging approaches to surrogacy across the world, I believe that it is imperative to develop a set of minimum safeguards that can be applied regardless of the stance of States on surrogacy, including identity rights and access to origins.”

Complementing this presentation, David Smolin described the role of intermediaries in facilitating the sale of children, and the necessity to regulate their practices to ensure better alignment with international standards. David emphasised the need for proper regulation of surrogacy, where permissive States should have safeguards in place to ensure that the rights of children are fully protected at birth. This could necessitate the prohibition of intending parents having accesses to surrogacy from States that do not allow surrogacy. It could also include prohibitionist States ensuring that robust frameworks are in place to back this position, including the sanctions for intermediaries offering their services in the country.

The Conference was an excellent opportunity to bring together the leading minds on children’s rights and biotechnology in one moment, with this edition, now cementing these reflexions in one place. It is hoped that this publication becomes one stepping stone towards a better protection of children’s rights in this field.

ISBN 978-2-9701189-8-5



9 782970 118985 >