

Conférence du stage, 2<sup>e</sup> tour – 9 avril 2018

*L'anonymat du don de gamètes peut-il être in conventionnel ?*

Il a suffi d'un tic nerveux.

Remémorez-vous, Monsieur le président, ce mouvement de l'épaule droite qu'a eu Jean ...

Mesdames et Monsieur les secrétaires, vous rappelez-vous que Momo a eu le même ?

Je suis sûr que vous souvenez, Mesdames et Messieurs, du moment où vous avez compris, à la troisième ou quatrième occurrence : Momo, Maurice Groseille, est, en fait, le fils de Jean Le Quesnoy.

Peu importe l'état civil, les gènes ont parlé : il y a bel et bien eu suppositions d'enfants.

Et la suite est affaire de comédie puisque, là où il y a du gène, il y a du plaisir.

Il y a plusieurs façons de la narrer :

- à la manière, pédagogique, d'un prix Nobel de médecine, d'abord :  
*« Tout enfant normal possède à la naissance  
la capacité de grandir dans n'importe quelle communauté,  
d'adopter n'importe quelle convention sociale.  
Le programme génétique met en place des structures d'accueil,  
qui permettent à l'enfant de réagir aux stimuli venus de son milieu,  
de repérer les régularités et de les réassortir en combinaisons  
nouvelles ».*

C'est le jeu des possibles, nous enseigne François Jacob.

- à la façon, comique, du réalisateur Etienne Chatiliez, ensuite :  
C'est dans son milieu familial que l'enfant acquiert cette prodigieuse résilience, lui permettant de faire face aux difficultés de la vie :  
- brancher une ligne pirate avant le compteur électrique coupé,  
- revendre l'argenterie de famille pour se faire un peu d'argent de poche ...  
- incendier la voiture du voisin pour lui permettre de toucher l'assurance ...

C'est le *long fleuve tranquille*.

- et puis, il y a la manière *strasbourgeoise*, plus conceptuelle, par interprétation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

C'est la *vie familiale normale*.

Mais, quel que soit le discours, c'est la même réalité, universelle : la discordance produite par l'intrusion d'une vérité génétique insoupçonnée dans la vie sociale d'un individu.

C'est la source d'interrogations immémoriales.

Sans un tel hiatus, Œdipe n'aurait commis qu'un banal acte d'autodéfense, et des armées de psychanalystes seraient au chômage.

Sans lui, Hugo n'aurait pas fait dire à Lucrece Borgia, s'adressant à son assassin Gennaro croyant tuer sa tante : « *je suis ta mère* ».

Mais là où l'histoire fait appel à des expédients grossiers, tel ce panier confié aux flots du Nil qui fait de Moïse un prince égyptien, l'époque contemporaine industrialise le processus.

Car pour pallier l'infertilité, la médecine procréative crée la discordance des réalités sociales et génétiques.

De sorte que la quête des origines qui, jusqu'alors, trouvait sa cause dans un accident de la vie, procède, dorénavant, d'une décision délibérée.

Or l'article 16-8 du code civil prohibe la divulgation de l'identité du donneur de gamètes à la personne qui en est née.

Le requérant prétend, dans les circonstances qui vous ont été rappelées, que cela porterait atteinte à un droit à connaître ses origines, consacré par la Convention.

Aussi la question vous est-elle posée de savoir si l'anonymat du don de gamète peut être in conventionnel.

Vous répondrez par la négative : en empruntant la voie du sapeur, ou en faisant entendre la voix du sonneur.

#### I) La voie du Sapeur, d'abord

Le modèle est François Baptiste Éphraïm Camenber, dit le *Sapeur Camenber*.

Les prémisses de son raisonnement sont connues :  
« *Quand les bornes sont franchies, il n'y a plus de limites* ».

Les bornes condamnent des voies sans issues et délimitent la Voie Sacrée.

#### A) Des voies sans issues, d'une part.

Elles sont ouvertes par, je cite Jacques Héron, « *des juges littéralement irresponsables, nommés par une assemblée apatride, soustraits à tout contrôle et situés à quelques années-lumière du justiciable moyen* ».

Comme son intitulé le proclame, la Convention est essentiellement conçue comme un instrument de sauvegarde de l'individu, face à l'action arbitraire des États.

Elle est devenue, par l'effet d'une interprétation évolutive, un corps de normes autonomes édictées sans aucun contrôle démocratique.

La première borne est franchie par l'arrêt Marckx de 1979.

Car à l'engagement négatif des États de ne pas s'immiscer dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale consacré par l'article 8, la Cour ajoute des obligations positives, pour « *permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale* ».

S'en est suivie la consécration de nouveaux droits :

- le droit à changer de sexe,
- le droit à une vie familiale potentielle, au nom duquel un père biologique peut combattre la reconnaissance de paternité du conjoint de la mère,
- le droit de chacun à établir son identité personnelle, incluant celui de connaître l'identité de ses géniteurs,
- le droit à l'épanouissement personnel,
- le droit d'infliger volontairement coups et blessures lorsque la victime a consenti à des pratiques sado-masochistes,
- le droit du père biologique à établir le lien de filiation à l'égard de ses enfants nés d'une gestation pour autrui, pourtant prohibée ;

Le respect dû à la vie familiale a ainsi enfanté une ribambelle de droits subjectifs que les auteurs de la Convention n'auraient, à l'évidence, pas reconnus comme leurs petits.

Or, au prix du franchissement d'une autre borne, la Cour de Strasbourg a imposé aux États de garantir l'exercice effectif des droits fondamentaux, dans les rapports des individus entre eux.

C'est l'effet horizontal de la Convention, engendré par l'arrêt *Lopez Ostrat* de 1994.

Enfin, troisième borne, le principe de subsidiarité conduisait d'abord à laisser une marge d'appréciation aux États membres.

Il leur appartenait d'apprécier le juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et ceux de la société dans son ensemble.

Mais la Cour de Strasbourg s'est arrogée le pouvoir de remettre en cause la marge d'appréciation des États membres.

L'arrêt Mennesson de 2014 énonce en effet que « *les choix opérés par l'État, même dans la limite de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour* ».

Par ce processus du fait accompli, advient le gouvernement des juges.

Il n'est que temps de retrouver la Voie sacrée.

#### B) La Voie sacrée, d'autre part

Ce n'est pas celle qui mène à Verdun, trop guerrière, mais celle qui, à Rome, traverse le Forum, lieu d'expression de la souveraineté populaire.

Par hypothèse, la marge d'appréciation des États réalise la balance d'intérêts concurrents.

L'exercer, signifie sacrifier les uns au bénéfice des autres, en désignant celui ou ceux qui méritent protection.

Or, l'article 34 de la Constitution réserve au seul législateur le pouvoir d'effectuer un tel choix.

Car c'est « *La loi (qui) est l'expression de la volonté générale* », nous dit la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, précisant que « *Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation* ».

Et elle ajoute que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

Le juge, français ou européen, ne peut donc priver le législateur de sa marge d'appréciation sans exercer des pouvoirs qui ne lui sont pas dévolus.

En le faisant pourtant, il quitte la Voie sacrée, celle de l'État de droit.

\*

La question se pose malgré tout de la pertinence de l'anonymat du don de gamète : la singulière histoire d'Audrey Kermalvezen, le révèle.

Militante active d'une association de personnes nées d'une procréation médicale assistée, elle a choisi, en même temps que d'autres membres de l'association, d'effectuer un test génétique.

Elle découvre à la lecture des résultats que son demi-frère est son frère tout court, car ce sont les gamètes d'un même donneur qui ont été remises à leur mère à quelques années d'intervalle.

Mais elle apprend surtout que deux autres sociétaires sont nés du même donneur et sont ses demis-frère ou sœur ; heureusement, c'est un autre membre encore qu'elle avait choisi pour être le père de ses enfants.

70 000 enfants sont nés par PMA, soit un français sur 1 000 ...  
Comment éviter des incestes involontaires ?

Faut-il lever l'anonymat du don ?

Peut-être ; mais pas nécessairement, puisque la loi prévoit déjà que des médecins puissent accéder aux informations médicales concernant le donneur et le receveur.

La révision des lois bioéthiques, qui est au programme du législateur en 2018, sera l'occasion de trancher.

Les commissions des lois des deux assemblées travaillent à une nouvelle balance des intérêts qui a, jusqu'à présent, imposé l'anonymat.

Il n'incombe pas au juge de se substituer à elles pour dégager la volonté générale.

Et certainement pas en vertu d'un prétendu droit fondamental à connaître ses origines génétiques, inventé sur le fondement lointain du droit au respect de la vie privée, sans qu'aucun pouvoir constitué puisse tenir à Strasbourg un lit de justice pour discuter de la pertinence de sa genèse.

L'inconstitutionnalité d'un contrôle de conventionalité assorti de la suppression de la marge d'appréciation des États vous impose de refuser de l'exercer.

C'est un premier motif de rejet.

Et si vous n'empruntez pas la voie du Sapeur, vous ferez à tout le moins entendre une voix.

## II) La voix du Sonneur, ensuite

Le Sonneur fait taire les voix qui ânonnent ; la sienne claironne.

### A) Des voix qui ânonnent, en premier lieu

La conventionalité s'apprécie au terme d'un double contrôle :

- *in abstracto*, portant sur la validité des normes des pays membres,
- *in concreto*, relatif à leur application au cas d'espèce.

Une norme est abstraitement inconventionnelle si elle porte une atteinte à un droit fondamental qui n'est pas jugée nécessaire dans une société démocratique.

Mais l'application concrète d'une norme, jugée conventionnelle au terme du contrôle abstrait, peut encore constituer, dans certaines circonstances, une ingérence disproportionnée.

L'idée s'autorise d'une prestigieuse référence, l'Éthique à Nicomaque, d'Aristote : « *le juste est quelque chose de proportionnel* ».

Alors on annonce :

Disproportionnée l'annulation du mariage entre un beau-père et sa belle-fille, que l'article 161 du code civil prohibe tant que le fils divorcé est vivant.

La petite-fille, dont le grand-père génétique est devenu le père social du fait du remariage de sa mère a, peut-être, été un peu perturbée ; mais aucun droit à la cohérence des générations n'a encore été déduit de l'article 8.

Disproportionné le refus de remettre à une femme les gamètes de son mari décédé pour qu'elle puisse se faire inséminer en Espagne.

Certes, le code de la santé publique réserve l'assistance médicale à la procréation aux couples de personnes vivantes et, pour éviter le contournement de la règle, interdit l'exportation des gamètes ; mais seuls des esprits chagrins pourraient imaginer que faire engendrer un mort soit contraire à une vie familiale normale.

Disproportionnée l'impossibilité d'adopter un enfant née d'une gestation pour autrui organisée par les adoptants eux-mêmes, bien que prohibée par l'article 16-7 du code civil.

Bien sûr, les adoptants se sont, par contrat avec la mère porteuse, rendus créanciers de l'abandon de l'enfant ; mais son intérêt supérieur ne commande-t-il pas de lui trouver un nouveau foyer ?

Les unes après les autres, des dispositions législatives impératives, pourtant jugées conventionnelles *in abstracto*, sont ainsi abrogées par refus d'application.



C'est l'effet double lame : si le contrôle abstrait n'a pas éliminé la norme, le contrôle concret coupe ce qui dépasse encore.

Cela fait place nette : inutile d'aller voter aux prochaines législatives, la commission des lois ne sert plus à rien.

Ses travaux pour la révision des lois bioéthiques sont superflus : l'équilibre des droits fondamentaux, que le pouvoir législatif aura trouvé au terme du processus constitutionnel d'adoption de la loi, pourra être balayé par le juge au nom de la proportionnalité.

La cohérence du droit ? rien ne sert de la penser en amont, puisque l'application sera toujours juste, car proportionnée.

Mais c'est oublier qu'avant être aristotélicienne, la proportion était l'instrument des bâtisseurs de pyramides, édifices suffisamment solides pour nous contempler depuis 42 siècles : une affaire de mesure.

Les critères de cette mesure ?

Abandonnés au juge, qui s'est auto-consacré ; mais, comme... *de minimis non curat praetor*, il faut le décharger du quotidien, pour lui laisser le loisir d'élaborer des décisions éligibles aux *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, destinés à remplacer le Journal officiel.

Eh bien non ! Les principes de l'État de droit ne peuvent être ainsi sacrifiés : vous devez porter, haut et clair, le principe de séparation des pouvoirs.

B) La voix qui claironne, en second lieu

C'est à un contrôle *concret* auquel vous invite le requérant au cas présent.

Il soutient que l'application des règles relatives à l'anonymat du don de gamète porterait une atteinte excessive à son droit au respect de la vie privée, compte tenu des circonstances particulières de la cause.

Il invoque, à ce titre, l'accord de sa famille légale à sa quête des origines et l'absence de vérification préalable du consentement du donneur.

Mais aucune circonstance ne peut conduire à écarter l'application d'une loi qui n'est pas inconstitutionnelle et dont la clarté est exclusive d'interprétation.

Je cite votre avis rendu en 2013, dans la présente affaire, à la demande du juge du fond :

*« Plusieurs considérations d'intérêt général ont conduit le législateur à écarter toute modification de la règle de l'anonymat (...). En la matière, il n'appartient qu'au seul législateur de porter, le cas échéant, une nouvelle appréciation sur les considérations d'intérêt général à prendre en compte et sur les conséquences à en tirer ».*

Vous l'avez donc déjà jugé *in abstracto* : l'anonymat du don de gamète est conventionnel. Et la réalisation de ce contrôle abstrait de la norme a épuisé le contrôle concret de sa mise en œuvre.

C'est ainsi que vous avez statué très récemment dans l'arrêt *Société Edenred France* : parce que la sanction était reconnue conventionnelle au terme d'un contrôle abstrait, l'invocation du caractère disproportionné de son application *in concreto* était inopérante.

Au cas présent, l'appréciation concrète n'a pas non plus à être portée.

\*

L'antiquaire avait prévenu Raphaël de Valentin en lui remettant la *Peau de chagrin* : la force vitale de celui qui en use s'épuise à la mesure de la satisfaction de ses désirs de puissance.

Faites en sorte que la démocratie républicaine ne soit pas dévitalisée et périclite d'être racornie par un contrôle excédant les pouvoirs du juge. Vous rejetterez.