



GRUPE D'INFORMATION ET
D'ACTION SUR LES
QUESTIONS PROCRÉATIVES
ET SEXUELLES

Le : 10 février 2022
À : Conseil d'État

GIAPS

Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles
194 rue du Château des rentiers
75013 Paris
asso.giaps@gmail.com

Mémoire visant le dépôt d'une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique dans sa rédaction résultant de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique

Du Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles (GIAPS)
194 rue du Château des rentiers
75013 PARIS

À l'occasion du recours pour excès de pouvoir déposé le 29 novembre 2021 à l'encontre du décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 fixant les conditions d'organisation et de prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation et en application de l'article 61-1 de la Constitution, nous avons l'honneur de soumettre à votre appréciation la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité tendant à contester la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

“L'article L. 2141-2 du code de la santé publique dans sa rédaction résultant de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, en ce qu'il exclut de l'accès à l'assistance médicale à la procréation les personnes ayant changé la mention de leur sexe à l'état civil mais disposant de la capacité de mener une grossesse, est-il contraire au principe d'égalité devant la loi, au principe d'égalité entre les hommes et les femmes, au principe de liberté individuelle et au droit à une vie familiale normale ?”

GIAPS

Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles

I) Recevabilité de la QPC

Selon l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*, une QPC peut être déposée sur une disposition dès lors que :

“La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.”

L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, dans sa rédaction résultant de la loi du 2 août 2021 susmentionnée est applicable au litige dès lors que les dispositions contestées par voie de recours pour excès de pouvoir ont été prises pour application de ce texte.

Il n'a pas déjà été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel qui ne s'est pas prononcé sur ce texte dans sa décision n° 2021-821 DC du 29 juillet 2021.

Il sera démontré que cette question possède un caractère sérieux au regard des conséquences du caractère limitatif de la liste des personnes auxquelles l'APM est ouverte par l'article L. 2141-2 CSP.

II) Dispositions contestées

Depuis la loi du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice au XXI^e siècle*, aucun élément de nature médicale, ni aucun traitement ayant pour objet d'altérer la fertilité ne peut être exigé pour permettre aux personnes qui le souhaitent de faire modifier la mention de leur sexe à l'état civil. Il est ainsi explicitement prévu à l'article 61-6 alinéa 3 du Code civil que « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* » de modification de l'état civil.

Cette disposition trouve son origine à la fois dans la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie* (Req. n°14793/08) et dans la requête, devant cette même cour, ayant par la suite donné lieu à la décision *Nicot et Garçon contre France* du 6 avril 2017 (Req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13) par laquelle la France a été condamnée pour violation des dispositions de l'article 8 de la Convention en ce qu'elle imposait des traitements stérilisants pour autoriser la modification de la mention du sexe à l'état civil. Il a été jugé, dans cette décision, que le droit positif français mettait, avant la loi



GRUPE D'INFORMATION ET
D'ACTION SUR LES
QUESTIONS PROCRÉATIVES
ET SEXUELLES

du 18 novembre 2016, les personnes transidentitaires « devant un dilemme insoluble : soit subir malgré elles une opération ou un traitement stérilisants ou produisant très probablement un effet de cette nature, et renoncer au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique, qui relève notamment du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention ; soit renoncer à la reconnaissance de leur identité sexuelle et donc au plein exercice de ce même droit » (Cour EDH, *Nicot et Garçon contre France* du 6 avril 2017, Req. no 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §132).

Depuis cette loi, au regard de l'état civil, des hommes peuvent donc avoir conservé leur utérus, être dotés d'ovaires fonctionnels, produire des ovocytes et mener une grossesse. De la même façon, des femmes peuvent être dotées de testicules fonctionnels et produire des spermatozoïdes.

Or, en énonçant que *“Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation”*, les dispositions de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, dans leur rédaction résultant de la loi du 2 août 2021 susmentionnée, excluent certaines personnes ayant changé de sexe du bénéfice de l'AMP.

En effet, en application de ce texte, des personnes de sexe masculin à l'état civil (fussent-elles en capacité de mener une grossesse) ne peuvent accéder à l'AMP que lorsqu'elles sont en couple avec une femme en capacité de mener une grossesse. En revanche ces personnes ne peuvent accéder à l'AMP seules ou si elles sont en couple avec un homme ou avec une femme sans capacité gestationnelle. Or l'assistance médicale à la procréation, contrairement à la gestation pour autrui, a précisément pour objet de répondre à une impossibilité de procréer alors même que la personne ou l'un des membres du couple peut mener une grossesse. La disposition exclut donc des personnes pour la seule raison de leur sexe.

Le tableau ci-dessous présente les différentes configurations possibles pour les personnes ayant recours à une AMP :

	Lorsque la personne est en couple avec un-e :				Lorsque la personne est célibataire
	Femme avec capacité gestationnelle	Femme sans capacité gestationnelle	Homme avec capacité gestationnelle	Homme sans capacité gestationnelle	

GIAPS

Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles

Femme avec capacité gestationnelle	<i>Accès possible à l'AMP avec don de gamètes</i>	<i>Accès possible à l'AMP avec don de gamètes</i>	<i>Accès possible à l'AMP avec don de gamètes</i>	<i>Accès possible à l'AMP avec don de gamètes ou sans don de gamète</i>	<i>Accès possible à l'AMP avec don de gamètes</i>
Femme sans capacité gestationnelle	<i>Accès possible à l'AMP avec don de gamètes</i>	Impossible car gestation pour autrui interdite	Impossible car exclu par le décret objet du présent recours.	Impossible car gestation pour autrui interdite	Impossible car gestation pour autrui interdite
Homme sans capacité gestationnelle	<i>Accès possible à l'AMP avec don de gamètes ou sans don de gamètes</i>	Impossible car gestation pour autrui interdite	Impossible car exclu par L. 2141-2 CSP	Impossible car gestation pour autrui interdite	Impossible car gestation pour autrui interdite
Homme avec capacité gestationnelle	<i>Accès possible à l'AMP avec don de gamètes. Mais seule la femme pourra être inséminée en raison des disposition du décret objet du présent recours.</i>	Impossible car exclu par le décret objet du présent recours.	Impossible car exclu par L. 2141-2 CSP	Impossible car exclu par L. 2141-2 CSP	Impossible car exclu par L. 2141-2 CSP

L'exclusion du bénéfice de l'AMP des hommes, qui ont changé de mention du sexe à l'état civil tout en ayant conservé leur capacité gestationnelle résulte donc de l'article L. 2141-2 CSP, ce que les débats parlementaires traduisent et expliquent.

En ce sens, Madame Nicole Belloubet, Garde des Sceaux à l'époque des débats, affirmait en séance le 26 septembre 2019 : *“Pour fixer ces règles générales, qui doivent être claires, l'inscription du sexe à l'état civil me paraît représenter un critère aussi clair qu'objectif, qui nous permettra ensuite de déterminer l'ouverture de la PMA”*. De la même façon, Adrien Taquet, secrétaire d'État en charge de l'enfance et des familles affirmait lors de la séance de l'Assemblée Nationale du 7 juin 2021 : *“Dans le projet de loi, un homme à l'état civil ne peut avoir accès à l'AMP seul, ni en couple avec un autre homme. (...) Le fait de changer de sexe n'est donc pas un obstacle en tant que tel : tout dépend du sexe à l'état civil au moment de la demande qui donnera accès à telle ou telle technique”*. Frédérique Vidal,



GRUPE D'INFORMATION ET
D'ACTION SUR LES
QUESTIONS PROCRÉATIVES
ET SEXUELLES

lors de la séance de l'Assemblée nationale du mercredi 29 juillet 2020 affirme également : « *Dans la vie civile, seule l'identité indiquée à l'état civil est prise en considération. Une femme devenue un homme à l'état civil, même en ayant gardé son appareil reproducteur féminin, est un homme. Par conséquent, elle est également un homme au regard de l'assistance médicale à la procréation. Cela signifie qu'un homme à l'état civil ne peut avoir accès à l'AMP s'il est seul ou en couple avec un autre homme, mais qu'il pourra y avoir accès s'il est en couple avec une femme, pourvu que celle-ci porte l'enfant après une insémination ou un transfert d'embryon* ».

De fait, dès l'examen du texte en commission lors de la première lecture de l'Assemblée nationale, les amendements déposés afin que le changement de la mention du sexe à l'état civil ne fasse pas obstacle au recours à l'AMP¹ sont tous rejetés.

Pourtant, cette exclusion est contraire à plusieurs droits et libertés que la Constitution garantit.

II) Inconstitutionnalité des dispositions contestées

A) Normes constitutionnelles

La méconnaissance, par le législateur, de l'étendue de la compétence qu'il tire de la Constitution, peut être invoquée en QPC dès lors que cette carence porte directement atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Or, selon l'article 34 de la Constitution : « *La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Dès lors, il appartient au législateur de fixer les normes relatives à l'accès aux droits reproductifs en tant qu'ils participent à l'exercice de la liberté individuelle des personnes. Dans sa décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, le Conseil constitutionnel a ainsi rattaché l'accès à l'interruption volontaire de grossesse à « *la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789* » (§10).

Par ailleurs, il appartient au législateur, sous le contrôle du Conseil *via* la procédure de QPC, d'énoncer des normes qui ne portent pas atteinte, directement ou par carence, à l'égalité entre

¹ Amendts n°1948, 1033 et 1771 ; lors de la discussion en commission en deuxième lecture v. n°s 1332 et 1657 ; en séance en 2^e lecture v. n°s 1481, 323, 332 et 955. Au Sénat, amendements en séance n°s 191 et 196.

les personnes placées dans une situation identique² et, en particulier, à l'égalité entre les hommes et les femmes³.

Enfin, le droit de mener une vie familiale normale qui résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 - « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » - peut être invoquée en QPC⁴.

B) Application de ces normes aux dispositions contestées

1) Carence du législateur (article 34 de la Constitution) portant directement atteinte au principe d'égalité devant la loi (article 6 de la Déclaration de 1789) et au principe d'égalité entre les hommes et les femmes (paragraphe 3 du préambule de 1946)

Comme il a été démontré, les dispositions contestées excluent du bénéfice de l'AMP les hommes ayant une capacité gestationnelle s'ils ne sont pas en couple avec une femme en capacité de mener une grossesse. Ce faisant, elles introduisent une différence de traitement entre des personnes ayant la même capacité gestationnelle sur le seul fondement de la mention de leur sexe à l'état civil. Ces personnes sont pourtant dans une situation similaire.

Physiologiquement, la capacité gestationnelle peut être distincte de la mention du sexe à l'état civil. Comme il a été montré ci-dessus, une personne de sexe masculin à l'état civil peut parfaitement avoir conservé son utérus et pouvoir mener une grossesse à terme, de la même façon qu'une femme. Il convient, en outre, de rappeler que cette possibilité est autorisée par le droit français, et qu'elle est même perçue, notamment par la CEDH, comme nécessaire à la protection des droits et libertés des personnes ayant changé de sexe à l'état civil.

Socialement, il ne saurait être soutenu que des hommes ayant fait modifier leur état civil seraient dans une situation différente de n'importe quelle autre personne quant à leur aptitude à élever un enfant.

² Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*.

³ Décision n° 2021-954 QPC du 10 décembre 2021, *Mme Fatma M. [Effet collectif de la déclaration reconnitive de nationalité française]*.

⁴ Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*.

De plus, la distinction établie par la loi est en parfaite contradiction avec les objectifs qu'elle affiche et qui visent justement à reconnaître à égalité toutes les formes de projets parentaux dès lors que la grossesse est menée par l'un des futurs parents. On peut ainsi lire, lors des débats parlementaires, que « *ce texte [...] répond à un réel souci [...] d'égalité [...] entre tous les citoyens* » (AN, 24 sept. 2019, M. Minot), qu'il entend mettre fin à « *une loi discriminante* » (préc.). La consécration de l'égalité d'accès à l'AMP a pour corollaire la reconnaissance de la légitimité de tous les projets parentaux : « *Ce texte entend ainsi consacrer l'absence de hiérarchie entre les couples et surtout, affirmer que les enfants, pour s'épanouir, ont essentiellement besoin d'amour et un projet parental* » (AN, 15 sept. 2019, L. Rossi ; AN, 27 juill. 2020, M. Delatte).

Plus encore, le texte ici contesté établit explicitement dans son alinéa 2 que l'accès à l'AMP « *ne peut faire l'objet d'aucune différence de traitement notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs* ». Par cette disposition, le législateur a entendu prohiber toute différence de traitement entre les potentiels bénéficiaires de l'AMP. Si l'orientation sexuelle est explicitement mentionnée, l'adverbe « *notamment* » indique que l'énumération n'est pas exhaustive et doit par conséquent s'étendre à tout critère prohibé de différence de traitement. Il apparaît dès lors injustifiable que les hommes ayant fait modifier leur état civil tout en ayant conservé leur capacité gestationnelle soient exclus du bénéfice de ce mécanisme.

Si la loi admet que des couples de femmes ou des femmes seules puissent légitimement devenir parents par le biais de l'AMP, rien ne justifie que des couples d'hommes dont l'un au moins peut mener une grossesse ou des hommes seuls ayant la même capacité soient exclus de cette possibilité.

Incidentement, ces dispositions introduisent une également une différence de traitement entre les personnes transidentitaires suivant qu'elles ont ou non obtenu le changement de la mention de leur sexe à l'état civil. En particulier, les personnes qui ont obtenu cette modification avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2021 se trouvent dans la situation de ne plus pouvoir recourir à l'AMP alors qu'elles n'ont fait qu'exercer les droits que leur ouvrait la loi du 18 novembre 2016 (à savoir modifier leur état civil tout en conservant leur appareil reproducteur). Cette différence de traitement est sans justification dès lors qu'il ne saurait être soutenu qu'une le changement d'état civil puisse affecter les capacités parentales de ces personnes et leurs droits en matière procréative ou de filiation.

Les dispositions contestées constituent donc une différence de traitement entre des personnes ayant toutes la même capacité de mener une grossesse en raison de la mention de leur sexe à l'état civil. Cette différence de traitement, qui ne résulte d'aucune différence de

situation au regard de l'objet de la loi, n'est justifiée ni pour des raisons d'intérêt général, ni par les objectifs poursuivis par la loi qui sont, comme rappelé, d'ouvrir l'AMP sans discrimination.

En ne permettant pas aux hommes ayant des capacités gestationnelles fonctionnelles de bénéficier de l'AMP, le législateur a donc méconnu l'étendue de sa compétence dans des modalités portant directement atteinte au principe d'égalité devant la loi et entre les hommes et les femmes.

Au demeurant, les dispositions contestées portent directement et explicitement atteinte à ces mêmes principes.

2) Liberté individuelle (articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789)

En excluant la possibilité, pour les hommes ayant fait modifier la mention de leur sexe à l'état civil mais ayant conservé leur capacité gestationnelle, d'accéder à l'AMP, les dispositions contestées portent une atteinte injustifiée à leur liberté individuelle.

En effet, les hommes transidentitaires souhaitant modifier la mention de leur sexe à l'état civil et fonder une famille par AMP, sont placés devant un dilemme insoluble : soit recourir à l'AMP et renoncer à la reconnaissance juridique de leur identité de genre et donc au plein exercice de leur liberté individuelle, soit changer la mention de leur sexe à l'état civil, et renoncer au bénéfice de l'AMP et donc au plein exercice du droit à leur vie familiale normale.

Cette situation est d'autant plus attentatoire à la liberté individuelle lorsque les personnes ont, préalablement, auto-conservé leurs ovocytes et se trouvent empêchées de les utiliser en raison de l'interdiction implicite qui leur est faite de mener une grossesse en recourant à une AMP. Si elles ont le droit d'auto-conserver leurs ovocytes en raison de l'application des articles L. 2141-11 et 2141-12 du Code de la santé publique, elles ne peuvent toutefois pas les utiliser par la suite en bénéficiant de la conception *in vitro* d'un embryon puis de son transfert dans le cadre d'une AMP. L'interdiction opposée aux hommes de mener une grossesse conduit ainsi à réduire considérablement tant la portée de leur droit à l'autoconservation de gamètes, pourtant reconnue par le législateur, que leur liberté individuelle en matière procréative.

3) Droit à une vie familiale normale



GROUPE D'INFORMATION ET
D'ACTION SUR LES
QUESTIONS PROCRÉATIVES
ET SEXUELLES

En excluant la possibilité, pour les hommes ayant fait modifier la mention de leur sexe à l'état civil mais ayant conservé leur capacité gestationnelle, d'accéder à l'AMP, les dispositions contestées portent une atteinte injustifiée au droit à une vie familiale normale.

En effet, ces personnes se trouvent dans une situation parfaitement identique à celle de femmes, seules ou en couple avec une femme, qui peuvent recourir à un don de gamètes dans le cadre d'une AMP pour réaliser leur projet parental et ainsi exercer leur droit à une vie familiale normale.

Le présent mémoire s'inscrit dans le cadre du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 déposé le 29 novembre 2021 .

Par ces motifs

L'association requérante sollicite la transmission de la présente question prioritaire de constitutionnalité.

Paris, le 10 février 2022
Pour le GIAPS, ses co-présidentes

Marie-Xavière Catto

Marie Mesnil

GIAPS

Groupe d'information et d'action sur les questions **procréatives** et **sexuelles**