



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

Le : 29 novembre 2021
À : Conseil d'État

GIAPS

Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles
asso.giaps@gmail.com

Recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État

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

Tendant à demander l'annulation, dans son entier, 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*, publié au *Journal officiel* le 29 septembre 2021.

Discussion

I) Sur l'illégalité externe

D'après l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique (CSP) :

“Les conditions d'âge requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Agence de la biomédecine”.

La publication de l'acte réglementaire attaqué nécessitait donc la consultation préalable de l'avis de l'Agence de la Biomédecine (ABM).

L'avis de cette institution a été rendu le 14 juin 2021 (document joint). Il n'a à ce jour, pas été publié (ni au Journal officiel, ni, contrairement à toutes les délibérations de l'ABM, au Bulletin officiel Santé Protection sociale Solidarité). Ce n'est que très récemment, postérieurement à la publication du décret ici contesté qu'est intervenue la mise en ligne de cette délibération sur le site internet de l'institution.

GIAPS

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

En ne rendant pas publics les motifs fondant sa décision, préalablement à la publication de celle-ci, le Premier Ministre a ainsi privé sa décision de base légale.

Le décret doit donc être annulé de ce fait.

II) Sur l'illégalité interne

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. no 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 du 18 novembre 2016, les personnes trans devant un « 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 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.

Il sera démontré qu'au regard de cette réalité, le décret contesté opère une différence de traitement injustifiée sur le fondement du sexe des personnes et, entre personne de même sexe, entre celles qui n'ont jamais fait modifier leur état civil et les autres.

A) Sur les nouvelles dispositions de l'article R. 2141-36 CSP

1. Sur l'illégalité

Le nouvel article R. 2141-36 créé par le premier article du décret ici contesté dispose :

« Les conditions d'âge requises par l'article L. 2141-2 pour bénéficier d'un prélèvement ou recueil de ses gamètes, en vue d'une assistance médicale à la procréation, sont fixées ainsi qu'il suit :

*« 1° Le prélèvement **d'ovocytes** peut être réalisé **chez la femme** jusqu'à son quarante-troisième anniversaire ;*

*« 2° Le recueil de **spermatozoïdes** peut être réalisé **chez l'homme** jusqu'à son soixantième anniversaire.*

« Ces dispositions sont applicables au prélèvement ou au recueil de gamètes ou de tissus germinaux effectué en application de l'article L. 2141-11, lorsque celui-ci est effectué en vue d'une assistance médicale à la procréation ultérieure.

Par conséquent le décret exclut le recueil de spermatozoïdes chez des femmes tout autant qu'il exclut le recueil d'ovocytes chez des hommes.

Cette situation induit deux illégalités.

En premier lieu, le décret est illégal au regard des dispositions de l'article L. 2141-11 CSP.

En effet, ces dispositions prévoient les conditions du prélèvement de gamètes dans le cadre de la préservation de la fertilité, lorsque celle-ci risque d'être altérée, soit du fait d'une situation physiologique soit du fait de traitements médicaux.

Elle dispose ainsi :

*« **Toute personne** dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée peut bénéficier du recueil ou du prélèvement et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, en vue de la préservation ou de la restauration de sa fertilité ou en vue du rétablissement d'une fonction hormonale (...) **La modification de la mention du sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article** ».*

Cette disposition, y compris dans son ancienne rédaction, n'a jamais conditionné la prise en charge de la préservation de la fertilité ni au sexe des personnes ni à la possibilité ultérieure d'utilisation de ses gamètes dans le cadre d'une AMP.

Ainsi, à titre d'illustration, depuis la loi du 18 novembre 2016, les personnes ayant déjà modifié leur sexe à l'état civil et souhaitant une prise en charge médicale du changement de sexe pouvaient conserver leurs gamètes sans considération pour l'usage postérieur de celles-ci.

Une telle considération *a priori* pour le sexe ou l'orientation sexuelle des personnes aurait même constitué une rupture d'égalité dès lors qu'il est impossible, à la date de la conservation des gamètes, de prévoir ni avec qui la personne pourrait souhaiter à l'avenir avoir recours à l'AMP ni quel serait, à cette date, l'état du droit quant aux conditions de recours à celle-ci.

C'est également la raison pour laquelle les femmes atteintes d'un cancer ont toujours pu auto-conserver leurs gamètes avant leur traitement médical sans que jamais il ne leur soit demandé si elles auraient pu souhaiter avoir recours à l'AMP avec une autre femme, avant comme après la loi du 2 août 2021.

L'application de l'alinéa 1 de l'article L. 2141-11 a donc toujours été indépendante des conditions d'accès à l'AMP, ce que manifeste la formule "*toute personne*", non modifiée par la loi du 2 août 2021.

Cette possibilité, qui a donc toujours existé, a été expressément consacrée par le législateur qui a ajouté, à l'occasion de la révision de la loi relative à la bioéthique, la mention selon laquelle "*la modification de la mention du sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article*".

Par conséquent, en excluant pour l'avenir la possibilité pour un homme de voir conserver ses ovocytes et pour une femme de voir préserver ses spermatozoïdes, le décret contrevient non seulement expressément à la loi mais vient ajouter une condition non prévue par la loi à la mise en œuvre de la préservation de la fertilité. Il entraîne en outre une différence de traitement injustifiée fondée sur le sexe des personnes.

Il doit par conséquent être annulé comme illégal.

En second lieu, le décret est illégal au regard des dispositions de l'article L. 2141-2 CSP

Cette disposition légale définit les bénéficiaires de l'AMP désormais ouverte à "*tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non-mariée*".

Jamais le législateur n'a entendu interdire totalement l'accès à l'AMP aux personnes ayant modifié la mention de leur sexe à l'état civil.



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

Lors des débats parlementaires, il a au contraire été indiqué que les notions d'homme et de femme devait être entendues, pour l'application de cette loi, au sens de l'état civil.

En ce sens, Madame Nicole Belloubet, Garde des Sceaux à l'époque, explique 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”*.

Ainsi, à titre d'illustration, il n'est pas interdit à deux femmes, dont l'une a fait modifier la mention de son sexe à l'état civil mais a par ailleurs autoconservé son sperme, d'avoir recours à l'AMP en utilisant ces gamètes en vue d'une grossesse chez sa compagne.

Cette situation est d'ailleurs cohérente avec le fait qu'antérieurement à l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes, un couple de sexe différent mais dont l'homme avait changé de sexe à l'état civil et ne disposait donc pas de spermatozoïdes pouvait parfaitement bénéficier d'une AMP avec don de sperme ou d'embryons dans le cadre d'un projet parental avec sa compagne, qui aurait mené la grossesse.

Par conséquent, en excluant la possibilité pour certaines femmes d'avoir recours à l'AMP avec leurs propres spermatozoïdes, le décret ajoute, pour l'accès à l'AMP, une condition non prévue par la loi à savoir de ne pas avoir fait modifier la mention de son sexe à l'état civil. Par ailleurs, cette exclusion de droit et de fait constitue une rupture d'égalité injustifiée entre les femmes, selon qu'elles ont ou non fait modifier leur état civil.

Au surplus, aucune disposition légale relative à l'AMP n'interdit explicitement la possibilité pour un homme ayant la capacité de porter un enfant, en couple avec une femme, de recourir à l'AMP avec ses propres ovocytes préalablement recueillis, que l'AMP soit mise en œuvre grâce à un don de sperme ou en recourant au sperme de sa compagne.

Par conséquent, la disposition contestée ajoute pour les hommes en couple avec une femme, une condition non prévue par la loi pour accéder à l'AMP à savoir de ne pas avoir fait modifier la mention de son sexe à l'état civil puisque dans cette hypothèse il leur est impossible de fait prélever leurs ovocytes. Par ailleurs, cette exclusion de droit constitue une rupture d'égalité injustifiée entre les hommes, selon qu'ils ont ou non fait modifier leur état civil.

Elle doit par conséquent être annulée comme illégale.

2. Sur l'inconventionnalité

En excluant la possibilité, pour les personnes ayant fait modifier la mention de leur sexe à l'état civil, d'accéder à une assistance médicale à la procréation avec leur propres gamètes et par conséquent de procréer avec leur propre matériel biologique, le décret porte une atteinte manifestement disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale, protégée

GIAPS

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



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

notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droit de l'Homme et des libertés fondamentales. Il institue en outre une discrimination selon le sexe dans l'exercice du droit à la vie privée portant atteinte aux articles 8 et 14 de la même Convention.

Il doit par conséquent être annulé comme inconstitutionnel.

B) Sur les nouvelles dispositions de l'article R. 2141-37 CSP

1. Sur l'illégalité

Le décret ici contesté, prévoit, dans son article 1er, la création d'un nouvel l'article R. 2141-37 CSP selon lequel :

“Les conditions d'âge requises par l'article L. 2141-12 pour bénéficier de l'autoconservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation sont fixées ainsi qu'il suit :

« 1° Le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez la femme à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son trente-septième anniversaire ;

« 2° Le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez l'homme à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire.

Cette disposition est prise en application de l'article L. 2141-12 CSP lequel prévoit

*“ I.-Une personne majeure qui répond à des conditions d'âge fixées par un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Agence de la biomédecine, peut bénéficier, après une prise en charge médicale par l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, du recueil, du prélèvement et de la conservation de ses gamètes **en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation** dans les conditions prévues au présent chapitre.”*

Comme cela a précédemment été démontré, le législateur n'a jamais entendu interdire, en toute hypothèse, l'accès à l'AMP aux personnes ayant préalablement fait modifier la mention de leur sexe à l'état civil.

En outre, il ressort clairement des travaux parlementaires que le législateur n'a jamais entendu limiter l'accès à l'autoconservation pour ces personnes.

Ainsi, lors de son audition en commission le 9 septembre 2019, la ministre de la santé de l'époque, Madame Agnès Buzyn expliquait ainsi que : *“S'agissant de la conservation de gamètes des personnes transgenres, si une opération chirurgicale de transition a lieu, l'autoconservation des gamètes à titre médical peut être prise en charge, comme c'est le cas aujourd'hui pour des patients atteints de cancer ou d'endométriose. **En dehors de ce cas,***

GIAPS

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



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

comme pour les personnes non transgenres, l'autoconservation sera ouverte dans les bornes d'âge définies par décret. Ainsi, il n'y a pas de sélection ou de discrimination".

Par conséquent, en excluant la possibilité pour certaines femmes de faire autoconserver leurs spermatozoïdes et pour certains hommes de faire conserver leurs ovocytes, le décret ajoute une condition non prévue par la loi à l'autoconservation, à savoir de ne pas avoir fait modifier la mention de son sexe à l'état civil. Il restreint ainsi de nouveau le droit ouvert à *"toute personne majeure"*, sans distinction, par le législateur, lequel n'avait réservé au pouvoir réglementaire que la faculté de fixer les conditions d'âge permettant d'avoir accès à ce droit.

Par ailleurs, cette exclusion de droit et de fait constitue une rupture d'égalité injustifiée entre les femmes et entre les hommes, selon qu'ils et elles ont ou non fait modifier leur état civil.

Le décret contesté doit donc par conséquent être annulé comme illégal.

2. Sur l'inconventionnalité

En excluant la possibilité, pour les personnes ayant fait modifier la mention de leur sexe à l'état civil, d'accéder à une assistance médicale à la procréation avec leur propres gamètes et, par conséquent de procréer avec leur propre matériel biologique, le décret porte une atteinte manifestement disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale protégée notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droit de l'Homme et des libertés fondamentales. Il institue en outre une discrimination selon le sexe dans l'exercice du droit à la vie privée portant atteinte aux articles 8 et 14 de la même Convention.

Il doit par conséquent être annulé comme inconventionnel.

C) Sur la nouvelle rédaction de l'article R. 2141-38

Le décret ici attaqué prévoit, dans son article 1^{er}, un nouvel **l'article R. 2141-38 CSP** selon lequel

« L'insémination artificielle, l'utilisation de gamètes ou de tissus germinaux recueillis, prélevés ou conservés à des fins d'assistance médicale à la procréation en application des articles L. 2141-2, L. 2141-11 et L. 2141-12, ainsi que le transfert d'embryons mentionné à l'article L. 2141-1, peuvent être réalisés :

*« 1° Jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire **chez la femme**, non mariée ou au sein du couple, **qui a vocation à porter l'enfant** ;*

« 2° Jusqu'à son soixantième anniversaire chez le membre du couple qui n'a pas vocation à porter l'enfant ».

GIAPS

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

1. Sur l'illégalité

Comme exposé ci-dessus, aucune disposition légale relative à l'AMP n'interdit explicitement la possibilité pour un homme ayant la capacité de porter un enfant, en couple avec une femme, de recourir à l'AMP avec ses propres ovocytes ou par le biais de dons.

Par conséquent, le décret contesté prive les hommes en capacité de mener une grossesse, en couple avec une femme, de l'accès à l'AMP et ajoute ainsi à cet accès une condition non prévue par la loi, à savoir, de fait, de ne pas avoir fait modifier la mention de son sexe à l'état civil, alors que le texte de l'article L. 2141-1 CSP ouvre l'AMP à tout couple formé d'un homme et d'une femme sans distinction.

Il doit par conséquent être annulé comme illégal.

2. Sur l'inconventionnalité

Par cette rédaction, le décret induit l'impossibilité pour **les hommes ayant la capacité de mener une grossesse** de mener celle-ci via une assistance médicale à la procréation.

En excluant la possibilité, pour les hommes ayant fait modifier la mention de leur sexe à l'état civil, d'accéder à une grossesse *via* une assistance médicale à la procréation alors même qu'ils en ont la capacité au même titre que certaines femmes, le décret porte une atteinte manifestement disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale protégée notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et constitue une discrimination au sens des articles 8 et 14 ensemble de cette même convention.

Il doit par conséquent être annulé comme inconventionnel.

3. Sur l'inconstitutionnalité

Le décret ici attaqué vient en application des dispositions de l'article L. 2141-2 CSP qui exclut implicitement des bénéficiaires de l'AMP les couples d'hommes et les hommes non-mariés, y compris dans le cas où ceux-ci ont des capacités gestationnelles.

Par cette carence, le législateur a manifestement méconnu l'étendue de la compétence dans une modalité affectant directement et par elle-même le principe d'égalité, l'égalité entre les hommes et les femmes et le respect de la vie familiale normale.

Il sera donc soutenu dans une requête distincte au présent mémoire que le Conseil d'Etat devra transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 2141-2 du CSP.



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

Le présent recours sera complété par un mémoire complémentaire.

Par ces motifs

L'association requérante sollicite l'annulation de l'ensemble du décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021.

Paris, le 29 novembre 2021

Pour le GIAPS, ses co-présidentes

Marie-Xavière Catto

Marie Mesnil

Bordereau des pièces jointes

1. Décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021
2. Statut du GIAPS
3. Délibération du GIAPS désignant Mmes Marie-Xavière Catto et Marie Mesnil comme co-présidentes
4. Délibération du bureau du GIAPS autorisant ses présidentes à agir en contestation du décret du 28 septembre 2021.
5. Avis de l'ABM du 14 juin 2021

GIAPS

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