

Paris, le 8 juin 2022
à Monsieur le Président du Conseil Constitutionnel

GIAPS

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

Contact : asso.giaps@gmail.com

Site internet : asso-giaps.org

OBJET : Réponse aux observations relatives à la QPC 2022-1003 formulées le 27 mai 2022 par les services de la Première ministre

Dans les observations susvisées, quatre arguments sont avancés à l'appui de l'idée que les dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique contestées via la QPC 2022-1003 devraient être déclarées conformes à la Constitution :

1. des décisions antérieures montreraient que la QPC 2022-1003 porterait sur un sujet de société appartenant à un “zone de non-contrôle constitutionnel”,
2. les différences de traitement visées reposeraient sur une différence de situation, à savoir celle constituée par l'appartenance à l'une ou l'autre des catégories juridiques de sexe,
3. les différences de traitement visées seraient justifiées par un motif d'intérêt général, à savoir la nécessité de retenir un critère objectif et simple pour déterminer l'accès à l'AMP et celle de ne pas créer *de facto* une “nouvelle catégorie sexuelle”,
4. les différences de traitement visées présenteraient un rapport direct avec la loi qui les a établies, notamment en raison de l'inexistence d'un droit dont un enfant serait l'objet.

1. Comme le montreraient des décisions antérieures, le sujet sur lequel porte la QPC 2022-1003 relèverait de la marge d'appréciation du législateur concernant un sujet de société, voire d'une “zone de non-contrôle constitutionnel”

Il est souligné dans les observations que, comme l'avait indiqué le Conseil d'Etat en juin 2018, l'ouverture de l'accès à l'AMP (auparavant limité aux couples composés d'un homme et d'une femme rencontrant des problèmes de fertilité) relevait d'un choix politique : le droit ne commandait ni l'évolution des conditions d'accès ni le maintien du *statu quo*. Il est aussi rappelé que le Conseil Constitutionnel avait de même considéré qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur avait, « dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille » (décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, cons. 9). Le Conseil Constitutionnel devrait par conséquent reconnaître que les dispositions visées par la QPC 2022-1003 relèvent de la marge d'appréciation du législateur et appartiennent à une “zone

de non-contrôle constitutionnel” de même que dans un certain nombre d’autres décisions antérieures, à savoir les décisions n° 74-54 (IVG), n° 94-343/344 (élection des embryons), n° 2012-249 (greffes autogéniques), n° 2010-39 (adoption par des couples homosexuels) et n° 2017-632 (traitement d’une personne hors d’état d’exprimer sa volonté).

Or, via la loi du 2 août 2021 ouvrant l’accès à l’AMP, le législateur a décidé de mettre fin à des différences de traitement fondées d’une part sur la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d’un homme et d’une femme, et d’autre part sur la différence de situation entre une femme seule et une femme en couple. A l’issue de cette évolution, ce qui est reproché aux dispositions de l’article L. 2141-1 du code de la santé publique est qu’elles introduisent une différence de traitement entre des personnes sur le seul fondement de la mention de leur sexe à l’état civil. Il s’agit d’un sujet entièrement différent, et la question ne relève plus d’un sujet de société sur lequel le législateur disposerait d’une marge d’appréciation importante.

Aucune des décisions antérieures invoquées ne concerne une *différence de traitement* entre des personnes sur le seul fondement de leur sexe à l’état civil. Pour soutenir sa décision de transmettre au Conseil Constitutionnel la QPC 2022-1003, le Conseil d’Etat a d’ailleurs estimé qu’il s’agissait bien d’une question nouvelle. Cet argument ne saurait donc permettre de conclure que les différences de traitement visées relèvent d’une “zone de non-contrôle constitutionnel”.

En outre, la doctrine précédemment invoquée souligne précisément qu’il n’y a pas de champs qui relèveraient des questions de société et d’autres pas, et constate que, si sur ces questions, tous les juges renvoient au Parlement, lui-même a pu renvoyer à l’exécutif pour réglementer ces questions par la voie d’ordonnances (Chénédé François, Deumier Pascale, « L’œuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013/2, n° 39, p. 15). La question soulevée relève au demeurant de l’application du principe d’égalité et non d’enjeux sociaux. Mais quand bien même l’argument serait retenu, comment admettre, à la fois, que le Conseil maintienne cette “zone de non-contrôle constitutionnel” pour renvoyer au législateur mais que celui-ci laisse au pouvoir exécutif le soin de trancher ces prétendues questions de société ?

2. Les différences de traitement contestées reposeraient sur une différence de situation car la mention de sexe à l’état civil constituerait en elle-même une telle différence

Il est argué dans les observations qu’un homme à l’état civil “se trouve juridiquement dans une situation différente de celle d’une femme à l’état civil”. Ainsi, le fait d’être de sexe masculin ou féminin constituerait par construction une différence de situation, à savoir une “différence de situation entre les catégories juridiques d’homme et de femme prévues par le code civil”. Les différences de traitement visées relèveraient par conséquent de la marge d’appréciation du législateur.

Soulignons tout d’abord qu’à travers cet argument, il est reconnu implicitement que l’article visé par la QPC n°2022-1003 opère bien une différence de traitement entre les personnes selon leur sexe à l’état civil.

Par ailleurs, arguer que la mention à l’état civil du sexe “homme” plutôt que “femme” crée *de facto* une situation juridique différente pour justifier l’existence d’une telle différence de situation juridique revient à développer un argument circulaire, selon un raisonnement

tautologique. Le droit crée cette différence juridique. Il paraît difficile d'en déduire que la situation est de fait différente. Elle l'est en droit et c'est bien cela qu'il s'agit d'interroger.

Surtout, cet argument ne saurait être tenu pour valide car il conduirait à conclure que toute différence de traitement entre des personnes sur le seul fondement de la mention de leur sexe à l'état civil peut être considérée comme fondée sur une différence de situation. Cela reviendrait à refuser d'appliquer le principe d'égalité entre les sexes, ce qui a été historiquement la logique qui présidait en droit public et en droit privé entre la Révolution et la Seconde guerre mondiale, mais à laquelle il a été mis fin en affirmant ce principe dans le Préambule de 1946 (al. 3) : "la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme". En d'autres termes, l'argument validerait un principe général d'autorisation des discriminations fondées sur le seul sexe à l'état civil qui entrerait en contradiction avec le principe constitutionnel d'égalité entre les hommes et les femmes.

Notons pour finir que s'agissant d'un droit ou d'une prestation reposant en réalité sur une caractéristique biologique sexuée, mais formulé en référence au sexe à l'état civil, cet argument conduirait à exclure de son bénéfice toute personne dont le sexe n'est pas "censé" conférer cette caractéristique. Or il existe, notamment depuis la loi du 18 novembre 2016, des hommes à l'état civil qui disposent de capacités gestationnelles semblables à celles des femmes. Pour l'AMP comme pour tous les droits procréatifs, le sexe visé par les dispositions juridiques peut-il conduire à restreindre l'exercice de droits fondamentaux en matière de reproduction tels que le bénéfice de l'interruption volontaire de grossesse ? Dès lors que l'article L. 2212-1 du code de la santé publique désigne "la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse", un homme enceint devrait-il se voir refuser une demande d'interruption de sa grossesse au motif de son sexe ?

3. La différence de traitement visée serait justifiée par un motif d'intérêt général découlant de la nécessité de ne pas prendre en compte la capacité reproductrice des personnes pour l'accès à l'AMP

Il est soutenu dans les observations que l'absence de considération pour la capacité reproductrice des personnes pour apprécier la condition d'accès à l'AMP tient à "la volonté de retenir un critère objectif et rationnel pour déterminer l'accès à l'AMP, en l'arrimant au sexe à l'état civil, plutôt qu'à une caractéristique physiologique parfois moins aisée à déterminer". Plus largement, "soumettre l'accès à l'AMP à la preuve par la demande de sa capacité gestationnelle reviendrait à reconnaître l'existence d'une nouvelle catégorie sexuelle, empruntant au sexe masculin pour les règles de l'état civil et au sexe féminin pour les règles d'accès à l'AMP, non sans remettre en cause la binarité juridique des sexes." La différence de traitement visée serait par conséquent justifiée par un motif d'intérêt général.

Subsiliairement, il est également argué que "si le législateur avait fait le choix d'ouvrir l'AMP aux hommes ayant une capacité gestationnelle, il lui aurait été reproché d'avoir créé une différence de traitement entre les hommes cisgenres et les hommes transgenres".

Or, nul ne cherche ici à remettre en cause l'absence de considération pour la capacité reproductrice des personnes pour apprécier la condition d'accès à l'AMP. Il s'agit bien d'ouvrir l'AMP aux hommes seuls et aux couples d'hommes sans considération pour leurs capacités reproductrices. Comme nous l'avons souligné dans notre mémoire du 25 mai 2022, l'accès à l'AMP est de même ouvert aux femmes (critère légal d'accès) sans considération pour les conditions de sa mise en œuvre (capacités reproductrices) ; une fois les critères légaux d'accès à l'AMP remplis, il appartient ensuite aux équipes médicales de déterminer si la mise en œuvre de l'AMP est possible. Aussi, encore une fois, une femme

née sans utérus est bien titulaire du droit reconnu alors même que sa mise en œuvre n'est pas possible, et ce, sans que le législateur n'ait eu besoin de le préciser.

La catégorie juridique « *homme* » serait visée dans son ensemble par le droit et permettrait qu'au même titre que les femmes, les hommes seuls ou en couple avec un homme accèdent à l'AMP. Il ne s'agirait ainsi aucunement de créer une troisième “catégorie sexuelle” (les hommes disposant de capacités gestationnelles), ni de remettre en cause le principe de la binarité des sexes. Il ne serait pas non plus institué une différence de traitement entre les hommes cisgenres et les hommes transgenres. Aujourd'hui, l'article L. 2141-2 du CSP vise de même la catégorie juridique « *femme* » dans son ensemble sans qu'il ne puisse être mis en avant une différence de traitement entre les femmes cisgenres en capacité de porter un enfant et les autres femmes, transgenres ou souffrant de facteurs utérins d'infertilité, qui ne peuvent mener une grossesse.

En ouvrant l'AMP aux femmes (sans considération pour leurs capacités reproductrices) seules ou en couple avec un homme et non aux hommes (sans considération pour leurs capacités reproductrices) seuls ou en couple avec un homme, les dispositions de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique introduisent bien *de facto* une différence de traitement entre des personnes sur le seul fondement de la mention de leur sexe à l'état civil.

4. Les différences de traitement contestées seraient notamment justifiées par l'inexistence d'un droit dont l'enfant serait l'objet et présenteraient un rapport direct avec la loi qui les a établies

Il est argué que si aucun principe constitutionnel n'impose au législateur d'ouvrir l'AMP à l'ensemble des personnes ou des projets parentaux, cela “tient à ce qu'un enfant est une personne et qu'il ne saurait être envisagé comme étant l'objet d'un droit détenu par un tiers”. Il en découlerait que l'accès à l'AMP donné à certaines catégories de personnes “ne crée pour les autres catégories aucun droit invocable au soutien d'une méconnaissance du principe d'égalité, qui suppose l'existence préalable d'un droit”. Il serait en conséquence loisible au législateur de réservé une technique médicale à un public déterminé : “Il a ainsi pu prévoir, entre 1994 et 2021, que les hommes qui ne sont pas en couple avec une femme, les couples de femmes et les femmes non mariées, n'aient pas accès à l'AMP”.

De plus, l'exclusion des couples d'hommes et des hommes seuls de l'accès à l'AMP serait en rapport direct avec l'objet de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique en ce qu'il viserait à garantir l'égal accès de toutes les femmes à l'AMP “sans distinction liée au statut conjugal ou à l'orientation sexuelle”. En adoptant la loi du 2 août 2021, le législateur n'aurait “pas souhaité remettre en cause la distinction existante entre les hommes et les femmes au regard de la procréation”.

Or premièrement, il ne s'agit en aucun cas de revendiquer l'ouverture de l'AMP à l'ensemble des projets parentaux. La constitutionnalité des autres conditions d'accès à l'AMP (être vivant ou en âge de procréer) et des conditions de mise en œuvre (bilans médicaux et entretiens préalables avec l'équipe médicale) n'est pas remise en cause.

Il s'agit seulement ici de faire valoir que recourir à la mention du sexe à l'état civil comme condition d'accès à l'AMP ne respecte pas le principe constitutionnel d'égalité entre les hommes et les femmes. Il ne s'agit pas de revendiquer pour tous une sorte de “droit d'avoir un enfant” mais d'interdire les discriminations dans l'accès à un droit existant. Une telle position n'a donc rien à voir avec la revendication d'un hypothétique droit dont l'enfant serait l'objet. C'est bien le droit d'accéder à l'AMP qui est en cause, et non celui d'avoir un enfant, en effet inexistant, et que nous ne revendiquons nullement.

En outre, la différence de traitement que le législateur a prévue entre 1994 et 2021 était opérée sur la base de différences de situation entre d'une part "les hommes qui ne sont pas en couple avec une femme, les couples de femmes et les femmes non mariées", exclus de l'accès à l'AMP, et d'autre part les couples constitués d'un homme et d'une femme. Elle ne l'était pas au motif qu'on ne saurait reconnaître un droit à avoir un enfant. Le cas échéant, il faudrait en déduire qu'en ouvrant finalement l'AMP aux personnes qui en étaient exclues jusqu'en 2021, le législateur aurait admis l'existence d'un tel droit et que les hommes seuls ou en couple avec un homme seraient donc fondés à revendiquer ce droit.

Deuxièmement, il est soutenu que les dispositions ici contestées avaient pour objet d'abolir une distinction "liée au statut conjugal ou à l'orientation sexuelle", car les femmes avaient auparavant accès à l'AMP si elles étaient en couple avec une personne de sexe différent, mais non si elles étaient seules ou en couple avec une personne de même sexe. Le cas échéant, il serait donc contraire à l'objet de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique que les hommes aient aujourd'hui accès à l'AMP s'ils sont en couple avec une personne de sexe différent, mais non s'ils sont seuls ou en couple avec une personne de même sexe, car cela constituerait de même une distinction "liée au statut conjugal ou à l'orientation sexuelle". Donner l'accès à l'AMP aux hommes en couple avec une femme, mais non aux hommes seuls ou en couple avec un homme, serait donc non seulement sans rapport direct avec l'objet de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique mais contraire à cet objet, car constituant une distinction "liée au statut conjugal ou à l'orientation sexuelle" des hommes concernés. Si l'objet du législateur est d'abolir les différences de traitement selon l'orientation sexuelle, rien ne semble justifier qu'il ne l'applique pas aux hommes comme aux femmes. Les différences de traitement introduites par les dispositions visées dans la QPC n°2022-1003 ne présentent pas de rapport direct avec la loi qui les a établies car celle-ci ne visait en aucun cas à instituer de nouvelles différences de traitement fondées sur la mention du sexe à l'état civil, ni entre les hommes selon qu'ils sont en couple avec une femme, un homme ou seuls.

En définitive, la seule motivation justifiant que les hommes seuls et les couples d'hommes soient restés exclus de l'accès à l'AMP malgré cette évolution est la considération implicite qu'un homme à l'état civil n'est par définition pas en mesure d'assurer une gestation. C'est bien en ce sens que la mention suivante peut être comprise : "le législateur [...] n'a pas souhaité remettre en cause la distinction existant entre les hommes et les femmes au regard de la procréation". Or cette distinction est fondée sur une supposition erronée dans la mesure où, comme cela est reconnu dans les observations susvisées, il existe (notamment depuis la loi du 18 novembre 2016) des hommes à l'état civil qui disposent de capacités procréatives "féminines", de même que des femmes à l'état civil qui disposent de capacités procréatives "masculines".

* * *

Il résulte de tout ce qui précède que les observations susvisées du 27 mai 2022 ne permettent pas de conclure que les dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique visées par la QPC n°2022-1003 devraient être reconnues conformes à la Constitution.

Paris, le 8 juin 2022,
Pour le GIAPS, ses co-présidentes,

Marie-Xavière Catto Marie Mesnil