

Le : 10 février 2022
À : Conseil d'État

GIAPS

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

asso.giaps@gmail.com

*Mémoire complémentaire
au recours pour excès de pouvoir
devant le Conseil d'État du 29 novembre 2021*

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

En ce qui concerne les arguments relatifs à l'illégalité interne du décret n°2021-1243 du 28 septembre 2021, ces derniers ont été enrichies, pour les articles R. 2141-36, -37 et -38 du Code de la santé publique, à propos de l'inconventionnalité des dispositions.

A) Sur l'inconventionnalité des dispositions de l'article R. 2141-36 CSP

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 ;

GIAPS

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

« 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.

Cette formulation réserve le prélèvement ovocytaire aux femmes et le recueil de spermatozoïdes aux hommes. Elle exclut donc le prélèvement d'ovocytes et le recueil de spermatozoïdes chez les personnes ayant changé la mention de leur sexe à l'état civil.

En excluant la possibilité, pour les personnes ayant fait modifier la mention de leur sexe à l'état civil, d'accéder à une autoconservation de gamètes, le décret porte une atteinte manifestement disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale, protégé notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

En effet, les personnes souhaitant modifier la mention de leur sexe à l'état civil et fonder une famille en recourant à l'AMP sont placées devant un "dilemme insoluble" pour reprendre les termes de la Cour européenne à l'origine de la condamnation de la France en 2017 (Cour EDH, *Nicot et Garçon contre France* du 6 avril 2017, Req. no 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §132) : soit autoconserver leurs gamètes et renoncer à faire reconnaître leur changement de sexe et donc renoncer au plein exercice de leur droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention ; soit changer la mention de leur sexe à l'état civil, et renoncer à l'autoconservation de gamètes et au plein exercice du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention.

Il institue en outre une discrimination selon le sexe dans l'exercice du droit à la vie privée et familiale portant atteinte aux articles 8 et 14 de la même Convention.

Il doit par conséquent être annulé comme inconstitutionnel.

B) Sur l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article R. 2141-37 CSP

Le décret ici contesté, prévoit, dans son article 1er, la création d'un nouvel 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'État, 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”.*

En excluant la possibilité, pour les personnes ayant fait modifier la mention de leur sexe à l'état civil, d'accéder à une autoconservation de gamètes, 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.

En effet, les personnes souhaitant modifier la mention de leur sexe à l'état civil et fonder une famille par AMP, sont placées devant un “dilemme insoluble” (pour reprendre la formule de la Cour EDH, *Nicot et Garçon contre France* du 6 avril 2017, Req. no 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §132) : soit autoconserver leurs gamètes, et renoncer à la reconnaissance juridique du sexe qu'elles revendiquent et donc au plein exercice du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention, soit changer la mention de leur sexe à l'état civil, et renoncer à l'autoconservation de gamètes et au plein exercice du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention.

Il institue en outre une discrimination selon le sexe dans l'exercice du droit à la vie privée et familiale portant atteinte aux articles 8 et 14 de la même Convention.

Il doit par conséquent être annulé comme inconstitutionnel.

C) Sur l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article R. 2141-38 CSP

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 ».

Par cette rédaction, le décret limite aux seules femmes la vocation à porter un enfant. Par conséquent, les hommes ayant la capacité de mener une grossesse via une AMP sont exclus du bénéfice d'une insémination artificielle ou d'un transfert d'embryons, qu'ils soient en couple avec une femme (configuration de couple prévue à l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique), seuls ou en couple avec un homme.

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 protégé 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.

En effet, le décret limite aux seules femmes "la vocation à porter l'enfant" alors que des hommes peuvent disposer de la même capacité gestationnelle, qu'ils soient seuls ou en couple avec un homme ou avec une femme.

Cette limitation implique d'abord que les hommes seuls ne peuvent bénéficier d'une assistance médicale à la procréation, quand bien même ils auraient préalablement auto-conservés leurs gamètes.

Elle implique ensuite que les hommes ayant une capacité gestationnelle sont exclus de tout accès à l'AMP, qu'ils soient en couple avec une femme (situation prévue par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique), en couple avec un homme ou seuls (situations non-prévues par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique). Ils ne peuvent pas avoir "vocation à porter un enfant", quand bien même leur appareil reproducteur le permettrait. En d'autres termes, dans les cas où un homme serait en couple avec un homme qui n'a pas changé de sexe, il ne pourrait avoir accès à une AMP. Il en est de même s'il est seul et encore même s'il est en couple avec une femme qui n'a pas "vocation à porter l'enfant" (femme ayant changé de sexe, ou sans utérus, ou en risque de mener une grossesse dystocique).

Cette impossibilité de mener une grossesse constitue une atteinte manifestement disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale protégé notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La situation place les personnes trans devant un dilemme insoluble:

- soit accéder à une assistance médicale à la procréation pour mener une grossesse, et renoncer à la reconnaissance de leur identité sexuée,
- soit changer la mention de leur sexe à l'état civil, et renoncer à la possibilité de mener une grossesse grâce à une assistance médicale à la procréation.

Dans les deux cas, la disposition porte une atteinte manifestement disproportionnée au plein exercice du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention (Cour EDH, *Nicot et Garçon contre France* du 6 avril 2017, Req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §132).

L'atteinte est d'autant plus importante dans les cas où les personnes auront préalablement conservé leurs ovocytes dans la mesure où elles ne pourront pas mener une grossesse à partir de leurs propres gamètes. La Cour européenne des droits de l'homme estime que la question plus restreinte, qui concerne le droit au respect de la décision de devenir parent au sens génétique du terme, relève également de l'article 8 (Cour EDH, G.C. 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, Req. n° 6339/05, §72) et doit faire l'objet d'une protection renforcée.

Dans cette situation, les personnes devront, par ailleurs, différer le changement de la mention de leur sexe à l'état civil pendant plusieurs années. En effet, la possibilité technique de cryo-conserver des gamètes a pour conséquence qu'un laps de temps, qui peut être important, peut s'écouler entre le prélèvement des gamètes et leur utilisation ultérieure dans le cadre d'un projet parental.

Enfin, la notion de « vie privée », notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002- III, § 61), recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent de manière générale et également avec son propre matériel génétique (*Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, 10 avril 2007).

En l'espèce, les dispositions du décret empêchent les personnes ayant changé la mention de leur sexe à l'état civil d'être parent aux sens social, juridique, et même physique du terme, alors que ni le droit ni la pratique internes ne leur interdisent d'adopter un enfant, voire de donner naissance à un enfant conçu *in vitro* avec les gamètes d'un donneur tant qu'il est porté par la femme avec laquelle ces personnes sont en couple.

Les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, à savoir l'identité sexuée d'une personne, revêtent une importance particulière, justifiant une restriction de la marge d'appréciation dont dispose l'État français (Cour EDH, Affaire B c/ France, 25 mars 1992, Req. n°13343/8, §63; Cour EDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Req., n°28957/95, §93; Cour EDH, G.C. 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, Req. n°

6339/05, §77; etc.). L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Dans la mesure où l'accès à l'autoconservation de gamètes et à l'assistance médicale à la procréation, à partir de ses propres gamètes ou de celles d'un tiers donneur, est largement ouvert depuis la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, les restrictions qui touchent les personnes susceptibles de demander le changement de la mention de leur sexe à l'état civil ne peuvent relever de la marge d'appréciation de l'État français.

La Cour européenne des droits de l'homme apprécie à la lumière des conditions de vie actuelles les problèmes rencontrés par les personnes ayant changé de sexe. Elle rappelle à ce sujet que la Convention a vocation à établir « les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires » des droits proclamés (Cour EDH, 11 juillet 2002, Christine Goodwin c. Royaume-Uni, Req., n°28957/95, §74). Le droit interne n'a avancé sur le sujet qu'en raison des condamnations par la Cour EDH, qu'il aurait pourtant été possible d'éviter.

Aussi, les dispositions du décret emporte une atteinte discriminatoire au sens des articles 8 et 14, ensemble, de cette même Convention.

Il doit par conséquent être annulé comme inconstitutionnel.

Le présent mémoire complémentaire complète le recours du 29 novembre 2021 quant à l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 1er du décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021.

Par ces motifs

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

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