

Actualités choisies –
Corps, santé, sexualité

(janvier 2024 – février 2025)



**Eleonora Bottini, Lisa Carayon, Elsa Fondimare, Laurie Marguet,
Julie Mattiussi, Marie Mesnil, Maïté Saulier.**

L'année écoulée a été l'occasion de nombreuses actualités jurisprudentielles et législatives au sujet du contrôle de la sexualité et de la reproduction (I), des pratiques en assistance médicale à la procréation (II), de la protection de l'intégrité physique des personnes (III) et de protection sociale (IV).

I. Contrôle de la sexualité et de la reproduction

A. Contrôle par soi

1. L'éducation à la sexualité
2. Un droit à l'avortement mieux affirmé

B. Encadrement public des pratiques procréatives : la lutte contre l'exploitation de la gestation pour autrui, et plus largement sa pratique

1. L'exploitation de la gestation pour autrui : un cas de traite des êtres humains au sens de la directive du 13 juin 2024
2. Italie : extra-territorialité de l'interdiction de la gestation pour autrui

II. Assistance médicale à la procréation

A. L'Agence de la biomédecine dans le viseur de la Cour des comptes

B. La restriction des bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation

C. Les limites dans l'usage des gamètes

1. L'absence d'autorisation de la réception des ovocytes de la ou du partenaire
2. Le maintien de la prohibition de la procréation post mortem
3. La destruction des gamètes de l'homme de plus de 60 ans

D. Le droit à la connaissance de ses origines

1. La levée conditionnée de l'anonymat du donneur de gamètes



2. L'absence d'accès à l'identité de la femme ayant accouché dans le secret et refusant la levée de celui-ci

III. Protection de l'intégrité physique

A. Accès aux soins de transition

B. Indemnisation des préjudices

1. Les échecs fautifs de stérilisation contraceptive

2. La contamination d'une partenaire au VIH

C. La prise en compte des violences médicales

IV. Protection sociale

A. Les droits sociaux en cas de recours à une gestation pour autrui à l'étranger

B. La couverture des risques liés à la fertilité

1. La prise en charge des interruptions spontanées de grossesse précoces

2. Le congé menstruel

I. Contrôle de la sexualité et de la reproduction

1  Les pouvoirs publics permettent, par le biais de l'éducation à la vie affective, relationnelle et sexuelle (EVARS) et du renforcement de l'effectivité de l'accès à l'IVG, un meilleur contrôle de la sexualité et de la reproduction par les personnes elles-mêmes (A) tandis qu'ils affirment, par ailleurs, au niveau européen en particulier, leur défiance à l'égard de la gestation pour autrui (B).

A. Contrôle par soi

2 Tandis que le contenu de l'éducation à la vie affective, relationnelle et sexuelle qui doit être dispensée aux élèves continue à faire débat (1), le régime juridique de l'IVG tend, quant à lui, à être renforcé (2).

1. L'éducation à la sexualité

3 « Faire de l'enfance un sujet politique relève de la recherche d'égalité entre individus et amène à construire une société plus respectueuse et à une perte en intensité des normes et valeurs patriarcales »¹. Cette phrase issue de l'ambitieux **rapport du**

¹ Avis et Rapport du CESE sur proposition de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité professionnelle, *Éduquer à la vie affective, relationnelle et sexuelle* (rapporteur.e.s Cécile Gondard-Lalanne et Evanne Jeanne-Rose), p. 133.



Conseil économique, social, et environnemental (CESE) du 10 septembre 2024, *Éduquer à la vie affective, relationnelle et sexuelle* (EVARS), illustre le changement de paradigme vers lequel le CESE entend orienter les politiques publiques. Les vingt-quatre préconisations de l'« Avis » et l'état des lieux des insuffisances du système actuel analysé dans le « Rapport » remettent en cause le modèle hégémonique de l'éducation en France, empreinte de « domination adulte et masculine »², et insufflent une conception de l'éducation alliant bienveillance et lutte contre les discriminations. Suivant l'exemple suédois, le rapport conçoit l'EVARS d'abord comme un droit pour l'émancipation des enfants, qui implique de passer d'une « culture de l'infantisme »³ à une « culture de l'autonomie et du respect mutuel », notamment en renforçant la lutte contre les violences éducatives⁴ et la protection des droits fondamentaux de l'enfant (respect de la vie privée, droit à la protection contre toute violence, droit à l'information et à l'éducation). L'EVARS permettrait également, selon le CESE, de transformer les rapports de genre, en ce qu'elle conduirait à s'émanciper d'une socialisation différenciée des enfants, à travers la déconstruction des stéréotypes de genre et des normes sociales inégalitaires entre les individus. Le rapport prend ainsi acte du fait que la famille et l'école, lieux d'exercice des violences éducatives et sexuelles, sont également deux incubateurs puissants du sexisme, de l'homophobie et de la transphobie. Il porte en outre une attention particulière sur les besoins spécifiques des enfants bénéficiant de l'aide sociale à l'enfance (ASE) ou en situation de handicap ou encore sur les situations de violences éducatives en Outre-mer.

- 4 Dans le contexte, à l'automne 2023, de la parution du Livre Blanc *Pour une véritable éducation à la sexualité* présenté par dix associations au Sénat, des rapports du Haut Conseil à l'égalité sur la *Pornocriminalité* et de la CIIVISE *Violences sexuelles faites aux enfants : on vous croit*, l'absence d'une véritable politique publique d'éducation à la sexualité est devenue de plus en plus criante, en dépit du **projet de programme publié par le Conseil supérieur des programmes du ministère de l'Éducation le 5 mars 2024**⁵. L'obligation légale qui, depuis 2001, impose l'information et l'éducation à la sexualité à destination des élèves des écoles, collèges et lycées, avec trois séances

² *Ibid.*, p. 20

³ *Ibid.*, p. 166.

⁴ Voir la Préconisation n° 2 de l'Avis du CESE (*ibid.* p. 19).

⁵ *Ibid.*, p. 205.



par an par groupes d'âges homogènes⁶, demeure encore largement inappliquée⁷. À ce titre, le Planning familial, SOS Homophobie et Sidaction ont saisi le tribunal administratif de Paris, le 2 mars 2023, afin d'engager la responsabilité de l'État pour défaut d'application de la loi de 2001⁸. Selon le CESE, les programmes existants, concentrés sur la biologie de la reproduction, l'IVG et la contraception, le Sida ou encore la notion de « respect » entre filles et garçons⁹ devraient être complétés par le volet affectif, destiné à développer « le lien de confiance entre un sujet et son environnement le plus proche, générant la confiance en soi », et le volet relationnel, censé aborder « les relations interpersonnelles, mais aussi des sujets plus vastes comme l'égalité entre les individus, les stéréotypes de genre, la prévention des violences sexuelles »¹⁰.

- 5 Cette volonté du CESE d'apporter une réponse étatique forte est salubre au moment où sont révélées des violences sexuelles dans les écoles privées catholiques, qui ne dispensent pas l'EVARS¹¹, et où des mouvements s'opposent à celle-ci. En réponse aux différentes formes d'attaques contre l'EVARS, le CESE préconise la réponse pénale, à travers la création d'une incrimination sanctionnant l'entrave au droit des enfants à bénéficier d'une EVARS¹². Le CESE a du reste lui-même subi une offensive d'abord juridique de la part d'une association qui a formé un référé-liberté, rejeté par le Conseil d'État¹³, contre un questionnaire adressé aux jeunes en ce qu'il prévoyait une troisième option de sexe (puis numérique, afin de biaiser les réponses des questionnaires du CESE¹⁴).
- 6 Le numérique est par ailleurs étudié en tant qu'il est certes un lieu de production d'inégalités et de violences de genre touchant les jeunes (cyberharcèlement, influenceurs masculinistes, pornographie) mais peut également être un atout dès lors que son usage est accompagné par une éducation aux médias, qui apparaît dès lors comme une composante de l'EVARS¹⁵.

⁶ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, créant l'article L. 312-16 du Code de l'éducation.

⁷ Rapport du CESE, préc., p. 200 : « En 2023, 82 % des jeunes n'ont pas eu de séances d'éducation à la vie affective, relationnelle et sexuelle à l'école élémentaire, 37 % n'en ont pas eu au collège et 46 % n'en ont pas eu au lycée ».

⁸ *Ibid.*, p. 200.

⁹ *Ibid.*, p. 207.

¹⁰ *Ibid.* p. 7.

¹¹ *Ibid.*, p. 211.

¹² Préconisation n° 18 (*ibid.*, p. 51).

¹³ CE, 7 novembre 2023, n° 489225.

¹⁴ Rapport du CESE, préc. p. 161.

¹⁵ Avis du CESE, préc., p. 38-39.



7 C'est cette question de la protection des mineurs contre l'accès à la pornographie que la CNIL examine dans sa **délibération du 26 septembre 2024**¹⁶, dans laquelle elle rend un avis relatif au référentiel proposé par l'ARCOM pour l'établissement de systèmes de vérification d'âge mis en place pour contrôler l'accès aux contenus pornographiques¹⁷. Le cadre établi par l'ARCOM est accueilli plutôt favorablement par la CNIL, qui salue l'obligation faite aux services de proposer aux utilisateurs de pouvoir choisir la règle du « double anonymat », plus protectrice de la vie privée – même si d'autres systèmes de vérification d'âge moins protecteurs peuvent également être proposés (vérification de la pièce d'identité, analyse faciale, portefeuille d'identité numérique, etc.). Si tous les systèmes de vérification d'âge doivent reposer sur le recours à des prestataires externes et indépendants des sites pornographiques¹⁸, la règle du « double anonymat » assure que le tiers de confiance (une banque, un fournisseur d'énergie...) ne puisse pas connaître la destination de ce certificat de majorité. Le fournisseur de services, quant à lui, n'a pas connaissance des autres éléments d'identité de l'utilisateur¹⁹. La CNIL entend, dans le futur, faire de la règle du « double anonymat » le seul standard des systèmes de vérification d'âge, et salue sur ce point la possibilité laissée par l'ARCOM d'actualiser le référentiel notamment pour qu'un tel niveau de garantie « devienne rapidement le standard pour l'ensemble des systèmes de vérification de l'âge visés par le référentiel »²⁰. Certains points du référentiel apparaissent cependant lacunaires. Il aurait ainsi fallu préciser que l'obligation d'information relative à la manière dont les données sont traitées ne pèse pas uniquement sur le « service visé diffusant des contenus à caractère pornographique », mais sur l'ensemble des acteurs impliqués dans le processus de vérification d'âge. En définitive, tout en affirmant que la protection des données personnelles n'est pas incompatible avec un contrôle de l'âge pour l'accès aux sites pornographiques, la CNIL rappelle que la protection des mineurs ne saurait conduire à une généralisation du contrôle de l'âge sur internet, et que la vérification de l'âge n'est qu'une solution parmi d'autres pour protéger les

¹⁶ Délibération n° 2024-067 du 26 septembre 2024 portant avis sur un projet de référentiel de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) relatif aux systèmes de vérification de l'âge mis en place pour l'accès à certains services permettant l'accès à des contenus pornographiques.

¹⁷ L'élaboration d'un tel référentiel constitue l'une des missions de l'ARCOM depuis la loi n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique (SREN).

¹⁸ Délibération n° 2024-067, préc., point 15 : « La collecte directe de tels documents par des éditeurs de sites à caractère pornographique présenterait, en effet, des risques importants pour les personnes concernées, ne serait-ce que par le fait que leur orientation sexuelle – réelle ou supposée – pourrait être déduite des contenus visualisés et directement rattachée à leur identité ».

¹⁹ Délibération n° 2024-067, préc., point 11.

²⁰ *Ibid.*, point 20.



mineurs – on y retrouve par exemple l'éducation au numérique prônée par le CESE. E. F.

2. Un droit à l'avortement mieux affirmé

- 8 Indéniablement, un mouvement de renforcement du droit à l'avortement a marqué l'année 2024.

En France, la **loi constitutionnelle du 8 mars 2024**²¹ a inséré au 17^e alinéa de l'article 34 de la Constitution la phrase suivante : « *La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse* ». Cette loi impose donc, en premier lieu, au législateur de réglementer la question de l'interruption de grossesse (ce qu'il faisait au demeurant déjà) et, en second lieu, de « garantir » cette liberté.... Mais que signifie « garantir » ? Si une future loi venait raccourcir le délai d'IVG, diminuer sa prise en charge par la sécurité sociale ou rétablir la consultation psychosociale, pourrait-on considérer que le législateur n'a pas « garanti » le recours à l'IVG ? Rien n'est moins sûr ; tout dépendra de l'interprétation du Conseil constitutionnel. De son côté, le gouvernement a toutefois été cohérent : il a édicté **le 23 avril 2024 un décret**²² qui assouplit les conditions de réalisation des IVG instrumentales par les sage-femmes (face au tollé suscité par le décret précédent)²³ et a revalorisé, par un **arrêté du 1^{er} mars 2024**²⁴, le prix des IVG réalisées en établissement de santé.

- 9 À l'échelle de l'Union européenne, **le 11 avril 2024**, le Parlement européen a voté une **résolution sur l'inscription du droit à l'avortement dans la charte des droits fondamentaux**²⁵. Loin des hésitations françaises sur la qualification de l'IVG en tant que « droit », le ton de la résolution européenne tranche : l'IVG y est présentée comme un droit fondamental, intrinsèquement lié à la dignité humaine, à la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, à l'égalité de genre, au droit à la vie, à la santé, à la vie privée... et la résolution indique clairement que le refus d'accès à un avortement peut être assimilable à un acte de torture. Elle enjoint les États membres

²¹ Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse.

²² Décret n° 2024-367 du 23 avril 2024 modifiant les conditions d'exercice par les sage-femmes de la pratique des IVG instrumentales en établissement de santé, art. D. 2212-8 CSP.

²³ Décret n° 2023-1194 du 16 décembre 2023 relatif à la pratique des interruptions volontaires de grossesse instrumentales par des sage-femmes en établissement de santé.

²⁴ Arrêté du 1^{er} mars 2024 modifiant l'arrêté du 26 février 2016 relatif aux forfaits afférents à l'IVG.

²⁵ Résolution du Parlement européen du 11 avril 2024 sur l'inscription du droit à l'avortement dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2024/2655(RSP)).



de l'UE qui ont des législations restrictives en la matière (au premier rang desquels la Pologne et Malte) ou des problèmes d'effectivité d'accès (comme en Italie, Slovaquie, Roumanie ou Croatie) à améliorer nettement l'accès à l'avortement. Le but de cette résolution est que le Conseil européen convoque une convention de révision des traités pour que soit inséré dans la charte un alinéa 2 bis à l'article 3 : « Toute personne a droit à l'autonomie corporelle et à un accès libre, éclairé, complet et universel à la santé et aux droits génésiques et sexuels ainsi qu'à tous les services de soins de santé connexes sans discrimination, notamment à un avortement sans risques et légal ». La position progressiste du Parlement est très clairement affirmée, mais les chances de succès d'une telle modification de la Charte des droits fondamentaux demeurent limitées. L. M.

B. Encadrement public des pratiques procréatives : la lutte contre l'exploitation de la gestation pour autrui, et plus largement sa pratique

1. L'exploitation de la gestation pour autrui : un cas de traite des êtres humains au sens de la directive du 13 juin 2024

- 10 La directive 2011/36/UE du 5 avril 2011²⁶ fournit un cadre général pour prévenir et lutter contre les situations de traite des êtres humains et favoriser la protection des victimes, en tenant compte d'une « dimension liée à l'égalité entre les sexes »²⁷. Depuis son adoption, les États doivent punir certains actes intentionnels accomplis à des fins d'exploitation, laquelle comprend « au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, y compris la mendicité, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude, l'exploitation d'activités criminelles, ou le prélèvement d'organes »²⁸.
- 11 Une résolution du Parlement européen de 2021²⁹, reprenant certains constats de la commission sur les progrès réalisés dans la lutte contre la traite³⁰, soulignait

²⁶ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.

²⁷ Préambule, (3).

²⁸ Art. 2, 3.

²⁹ Résolution du Parlement européen du 10 février 2021 sur la mise en œuvre de la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

³⁰ Troisième rapport sur les progrès réalisés dans la lutte contre la traite des êtres humains établi conformément à l'article 20 de la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, 20 oct. 2020.



cependant que 18% des cas de traite ne relevaient ni de l'exploitation du travail³¹, ni des cas d'exploitation sexuelle³². Parmi ces « autres formes d'exploitation », la résolution mentionnait notamment le mariage forcé, l'adoption illégale et la GPA³³. La **directive du 13 juin 2024**³⁴, qui doit être transposée en droit interne avant le 15 juillet 2026, intègre, quant à elle, l'exploitation de la gestation pour autrui, du mariage forcé ou de l'adoption illégale à la lutte contre la traite des êtres humains³⁵. Que faut-il alors entendre par « exploitation de la gestation pour autrui » ? Sont ciblées « les personnes qui forcent les femmes à être mères porteuses ou qui les amènent à agir ainsi par la ruse »³⁶. L'exploitation semble s'apprécier à l'aune du consentement de la femme qui doit être inexistant ou vicié par l'accomplissement de certaines manœuvres. Il s'agirait alors de reprendre une distinction, souvent exposée, entre les GPA librement consenties, parfois qualifiées d'altruistes, voire d'éthiques et les autres³⁷, impliquant une appréciation nécessairement délicate de la vulnérabilité des femmes concernées³⁸. En droit français, l'art. 225-4-1 du code pénal, relatif à la traite des êtres humains, devrait voir son champ d'application étendu, et sa conciliation avec les art. 227-12 et suivants, notamment en ce qu'ils pénalisent l'entremise en matière de GPA, devra être assurée. L'art. 16-7 du code civil, siège de la nullité des conventions de GPA en France, ne devrait, quant à lui, pas être modifié.

M. S.

³¹ Qui concerne les hommes et les garçons à 68%.

³² Qui concerne les femmes et les filles à 90%.

³³ V. Point G, Résolution du Parlement européen du 10 février 2021 préc. V. cependant § 27 qui « invite instamment les États membres et la Commission à se concentrer sur les modèles récurrents et émergents de toutes les formes de traite des êtres humains à des fins telles que, notamment, l'exploitation par le travail, la mendicité forcée, le mariage forcé et de complaisance ou la criminalité forcée (...) ».

³⁴ Dir. 2024/1712 du 13 juin 2024 modifiant la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes. Le texte a été voté à 563 voix pour, 7 contre et 17 abstentions.

³⁵ Art. 1^{er}. V. Alexandre Charpy, « Qu'est-ce que l'exploitation de la gestation pour autrui ? », *D.* 2024, p. 1825.

³⁶ Préambule, (6).

³⁷ Le texte a été interprété bien plus largement par certains : v. l'initiative portée par dix député·es français·es de Proposition de résolution, visant à transposer dans le droit français la criminalisation de la gestation pour autrui votée le 23 avril 2024 par le Parlement européen dans le cadre de la révision de la directive sur la lutte contre la traite des êtres humains, n° 543, 7 nov. 2024.

³⁸ La directive indique que les États doivent accorder attention aux victimes de discriminations intersectionnelles (Préambule, (4)) et que, si la femme portant l'enfant est mineure, les actes sont punissables bien qu'aucun des moyens visés par la directive en son §1 ne soit utilisé (art. 1^{er}, 1.). Sur ces questions, v. not. Diane Roman, « La gestation pour autrui, un débat féministe », *Travail, genre et sociétés*, 2012, n° 28, p. 191.



2. Italie : extra-territorialité de l'interdiction de la gestation pour autrui

- 12 La loi italienne n° 169 de 2024³⁹ érigeant la gestation pour autrui (GPA) en « crime universel » affiche une ambition élevée : « protéger absolument la liberté des femmes, leur dignité et le concept de maternité »⁴⁰. Elle s'inscrit néanmoins dans un climat plus large de régression des droits de la filiation en Italie. Dès son arrivée au pouvoir, le gouvernement italien a adressé aux mairies des instructions visant à ne plus enregistrer les enfants de couples de même sexe, une action fermement condamnée par le Parlement européen⁴¹. Dans ce contexte, la réforme sur la GPA apparaît comme l'expression d'une stratégie globale de marginalisation des formes de parentalité non traditionnelles, masquée derrière un discours officiel de protection des droits des femmes.
- 13 En modifiant l'article 12 de la loi n° 40 de 2004, qui interdisait déjà en termes absolus le recours à la GPA en Italie, le législateur entend désormais sanctionner toute GPA réalisée par un citoyen italien à l'étranger, même si cette pratique y est légale⁴². Cette approche heurte tant les principes du droit pénal, interne et international, que les impératifs de protection des droits fondamentaux ; elle est également totalement inefficace car inapplicable.
- 14 Par dérogation au principe de territorialité, le législateur assimile la GPA aux autres crimes universels tels que la piraterie, la torture, les crimes de guerre ou le génocide. Or une telle assimilation paraît tout à fait inadaptée. Ces actes sont universellement reconnus comme des crimes. En revanche, la réalité juridique internationale de la GPA est plurielle : certains États l'autorisent à des fins altruistes, d'autres à des fins commerciales, et d'autres encore la prohibent totalement. En outre, sur un plan technique, cette loi s'écarte notamment du principe de double incrimination, exigé par l'article 9 du Code pénal pour poursuivre des actes commis à l'étranger par des citoyens italiens. L'Italie s'expose alors à des difficultés majeures en matière de coopération judiciaire internationale, rendant largement symbolique cette nouvelle compétence extraterritoriale.

³⁹ Projet de loi (Disegno di legge, Ddl) n° 824/2024, approuvé le 16 octobre 2024.

⁴⁰ Travaux préparatoires, relation en assemblée (Chambre des Députés) de Maria Carolina Varchi (pour la majorité), 15 février 2023.

⁴¹ Résolution du Parlement européen, « La situation de l'État de droit dans l'Union européenne » (2022/2898(RSP)), 30 mars 2023.

⁴² Le nouvel alinéa prévoit que, « si les faits mentionnés à la phrase précédente, relatifs à la gestation pour autrui, sont commis à l'étranger, le citoyen italien est puni conformément à la loi italienne ».



- 15 Le caractère symbolique est en effet partie intégrante de la réforme de la loi n° 40, qui paraît ainsi justifiée par la volonté de renforcer le stigmate de l'illégalité pénale de la GPA et de dissuader le recours à ces pratiques, notamment en freinant le « tourisme procréatif ».
- 16 Cette intervention législative se montre en revanche totalement déconnectée des appels répétés de la Cour constitutionnelle, qui avait demandé avec insistance qu'une solution soit trouvée « sans délai » pour régler rapidement le statut des enfants nés par GPA⁴³, incertain en raison du refus d'établir la filiation par les tribunaux italiens et en dépit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴.
- 17 Le statut des enfants nés de GPA à l'étranger risque en outre d'être aggravé par le fait que les couples ayant eu recours à une GPA renoncent à demander la transcription des certificats de naissance des enfants dans les registres de l'état civil italien, afin d'éviter de se dénoncer⁴⁵. Cela laisserait alors ces enfants privés de tout lien de filiation au moins avec l'un de leurs parents. Pour cette raison, la réforme soulève également des problèmes de constitutionnalité en ce qu'elle apparaît contraire à plusieurs engagements internationaux (article 117, alinéa 1^{er}, de la Constitution)⁴⁶.
- 18 En définitive, cette réforme instrumentalise la protection de la dignité des femmes alors qu'elle aggrave les discriminations, fragilise encore davantage les enfants concernés, et creuse le fossé entre les institutions de garantie des droits – nationales et internationales – et le pouvoir politique. **E. B.**

II. 'Assistance médicale à la procréation

A. L'Agence de la biomédecine dans le viseur de la Cour des comptes

- 19 Depuis sa création par la loi de bioéthique de 2004, les missions de l'Agence de la biomédecine (ABM), établissement public à caractère administratif, n'ont cessé de

⁴³ Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 33 de 2021.

⁴⁴ Refus opposé à plusieurs reprises. Pour une dernière décision, v. Cour de Cassation, Sections Unies, 30 décembre 2022, arrêt n° 38162/2022.

⁴⁵ Mirzia Bianca, « L'oxymore juridique de l'enfant né de GPA : le choix inacceptable du système juridique italien », *Droit de la famille*, n° 4, avril 2025, dossier 7.

⁴⁶ Marilisa D'Amico, « Il "reato universale" di maternità surrogata nei progetti di legge all'esame del Parlamento », *Osservatorio Costituzionale*, n° 4/2023, 1^{er} août 2023.



s'étendre⁴⁷. La Cour des comptes analyse en particulier, dans un rapport rendu en janvier 2024, les nouvelles missions de l'ABM à la suite de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique (**Cour des comptes, *Les missions de l'Agence de la biomédecine après la dernière loi de bioéthique*, Rapport, 31 janvier 2024**). Dans un premier temps, il est mis en exergue les tensions survenant à la suite des évolutions en matière d'assistance médicale à la procréation (AMP), à savoir, d'abord, l'ouverture de son bénéfice aux couples de femmes et à toute femme non mariée (avec un allongement des délais d'accès de près de 14 mois fin 2022), ensuite, la possibilité –nouvelle– d'autoconservation de gamètes en dehors de tout motif médical (avec un délai de plus de 24 mois fin 2022 en Île-de-France) et, enfin, la mise en œuvre de la levée de l'anonymat pour les personnes conçues par un don de gamètes (avec l'instauration d'un régime transitoire pour les anciens donneurs). Ces difficultés, qui s'ajoutent au problème de l'insuffisance chronique de dons d'ovocytes (qui ne tient pas tant au nombre de donneuses, équivalent à celui des donneurs de spermatozoïdes, qu'au faible nombre d'ovocytes recueillis à chaque ponction), démontrent l'importance pour l'ABM d'encourager les dons de gamètes en France. La Cour de comptes recommande que l'ABM dispose à l'avenir d'une mission de répartition des stocks de gamètes au niveau national, ce qui suppose « de disposer d'une vision consolidée et en temps réel de l'état des stocks et des besoins »⁴⁸, ce qui n'est pas le cas actuellement. Il est également préconisé que l'ABM coordonne davantage ces activités, notamment afin d'assurer un égal accès aux soins sur l'ensemble du territoire et pour l'ensemble des candidates à l'AMP et à l'autoconservation de gamètes. Dans un deuxième temps, le rapport met en lumière le caractère perfectible du pilotage réalisé par l'ABM en matière de prélèvement et de greffe d'organes et de tissus. Non seulement, l'activité a connu une dégradation importante à la suite de la crise sanitaire mais, en outre, le taux d'opposition de la population au prélèvement d'organes et de tissus est élevé (30% au niveau national voire 40% sur certains territoires). Le troisième type de mission envisagé est relatif à la coordination des activités de prélèvement et de greffe de moelle : notons que la population inscrite sur le registre des donneurs est largement féminine (66% en 2022) et relativement âgée, obligeant les médecins à se tourner vers les registres internationaux, augmentant fortement le coût de ces activités.

⁴⁷ V. à ce propos Anne Courrèges, « L'Agence de la biomédecine, un modèle original au service de la loi de bioéthique », *Justice et Cassation*, 2021, p. 61.

⁴⁸ Cour des comptes, *Les missions de l'Agence de la biomédecine après la dernière loi de bioéthique*, Rapport, 31 janvier 2024, p. 39.



B. La restriction des bénéficiaires de l'assistance médicale à la procréation

- 20 Depuis la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, de nombreuses décisions ont été rendues à propos de l'AMP. À propos des bénéficiaires d'abord, le Conseil d'État s'est prononcé sur le recours pour excès de pouvoir qui visait le 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 : à la suite de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité par la juridiction administrative au Conseil constitutionnel, qui avait jugé que l'exclusion des hommes, seuls ou en couple, du bénéfice de l'AMP ne portait pas atteinte au principe d'égalité⁴⁹, seule restait en suspens la possibilité pour un homme, au sein d'un couple formé d'un homme et d'une femme, de porter l'enfant conçu par ce biais. En effet, l'article R. 2141-38 du code de la santé publique prévoit que le transfert d'embryon ou l'insémination ne peut intervenir que jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire « chez la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant ». Le Conseil d'État écarte toute contrariété de ces dispositions réglementaires à la loi ou aux droits fondamentaux protégés autant par la Constitution que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (**CE, 22 mars 2024, n°459000**)⁵⁰. Ces restrictions dans les bénéficiaires de l'AMP ne pourraient donc être levées qu'à la suite d'une intervention législative – ou, éventuellement, à l'occasion d'un recours individuel qui trouverait à prospérer jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme et devrait donner lieu à une modification des textes législatifs actuels. Une proposition de loi a été déposée devant l'Assemblée nationale sous la législature précédente afin de supprimer les marqueurs de sexe dans l'accès à l'AMP qui pourrait ainsi être « destinée à répondre au projet parental d'un couple ou d'une personne seule »⁵¹. **M. M.**

C. Les limites dans l'usage des gamètes

1. L'absence d'autorisation de la réception des ovocytes de la ou du partenaire

- 21 Non seulement la loi du 2 août 2021 n'a pas ouvert l'AMP à toutes les personnes susceptibles de bénéficier de ces procédés biologiques et cliniques, mais elle n'a en outre pas permis de dépasser le cadre conceptuel du couple hétérosexuel infertile :

⁴⁹ Conseil constitutionnel, décision n°2022-1003 QPC du 8 juillet 2022.

⁵⁰ *AJfam.* 2022. 305, obs. Amélie Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2022. 597, obs. Anne-Marie Leroyer ; *Dalloz actualité*, 22 avril 2024, obs. Marie Mesnil.

⁵¹ Proposition de loi visant à universaliser l'assistance médicale à la procréation, n° 1570, déposée le jeudi 20 juillet 2023, article 1^{er}.



à ce titre, la pratique de la réception des ovocytes de la ou du partenaire (ROPA), qui consiste à ce que les ovocytes de la personne du couple qui ne porte pas l'enfant soient utilisés pour constituer les embryons à transférer, n'a pas été explicitement autorisée, ni interdite en dépit d'amendements déposés dans ces deux directions⁵². Dès lors, la ROPA ne pourrait-elle pas être mise en œuvre, notamment lorsqu'elle s'impose pour des raisons médicales tenant à la qualité des ovocytes ou à d'éventuelles anomalies génétiques d'un côté ou à l'impossibilité ou aux risques à mener une grossesse de l'autre ?⁵³ Saisi de cette question à propos d'un recours visant une page internet de la Foire aux questions (FAQ) de l'ABM, le Conseil d'État s'estime d'abord compétent en premier et dernier ressort pour juger des recours dirigés contre ses actes réglementaires ou instructions de portée générale : l'ABM étant un établissement public national qui dispose, en vertu de l'article R. 1418-1-1 du code de la santé publique, d'un pouvoir réglementaire en matière tarifaire⁵⁴, elle peut en effet être regardée comme une autorité à compétence nationale au sens de l'article R. 311-1 du code de justice administrative (CE, 19 juin 2024, n° 472649, §§2-3). Il juge ensuite que le recours visant une page internet de la FAQ de l'ABM est recevable à la suite de la jurisprudence GISTI⁵⁵. Sur le fond, il juge enfin « qu'eu égard au principe d'anonymat du don d'ovocyte et à la circonstance qu'un prélèvement d'ovocytes ne peut avoir d'autre finalité qu'un don anonyme lorsqu'il n'est pas destiné à la réalisation d'une assistance médicale à la procréation au bénéfice de la personne prélevée, et alors même qu'elle n'est pas expressément interdite par la loi, la pratique de la ROPA n'est pas autorisée en France » (§8). La justification avancée par l'ABM tenant à ce que la pratique pourrait être regardée comme une gestation pour le compte d'autrui est, quant à elle, écartée (§8). La décision est critiquable dans son raisonnement : elle assimile interdiction et absence d'autorisation d'une part et elle ne rend pas compte des arguments relatifs à la nécessité médicale d'autre part ; elle omet par ailleurs que la personne prélevée sera bien la mère de l'enfant, et donc que l'AMP est mise en œuvre « à son bénéfice » selon les termes de l'article L. 2141-11 et

⁵² Marie Mesnil, « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS*, 2021, p. 790.

⁵³ Marie Mesnil, Noémie Ranisavljevic, Sophie Brouillet, *et al.*, « EUGIC (Extension de l'Utilisation de Gamètes en Intra Conjugal) : les nouveaux usages des gamètes au sein du couple », *Gynécologie, Obstétrique, Fertilité and Senologie*, 2023, 51 (4), pp. 200-205.

⁵⁴ Voir en ce sens les explications du rapporteur public, Mathieu Le Coq, « Réception des ovocytes de la partenaire : pas d'autorisation. Conclusions sur Conseil d'État, 19 juin 2024, n° 472649, Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles », *RFDA*, 2024, p. 937.

⁵⁵ CE, 12 juin 2020, n° 418142, *Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s*, *Lebon* p. 192 ; *RFDA* 2020. 785, concl. Guillaume Odinet ; *ibid.* 801, note Fabrice Melleray ; *AJDA* 2020. 1196 ; *ibid.* 1407, chron. Clément Malverti et Cyrille Beaufile ; *AJ fam.* 2020. 426, obs. Claire Bruggiamosca ; *AJCT* 2020. 523, obs. Stéphanie Renard et Éric Péchillon ;



-12 du code de la santé publique. La ROPA est ainsi présentée comme impossible de manière absolue, sans même envisager qu'elle pourrait constituer une modalité de la fécondation *in vitro* dont la mise en œuvre pourrait être souhaitable pour des raisons médicales. L'incidence de cette décision est grande pour les couples de femmes et les couples dont l'homme est trans, qui bien que bénéficiaires de l'AMP, se voient priver par une conception hétéronormée de ces pratiques médicales de toutes les options médicales possibles. Elle est encore plus grande pour les hommes trans. Dès lors qu'ils ont changé de mention de sexe à l'état civil, ils ne peuvent pas porter un enfant, ni même envisager que leur compagne porte un enfant qui serait conçu à partir de leurs ovocytes fussent-ils déjà conservés, et ce même si leur compagne n'a pas d'ovocytes utilisables. Ils ne peuvent en outre bénéficier d'une AMP qu'en tant qu'homme infertile, quand même bien ils disposeraient de capacités gestationnelle et/ou ovocytaire⁵⁶. Afin de remédier à cette limitation dans l'usage des ovocytes des hommes trans et des femmes lesbiennes, l'article 2 de la proposition de loi visant à universaliser l'assistance médicale à la procréation précédemment citée proposait d'inscrire à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique que « l'utilisation des gamètes du couple est prioritairement envisagée avant de recourir à un don. Pour motif médical, ce principe peut conduire à l'utilisation des ovocytes de l'un des membres du couple ou au transfert d'embryons constitués à partir des ovocytes de l'autre membre du couple ». Si le Conseil d'État justifie l'absence d'autorisation de la pratique de la ROPA au regard du principe d'anonymat du don de gamètes, il est également possible de se questionner sur les incidences qu'un tel partage des composantes de la maternité aurait sur la filiation. La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique n'a-t-elle pas exclu un tel procédé pour ne pas avoir à nuancer le caractère purement volontariste de la seconde filiation maternelle, reposant sur le projet parental commun des deux femmes, matérialisé par un indispensable acte notarié payant devant être effectué en plus du consentement au don devant notaire ? Même si le droit français reconnaît avec constance que le fait générateur de la maternité est l'accouchement, il est indéniable que l'existence – tout comme l'absence d'ailleurs⁵⁷ – de fondement génétique à la maternité interroge. En ce sens, il est possible de se remémorer les questions posées par la Cour de cassation à la CEDH dans sa demande d'avis sur la reconnaissance de

⁵⁶ Voir not. Marie Mesnil et Laurence Brunet, « Autoconservation de gamètes et accès à l'AMP pour les personnes trans : état des lieux juridique », *Médecine de la reproduction*, 2024, vol. 26(4), pp. 382-391.

⁵⁷ Voir en ce sens, à propos de la maternité d'intention d'une mère seule à la suite d'une gestation pour autrui, Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2024, n° 23-50.016 (n° 631 FS-B+R), *D.*, 2025, 224, obs. Marie Mesnil.



la maternité d'intention en droit français. Dernièrement, la CEDH a eu à se prononcer à propos des règles d'établissement de filiation de la seconde maternité au sein d'un couple de femmes, l'une allemande et l'autre française, vivant en Allemagne ayant réalisé une ROPA en Belgique (**CEDH 12 nov. 2024, *R. F. et autres c. Allemagne*, n°46808/16,**)⁵⁸. Le couple de femmes avait saisi la Cour estimant que le fait pour la mère génétique d'avoir eu à adopter son propre enfant constituait une atteinte discriminatoire à leur droit à la vie privée et familiale ainsi qu'à celui de leur enfant. La Cour estime que la vie familiale des requérantes n'a pas été affectée de manière significative, en l'absence de difficultés particulières dans la relation mère-enfant au quotidien avant l'adoption ni dans la réalisation de celle-ci.

2. Le maintien de la prohibition de la procréation post mortem

- 22 Du côté des pratiques, outre la ROPA, il convient d'évoquer la procréation *post mortem* qui demeure interdite en droit français à l'issue de la dernière révision de la loi de bioéthique⁵⁹. Même si la Cour européenne des droits de l'homme a pu voir dans l'ouverture de l'AMP aux femmes seules, non mariées⁶⁰, un changement de circonstance qui pourrait justifier, au nom de la cohérence du cadre juridique, d'autoriser une telle pratique⁶¹, le Conseil d'État a, quant à lui, refusé de souscrire à cette analyse (**CE, 28 nov. 2024, n° 497323**). En l'espèce, une femme dont le conjoint avec lequel elle avait entamé à Caen un parcours d'AMP était décédé en décembre 2023, a alors souhaité exporter les embryons vers l'Espagne afin d'y poursuivre la réalisation de son projet parental par le biais d'un transfert *post mortem*. À la suite du rejet de sa demande par l'ABM, le 29 juillet 2024, elle saisit en référé le Tribunal administratif de Montreuil. Celui-ci rend une ordonnance, le 3 octobre 2024, qui confirme la décision de refus d'exportation des embryons vers l'Espagne. Saisi d'un pourvoi, le Conseil d'État se prononce sur la conventionnalité de l'interdiction de la procréation *post mortem* : constante depuis la loi du 29 juillet 1994, cette interdiction a été maintenue par le législateur en 2021 notamment parce qu'il existe une différence de situation entre un transfert d'embryon *post mortem* et « celle d'une femme non mariée qui a conçu seule, dès l'origine, un projet parental à l'issue duquel

⁵⁸ *AJ fam.*, 2024, p. 613, obs. Jérémy. Houssier.

⁵⁹ Lisa Carayon, « Arlésienne bioéthique - La procréation post mortem en débats », *Journal du droit de la santé et de l'assurance-maladie*, 2020, n° 25(1), pp. 45-50 [en ligne : <https://doi.org/10.3917/jdsam.201.0045>].

⁶⁰ Marc Pichard, « “Toutes les femmes” ? À propos de l'exclusion des femmes mariées de l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », *D.*, 2019, p. 2143 ; Marie Mesnil, « Ce que les femmes mariées nous apprennent du projet de loi bioéthique », *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2020, n° 26, pp.66-69.

⁶¹ CEDH, 14 septembre 2023, *Baret et Caballero c. France*, n°s 22296/20 et 37138/2, spéc. §90.



l'enfant n'aura qu'une filiation maternelle ». Pour le Conseil d'État, « le législateur ne peut être regardé, en confirmant par les dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, lesquelles sont expresses et précises et ont été adoptées à l'issue de débats parlementaires approfondis et au vu de nombreuses consultations, comme ayant adopté une législation incohérente et, ce faisant, excédé la marge d'appréciation dont il disposait, alors même que, dans le même temps, il ouvrait l'accès à l'assistance médicale à la procréation à toute femme non mariée » (§9). Le Conseil d'État répond ainsi à l'*obiter dictum* de la Cour européenne des droits de l'homme⁶² en relevant la différence de situations et en renvoyant au législateur, s'il le souhaite, la responsabilité d'organiser les modalités de l'AMP *post mortem*. Si la veuve ne peut pas espérer porter l'enfant issu de son conjoint décédé, elle pourrait néanmoins s'engager dans un parcours d'AMP en sollicitant le bénéfice d'un don de spermatozoïdes d'un tiers donneur.

3. La destruction des gamètes de l'homme de plus de 60 ans

- 23 ROPA, procréation *post mortem*... il existe des restrictions dans l'usage que l'on peut faire de ses propres gamètes, y compris des limites d'âge. La limite de 60 ans a ainsi pu être contestée en référé - en vain - par un homme qui souhaitait qu'il ne soit pas mis fin à la conservation de ses spermatozoïdes par l'AP-HP ; il a également posé une QPC à propos de l'article L. 2142-11 du code de la santé publique -qui n'a pas été renvoyée au Conseil constitutionnel (CE, 15 juill. 2024, n° 493840). M. M.

D. Le droit à la connaissance de ses origines

- 24 Les gamètes non seulement ne sont pas disponibles mais ils portent en outre des enjeux spécifiques comme en témoignent les débats autour d'un droit à la connaissance de ses origines.

1. La levée conditionnée de l'anonymat du donneur de gamètes

- 25 À propos du don de gamètes d'abord, deux décisions témoignent des enjeux qui entourent l'organisation de la levée de l'anonymat à la suite de la loi du 2 août 2021 (Arr. ministériel du 8 mars 2024 portant modification de l'Arr. du 29 août 2022 fixant le contenu du formulaire de consentement du tiers donneur à la communication de son identité et de ses données non identifiantes aux personnes majeures nées de son don et le contenu du formulaire de collecte de son identité

⁶² Marie Mesnil, « La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem* », *Dalloz actualité*, 29 septembre 2023.



et de ses données non identifiantes, JO 12 mars, texte n° 27). D'un côté, l'association Juristes pour l'enfance a introduit un recours en excès de pouvoir à l'encontre du décret n° 2023-785 du 16 août 2023 fixant au 31 mars 2025 la date d'utilisation exclusive des gamètes et embryons pour lesquels les donneurs ont consenti à la transmission de leurs données non identifiantes et à la communication de leur identité (**CE 18 nov. 2024, n° 488217**). Elle souhaitait en effet que la destruction des gamètes et des embryons « ancien régime » pour lesquels l'anonymat ne pouvait pas être levé intervienne plus tôt afin de remédier à une prétendue atteinte au principe d'égalité entre les enfants. Le Conseil d'État rejette le recours en faisant valoir que le régime transitoire mis en place par le législateur prévoit que la destruction des gamètes et des embryons donnés « soit différée et limitée, afin notamment que cette destruction ne porte pas atteinte à l'effectivité de l'accès à l'assistance médicale à la procréation, que la loi a par ailleurs étendu » (§6). Par ce recours, il semblerait que l'association des Juristes pour l'enfance ait entendu défendre l'accès aux origines, qui traduit l'ordre symbolique de la différence des sexes, plutôt que la sauvegarde des gamètes et surtout des embryons qui permettent l'accès de certaines personnes à la procréation. De l'autre, une personne issue d'un don de gamètes a, quant à elle, cherché à contester la constitutionnalité des dispositions législatives empêchant la communication d'informations non identifiantes et de l'identité du donneur si celui-ci est décédé avant d'avoir pu consentir à la levée de son anonymat. Le Conseil d'État juge d'abord que l'intervention volontaire de l'association PMAAnonyme au soutien de la transmission de QPC n'est pas recevable compte tenu de son « caractère accessoire, par rapport au litige principal » (**CE, 25 juill. 2024, n° 495138, §1**). Il juge ensuite que la question prioritaire de constitutionnalité, transmise par le Tribunal administratif (**TA Paris, 14 juin 2024, n° 2325233**)⁶³, n'est pas sérieuse en ce que la volonté du législateur de garantir un équilibre entre le droit antérieur et l'accès de l'enfant issu du don à la connaissance de ses origines personnelles permet « de ne pas porter atteinte aux situations légalement acquises ou remettre en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs » (§9).

⁶³ *AJ fam.* 2024. 362, obs. Amélie Dionisi-Peyrusse.



2. L'absence d'accès à l'identité de la femme ayant accouché dans le secret et refusant la levée de celui-ci

- 26 L'équilibre entre le droit au respect de la vie privée de la gestatrice et l'accès de la personne née dans le secret à ses origines personnelles est également au cœur du dispositif mis en place en matière d'accouchement sous X comme en témoigne l'arrêt *Cherrier c. France*. En l'espèce, une femme, née dans le secret en 1952, a entrepris des démarches auprès du CNAOP après avoir été informée de son adoption à la suite du décès de son second parent adoptif en 2008 (CEDH 30 janv. 2024, n° 18843/20, *Cherrier c. France*). La femme qui l'a accouchée ainsi que son géniteur qui ont été identifiés et contactés refusent que leur identité soit communiquée à la demanderesse, y compris après leur décès. Après avoir épuisé les voies de recours administratives, celle-ci fait valoir une atteinte à l'article 8 de la Convention devant la Cour européenne. Cette dernière juge que le législateur français a choisi de maintenir la possibilité pour les femmes d'accoucher dans l'anonymat tout en organisant une procédure pour permettre la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci. Elle conclut ainsi que, s'il est indéniable qu'il y a eu un impact sur la vie privée de la requérante, l'État français n'a pas pour autant « outrepassé sa marge d'appréciation et que le juste équilibre entre le droit de la requérante de connaître ses origines et les droits et intérêts de sa mère biologique à maintenir son anonymat n'a pas été rompu » (§82). Outre la question de l'accès aux origines, l'accouchement sous X interroge également quant à la possibilité pour le géniteur de maintenir un lien avec son enfant : s'il ne peut intervenir volontairement dans une procédure d'adoption plénière dès lors que l'enfant est définitivement immatriculé comme pupille de l'État, « faute de qualité à agir, dès lors qu'aucun lien de filiation ne peut plus être établi entre eux » (Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2024, n° 22-14.490, §12), il peut néanmoins saisir le juge aux affaires familiales afin « qu'il fixe les modalités des relations avec l'enfant conformément à l'article 371-4 du code civil, si tel est l'intérêt de l'enfant » (§20). M. M.



III. Protection de l'intégrité physique

A. Accès aux soins de transition

- 27 L'accès au soin des personnes trans est l'objet de très fortes tensions qui se sont traduites, tout au long de l'année 2024, sur les terrains aussi bien judiciaire que législatif⁶⁴.
- 28 Au plan judiciaire, le contentieux concerne la composition du groupe de travail mis en place au sein de la Haute autorité de santé (HAS) pour l'élaboration de recommandations de bonnes pratiques sur les parcours de transition des personnes transgenres. L'association « Juristes pour l'enfance » a contesté devant le Tribunal administratif de Montreuil le refus de la HAS de communiquer la composition du groupe, mettant en avant une exigence de transparence. Par jugement du 20 février 2024 (TA Montreuil, 20 février 2024, n° 2308469), le tribunal a enjoint à la HAS de communiquer ces informations. S'y refusant, la HAS a formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État, mettant en avant la nécessité de maintenir la confidentialité sur la composition du groupe afin d'assurer la sérénité des débats. Dans un arrêt du 30 octobre 2024, le Conseil d'État ordonne le sursis à l'exécution du jugement jusqu'à ce qu'il soit statué au fond (CE, 30 octobre 2024, n° 492420). Cela n'a pas empêché des fuites de documents de travail par voie de presse, occasionnant un communiqué de la HAS rappelant la nécessité de mener ses travaux dans un climat apaisé⁶⁵. L'affaire n'est pas sans évoquer la mise en place de la base de données « stoptheharmdatabase.com » aux États-Unis en octobre 2024. C'est également au nom d'un impératif de transparence que l'association *Do no harm* (DNH) a créé cette base qui vise à recenser les établissements de santé américains susceptibles de dispenser des soins de transition aux mineurs. La présentation de la base ne fait pas mystère de ses intentions, puisqu'elle propose aux utilisateurices du site Internet d'identifier les « établissements qui exposent les enfants à des risques »⁶⁶, sans mentionner les effets bénéfiques de ces soins. Dans la foulée de la mise en ligne du

⁶⁴ V. not. à ce propos, Antoine Infantolino, « Mineur·e·s trans et droit de la santé : réflexion autour des arguments “juridiques” mobilisés pour justifier les propositions d'interdiction aux mineur·e·s des soins de transition de genre », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 27 mai 2025 [en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/22606>].

⁶⁵ HAS, « Parcours de transition des personnes transgenres : poursuivre le travail au-delà des polémiques déplacées », mise au point, 13 déc. 2024 [en ligne : https://www.has-sante.fr/jcms/p_3572698/fr/parcours-de-transition-des-personnes-transgenres-poursuivre-le-travail-au-dela-des-polemiques-deplacees].

⁶⁶ « Hospitals across the country are putting our children at risk » [en ligne : <https://stoptheharmdatabase.com>].



site Internet, la presse s'est fait l'écho de campagnes visant à exposer et à dénigrer les travaux de médecins pratiquant ces interventions⁶⁷.

- 29 Au plan législatif, une proposition de loi n° 435 visant à encadrer les pratiques médicales mises en œuvre dans la prise en charge des mineurs en questionnement de genre a été déposée au Sénat le 19 mars 2024. Elle reprend plusieurs propositions du **Rapport** émanant du groupe **Les Républicains au Sénat en mars 2024** intitulé *[La transidentité des mineurs](#)* et notamment celle d'interdire les bloqueurs de puberté ainsi que les traitements hormonaux et chirurgicaux aux mineurs trans. Un avis du Défenseur des droits du 6 mai 2024 sur cette proposition de loi ([Défenseur des droits, Avis n° 24-05 du 6 mai 2024](#)) a considéré que ces interdictions étaient de nature à porter atteinte aux droits des enfants au sens de la Convention internationale des droits de l'enfant⁶⁸. Dans cet avis, le Défenseur des droits réaffirme que l'intérêt de l'enfant suppose l'ouverture de différentes possibilités aux équipes médicales sollicitées pour permettre l'accompagnement des mineurs concernés. Il pointe également le risque de discrimination par rapport aux mineurs cisgenres, qui ne voient pas leur accès aux soins particulièrement encadré. Le Défenseur des droits ajoute diverses recommandations sur la nécessité d'une prise en charge uniforme des frais médicaux liés aux parcours de transition médicale et à la lutte contre la transphobie en milieu scolaire. La proposition de loi a néanmoins été débattue au Sénat puis transmise à l'Assemblée nationale le 23 juillet 2024⁶⁹. L'article 1^{er} maintient l'interdiction des traitements hormonaux et chirurgicaux mais autorise les bloqueurs de puberté après décision de la réunion de concertation pluridisciplinaire. Un tel assouplissement pourrait-il suffire à satisfaire les exigences européennes en matière de respect des droits humains et en particulier d'accès aux soins des mineurs trans ? Rien n'est moins sûr.
- 30 Dans une autre affaire concernant, cette fois, une femme trans majeure incarcérée, la Cour européenne des droits de l'homme, le 11 juillet 2024 (**CEDH, 11 juill. 2024, n° 31842/20, *W.W. c. Pologne***)⁷⁰, a condamné les autorités polonaises pour lui avoir temporairement refusé l'accès à des traitements hormonaux. Ce refus de soins,

⁶⁷ Ryan King, « Seattle doctor rushing to do trans surgeries before Trump inauguration slammed in scathing ad campaign », *New York Post*, 26 décembre 2024.

⁶⁸ Défenseur des droits, Avis n° 24-05 du 6 mai 2024 [en ligne : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=22202].

⁶⁹Assemblée nationale, Proposition de loi n° 147, adoptée par le Sénat, visant à encadrer les pratiques médicales mises en œuvre dans la prise en charge des mineurs en questionnement de genre [en ligne : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/17/textes/l17b0147_proposition-loi].

⁷⁰ *Dalloz actualité*, 16 septembre 2024, obs. Alexandre Lefebvre ; *RJPF* 2024. 296, comm. Maïté Saulier.



même temporaire, constitue, selon les juges européens, une violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. J. M.

B. Indemnisation des préjudices

- 31 Tel qu'il est actuellement conçu, notre système juridique inclut dans la protection de l'intégrité corporelle des personnes la juste indemnisation de leurs préjudices⁷¹. À cet égard, et dans une perspective de genre, l'année écoulée a été marquée par plusieurs décisions.

1. Les échecs fautifs de stérilisation contraceptive

- 32 En premier lieu, deux décisions du fond statuent sur le préjudice particulier d'échec fautif d'une stérilisation contraceptive : un jugement du **Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne (1^{er} mars 2024, n° 2201142)** et un du **Tribunal administratif de Melun (2 avril 2024, n° 2210796)**. Ces décisions donnent à voir toute la complexité de la réparation de ce type de préjudice⁷².
- 33 Dans la première affaire, l'obstruction tubaire n'avait pas été pratiquée dans les règles de l'art et la patiente était tombée enceinte. Elle avait cependant fait une fausse couche dont l'expulsion n'avait pas pu être effectuée par voie médicamenteuse, l'obligeant à être hospitalisée pour subir un curetage. Deux éléments sont ici notables. D'une part, même si la nature des préjudices dont la réparation est demandée n'est pas extrêmement détaillée, il est possible de lire que seule l'indemnisation des préjudices en lien direct avec les examens post-opératoires ont été sollicités. En tout état de cause, ils sont ici les seuls à être *indemnisés*, à l'exclusion implicite de toute indemnisation relative à la fausse-couche et à ses suites⁷³. Du reste, sans exclure la responsabilité du Centre hospitalier, en raison de plusieurs fautes médicales directement en lien avec le dommage, le Tribunal se fend d'une remarque mystérieuse sur le lien de causalité dans cette affaire. Il affirme que, alors que la victime « soutient que le chirurgien a commis une faute en ne l'informant pas, à la suite des résultats de l'hystérosalpingographie (...) de

⁷¹ À cet égard v. également le commentaire de CEDH, 12 déc. 2024, *Hasmik Khachatryan c. Arménie*, n° 11829/16 dans la chronique « Travail, argent, économie » du présent numéro.

⁷² Sur la question de la réparation des préjudices d'atteinte aux droits reproductifs, v. Lisa Carayon, « Des droits sans débiteurs », in Stéphanie Hennette-Vauchez et Laurie Marguet dir., *De Haute Lutte. La révolution de l'avortement*, CNRS éd., 2025, pp. 303-332.

⁷³ En ce qui concerne le préjudice fonctionnel temporaire notamment, la décision retient une période antérieure à la grossesse.



l'échec de la stérilisation, ce défaut d'information n'est pas en lien avec les préjudices subis par l'intéressée ».

- 34 Deux interprétations sont ici possibles. Soit les préjudices dont l'indemnisation est demandée par la femme n'*incluent pas* les conséquences de la grossesse et le tribunal suggère que les autres examens subis par la patiente à la suite de cette première procédure auraient de toutes façons dû avoir lieu ; mais dans ce cas il néglige la liberté qu'aurait eu la patiente d'y renoncer, une fois informée de l'échec de stérilisation. Soit la réparation demandée *inclut bien* les conséquences de la grossesse non-désirée et l'affirmation est également problématique. En effet, elle suggère que toutes les conséquences de cette grossesse ne trouvent *en rien* leur cause dans le fait que la patiente n'ait pas été informée que l'opération avait peut-être échouée. Mais où en est alors la cause ? Dans la fausse couche elle-même, qui a conduit au curetage ? dans la relation sexuelle, qui a conduit à la grossesse ? La décision est confuse et illustre toute la difficulté de l'interprétation des décisions portant sur la responsabilité médicale, mais aussi le sous-usage que font les patientes de cette voie de droit. En effet, la liste des préjudices dont la réparation est ici sollicitée reste très réduite et on peine à croire que la victime ait été parfaitement conseillée, même s'il est vrai que lorsque les demandes sont plus étendues, le résultat n'est pas forcément meilleur.
- 35 Ainsi, dans l'autre affaire, tranchée par le Tribunal administratif de Melun, une femme avait consenti à une stérilisation par ligature des trompes mais, alors qu'elle s'était expressément opposée à l'introduction d'un corps étranger, la procédure avait donné lieu à la pose de clips. En outre, la requérante n'avait pas été explicitement informée du risque subsistant de grossesse. Or ce risque se réalise et elle accouche bientôt de son sixième enfant. Se retournant contre l'AP-HP, elle réclame 30 000 euros pour la réparation de son « préjudice moral », sans que la décision ne laisse apparaître plus de détail. Or, si le tribunal admet qu'il y a une faute, en soi, dans le fait de poser des clips qui avaient été clairement refusés⁷⁴ et que la patiente n'avait, par conséquent, pas consenti à l'acte pratiqué, cette considération ne se retrouve pas au stade de l'indemnisation. En effet, dans l'évaluation de

⁷⁴ Pour des décisions différentes v. Cour administrative d'appel de Douai, 19 juin 2007, n° 06DA00660 dans laquelle la cour suggère qu'une ablation de trompes non-désirée ne constitue pas un préjudice physique, notamment en considération du fait que la personne n'avait que très peu de chance d'avoir d'autres enfants (décision dans laquelle est cependant réparé un préjudice moral au regard des convictions morales et religieuses de la victimes) ; Cour administrative d'appel de Lyon, 20 avril 2021, n° 19LY03449 dans laquelle l'ablation des trompes en lieu et place de la pose de clips n'est indemnisée qu'à hauteur de 200 € au motif que les conséquences sur la stérilité sont identiques.



l'indemnisation, seul le préjudice de découverte tardive de la grossesse est ici réparé – à hauteur de 12 000 euros. La décision reste en revanche absolument silencieuse sur l'éventuelle réparation *du seul fait de l'absence de respect de son choix dans le mode d'intervention* au titre du préjudice moral demandé. De plus, et de manière tristement classique, le tribunal rejette toute indemnisation des « troubles de toute nature dans les conditions d'existence qui ont résulté de la naissance de l'enfant », étant donné que la requérante ne se prévaut pas de conséquences *particulières* à cette naissance – dont le seul fait qu'il s'agisse d'un sixième enfant ne semble pas relever. Cette position est la reprise d'un principe posé en 1982 par le Conseil d'État, dans une affaire d'échec d'avortement⁷⁵. Elle reste aussi contestable aujourd'hui qu'elle l'était alors : refuser par principe de considérer la naissance non-désirée ou non-prévue comme un préjudice, tant matériel que moral, est une position qui nie l'impact de ces situations sur le corps⁷⁶, la vie⁷⁷ et le psychisme⁷⁸ des femmes, et qui naturalise la fonction maternelle.

2. La contamination d'une partenaire au VIH

- 36 Dans un tout autre domaine, mais dont on verra qu'il n'est pas sans lien avec cette réflexion, la **Cour de cassation** a rendu, le **14 mars 2024**⁷⁹, une décision qui a fait couler beaucoup d'encre⁸⁰. Il s'agissait en l'espèce d'une situation dans laquelle un homme séropositif avait volontairement cessé de prendre son traitement antirétroviral, entraînant une réapparition de la charge virale. Celui-ci avait caché sa situation à une femme avec laquelle il avait eu des relations sexuelles sans préservatif, laquelle avait été contaminée par le VIH. L'arrêt a été remarqué par le fait qu'il admet la preuve du lien de causalité dans la contamination par le biais d'un simple faisceau d'indices. Mais ce n'est pas le point que nous voudrions ici souligner. Dans cette

⁷⁵ Conseil d'État, 2 juillet 1982, n° 23141.

⁷⁶ Pour l'admission de l'indemnisation d'un accouchement sans péridurale dans ces circonstances (mais le rejet d'autres postes), v. Cour d'appel de Versailles, 5 avril 2012, n° 10/06362.

⁷⁷ Pour le rejet, pour défaut de preuve, de l'indemnisation « des difficultés rencontrées dans sa vie familiale [du fait que la requérante] n'a pu être recrutée sur un emploi stable [et] des charges matérielles induites par la naissance d'un troisième enfant », v. Cour administrative d'appel de Marseille, 29 mars 2018, n°16MA00924 (qui, au surplus, refuse d'établir un lien de causalité entre la faute dans la détection de la grossesse et la naissance).

⁷⁸ Pour une illustration, v. Cour administrative d'appel de Nantes, 4 octobre 2019, n°18NT00006 (admission de l'indemnisation) ; Tribunal administratif de Strasbourg, 21 avril 1994, n° 912-471 puis Cour administrative d'appel de Nancy, 30 avril 1997, n° 94NC00922 (rejet).

⁷⁹ Cass. 2^e civ., 14 mars 2024, n° 22-10.324.

⁸⁰ V. not. *RTD civ.* 2024, p. 426, obs. Patrice Jourdain ; Sophie Hocquet-Berg, *Responsabilité civile et assurances*, mai 2024, comm. 108 ; incidemment aussi, Samuel François et Laura Vitale, « Responsabilité civile - Réflexions sur le principe d'assimilation des fautes contractuelle et extracontractuelle à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Responsabilité civile et assurances*, novembre 2024, étude 10.



affaire, un pourvoi incident de la victime portait sur le fait que son indemnisation avait été réduite de 20% par les juridictions du fond en raison du fait qu'elle avait accepté des relations non-protégées, faits qualifiés de faute. La Cour de cassation admet le pourvoi et censure l'arrêt d'appel sur ce point.

- 37 Cette position a été diversement analysée par la doctrine. Dans une appréciation très littérale de la faute – qui a été celle de la cour d'appel –, il a été souligné que ne pas porter de préservatif lors de relations sexuelles « passagères » avec une personne dont on ne connaît pas le statut sérologique est effectivement contraire aux recommandations des organismes de santé publique⁸¹. Toutefois, il est également noté que, dans ce cas particulier, l'attitude de la personne contaminée était véritablement dolosive – ayant dissimulé non seulement sa séropositivité mais surtout son absence de traitement. Mais il est vrai que si la gravité de la faute de l'un peut permettre de *négliger* la faute de l'autre, cela ne signifie pas qu'elle *n'existe pas*⁸².
- 38 Que peut apporter une perspective critique à ce débat ? Il est possible de commencer par rappeler que les principales associations de personnes atteintes du VIH ont toujours milité *contre* la pénalisation de la contamination, non seulement dans une posture antirépressive en général mais aussi en arguant à la fois que la prévention était toujours une responsabilité *partagée* – ou conjointe – des partenaires et que la pénalisation ne faisait qu'aggraver la sérophobie, ce qui joue nécessairement contre les politiques de santé publique⁸³. Une position qui tient surtout à un refus de hiérarchisation des personnes séropositives dans une dichotomie coupables/innocentes qui fractionnerait la solidarité nécessaire *entre* malades et à *l'égard* des malades⁸⁴. Cette analyse tendrait à dire que ce n'est ici *ni l'un ni l'autre*

⁸¹ La Cour de cassation évoque ici la motivation de la Cour d'appel qui semble renvoyer à un avis du Conseil national du SIDA de 2006... portant sur le refus de principe de la pénalisation de la contamination ! [en ligne : <https://cns.sante.fr/dossiers/la-penalisation-de-la-transmission-sexuelle-du-vih/>].

⁸² V. Samuel François et Laura Vitale, préc. Les auteurices voient dans cette position une forme d'application « anticipée » de la proposition de réforme du droit de la responsabilité délictuelle dans laquelle seule la faute *lourde* de la victime peut réduire son droit à indemnisation.

⁸³ V. par ex. Act Up, communiqué « Pénalisation de la transmission du VIH », 1^{er} décembre 2005 [en ligne : <https://site-2003-2017.actupparis.org/spip.php?article2254#nb1>]. Pour un dossier accompagné d'interviews, v. Françoise Raynal, « Criminaliser la transmission du VIH : issue ou impasse ? », *Transversal*, n° 21, oct-déc. 2004 [en ligne : http://mediatheque.lecrips.net/docs/PDF_GED/S49578.pdf] et, pour un résumé, v. Daniel Borrillo, « La pénalisation de la transmission du VIH : la fin de la démocratie épidémiologique ? », 2019 [hal-01969324].

⁸⁴ Pour une approche plus détaillée de cette question en articulation avec l'histoire des mobilisations et les divers positionnements des associations, v. Gwenola Le Naour et Sandrine Musso, « Malades, victimes ou coupables ? Les dilemmes des luttes contre le sida », in Sandrine Lefranc et Lilian Mathieu dir., *Mobilisations de victimes*, Presses universitaires de Rennes, 2009 [en ligne : <https://doi.org/10.4000/books.pur.10699>].



des partenaires qui devrait être qualifié de fautif... et que c'est pour ce motif que l'indemnisation de la requérante ne pourrait lui être accordée.

- 39 D'un autre côté, il est vrai que ces positions associatives – notamment parce qu'elles étaient surtout anticarcérales – ne s'opposaient pas frontalement à la reconnaissance d'une responsabilité *civile* des personnes et notamment de celles qui, comme dans le cas d'espèce, ne préviennent pas, voire trompent, leurs partenaires alors qu'elles se savent contaminantes. Même si ActUp a pu prendre des positions en faveur du port du préservatif y compris dans le couple supposément monogame – afin justement de ne jamais présupposer que l'autre serait séronégatif –, la confrontation à la réalité ne peut éclipser que la confiance dans le couple ou, plus pragmatiquement, un projet de grossesse, peut conduire à un abandon de cette méthode de prévention⁸⁵. Mais si on pressent qu'il y a ici des comportements plus ou moins transgressifs socialement (cacher une relation extraconjugale, ne pas se protéger lors de celle-ci, cacher une séropositivité alors qu'on se sait contaminant·e etc.), où est la limite de la « faute » de l'auteur et de celle de la victime ?
- 40 Une approche contractualiste de la relation sexuelle pourrait-elle permettre de penser la question ? En acceptant des relations sans préservatif avec une personne inconnue, la requérante avait ici accepté une sorte de « contrat aléatoire » ... dont l'autre partie savait pertinemment qu'il n'en était pas un⁸⁶. Contrat nul pour défaut d'aléa donc⁸⁷. Peut-être ici une analyse contractualiste du consentement a-t-elle, implicitement, participé à la lecture de la faute proposée par la Cour de cassation : fauter signifie ne pas se comporter en personne raisonnable mais le « raisonnable » doit aussi être apprécié dans la relation à l'autre. Lorsque le mensonge et la dissimulation de l'autre sont si graves qu'ils en deviennent « impensables », peut-être n'est-il pas si fautif d'accorder sa confiance. Si on ajoute ici, d'une part, que les femmes ont, biologiquement, plus de risques d'être contaminée que les hommes lors d'un rapport hétérosexuel et, d'autre part, que celles-ci ont, structurellement, plus de risques de se trouver en position de ne pas pouvoir négocier le port du préservatif, on a en mains nombre d'arguments au soutien de la solution de la Cour de cassation.

⁸⁵ À strictement parler, reste la possibilité de prendre la PreP, qui n'est pas contre-indiquée en cas de grossesse.

⁸⁶ Ou plutôt que l'aléa portait sur le risque de contamination, ce qui n'est pas la même chose que de porter sur le risque que son partenaire soit séropositif contaminant.

⁸⁷ Et même nul d'office : Cass. 2^e civ., 6 mai 2021, n° 19-25.395.



- 41 Oui mais... Un tel raisonnement ne risque-t-il pas d'apporter de l'eau au moulin des hommes qui, forts du nombre limité de techniques de contraception « masculine », traînent devant les tribunaux celles qui leur ont « fait des enfants dans le dos » ?⁸⁸ Vouloir penser la notion de faute de façon neutre au genre peut se retourner contre les femmes ... surtout si l'on plaide dans le même temps pour la reconnaissance du préjudice d'avoir un enfant non-désiré ! Un exemple supplémentaire de l'aporie d'un système juridique de « réparation » qui se réduit au diptyque sanction/indemnisation sans penser une prise en charge globale, par des fonds ou organismes publics, des dommages liés aux aléas de la vie – de l'accident à la malveillance d'autrui. L. C.

C. La prise en compte des violences médicales

- 42 La lutte contre les violences médicales est un combat qui se mène sur tous les plans. Tout d'abord parce que le pouvoir médical est un facteur de domination qui facilite les abus sexuels des professionnel·les sur leurs patient·es⁸⁹ ou des hommes professionnels de santé sur leurs collègues⁹⁰. Ensuite, et surtout, parce que la médecine a été, historiquement, et est toujours, un outil de normalisation des corps et des sexualités. En la matière, les personnes intersexes ont payé un prix particulièrement lourd⁹¹. C'est pourquoi, pour symbolique qu'elle soit, la **résolution du Conseil des droits de l'homme de l'ONU du 21 mars 2024 sur la Lutte contre la discrimination, la violence et les pratiques préjudiciables à l'égard des personnes intersexes (n°A/HRC/55/L.9)**, est sans aucun doute un jalon important sur la voie de l'interdiction des opérations d'assignation de sexe. Le texte liste ainsi, parmi les violences dont sont victimes les personnes intersexes, les « interventions médicales inutiles ou reportables, qui peuvent être irréversibles, concernant les caractéristiques sexuelles, pratiquées sans le consentement plein, libre et éclairé de

⁸⁸ V. par ex., pour une demande d'indemnisation, Cour d'appel de Paris, 23 octobre 2015, n° 14/02955 ; pour une demande de refus d'établissement de la paternité, Cour d'appel de Versailles, 10 octobre 2016, n° 15/07061 ; pour une demande (rejetée) de transmission de QPC quant à l'impossibilité de se « défaire » de sa filiation, Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2019, n° 19-16634. En faveur de la possibilité de ne pas imposer la paternité dans ces hypothèses, v. Christine Lassalas, « Imposer une paternité au nom du seul lien biologique avec un enfant : une injustice au regard des transformations sociales et de l'évolution du droit », *Actu-Juridique.fr*, 20 mai 2022.

⁸⁹ Nous nous permettons de renvoyer, pour un panorama de la jurisprudence disciplinaire sur cette question à Lisa Carayon et Marie Mesnil, « Chronique de déontologie des professions de santé », *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie*, n° 42, déc. 2024, p. 93.

⁹⁰ Les violences sexistes et sexuelles sur les femmes professionnelles de santé sont ainsi soulignées par plusieurs organisations professionnelles. Cette année, v. notamment <https://www.santementale.fr/2024/09/violences-sexistes-et-sexuelles-a-lhopital-des-agresseurs-au-coeur-de-la-gouvernance/> et <https://donnerdeselles.org/nos-actions/barometre/>.

⁹¹ V. Michal Raz, *Intersexes : du pouvoir médical à l'autodétermination*, éd. du Cavalier bleu, 2023.



la personne concernée ». Une réflexion à poursuivre en France, où la loi de 2021 a fortement encadré cette pratique mais ne l'a pas prohibée⁹². L. C.

IV. Protection sociale

- 43 **En matière de protection sociale**, deux thématiques ont connu des actualités importantes ces derniers mois : les droits sociaux en cas de recours à une gestation pour autrui (GPA) à l'étranger, d'une part, et la couverture de certains événements en lien avec la fertilité (fausse couche et menstruations), d'autre part.

A. Les droits sociaux en cas de recours à une gestation pour autrui à l'étranger

- 44 Après le refus de l'attribution de la prime de naissance aux personnes ayant eu un enfant par GPA à l'étranger – validé par la Cour de cassation⁹³ –, c'est au tour de la **Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM)** de produire une **circulaire, le 11 juillet 2024**, dont l'objet est de préciser les « droits aux prestations des assurances maladie et maternité en cas d'accueil d'un enfant né de gestation ou de procréation pour autrui »⁹⁴. Il s'agissait vraisemblablement de tirer les conséquences de la modification de l'article 47 du code civil par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique. La mobilisation de différentes associations homoparentales autant que les décisions rendues par la première chambre civile le 2 octobre 2024 à propos de l'exequatur des décisions étrangères de filiation dans un contexte de GPA⁹⁵ ont néanmoins conduit à ce que la première circulaire soit remplacée par une seconde, le **7 novembre 2024**⁹⁶. Dans un premier temps, la circulaire précise les pièces nécessaires pour affilier à l'assurance maladie l'enfant né par GPA à l'étranger. Il paraît ainsi nécessaire de prouver l'existence d'un lien de filiation entre l'enfant et son parent (par le biais de l'acte de naissance étranger, traduit en langue française et légalisé ou apostillé ; l'acte juridique attestant de l'adoption de l'enfant, le cas

⁹² Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique et arrêté du 15 novembre 2022 fixant les règles de bonnes pratiques de prise en charge des enfants présentant des variations du développement génital en application de l'article L. 2131-6 du code de la santé publique.

⁹³ Cass. 2^e civ., 30 novembre 2023, n° 22-10.559, *RDSS*, 2024, p. 322, obs. Marie Mesnil ; *D.*, 2024, 464, obs. Richard Vessaud.

⁹⁴ DDGOS / DDO, Circulaire CIR-20/2024, 11 juillet 2024 [en ligne : <https://circulaires.ameli.fr/sites/default/files/directives/cir/2024/CIR-20-2024.pdf>].

⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 2 octobre 2024, n° 23-50.002 (n° 508 FS-B+R) et n° 22-20.883 (n° 507 FS-B+R), *D.*, 2024, p. 2042, obs. Laurence Brunet et Marie Mesnil.

⁹⁶ CNAM, Circ. CIR-29/2024 du 7 nov. 2024, *Dr. fam.* 2025, n° 4, note Jessica Attali-Colas.



échéant ; les pièces d'identité des enfants, accompagnées du certificat de nationalité française). La longueur de l'obtention de certains de ces documents pourrait conduire à priver l'enfant né par GPA d'une prise en charge de ses frais de santé, même temporaire, alors que celle-ci est prévue, selon les termes de l'article L. 160-2 al. 1^{er} du code de la sécurité sociale, pour « les enfants mineurs n'exerçant pas d'activité professionnelle qui sont à [la] charge [d'un assuré social], à condition que la filiation, y compris adoptive, soit légalement établie ou qu'ils soient pupilles de la Nation ou enfants recueillis ». Outre les discussions juridiques qui ne manqueront pas de se tenir devant le Conseil d'État autour de la condition tenant à une filiation « légalement établie », il convient de souligner que le simple recueil d'un enfant par un assuré social suffit à son affiliation à la CPAM.

- 45 Dans un second temps, la circulaire s'intéresse à l'attribution du congé de paternité et d'accueil d'enfant au sein d'un couple ayant eu recours à une GPA à l'étranger : le congé de maternité est réservé à la femme ayant accouché et ne peut être attribuée à la mère d'intention dans le cadre d'une GPA ; le congé de paternité et d'accueil de l'enfant peut, quant à lui, être attribué au père et, le cas échéant, à la personne qui vit avec la mère. Ces dispositions de l'article L. 1225-35 du code du travail, non modifiées à la suite de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, ne permettent ainsi pas, au sein d'un couple de femmes ayant eu recours à une AMP avec tiers donneur – pratique désormais autorisée en France –, à la mère par reconnaissance conjointe anticipée (RCA) de bénéficier du congé à ce titre mais uniquement en tant que personne qui vit avec la mère ayant accouché, ni, au sein d'un couple ayant eu recours à une GPA à l'étranger – du fait de l'interdiction de la pratique en France –, à la personne vivant avec le père de bénéficiaire d'un congé d'accueil. Seul le compagnon (beau-père) ou la compagne (belle-mère ou, le plus souvent, seconde mère) de la mère peuvent en effet bénéficier du congé d'accueil en plus, le cas échéant, du congé de paternité. Ces dispositions témoignent ainsi non seulement d'une forte hétéronormativité (les couples de même sexe ne sont pas pris en compte) mais aussi d'une forme de sexisme privant de congé la personne vivant avec le père. La constitutionnalité de ces dispositions légales, reprises par la circulaire, a été soulevée à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité faisant valoir notamment une atteinte au principe d'égalité⁹⁷. Leur conventionnalité peut également être discutée compte tenu de la directive (UE) 2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des

⁹⁷ CE, 4 juin 2025, n^{os} 497765 et 499608 (décision Cons. const. 2025-1155 QPC à venir).



aidants qui prévoit que les « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les pères ou, le cas échéant, les personnes reconnues comme seconds parents équivalents par la législation nationale [nous soulignons], aient le droit de prendre un congé de paternité de dix jours ouvrables, lequel doit être pris à l'occasion de la naissance de l'enfant du travailleur » (art. 4 §1). Les mères par RCA ainsi que les parents d'intention par GPA, dont la filiation peut être reconstruite par adoption ou reconnue par le biais de l'exequatur, ne sont-ils pas des « personnes reconnues comme seconds parents équivalents par la législation nationale » ? Le Conseil d'État ne devrait pas manquer d'apporter des réponses à ces questions dans les prochains mois. M. M.

B. La couverture des risques liés à la fertilité

1. La prise en charge des interruptions spontanées de grossesse précoces

- 46 La protection sociale s'adapte aux évolutions en matière familiale mais aussi en matière reproductive. À la suite de la loi n° 2023-567 du 7 juillet 2023 visant à favoriser l'accompagnement des couples confrontés à une interruption spontanée de grossesse dite fausse couche, la direction générale de l'offre de soins a publié une note qui donne aux acteurs locaux les lignes directrices pour la mise en œuvre des parcours de prise en charge. Il s'agit en particulier d'élaborer des protocoles spécifiques, notamment au sein des établissements de santé autorisés à pratiquer des actes de gynécologie-obstétrique, précisant les modalités de prise en charge médicale et psychologique et soulignant l'importance que celle-ci soit bienveillante et empathique (Note n° DGOS/P1/2024/119, 26 juill. 2024 qui donne aux acteurs locaux les lignes directrices pour la mise en œuvre de ces parcours, prévus par une loi du 7 juill. 2023)⁹⁸. Outre la prise en charge médico-psychologique des couples confrontés à une interruption spontanée de grossesse, la loi du 7 juillet 2023 a supprimé le délai de carence dans l'attribution d'indemnités journalières en cas d'arrêt de travail consécutif à un tel événement. Les trois jours de carence conduisaient en effet les assurées sociales à une perte significative de revenus, en plus de la perte de leur enfant – laquelle doit être involontaire, le dispositif n'ayant pas été étendu à l'IVG⁹⁹. Les jours de carence, dont l'efficacité est discutée de

⁹⁸ *AJ fam.* 2023, p. 421.

⁹⁹ V. not. Marie Mesnil, « L'avortement : à quel prix ? Les dispositifs juridiques de prise en charge financière », in Stéphanie Hennette-Vauchez et Laurie Marguet dir., *De haute lutte : la révolution de l'avortement*, CNRS éd., 2024, pp. 347-366.



manière générale¹⁰⁰, posent également question lorsque les personnes souffrent de menstruations incapacitantes. C'est d'ailleurs pour cette raison que des entreprises, par le biais de la négociation collective¹⁰¹, mais également des collectivités territoriales ont mis en place un congé menstruel à destination de leurs salariées et agentes.

2. Le congé menstruel

- 47 Le congé menstruel est symptomatique d'une plus grande prise en compte des menstruations, dans les sciences sociales de manière générale¹⁰² et plus spécifiquement, en droit social¹⁰³. Le juge administratif a été saisi par le Préfet de Haute Garonne afin qu'il se prononce sur la légalité de plusieurs décisions de collectivités reconnaissant une autorisation spéciale d'absence aux agent·es souffrant de règles douloureuses, d'endométriose, d'adénomyose ou de dysménorrhées. S'il est bien prévu par l'article L. 622-1 du code général de la fonction publique que « les agents publics bénéficient d'autorisations spéciales d'absence liées à la parentalité et à l'occasion de certains événements familiaux », ces autorisations spéciales d'absence ne peuvent être « liées aux règles incapacitantes telles que l'endométriose, l'adénomyose ou la dysménorrhée » (**TA Toulouse, 20 nov. 2024, n° 2406364, 2406581 et 2406584**). Ce raisonnement a été repris par le tribunal administratif de Grenoble à propos du congé menstruel uniquement. Il a en revanche été jugé que les chefs de service des collectivités peuvent légalement mettre en place les autorisations spéciales d'absence pour le deuxième parent lors de la naissance d'un enfant et en cas d'interruption volontaire de grossesse sur le fondement de l'article L. 622-1 du code général de la fonction publique (**TA Grenoble, 17 fév. 2025, n° 2500479 et n° 2500481**). Ainsi, l'IVG serait liée à la parentalité mais pas les menstruations, qui sont pourtant, nous semble-t-il, un prérequis à la procréation... **M. M.**

¹⁰⁰ Catherine Pollak, « L'effet du délai de carence sur le recours aux arrêts maladie des salariés du secteur privé », *DREES, Dossiers « solidarité et santé »*, n° 58, janvier 2015.

¹⁰¹ Nicole Maggi-Germain, « La création d'un congé pour menstruations incapacitantes : un enjeu d'égalité professionnelle entre les femmes et hommes ? », *Droit social*, 2024, p. 804.

¹⁰² V. not. Marion Coville, Héloïse Morel, Stéphanie Tabois, « Idées reçues sur les menstruations : corps, sang, tabou », Ed. Cavalier Bleu, coll. Idées reçues, 2023.

¹⁰³ Marie Mesnil, « Améliorer la prise en charge des frais de santé menstruelle : les règles comme risque social », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2023, n° 37, pp. 104-110 ; Djaouidah Séhili, Miu Shibuta et Violaine De Filippis, « Le congé menstruel, un progrès pour l'égalité entre les hommes et les femmes ? », *Revue de droit du travail*, 2024, p. 9.



Eleonora Bottini, professeure de droit public, UniCaen, Institut Caennais de Recherche Juridique (ICERJ) ;

Lisa Carayon, maîtresse de conférences en droit privé, Université Sorbonne Paris Nord, Institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux (IRIS) ;

Elsa Fondimare, maîtresse de conférences en droit public, Université Paris Nanterre, CREDOF, UMR 7074 CTAD ;

Laurie Marguet, maîtresse de conférences en droit public, Université Paris Est Créteil, laboratoire Marchés Institutions Libertés (MIL) ;

Julie Mattiussi, maîtresse de conférences en droit privé, Université de Strasbourg, Centre de droit privé fondamental ;

Marie Mesnil, maîtresse de conférences en droit privé, Université Paris-Saclay, Institut Droit Éthique Patrimoine (IDEP) ;

Maïté Saulier, maîtresse de conférences en droit privé, CY Cergy Paris, Laboratoire d'études juridiques et politiques (LEJEP).