

Actualités choisies – Corps Santé, Sexualité (janvier 2023 – décembre 2023)



Ariane Amado, Laurence Brunet, Lisa Carayon, Laurie Marguet, Marie Mesnil.



- 1 L'année 2023 a été marquée par une riche actualité juridique en matière de corps, santé et sexualité, qui trouve une analyse non seulement sous le prisme des droits sexuels et reproductifs – comme en matière de contrôle de la reproduction (I), de prévention des risques sanitaires (II) et d'accès à l'AMP (III)–, mais également sous l'angle de la protection de l'intégrité physique des personnes (IV) et de la protection sociale (V).

I. Contrôle de la reproduction

A. Interruption de grossesse

- 2 Les actualités juridiques de l'année 2023 mettent en lumière la protection en demi-teinte que connaît actuellement l'interruption volontaire de grossesse dans le monde. En effet, si des évolutions notables sont à souligner, notamment en France (1), l'accès à l'IVG demeure peu protégé dans de nombreux pays (2).

1. Le renforcement limité de la protection accordée à l'IVG en France

- 3 *La constitutionnalisation de l'IVG en France* - Après l'échec des premières tentatives de constitutionnalisation de l'accès à l'IVG en 2022, faute de consensus entre l'Assemblée nationale et le Sénat, la CNCDH, à l'instar du CESE¹ et du HCE, a publié le 28 septembre 2023 un avis en faveur de cette constitutionnalisation². En rappelant qu'une Constitution a également pour fonction « d'exprimer » l'identité et les valeurs d'une société³, elle argue de ce que la constitutionnalisation

¹ CESE, *Déclaration du bureau en faveur de l'inscription du droit à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) dans la Constitution*, 12 juillet 2020.

² CNCDH, *Avis sur la constitutionnalisation de l'avortement*, 28 septembre 2023.

³ En se référant à la définition de la Constitution donnée par le Conseil constitutionnel lui-même (« Qu'est-ce que la Constitution ? À quoi sert-elle ? », disponible au lien suivant : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/qu-est-ce-que-la-constitution-a-quoi-sert-elle> : « acte fondateur par lequel une société se constitue une



de l'IVG permettrait de « traduire l'attachement du peuple français à une garantie maximale du droit à l'IVG ». Elle recommandait ainsi : 1) la constitutionnalisation de l'IVG dans l'article 1^{er} de la Constitution, 2) l'adoption d'une formulation qui garantisse un principe de non-régression par rapport à l'état du droit actuel et 3) une révision dédiée à la seule question de l'IVG et que le processus aboutisse le plus rapidement possible.

- 4 Ces recommandations ont été en partie suivies par le Gouvernement, puisque le projet de loi constitutionnelle déposé en décembre 2023 était exclusivement dédié à la constitutionnalisation de l'IVG et entendait « garantir » la liberté des femmes d'interrompre leur grossesse. Fruit d'un consensus entre l'Assemblée nationale – qui avait voté pour l'inscription dans un article 66-2 de la phrase « la loi garantit l'effectivité et l'égal accès au droit à l'IVG »⁴ – et le Sénat – qui avait voté pour l'inscription dans l'article 34 de la phrase « la loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté de la femme de mettre fin à sa grossesse »⁵ –, le texte finalement voté le 4 mars 2024 insère à l'article 34 que : « la loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse »⁶. La formulation et l'emplacement retenus ne permettent ni la pleine mise en lumière du lien existant entre l'IVG et l'égalité des sexes⁷, ni le maintien certain de toutes les conditions entourant actuellement l'accès à l'IVG. Mais le texte permet d'empêcher la suppression totale de l'IVG à l'avenir, et envoie un message symbolique et historique important en faveur des droits sexuels et reproductifs des femmes. **L.M.**
- 5 *Les conditions restrictives prévues pour la réalisation d'IVG instrumentales par les sage-femmes* - Si l'accès à l'IVG fait l'objet d'une libéralisation progressive constante, force est d'observer que le décret du 16 décembre 2023 relatif à la pratique des IVG instrumentales par les sage-femmes rompt avec cette tendance⁸. Ce décret est l'aboutissement d'une expérimentation mise en place par un décret de 2021 permettant aux sage-femmes de pratiquer des IVG instrumentales en établissement de santé ; expérimentation pérennisée par la loi du 2 mars 2022, afin de renforcer l'offre de soins. Pourtant, les conditions prévues par le décret d'application de 2023 sont si strictes qu'elles rendent la réalisation d'IVG instrumentales par les sage-femmes presque impossible : il exige que plusieurs médecins⁹ soient disponibles dans l'établissement où la sage-femme réalise l'IVG,

identité et décide de l'ordre sociétal voulu [en] consac[ant notamment] des droits et libertés fondamentales ») la CNCDH insiste sur la fonction « expression » de la Constitution.

⁴ Texte n°34 adopté par l'Assemblée nationale le 24 novembre 2022.

⁵ Texte n°48 (2022-2023) modifié par le Sénat le 1er février 2023.

⁶ Projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, n° 1983, déposé le 12 décembre 2023.

⁷ On se permet de renvoyer à Laurie Marguet, « La constitutionnalisation de l'IVG : deuxième Round », *Blog juspoliticum*, 9 février 2024.

⁸ 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.

⁹ Un médecin compétent en matière d'interruptions volontaires de grossesse par méthode instrumentale, un gynécologue-obstétricien, un anesthésiste-réanimateur ainsi qu'un médecin justifiant d'une formation et d'une expérience dans la pratique de l'embolisation artérielle. Le texte n'exclut pas formellement que ces différentes fonctions puissent éventuellement être exercées par la même personne.



dont un radiologue interventionniste. De fait, les IVG instrumentales ne pourront donc être réalisées au mieux que dans des CHU¹⁰. Par ailleurs, il est imposé que les sage-femmes aient observé au moins 10 actes d'IVG instrumentales, et réalisé au moins 30 IVG instrumentales sous la supervision d'un médecin ou d'une sage-femme formée à cette activité et disposant d'une expérience en la matière de plus de 2 ans ou ayant réalisé plus de 60 actes. Des conditions contraignantes qui, comme le souligne l'ordre national des sage-femmes, n'existent pas pour les accouchements qu'elles pratiquent pourtant régulièrement, et ce alors même qu'il s'agit d'un acte plus dangereux qu'une IVG, fût-elle instrumentale¹¹. Difficile donc de voir dans ces deux dernières évolutions un véritable renforcement du droit à l'avortement. En ce début d'année 2024, un nouveau décret est, de fait, revenu sur ces conditions drastiques¹². L.M.

2. Les avancées ambiguës de la protection de l'accès à l'avortement à l'étranger
- 6 Droits reproductifs aux États-Unis - Aux USA, alors que l'une des conséquences principales de l'arrêt *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* de la Cour suprême de juin 2022¹³ est de supprimer toute protection constitutionnelle de l'avortement à l'échelle fédérale et, partant, de cantonner le traitement de cette question à l'échelle des États fédérés, un scrutin « test » a été récemment organisé dans certains États pour déterminer si les citoyens sont favorables, ou non, à un amendement visant à protéger l'IVG dans les Constitutions locales. Dans l'Ohio, le « oui » a remporté 55% des voix en novembre 2023 ; il avait également été majoritaire en Californie, dans le Vermont et le Michigan, ainsi qu'au Kansas en 2022. Le droit constitutionnel des États fédérés offre donc des outils susceptibles de contourner les effets délétères de l'arrêt *Dobbs* pour les droits reproductifs et sexuels des femmes¹⁴.
- 7 Il n'en demeure pas moins que les contentieux hostiles à l'IVG se multiplient aux USA : en juin 2023, un juge texan suspendait l'autorisation de mise sur le marché du Mifépristone¹⁵. Or, si cette décision a été rapidement suspendue par la Cour suprême¹⁶, cette suspension n'est que temporaire. Rien ne permet d'affirmer – considérant l'attachement (non dissimulé) de ses membres au mouvement « pro-life » – que la Cour suprême ne reviendra pas sur l'autorisation de mise sur le marché de cette pilule abortive, ce qui constituerait un recul supplémentaire pour

¹⁰ Question au gouvernement n°14683, Elsa Faucillon, 30 janvier 2024.

¹¹ Ordre national des sage-femmes, « Décret IVG instrumentale : un leurre progressiste pour les droits des femmes », 20 décembre 2023.

¹² Décret n° 2024-367 du 23 avril 2024 modifiant les conditions d'exercice par les sages-femmes de la pratique des interruptions volontaires de grossesse instrumentales en établissement de santé, JORF n°0096 du 24 avril 2024.

¹³ Cour suprême des États-Unis, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US (2022).

¹⁴ Voir sur ce point : Julie Suk, « L'avortement comme question constitutionnelle », dans ce numéro.

¹⁵ District court for the Northern District of Texas Amarillo Division (Matthew J. Kacsmayk), *Alliance for Hippocratic Medicine et al. v. Food and Drug Administration*, 7 avril 2023, 2:22-cv-223-z. 223.

¹⁶ Cour suprême des États-Unis, *Alliance for Hippocratic medicine, et al., v. US Food and Drug Administration*, 21 avril 2023, 598 U. S. (2023). Voir notamment : Stéphanie Hennette-Vaucher, Laurie Marguet, « Chronique de bioéthique », *Cahiers droit, sciences et technologies*, 2023, n°17 ; Margaux Bouaziz, « L'accès à l'avortement par voie médicamenteuse maintenu aux États-Unis... pour l'instant », *Blog Le Club des Juristes*, 26 avril 2023



les droits des femmes aux États-Unis ; d'autant plus problématique qu'il ne pourrait, cette fois, être contourné par les États fédérés progressistes. **L.M.**

- 8 *La dépenalisation limitée de l'avortement à Malte* - En Europe, un projet de loi à Malte¹⁷ - dernier pays européen à interdire encore officiellement l'avortement - a envisagé pour la première fois en 2023 la dépenalisation partielle de l'IVG à la triple condition que la poursuite de la grossesse soit susceptible d'entraîner le décès de la femme enceinte, que le fœtus ne soit pas viable et qu'une équipe de trois médecins autorise l'interruption de grossesse, réalisée dans un hôpital agréé¹⁸. Non seulement le droit maltais ne dépenalise donc que l'interruption *médicale* de grossesse, mais les conditions posées suggèrent qu'elle sera très difficile à mettre en œuvre, *a fortiori* dans une temporalité permettant effectivement de sauver la femme enceinte. **L.M.**
- 9 *L'absence de protection de l'avortement à l'échelle supra-législative européenne* - L'accès à l'interruption de grossesse demeure extrêmement difficile dans d'autres pays européens : il n'est autorisé en Pologne qu'en cas de danger pour la vie de la femme enceinte. Or, les contraintes exercées sur la Pologne par le droit européen demeurent inefficaces. Certes, le Parlement européen s'est prononcé contre l'interdiction *de facto* du droit à l'avortement en Pologne¹⁹, et pour une inscription du droit à bénéficier d'un avortement sûr et légal dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁰. Mais l'UE ne peut faire davantage car l'IVG demeure hors du champ de sa compétence. Quant à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, elle fait preuve d'une grande retenue sur cette question, se refusant à appréhender l'IVG comme une question de genre : non seulement elle ne fait toujours pas découler de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme un droit à l'avortement, mais le contrôle qu'elle exerce sur la législation polonaise est d'une grande timidité. Ainsi, dans un arrêt *A.M et autres contre Pologne* du 16 mai 2023²¹, elle a jugé irrecevable la requête de plusieurs

¹⁷ ACT No. XXII, 30 juin 2023, disponible sur [LEGIŻLAZZJONI MALTA \(legislation.mt\)](https://legislation.mt)

¹⁸ Plus précisément, l'IVG est envisagée dans deux cas de figure : premièrement, dans le cas où une complication médicale est susceptible d'entraîner le décès de la femme enceinte si (et seulement si) le fœtus n'est pas viable ; deuxièmement dans le cas où une intervention médicale pratiquée en raison d'une complication médicale est susceptible de porter gravement atteinte à la santé de la femme enceinte, elle-même susceptible d'entraîner son décès. Dans le second cas de figure, l'interruption de la grossesse n'est possible qu'à la triple condition que : 1° le fœtus ne soit pas viable (soit le moment à partir duquel le fœtus est considéré, au regard des connaissances médicales actuelles, comme apte à (sur)vivre en dehors de l'utérus) ; 2° une équipe médicale (composée de trois médecins spécialistes ; deux obstétriciens ou gynécologues - l'un des deux étant l'obstétricien pratiquant l'intervention et un spécialiste de la complication médicale qui affecte la santé de la femme enceinte) accepte l'intervention ; 3° l'intervention soit pratiquée dans un hôpital un hôpital agréé disposant des installations nécessaires à sa réalisation.

¹⁹ Le recours contre la résolution du Parlement sur l'interdiction de fait du droit à l'avortement en Pologne a été jugé irrecevable par le tribunal de l'Union européenne dans une décision du 13 octobre 2023 : Tribunal de l'Union Européenne, [ord.](#), 13 oct. 2023, T-42/21.

²⁰ Résolution du Parlement européen du 7 juillet 2022 sur la décision de la Cour suprême des États-Unis de remettre en cause le droit à l'avortement aux États-Unis et la nécessité de protéger ce droit ainsi que la santé des femmes dans l'Union européenne (2022/2742(RSP)).

²¹ Cour EDH, 16 mai 2023, *A.M. c. Pologne*, nos 4188/21, 4957/21, 5014/21, 5523/21, 5876/21, 6114/21, 6217/21, 8857/21.



femmes polonaises qui arguaient de ce que la décision du tribunal constitutionnel polonais du 20 octobre 2020 de restreindre considérablement l'accès à l'avortement (y compris en cas de malformations fœtales) impactait directement leurs droits reproductifs et sexuels. La Cour refuse de les considérer comme « victimes » (pas même « victimes potentielles ») de la législation polonaise puisqu'elles n'avaient pas été *directement* confrontées à un refus d'accès à l'avortement en Pologne²². Une décision surprenante puisque, comme le souligne Audrey Boisgontier : « il paraît difficile de soutenir qu'une restriction aussi drastique du droit à l'avortement n'affecte pas de manière continue et directe la vie privée des femmes polonaises, à partir du moment où elles ont la capacité de procréer »²³.

- 10 Si la CEDH condamne la Pologne dans l'arrêt *M.L. contre Pologne* du 14 décembre 2023²⁴, c'est parce l'encadrement de l'avortement repose sur une décision irrégulière du tribunal constitutionnel polonais, en raison, notamment, de la nomination problématique de certains membres (que la Cour avait déjà condamnée en 2021²⁵). Le refus opposé aux requérantes d'accéder à une IMG n'est donc pas *per se* contraire à la Convention mais dépourvu de base légale (car fondée sur un arrêt rendu par une juridiction irrégulièrement composée au regard des standards de l'État de droit). L.M.

B. Contraception

- 11 *Renforcement de l'accessibilité des contraceptifs* - Le droit français fait tomber progressivement les barrières financières pouvant exister pour l'accès à la contraception, en particulier pour les plus jeunes. Alors que la loi de finances pour 2022 avait étendu aux assurées (et aux bénéficiaires de l'aide médicale d'État) de moins de 26 ans le remboursement à 100% des actes relatifs à la contraception, la loi de finances pour 2023²⁶ les fait désormais bénéficier d'une avance totale des frais. Ce sont donc non seulement les produits contraceptifs pris en charge par la sécurité sociale qui leur sont accessibles gratuitement et sans avance de frais mais aussi les consultations et les analyses biologiques nécessaires à la prescription de ces produits. Aspect notable de cette nouvelle réglementation, ce dispositif s'applique aux « assurés », au masculin, alors que la version antérieure ne visait, en ce qui concerne la délivrance des contraceptifs, que les « assurées ». Dans un univers légistique qui considère toujours que le neutre est le masculin²⁷, ce changement de formulation est significatif puisqu'il étend aux hommes la dispense d'avance de frais non seulement en ce qui concerne l'accès aux « consultations de prévention en matière de santé sexuelle » mais aussi aux produits contraceptifs eux-mêmes, au premier rang desquels les préservatifs.

²² *Ibid.*, §80.

²³ Audrey Boisgontier, « Les femmes polonaises "victimes potentielles" de l'inaction du juge européen face à la restriction du droit à l'avortement en Pologne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 26 juin 2023,

²⁴ Cour EDH, 14 décembre 2023, *M. L. c. Pologne*, n° 40119/21.

²⁵ Cour EDH, 5 mai 2021, *Xero Flor w Polse sp. z o o c. Pologne*, n° 4907/18.

²⁶ Loi n° 2022-1616 du 23 déc. 2022 de financement de la sécurité sociale pour 2023, art. 32.

²⁷ V. Elsa Fondimare, « Haro sur l'écriture inclusive ! », ce numéro.



- 12 L'offre de produits remboursés s'accroît par ailleurs dans ce domaine, puisque deux arrêtés de 2023 ajoutent à la liste des produits remboursés une marque de préservatifs externes²⁸ (que les textes s'obstinent à dire « masculins ») en plus des deux marques déjà remboursées et, pour la première fois, une marque de préservatifs internes²⁹ (*idem...*). Ces produits sont désormais accessibles gratuitement sur prescription pour les plus de 26 ans et, avant cet âge, sans prescription, mais dans la limite d'une boîte par dispensation. Le nombre de marques remboursées reste cependant très faible, limitant de fait le choix des personnes³⁰. L.C.
- 13 *Veille sur la stérilisation contraceptive* - Parmi les techniques de contraception autorisées en France, la stérilisation – via ligature des trompes ou des canaux déférents – est sans doute celle qui suscite le plus d'attention. Au regard de l'ensemble des pratiques contraceptives, la vasectomie est très peu utilisée en France alors qu'il s'agit pourtant d'un des rares moyens de contraception à disposition des hommes³¹ : elle connaît toutefois actuellement un regain d'intérêt avec une multiplication par quinze de la pratique entre 2010 et 2022. Sur la même période, le nombre de stérilisations féminines a, quant à lui, été divisé par deux. Du fait de ces dynamiques, il y a eu, en 2022, trois stérilisations masculines pratiquées pour deux stérilisations féminines³². Plusieurs lectures de ce phénomène sont possibles. Peut-être les hommes souhaitent-ils de plus en plus prendre en charge une partie de la contraception³³. Mais il est également possible que le recul de la ligature des trompes puisse partiellement s'expliquer par une forme de méfiance vis-à-vis de la pratique. En effet, un temps présentés comme révolutionnaires pour l'obstruction des trompes, car ne nécessitant pas d'intervention chirurgicale, les implants Essure de la société Bayer sont ainsi, depuis 2015, soupçonnés de comporter de forts risques sanitaires. Un registre de recueil des pratiques autour de ces implants a donc été lancé le 1^{er} avril 2023 afin de clarifier les conséquences de ces outils.

²⁸ Arrêté du 31 octobre 2023 portant inscription des préservatifs masculins lubrifiés *Be Loved* de la société *Antoine Health Care* au titre I de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale.

²⁹ Arrêté du 22 décembre 2023 portant inscription des préservatifs féminins lubrifiés *Ormelle* de la société *Sugant* au titre I de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale.

³⁰ Il convient cependant de noter qu'une récente étude tendrait à montrer que, de façon contre-intuitive, l'usage des contraceptifs remboursés est moins important chez les femmes ayant les plus bas revenus, ce qui suggère que le choix de méthodes non-remboursées peut être déterminé par d'autres facteurs explicatifs : difficultés d'accès à la prescription, évitement des consultations etc. : Juliette Congy, Jean Bouyer et Elise de La Rochebrochard, « Low-income women and use of prescribed contraceptives in a context of full health insurance coverage in France, 2019 », *Contraception*, 2023, vol. 121, pp. 1-4.

³¹ En dehors du retrait, dont l'efficacité est limitée, le préservatif est évidemment la technique la plus utilisée par les hommes. Les techniques existantes du réchauffement testiculaire ou des injections hormonales sont aujourd'hui marginales.

³² Noémie Roland, Hugo Jourdain, Alain Weill, Cédric Lebâcle, Mahmoud Zureik, *État des lieux de la pratique de la vasectomie en France entre 2010 et 2022*, 12 février 2024. Disponible sur : <file:///Users/lisacarayon/Downloads/20240212-epi-phare-rapport-vasectomie.pdf>.

³³ Mireille Le Guen, Mylène Rouzaud-Cornabas, et Cécile Ventola. « Les hommes face à la contraception : entre norme contraceptive genrée et processus de distinction », *Cahiers du Genre*, 2021, vol. 70, n° 1, pp. 157-184.



- 14 Comme dans tant d'autres domaines de la reproduction³⁴, les femmes se retrouvent donc dans une posture paradoxale vis-à-vis de la stérilisation : alors que certaines cherchent à accéder à la méthode de façon sûre, d'autres se la voient imposée sans égard pour leur volonté. Trois décisions rendues cette année illustrent la façon dont l'expression d'un réel consentement éclairé des femmes est négligée par certains médecins. Le 13 septembre 2023, la Cour de cassation s'est prononcée sur le régime juridique de la stérilisation à visée contraceptive qui, puisqu'il s'agit d'un acte médical non thérapeutique, est marqué par un renforcement des dispositions en matière d'information et de consentement. Il est en particulier prévu un délai de réflexion de quatre mois à la suite d'une première consultation médicale d'information. Ce temps de réflexion est présenté par le livret d'information qui est remis à l'occasion de cette consultation comme « indispensable pour permettre à la personne concernée d'exercer un choix responsable ». Il s'agissait pour la première chambre civile de savoir si la stérilisation pouvait, dans certaines circonstances, être pratiquée avant l'expiration de ce délai. Selon la Cour, le fait que l'opération soit pratiquée à l'occasion d'une autre intervention chirurgicale, ne permet pas de déroger à ces dispositions. La responsabilité d'un médecin peut donc être engagée lorsqu'il a pratiqué une stérilisation tubaire à l'occasion d'une césarienne réalisée huit jours après une première consultation, quand bien même il l'aurait fait à l'occasion d'une césarienne³⁵. Il ne peut donc jamais y avoir consentement à l'acte médical avant l'expiration de ce délai. Il s'agit là de la pleine reconnaissance des droits des usagères et usagers du système de santé, à l'information et à la codécision médicale, qui sont fondés sur la dignité des personnes.
- 15 Le tribunal administratif de Nancy³⁶ et la cour d'appel de Caen³⁷ ont également eu à connaître de deux affaires dans lesquelles des stérilisations ont été pratiquées sur des femmes sans que la procédure prévue par la loi³⁸ n'ait été respectée. Dans le premier cas, une femme avait échangé avec son médecin à propos de la stérilisation mais sans que le dossier d'information prévu par la loi ne lui ait été remis ni qu'elle n'ait donné son consentement par écrit à l'opération, ce qui n'a pas empêché le chirurgien de pratiquer ladite stérilisation un an plus tard à l'occasion d'une autre intervention. Dans la seconde affaire, la femme avait demandé par courrier, durant sa grossesse, qu'une stérilisation soit pratiquée en cas de césarienne, ce qui n'avait pas été le cas, puis avait consulté en *post partum* pour se voir informée sur cette technique ; mais elle avait signé un consentement le jour-même, sans attendre les quatre mois de réflexion légaux. Elle n'avait cependant pas donné suite à sa demande et avait eu recours à un stérilet. Pourtant, un an et demi plus tard, un médecin pratiquait une stérilisation à l'occasion d'une coelioscopie pour soupçon de grossesse extra-utérine. Ces deux cas, outre de

³⁴ Sur la notion de justice reproductive, v. le colloque à venir *(In)justice reproductive en France : Les droits reproductifs au prisme des rapports de domination de genre, de race et de classe*, 28 et 29 novembre 2024 à la MSH Paris Nord.

³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2023, n° 22-18.676.

³⁶ TA Nancy, 6 juillet 2023, n° 101033.

³⁷ CA Caen, 9 mai 2023, n°20/00314.

³⁸ Art. L. 2123-1 Code de la santé publique.



rendre visibles des pratiques peu respectueuses des règles applicables, sont intéressants sur le fait que le consentement est, dans les deux cas, considéré comme inexistant (et pas « non-éclairé »), ce qui est heureux. Pour autant, dans la première affaire, le préjudice moral de la femme est considéré comme non-démonstré (là où, dans l'autre affaire, il est attribué une provision de 30.000 euros étant donné le jeune âge de la femme et le fait qu'elle a ensuite tenté sans succès une opération de réimpermeabilisation puis des AMP). Cette position interroge dès lors qu'outre le déficit fonctionnel, la Cour de cassation a récemment considéré qu'il pouvait y avoir un préjudice spécifique lié à l'ablation d'un organe sain³⁹. **L.C. et M. M.**

II. Prévention des risques sanitaires dans la sphère sexuelle

- 16 *La mise en place expérimentale de « centre de santé sexuelle d'approche communautaire »* - Pris sur le fondement de la loi de financement de la sécurité sociale de 2018 (qui attribue des financements inédits à certaines innovations en matière de santé)⁴⁰, l'arrêté du 29 septembre 2023⁴¹ autorise – pour une période transitoire de 18 mois (du 1^{er} octobre 2023 au 31 mars 2025) – la mise en place expérimentale de centre de santé sexuelle d'approche dite « communautaire ». Ses objectifs sont présentés par l'arrêté du 11 avril 2023⁴² qui autorise la mise en place des quatre premiers centres expérimentaux : il s'agit de cibler les besoins spécifiques de certaines populations particulièrement vulnérables et particulièrement exposées au VIH et aux IST, en particulier les hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes, les personnes trans, et les personnes en situation de prostitution. L'arrêté souligne que leur vulnérabilité est certes liée à leurs pratiques sexuelles et aux spécificités de ces groupes mais aussi – élément notable du point de vue de la lutte contre les inégalités de genre et/ou de race et de classe – des « inégalités liées aux méconnaissances ou aux représentations inadéquates des acteurs du système de soin » à l'égard de ces populations. En parallèle de la transformation des représentations des professionnels de santé et de leurs pratiques, l'objectif de cette innovation est la mise en place d'un lieu unique permettant des examens réalisés dans un délai court, par un personnel formé aux vulnérabilités de ces populations, dans des locaux adaptés disposant du matériel nécessaire à l'obtention rapide de résultats de biologie médicale. Il s'agit de dépister et traiter les personnes par la mise en place d'un parcours « test & treat » (sur le modèle anglosaxon) car « un dépistage qui permette la remise immédiate des résultats tant que le/la patiente est toujours présent dans la structure est une des clés de la réussite de ce projet ». **L.M.**

³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2023, n° 22-20.786.

⁴⁰ Articles 51 et suivants de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018.

⁴¹ Arrêté du 29 septembre 2023 relatif à l'ouverture d'une période transitoire pour l'innovation « Centres de santé sexuelle d'approche communautaire ».

⁴² Arrêté du 11 avril 2023 modifiant l'arrêté du 27 novembre 2020 relatif à l'expérimentation nationale de centres de santé sexuelle d'approche communautaire et fixant la liste des établissements expérimentateurs.



- 17 *Information sur l'usage des produits d'hygiène menstruelle* - En réponse aux revendications réitérées des mouvements féministes d'une information sur la composition des tampons et serviettes hygiéniques⁴³, un décret du 30 décembre 2023⁴⁴ impose désormais un étiquetage de ces produits faisant apparaître leur composition, des consignes d'hygiène quant à leur utilisation ainsi que des éléments d'alerte sur le syndrome du choc toxique menstruel. L.C.
- 18 *Éducation à la sexualité et à la vie affective* - Un collectif d'associations dénommé *Cas d'école* a annoncé, le 2 mars 2023, saisir la justice administrative afin que soit effectivement appliquée l'obligation légale d'assurer trois séances annuelles d'éducation à la sexualité de la maternelle au lycée. Cette action fait écho à la recommandation contenue dans le rapport 2023 du HCE : « instaurer une obligation de résultats pour l'application de la loi sur l'éducation à la sexualité et à la vie affective dans un délai de trois ans, et prévoir une sanction financière en cas de non-respect de cette obligation dans ce délai »⁴⁵. L.C.

III. Assistance Médicale à la Procréation et don de gamètes

- 19 Au prisme du genre, l'actualité juridique récente concernant l'AMP (avec et sans don de gamètes) et le dépistage prénatal suscite tout d'abord plusieurs interrogations sur une possible tension, voire une incohérence, entre différentes normes du droit français, qui ne peuvent qu'affecter la mise en œuvre des projets parentaux.
- 20 Au regard des limites d'âge pour commencer, on constate une contradiction manifeste entre deux sources juridiques. On rappellera que, depuis la loi relative à la bioéthique du 2 août 2021, l'âge pour bénéficier d'une AMP n'est plus laissé à l'appréciation de l'équipe médicale mais que des plafonds, notamment, ont été fixés, différents selon le sexe – l'horloge reproductive des hommes et des femmes étant très décalée – et variables selon la technique envisagée, afin de prendre en compte les « risques médicaux de la procréation liés à l'âge et l'intérêt de l'enfant à naître »⁴⁶. Ainsi le décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 a prévu qu'un prélèvement d'ovocytes ne peut avoir lieu après le 43^e anniversaire, alors qu'un recueil de spermatozoïdes est possible jusqu'au 60^e⁴⁷. Quant à l'insémination artificielle, l'utilisation des gamètes ou de tissus germinaux prélevés et conservés – que ce soit au cours d'un parcours d'AMP ou d'auto-conservation avec ou sans indication médicale⁴⁸ ainsi que d'un transfert d'embryons – la femme qui va porter

⁴³ V. la pétition #affichetacompo (<https://www.mesopinions.com/petition/sante/reglementation-encadrant-composition-protections-periodiques/207932>) suite notamment à l'avis de l'ANSES sur cette question (ANSES, *Sécurité des produits de protection intime*, déc. 2019 : <https://www.anses.fr/fr/system/files/CONSO2016SA0108Ra.pdf>)

⁴⁴ Décret n° 2023-1427 du 30 décembre 2023 relatif à l'information sur certains produits de protection intime.

⁴⁵ Haut Conseil à l'Égalité, *Rapport annuel 2023 sur l'état des lieux du sexisme en France*, 23 janv. 2023, n°2023-01-23-STER-55

⁴⁶ Art. L. 2141-2 al. 6 CSP.

⁴⁷ Art. R. 2141-36 CSP.

⁴⁸ Art L. 2141-11 et art. L. 2141-12 CSP.



l'enfant, qu'elle soit non mariée ou en couple, ne peut en bénéficier que jusqu'à son 45^e anniversaire quand, pour le ou la partenaire, la borne fixée est le 60^e anniversaire. On s'étonnera donc de la décision de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) du 11 juillet 2023⁴⁹ qui, pour l'insémination artificielle (sans distinction), fixe la fin de la prise en charge par l'assurance maladie au jour du 43^{ème} anniversaire de la femme, maintenant le seuil précédemment arrêté⁵⁰. S'agit-il là d'une erreur ? La consultation du site service-public.fr pourrait le laisser penser, qui indique bien que l'AMP peut être réalisée et prise en charge à 100% jusqu'au 45^e anniversaire de la femme qui va porter l'enfant. On peut néanmoins avoir des doutes sur le caractère involontaire de la contradiction entre la décision de l'UNCAM de 2023 et le décret du 28 septembre 2021. La question des limites d'âge est en effet depuis longtemps sujette à controverses de la part des professionnels de l'AMP, qui ont toujours considéré que le plafond de 43 ans interrompant la prise en charge par l'assurance maladie des actes d'AMP (toutes catégories confondues) était de toute façon trop haut et qu'il encourageait fallacieusement des couples dont la femme est âgée de plus de 40 ans à entreprendre un parcours d'AMP, alors qu'à cet âge les chances de grossesse et de naissance vivante d'un enfant par AMP sont extrêmement basses, et même plus basses que par procréation spontanée. Leur inquiétude à ce sujet s'est encore accrue avec l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées, qui a abouti à une explosion des demandes d'AMP avec don (notamment de spermatozoïdes) et à une forte hausse des demandes de femmes en solo dont plus d'un tiers a entre 40 et 44 ans⁵¹. D'où l'ajout d'une nouvelle disposition dans les nouvelles règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'AMP⁵², au titre des indications permettant la prise en charge des personnes en AMP, qui place l'âge et les résultats de l'évaluation de la réserve ovarienne au premier rang du faisceau d'arguments qui « permettent aux professionnels, après un entretien particulier, d'évaluer les chances de réussite de la tentative et peuvent conduire à récuser l'AMP avec ovocytes autologues ». Autrement dit, l'incertitude sur la limite d'âge pour réaliser une insémination créée par le décalage entre les conditions retenues par l'assurance maladie pour la prise en charge et celles fixées par le décret d'application de la loi, se résout par un retour à une appréciation médicale de l'âge de procréer. A tout le moins, cette disposition des règles de bonnes pratiques exige-t-elle que la femme candidate à une AMP puisse, même si elle approche de la limite d'âge, bénéficier d'un « entretien particulier » avec un professionnel de l'AMP, au cours duquel d'autres options peuvent lui être proposées : un don d'ovocytes, un double don (mais les délais d'attente risquent d'être rédhibitoires), voire un accueil d'embryon, en France mais aussi à l'étranger où la prise en charge est bien plus rapide et peut faire l'objet, sous condition de

⁴⁹ JO 27 juillet 2023, p. 37

⁵⁰ Par une précédente décision de l'UNCAM du 11 mars 2005.

⁵¹ V. les données communiquées lors du colloque organisé à l'occasion des 50 ans des CECOS, à Paris, le 15 novembre 2023.

⁵² Arrêté du 5 octobre 2023, modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation et abrogeant l'arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008, NOR : SPRP2325385A.



conformité aux conditions fixées par le droit français, d'un remboursement forfaitaire par l'assurance maladie⁵³. Il reste que le plus souvent, compte tenu de la saturation actuelle des services d'AMP français sous-dotés en personnel, cet entretien particulier prendra la forme d'une téléconsultation, peu propice à des échanges fluides sur des sujets intimes⁵⁴.

- 21 Nulle surprise, en tout cas, à ce que ces nouvelles barrières d'âge introduites par la loi bioéthique du 2 août 2021 et fixées par le décret du 28 septembre 2021 continuent de nourrir le contentieux relatif à l'exportation des gamètes conservées en France vers un pays où les limites d'âge sont plus souples. Une telle exportation est en effet soumise à l'autorisation de l'Agence de la biomédecine⁵⁵, qui doit veiller à ce que le transfert de gamètes à l'étranger ne conduise pas, notamment, à un contournement des bornes d'âge imposées en France. Le Conseil d'État, a ainsi approuvé le refus opposé par l'Agence de biomédecine à une femme de nationalité française âgée de 46 ans, qui sollicitait l'exportation en Espagne de ses ovocytes auto-conservés en France à l'âge de de 39 ans, afin d'échapper au plafond de 45 ans fixé pour leur utilisation par le droit français⁵⁶. Déboutée en France, cette femme a introduit un recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, le 4 septembre 2023, a invité la France à répondre à la question de savoir si le refus d'exporter les gamètes de la requérante vers un établissement de santé espagnol emportait violation du droit de celle-ci au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention⁵⁷.
- 22 Une seconde incohérence du cadre juridique de l'AMP, qui peut transformer le choix reproductif de la femme en véritable dilemme éthique, mérite d'être rapportée. Elle a été épinglée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt *Baret et Caballero c. France*⁵⁸. Était en cause, dans les deux affaires, l'interdiction de toute procréation *post mortem* en France, maintenue lors de la révision de la loi bioéthique du 2 août 2021, qui empêche aussi bien l'insémination de la femme avec les gamètes conservés de son conjoint décédé que le transfert d'embryons conçus par le couple avant le décès de l'homme. Cette interdiction se prolonge dans l'impossibilité d'exporter les gamètes ou les embryons cryo-conservés dans un pays étranger autorisant la procréation *post mortem* : l'ABM refuse, comme on l'a dit, de délivrer des autorisations quand il s'agit de s'affranchir des limites posées par le droit français ; et les tribunaux français approuvent cette position, dès lors que la femme n'entretient aucun lien particulier avec le pays où elle souhaite que les gamètes de son conjoint décédé ou les embryons communs

⁵³ <https://www.ameli.fr/assure/droits-demarches/europe-international/protection-sociale-etranger/amp-etranger-demarches>

⁵⁴ Présentation orale de la Dr. Charlotte Dupont, Service de biologie de la reproduction, Hôpital Tenon, « Comment attribuer des paillettes de donneurs de sperme que l'on n'a pas ou l'éthique de la hiérarchisation ? », DIU Éthique en procréation et périnatalité, Univ. Paris-Saclay et Sorbonne Université, 4 mars 2024.

⁵⁵ Art. L. 2141-11-1 CSP.

⁵⁶ CE, 27 octobre 2022, n° 467726.

⁵⁷ Cour EDH, 4 sept. 2023, *Chane-Yook c. France (affaire communiquée)*, n° 57550/22 ; et Cour EDH 25 septembre 2023, *L.R. c. France*, n° 8297/23.

⁵⁸ Cour EDH, 14 septembre 2023, *Baret et Caballero c. France*, n° 22296/20 et 37138/20 ; v. Marie Mesnil, « La CEDH sonne le glas de l'interdiction de la procréation *post mortem* », *Dalloz Actualité*, 29 septembre 2023.



conservés soient transférés⁵⁹. En l'espèce les juges français avaient sans surprise, en l'absence de circonstances particulières⁶⁰ rejeté les demandes des veuves, qui avaient alors saisi la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Si la Cour, à l'unanimité, conclut à l'absence de violation du droit au respect de la vie privée des requérantes, en considération du droit français applicable à la date des faits litigieux, elle prend néanmoins la peine d'alerter sur la fragilité de la conventionalité du droit français sur cette question. En effet « l'ouverture, depuis 2021, par le législateur de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules pose de manière renouvelée la pertinence de la justification du maintien de l'interdiction dénoncée par les requérantes »⁶¹. N'est-il pas contradictoire de refuser à une veuve d'utiliser les gamètes de son compagnon défunt ou le transfert des embryons communs conservés, tout en lui ouvrant la possibilité de demander un don de sperme en tant que personne seule non mariée ? Or, prévient la Cour de Strasbourg, « malgré l'ample marge d'appréciation dont bénéficient les États en matière de bioéthique, le cadre juridique mis en place par ces États doit être cohérent »⁶². Il n'est donc pas impossible que le droit français soit contraint, à l'occasion d'un nouveau contentieux similaire sur la procréation *post mortem* porté devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de dénouer cette incohérence et de cesser de traiter exclusivement les veuves comme des femmes vulnérables, exposées aux pressions de la famille du défunt pour avoir un descendant, en leur permettant, dans un délai adapté, de choisir d'utiliser à leur profit les gamètes ou les embryons conservés dans le cadre d'un projet parental commun que seule la mort de leur partenaire a interrompu.

23 A ce florilège des contradictions normatives qui font peser une incertitude sur les limites des droits reproductifs des femmes, il faut encore ajouter le dossier relatif à la médecine fœtale qui recouvre aujourd'hui à la fois le dépistage, le diagnostic et le traitement d'une affection d'une particulière gravité chez le fœtus ou l'enfant à naître⁶³. La loi du 2 août 2021 a expressément ouvert au partenaire de la femme enceinte, à la condition que celle-ci le souhaite, les consultations où sont communiquées les résultats des divers examens de biologie médicale et d'imagerie proposés au cours de la grossesse dans le but d'évaluer les risques que le fœtus soit porteur d'une affection grave. Le décret n°2023-1338 du 13 novembre 2023 relatif aux diagnostics anténataux est venu expliciter les modalités d'une communication partagée, entre la femme et son / sa partenaire, des résultats d'examens prénataux délivrés par les médecins⁶⁴. Ce partage reste à l'entière discrétion de la femme enceinte : si elle ne précise pas explicitement son souhait que l'autre membre du couple soit informé, elle reste seule destinataire des résultats de ces tests anténataux ; elle peut, à l'inverse, définir à l'avance, de concert avec le prescripteur des tests, la façon dont les résultats seront communiqués à son / sa partenaire. Reste à savoir comment cette mutualisation,

⁵⁹ CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848.

⁶⁰ CE, 13 juin 2018, n° 421333 ; CE, ref., 28 décembre 2021, n° 456966 ; CE, ref., 17 mai 2023, n° 473666.

⁶¹ Cour EDH, 14 septembre 2023, *Baret et Caballero c. France*, préc., §90.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Art. L. 2131-1 CSP.

⁶⁴ Art. R. 2131-2, IV CSP.



au sein du couple, de l'information sur les risques encourus par le fœtus va s'articuler avec l'exclusivité reconnue à la femme enceinte de demander une interruption médicale de grossesse (IMG) lorsqu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable⁶⁵. Être co-destinataire des résultats des examens anténataux ne va-t-il pas inciter l'autre membre du couple à vouloir être co-décisionnaire quant à la poursuite ou non de la grossesse ? Certes, si le couple fonctionne bien et partage les mêmes valeurs, cette option permettra à la femme enceinte de ne pas endosser seule la décision d'une demande d'IMG. Mais si ce n'est pas le cas, et que la femme enceinte souhaite interrompre sa grossesse alors que son / sa partenaire y est opposé-e, l'égal accès à l'information de l'autre membre du couple ne pourrait-il pas plus facilement conduire à un écrasement insidieux et silencieux de la volonté de la femme enceinte ? Cette crainte explique sans doute que l'égal accès aux informations du partenaire soit conçu comme une exception, laissée à la seule disposition de la femme enceinte. Il reviendra aux équipes médicales de veiller au maintien de la primauté du choix de la femme enceinte, même si celle-ci a souhaité impliquer plus directement son/sa partenaire dans le parcours prénatal.

24 Il reste, pour finir cette recension raisonnée de l'actualité juridique au filtre du genre, à mentionner le premier rapport d'activité de la Commission d'accès des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs (CAPADD)⁶⁶. Cette commission a été instituée par la loi du 2 août 2021, qui a conditionné le don – à partir du 1er septembre 2022⁶⁷ – au consentement du donneur à la communication de son identité et de ses données non identifiantes lorsque la personne majeure issue d'un tel don en fera la demande⁶⁸. La CAPADD a pour principale mission aujourd'hui l'application du dispositif transitoire prévu par la loi de 2021, qui aménage la possibilité pour une personne issue d'un don réalisé sous l'empire du droit antérieur de demander à avoir accès à ses origines, à la condition expresse que le donneur y consente, après avoir été contacté par la CAPADD ou spontanément⁶⁹. Précisons que l'utilisation de gamètes soumis à l'ancien régime pourra perdurer jusqu'au 31 mars 2025⁷⁰, afin d'apurer les stocks avant destruction du reliquat et recours exclusif à des dons « nouveau régime ». Le bilan publié par la CAPADD pourra paraître un peu décevant de prime abord : il fait état de 434 demandes jugées recevables émanant de personnes à la recherche de leurs origines, de 101 donneurs identifiés, de 73 donneurs vivants contactés, dont 3 seulement ont donné leur accord à la transmission de leur identité et de leurs données non-identifiantes. Néanmoins, on notera avec optimisme que la CAPADD a recueilli 435 consentements spontanés. L'intérêt premier de ce rapport est de présenter toutes les difficultés matérielles auxquelles la CAPADD s'est

⁶⁵ Art. L. 2213-1 CSP.

⁶⁶ Commission d'accès des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs, *Rapport d'activité 2022-2023*, 15 septembre 2023.

⁶⁷ Selon la date fixée par le décret n° 2022-1187 du 25 août 2022.

⁶⁸ V. Art.16-8-1 Code Civil et Art. L. 2143-1 CSP.

⁶⁹ Art. L. 2143-6, 6° CSP et Art. R. 2143-7 et 2143-9 CSP.

⁷⁰ Cf. Décret n° 2023-785 du 16 août 2023.



heurtée pour retrouver trace des donneurs « ancien régime » dont le don remonte parfois à plusieurs décennies – à une époque où la culture du secret sur le don et de l'anonymat du donneur prévalait dans les CECOS – et qui peuvent être morts. Malgré les failles sur lesquelles il ne peut manquer d'échouer, un tel dispositif a reçu, à une courte majorité de quatre voix contre trois, un *quibus* de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, qui n'émet aucune réserve sur l'impossibilité d'accéder à l'identité ou à des données non-identifiantes lorsqu'il s'avère que le donneur de gamètes est mort avant d'avoir pu consentir à la communication de ces informations (voir cependant les opinions dissidentes de trois juges)⁷¹. La demande de renvoi devant la grande chambre, articulée sur ce grief en particulier, vient d'être rejetée⁷².

- 25 La lecture du rapport permet aussi de prendre la mesure de l'engagement de la CAPADD au service d'un traitement efficace et individualisé des demandes dont elle est saisie, notamment au travers des inventives pratiques d'échange sur l'issue de leur quête avec les personnes nées par don⁷³. On sera par ailleurs sensible, pour cette chronique, au profil des demandeurs qui saisissent la CAPADD : l'âge moyen est de 33 ans en 2023 (34 ans en 2022) et il s'agit majoritairement de femmes (74% de femmes). Cette sur-représentation des femmes est-elle accidentelle ? On ne pourra manquer de rapprocher ce sex-ratio de celui qui figure dans les rapports d'activité publiés par le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) : parmi les pupilles de l'État ou les personnes adoptées qui recherchent leurs « parents de naissance » (principalement la femme qui a accouché), on compte aussi majoritairement des femmes (59% en 2022, un chiffre indiqué comme stable depuis 2002)⁷⁴. Les femmes seraient-elles plus attirées par leurs origines que les hommes ?
- 26 Une seconde interrogation sur le sex-ratio surgit à la lecture : même si le rapport ne le précise pas explicitement, seuls des donneurs semblent être recherchés. A ce jour, aux dires de la présidente de la CAPADD, Mme Stéphanie Kretowicz (communication personnelle), une seule demande porte sur l'identification d'une donneuse « ancien régime ». Comment l'expliquer ? Certes, les contraintes techniques liées au don d'ovocytes, et notamment à leur extraction puis à leur congélation, n'ont pas permis le développement de l'AMP avec don d'ovocytes de manière aussi précoce et importante que le don de gamètes. Le démarrage de la pratique de l'accueil d'embryons est encore plus tardif. Il se déduit de l'âge moyen des demandeurs qu'à l'époque de leur conception, seule la technique du don de sperme était utilisée en routine. Mais est-ce là la seule raison de la quasi-absence de saisine de la CAPADD portant sur des donneuses d'ovocytes ? N'y aurait-il pas dans les représentations sociales un impensé sur la place de la donneuse par rapport à celle du donneur, comme si la première était obliérée par la grossesse de la femme stérile qui a bénéficié de son don ? Seule la figure du donneur a

⁷¹ Cour EDH, 7 septembre 2023, *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, n° 21424/16 et 45728/17.

⁷² Cour EDH, déc., 20 février 2024.

⁷³ Laurence Brunet et Marie Mesnil, « Accès aux origines pour les personnes issues de don », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 12 février 2024.

⁷⁴ Conseil national de l'accès aux origines personnelles, *Rapport 2022*, p. 35.



progressivement été élaborée comme celle du géniteur, abusivement encore aujourd'hui qualifié de père biologique. La place symbolique du donneur a même été avivée par la loi du 2 août 2021 qui, en même temps qu'elle a ouvert l'AMP aux couples de femmes, a aboli pour l'avenir l'anonymat absolu du don à l'égard des personnes qui en sont issues, comme pour compenser l'impossibilité d'avoir un père pour l'enfant né au sein d'un couples de femmes ou d'une femme qui mené seule son projet parental. A l'inverse, la donneuse semble être symboliquement effacée. Le recours à un don d'ovocytes serait-il alors plus systématiquement tu par les parents à leur enfant ? Les prochains rapports de la CAPADD permettront peut-être d'apporter des éléments de réponse... L.B.

IV. Protection de l'intégrité physique

- 27 En vertu de l'article 16-3 du Code civil, le régime de l'acte médical repose sur une double exigence : il ne peut en effet être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale, d'une part, et avec le consentement préalable de l'intéressé, d'autre part. Il existe certains actes médicaux pour lesquels la nécessité médicale découle de la demande du patient ; tel est en particulier le cas des actes médicaux non thérapeutiques, qui relèvent de la sphère reproductive mais également sexuelle.
- 28 *Enfants intersexués : aspects civils et médicaux* - Le 8 septembre 2023 est enfin parue la circulaire de présentation des dispositions relatives à l'état civil des personnes présentant une variation du développement génital issues de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, ainsi que des dispositions particulières du décret n°2017-890 du 6 mai 2017 modifié relatif à l'état civil applicables en matière de délivrance de copies intégrales et d'extraits d'actes de l'état civil expurgés de certaines mentions. En vertu de l'article 57 du Code civil modifié par la loi du 2 août 2021, l'officier d'état civil peut ne pas faire figurer de mention de sexe sur l'acte de naissance lorsqu'il est médicalement impossible de déterminer celui-ci. L'inscription d'un sexe masculin ou féminin doit toutefois intervenir dans un délai maximum de trois mois ; elle se fait alors sur instruction du procureur de la République et apparaît en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Il en va de même pour la rectification judiciaire, permise sur le fondement de l'article 99 du code civil en cas de variation du développement génital. Ces mentions marginales sont toutefois jugées attentatoires à la vie privée des personnes et c'est pourquoi, il est prévu que les officiers d'état civil délivrent une copie intégrale de l'acte de naissance qui intègre la mention de sexe et les prénoms et supprime visuellement les mentions marginales correspondantes. Pour mémoire, ces textes relatifs à l'état civil complètent la procéduralisation de la prise en charge médicale des enfants présentant une variation du développement génital : des centres experts doivent être systématiquement saisi pour établir un diagnostic et faire des propositions thérapeutiques parmi lesquels l'abstention de tout traitement ; l'information à l'égard des familles est renforcée et la recherche du consentement du mineur réaffirmé. Des dispositions qui, en creux, tentent



d'imposer l'idée, qui n'apparaît explicitement que dans l'arrêté du 15 novembre 2022, selon laquelle « la seule conformation des organes génitaux atypiques de l'enfant aux représentations du masculin et du féminin ne constitue pas une nécessité médicale. Il convient d'attendre dans ce cas que le mineur soit apte à participer à la décision »⁷⁵. En l'absence de nécessité médicale, c'est en effet, comme nous l'avons vu, la demande du patient – exprimée sous la forme d'un consentement libre et éclairé – qui justifie l'atteinte à l'intégrité physique et par conséquent la légalité de l'acte médical. **M.M.**

29 *Démédicalisation du changement de mention de sexe en Finlande* – Les conditions dans lesquelles les personnes peuvent obtenir un changement de mention de sexe à l'état civil renvoient également, en creux, à la question de l'intégrité physique. En ce sens, la Finlande a adopté, le 2 mars 2023, une nouvelle loi affirmant un véritable droit à l'autodétermination pour les personnes : elles peuvent désormais changer de mention de sexe – mais aussi de prénom et de titre parental – en remplissant un simple formulaire en ligne⁷⁶ et ce, sans avoir à apporter un quelconque justificatif médical. Seules les personnes majeures, de nationalité finlandaise ou résidentes en Finlande peuvent bénéficier de ce dispositif⁷⁷). **M.M.**

30 *Approches éthiques des violences obstétricales et gynécologiques* – Le consentement, pierre angulaire de la relation médicale, apparaît comme particulièrement sensible lorsque l'on envisage la sphère gynécologique. À la suite de l'émergence de la notion de « violences obstétricales et gynécologiques » en droit, le CCNE a rendu un avis relatif au *Consentement et respect de la personne dans la pratique des examens gynécologiques et touchant à l'intimité*⁷⁸. Le CCNE – qui avait été saisi par la Première ministre – adopte une posture de conciliation en insistant sur « l'indispensable effort de compréhension réciproque s'agissant des examens touchant à l'intimité : difficulté à les subir d'une part, complexité à les réaliser d'autre part ». Il s'agit en même temps d'appeler à poser un cadre respectueux et sécurisant pour les patientes – afin que l'examen ne provoque pas un sentiment de brutalisation ou d'effraction – et pour les soignants, afin qu'ils exercent sans craindre une mise en cause illégitime de leurs pratiques cliniques. On ne peut que regretter que les mauvaises pratiques, qui peuvent trouver écho dans certaines qualifications pénales ou devraient être poursuivies au regard des règles déontologiques, ne soient écartées et mises de côté. Par ailleurs, les recommandations qui sont faites constituent principalement un rappel du droit applicable. Il est ainsi recommandé aux professionnels de sans cesse ré-interroger la pertinence des examens qu'ils proposent au regard des principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité, mais aussi d'obtenir un consentement explicite et différencié pour chaque acte pratiqué durant la consultation. Ces

⁷⁵ 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, §II-3.

⁷⁶ V. : <https://dvv.fi/sukupuolen-vahevistaminen>

⁷⁷ <https://valtioneuvosto.fi/en/-/1271139/act-on-legal-recognition-of-gender-enters-into-force-on-3-april-2023>

⁷⁸ CCNE, Avis n° 142, 26 fév. 2023.



suggestions, qui ne sont que la stricte application des principes du droit médical, témoignent *in fine* du décalage existant entre les règles juridiques et les pratiques médicales – en particulier lorsqu’elles interviennent dans des conditions matérielles difficiles. M.M.

- 31 *Signalement des violences par les professionnels de santé* - Les rapports de la Commission indépendante sur l’inceste et les violences sexuelles faites aux enfants (CIIVISE), *Violences sexuelles faites aux enfants : « On vous croit »*⁷⁹ et le rapport conjoint de l’Inspection générale de la justice et l’Inspection générale des affaires sociales⁸⁰, rappellent que les professionnel·les de santé ont un rôle de « première ligne » dans le repérage et la prévention des violences tant physiques que psychologiques⁸¹. Ils rappellent que l’article 223-6 du Code pénal, mieux connu sous l’appellation de la « non-assistance à personne en danger », prévoit une peine d’emprisonnement de cinq ans et 75 000 euros d’amende pour toute personne s’étant abstenue d’empêcher un délit ou un crime commis contre l’intégrité corporelle d’une personne alors qu’elle était en capacité de le faire par son action immédiate⁸². En outre, en vertu de l’article 226-14 alinéa 1° du Code pénal, les professionnel·les de santé peuvent déroger au secret professionnel prévu par l’article 226-13 dudit code pour effectuer un signalement auprès des autorités compétentes lorsqu’iels ont eu connaissance de privations, sévices, d’atteintes ou de mutilations sexuelles infligés à un·e mineur·e ou une personne qui n’est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique.
- 32 Il ne s’agit en aucun cas d’une obligation d’information pour ces professionnel·les, mais d’une exception face à leur responsabilité pénale en cas de violation du secret de leur patientèle. La CIIVISE, comme l’IGJ et l’IGAS, peuvent donc regretter que les signalements de faits d’inceste et de violences sexuelles commis sur des mineur·es émanant des professionnel·les de santé (notamment les médecins libéraux) figurent en troisième, voire quatrième et dernière position, parmi les informations recueillies par la cellule de recueil d’informations préoccupantes alors que ces professionnel·les sont précisément souvent les premier·es à pouvoir les détecter⁸³. En outre, pour plus de célérité et d’efficacité, la CIIVISE préconise de saisir directement les autorités judiciaires lors de repérages de violences sexuelles commises sur des mineur·es plutôt que d’émettre des informations

⁷⁹ Commission indépendante sur l’inceste et les violences sexuelles faites aux enfants (CIIVISE), *Violences sexuelles faites aux enfants : ‘On vous croit’*, 17 novembre 2023.

⁸⁰ Inspection générale de la Justice / Inspection générale des affaires sociales (IGJ-IGAS), *Mission aux fins d’amélioration de la prise en charge et de l’accompagnement des victimes de faits d’inceste et de violences sexuelles pendant leur minorité*, novembre 2023.

⁸¹ CIIVISE, *Violences sexuelles faites aux enfants : ‘On vous croit’*, *op. cit.*, p. 522. Le rapport de l’IGJ-IGAS reprend l’ensemble des préconisations émises par celui de la CIIVISE s’agissant du rôle des professionnel·les de santé : v. not. IGJ-IGAS, *Mission aux fins d’amélioration de la prise en charge et de l’accompagnement des victimes de faits d’inceste et de violences sexuelles pendant leur minorité*, *op. cit.*, p. 55.

⁸² La peine est aggravée de sept ans et 100 000 euros d’amende dans le cas d’infractions commises sur un·e mineur·e de quinze ans en vertu de l’art. 223-6 al. 3 du Code pénal.

⁸³ CIIVISE, *op.cit.*, p. 522 ; IGJ-IGAS, *op. cit.*, particulièrement p. 55.



préoccupantes à la CRIP⁸⁴. C'est pourquoi la sensibilisation des professionnel·les de santé, non seulement à la détection des violences, mais aussi à la pratique des signalements et des informations aux autorités compétentes demeure fondamentale. Le rapport de la CIIVISE insiste particulièrement sur ce point, en préconisant, afin de mieux protéger les victimes de violences sexuelles et de violences conjugales, de former tous les professionnels au repérage par le questionnement systématique (préconisation 11) ; de veiller au signalement des violences sexuelles faites aux enfants (plutôt qu'à la transmission d'une information préoccupante, préconisation 12) ; et de clarifier l'obligation de signalement par les médecins des enfants victimes de violences sexuelles (préconisation 13)⁸⁵. **A.A.**

V. Protection sociale

- 33 *Loin du tabou, de nouveaux risques sociaux ?* - Du fait des évolutions de la société, de nouveaux sujets, autrefois tabous, accèdent à une reconnaissance en droit social ; c'est le cas, en particulier, de problématiques touchant à la santé menstruelle et gynécologique – que l'on songe aux fausses couches ou encore à la précarité menstruelle.
- 34 *Les interruptions spontanées de grossesse* - La loi n°2023-567 du 7 juillet 2023 vise ainsi à favoriser l'accompagnement des couples confrontés, non pas à une fausse couche comme cela apparaissait initialement, mais à une « interruption spontanée de grossesse ». Ce texte, extrêmement symbolique en ce qu'il inscrit les interruptions spontanées de grossesse dans le droit, peine toutefois à convaincre. L'accompagnement psychologique qui est proposé s'inscrit dans le cadre très décrié du dispositif « Mon Soutien Psy », qui prévoit une prise en charge par l'assurance maladie de huit séances d'accompagnement (à 40 euros la première puis 30 euros les suivantes) réalisées par un psychologue libéral ayant adhéré au dispositif (seuls 2 100 psychologues sur les 80 000 recensés en France se sont manifestés). Le délai de carence est supprimé en cas d'arrêt de travail faisant suite à une fausse couche avant la vingt-deuxième semaine d'aménorrhée, alors qu'un véritable congé aurait pu être adopté. La protection légale contre le licenciement dont bénéficient les femmes enceintes est certes étendue en cas de fausse couche, mais on sait qu'elle ne permet pas de remédier aux discriminations subies sur le marché du travail.
- 35 *La santé menstruelle* - L'existence d'un congé « fausse couche » fait par ailleurs écho aux discussions autour d'un congé « menstruel » qui a fait irruption dans les débats parlementaires. La thématique de la précarité menstruelle s'est imposée en premier : à l'occasion du 8 mars 2023, la Première ministre avait annoncé le remboursement par la sécurité sociale des protections périodiques réutilisables

⁸⁴ CIIVISE, *op.cit.*, préconisation 12, p. 27.

⁸⁵ CIIVISE, *op.cit.*, préconisation 11, 12, 13, pp. 27-28.



pour les femmes de 25 ans et moins – une annonce mise en œuvre avec l'adoption de l'article 40 de loi de financement de la sécurité sociale pour 2024. Une section du code de la sécurité sociale est désormais consacrée aux « protections périodiques réutilisables »⁸⁶. À nouveau, les modalités du dispositif interrogent : en se limitant à une approche centrée sur la précarité, seules les personnes de moins de vingt-six ans ou bénéficiaires de la complémentaire santé solidaire peuvent prétendre à la couverture des frais relatifs aux différentes catégories de protections périodiques réutilisables. Ne serait-il pas possible de penser toutes les questions autour de la fertilité – contraception, IVG, grossesse et menstruations – comme un risque social à part entière, plutôt que d'adopter des dispositifs fragmentés, lacunaires et dérogoires aux dispositions existantes en matière de maladie ? M.M.

- 36 *Pas de prime de naissance en cas de GPA* – À l'occasion d'un recours engagé par un couple d'hommes dont l'enfant est né d'une GPA à l'étranger, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur les critères d'attribution de la prime de naissance – dont le versement leur a été refusé par la CAF, la Commission de recours amiable puis le pôle social du Tribunal Judiciaire. Par une substitution partielle de motifs, la Cour de cassation estime que la prime de naissance, qui a pour objet le soutien financier en lien avec l'arrivée d'un enfant, remplit également un « objectif sanitaire de surveillance et de protection de la mère et de l'enfant à naître » lié au suivi de grossesse⁸⁷. En effet, il convient non seulement de remplir des conditions de ressources pour bénéficier de la prime de naissance, mais aussi de justifier la passation du premier examen prénatal obligatoire. Dès lors, la Cour de cassation en déduit que, non seulement, la mère doit appartenir au ménage, mais en outre, que l'exclusion des enfants nés de GPA à l'étranger du bénéfice de la prime de naissance ne contrevient pas à l'intérêt supérieur de ces enfants. Les griefs tenant à l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle ou l'état de santé sont, quant à eux écartés, dans la mesure où la différence de traitement est proportionnée à l'objectif légitime poursuivi par l'interdiction de la GPA, à savoir la « protection de la santé et de protection des droits et libertés des enfants et de la mère porteuse »⁸⁸. Dans cette affaire dans laquelle le Défenseur des droits était intervenu en première instance, le pôle social avait, quant à lui, renvoyé au législateur le soin « de s'interroger sur l'évolution éventuelle de la réglementation au regard des nouveaux codes de parentalité, notamment en prenant en compte les textes internationaux ». Ce contentieux démontre l'inadaptation des textes sociaux à la diversité des familles : quid de la possibilité de bénéficier de deux congés de paternité en cas de GPA ? Si l'interdiction de la pratique peut justifier une telle limitation, tel ne devrait pas être le cas à propos des congés d'accueil d'enfant en cas d'AMP : la seconde mère n'est considérée comme bénéficiaire par l'article L. 1225-35 du code du travail qu'en tant

⁸⁶ Art. L. 162-59 à L. 162-61 Code de la sécurité sociale.

⁸⁷ Cass. civ. 2e, 30 nov. 2023, n° 22-10.559.

⁸⁸ *Ibid.*



qu'elle est la compagne de la mère. Pourrait-elle alors être privée de son congé au profit de la nouvelle compagne de la mère en cas de séparation précoce ? **M.M.**



Ariane Amado, chargée de recherches en droit au CNRS, centre d'histoire judiciaire (CHJ) ;

Laurence Brunet, chercheure associée à l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (ISJPS) ;

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

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

Marie Mesnil, maîtresse de conférences, Université Paris-Saclay, Institut Droit Éthique Patrimoine (IDEP).