



Université de Rennes
Faculté de Droit et de Science Politique
École des Hautes Études en Santé Publique

Master 2 Droit de la santé

Parcours « Droit et éthique des professions et institutions de santé »

**L'ÉGALITÉ FORMELLE ET L'ÉGALITÉ MATÉRIELLE ENTRE LES
HOMMES ET LES FEMMES EN MATIÈRE DE SANTÉ**

Héloïse BAYLE

Septembre 2024

Sous la direction de Monsieur Aurélien RISSEL, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Rennes.

Membres du jury :

- Monsieur Aurélien RISSEL, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Rennes, directeur de mémoire.
- Madame Catherine KELLER, Directrice d'Hôpital, docteure en droit de la santé et enseignant-chercheur à l'EHESP, suffragant.

La faculté de Droit et de Science politique de Rennes et l'École des Hautes Étude en Santé Publique n'entendent donner aucune approbation, ni improbation aux propos émis dans ce mémoire. Ces propos doivent être considérés comme propres à leur auteur.



Université de Rennes

Faculté de Droit et de Science Politique

École des Hautes Études en Santé Publique

Master 2 Droit de la santé

Parcours « Droit et éthique des professions et institutions de santé »

L'ÉGALITÉ FORMELLE ET L'ÉGALITÉ MATÉRIELLE ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES EN MATIÈRE DE SANTÉ

Héloïse BAYLE

Septembre 2024

Sous la direction de Monsieur Aurélien RISSEL, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Rennes.

Membres du jury :

- Monsieur Aurélien RISSEL, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Rennes, directeur de mémoire.
- Madame Catherine KELLER, Directrice d'Hôpital, docteure en droit de la santé et enseignant-chercheur à l'EHESP, suffragant.

Remerciements

Je tiens à remercier très sincèrement Monsieur RISSEL, le directeur de mon mémoire, pour son accompagnement et ses précieux conseils tout au long de la construction de ce mémoire. Il a su comprendre mon intention initiale afin de m'amener à développer ce sujet en faisant preuve d'une grande disponibilité.

Je tiens également à remercier l'ensemble du corps professoral et plus particulièrement Madame le Professeur MOQUET-ANGER, directrice du master Droit de la santé, pour leur enseignement riche et captivant.

Je remercie aussi infiniment ma famille et mes amis pour leur soutien inconditionnel durant tout mon parcours universitaire et la rédaction de ce mémoire. J'ai une pensée particulière pour mes parents, qui ont toujours tout mis en œuvre pour m'accompagner dans la poursuite de mes études et qui ont été d'un soutien sans faille. Je suis aussi particulièrement reconnaissante pour les rencontres amicales que j'ai eu la chance de faire durant mon parcours universitaire. Elles ont été un soutien essentiel me permettant d'apprendre et persévérer à leurs côtés.

Je vous exprime à tous ma profonde gratitude.

Sommaire

INTRODUCTION

PARTIE I – UNE ÉGALITÉ FORMELLE ALTÉRÉE PAR DES STÉRÉOTYPES : LE GÉNÉRATEUR D'INÉGALITÉS ET DE DISCRIMINATIONS

Chapitre 1 – Un cadre nécessaire déterminé par l'égalité formelle entre les hommes et les femmes présentant des limites

Chapitre 2 – L'égalité formelle souhaitable en théorie altérée en pratique par des stéréotypes médicaux générant des inégalités

PARTIE 2 – LA RECHERCHE D'ÉGALITÉ MATÉRIELLE CONSTITUANT UNE RÉPONSE AUX INÉGALITÉS ET DISCRIMINATIONS ISSUES DE L'ÉGALITÉ FORMELLE

Chapitre 1 – La recherche d'égalité matérielle entre les femmes et les hommes au regard de la santé reproductive

Chapitre 2 – L'égalité entre les hommes et les femmes en matière de santé comme objectif de l'égalité matérielle

CONCLUSION

Liste des abréviations

al.	Alinéa
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AMP	Assistance médicale à la procréation
Art.	Article
CA.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
c/	contre
CE	Conseil d'État
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
CC.	Code civil
CP.	Code pénal
CSP.	Code de la santé publique
CSS.	Code de la sécurité sociale
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
Dir.	Direction
Éd.	Édition
HAS.	Haute autorité de santé
HCEfh	Haut conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes
Ibid.	Même référence que la note de bas de page précédente
IVG	Interruption volontaire de grossesse
L.	Loi
LFSS.	Loi de financement de la sécurité sociale
obs.	Observations
Préc.	Précité

Introduction

Selon Victor Hugo « *Une moitié de l'espèce humaine est hors de l'égalité, il faut l'y faire rentrer : donner pour contre-poids au droit de l'homme le droit de la femme* »¹. Un contre-poids a donc été instauré, car les femmes et les hommes bénéficient, aujourd'hui, en France, des mêmes droits et sont considérés comme égaux. Le Doyen George Vedel déterminait quant à lui que « *si un homme refuse à un autre la qualité d'égal (...), il lui refuse la qualité d'homme* »². La qualité d'égal entre une femme et un homme est désormais garantie par le principe d'égalité. Il s'agit d'un principe fondamental au sein de la République française, mais également dans le droit à la protection de la santé. Le principe d'égalité se retrouve dans l'égal accès aux soins pour tous, mais également dans le principe de non-discrimination alors caractérisé par la loi du 2 mars 2002³. Pourtant, si l'égalité est un principe en droit français, en pratique, des inégalités voire des discriminations peuvent être caractérisées entre les hommes et les femmes.

Marisol Touraine, Ministre de la santé, précisait que « *Notre ambition est de construire une société dans laquelle les discriminations auront laissé place à l'égalité* »⁴. Les inégalités, les discriminations et l'égalité sont des notions qui s'entremêlent et doivent être définies.

L'inégalité est, selon le Dictionnaire Larousse, le caractère de ce qui n'est pas égal⁵. Cette définition apparaît encore assez large et pourrait être complétée par la hiérarchisation opérée entre des personnes ou dans l'accès à des biens et services qui peut être constatée objectivement. Une inégalité peut alors être juste ou injuste. Le philosophe américain John Rawls détermine qu'en principe toutes les inégalités sont injustes. Cependant, cela pourrait s'avérer réducteur de partir de ce postulat, ainsi, afin d'avoir une vision d'ensemble, il serait possible de déterminer si une inégalité est juste ou injuste en la confrontant à l'éthique par exemple. Il est aussi possible de la confronter à la morale ou à la licéité, afin de déterminer l'origine de cette inégalité lorsqu'une hiérarchisation a été réalisée. En effet, une inégalité peut générer de la discrimination. Si toutes les inégalités ne sont pas des discriminations, en revanche, toutes les discriminations sont des inégalités⁶.

La discrimination directe est prohibée et sanctionnée par l'article 225-1 du Code pénal⁷. Elle peut être définie comme « *la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable, en raison d'un motif prohibé comme son sexe, par exemple, qu'une autre ne l'est, ne l'a*

¹ Victor Hugo, Actes et parole, 1875-1876.

² G. Vedel, in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, La Documentation française, 1990, p172-173.

³ Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 4 mars 2002, n°2002-303.

⁴ Marisol Touraine, ministre des Affaires sociales, de la santé, et des droits des femmes, Déclaration sur les droits des femmes et l'égalité femmes et hommes, La Rochelle, le 27 août 2015.

⁵ Dictionnaire Larousse, définition de l'inégalité.

⁶ Observatoire des inégalités, qu'est-ce qu'une discrimination ? 10 mai 2022.

⁷ Art. 225-1 CP.

été ou ne le serait dans une situation comparable »⁸. La discrimination directe est, selon Danièle Lochak, « *un comportement ou un acte qui tend à traiter différemment une personne ou un groupe en raison de certains caractères par rapport à d'autres, et cela au regard de l'objet de la disposition* »⁹. Elle présume alors un comportement actif du décideur, car il choisit d'opérer une discrimination. De plus, le motif discriminatoire prohibé peut clairement être identifié et caractérisé. Il peut parfois même être revendiqué¹⁰.

La discrimination indirecte n'est pas caractérisée par le caractère apparent du motif discriminatoire. En effet, elle est déterminée par la situation dans laquelle « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère, ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* »¹¹. La discrimination indirecte peut donc découler d'une application uniforme d'une norme. Une loi peut ainsi générer de la discrimination indirecte du fait de son caractère général, même si l'intention du législateur n'était pas d'opérer cette discrimination. Le motif discriminatoire est alors dissimulé par la neutralité de la norme, pourtant, une discrimination indirecte peut être générée. Cependant, si la loi ou la norme est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires, alors la disposition est réputée n'entraînant pas de discrimination indirecte, mais simplement une inégalité.

La discrimination positive, en revanche, est caractérisée par le fait de « *traiter de manière préférentielle certaines catégories de population pour améliorer l'égalité des chances. On considère ainsi que pour établir une égalité réelle en pratique, il faut avantager les personnes défavorisées au départ* »¹². Elle va permettre d'endiguer des inégalités systémiques. Le caractère temporaire de cette pratique est important. En effet, l'objectif est d'utiliser la discrimination positive comme un outil de lutte contre les inégalités afin d'atteindre l'égalité entre les individus. Dans la mesure où cette égalité a été atteinte, la discrimination positive est interrompue.

Ainsi, la discrimination directe et la discrimination indirecte conduisent à une rupture d'égalité et la discrimination positive conduit à la recherche d'égalité.

⁸ Définition donnée par le Ministère du travail, de la santé et des solidarités, publié le 7 décembre 2010 et mise à jour le 22 avril 2024.

⁹ D. Lochak, *Réflexions sur la notion de discrimination*, Dr. soc. 1987. 778.

¹⁰ Cour de cassation, chambre sociale, 7 décembre 1993, n°88-41.422, publié au bulletin.

¹¹ Définition donnée par le Ministère du travail, de la santé et des solidarités, publié le 7 décembre 2010 et mise à jour le 22 avril 2024, Préc.

¹² Observatoire des inégalités, *Qu'est-ce que la « discrimination positive » ?*, 19 juillet 2021.

L'égalité doit être distinguée de l'équité qui est la recherche d'égalité juste. L'équité est une notion relativement utopique, car elle s'illustre souvent comme l'objectif recherché. L'équité est ainsi définie comme le fait que « *chacun peut prétendre à un traitement juste, égalitaire et raisonnable* »¹³. L'équité permet par ailleurs au juge de s'écarter de la norme quand l'application de cette règle aurait pour conséquence un traitement inégalitaire et discriminatoire. L'appréciation du juge peut alors être *ex aequo et bono*. L'égalité est définie par le dictionnaire comme « *qualité de ce qui est égal* ». La définition est large et le principe d'égalité, selon Xavier Bioy et Bruno Ramdjee, permet « *de rechercher, au-delà de l'égalité formelle d'application du droit, une égalité matérielle ou réelle, en créant des catégories de populations différentielles et pertinentes au regard de l'objet* »¹⁴. Xavier Bioy et Bruno Ramdjee déterminent ainsi une distinction au sein du principe d'égalité entre l'égalité formelle et l'égalité matérielle.

L'égalité formelle est caractérisée par une égalité dans la loi, c'est à dire que la loi est la même pour tous, dès lors qu'elle respecte un caractère général, impersonnel et abstrait. Elle est caractérisée quand l'égalité est aussi devant la loi, c'est-à-dire que l'application de la norme est uniforme. Ainsi, la loi et les normes sont les mêmes pour tous, mais tous les individus ne sont pas identiques. L'égalité formelle peut induire alors des inégalités et des discriminations générées par la considération que tous les individus sont égaux. En matière pénale, l'égalité formelle ne peut être remise en question, car elle est déterminante dans le traitement des individus. En revanche, en matière de santé et plus précisément en matière de protection de la santé, l'égalité formelle et sa pertinence peuvent être interrogées.

L'égalité matérielle repose sur une théorie aristotélicienne de la justice distributive. Il s'agirait de la « *nécessité d'appliquer dans certaines circonstances, des traitements différents en présence de situations différentes* ».¹⁵ L'égalité matérielle peut être caractérisée par le fait de traiter des individus semblables de manière identique et de traiter de façon différenciée des individus différents. Il est alors possible de déroger à l'égalité formelle, dès lors que deux conditions cumulatives sont caractérisées : il est nécessaire que la mesure soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés. L'égalité matérielle vise donc une égalité dans les faits, en prenant en compte le particularisme des individus afin d'adapter les normes à la situation. Le fait de reconnaître que tous les individus ne sont pas identiques et dotés des mêmes chances permet dans un deuxième temps de rechercher une égalité

¹³ Dictionnaire du Droit privé.

¹⁴ Xavier Bioy, Bruno Ramdjee, égalité et non-discrimination en santé dans les jurisprudences constitutionnelles françaises et étrangères, RDSS 2023, p 828.

¹⁵ Aurélie Chapon Le Brethon, Le Principe d'égalité entre les créanciers, Section 2 : Un traitement différencié par l'égalité matérielle, 29 juin 2021, LGDJ, La Base Lextenso.

matérielle tirée de ce constat.

Les hommes et les femmes ont une santé avec des particularités liées à leur sexe biologique. On distingue l'homme de la femme en raison de leur sexe. Pourtant, la dynamique actuelle de la protection en matière de santé est générale et uniforme. Toutefois, des spécificités entre les individus peuvent être établies dans certains cas. L'égalité entre les hommes et les femmes en matière de santé est un sujet très actuel depuis une vingtaine d'années. La sociologie, la santé publique ou encore les sciences politiques s'intéressent à ce sujet. Des ouvrages et articles sont régulièrement publiés tel que femmes et santé, encore une affaire d'homme¹⁶ ou des inégalités de santé liées au genre en partie fondées sur des stéréotypes de genre en droit de la santé¹⁷. En revanche, le droit traite du sujet de l'égalité entre les hommes et les femmes surtout en matière de droit du travail, de droit civil ou encore en droit de la protection sociale. La doctrine en droit de la santé consacre régulièrement l'importance du principe d'égalité et la jurisprudence évoque aussi ce principe à l'occasion des arrêts rendus sous le prisme de l'égalité entre les individus en fonction des origines, de la couverture sociale et en fonction de la situation socio-économique des individus. Si le sexe des individus apparaît comme l'un des critères permettant de prohiber la discrimination, la doctrine traite peu le sujet d'égalité formelle et matérielle entre les hommes et les femmes en matière de santé. Il est alors possible de déterminer que malgré le fait que l'égalité entre les hommes et les femmes ne soit pas un sujet récent, l'égalité au prisme d'une apparence formelle et matérielle en matière de santé constitue un regard nouveau sur certaines problématiques. Xavier Bioy, apporte ainsi une approche personnelle du principe d'égalité sous ce prisme d'égalité formelle et matérielle dans un article publié en 2023. Il constate par ailleurs que « *les aspects juridiques demeurent assez lacunaires* »¹⁸ concernant les études relatives aux inégalités de santé.

Ainsi, l'intérêt du sujet est multiple car les inégalités en santé sont souvent abordées en matière de droit de la santé sous le prisme du droit des patients tel que l'égal accès aux soins ou via le principe de non-discrimination. L'enjeu est alors d'aborder la santé et son encadrement juridique dans sa globalité au prisme de l'égalité formelle et matérielle entre les hommes et les femmes. Le genre masculin et le genre féminin apparaissent comme ayant un aspect sociologique et pouvant conduire à d'autres analyses. Ainsi, lorsque les hommes et les femmes sont évoqués, il s'agit d'hommes et de femmes qui sont nés avec ce sexe biologique (cisgenre).

¹⁶Murielle Salle et Catherine Vidal, Livre *femme et santé, encore une affaire d'homme* de, publié en 2017 par Belin.

¹⁷ Marie Mesnil, *Des inégalités de santé liées au genre en partie fondées sur des stéréotypes de genre en droit de la santé*, Tribunes de la santé, 2014/3, N°44, p 35 à 42.

¹⁸ Xavier Bioy et Bruno Ramdjee, *égalité et non-discrimination en santé dans les jurisprudences constitutionnelles françaises et étrangères*, RDSS 2023, p. 828, Préc.

L'approche globale de la santé permet de s'intéresser à la prévention, à la recherche, à l'accès aux soins et à la prise en charge des individus, mais également d'analyser, au prisme du droit de la santé, l'encadrement des déterminants de santé d'un homme et d'une femme, la santé reproductive et surtout une approche de la santé en générale.

La pertinence du sujet pourrait être questionnée en raison de l'évolution de l'espérance de vie entre les hommes et les femmes. En effet, la femme à la naissance a une espérance de vie de 85,7 ans en 2023 et l'homme a une espérance de vie de 80,0 ans en 2023¹⁹. L'écart est majeur et la conclusion la plus simple serait que les femmes sont en meilleure santé que les hommes. Ainsi, une inégalité en santé devrait être établie afin de justifier d'un tel écart. Pourtant, cette considération serait simpliste, car l'égalité en santé ou les inégalités en matière de santé ne sont pas déterminées par l'espérance de vie, d'autant que cet écart tend à s'amenuiser. L'écart pourrait se justifier au regard du taux de mortalité, car dès la naissance les hommes ont un taux de mortalité supérieur à celui de la femme. La seule période où les hommes et les femmes ont un taux de mortalité égal est celle de 1 an à 14 ans. Ainsi, lors de la première année de vie, le taux de mortalité en 2022 est de 3,8 pour les petits garçons, alors que le taux est de 3,1 pour les petites filles²⁰. La mortalité infantile est donc plus importante chez les hommes que chez les femmes. L'écart entre les hommes et les femmes se creuse davantage après 15 ans et conduit à une différence du taux de mortalité de 5,3 entre l'âge de 60 à 64 ans. Ainsi, sur cette période, les hommes ont un taux de mortalité de 10,3 en 2022, tandis que les femmes ont un taux de mortalité égal à 5²¹. Le taux d'espérance de vie et celui de la mortalité sont interdépendants. Des justifications comme une plus grande fragilité des hommes jeunes ou des comportements à risques tels qu'une plus grande consommation d'alcool ou de drogue pourraient expliquer ces écarts. Cependant, même si l'espérance de vie et le taux de mortalité sont des indicateurs, il est nécessaire de considérer la santé dans son ensemble afin d'arriver à certaines conclusions. Un homme peut décéder avant une femme en ayant vécu en bonne santé toute sa vie, tandis qu'une femme à l'inverse peut décéder après un homme en ayant vécu en mauvaise santé sur une grande partie de sa vie. La santé est définie classiquement par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »²². La santé peut aussi être définie comme « *la santé c'est la vie dans le silence des organes* »²³ pour René Leriche. La seconde définition aborde alors une approche de la santé plus restrictive que celle de l'OMS qui définit la santé de façon

¹⁹ Institut national d'études démographiques (Ined), Espérance de vie à la naissance, février 2024.

²⁰ Institut national d'études démographiques (Ined), Taux de mortalité par sexe et âge en 2022 (pour 1000).

²¹ Ibid.

²² Définition de la santé par l'organisation mondiale de la santé (OMS), dans sa Constitution de 1946 et entrée en vigueur en 1948.

²³ Définition de la santé par René Leriche en 1936, Bézy.O, Quelques commentaires à propos de la célèbre formule de René Leriche : « La santé c'est la vie dans le silence des organes », La revue Lacanienne 2009/1, éd Érès, p. 47 à 50.

générale en prenant en compte les aspects psychologiques et surtout les aspects sociaux de la santé. La santé dans son approche limitée ou large est une notion délicate à appréhender voire philosophique.

Ainsi, l'encadrement de la santé est permis grâce à la protection du droit de la santé qui s'illustre comme un objectif à valeur constitutionnelle, caractérisée à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946²⁴. Le droit à la protection de la santé est protégé par le bloc de constitutionnalité, celui de conventionalité, celui législatif, notamment par le Code de santé publique et par le bloc réglementaire. Le droit de la santé est un droit relativement autonome. En matière de santé, les normes peuvent toutes être analysées au prisme de l'égalité formelle ou matérielle. Le sujet conduit à analyser des normes pluridisciplinaires et cela ajoute à sa complexité.

Il est alors possible de se demander si l'égalité formelle en matière de santé ne génère-t-elle pas des inégalités et des discriminations entre les hommes et les femmes et si l'égalité matérielle apparait répondre davantage aux enjeux entourant la santé des hommes et des femmes en France ?

L'égalité formelle serait le générateur d'inégalité et de discrimination en matière de santé entre les hommes et les femmes en raison de stéréotypes entourant la santé des individus (**Partie I**). Afin de lutter contre les inégalités et les discriminations entre les hommes et les femmes générées par l'égalité formelle, en parallèle, une recherche d'égalité matérielle doit être réalisée (**Partie II**).

Partie I- Une égalité formelle altérée par des stéréotypes : le générateur d'inégalités et de discriminations

Simone Veil déclarera « *Ma revendication en tant que femme c'est que ma différence soit prise en compte, que je ne sois pas contrainte de m'adapter au modèle masculin* ». Cette différence entre les hommes et les femmes en matière de santé va être lissée car le cadre recherché est une égalité formelle entre les individus. Pourtant, l'égalité formelle qui est souhaitable entre les hommes et les femmes va présenter des limites en pratique (**Chapitre 1**) qui résultent en partie des stéréotypes qui affectent et biaisent l'accès à la prévention et aux soins des hommes et des femmes (**Chapitre 2**).

Chapitre I- Un cadre nécessaire déterminé par l'égalité formelle entre les hommes et les femmes présentant des limites

Selon Édouard Herriot, « *il est plus facile de proclamer l'égalité que de la réaliser* »²⁵. En effet, il est vrai que l'égalité semble parfois utopique. En matière de santé, l'égalité instaurée par les normes juridiques est formelle. Elle se caractérise par l'absence de distinction entre les hommes et les

²⁴ al. 11 du préambule de la Constitution de 1946.

²⁵ Édouard Herriot, Aux sources de la liberté, 1939.

femmes et une application uniforme de la règle de droit. Si elle apparaît nécessaire, il conviendra de voir quelle est la cible de la protection de la santé (**section 1**) puis comment l'égalité formelle souhaitée a impacté la conceptualisation de la santé (**section 2**).

Section 1 - La protection et la non-discrimination des personnes en matière de santé : le fondement de l'égalité formelle

L'égalité formelle est caractérisée par une égalité dans et devant la loi. Ce cadre fût indispensable en matière de protection de la santé des individus, car les normes qui ont été déterminées permettaient alors un égal accès à tous et une prise en charge égale à tous.

Pourtant, afin d'aboutir à la conception de ces normes visant une égalité formelle entre les hommes et les femmes, une évolution des personnes protégées a été nécessaire, en passant alors d'une application des normes en faveur des personnes vulnérables à une application des normes indifférenciée entre les individus (**Paragraphe 1**). L'évolution substantielle des personnes protégées devait aussi être conciliée avec la non-discrimination, résultant du principe d'uniformité de la protection (**Paragraphe 2**), afin de rechercher une égalité formelle entre les hommes et les femmes.

Paragraphe 1- Une évolution substantielle des personnes protégées

L'objet de la protection a, par son essence, été profondément transformé. En effet, les premières formes de protection étaient destinées aux personnes vulnérables (**A**), puis l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 a consacré l'évolution des personnes faisant l'objet d'une protection de la santé en garantissant un droit fondamental à la protection de la santé au bénéfice de toute personne (**B**).

A- La genèse de la protection de la santé portant sur des personnes vulnérables

La protection des personnes jugées comme vulnérables a été l'une des priorités de la chrétienté en France. En effet, les hospices alors administrés, en majorité, par des sœurs venaient en aide aux pauvres, indigents et aux orphelins. La différenciation entre les hommes et les femmes n'apparaissait alors que peu et la notion de personne vulnérable relevait davantage de la condition patrimoniale ou familiale de la personne. La protection fournie par les hospices, relevait plutôt d'une assistance à la personne, dénuée d'une politique de protection de la santé. La protection de la santé des individus de la part de l'État relève alors d'une « *appropriation progressive* » pour le professeur Olivier Renaudie²⁶. En effet, la santé et sa protection ont fait l'objet d'un décret en 1793²⁷ afin de porter

²⁶ Olivier Renaudie, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, membre de l'Association française de droit de la santé, Éloge de la centralisation sanitaire, publication dans le AJDA 2020 p1313.

²⁷ Décret relatif à l'organisation des secours qui va créer des agences de secours et des officiers de santé dans les arrondissements, 28 juin 1793.

secours aux plus démunis et proposait une offre de soins de proximité. En 1793, il est toujours question de la condition sociale des individus jugés alors comme plus vulnérables en comparaison au reste de la population française. Les épidémies vont avoir un grand impact sur la cible de la protection. En effet, si la distinction ne relève plus de la caractérisation de la personne comme étant vulnérable, les mesures visant à limiter les épidémies vont s'appliquer à toute la population. Ainsi en 1822²⁸, le Roi détiendra comme prérogative de prendre toutes les mesures nécessaires afin de lutter contre le choléra. Les fondements de la protection de la santé sont déterminés dans un premier temps par des mesures de police sanitaire. Cependant, après la Seconde Guerre Mondiale, la protection de la santé des individus apparaît comme étant indispensable. La création de la sécurité sociale, grâce aux ordonnances des 4 et 19 octobre 1945, va permettre à la France de poser les jalons du système actuel. Puis, le Préambule de la Constitution de 1946 va alors consacrer ce droit à l'alinéa 11, en précisant que « *la Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* »²⁹. Il est notable que si la protection de la santé est garantie à tous, le fait de nommer précisément certaines catégories d'individus permet de déterminer qu'ils font l'objet d'une attention particulière. La femme au travers de sa maternité doit alors relever d'une considération spéciale. La différenciation de l'homme et de la femme passe donc par la maternité de cette dernière, alors identifiée comme un public vulnérable. La femme sous le prisme de la mère fait l'objet d'une protection de la santé renforcée.

Pourtant, si la femme au prisme de la mère est mise en évidence à la différence de l'homme, le fond de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution³⁰ porte sur une protection de la santé commune sans distinction en raison du sexe, ni en raison d'une vulnérabilité particulière. Le souhait était d'établir une égalité formelle dans la protection afin de résoudre cette inégalité générée par la seule protection des personnes vulnérables.

B- Le bénéfice de toute personne au droit fondamental à la protection de la santé

Selon Danièle Cristol « *le droit à la protection de la santé, inscrit à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, n'est donc pas assimilable à un droit subjectif. Il doit s'entendre dans*

²⁸ Michel Morin, Loi du 3 mars 1822 relative à la police sanitaire : une loi essentiellement maritime en prologue au code de la santé publique, HAL OPEN SCIENCE, 23 octobre 2022.

²⁹ al.11 du préambule de la Constitution de 1946, Préc.

³⁰ Ibid.

son acceptation collective »³¹. Le droit à la protection de la santé est donc un droit objectif, mais c'est aussi un objectif à valeur constitutionnelle. En effet, l'État ne peut garantir la santé aux individus, mais il peut garantir la recherche de la protection de la santé en mettant en place un système de santé performant et protecteur de la santé. L'enjeu pour l'État dans un deuxième temps et appuyé par la création de la Sécurité sociale est de mettre en place un système de soins et de réaliser une politique publique de santé performante et efficiente, mais surtout de garantir un égal accès à tous. Si le système mis en place évolue régulièrement, l'idée est de toujours renforcer l'accessibilité du système. Danièle Cristol précisera également en citant un rapport public fourni par le Conseil d'État qu'il importe aux pouvoirs publics de « *protéger collectivement les populations contre les risques qui pourraient menacer leur santé* »³².

Ainsi, les normes doivent être générales et impersonnelles, afin de rechercher une égalité formelle entre les individus. Cela permet une égalité dans la loi et devant la loi. Le Législateur le précise d'ailleurs à l'article L1411-1 du Code de la santé publique qui dispose que « *La Nation définit sa politique de santé afin de garantir le droit à la protection de la santé de chacun. La politique de santé relève de la responsabilité de l'État* »³³. Ce principe d'égalité formelle sera à nouveau réaffirmé à l'occasion de la loi Kouchner relative aux malades³⁴ qui vient ajouter l'article L1110-1 du Code de la santé publique en précisant que « *Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. (...) garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible* »³⁵. Les normes ne vont opérer aucune distinction entre les individus afin de poser le cadre formel de l'égalité. Il s'agit d'un changement substantiel car le cadre général ne met plus en évidence les personnes vulnérables et aucune distinction en raison du sexe n'est réalisée. Les pouvoirs publics souhaitent alors définir une politique commune et applicable en faveur de tous les individus sans distinction de leur condition. Pourtant si en principe l'égalité formelle entre hommes et femmes est souhaitable car elle détermine le cadre de la protection de la santé, des discriminations et inégalités peuvent aussi être générées par cette dernière.

³¹Danièle Cristol, QPC, Droit à la protection de la santé, RDSS 2015. 364, citation du CE, Réflexions sur le droit de la santé, EDCE n° 49, La Doc. Française, 1998, p. 239.

³² Danièle Cristol, QPC, Droit à la protection de la santé, RDSS 2015. 364, citation du CE, Réflexions sur le droit de la santé, EDCE n° 49, La Doc. Française, 1998, p. 239, Préc.

³³ Art. L.1411-1 CSP.

³⁴ Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 4 mars 2002, n°2002-303.

³⁵ Art. L.1110-1 CSP.

Paragraphe 2 - La discrimination face au principe d'uniformité de la protection

La protection de la santé des individus garantit un égal accès à la prévention et aux soins grâce à la sanction de la discrimination directe et indirecte (A) mais aussi par la discrimination positive quand la situation en pratique l'oblige (B).

A- La discrimination directe et indirecte dans l'accès à la prévention et aux soins sanctionnée

Le Code de la santé publique détermine en son article L.1110-3 que « aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins »³⁶. L'interdiction de discrimination est déterminée dans les 5 premiers articles du Code de la santé publique. Cette place démontre l'importance accordée à l'égalité de traitement entre les individus.

La discrimination directe est par principe prohibée et sanctionnée. En effet, elle constitue un délit pénal caractérisé à l'article 225-1 du Code Pénal³⁷. Le Code de la sécurité sociale va aussi compléter les conditions posées par le Code pénal, via son article L.162-1-14-1, qui va préciser qu'une sanction pourra être prononcée à l'encontre d'un professionnel qui pratique une discrimination dans l'accès aux soins et dans la prévention au sens de l'article L.1110-3 du CSP.

De plus, l'article R.4127-7 du Code de la santé publique et anciennement l'article 7 du code de déontologie dispose que « *Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard. Il doit leur apporter son concours en toutes circonstances. Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée* »³⁸.

Le Conseil d'État s'est attaché à déterminer ce qu'était une attitude incorrecte dans un arrêt rendu le 10 mars 1997³⁹. Il précise alors qu'un médecin qui écrit à l'une de ses patientes en des termes « véhéments » a alors un comportement fautif et sanctionnable de 8 jours d'interdiction d'exercer la médecine. Le Conseil d'État ne sanctionne pas un comportement discriminatoire, mais

³⁶ Art. L.1110-3 CSP.

³⁷ Article 225-1 du Code pénal « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte au sens, respectivement, de l'article 6 et des 1^o et 2^o de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée* ».

³⁸ Art. L.4127-7 CSP.

³⁹ Conseil d'État, 4 SS, du 10 mars 1997, n°167221, inédit au recueil Lebon.

l'attitude incorrecte du médecin envers sa patiente. Il est possible de s'interroger sur les agissements du médecin envers sa patiente qui était une femme. À situation comparable avec un patient homme, ce comportement aurait-il eu lieu et si oui une sanction aurait-elle été prononcée ?

La Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins (CDNOM) a également précisé à l'occasion de l'une de ses décisions, rendue le 18 novembre 2021⁴⁰, qu'un toucher vaginal qui serait accompagné de certaines familiarités, qui ont été reconnues par le médecin, constituerait une attitude incorrecte, même s'il n'y avait pas de connotation sexuelle. La CDNOM a donc rejeté la requête du médecin et confirmé la sanction de 2 ans d'interdiction de pratiquer la médecine dont 1 an avec sursis.

Le Conseil de l'Ordre des médecins, ainsi que les juridictions administratives et judiciaires, sanctionnent les comportements incorrects des professionnels de santé. Le comportement discriminatoire d'un médecin et le refus de soins discriminatoire peuvent aussi faire l'objet d'une sanction disciplinaire voire pénale.

Le fait de prohiber la discrimination directe et indirecte permet de garantir le principe d'uniformité, attaché aux soins et à la prévention. La discrimination est fortement sanctionnée et cela constitue un moyen de lutte contre cette dernière. En revanche, il appartient au patient de démontrer le refus de soins ou le caractère discriminatoire de la prise en charge. Le régime est alors un régime de responsabilité pour faute. En effet, la charge de la preuve pèse sur le patient et cela peut donc s'avérer difficile de démontrer le caractère discriminatoire de la prise en charge ou dans l'accès à la prévention⁴¹. Une faute, un dommage et un lien de causalité doivent être caractérisés. Cependant, un système d'allègement a été mis en place en raison de la complexité de la caractérisation du lien de causalité devant être direct et certain. Il s'agit alors de la présomption du fait de l'homme, qui permet de laisser à l'appréciation du juge la possibilité de dépasser l'incertitude attachée à la caractérisation du lien de causalité, s'il relève une présomption grave, précise et concordante. La présomption du fait de l'homme est déterminée à l'article 1382 du Code civil⁴², mais reste une présomption judiciaire⁴³ qui ne renverse pas la charge de la preuve.

Ainsi, un patient, qui estime que sa prise en charge a été affectée par de la discrimination, pourra saisir le Conseil départemental de l'Ordre où le médecin est inscrit ou la Caisse primaire d'assurance maladie. La saisie vaut alors plainte. Dans la revue *Médecins* publiée en 2023, l'édition spéciale est consacrée à la responsabilité médicale sous toutes ses formes et précise que « *Le faible nombre de plaintes rend délicate une évaluation de la réalité des discriminations. Comme pour les autres*

⁴⁰ CDNOM, 18 novembre 2021, n°14783.

⁴¹ CDNOM, 27 juin 2012, n°11191.

⁴² Art. 1382 CC.

⁴³ Patricia Vannier, Fiches d'introduction au Droit, 2020, Fiches 33 les présomptions, p 227 à 234, 4^{ème} Edition Ellipses.

formes de violences, il faut que la parole se libère sur le sujet, insiste le D^r Glaviano-Ceccaldi. Depuis la sortie du décret de 2020, le Conseil national de l'Ordre des médecins a pour obligation d'établir un bilan annuel des refus de soins discriminatoires. L'évaluation sera affinée à la suite des prochains bilans »⁴⁴. L'évaluation de la réalité des discriminations semble complexe à déterminer, en raison d'un potentiel manque de moyens ou de ressources. La situation semble pour autant évoluer favorablement selon la commission des pratiques de refus de soins auprès du Conseil National de l'Ordre des médecins.

Le principe d'uniformité attaché à l'égalité formelle apparaît comme absolu, pourtant, certaines catégories de personnes vulnérables font toujours l'objet d'une protection renforcée liée à leur condition. La femme qui devient mère fait alors l'objet de cette protection renforcée, qui s'inscrit dans une dynamique de discrimination positive, visant à considérer la situation particulière de ce moment de vie en s'écartant de l'égalité formelle.

B - La mère, une personne vulnérable faisant l'objet d'une discrimination positive

Selon le professeur Francis Kernaleguen, le Code de la santé publique consacre « *une première partie à « la protection des personnes en matière de santé » qui de manière asexuée envisage toutes les personnes et donc tous les corps, dédie une seconde partie à « la santé de la famille, de la mère et de l'enfant », c'est-à-dire en fait à ce qui tourne autour d'une fonction irréductiblement spécifique à la femme »⁴⁵.*

L'homme et la femme ne font donc l'objet d'aucune distinction dans le Code de la santé publique en principe. Pourtant, dans certaines parties du Code, des dispositions visent et citent la femme de façon claire. Ces dispositions portent sur la grossesse, la santé maternelle et plus largement la femme, mais toujours sous le prisme de la reproduction. Le fait d'opérer cette distinction dans ce cas particulier permet de protéger davantage la femme se trouvant dans une situation particulière. Cela pourrait donc s'apparenter à une discrimination positive. Protéger davantage la femme enceinte par rapport au reste des individus ne constitue pas de la discrimination directe, car il n'y a pas d'intention de nuire, mais seulement considérer qu'à situation inégale, il faut œuvrer pour protéger davantage la personne en situation de vulnérabilité. L'égalité formelle et son principe d'uniformité ne peuvent donc pas être applicables dans cette situation.

Il est fait mention de la femme dans la deuxième partie du Code de la santé publique : « *Deuxième partie : Santé sexuelle et reproductive, droits de la femme et protection de la santé de l'enfant, de*

⁴⁴ Le bulletin de l'ordre national des médecins, Médecin, Numéro spécial décembre 2023, La responsabilité médicale sous toutes ses formes – p 33.

⁴⁵ Francis Kernaleguen, in Corps de la femme et biomédecine, approche internationale, Brigitte Feuillet-Liger, Amel Aouij-Mrad, collection droit, bioéthique et société 8, Bruylant, 2013, p 90.

l'adolescent et du jeune adulte » mais aussi au « *Chapitre II : Établissements de santé recevant des femmes enceintes. (Articles L2322-1 à L2322-2)* » ou encore « *2. Femmes enceintes (Articles R1112 27 à R1112 28)* ».

L'égalité formelle n'est pas rompue seulement car la femme est citée, mais également parce qu'elle fait l'objet de dispositions particulières, l'excluant alors de certaines pratiques. À cet égard, la femme enceinte, la parturiente et la femme qui allaite, vont par exemple, être exclues des essais cliniques et donc de la recherche médicale⁴⁶. Cette exclusion vise avant tout à protéger l'enfant via la mère. Pourtant, le fait d'exclure cette catégorie d'office peut poser question concernant la cible des recherches. En effet, en faisant l'objet d'une exclusion s'apparentant à de la discrimination positive, l'objectif est de permettre une plus grande protection. Il est possible de se demander si la femme enceinte subit une perte de chance dans sa prise charge ou dans la prévention qui peut être réalisée ou si cette dernière est peut-être alors trop protégée. Cette protection a pourtant aussi ces limites, car pour les besoins des recherches, les restrictions peuvent être abandonnées si les motifs justifient une réintégration des femmes enceintes, des parturientes et des femmes qui allaitent aux recherches, comme l'a prévu l'article L.1121-5 du Code de la santé publique⁴⁷. Ainsi, la femme enceinte, la parturiente et la mère qui allaite restent, malgré la réintégration aux recherches, protégées et l'objet d'une protection particulière par rapport aux autres femmes et hommes.

De plus, la femme enceinte fait l'objet d'une prévention ciblée qui pourrait s'apparenter aussi à de la discrimination positive. L'article. L. 3311-3 du Code la Santé publique dispose que « *Ces campagnes doivent également porter sur la prévention du syndrome d'alcoolisation fœtale et inciter en particulier les femmes enceintes à ne pas consommer d'alcool* »⁴⁸. L'article L. 3322-2 du Code de la Santé publique dispose en son dernier alinéa que « *Toutes les unités de conditionnement des boissons alcoolisées portent, dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de la santé, un message à caractère sanitaire préconisant l'absence de consommation d'alcool par les femmes enceintes* »⁴⁹.

La discrimination positive est réalisée dans un objectif de répondre à une ou plusieurs inégalités de fait et a un caractère temporaire. Les mesures réalisées de par la prévention ou la prise

⁴⁶L'article L. 1121-5 du code de la santé publique dispose que « *Les femmes enceintes, les parturientes et les mères qui allaitent ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches (L. n° 2012-300 du 5 mars 2012, art. 1^{er}-III-7°) « mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 » que dans les conditions suivantes : -soit l'importance du bénéfice escompté pour elles-mêmes ou pour l'enfant est de nature à justifier le risque prévisible encouru ; -soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres femmes se trouvant dans la même situation ou pour leur enfant et à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal* ».

⁴⁷ Art. L.1121-5 CSP.

⁴⁸ Art. L.3311-3 CSP.

⁴⁹ Art. L.3322-2 CSP.

en charge des femmes enceintes sont nombreuses et l'alcool est un exemple de ces mesures. Il est possible de se demander si l'accroissement des recommandations de bonnes pratiques conseillées aux femmes enceintes ou imposées par la loi vont décroître. En effet, comment déterminer qu'une inégalité n'existe plus et est donc temporaire, alors qu'il n'existe pour les hommes aucune situation égale, car seule la femme peut être concernée du fait d'une évidence biologique. Le caractère temporaire de cette discrimination positive semble alors compromis. Cette dérogation à l'égalité formelle entre les hommes et les femmes se justifie par la nécessité de protéger l'enfant à naître expliquant alors certaines mesures restrictives érigées par le législateur et matérialisées par une discrimination positive.

En revanche, si des discriminations positives rompent avec l'égalité formelle, elles ne sont pas les seules à l'impacter. En effet, une égalité formelle a été souhaitée et mise en œuvre dans les normes. Pourtant, cette dernière affecterait la conceptualisation de la médecine en France. En effet, le caractère général souhaité, porterait finalement atteinte à la prévention et à la prise en charge des hommes et des femmes du fait ne pas tenir compte de leur particularisme.

Section 2 - Une égalité formelle affectant la conceptualisation de la santé des hommes et des femmes

L'égalité formelle en matière de santé va faire naître des inégalités voire des discriminations. En effet, la santé globale des hommes et la santé globale des femmes n'est pas toujours la même.

Le fait de considérer les deux sexes comme relevant d'une situation égale, génère finalement des situations aussi inégales. Il conviendra de s'interroger sur les limites qui peuvent entourer la pensée de la santé sur un plan formel (**paragraphe 1**), puis si les facteurs de risques attachés au particularisme des hommes et des femmes ne seraient pas négligés de par la volonté d'établir une égalité formelle en matière de santé entre les sexes (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - Les limites entourant la pensée de la santé sur un plan formel

La pensée de la santé est constituée par la formation réalisée par le corps professoral, alors chargé d'instruire les nouvelles générations de médecins et de personnels soignants (**A**), mais également par la recherche médicale et plus largement en matière de santé permettant une évolution dans les données acquises de la science (**B**). La pensée de la santé apparaît comme respectant une égalité formelle entre les hommes et les femmes. Pourtant, cette même égalité induit des inégalités voire des discriminations.

A- La formation des professionnels de santé insuffisamment axée sur le genre

Selon Annalisa Casini et Isabelle Jacquet « *sensibiliser les apprenant-e-s à la question des inégalités de genre mènera, sur le long terme, à une amélioration substantielle de la santé de la société dans son ensemble* »⁵⁰. En effet, les professionnels de santé sont formés en France sans nécessairement prendre en considération le sexe des patients quand il s'agit de pathologies indifférentes aux fonctions reproductrices de ces derniers. La Haute Autorité de Santé, dans un rapport publié en 2020, Sexe, genre et santé, détermine que la formation initiale et continue des professionnels de santé « *portent peu, ou pas assez, sur la façon dont ils devraient adapter leur prise en charge et leur attitude en fonction du sexe et du genre du patient* »⁵¹. La HAS formalise ce constat par une proposition d'amélioration et dispose dans cette 8^{ème} proposition qu'il serait nécessaire de faire évoluer les formations initiales et continues « *tant dans le champ social, que dans le champ médico-social ou sanitaire, la formation initiale et continue doit être complétée pour intégrer les différences liées au sexe ou au genre, et tendre vers une approche plus globale des personnes intégrant une perspective du genre* »⁵².

L'idée avancée par la HAS est que les professionnels de santé adoptent une approche plus individualisée du patient, en prenant en compte le sexe de ce dernier afin de réduire les lacunes découlant du fait de la non prise en compte des spécificités liées au genre féminin et masculin⁵³. Il est établi que la formation pratique et théorique n'inclut pas ou insuffisamment la question du sexe biologique et ses spécificités en dehors des questions de reproduction et d'anatomie. La HAS a réalisé, pour les besoins de son rapport, une enquête auprès d'étudiants en faculté de médecine, sur un échantillon de 1 122 étudiants et 873 réponses ont été retenues : « *la majorité des externes et des internes considèrent que leur formation universitaire ou pratique ne leur a pas enseigné comment adapter leur prise en charge au sexe et au genre du patient (64 %)* »⁵⁴. De plus, la HAS souligne que « *Les externes et les internes ont complété leurs réponses d'un commentaire libre dans 59 cas (41 pour les femmes – 17 pour les hommes). Ils relatent des attitudes stéréotypées, voire sexistes, de la part d'enseignants ou de professionnels (l'emploi de termes tels qu'« hystériques » ou « folles » concernant les patientes), mais aussi de certains patients vis-à-vis des médecins femmes, la hiérarchisation par les soignants de la parole des patients selon divers critères dont l'identité sexuée, notamment sur la douleur. Et ils révèlent des besoins de formation sur les différences liées*

⁵⁰ Annalisa Casini et Isabelle Jacquet, Penser la formation des professionnels de la santé, Chapitre 2. Intégrer la dimension du « genre » dans les programmes de formation des professionnels de la santé, p 167-168.

⁵¹ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 16.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 147.

au sexe, la façon d'adapter leur pratique et leur attitude selon le sexe et le genre du patient »⁵⁵. Les témoignages semblent éclairants sur les manquements voire les dérives du manque d'information des professionnels qui forment par la suite la nouvelle génération de médecins. La HAS détermine alors que « *Il est de la responsabilité des universités et des centres de formation d'apporter aux étudiants et aux professionnels des clés de lecture afin d'habituer chacun à réfléchir sur les différences induites par le sexe et le genre chez les personnes qu'ils soignent ou accompagnent, et sur la manière dont le genre impacte leurs actions et leurs organisations* »⁵⁶. En effet, soigner, prendre en charge et informer au prisme d'une santé globale, en tenant compte du sexe biologique, des habitudes qui découlent du genre et de son environnement, apparaît comme l'évolution indispensable et le tournant à prendre dans la formation des professionnels de santé. L'approche choisie pour la formation des professionnels repose sur une égalité formelle entre les hommes et les femmes et cela montre une insuffisance dans la différenciation des sexes qui génère alors des inégalités dans la prise en charge et dans la prévention réalisée.

La HAS n'est pas la seule à avoir réalisé un rapport, en effet le Haut Conseil de l'égalité entre les femmes et les hommes a publié le 15 décembre 2020, un rapport : *Prendre en compte le sexe et le genre pour mieux soigner : un enjeu de santé publique*⁵⁷. Il établit également des recommandations et dans son Axe 4 pointe directement la formation des professionnels. Ainsi, la recommandation 39 dispose qu'il est nécessaire d'« *intégrer une formation obligatoire à la thématique Genre et Santé dans le cadre des études de médecine* »⁵⁸. Le HCEfh prend en exemple la formation suisse qui intègre, dans ses modules de formation, un programme de trois cours obligatoires sur le genre et la santé à l'Université de Lausanne. Ce programme est soutenu et fait d'ailleurs parti des objectifs fédéraux suisses d'enseignement supérieur. En comparaison, en France, seule la Faculté Claude Bernard Lyon I dispense un cours de 3 heures aux étudiants de première année intitulé « *Homme / femme : cela compte-t-il dans le soin ?* »⁵⁹.

Pourtant, le deuxième article du Code la santé publique, L1110-1-1, détermine que « *les professionnels de santé et du secteur médico-social reçoivent, au cours de leur formation initiale et continue, une formation spécifique concernant l'évolution des connaissances relatives aux pathologies à l'origine des handicaps et les innovations thérapeutiques, technologiques, pédagogiques, éducatives et sociales les concernant, l'accueil et l'accompagnement des personnes*

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, page 152.

⁵⁷ Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes (HCEfh), Prendre en compte le sexe et le genre pour mieux soigner : un enjeu de santé publique, rapport publié le 15 décembre 2020.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

handicapées, ainsi que l'annonce du handicap »⁶⁰. L'article L4021-1 du Code de la santé publique dispose quant à lui que « le développement professionnel continu a pour objectifs le maintien et l'actualisation des connaissances et des compétences ainsi que l'amélioration des pratiques. Il constitue une obligation pour les professionnels de santé. Chaque professionnel de santé doit justifier, sur une période de trois ans, de son engagement dans une démarche de développement professionnel continu comportant des actions de formation continue, d'analyse, d'évaluation et d'amélioration de ses pratiques et de gestion des risques. L'engagement dans une démarche d'accréditation vaut engagement dans une démarche de développement professionnel continu »⁶¹. Il semblerait possible en considérant les normes législatives, qu'une transformation ou un complément dans la formation des professionnels de santé soit possible et envisageable. Afin de parvenir à une meilleure prise en charge et une meilleure prévention, il faudrait s'écarter de l'égalité formelle prônée alors jusqu'à présent, en considérant le particularisme attaché à la santé des hommes et des femmes. Le fait de repenser la formation ne nuirait pas aux usagers qui bénéficiaient jusqu'alors d'une prise en charge plutôt globale et indifférenciée en dehors des questions de reproduction et d'anatomie.

La formation des professionnels réalisée au prisme d'une égalité formelle entre les individus hommes et femmes se retrouve aussi dans les recherches menées par le corps médical. Si la formation génère des inégalités entre les patients voire des discriminations en pratique, la recherche médicale induit aussi des inégalités voire discriminations.

B- La recherche en santé provoquant des inégalités voire des discriminations

La recherche médicale notamment portant sur les produits de santé pose question. En effet, les chercheurs développant des produits de santé partent en principe du postulat que ce qui est valable pour un homme l'est aussi pour une femme. L'égalité formelle dans le soin, se retranscrit dans le développement des traitements, médicaments et produits de santé au global. La question se pose autour de l'échantillon des tests des essais cliniques et si ce dernier est réellement représentatif. Dans un rapport d'information publié par le Sénat en 2015, ce dernier détermine que selon l'INSERM « *Les chercheurs acceptaient sans trop de questionnement l'idée selon laquelle le corps des hommes était plus facile à étudier. Le corps mâle était le « prototype » de l'être humain, alors que le corps de la femme était perçu comme « autre », voire « déviant », et donc ne pouvait qu'introduire des dysfonctionnements dans la recherche biomédicale »⁶².*

⁶⁰ Art. L.1110-1-1 CSP.

⁶¹ Art. L.4021-1 CSP.

⁶² Sénat, Projet de loi de modernisation de notre système de santé : femmes et santé : les enjeux d'aujourd'hui, rapport d'information, N°592 (2014-2015) déposé le 2 juillet 2015.

Les femmes étaient auparavant exclues des essais cliniques en raison du fait qu'elles pourraient être enceintes, qu'elles prenaient une contraception ou tout simplement car la variation d'hormones chez la femme pourrait nuire à l'essai. En effet, après le scandale du Distilbène, dans les années 50, 60 et 70 aux États-Unis, les chercheurs ont donc exclu la femme de certains essais, ce qui a donné lieu à des recherches financées par le gouvernement fédéral des États-Unis sur la relation entre l'obésité et le cancer du sein et de l'utérus uniquement sur des hommes⁶³. L'Académie de médecine française en 2016 expliquait que « *les femmes étaient jusqu'à deux fois plus sujettes aux effets secondaires des médicaments que les hommes, car exclues des essais, ce qui entraînait "un coût humain et financier exorbitant"* »⁶⁴.

Le rapport de la HAS sur le genre, sexe et santé, publié en 2020, traite également des essais cliniques qui n'incluraient pas suffisamment ou de façon inexistante le sexe biologique dans la recherche⁶⁵. Le fait de ne pas l'inclure et de partir du postulat que les hommes et les femmes ont une santé égale génère finalement des inégalités, car les traitements et produits de santé développés se révèlent parfois inadaptés avec de lourds effets secondaires. Ce constat permet de déterminer une inégalité issue des effets des traitements car ne pas prendre en considération le particularisme des hommes et des femmes peut induire des résultats faussés et une inégalité voire une discrimination indirecte en pratique. La HAS propose alors de « *Considérer explicitement le sexe dans les essais cliniques sur les produits de santé et les actes médicaux. Pour que les potentielles différences liées au sexe soient mieux documentées, la HAS préconise que ces différences soient considérées à toutes les étapes de construction d'un projet de recherche (...) La HAS recommande, particulièrement aux comités de protection des personnes, de faire preuve d'une vigilance accrue à ce sujet. Cela nécessite, par ailleurs, que tous les acteurs de la recherche veillent au respect des règles d'équité de représentation femmes-hommes au sein des structures décisionnelles et équipes de recherche. Enfin, la HAS recommande qu'une mission d'évaluation sur la représentation femmes-hommes dans les essais cliniques conduits sur le territoire national soit diligentée* »⁶⁶.

Précisément, le fait que la recherche et que les essais cliniques soient diligentés par une conception que la femme et l'homme sont des sujets égaux, va nuire et avoir une réelle incidence sur leur santé. Cela pourrait constituer un préjudice pour ces derniers. En effet, l'aspirine, par exemple, va influencer sur le cœur chez l'homme et sur le cerveau chez la femme⁶⁷. Dans la mesure, où

⁶³ Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM), Note du comité d'éthique : groupe « Genre et Recherche en Santé », Juin 2014, p 7.

⁶⁴ In France culture, F. Moghaddam, Santé des femmes une très lente prise en compte depuis l'Antiquité, 8 mars 2020.

⁶⁵ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, Préc.

⁶⁶ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 15 et 115.

⁶⁷ Abdoun.E, Cadu.F, *Médicament : l'injustice faite aux femmes, Sciences et Vie*, publié le 23 juillet 2014.

cela n'est pas précisé lors de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché, car aucune distinction n'a été réalisée entre la femme et l'homme, alors une femme souffrant d'une pathologie cardiaque sera mal soignée. Le préjudice de perte de chance pourrait être constitué ou un manquement fautif de la part des laboratoires pharmaceutiques pourrait être démontré.

La constitution d'une valence d'un vaccin peut aussi être un exemple. En effet, la femme répond en principe immunitairement à la moitié d'une dose de vaccin, pourtant la valence est pensée en fonction du corps des hommes afin de répondre aux plus larges besoins. La femme va donc être susceptible de développer davantage d'effets secondaires⁶⁸. Il est possible de considérer cela comme une inégalité. Enfin, le somnifère va s'assimiler plus longuement chez la femme. La somnolence est alors plus longue et présente des risques. La dose doit donc être adaptée en fonction du sexe du patient⁶⁹.

Le cadre légal déterminé par le Code de la Santé publique n'indique pas de différence entre les hommes et les femmes. Il précise en revanche les personnes ne pouvant se prêter à la recherche médicale que sur des exceptions. Il faut alors que l'exception présente un caractère nécessaire et proportionnel au but recherché, comme pour les femmes enceintes, parturientes et les femmes allaitantes. La loi impose, en ne faisant aucune distinction, une forme d'égalité formelle. Pourtant, il semblerait que la doctrine et la HAS pointent les insuffisances résultant d'une loi peut-être trop générale. Il est possible de se demander si à l'avenir, des mesures ne réaliseront pas de la discrimination positive afin de garantir une égalité matérielle du fait de l'insuffisance de l'égalité formelle.

De plus, la ceinture de sécurité qui est une obligation dans chaque voiture, n'est pas un produit de santé mais peut avoir un impact considérable sur la santé des usagers. Caroline Criado-Perez, a, en 2019, réalisé une étude afin de dénoncer certaines pratiques⁷⁰. En effet, le mannequin de référence (1m 70 et 75 KG) utilisé lors des tests de voiture est masculin. Le mannequin représentant la femme serait réalisé comme celui masculin mais en modèle réduit (50 KG) et ne serait présent qu'en place passager. La voiture serait alors conçue au détriment du corps de la femme (appuie tête, ceinture, volant, distance avec le pare-brise)⁷¹. Si les femmes ont moins d'accident de la route que les hommes, 47% des femmes qui ont un accident risquent d'être gravement blessées et 17% des femmes risquent la mort. En revanche, il est notable, que les hommes ont plus d'accidents de la route que les femmes. Les accidents mortels seraient liés davantage à un comportement plus qu'à la conception de la voiture. En effet, « 91% des conducteurs alcoolisés impliqués dans un

⁶⁸ Abdoun.E, Cadu.F, Médicaments, Ils soignent mieux les hommes que les femmes, in : *Sciences et Vie*, n° 1163, 48, 21 juillet 2014.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ C. Criado-Perez, Femmes invisibles, 2020.

⁷¹ Ibid.

accident mortel en 2019 sont des hommes »⁷² selon la sécurité routière. La part d'homme dans la mortalité routière « reste prépondérante »⁷³, selon l'observatoire national interministériel de la sécurité routière, car ils représentent 77,6 % en 2023.

Ainsi, dans la recherche en matière de sécurité routière ou de recherche sur les produits de santé, le fait de partir du principe que les hommes et les femmes sont égaux et réagissent de la même manière semble induire une discrimination indirecte qui affecte le plus souvent les femmes. Cette dynamique d'égalité formelle à ne pas distinguer l'homme de la femme semble donc nuire à leur santé par rapport à une approche genrée prenant en considération leur particularisme. Il est possible de constater objectivement et de chiffrer ces inégalités résultant des recherches.

La pensée de la santé au travers des recherches et de la formation des professionnels souffre de cette égalité formelle. Cette dernière affecte également les facteurs de risques impactant la santé des hommes et des femmes car souvent en matière de prévention, le caractère général des campagnes ne permet pas de répondre aux défis de l'information liée au particularisme attaché au sexe biologique de l'individu. De plus, l'environnement s'illustre comme un facteur clé de la santé en France et il diffère selon que l'individu est femme ou homme. La prise en considération de ce dernier apparaît pourtant parfois compromise par l'égalité formelle et il en découle des traitements inégalitaires et peu adaptés.

Paragraphe 2 - Des facteurs de risques attachés au particularisme de la santé des hommes et des femmes négligés par l'égalité formelle

Le cadre posé par l'égalité formelle est bénéfique dans un premier temps car il impose une égalité par principe entre les hommes et les femmes en matière d'accès et de qualité des soins. Pourtant, la conception même que l'homme et la femme sont égaux en matière de santé peut générer finalement des inégalités, voire de la discrimination indirecte. En effet, Annalisa Casini et Isabelle Jacquet diront que « *Ce n'est pas uniquement parce que les inégalités de genre sont « injustes » qu'il faut les combattre. Les iniquités d'accès aux ressources, aux informations et au pouvoir se traduisent par des différences de santé entre hommes et femmes en termes de vulnérabilité à la maladie, d'état de santé, d'accès aux soins et de qualité des soins* »⁷⁴.

Dès lors, il conviendra de voir comment la non prise en compte du particularisme en matière de santé des hommes et des femmes a un impact au niveau de la prévention et donc des informations pouvant être véhiculées comme à l'occasion des campagnes de sensibilisation (A) ou par le fait que dans la prise en charge des hommes et des femmes, l'environnement dans lequel ils évoluent, qui

⁷² Sécurité routière, Femmes au volant, vie au tournant, 8 mars 2021.

⁷³ L'observatoire national interministériel de la sécurité routière (ONISR), Bilan 2023 de la sécurité routière, 2024.

⁷⁴ Annalisa Casini et Isabelle Jacquet, Penser la formation des professionnels de la santé, Chapitre 2. Intégrer la dimension du « genre » dans les programmes de formation des professionnels de la santé, p 167-168.

est souvent genré, est au final un facteur peu pris en compte, alors que ce dernier peut être déterminant pour la santé des individus (**B**).

A- Une prévention générale et impersonnelle des facteurs présentant un risque pour la santé

La prévention est selon l'OMS « l'ensemble des mesures visant à éviter ou réduire le nombre et la gravité des maladies, des accidents et des handicaps »⁷⁵. Elle peut être distinguée en 3 ou 4 catégories : « la prévention primaire qui viserait à diminuer l'incidence d'une maladie sur la population, la secondaire à en diminuer la prévalence, la tertiaire à diminuer la prévalence des incapacités chroniques, récidives, complications, invalidités ou rechutes consécutives à la maladie, et la quaternaire à protéger les patients d'actes inutiles »⁷⁶. Gordon détermine en 1982, que la prévention serait universelle quand « elle concerne l'ensemble de la population quel que soit son état de santé, sélective lorsqu'elle s'adresse à des sous-groupes de population spécifiques (femmes, adolescents, etc.) et ciblée lorsqu'elle n'est recommandée que pour des personnes présentant un facteur de risque, une condition ou une anomalie les identifiant comme présentant un risque suffisamment élevé pour nécessiter l'intervention (par exemple la glycosurie chez les femmes enceintes) »⁷⁷.

La promotion de la santé, quant à elle, est définie par la Charte d'Ottawa et résulte de la première Conférence internationale pour la promotion de la santé qui a eu lieu le 21 novembre 1986. Elle détermine que « la promotion de la santé a pour but de donner aux individus davantage de maîtrise de leur propre santé et davantage de moyens de l'améliorer »⁷⁸.

La prévention et la promotion de la santé apparaissent comme deux notions qui se complètent. En effet, « À l'aune de ces deux groupes de définition, là où la prévention est affaire de risques, de pathologies et de traumatismes, la promotion de la santé est un espace d'interventions centrées sur les déterminants sociaux de la santé tels que les conditions d'emploi, de logement, de cohésion sociale et l'aménagement des villes, communes et territoires. Elle réfère donc peu aux facteurs de risque »⁷⁹.

En France, la prévention apparaît dans le Code de la Santé publique, mais ne semble pas vraiment détaillée, à la différence de la promotion de la santé qui apparaît à plusieurs reprises. En dehors de la qualification de prévention ou de promotion, la loi détermine la notion de politique de santé, une notion plus large permettant, il semblerait, d'inclure la promotion et la prévention de la

⁷⁵ Définition de la prévention réalisée par l'Organisation Mondiale de la santé en 1948.

⁷⁶ Linda Cambon, François Alla, Franck Chauvin, Haut Conseil de la santé publique, Prévention et promotion de la santé : de quoi parle-t-on ? ADSP n°103, juin 2018, p 9.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Charte d'Ottawa, 1986.

⁷⁹ Linda Cambon, François Alla, Franck Chauvin, Haut Conseil de la santé publique, Prévention et promotion de la santé : de quoi parle-t-on ? ADSP n°103, juin 2018, p 10.

santé sans nécessairement les distinguer. Le Code de la Santé publique dispose, en son article L1411-1-1, que « *La politique de santé est conduite dans le cadre d'une stratégie nationale de santé définie par le Gouvernement, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. La stratégie nationale de santé détermine, de manière pluriannuelle, des domaines d'action prioritaires et des objectifs d'amélioration de la santé et de la protection sociale contre la maladie* »⁸⁰. L'article L1411-2 du CSP précise que « *Les actions de promotion de la santé reposent sur la concertation et la coordination de l'ensemble des politiques publiques pour favoriser à la fois le développement des compétences individuelles et la création d'environnements physiques, sociaux et économiques favorables à la santé* »⁸¹.

En ne cherchant pas à distinguer les individus dans les campagnes de prévention ou de promotion de la santé, il est possible de se demander si globalement les campagnes de sensibilisation et d'information ne sont pas parfois trop générales. Dans la mesure où la prévention est universelle, il apparaît normal qu'elle ne soit pas restrictive et donc qu'elle recherche une égalité formelle entre les individus. Pourtant, la prévention restrictive, qui devrait porter sur un sous-groupe de personnes, est peut-être parfois réalisée au prisme de stéréotypes. Santé publique France répertorie les thématiques de prévention s'adressant alors au grand public et aux professionnels. Elle détermine alors des campagnes concernant : la vaccination, la nutrition et l'activité physique ; les addictions comme le tabac, l'alcool, la drogue et le jeu d'argent ; la grossesse et la petite enfance, la santé sexuelle ; le fait de bien vieillir et la santé mentale⁸².

Dans la grande majorité des thématiques de prévention, il apparaît que l'égalité formelle est respectée et qu'aucune différence ne peut être faite entre les hommes et les femmes. Seule la campagne sur la grossesse apparaît s'adresser davantage aux femmes. Pourtant, sur le site destiné à l'information, l'homme apparaît en premier plan. Il est possible de supposer que l'intention est d'inclure dorénavant davantage les hommes dans le processus de grossesse en donnant une nouvelle représentation de la parentalité.

Le fait que la prévention et la promotion de la santé aient, dans une première intention, un caractère général et impersonnel ne semble pas nuire à la santé des individus. En revanche, l'information peut se révéler parfois un peu trop générale pour être réellement reçue par tous. Ainsi, en réalisant des campagnes de sensibilisation davantage ciblées en prenant en compte le sexe des individus et en adaptant la littérature, cela permettrait peut-être un plus large impact sur les hommes et sur les femmes. Une multitude de thématiques de prévention et promotion de la santé peuvent être adaptées. La nutrition, par exemple, a fait l'objet de nombreuses campagnes de santé publique.

⁸⁰ Art. L.1411-1-1 CSP.

⁸¹ Art. L.1411-2 CSP.

⁸² Site internet Santé publique France : <https://www.santepubliquefrance.fr>.

Pourtant, le taux d'obésité ne cesse d'augmenter. Il n'apparaît pas de différence entre les hommes et les femmes, car l'obésité touche en moyenne 17% de la population adulte en 2020 contre 8,5% en 1997⁸³. Il est possible de se demander si une politique de santé publique pourrait s'éloigner d'une égalité formelle et prendre en considération les différences entre les hommes et les femmes au niveau alimentaire et leur rapport à l'alimentation afin d'adapter la littérature. L'impact sur la population ne pourrait être que plus large, car au lieu de s'adresser à tous, l'individu pourrait se sentir directement concerné. L'enjeu est de ne pas construire cette politique de santé publique sur des stéréotypes ni de stigmatiser les personnes concernées. Il est indispensable de construire une politique de santé publique respectant les principes éthiques comme ceux caractérisés par Raymond Massé⁸⁴.

Dans la mesure où la prévention permet une information, dès lors que le processus de prise en charge est engagé, comment les facteurs de risques attachés à l'environnement des individus se coordonnent-ils ?

B- Un environnement lié à la condition des hommes et des femmes : un facteur peu considéré influant sur la santé

Le Code de la santé publique détermine à l'article L1311-6 que « *un plan national de prévention des risques pour la santé liée à l'environnement est élaboré tous les cinq ans. Ce plan prend notamment en compte les effets sur la santé des agents chimiques, biologiques et physiques présents dans les différents milieux de vie, y compris le milieu de travail, ainsi que ceux des événements météorologiques extrêmes* »⁸⁵. L'article L1311-7 du CSP précise que « *Le projet régional de santé mentionné à l'article L. 1434-1 prévoit les dispositions nécessaires la mise en œuvre du plan national de prévention des risques pour la santé liés à l'environnement qui relèvent de la compétence des agences régionales de santé. Le plan national de prévention des risques pour la santé liée à l'environnement est décliné au niveau régional sous forme de plans régionaux " santé environnement ". Ces plans ont pour objectif la territorialisation des politiques définies dans les domaines de la santé et de l'environnement. Ces plans régionaux s'appuient sur les enjeux prioritaires définis dans le plan national tout en veillant à prendre en compte les facteurs de risques spécifiques aux régions. Ils sont mis en œuvre par les services déconcentrés de l'État, les agences régionales de santé et les conseils régionaux, en association avec les autres collectivités territoriales, notamment par le biais des contrats locaux de santé* »⁸⁶.

La loi prend donc en considération l'environnement comme déterminant de santé. Elle

⁸³ Données produites par l'Assurance maladie : Surpoids et obésité de l'adulte : définition, causes et risques, 4 mars 2024.

⁸⁴ Raymond Massé, Éthique et santé publique, décembre 2003, Presses de l'université de Laval.

⁸⁵ Art. L.1311-6 CSP.

⁸⁶ Art. L.1311-7 CSP.

consacre des chapitres respectifs à la salubrité des immeubles et des agglomérations, à l'eau, aux rayonnements ionisants ou non, à la présence de plomb ou d'amiante et à l'air et les déchets⁸⁷. En effet, si ces facteurs environnementaux sont des facteurs de risques importants sur la santé des individus, l'égalité formelle est constituée. *Il est possible de se demander si cette égalité formelle ne génère pas des inégalités voire de la discrimination indirecte ?* En effet, le travail est un déterminant de santé important et les femmes et les hommes ne sont pas forcément impactés de la même manière. En 2018, une étude a été réalisée sur un échantillon de 13 000 femmes. Les résultats déterminent une probabilité qui augmente de 26 % de contracter un cancer du sein pour les femmes qui réalisent un travail de nuit⁸⁸. De plus, les études démontrent que 60% des Burn Out sont faits par des femmes et que la précarité économique serait majoritairement féminine, car 70% des travailleurs pauvres sont des femmes souvent avec des enfants à charge⁸⁹. Au vu des résultats, déterminer que la condition patrimoniale et sociale des femmes, qui est souvent moins favorable que celle des hommes statistiquement, peut laisser présager que l'accès aux soins et la prise en charge de ces femmes sont souvent compromis.

L'égalité formelle entre les hommes et les femmes permet aux hommes et aux femmes de travailler de la même manière, d'avoir un salaire égal, d'accéder à des soins de qualité égale... Pourtant, cette égalité formelle qui est souhaitée en théorie entre les individus n'est pas toujours atteignable et le fait de considérer l'environnement dans lequel évolue l'individu et qui est souvent conditionné par son sexe permet de mieux prendre en charge et soigner ce dernier. Tenir compte des inégalités sociales et des discriminations indirectes dont sont victimes les personnes permettrait une adaptation des soins au plus près des besoins.

Pourtant, la conceptualisation de la médecine apparaît comme déjà genrée, ce qui serait en contradiction avec les valeurs véhiculées par l'égalité formelle. La médecine serait donc intrinsèquement impactée par des stéréotypes de sexe ayant une incidence sur la prévention et la prise en charge. De plus, bien que l'égalité formelle soit souhaitable en théorie de par son caractère général, elle peut induire et générer des inégalités et des discriminations entre les femmes et les hommes du fait de la non prise en compte de leur particularisme. Ainsi, l'égalité formelle générerait à elle seule des inégalités et des discriminations et cela seraient renforcés par les stéréotypes entourant la prévention et la prise en charge des hommes et des femmes. Ces stéréotypes ne permettent pas de rechercher une égalité matérielle et ne concourent pas à la réalisation d'une égalité formelle car ils biaisent les connaissances et la prise en charge des patients.

⁸⁷ CSP.

⁸⁸ Inserm, Travail de nuit et cancer du sein : de nouveaux arguments en faveur d'un lien, 11 septembre 2018.

⁸⁹ Table ronde réalisée par Harmonie Mutuelle au sujet de femmes et hommes sont-ils égaux en santé ?, 2024.

Chapitre 2- L'égalité formelle souhaitable en théorie altérée en pratique par des stéréotypes médicaux générant des inégalités

La rupture avec l'égalité formelle alors souhaitée peut se justifier du fait des inégalités et discriminations résultant des stéréotypes qui entourent la santé. En effet, les stéréotypes se retrouvent à tous les niveaux en matière de santé (**section 1**), mais également car ces stéréotypes portent aussi sur une catégorisation des maladies comme féminines ou masculines (**section 2**). Cela a donc une incidence sur la prise en charge et l'accès aux soins des hommes et des femmes qui seront alors biaisés par des conceptions fausses ou dépassées.

Section 1- Des stéréotypes portant sur la santé se retrouvant à tous les niveaux

Les stéréotypes se retrouvent en effet à tous les niveaux, car la conceptualisation de la médecine repose sur une préconception stéréotypée (**paragraphe 1**), cela va alors induire une prévention à l'égard des hommes et des femmes inégales et avoir une réelle incidence sur les informations communiquées par les professionnels de santé (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- La conceptualisation d'une santé reposant sur des stéréotypes

Dans la mesure où la conceptualisation de la santé repose sur des stéréotypes, comment l'égalité formelle qui a été souhaitée et imposée se coordonne-t-elle avec la conception de la médecine (**A**), puis quelle incidence cela peut avoir sur les politiques de santé publique (**B**).

A- La divergence en pratique entre l'égalité formelle et la conception de la médecine

Si l'égalité formelle en matière de santé commande une prise en charge égale entre les hommes et les femmes dénuée des questions de genre, il est alors possible d'estimer que la médecine n'est pas genrée. La médecine, en dehors des évidences biologiques attachées aux hommes et aux femmes, serait donc neutre et ne considérerait pas le genre féminin ni masculin à l'occasion de la prise en charge des individus. Pourtant, il apparaît que la médecine est déjà genrée et cela reposerait sur la conception même de la médecine. Elle fût historiquement créée par des hommes pour les hommes. Pourtant, le corps de la femme et celui de l'homme sont distingués depuis l'Antiquité. Le corps de la femme serait vu comme « *une dérivation d'un corps de l'homme* » ou comme un « *homme manqué* »⁹⁰. Par ailleurs, cela est théorisé par des conceptions hippocratiques qui impactent encore

⁹⁰ Murielle Salle et Catherine Vidal, Livre *femme et santé, encore une affaire d'homme*, publié en 2017 par Belin, Préc.

la santé des hommes et des femmes au XXIème siècle⁹¹. En effet, ces conceptions historiques se seraient transformées en stéréotypes.

La maîtresse de conférence en histoire contemporaine, Nahema Hanafi, détermine que « *Les maladies nerveuses sont considérées comme intrinsèquement féminines. Ce qui veut dire qu'en cas de bouffées de chaleur, de vapeurs, d'étourdissement, le médecin du XVII-XVIIIe siècle considère prioritairement que la femme est sujette à une maladie de nerf, alors que pour un homme, il aura tendance à chercher d'autres types de pathologies dont la symptomatologie est proche* »⁹². De plus, elle précise que le corps de l'homme est déterminé comme un « *corps en santé* » qui a des caractéristiques « *chaudes et sèches* » tandis que le corps de la femme est théorisé comme « *plus maladif* » et « *humide et froid* »⁹³.

Elle ajoute que l'infériorité des femmes s'explique car « *le corps est plus fragile* » et que « *l'autonomie intellectuelle* » des femmes est moins bonne⁹⁴. Une nuance peut cependant être apportée, car les médecins entre le XVème et le XVIIIème siècle étaient uniquement des hommes. Il faut aussi considérer la place des femmes à cette époque et comprendre que la médecine n'était pas objective mais subjective et affectée par les considérations de ces médecins.

La conception de la douleur chez la femme et chez l'homme est également différente. La religion avait une grande place dans la société et quand il est dit que « *les femmes enfanteront dans la douleur pour expier le péché de la première d'entre elles, Ève, la tradition culturelle est de laisser les femmes souffrir, en particulier lors de l'enfantement car il est 'naturel' qu'elles souffrent* »⁹⁵.

La douleur chez la femme serait donc naturelle et dans sa « *nature* ». La douleur de la femme ne va donc pas donner lieu à des recherches afin de la soulager et cela va durer jusque dans les années 80 en France où les premières péridurales vont apparaître.

Madame Nahema Hanafi précise que « *De la même manière, il est 'naturel' que les femmes souffrent lors de leurs règles ou de troubles liés aux règles car c'est dans l'ordre des choses. Si l'on compare avec des douleurs masculines, tout aussi 'naturelles' car produites par le corps, il y a une différence extrêmement importante : la douleur masculine est considérée dans le sens où elle n'est pas jugée normale et donc elle est traitée* »⁹⁶.

Juridiquement, le fait par exemple que la conception même de la douleur féminine soit peu ou mal appréciée peut avoir une grande incidence. En effet, lors de procédure amiable en

⁹¹ In France culture, F. Moghaddam, Santé des femmes une très lente prise en compte depuis l'Antiquité, 8 mars 2020, Préc.

⁹² In France culture, F. Moghaddam, Santé des femmes une très lente prise en compte depuis l'Antiquité, 8 mars 2020, Préc.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

indemnisation du dommage corporel, un expert doit déterminer et chiffrer des préjudices, et notamment la douleur. Dans la mesure où la conception même que la femme est « plus fragile » ou « plus douillette », son préjudice sera alors peut être déterminé comme moins important que pour un homme, alors que la douleur était peut-être égale.

Selon Stéphane Brissy « *la régulation des professions de santé en France souffre de la persistance encore bien vivace de quelques fondations qui pourraient être retravaillées sans pour autant que l'édifice ne s'écroule* »⁹⁷. En effet, si les fondements de la construction de la médecine impactent encore aujourd'hui la pratique de certains médecins français, l'apprentissage et la déconstruction de certains stéréotypes est encore réalisable. La HAS dira dans son rapport que « *la lutte contre les stéréotypes à l'œuvre dans la pratique professionnelle doit commencer dès la formation initiale* »⁹⁸.

Il existe une grande divergence entre la conception de la médecine et l'égalité formelle. En effet, la conception de la médecine laisse encore des traces dans la pratique actuelle et cela se matérialise par les stéréotypes qui entourent les pratiques. Il existe une rupture entre l'égalité formelle voulue entre les hommes et les femmes en matière de santé et la pratique altérée par les stéréotypes qui génèrent des discriminations directes, indirectes et des inégalités. De plus, la conception de la médecine altère aussi les politiques de santé publique et vient rompre en pratique l'égalité formelle souhaitée en théorie.

B- Des politiques de santé publique affectées par ces stéréotypes

Selon la sociologue Monique Membrado « *les préoccupations médicales pour la santé des femmes ont longtemps concerné leurs capacités ou leurs incapacités procréatrices, l'institution au niveau international de la protection maternelle et infantile (PMI) restant particulièrement exemplaire de cet intérêt. De ce fait, les femmes sont exclues de la construction des grands problèmes de santé publique comme le VIH, l'alcoolisme, les toxicomanies ou les maladies cardiovasculaires, voire même les cancers, puisqu'elles auraient leurs « cancers spécifiques* »⁹⁹.

En effet, les politiques de santé publique ont pu être altérées par les stéréotypes entourant la santé des hommes et des femmes. Dès lors, après le scandale du sang contaminé, par mesure de précaution, les hommes ayant eu des relations sexuelles avec d'autres hommes étaient alors exclus du don du sang. Cette interdiction basée sur l'orientation sexuelle pourrait être discutable et le caractère

⁹⁷ Stéphane Brissy, table ronde 2 : évolution des professions en santé dans Journal du droit de la santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM), 2022/3 (N°33), p 21 à 27.

⁹⁸ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p16.

⁹⁹ Monique Membrado, les femmes dans le champ de la santé : de l'oubli à la particularisation, dans Nouvelles Questions féminines, 2006/2 (Vol 15), p16 à 31.

discriminatoire de cette dernière va être allégué devant les juridictions civiles et administratives. La juridiction administrative utilisera le principe de non-discrimination en s'appuyant sur la jurisprudence européenne¹⁰⁰. Marie-Angèle Hermitte dira que « *le don du sang n'est ni un droit comme le montrent les multiples contre-indications, ni une obligation, mais une manière d'exprimer sa solidarité. A ce titre, on ne voit pas comment il pourrait y avoir discrimination, qui suppose un droit* »¹⁰¹. En effet, ce qui est protégé et garanti, c'est le droit à la protection de la santé du receveur et non un droit de donner son sang. Pourtant, une première étape va être franchie en 2016 en autorisant un homme homosexuel à donner son sang à la condition qu'il n'a pas été sexuellement actif durant 12 mois. En 2019, la période est de 4 mois. Puis, la loi du 2 août 2021¹⁰² relative à la bioéthique va venir concrètement mettre fin à cette exclusion. L'article L1211-6-1 du CSP dispose à présent que « *Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle. (...) ils ne peuvent être fondés sur aucune différence de traitement, notamment en ce qui concerne le sexe des partenaires avec lesquels les donneurs auraient entretenu des relations sexuelles, non justifiée par la nécessité de protéger le donneur ou le receveur* »¹⁰³. Dans le prolongement de la loi, l'orientation sexuelle disparaît des critères de sélection du donneur de sang depuis le 16 mars 2022. Il s'agit d'une avancée majeure et le fruit d'une déconstruction des stéréotypes appuyés grâce au progrès des techniques scientifiques. De plus, en 2023, 53% des personnes atteintes du VIH étaient des femmes¹⁰⁴. Ainsi, le stéréotype attaché au VIH ou SIDA, considérant qu'il s'agissait d'une maladie touchant seulement des hommes homosexuels, a pu, grâce à l'appui de la prévention, des campagnes de sensibilisation et plus largement de la politique de santé publique, permettre une reconsidération de la maladie comme en témoigne la disparition de l'orientation sexuelle des critères de don du sang.

Le tabac et l'alcool ont également fait l'objet de politiques publiques de santé fortes. La déconstruction des stéréotypes entourant un profil type de personnes fumant ou buvant est en progrès et les campagnes de sensibilisation réalisées permettent de voir l'évolution. En revanche, il est nécessaire de continuer dans cette lignée, afin de pouvoir réaliser une sensibilisation au plus près des réalités.

¹⁰⁰ Thomas Escach-Dubourg, la légalité de l'encadrement du don du sang des hommes homosexuels (une cohérence dans l'incohérence), AJDA 2018 p 1281.

¹⁰¹ Comité consultatif National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), Avis n°123, Questionnement éthique et observations concernant la contre-indication permanente du don de sang pour tout homme déclarant avoir eu une ou des relation(s) sexuelle(s) avec un ou plusieurs homme(s), p 39.

¹⁰² Loi relative à la bioéthique, 2 août 2021, n°2021-1017.

¹⁰³ Art. L.1211-6-1 CSP.

¹⁰⁴ ONUSIDA, Dernières statistiques sur l'état de l'épidémie du Sida, site internet : <https://www.unaids.org/fr/resources/fact-sheet>.

Dans la mesure où les politiques de santé publique pouvaient être affectées par des stéréotypes, la prévention qui était réalisée pouvait aussi être entachée.

Paragraphe 2- Une prévention réalisée présentant des inégalités pour les hommes et les femmes

Il est possible d'établir qu'il existe des inégalités qui sont générées par des stéréotypes. Les inégalités vont porter sur l'inégal accès à l'information résultant de la prévention réalisée au travers des campagnes nationales de sensibilisation par exemple (A). Les inégalités peuvent aussi être établies entre les hommes et les femmes. En effet, les femmes vont bénéficier d'une prévention assez active par rapport aux hommes sur des sujets comme le cancer (B).

A- Des stéréotypes ne permettant pas une prévention optimale

Les stéréotypes entourent la santé dans notre société. En effet, sur le site internet de l'Organisation mondiale de la santé, la différence entre les femmes et les hommes est notable. La prévention recommandée pour la santé des hommes est de faire régulièrement un bilan de santé, de moins boire d'alcool, d'arrêter de fumer, de mieux manger et d'être plus actif¹⁰⁵. Tandis que concernant les femmes, la santé reproductive va être au cœur de la prévention ainsi que les causes potentielles de mortalité¹⁰⁶, pour autant, les recommandations destinées aux hommes ne vont pas être faites pour les femmes et la prévention sur les causes de mortalité des hommes ne sera pas non plus un sujet. Le Gouvernement français a présenté le 8 mars 2023 un plan interministériel, pour la période 2023-2027, intitulé « *toutes et tous égaux* » et les 4 grands axes portent sur l'action contre la violence faites aux femmes, la santé des femmes, l'égalité professionnelle et économique et la culture de l'égalité¹⁰⁷. L'égalité recherchée entre les hommes et les femmes s'éloigne d'une égalité formelle, car finalement le plan interministériel entend répondre aux inégalités découlant de l'égalité formelle. Il cible principalement la santé des femmes. Élisabeth Borne, alors Première ministre, dira « *l'égalité entre les femmes et les hommes est la grande cause des quinquennats du président de la République. C'est un combat clé pour mon Gouvernement. Et un combat que je mène personnellement* »¹⁰⁸.

La prévention réalisée s'axe autour de la santé sexuelle et reproductive, ainsi que sur le particularisme biologique des femmes. En revanche, le particularisme de la santé des hommes n'est pas un sujet et la santé des femmes, en dehors de celle reproductive et sexuelle, est faiblement

¹⁰⁵ Organisation mondiale de la santé (OMS) ; Cinq chose essentiel pour la santé des hommes, publié le 16 novembre 2018.

¹⁰⁶ Organisation mondiale de la santé (OMS), Santé des femmes, publié le 25 septembre 2018.

¹⁰⁷ Lien pdf Plan interministériel :https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/sites/efh/files/2024-03/Plan-interministeriel-pour-egalite-entre-les-femmes-et-les-hommes-2023-2027-pdfaccessible_0.pdf.

¹⁰⁸ E. Borne, discours afin de présenter le plan interministériel, 19 septembre 2023.

évoquée. La prévention réalisée peut laisser supposer que la santé de la femme est plus ou moins réduite à sa santé reproductive et l'homme apparaît peu existant. Pourtant, le cancer de la prostate est le premier cancer masculin et selon l'Institut national du cancer, il toucherait en 2018 plus de 59 885 nouveaux cas¹⁰⁹. La fondation Movember retrace 1,4 millions de cas enregistrés par an¹¹⁰. En revanche, s'il est établi que ce cancer est répandu et touche beaucoup d'hommes à ce jour, aucun programme de dépistage organisé du cancer de la prostate existe. De plus, selon Santé publique France, en 2018, 2 769 nouveaux cas de cancer des testicules étaient estimés¹¹¹. Pourtant, aucun programme de dépistage organisé du cancer des testicules n'a lieu à ce jour.

Les campagnes de prévention uniquement destinées aux pathologies masculines sont faibles et ont un impact relatif. Le mois de novembre ou Movember est dédié à la prévention des cancers masculins mais l'action reste faible et touche finalement peu les hommes. La Fondation Movember est aussi active en informant les hommes sur leur santé et en réalisant des campagnes de dépistage et de sensibilisation. Il est alors possible de se demander si la prévention non réalisée sur les pathologies exclusivement masculines relèverait de la discrimination indirecte. Cette inégalité pourrait se justifier au regard des stéréotypes entourant la santé des hommes et la santé des femmes, pourtant cela ne concourt ni à rechercher une égalité formelle ni une égalité matérielle entre les individus.

B- Une prévention active au profit des femmes et favorisée par la préconception d'une femme vulnérable aux cancers féminins

La prévention en matière de pathologies exclusivement féminines s'est accrue durant ces dernières années. En effet, cela peut s'expliquer car le cancer du sein et le cancer du col de l'utérus sont une des causes de mortalité de la femme et parce que la santé de la femme est l'un des axes d'action du Gouvernement français. La prévention semble fonctionner car le dépistage est en moyenne réalisé par les femmes¹¹². La mesure phare est Octobre Rose ou mois du dépistage des cancers féminins. En 2023, l'Institut national du cancer estimait que 61 214 cas de cancer du sein avaient été diagnostiqués et qu'environ 12 100 décès liés au cancer du sein sont estimés chaque année¹¹³. A titre préventif, il est conseillé aux femmes d'effectuer des vérifications régulières à partir de 25 ans chez une gynécologue ou une sage-femme. Ce cancer fait aussi l'objet d'une campagne

¹⁰⁹ Institut national du cancer, le cancer de la prostate, 2023.

¹¹⁰ Movember, cancer de la prostate.

¹¹¹ Santé publique France, survie des personnes atteintes de cancer en France métropolitaine 1989-2028 Testicule, tous cancer, 2021 et 2023.

¹¹² Par exemple, le dépistage du cancer du sein, sur l'année 2021-2022, a été réalisé par 47,7% des femmes invitées, soit 2,5 millions de femmes et en plus par 10 à 15% des femmes dans le cadre d'une détection individuelle. Les données de dépistage en chiffres sont fournies par Ameli, le 22 janvier 2024.

¹¹³ Institut National du cancer, le cancer du sein, 2023.

nationale de lutte pour le dépistage du cancer du sein. 1 femme sur 8 serait atteinte. De plus, un programme national de dépistage est assuré par l'assurance maladie pour les femmes entre 50 et 74 ans¹¹⁴. Il est possible de se demander pourquoi et comment la cible d'âge a été choisie et si elle n'est pas restrictive. En revanche, concernant le cancer du col de l'utérus, la cible de la campagne de sensibilisation et de dépistage est large car elle s'adresse aux femmes de 25 à 65 ans. Il serait question d'un dépistage tous les 3 ans entre 25 et 29 ans et si les résultats sont normaux, alors le dépistage sera réalisé tous les 5 ans de 30 à 65 ans¹¹⁵.

Les jeunes filles et jeunes garçons entre 11 et 14 ans peuvent se faire vacciner pour prévenir le papillomavirus humain, responsable du cancer du col de l'utérus. La vaccination peut être rattrapée jusqu'à 19 ans¹¹⁶.

Le vaccin contre le HPV est recommandé et n'est donc pas obligatoire. La responsabilité en cas de dommage sera celle attachée au vaccin recommandé. La solidarité nationale n'indemniserait alors pas le préjudice du fait du vaccin. Il appartiendrait à la victime de démontrer la défectuosité du produit, le dommage ainsi que le lien de causalité.

Par ailleurs, le Conseil d'État dans un arrêt rendu le 17 juillet 2019¹¹⁷ a déterminé que la Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins (CDNOM) avait inexactement qualifié les faits concernant un médecin qui diffusait des pétitions contre les vaccins et notamment celui contre le papillomavirus aux professionnels mais également au public non spécialiste. En effet, le CDNOM avait annulé la décision de radiation du médecin. Le Conseil d'État annule la décision de non-radiation et semble condamner le comportement du médecin dans cet arrêt. Le Tribunal administratif de Paris a rendu un jugement en date du 4 juillet 2023¹¹⁸ concernant une contestation d'une campagne de vaccination contre le papillomavirus dans les collèges. En effet, une association requiert un moratoire de la vaccination contre le papillomavirus, suite à l'annonce du Président Emmanuel Macron le 28 février 2023. Elle demande, par un courrier adressé au Ministre de la Santé, ce dit moratoire et une étude sur les adjuvants aluminiques qui seraient une composante dans les valences de ce vaccin. Le Tribunal administratif de Paris rejette la demande en référé au motif principal que le vaccin contre le papillomavirus est un vaccin recommandé qui nécessite le consentement de l'autorité parentale.

¹¹⁴ Assurance maladie, le dépistage organisé du cancer du sein, 13 février 2024.

¹¹⁵ HAS, évaluation de la recherche des papillomavirus humains (HPV) en dépistage primaire des lésions précancéreuses et cancéreuses du col de l'utérus et de la place du double immuno-marquage p16/Ki67, synthèse et recommandations, 10 juillet 2019.

¹¹⁶ Assurance Maladie, pourquoi et comment faire vacciner son enfant contre le papillomavirus humain (HPV) ?, 6 septembre 2023.

¹¹⁷ CE, 1/4 CH.-r., 24 juillet 2019, n°423628, mentionné aux tables du recueil Lebon.

¹¹⁸ Tribunal Administratif de Paris, 4 juillet 2023, n°2315538.

La vaccination recommandée fait alors aussi partie des mesures de prévention réalisées au bénéfice de la santé de la femme. Les stéréotypes entourant la santé de la femme semblent sur certains points bénéficier à cette dernière. En effet, la prévention apparaît pourtant inégale entre les hommes et les femmes. Il serait envisageable de maintenir la prévention réalisée aux bénéficiaires des femmes et de réaliser davantage d'actions de sensibilisation en développant une politique de santé publique tenant aussi compte du particularisme de la santé des hommes. Si les stéréotypes découlent de la conception de la médecine et ont un impact dans la prévention, ils ont également une incidence sur la prise en charge des maladies en les catégorisant comme masculines ou féminines. De ce fait, l'égalité formelle alors souhaitée est biaisée par ces stéréotypes qui ne permettent pas non plus la recherche de l'égalité matérielle entre les hommes et les femmes.

Section 2- Les inégalités générées par les stéréotypes de maladies dites féminines et masculines

Les inégalités entre les hommes et les femmes en matière de santé sont le fruit d'une construction de la santé déterminant une catégorisation des maladies comme étant féminines ou masculines en dehors des évidences biologiques. Cela repose en grande partie sur une construction stéréotypée influant alors sur la prise en charge et l'accès aux soins. En effet, des maladies dites féminines peuvent également affecter des hommes et cette catégorisation pourrait avoir un effet sur leur prise en charge (**paragraphe 1**), inversement des maladies prétendument masculines peuvent aussi impacter les femmes (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Des maladies dites féminines affectant la santé des hommes

La catégorisation des maladies comme relevant d'un genre repose sur une construction stéréotypée de la médecine. Dès lors, les stéréotypes entourant la santé de la femme vont par ricochet affecter la santé de l'homme. Dans la mesure où les femmes pouvaient être considérées comme plus faibles nerveusement, voire même empreinte d'une hystérie, la santé mentale fût un sujet absent de la santé des hommes pendant de nombreuses années, pourtant cela a pu avoir une grande incidence dans leur prise en charge (**A**), de même pour d'autres maladies qui seraient féminines (**B**).

A- La stéréotypisation de la santé mentale

La santé mentale fait partie intégrante de la santé. L'OMS, dans sa définition de la santé, le précise d'ailleurs¹¹⁹. Pourtant, si l'égalité formelle entre les hommes et les femmes induirait que la santé physique, mentale et sociale ait la même considération que l'on soit homme ou femme, la réalité est

¹¹⁹ Définition de la santé par l'organisation mondiale de la santé (OMS), dans sa Constitution de 1946 et entrée en vigueur en 1948.

toute autre. En effet, les stéréotypes déterminent une femme « plus faible » et « empreinte d'une santé mentale instable »¹²⁰, alors que l'homme « doit être fort » et ne rencontre pas de problématique de santé mentale. Pourtant, dans les faits, ce stéréotype, que l'on pourrait penser comme obsolète, a une réelle incidence. La DREES estimait, qu'en 1997, 8000 hommes contre 3000 femmes se seraient suicidés¹²¹. Les statistiques démontrent que depuis 20 ans entre 6 000 à 9 000 hommes se suicideraient. Le taux est nettement supérieur à celui des femmes¹²². Il est possible de se demander ce qui pourrait justifier cet écart entre les sexes.

Le stéréotype attaché aux suicides des hommes serait la radicalité de leurs actes illustrés par un passage à l'acte soudain. Le préjudice de perte de chance d'avoir une prise en charge adaptée pourrait être un argument aussi soulevé, ou dans certains cas l'erreur ou le défaut de prise en charge.

En effet, si la santé mentale est au cœur de la politique de santé publique depuis la crise de la Covid-19, les hommes passent encore trop souvent entre les mailles du filet¹²³. Une inégalité dans l'accès aux soins, aux informations et dans la prise en charge pourrait être établie entre les hommes et les femmes. En effet, la dépression est catégorisée comme une maladie dite féminine. Cela influe sur la prise en charge et la prévention réalisée. En effet, il est possible de supposer que si les hommes se suicident plus que les femmes, c'est parce que le processus de diagnostic et de prise en charge est mal réalisé. Il y aurait donc une discrimination indirecte au détriment des hommes. Le fait de considérer que seules les femmes sont atteintes de dépression va conduire à exclure les hommes de la prévention et va générer une prise en charge retardée voire inexistante. Cela a par ailleurs été défini dans le rapport de la HAS rendu en 2020¹²⁴.

La doctrine détermine une épidémie ou crise silencieuse touchant les hommes. Les mots sont importants car cette « épidémie » en question est la dépression qui pourrait conduire au suicide des hommes. L'association Movember qui intervient en France place la santé mentale des hommes comme l'un de ses sujets prioritaires. Elle a en partenariat avec Gillette réalisée une étude dans plusieurs pays européens en 2022. L'étude met en évidence que 79% des jeunes français (18 à 35 ans) ont souffert de dépression en 2021. L'étude précise que 33% des hommes craignent d'être jugés du fait de leur pensée et seulement 7 % se sentent à l'aise à l'idée de parler de leur santé mentale¹²⁵. La santé mentale des hommes est un sujet complexe résultant du silence qui l'entoure. Vincent Lapiere, directeur du Centre Prévention du Suicide de Paris, souligne qu'en « *matière de santé*

¹²⁰ In France culture, F. Moghaddam, Santé des femmes une très lente prise en compte depuis l'Antiquité, 8 mars 2020, Préc.

¹²¹ Direction de la recherche des études, des évaluations et des statistiques (Drees) ; dans *Études et Résultats*, n°109, avril 2001.

¹²² Ibid.

¹²³ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, page 45,46,47.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ In Emmanuelle Severino, La grande conversation, santé mentale et genre : un tabou masculin, 16 mai 2024.

mentale, le nombre de suicides est en diminution pour toutes les catégories, sauf chez les hommes (...) entre 30 et 59 ans »¹²⁶. Il ajoute que « Chez les hommes, les symptômes de la dépression peuvent prendre des formes différentes et donc être plus difficilement diagnosticables »¹²⁷. En effet, la dépression chez la femme peut avoir comme premier symptôme la tristesse tandis que chez un homme il peut s'agir d'irritabilité, d'un repli sur soi ou encore d'une consommation de substance toxique. Les stéréotypes entourent ainsi la dépression et les conséquences de cette dernière. Cela constitue alors une inégalité en matière d'accès aux soins et de prise en charge des hommes par rapport aux femmes.

Pourtant, le Code de la santé publique encadre la politique de santé mentale et l'organisation de la psychiatrie. Aux articles L3221-1 et suivants, il n'apparaît pas de distinction entre les hommes et les femmes¹²⁸. La jurisprudence évoque la santé mentale des hommes au travers de litiges en droit du travail, ou comme conséquence d'une erreur médicale. Il ne semble pas exister de décision concernant uniquement un défaut de prise en charge de la santé mentale d'un homme ayant conduit au suicide. En revanche, si le droit et les politiques de santé publique ne font pas de la santé mentale des hommes un sujet prioritaire, il est possible de supposer qu'à l'avenir, elle pourrait faire l'objet d'une discrimination positive afin d'atteindre une égalité dans la prévention et la prise en charge entre les hommes et les femmes.

B- Des maladies déterminées comme féminines provoquant une inégalité dans la prise en charge des hommes : le cas de l'ostéoporose

Selon le rapport de la HAS « plus fréquente chez les femmes que chez les hommes, l'ostéoporose est devenue une maladie exclusivement féminine dans les esprits »¹²⁹. L'ostéoporose est une maladie osseuse qui rendrait les os plus fragiles, car ils deviendraient moins denses et la structure de ces derniers seraient modifiées. Les stéréotypes catégorisent cette maladie comme étant féminine, car elle toucherait davantage les femmes ménopausées. Pourtant, les hommes aussi peuvent souffrir de cette dernière. *Mal diagnostiquée, pourrait-on invoquer une erreur de diagnostic induisant un préjudice de perte de chance ou d'impréparation ?*

La jurisprudence semble, elle aussi, déterminer que l'ostéoporose est une maladie féminine, car dans un arrêt rendu par le Conseil d'État le 4 octobre 2013¹³⁰, un laboratoire pharmaceutique demandait l'annulation pour excès de pouvoir d'une lettre adressée par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS). Cette lettre destinée aux professionnels recommandait la

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Art. L.3221-1 et s. CSP.

¹²⁹ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 48.

¹³⁰ CE 1/6 SSR, 4 octobre 2013, n°356700, mentionné aux tables du recueil Lebon.

prescription d'un médicament afin de traiter l'ostéoporose des femmes ménopausées. Le Conseil d'État dira que « *AFSSAPS n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que la prescription de Protelos devait être restreinte à certaines patientes* ». Les hommes victimes d'ostéoporose sont alors évincés du dû traitement. *Est-ce nécessairement discriminatoire ?*

Le Haut Conseil pour l'Égalité des femmes et des hommes dans son rapport semble le sous-entendre. En effet « *le diagnostic et le traitement de l'ostéoporose sont quasi inexistantes chez l'homme* »¹³¹. Pourtant, « *un tiers des fractures de la hanche est due à l'ostéoporose chez les patients masculins* »¹³². Il va alors établir deux recommandations d'amélioration « *Recommandation 7 : renforcer la formation des soignant.es sur les risques d'ostéoporose chez les hommes pour une prise en charge effective* » et « *Recommandation 8 : Organiser des campagnes d'information auprès des professionnel.les de santé et des patient.es, sur toutes les formes d'ostéoporose, chez les femmes comme chez les hommes* »¹³³. La Haute Autorité de Santé dira elle aussi dans son rapport que « *l'ostéoporose masculine est moins reconnue, et moins bien traitée que l'ostéoporose féminine. Une étiologie multifactorielle, des indicateurs de risque de fracture jusqu'ici non définis, et une méconnaissance de cette maladie chez l'homme en sont la cause* »¹³⁴.

Une inégalité voire une discrimination indirecte semble être caractérisée pour les hommes souffrants d'ostéoporose. Le fait qu'ils soient moins traités et pris en charge doit évoluer afin d'assurer une égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Les stéréotypes ont des conséquences directes sur la santé des hommes et ne concourent pas à rechercher une égalité formelle et matérielle entre les hommes et les femmes.

Si les hommes sont victimes de stéréotypes du fait de la catégorisation de maladies comme féminines, les femmes le sont aussi par la catégorisation des maladies comme masculines.

Paragraphe 2- Des maladies dites masculines affectant la santé des femmes

Les stéréotypes entourent la santé des femmes et influent sur la prévention réalisée, la prise en charge parfois peu adaptée et l'accès aux soins compliqué. Des pathologies déterminées comme masculines comme les maladies cardiovasculaires (A) ou le cancer du poumon et l'autisme (B) vont alors induire des discriminations indirectes au détriment des femmes.

¹³¹ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCEfh), Prendre en compte le sexe et le genre pour mieux soigner : un enjeu de santé publique, rapport publié le 15 décembre 2020, p 6.

¹³² Ibid.

¹³³ Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes (HCEfh), Prendre en compte le sexe et le genre pour mieux soigner : un enjeu de santé publique, rapport publié le 15 décembre 2020, p 11.

¹³⁴ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 48.

A- Les maladies cardiovasculaires catégorisées comme des pathologies masculines

Selon le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes « *les maladies cardiovasculaires sont un exemple typique de la façon dont les représentations sociales du féminin et du masculin influencent les pratiques médicales et l'attitude des patient.es. Les femmes sont plus vulnérables que les hommes aux maladies cardiovasculaires : 56% en meurent contre 46% des hommes. Or l'infarctus du myocarde est encore sous diagnostiqué chez les femmes car considéré à tort comme une maladie d'hommes stressés au travail. Le retard de diagnostic et de prise en charge reste fréquent* »¹³⁵.

En effet, les femmes présentent des symptômes atypiques. L'infarctus du myocarde est souvent confondu avec une crise d'angoisse. Les ressentis des femmes peuvent être pris à la légère. Cependant, Santé publique France détermine qu'entre 2008 et 2014, l'infarctus du myocarde a augmenté de 20% chez la femme¹³⁶. Les maladies de l'appareil circulatoire (cardiopathie ischémique dont l'infarctus du myocarde) sont la première cause de mortalité de la femme, bien devant les cancers¹³⁷. Pourtant, les cancers féminins font l'objet d'une plus grande prévention.

Il est possible de se demander pourquoi les maladies cardiovasculaires sont la première cause de mortalité chez la femme. Les explications sont multiples. Dans un premier temps, il est possible d'établir que le corps médical a une mauvaise connaissance des symptômes féminins d'un infarctus du myocarde ou des pathologies cardiovasculaires. En effet, les stéréotypes entourant ces pathologies déterminent des symptômes masculins qui sont presque inexistantes chez la femme. Aussi, la recherche médicale se basait historiquement sur des sujets hommes. Les femmes ont donc été soignées au prisme de la santé de l'homme. Leurs symptômes n'étaient pas la référence. En effet, une femme peut faire un infarctus du myocarde et ressentir simplement une grande fatigue et des maux de ventre. Cela est très éloigné des symptômes classiquement appris aux futurs professionnels de santé. Cela génère donc une discrimination indirecte, des inégalités dans la prise en charge et cela constitue une perte de chance pour la patiente. De l'erreur de diagnostic à la négligence, la jurisprudence a rappelé que « *si l'on veut agir avec un maximum de sécurité, il convient d'envisager en premier les diagnostics les plus graves et non pas les troubles fonctionnels* »¹³⁸.

La Cour d'appel de Rennes a été amenée à rendre un arrêt¹³⁹ concernant la responsabilité du médecin régulateur du Samu et le médecin qui a reçu la patiente. Les deux professionnels de santé ont

¹³⁵ Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes (HCEfh), Prendre en compte le sexe et le genre pour mieux soigner : un enjeu de santé publique, rapport publié le 15 décembre 2020, p 5.

¹³⁶ Santé publique France, Infarctus du myocarde, 2019.

¹³⁷ Agence régionale de santé Centre-Val de Loire, Infarctus du myocarde : première cause de mortalité chez la femme, 27 novembre 2019.

¹³⁸ Cass.crim, 2 décembre 2003, N°02-85.254, FS-P+ F, cassation partielle sans renvoi.

¹³⁹ Cour d'appel de Rennes, 5 avril 2023, n°19/08367, infirmation partielle.

déterminé que les symptômes de la patiente étaient indicateurs d'une crise d'angoisse. Pourtant, la patiente présentait finalement un infarctus antéro-septo-apical, vu tardivement, qui nécessitait une prise en charge. Les préjudices résultants de cette prise en charge tardive sont nombreux et aurait pu être évitables. L'expert déterminera que *« l'état actuel de Mme est imputable de manière certaine et directe aux erreurs de prise en charge et d'orientation de la patiente. Compte tenu des données expérimentales en matière d'ischémie, des recommandations de la Haute Autorité de Santé et des délais d'alerte, une prise en charge adaptée aurait probablement permis de préserver une fonction myocarde dans les limites de la normale, et de manière certaine de ne pas recourir à une transplantation cardiaque »*. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon¹⁴⁰, une patiente se plaignait de symptômes. Le médecin généraliste diagnostique un épisode d'angoisse lié à une bronchite. Les symptômes atypiques persistent et la patiente consulte un médecin cardiologue qui relève la probabilité d'un infarctus du myocarde et l'adresse afin qu'elle bénéficie d'un bilan coronarien. La patiente subira une opération chirurgicale permettant la dilatation-désobstruction de l'artère intraventriculaire antérieure avec la mise en place d'une endoprothèse. La patiente engage la responsabilité du médecin généraliste pour une erreur de diagnostic. Si la Cour d'appel de Lyon relève que le médecin a *« manqué à son obligation de conseil en s'abstenant d'adresser la malade à un cardiologue et en s'en tenant à un diagnostic de bronchite »*, l'évolution de la pathologie de la patiente n'est pas certaine, car le *« diagnostic correct plus rapide n'aurait certainement pas modifié l'évolution de l'état de Madame »*. La responsabilité du médecin n'est donc pas retenue car le lien de causalité n'est pas démontré. La solution apportée par la Cour d'appel en 2003 ne serait sans doute pas la même à ce jour, au regard de la volonté de la part des juridictions de reconnaître et indemniser le préjudice des victimes et par l'absence de diagnostic différentiel.

L'inégal accès aux soins et la discrimination indirecte dans la prise en charge des femmes est problématique en matière de pathologies cardiovasculaires. La HAS signalait dans son rapport *« les différences biologiques clairement identifiées et trop souvent ignorées dans le domaine cardiovasculaire avec des effets délétères pour les femmes »*¹⁴¹. En effet, la problématique est soulevée depuis une quinzaine d'années et il faut déconstruire les stéréotypes qui déterminent que seuls les hommes sont sujets aux pathologies cardiovasculaires et former les professionnels aux symptômes des femmes. Il serait nécessaire de former les professionnels de santé mais pas seulement concernant les pathologies cardiovasculaires, mais plus largement concernant les pathologies déterminées comme masculines.

¹⁴⁰ Cour d'appel de Lyon, 13 juin 2002, N°1999/05772

¹⁴¹ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 42.

B- Des inégalités issues de la prise en charge de pathologies déterminées comme masculines

Les pathologies comme le cancer du poumon ou l'autisme sont souvent catégorisées comme étant masculines¹⁴². Les stéréotypes entourant le cancer du poumon sont en passe de disparaître. En effet, si la cigarette fût consommée presque uniquement par des hommes pendant un certain temps, elle est désormais mixte et ses conséquences aussi. Les statistiques démontrent une hausse du tabac chez la femme alors que chez les hommes il diminuerait¹⁴³. En effet, la mortalité résultant d'un cancer du poumon chez la femme continue d'augmenter selon la DREES.

Le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes déterminait un « *défait de prise en charge des femmes* »¹⁴⁴ au regard des troubles du spectre autistique. En effet, ils étaient considérés comme ne touchant « *qu'exceptionnellement les femmes* »¹⁴⁵. Les symptômes de l'autisme sont déterminés grâce à ceux des hommes qui présentent généralement une forme plus sévère à la différence des femmes qui ont « *des formes plus discrètes et donc plus difficiles à détecter* »¹⁴⁶. Les conséquences vont être problématiques car cela entraîne « *un retard de diagnostic et de prise en charge et des conséquences délétères quand elles arrivent à l'âge adulte* »¹⁴⁷. Cela génère donc une discrimination indirecte, des inégalités dans la prise en charge et cela constitue une perte de chance pour la patiente.

Selon l'arrêt rendu par le Conseil d'État¹⁴⁸, une obligation de prise en charge de l'autisme pèse sur l'État et ce, quelles que soient les différences de situation. Pourtant, pour que l'État puisse se voir imposer cette obligation, un diagnostic doit être posé. La problématique du diagnostic d'un trouble du spectre autistique est déjà compliquée, quand elle concerne un homme mais le cas est d'autant plus complexe quand il s'agit d'une femme du fait de la stéréotypisation de cette pathologie.

Finalement, l'égalité formelle entre les hommes et les femmes, souhaitée en théorie et qui consiste à informer au sujet de la santé en général sans évoquer le particularisme qui découle du sexe des individus, est finalement biaisée en pratique car la médecine est entachée par des stéréotypes entourant la santé des hommes et des femmes. *Peut-on dire que les individus sont déjà soignés au prisme du genre ?* En réalité, oui c'est déjà le cas, en raison des stéréotypes. Pourtant, ces stéréotypes génèrent des discriminations et des inégalités de traitement. Ils ne concourent pas à rechercher une égalité matérielle et portent préjudices aux individus.

¹⁴² Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, Préc.

¹⁴³ DREES, L'état de santé de la population en France, les dossiers de la DREES, n°102, septembre 2022.

¹⁴⁴ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCEfh), Prendre en compte le sexe et le genre pour mieux soigner : un enjeu de santé publique, rapport publié le 15 décembre 2020, page 6, Préc.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ CE 4^o et 5^o s-s-r., 16 mai 2011, N°318501, publié au recueil Lebon et Prise en charge de l'autisme : obligation de l'État, Lexbase Public, mai 2011, n°202.

Il faudrait alors déconstruire ces stéréotypes et repenser la santé en gardant un cadre formel mais en recherchant une égalité matérielle qui permettrait une égalité juste en matière de santé entre les hommes et les femmes.

Partie II- La recherche d'égalité matérielle constituant une réponse aux inégalités et discriminations issues de l'égalité formelle

L'égalité matérielle recherche une égalité dans les faits en prenant en compte le particularisme des individus afin d'adapter les normes à leur réelle situation. La différence est donc majeure avec l'égalité formelle considérant que les normes doivent s'appliquer sans distinction à tous les individus. Cependant, quand la mesure est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour atteindre cet objectif sont nécessaires et appropriés comme en matière de santé reproductive (**Chapitre 1**) alors il est possible de déroger à l'égalité formelle entre les hommes et les femmes afin de rechercher en tenant compte de leur différence une égalité matérielle. Finalement, ce qui peut être souhaitable en matière d'encadrement de la santé est de parvenir à une égalité réelle et donc matérielle entre les hommes et les femmes (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 – La recherche d'égalité matérielle entre les femmes et les hommes au regard de la santé reproductive

La santé reproductive est large mais illustre la différence majeure entre un homme biologique et une femme biologique. Une femme peut porter la vie à la différence de l'homme. Ce dernier a une maîtrise de son corps que la femme ne peut avoir sans moyen de contraception. Afin de parvenir à une égalité réelle entre les individus du fait de cette évidence biologique, il devenait indispensable de permettre aux femmes une maîtrise de leur fertilité (**Section 1**) mais également de leur permettre via l'interruption volontaire de grossesse d'avoir le choix et de disposer de leur corps (**Section 2**). La maîtrise de la fertilité et l'interruption volontaire de grossesse illustrent ainsi comment l'État concourt à rechercher cette égalité matérielle entre les hommes et les femmes afin de protéger leur santé.

Section 1- La volonté étatique de garantir une égalité matérielle portant sur la maîtrise de la fertilité entre les femmes et les hommes

Selon Gisèle Halimi « *la vraie bataille aujourd'hui c'est l'éducation à la contraception* »¹⁴⁹. La légalisation de la contraception pour toutes et tous va opérer un changement de paradigme progressif en France (**paragraphe 1**) car il va permettre une maîtrise de la fertilité des femmes qui était

¹⁴⁹G. Halimi, In Histoire de la pilule, M. Chopin, O. Faron, Passés composés, 2022.

impossible auparavant. Cependant, la maîtrise de la fertilité ne réside pas uniquement en l'absence de volonté d'un enfant, car la maîtrise de la fertilité est aussi la possibilité pour les hommes et femmes qui souhaitent un enfant d'avoir les moyens d'en concevoir si cela est possible (**Paragraphe 2**). Elle doit alors s'entendre par l'ensemble du contrôle sur le corps. Elle doit tenir compte des capacités biologiques de chacun afin de permettre une égalité matérielle mais cette maîtrise est encadrée juridiquement par les lois de bioéthique par exemple.

Paragraphe 1 - L'acquisition d'un droit à l'accès à la contraception pour tous et toutes

Selon un ouvrage médical gréco-romain *la maladie des femmes* de Soranos d'Éphèse, durant l'Antiquité, la « maîtrise » des naissances était réalisée par la femme, soit grâce à des mouvements brusques, soit par l'introduction de suppositoires astringents ou par voie de pessaire (morceau de laine ou de charpie imbibé de médicament)¹⁵⁰. Au XVII^{ème} siècle, l'ouvrage *l'École des filles ou la philosophie des dames*, publié anonymement, va retracer d'autres méthodes de contraception comme la méthode du retrait ou la méthode du petit linge pouvant être fabriqué grâce à des boyaux de moutons ou des vessies de poissons¹⁵¹. Il s'agit de l'ancêtre du préservatif. Au XVIII^{ème} siècle apparaît l'éponge vaginale qui va être mentionnée dans l'ouvrage *Le Rideau Levé* écrit par le Comte de Mirabeau¹⁵². En 1850, l'ouvrage *Mariage guide* de l'américain Frederick Hollick va retracer les méthodes de contraception précédemment citées et va ajouter la méthode de l'injection par seringue d'un liquide destiné à tuer les « animalcules »¹⁵³. Les méthodes recommandées dans les ouvrages vont être expliquées de façon à éviter la censure qui était forte. Seul Frederick Hollick va pouvoir expliquer clairement les détails de la prévention des naissances en s'affranchissant de la censure¹⁵⁴. La charge contraceptive portait alors davantage sur la femme via des méthodes peu fiables et dangereuses. Les hommes, grâce à la création des préservatifs, ont pu supporter en partie la charge contraceptive. Les découvertes de moyens de contraception fiables et la légalisation de la pilule au profit des femmes ont opéré une révolution dans la société (A). Les contraceptifs peuvent prendre différentes formes et sont reconnus comme des produits de santé au sens du Code de la santé publique. Il existe désormais une multitude de contraceptions destinées aux femmes (pilule, stérilet, implant, préservatif féminin, contraceptif injectable, patch, anneau vaginal, diaphragme et cape cervicale) qui leur permet de maîtriser leur fertilité. Les hommes bénéficient d'un choix moindre car les méthodes reconnues sont le préservatif, le retrait (peu fiable) et la stérilisation.

¹⁵⁰ Soranos d'Éphèse, *la maladie des femmes*, tome I, livre I.

¹⁵¹ Auteur anonyme, *l'école des filles ou la philosophie des dames*, 1655.

¹⁵² Comte de Mirabeau, *Le rideau levé ou l'éducation de Laure*, 1788.

¹⁵³ F. Hollick, *Mariage Guide*, 1850.

¹⁵⁴ Ibid.

Cependant, cette forme de maîtrise de la fertilité possible pour les hommes et pour les femmes induit des inégalités qui peuvent être économiques, en matière de santé et dans l'accès aux choix (B).

A- Une égalité matérialisée par la légalisation de la pilule et des moyens de contraception

L'égalité matérielle entre les hommes et les femmes en matière de reproduction a été impulsée par l'abrogation de la loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle¹⁵⁵. En effet, l'article 3 de cette loi disposait que le fait de décrire, divulguer ou révéler des procédés propres à prévenir la grossesse ou encore faciliter l'usage de de ces procédés étaient punis d'un à six mois de prison et d'une amende de cent à cinq mille francs¹⁵⁶. La volonté des législateurs était de dissuader voire sanctionner l'information qui pourrait empêcher la natalité en France. L'information et la connaissance de la maîtrise de la fertilité fût alors un long combat afin de parvenir à la légalisation de la pilule contraceptive. Lucien Neuwirth dira au Général de Gaulle *« je crois que le temps est venu de leur donner le droit de maîtriser leur fécondité »* et après ce plaidoyer, le Général De Gaulle répondit *« c'est vrai, transmettre la vie, c'est important. Il faut que ce soit un acte lucide »*¹⁵⁷.

Le 28 décembre 1967, la loi relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L648 et L649 du Code de la santé publique¹⁵⁸ est adoptée et promulguée le lendemain au Journal officiel. La loi va alors légaliser la prescription de la pilule contraceptive. En revanche, cette légalisation de la pilule destinée aux femmes ne mentionne pas les femmes. La loi est générale et s'adresse donc aux hommes et aux femmes pourtant la légalisation porte sur une pilule contraceptive pour les femmes. Dans la mesure où la pilule contraceptive permet une maîtrise de la fertilité des femmes, elle concourt donc à une égalité matérielle entre les individus. Le formalisme de la loi recherche quant à lui une égalité formelle entre les individus. Il est possible de se demander si l'absence de mention de la cible de la pilule ne générerait pas un manque de protection pour les personnes concernées. En effet, lors de l'adoption de la loi, les questions de genre n'étaient pas encore actuelles.

La loi du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances¹⁵⁹ va permettre un remboursement de la pilule par la sécurité sociale et opérer une généralisation de cette dernière avec un meilleur accès car les centres de planification ou d'éducation familiale agréés peuvent la délivrer gratuitement et anonymement.

¹⁵⁵ Loi réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle, 31 juillet 1920.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ In Lucien Neuwirth, la bataille de la contraception, entretien avec Jacqueline Laufer et Chantal Rogerat, Travail, genre et société, 2001/2, p 5 à 15.

¹⁵⁸ Loi relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L.648 et L.649 du Code de la santé publique, 28 décembre 19667, n°67-1176.

¹⁵⁹ Loi portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, 4 décembre 1974, n°74-1026.

Les pharmaciens pouvaient-ils refuser la délivrance de moyens contraceptifs ? La Chambre criminelle de la Cour de cassation répond par la positive dans un arrêt rendu le 10 juillet 1978¹⁶⁰. Elle précise que le refus de vente impose une prescription non conforme. Ainsi, c'est à bon droit qu'un pharmacien peut refuser la délivrance de contraceptifs si l'ordonnance n'est pas conforme. En revanche, la clause de conscience du pharmacien n'est pas opposable. En effet, la Cour de cassation précisera dans un arrêt rendu le 21 octobre 1998 que « *les convictions personnelles ne constituent pas pour le pharmacien, titulaire du monopole de vente de médicaments, un motif légitime du refus de vendre, à un consommateur, des contraceptifs hormonaux faisant l'objet d'une prescription médicale* »¹⁶¹.

La contraception d'urgence est, à partir de 1999, disponible sans prescription dans les pharmacies. En revanche, si la contraception d'urgence a fait l'objet de mesures renforçant son accès, le Conseil d'État a annulé la circulaire ministérielle autorisant la prescription et la délivrance de la contraception d'urgence (Norlevo) par les infirmières des établissements scolaires par un arrêt rendu le 30 juin 2000¹⁶².

Désormais, l'article L5134-1 du code de la santé publique encadre la contraception et notamment l'information qui doit être délivrée ainsi que les personnes qui sont habilitées à prescrire des moyens de contraception¹⁶³. L'article L160-14 du code la sécurité sociale complète le Code de la santé publique concernant l'encadrement des frais des moyens de contraception¹⁶⁴.

La stérilisation à visée contraceptive est caractérisée par la ligature des canaux déférents chez l'homme et la ligature des trompes chez la femme. Selon Brigitte Feuillet-Liger, la biomédecine offre « *aux femmes la liberté de ne pas procréer. Cette prérogative est assurée, dans tous les pays étudiés, par la stérilisation contraceptive* »¹⁶⁵. En effet, cette méthode de contraception est particulièrement utilisée par les femmes au Brésil en raison de l'accès très compliqué à l'IVG. La professeure Feuillet-Ligier précise aussi que « *ce constat n'a rien de surprenant dans la mesure où le refus de procréer des femmes brésiliennes ne peut s'exercer que par le biais d'une stérilisation volontaire* »¹⁶⁶. En France, la méthode de contraception par la stérilisation est en principe définitive et avant 2001, il fallait justifier d'une nécessité thérapeutique afin d'en bénéficier¹⁶⁷. Par la suite, la

¹⁶⁰ Cass.crim., 10 juillet 1978, n°78-90.744, Bulletin crim n°225.

¹⁶¹ Cass. Crim., 21 octobre 1998 n°97-80.981.

¹⁶² CE.Ass, 30 juin 2000, n°216130, Appréciation de la légalité de la circulaire du ministre délégué à l'enseignement scolaire autorisant les infirmières scolaires à délivrer aux adolescentes un contraceptifs hormonal.

¹⁶³ Art. L.5134-1 CSP.

¹⁶⁴ Art. L160-14 CSS.

¹⁶⁵ Brigitte Feuillet-Liger, Amel Aouij-Mrad, Corps de la femme et biomédecine, approche internationale, collection droit, bioéthique et société 8, Bruylant, 2013, p398.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ La Cour de cassation a confirmé l'illégalité de la stérilisation dans la mesure où il y a une absence de nécessité thérapeutique dans un avis rendu le 6 juillet 1998.

nécessité thérapeutique s'est transformée en nécessité médicale, grâce à la loi n°99-641 du 27 juillet 1999 qui a créé la couverture maladie universelle et modifié l'article 16-3 du Code civil portant sur l'intégrité physique¹⁶⁸. Le critère de la nécessité médicale a ensuite permis l'encadrement de la stérilisation à visée contraceptive. Elle a alors fait l'objet d'un encadrement spécifique issu de la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001¹⁶⁹. Le cadre est désormais posé par l'article L. 2123-1 du code de la santé publique : qu'il s'agisse de la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive, la stérilisation ne peut être pratiquée que sur une personne majeure qui « *a exprimé une volonté libre, motivée et délibérée en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences* »¹⁷⁰. La loi est très claire concernant le consentement libre et éclairé permettant de protéger l'intégrité corporelle de la personne. La prise en charge est de 80 % par l'Assurance maladie. L'intervention se déroule après une première consultation médicale d'information, puis après un délai de réflexion obligatoire de 4 mois. Enfin, la personne va devoir confirmer son choix par un écrit obligatoire attestant de sa volonté de recourir à cette intervention¹⁷¹.

Le bénéfice de toute personne de pouvoir choisir son moyen de contraception entend permettre aux hommes et aux femmes de pouvoir maîtriser dans les faits et de façon égalitaire leur fertilité. Pourtant, la multitude de moyens disponibles pour les femmes face à un nombre restreint de méthodes pour les hommes peut poser question. Si la maîtrise est possible pour les deux sexes, le fait que les hommes ne puissent pas se protéger à moyen terme conduit à des inégalités dans les faits. De plus, la question de la charge contraceptive peut se poser car elle peut aussi être perçue comme un poids renforçant les inégalités en pratique entre les hommes et les femmes.

B- Une égalité générant des inégalités dans les faits

L'égalité formelle souhaitée et mise en place par les encadrements de la contraception permet aussi de rechercher une égalité matérielle entre les hommes et les femmes. Le formalisme des normes ne distingue en général ni l'homme ni la femme, pourtant la loi légalisant la pilule contraceptive est destinée uniquement aux femmes, au sens biologique du terme. Ainsi au regard des textes, il est possible de se demander si un homme au sens biologique pourrait prétendre à la prise de cette contraception. En réalité, une prescription d'un médecin est obligatoire. Cela permet alors de contrôler et prescrire à bon escient la pilule contraceptive aux personnes concernées. Le bénéfice de la contraception est d'autant plus important chez une femme, car elle est la seule à pouvoir tomber enceinte. Rechercher une égalité matérielle entre les hommes et les femmes en matière de

¹⁶⁸Loi, 27 juillet 1999, n°99-641.

¹⁶⁹ Loi, 4 juillet 2001, n° 2001-588.

¹⁷⁰ Art. L.2123-1 CSP.

¹⁷¹ CSP et CSS.

contraception va alors donner lieu à davantage de mesures au profit des femmes afin d'atteindre cette égalité matérielle.

Cependant de ces égalités, des inégalités en pratique sont notables comme celle de l'accès aux choix d'une méthode de contraception. Il existe des méthodes de contraception à court terme comme les préservatifs, à moyen terme comme la pilule, le DIU, l'implant, le contraceptif injectable. Il s'agit généralement d'une prise d'hormones en continu jusqu'à un potentiel désir d'enfant. Enfin, la méthode à long terme qui est définitive est la stérilisation¹⁷².

Il apparaît que les moyens de contraception à moyen terme, reconnus et pris en charge, sont destinés uniquement aux femmes. Les moyens de contraception masculins sont donc assez limités car le préservatif est une solution de court terme et la stérilisation est radicale et de long terme. Les moyens de contraception de moyen terme pour les hommes sont alors inexistantes. Pourtant, la pilule, le slip chauffant, l'anneau contraceptif et l'injection hormonale en faveur des hommes sont développés actuellement mais pas encore reconnus en France, car ils présenteraient des risques trop élevés ou une fiabilité non avérée. Il serait souhaitable, pour atteindre une égalité de choix entre les femmes et les hommes, que les hommes puissent bénéficier d'un panel plus large de possibilités et de moyens de contraception à moyen terme. Il serait possible pour l'État d'inciter ou d'engager des financements pour des recherches en faveur d'une contraception fiable destinée aux hommes, ce qui permettrait une équité dans l'offre proposée aux hommes et aux femmes et de potentiellement répartir la charge contraceptive.

L'intérêt de répartir la charge contraceptive est multiple et peut résoudre les inégalités en santé résultant des contraceptifs, généralement de moyen terme, destinés aux femmes. La pilule qui est devenue un symbole de la libération de la femme, a généré également des problématiques affectant la santé de ces dernières. Le juge administratif « *exerce un contrôle restreint sur l'appréciation par le ministre de la Santé des dangers présentés par un dispositif contraceptif* »¹⁷³. Cela a été déterminé dans un arrêt rendu par le Conseil d'État le 30 mars 1979.

Lorsqu'un dommage est caractérisé et en lien avec la prise d'un contraceptif, la responsabilité sans faute peut être engagée. La chambre civile du tribunal de grande instance de Bordeaux a, par un jugement rendu le 8 février 2018, déterminé que l'ONIAM devait prendre en charge le préjudice découlant d'un AVC dont le lien de causalité a été établi avec la pilule de troisième génération¹⁷⁴. Le régime des accidents médicaux non fautifs semble s'appliquer et l'ONIAM indemnise alors la victime au titre de la solidarité nationale.

¹⁷² Assurance maladie, Contraception, 13 mars 2024.

¹⁷³ CE., 30 mars 1979, Lebon T. 888; Inf. pharm. 1979. 621, note Viala; AJDA 1980, no 14, p. 104, note Vignes.

¹⁷⁴ TGI Bordeaux, MLT et a.c/ ONIAM et a., 8 février 2018, n°14/00231.

La Cour de cassation a également retenu par un arrêt rendu le 26 septembre 2018¹⁷⁵ la responsabilité des produits défectueux. Elle précise que « *la gravité du risque thromboembolique encouru et la fréquence de sa réalisation doivent être prises en compte pour vérifier s'ils excédaient les bénéfices attendus du contraceptif en cause et si les effets nocifs constatés ne constituaient pas un défaut du produit au sens de l'article 1245-3 du code civil* »¹⁷⁶. La doctrine relève alors que « *cette solution, favorable aux victimes, montre que les effets nocifs constatés peuvent être de nature à caractériser la défectuosité du produit malgré l'existence d'une mise en garde contre eux. Autrement dit, le fait que le producteur, à travers la notice, précise que le produit est potentiellement défectueux n'enlève en rien à sa défectuosité* ».

La jurisprudence apparaît plutôt favorable à la reconnaissance du préjudice découlant de la prise d'une pilule contraceptive.

Cependant, il apparaît nécessaire de considérer qu'une femme qui prendra une pilule contraceptive ou un autre moyen de contraception de moyen terme s'exposera à des risques et à des effets secondaires auxquels les hommes ne sont pas exposés.

Les effets secondaires principaux sont les affections psychologiques, les ballonnements, l'acné, les maux de têtes, les douleurs à la poitrine, les nausées, la baisse de libido et les saignements irréguliers¹⁷⁷. Ils vont alors constituer des troubles dans la santé de la femme qui peuvent affecter sa vie privée et son travail. Un fossé en pratique peut se creuser et constituer une inégalité entre les troubles affectant les hommes et les femmes.

Des inégalités économiques peuvent aussi naître entre les hommes et les femmes du fait de la contraception.

Concernant les hommes, une inégalité économique demeurait, car leur principal moyen de contraception fiable qui est le préservatif n'était pas pris en charge. L'arrêt du 21 novembre 2018 inscrit une marque de préservatif au titre I de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L165-1 du Code de la sécurité sociale¹⁷⁸. Ainsi, à compter du 10 décembre 2018, Agnès Buzyn annonce que ces derniers seront pris en charge par l'Assurance maladie à hauteur de 60% sur prescription d'un médecin ou d'une sage-femme.

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2024 va permettre la prise en charge à 100% par l'Assurance maladie pour les moins de 26 ans sans minimum d'âge pour les hommes et femmes et

¹⁷⁵ Civ. 1re, 26 sept. 2018, FS-P+B, n° 17-21.271.

¹⁷⁶ Civ. 1re, 26 sept. 2018, FS-P+B, n° 17-21.271, Préc.

¹⁷⁷ Vidal, la contraception orale ou « pilule », 3 avril 2023.

¹⁷⁸ Arrêté portant inscription du préservatif masculin lubrifié EDEN des Laboratoires MAJORELLE au titre I de la liste des produits et prestations remboursables prévue à l'article L. 165-1 du code de la sécurité sociale, 21 novembre 2018.

une prise en charge à 60 % pour les individus de plus de 26 ans¹⁷⁹. Cependant, les préservatifs masculins pris en charge concernent 5 marques et ceux féminins concernent 2 marques.

En effet, si le préservatif est pris en charge, seules certaines marques vont être concernées ce qui limite le choix et surtout la prise en charge à 100% est possible uniquement pour les moins de 26 ans. Dans la mesure où les femmes et les hommes continuent d'avoir une sexualité après 26 ans, les préservatifs sont à leur charge à au moins 40%. Cela peut donc engendrer des problématiques économiques induisant une mauvaise protection, voire une absence totale de protection du fait d'un manque de moyens. De plus, concernant les dispositifs de contraception à moyen terme destinés aux femmes, seuls certains sont pris en charge. Cela peut donc représenter une charge quotidienne dans la vie de la femme creusant les inégalités économiques entre les hommes et les femmes.

Dans la vie de couple, la contraception pourrait être considérée comme une dépense ménagère pesant sur les deux personnes. Cependant, aucun contentieux n'est établi concernant la caractérisation ou non caractérisation de la contraception comme une charge du foyer. En revanche, pour une femme seule, la dépense pèse uniquement sur elle. En pratique, les femmes assument généralement seule la prise en charge de leur contraception, soit une dépense quotidienne sur plusieurs années, constituant un coût élevé au long terme. L'institut national d'études démographiques relevait qu'en 2019 seulement 36% des femmes ayant un faible revenu utilisait un contraceptif pris en charge par l'assurance maladie, à la différence des femmes ayant un revenu plus élevé qui sont 46% à utiliser un contraceptif remboursé¹⁸⁰. Ainsi, parmi les femmes ayant un faible revenu, 64% d'entre elles utilisent un contraceptif non pris en charge par l'assurance maladie.

La contraception visant à une maîtrise de la fertilité égale pour les hommes et les femmes a pu générer en pratique différentes inégalités entre les hommes et les femmes. La possibilité de maîtriser sa fertilité soit quand un enfant n'est pas désiré comme avec la contraception, soit quand ce dernier est désiré comme avec l'AMP, fait l'objet d'une recherche d'égalité matérielle entre les hommes et les femmes mais aussi entre les femmes. L'intervention de l'État et un encadrement juridique étaient alors nécessaires afin de déterminer les contours et les limites de la lutte contre l'infertilité et de l'assistance médicale à la procréation.

Paragraphe 2 - La nécessaire implication étatique portant sur l'infertilité des hommes et des femmes

Le ministère du travail, de la santé et des solidarités détermine que « *la santé reproductive, dans la stratégie nationale de santé sexuelle, inclut « la contraception, les interruptions volontaires de*

¹⁷⁹ Loi de financement de la sécurité sociale pour 2024, 26 décembre 2023, n°2023-1250.

¹⁸⁰ L'institut national d'études démographiques, contraception : des disparités d'utilisation entre les femmes selon le niveau de revenu, étude réalisée en 2019 grâce aux données de l'assurance maladie sur 14,8 millions de femmes âgées de 15 à 49 ans et vivant en France.

grossesse et la prévention de l'infertilité hors Assistance Médicale à la Procréation (AMP) »¹⁸¹. Si la prévention de l'infertilité (A) nécessite une implication étatique afin d'être réalisée, les conséquences de cette infertilité doivent aussi être encadrées et peuvent donner lieu à une assistance médicale à la procréation (B) qui en raison de son évolution laisse penser à une recherche d'égalité matérielle entre les femmes.

A- Une santé reproductive devant être relativement protégée

Le rapport sur les causes de l'infertilité, vers une stratégie nationale de lutte contre l'infertilité produit en février 2022 que « l'infertilité touche en effet à l'intimité des femmes et des hommes qui la subissent. Elle pose aussi des défis inédits à l'ensemble du système de santé, tant en matière de prévention que de prise en charge curative. Elle vient bousculer le rythme des entreprises. Elle a des conséquences en matière d'égalité entre les sexes. Elle met en jeu les grands équilibres démographiques et par conséquent les grands équilibres sociaux, économiques et géostratégiques. L'infertilité est à la fois une question intime et une question sociétale, qui devrait être placée au cœur des grands enjeux politiques contemporains »¹⁸².

La prévention de l'infertilité est donc un enjeu de santé publique. Entre 2022 et 2023, la baisse de natalité est estimée à 6,6% selon l'Insee. Le Président Emmanuel Macron a annoncé le 16 janvier 2024 qu'il allait s'attaquer à ce « fléau » en lançant un grand plan de lutte contre l'infertilité féminine comme masculine, afin de permettre « un réarmement démographique »¹⁸³. L'intervention du pouvoir exécutif semble être nécessaire, en raison du nombre de personnes concernées. En effet, le rapport de février 2022 détermine que 3,3 millions de français seraient touchés¹⁸⁴. L'infertilité serait due à des causes biologiques, mais également liée à des facteurs sociaux et environnementaux. Le rapport énonce qu'une meilleure et plus large information devrait être communiquée à tous et que des consultations médicales dédiées devraient être mises en place¹⁸⁵. Le plan de lutte contre l'infertilité évoqué par Emmanuel Macron prévoyait une consultation bilan à l'âge de 25 ans, non obligatoire, mais possible pour ceux et celles qui la désirent. L'objectif est de repérer de potentielles causes ou problématiques amenant à une infertilité. L'assurance maladie devrait alors prendre en charge cette consultation préventive. Les hommes et les femmes seraient concernés, ainsi une égalité formelle serait maintenue et en parallèle une égalité matérielle serait recherchée.

¹⁸¹ Ministère du travail, de la santé et des solidarités, article sur la santé reproductive, 23/07/2024, site internet : <https://sante.gouv.fr/prevention-en-sante/preserver-sa-sante/sante-sexuelle-et-reproductive/article/sante-reproductive>.

¹⁸² Rapport sur les causes de l'infertilité, vers une stratégie nationale de lutte contre l'infertilité produit en février 2022, réalisé par Professeur Samir Hamamah et Salomé Berlioux et destiné au ministère de la santé.

¹⁸³ E. Macron, Conférence de presse, 16 janvier 2024.

¹⁸⁴ Rapport sur les causes de l'infertilité, vers une stratégie nationale de lutte contre l'infertilité produit en février 2022, réalisé par Professeur Samir Hamamah et Salomé Berlioux et destiné au ministère de la santé, Préc.

¹⁸⁵ Ibid.

La prévention de la fertilité peut conduire à la préservation de la fertilité par l'autoconservation préventive de gamètes. Le Lamy Droit de la santé détermine que « *dans deux hypothèses, il est possible de prélever, à titre préventif, des gamètes ou des tissus germinaux afin de les conserver en vue d'une assistance médicale à la procréation future* »¹⁸⁶. La première hypothèse concerne les personnes, qui du fait de leur prise en charge médicale, pourraient voir leur fertilité atteinte. Elle est encadrée par l'article L2141-11 du Code de la santé publique¹⁸⁷. L'homme ou la femme ayant recours à cette préservation de gamètes est le seul et unique bénéficiaire de la conservation. La seconde hypothèse a été introduite par la loi relative à la Bioéthique du 2 août 2021¹⁸⁸. Il s'agit d'une préservation de gamètes possible sans nécessité médicale ayant une condition d'âge minimum et maximum fixée par un décret en Conseil d'État¹⁸⁹. La préservation de gamètes donnera lieu à une procédure ultérieure d'assistance médicale à la procréation. La possibilité est ouverte aux hommes et femmes. Elle est encadrée par l'article L2141-12 du Code de la santé publique¹⁹⁰. La préservation de la fertilité par l'autoconservation préventive de gamètes va, dans les deux hypothèses, permettre au bénéficiaire d'être interrogé chaque année sur le maintien de la conservation de ses gamètes et cela sous la forme d'un écrit.

La santé reproductive fait ainsi l'objet d'une attention et d'un encadrement particulier. La santé reproductive en matière de maîtrise de la fertilité et sa prévention ne semble pas générer de particulière inégalité entre les hommes et les femmes. En effet, les individus sont concernés par cette problématique qui est propre à leur sexe biologique, mais dont les conséquences sont communes aux deux sexes. La prise en charge et l'accès à la préservation préventive de gamètes leur est accessible indépendamment de la question du sexe. Ainsi les mesures instaurées concourent à la recherche d'égalité matérielle garanties par une égalité formelle. *En revanche lorsqu'un individu a un désir d'enfant et que l'infertilité est constatée, l'égalité matérielle entre les hommes et les femmes est-elle recherchée ou garantie par une égalité formelle ?*

B- Un encadrement de l'assistance médicale à la procréation recherchant une égalité matérielle

L'assistance médicale à la procréation (AMP) est définie par l'Assurance Maladie comme « *l'ensemble des pratiques médicales cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la*

¹⁸⁶ LAMYLINE, le Lamy droit de la santé, Partie 3 Activités de santé / Actes spécifiques et recherche / Étude 332 Assistance médicale à la procréation / Section I Définition de l'assistance médicale à la procréation (p 4).

¹⁸⁷ Art. L.2141-11 CSP.

¹⁸⁸ Loi relative à la bioéthique, 2 août 2021, n°2021-1017.

¹⁸⁹ Art. R.2141-37 du Code de la santé publique « *Les conditions d'âge requises par l'article L. 2141-12 pour bénéficier de l'autoconservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation sont fixées ainsi qu'il suit : 1° Le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez une personne à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son trente-septième anniversaire ; 2° Le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez une personne à compter de son vingt-neuvième anniversaire et jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire* ».

¹⁹⁰ Art. L.2141-12 CSP.

conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle »¹⁹¹. L'encadrement de l'assistance médicale à la procréation a été profondément impacté par un changement de paradigme, impulsé par la loi relative à la bioéthique de 2021¹⁹², en passant alors d'une « infertilité médicale » à une « infertilité sociale ».

En effet, l'AMP était jusqu'en 2021 réservée aux couples hétérosexuels qui ne pouvaient concevoir un enfant naturellement sans assistance médicale. La loi de 2021 va ouvrir l'AMP aux femmes seules et aux couples de femmes¹⁹³.

Selon Xavier Bioy et Bruno Ramdjee « *la différence de situation entre les femmes et les hommes à l'état civil justifie l'exclusion des hommes seuls, des couples d'hommes et des personnes nées femmes devenues hommes à l'état civil. La démonstration du lien entre la différence de traitement et l'objet de la loi est plus confuse : en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, le juge estime que « le législateur a entendu permettre l'égal accès des femmes à l'assistance médicale à la procréation, sans distinction liée à leur statut matrimonial ou à leur orientation sexuelle* ». Le Conseil constitutionnel contourne l'obstacle en se limitant à constater que l'intention du législateur est de lutter contre les discriminations entre les femmes, sans se prononcer expressément sur les autres potentielles discriminations »¹⁹⁴.

Le cadre déterminé avant la loi de 2021 impulsait donc des inégalités entre les femmes¹⁹⁵. Désormais, une femme seule, un couple de femmes ou un couple hétérosexuel peuvent réaliser un projet parental et faire appel à différentes techniques comme l'insémination artificielle, la fécondation in vitro ou l'accueil d'embryon.

Dans la mesure où les bénéficiaires de l'AMP sont un couple, le processus d'assistance peut être arrêté si l'un des membres du couple décède, si le couple divorce ou cesse la communauté de vie ou si l'un des membres du couple retire son consentement. L'encadrement de l'AMP est caractérisé aux articles L2141-11 et L2141-11-1 du Code de la santé publique¹⁹⁶. La jurisprudence a régulièrement réaffirmé que le décès d'un des membres du couple donnait lieu à l'arrêt du processus d'AMP avec les gamètes du couple. Ainsi, la Cour d'appel de Rennes a, par un arrêt rendu le 22 juin 2010¹⁹⁷, précisé qu'une « *femme veuve ne peut exiger d'un CECOS la restitution du sperme congelé de son mari défunt car, que le contrat ait ou non prévu cette possibilité, la loi exige que les deux parents soient vivants au moment de la conception de l'enfant par insémination artificielle* ». La

¹⁹¹ Assurance Maladie, Prise en charge de l'assistance médicale à la procréation (AMP), 20 octobre 2023.

¹⁹² Loi relative à la bioéthique, 2 août 2021, n°2021-1017.

¹⁹³ Loi relative à la bioéthique, 2 août 2021, n°2021-1017, Préc.

¹⁹⁴ Xavier Bioy et Bruno Ramdjee, égalité et non-discrimination en santé dans les jurisprudences constitutionnelles françaises et étrangères, RDSS 2023, p. 828, en référence à la décision rendu par le Conseil Constitutionnel le 8 juillet 2022 n°2022-1003 QPC.

¹⁹⁵ Loi relative à la bioéthique, 2 août 2021, n°2021-1017, Préc.

¹⁹⁶ Art. L.2141-11 et Art. L.2141-11-1 CSP.

¹⁹⁷ Cour d'appel de Rennes, 22 juin 2010, n° 09/07299.

Cour de cassation précise aussi à travers un arrêt rendu le 15 juin 2022 que « *le refus opposé à une mère de restitution des gamètes de son fils décédé n'est pas constitutif d'une voie de fait* »¹⁹⁸. Le Conseil d'État consacre la prohibition d'insémination après la mort et de l'exportation de gamètes à cette fin¹⁹⁹.

Ainsi, à travers ces arrêts, les juridictions rappellent aussi qu'il n'existe ni un droit à avoir un enfant, ni un droit à devenir grand parent²⁰⁰.

L'AMP souhaite tendre à une égalité matérielle entre les femmes, car elle prend en compte les différences sociales afin de rechercher entre les femmes une égalité d'accès et de prise en charge. En revanche, la question de l'égalité entre les hommes et les femmes pourrait aussi être soulevée car les hommes, en dehors de la préservation de leurs gamètes à titre préventif, ne peuvent bénéficier d'une insémination artificielle par exemple, du fait d'une évidence biologique. Ils ne peuvent pas non plus prétendre à un droit à un enfant biologique qui serait possible avec le processus de la gestation pour autrui, qui est prohibé en raison de l'indisponibilité du corps humain. *Les hommes seuls et les hommes en couple peuvent-ils alléguer d'une discrimination indirecte ?*

En pratique, les hommes sont traités de manière moins favorable que les femmes. Ce traitement différencié n'est pas réalisé en raison d'un motif prohibé. En effet, les hommes, du fait d'une évidence biologique, ne peuvent être « enceints ». De plus, les arguments en faveur de la GPA déterminent que sa légalisation permettrait une égalité entre les hommes et les femmes. Cependant, l'indisponibilité du corps humain et sa non-patrimonialité justifient l'interdiction de cette pratique. Ainsi, la discrimination indirecte ou directe ne peut donc être caractérisée. Il est alors simplement possible d'évoquer une inégalité. Les hommes seuls et les couples d'hommes peuvent toujours avoir recours à une adoption. Par ailleurs, la loi du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption a recherché à assouplir les critères permettant une adoption²⁰¹.

Ainsi, la maîtrise de la fertilité des hommes et des femmes est recherchée et encadrée quand il n'existe pas de volonté de concevoir un enfant ou quand il y a une volonté de concevoir un enfant. En revanche, lorsqu'un individu ne désire pas d'enfant mais qu'il est conçu, la différence biologique entre les hommes et les femmes doit être prise en compte et cette prise en compte doit permettre aux femmes de disposer de leur corps. L'embryon n'étant pas dissocié du corps de la femme,

¹⁹⁸ Cour de cassation, Civ.1^{ère} 15 juin 2022, n°21-17.654.

¹⁹⁹ Conseil d'État, 28 février 2020 n°438852 « *Le rejet de la demande de transfert de gamètes vers un pays autorisant l'insémination post mortem est fondé, dès lors qu'il n'est pas contesté que la demande d'exportation vers ce pays est uniquement fondée sur la possibilité légale d'y faire procéder à une insémination artificielle post mortem, la veuve, de nationalité française, n'entretenant aucun lien avec le pays importateur et ne faisant état d'aucune circonstance particulière de nature à établir que la décision contestée porterait une atteinte excessive aux stipulations de l'art. 8 Conv. EDH* ».

²⁰⁰ CEDH, 12 novembre 2019, n°23038/19.

²⁰¹ Loi visant à réformer l'adoption, 21 février 2022, n°2022-219.

l'interruption volontaire de grossesse apparait comme un moyen de rechercher une égalité matérielle entre les hommes et les femmes dans leur possibilité de disposer de leur corps.

Section 2 – L'interruption volontaire de grossesse se constituant comme un moyen de garantir une égalité matérielle entre les femmes et les hommes

L'interruption volontaire de grossesse (IVG) peut se définir comme le fait de choisir d'interrompre sa grossesse. Sa pratique est encadrée de façon précise²⁰². Elle doit être distinguée de l'interruption spontanée de grossesse ou aussi appelée fausse couche qui est le fait que la grossesse s'interrompt de façon naturelle. Il est aussi nécessaire de distinguer l'IVG de l'interruption médicale de grossesse (IMG) qui est réalisée pour des raisons médicales impliquant la mère ou le futur enfant.

L'interruption volontaire de grossesse se constitue comme un moyen qui permet aux femmes et aux hommes de demeurer égaux dans les faits. En effet, le corps de la femme et de l'homme est biologiquement différent. Dès lors, à l'issue d'un rapport une femme peut tomber enceinte. Sans l'interruption volontaire de grossesse, elle ne pourrait pas avoir le choix de garder ou non ce futur enfant.

Ainsi, du fait de cette évidence biologique, le corps de l'homme et sa vie ne sont pas affectés de la même manière que celui de la femme. En effet, l'embryon ou le fœtus ne sont pas dissociables du corps de la femme et ils sont une seule et même personne. Un embryon ou un fœtus n'a pas de personnalité juridique. Dès lors, l'État va permettre aux femmes et aux hommes d'être égaux dans les faits, même si cela reste relativement différent, afin de résoudre cette inégalité. Une égalité formelle apparait dans la loi, même si les normes juridiques citent de plus en plus la femme. Il est possible de concevoir que la dépénalisation puis la légalisation de l'IVG interviennent davantage afin de rechercher une égalité matérielle entre les hommes et les femmes, en permettant aux femmes de disposer de leur corps.

La recherche d'égalité matérielle porterait sur le droit de disposer de son corps que l'on soit homme ou femme.

Si dans un premier temps la législation encadrant la pratique de l'interruption volontaire de grossesse apparait comme un compromis se déterminant comme une exception au droit à la vie (**paragraphe 1**), l'évolution de ce cadre va permettre aux femmes d'avoir finalement le droit à disposer de leur corps (**paragraphe 2**).

²⁰² Définition issue du Larousse Médical

Paragraphe 1- Un compromis à l'origine du droit à l'interruption volontaire de grossesse

L'interruption volontaire de grossesse a pendant longtemps fait l'objet d'une prohibition totale et elle était condamnée pénalement²⁰³. L'IVG fût l'objet d'un long combat, afin « d'éveiller les consciences », mené principalement par les femmes. L'IVG s'inscrit à la suite de la légalisation de la pilule contraceptive permettant aux femmes de maîtriser leur fertilité donc leur corps²⁰⁴. Le 5 avril 1971, des femmes vont prendre la parole à l'occasion d'un manifeste connu sous le nom du manifeste des 343 « salopes » et reconnaître publiquement qu'elles ont chacune eu recours à un avortement alors que ce dernier était pénalement condamnable.

Par la suite, le procès de Bobigny qui a eu lieu en 1972 va mettre en lumière une jeune fille victime d'un viol et ayant eu recours à un avortement. Elle sera défendue par Maître Gisèle Halimi. Par la suite, le procès devient les procès, car la mère de la jeune fille violée est accusée de complicité ainsi que deux collègues et enfin « l'avorteuse » est aussi accusée. Maître Halimi, va, au travers de la défense de la jeune fille et de la mère de cette dernière, condamner la répression de l'avortement tel que le Code pénal et la loi en vigueur en 1972 le réprimait²⁰⁵. La jeune fille est relaxée ainsi que les deux collègues de la mère. La mère de la jeune fille est condamnée à une amende et à une peine avec du sursis, alors que l'avorteuse est condamnée à 1 an d'emprisonnement. Les décisions rendues par le tribunal montrent une certaine clémence et démontrent que la stratégie de Maître Halimi de transformer un procès apparemment banal en une véritable tribune politique a convaincu. Le Gouvernement va se saisir de la question et sous le Gouvernement de Pierre Mesmer, en 1973, faire une première tentative de projet de loi qui se montrera infructueuse. Aux États-Unis, le 22 janvier 1973, l'arrêt Roe vs Wade est rendu par la Cour suprême et va déterminer via le droit à la vie privée que les femmes peuvent choisir ou non de mener leur grossesse à son terme. Le Président Giscard d'Estaing est élu en 1974. Simone Veil est nommée ministre de la Santé et portera le Projet de loi devant l'Assemblée nationale.

Il conviendra de voir comment la loi dépénalisant l'interruption volontaire de grossesse apparaît comme un compromis (**A**) puis comment le cadre de l'IVG a évolué afin de permettre aux femmes une meilleure protection (**B**). L'évolution de l'encadrement de l'IVG permet alors de concevoir qu'une égalité matérielle est recherchée entre les femmes et les hommes concernant un droit de maîtrise de son corps. Gisèle Halimi dira lors de sa plaidoirie durant le procès de Bobigny « *Est-ce*

²⁰³ La réclusion criminelle est consacrée dans le Code pénal à l'article 317 dans sa version de 1810.

²⁰⁴ Loi relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L.648 et L.649 du Code de la santé publique, 28 décembre 1967, n°67-1176.

²⁰⁵ L'avortement était considéré comme un crime, puis en 1923 il sera requalifié en délit. Il fait l'objet d'une condamnation de six mois à deux ans de prison et d'une amende de 360 francs à 20 000 francs. Le délit est consacré à l'article 317 du Code pénal et complété par la Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle publié au JORF le 1 août 1920.

que vous accepteriez, vous, Messieurs, de comparaître devant des tribunaux de femmes parce que vous auriez disposé de votre corps ? »²⁰⁶.

A- La loi Veil intervenant comme exception au principe du droit à la vie

« Aucune femme ne recourt de gaieté de cœur à l'avortement. Il suffit d'écouter les femmes. C'est toujours un drame et cela restera toujours un drame. » exprimera Simone Veil, Ministre de la santé en s'adressant à l'Assemblée Nationale afin de présenter le projet de loi dépénalisant l'interruption volontaire de grossesse.²⁰⁷

La loi dite « Veil » sera promulguée le 17 janvier 1975 et publiée au Journal officiel le lendemain. Cette loi est alors provisoire et prévue pour une durée de 5 ans. En effet, le caractère temporaire de cette loi apparaît comme essentiel pour les détracteurs qui s'opposaient fermement à la dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse.

De plus, le caractère exceptionnel de la pratique s'illustre dans la loi de dépénalisation. Le premier article dispose que *« La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi ; »²⁰⁸*. La loi détermine alors que le principe est le respect de l'être humain, dès le commencement de la vie et l'exception porte sur la suspension des 4 premiers alinéas de l'article 317 du Code pénal, afin de permettre le recours à une interruption volontaire de grossesse réalisée par un médecin durant les 10 premières semaines de grossesse dans un établissement d'hospitalisation public ou privé à la condition que la femme se trouve dans une situation de détresse. Elle devra alors réaliser un entretien psycho social et tout médecin bénéficiera d'une clause de conscience lui permettant de refuser de pratiquer une IVG.

Dès lors, l'interruption volontaire de grossesse n'est pas autorisée mais seulement dépénalisée et la loi précise un encadrement strict. En effet, le recours à l'IVG est conditionné par le délai, le statut de l'opérateur et la nature du lieu d'intervention²⁰⁹.

Il n'y a alors pas de consécration d'un droit à disposer de son corps pour les femmes, mais il est possible de percevoir une dynamique visant à tendre vers une égalité matérielle entre les hommes et les femmes. Le fait de ne pas sanctionner une femme ayant recours à une IVG est un premier pas et il sera compliqué pour le législateur de revenir en arrière. Le projet qui est devenu la loi Veil était

²⁰⁶ G.Halimi, plaidoirie lors du procès de Bobigny, 1972.

²⁰⁷ Simone Veil, extrait du discours prononcé à l'Assemblée nationale, 26 novembre 1974.

²⁰⁸ Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, 17 janvier 1975, n°75-17.

²⁰⁹Ibid.

intéressant, car il répondait à une demande sociale tout en ménageant les détracteurs opposés à la légalisation de l'IVG. Cette loi est donc une loi de compromis.

L'un des autres apports de la loi Veil porte sur les assouplissements des conditions de l'interruption dite thérapeutique de grossesse. Le péril grave de la santé de la femme ou la forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic permet à la femme de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse. Le terme « *santé* » employé est large et permet de concevoir la santé au prisme de celle mentale, de même « *la particulière gravité de l'affection de l'enfant à naître* » reste subjectif en fonction de la femme et du médecin qui la prend en charge.

Cette loi était nécessaire car la problématique des avortements clandestins était répandue en France. Pourtant, la loi légalisant la pilule avait pour objectif sous-jacent de limiter cette pratique clandestine en permettant aux femmes de maîtriser leur fertilité²¹⁰. Le constat n'est pas favorable. La pratique de l'avortement clandestin était toujours d'actualité après 1967. Le Haut Conseil de l'Égalité entre les femmes et les hommes, déterminait dans un communiqué de presse en 2014²¹¹ que la clandestinité de l'avortement causait la mort de 47 000 femmes chaque année dans le monde. Ainsi, avant la dépénalisation de l'IVG, des femmes françaises mouraient pour ne pas poursuivre leur grossesse. Elles pouvaient aussi, si elles survivaient, devenir infertiles. En 1974, environ 300 000 femmes avaient recours à une IVG clandestine et illégale et environ 250 femmes décédaient à l'issue d'une IVG.²¹²

La loi du 31 décembre 1979, publiée au Journal Officiel le premier janvier 1980, relative à l'interruption volontaire de la grossesse²¹³, va rendre la dépénalisation définitive. De plus, en 1981, l'IVG sera remboursée par la sécurité sociale. C'est le premier acte médical non thérapeutique qui va être pris en charge et autorisé par la loi.

Pourtant en 1975, les détracteurs saisissent le Conseil constitutionnel concernant la loi Veil. Ils invoquent le droit à la vie protégée par l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹⁴ et invoquent également l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil constitutionnel va rendre sa décision le 15 janvier

²¹⁰ Loi relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L.648 et L.649 du Code de la santé publique, 28 décembre 1967, n°67-1176.

²¹¹ Haut Conseil à l'Égalité entre femmes et les hommes, Communiqué de presse portant sur la clandestinité de l'avortement : 47 000 femmes meurent chaque année dans le monde, 26 septembre 2014.

²¹² Clémentine Rossier et Claudine Pirus, Évolution du nombre d'interruption de grossesse en France entre 1976 et 2002, (introduction §3-p57), publié dans Population en 2007

²¹³ Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, 31 décembre 1979, n°79-1204.

²¹⁴ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 2 dispose que « *le droit de toute personne à la vie est protégé par la Loi* » ; ratifié en France le 3 mai 1974 mais a accepté le droit de recours individuel devant la Cour européenne des Droits de l'homme en 1981.

1975²¹⁵ et par un contrôle a priori va déterminer qu'il n'est pas compétent pour réaliser un contrôle de conformité car sa compétence s'arrête à un contrôle de la loi par rapport à la Constitution. En se déterminant comme incompetent, le Conseil constitutionnel valide la loi Veil et ajoute qu'il ne la considère pas comme étant contraire à la Constitution.

La décision va permettre la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1946 et déterminer un droit à la protection de la santé comme objectif à valeur constitutionnelle. Il va également refuser de contrôler la conformité des lois par rapports aux normes internationales.

Le Conseil d'État va par la suite être saisi et va s'estimer compétant pour apprécier la conformité de la loi Veil et de la loi du 31 décembre 1979. Dans l'arrêt Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, rendu le 21 décembre 1990, le Conseil d'État²¹⁶ va déterminer que l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas incompatible avec ces deux lois.

La Cour de cassation énonce, dans un arrêt rendu le 27 novembre 1996²¹⁷, que la loi de 1975 et celle de 1979 ne sont contraires ni à l'article 2 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ni à l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

La loi Veil s'illustre donc comme une loi déterminante ayant permis un compromis en faveur des femmes et de leur liberté de choix. Un choix qui leur est propre et qui leur permet une meilleure maîtrise de leur corps. La loi Veil va opérer une dépénalisation qui va permettre par la suite à la puissance publique d'organiser, de prendre en charge et de faciliter le recours à l'interruption volontaire de grossesse.

B-La législation protectrice des femmes recourant à l'interruption de grossesse : une réponse aux inégalités de fait

L'interruption volontaire de grossesse fût dépénalisée afin de permettre aux femmes d'avoir le choix. Il appartenait alors à l'État d'organiser son accès et la prise en charge globale des femmes. En effet, en permettant aux femmes d'avoir une maîtrise de leur corps cela permettait de rechercher une égalité matérielle entre les hommes et les femmes. Pourtant, cette liberté accordée peut aussi générer des inégalités dans les faits. Le coût d'un avortement et son déplacement pesaient sur la femme. De plus, il a fallu surtout garantir que son choix soit respecté et pas entravé. L'intervention

²¹⁵ Conseil constitutionnel, Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 concernant la Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

²¹⁶ Conseil d'État, Assemblée, du 21 décembre 1990, 105743 105810 105811 105812, publié au recueil Lebon.

²¹⁷ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 27 novembre 1996, 96-80.223, Publié au bulletin.

de la puissance publique apparaissait alors indispensable, afin de permettre en pratique l'exercice de la liberté de choix à toutes les femmes et donc la réalisation d'une égalité matérielle.

La législation se voulait, dans un premier temps, plus protectrice sur le plan économique. En 1982, la loi²¹⁸ permet et encadre la couverture des frais afférents à l'IVG réalisée dans un cadre licite. La loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour l'année 2013²¹⁹ va instaurer la prise en charge complète de l'IVG par l'assurance maladie pour les femmes majeures. Auparavant, l'IVG était prise en charge pour les femmes mineures. Les femmes majeures devaient alors en financer une partie. La LFSS pour l'année 2013 va alors permettre une égalité dans l'accès à l'IVG indépendamment des ressources pécuniaires. En 2020, le tiers payant va être systématisé²²⁰. Cela va permettre aux femmes d'être dispensées d'avance des frais liés à l'IVG. La dynamique du législateur tend vers un accès à l'IVG complètement indépendant des problématiques pécuniaires et cela contribue à la recherche d'égalité réelle entre les hommes et les femmes en ne creusant pas davantage un fossé financier.

La législation s'est voulue parallèlement et progressivement protectrice dans l'accès et la prise en charge de l'IVG pour toutes les femmes. En effet, le cadre posé par la loi Veil de 1975²²¹, puis de 1979²²² limitait l'interruption volontaire de grossesse à un délai de 10 semaines. La loi du 4 juillet 2001²²³ va permettre un allongement du délai. Ce dernier sera alors de 12 semaines, soit 14 semaines d'aménorrhée. Cette prolongation du délai va permettre aux femmes d'avoir plus de temps et de pouvoir avoir une prise en charge davantage adaptée à leur besoin. L'IVG médicamenteuse peut, grâce à cette loi, être réalisée jusqu'à la 5^{ème} semaine par la médecine de ville si le praticien a conclu une convention avec un établissement de santé. Un établissement de santé peut quant à lui réaliser des IVG médicamenteuses jusqu'à la 7^{ème} semaine. L'entretien psycho-social de la femme majeure va devenir facultatif. La femme mineure non émancipée ne bénéficie pas de cette modification et l'entretien psycho-social est toujours obligatoire entre la consultation d'information et celle permettant le recueil de consentement. Cette loi va aussi permettre un assouplissement des conditions requises pour une interruption volontaire de grossesse lorsqu'une femme est mineure non émancipée. Elle pourra notamment se faire accompagner par un majeur de son choix si elle ne souhaite pas que le titulaire de l'autorité parentale soit impliquée et ait à donner son consentement. Le Conseil constitutionnel par sa décision rendu le 27 juin 2001 déclarera que la loi est conforme à

²¹⁸ Loi relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure (abrogée depuis le 31 juillet 1987), 31 décembre 1982, n°82-1172.

²¹⁹Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 (article 50), 17 décembre 2012, n°2012-1404.

²²⁰Loi de financement de la sécurité sociale pour 2021 (article 63), 14 décembre 2020, n°2020-1576.

²²¹ Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, 17 janvier 1975, n°75-17.

²²² Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, 31 décembre 1979, n°79-1204.

²²³ Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, du 4 juillet 2001, n°2001-588.

la Constitution²²⁴. Il arguera dans l'un de ses considérant que « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur* » et qu'en « *portant de dix à douze semaines le délai pendant lequel peut être pratiquée une interruption volontaire de grossesse lorsque la femme enceinte se trouve, du fait de son état, dans une situation de détresse, la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose* »²²⁵.

De plus, la loi de 2001 supprime la possibilité pour un chef de service de refuser que l'interruption volontaire de grossesse soit réalisée dans son service si l'établissement de santé est public ou privé d'intérêt collectif (ESPIC). En effet, si un médecin chef de service a la possibilité de choisir s'il souhaite pratiquer ou non une interruption volontaire de grossesse et que cela constitue sa clause de conscience, il ne pourra pas imposer sa clause de conscience au reste de son service. Le Conseil constitutionnel, toujours dans sa décision du 27 juin 2001 précisera que « *il conserve, en application des dispositions précitées du code de la santé publique, le droit de ne pas en pratiquer lui-même ; qu'est ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service ; que ces dispositions concourent par ailleurs au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public* »²²⁶. Par cette formule « *L'égalité des usagers devant la loi et devant le service public* »²²⁷, énoncée par le Conseil constitutionnel, il est possible de supposer que ce qui est recherché est un meilleur accès aux soins et une meilleure prise en charge garantis alors à toutes les femmes sans distinction. Cette décision permet de valider et de réaffirmer l'intention du législateur de limiter les inégalités de faits.

L'évolution du cadre répressif fût favorable à la protection de l'interruption volontaire de grossesse. La dépénalisation de l'IVG a entraîné des mouvements d'opposition anti-IVG en France. En 1993²²⁸, le législateur s'est vu dans l'obligation de créer un nouveau délit constitué par l'entrave à l'interruption volontaire de grossesse. Il a également souhaité dépénaliser l'auto-avortement. La loi du 4 juillet 2001²²⁹ va abroger l'article 223-11 et l'article L223-12 du Code pénal. Elle va alors instituer aux articles L2222-2 et 2222-3 du Code de la santé publique les infractions relatives au

²²⁴ Conseil constitutionnel, Décision n°2001-446 DC, du 27 juin 2001, concernant la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

²²⁵ Conseil constitutionnel, Décision n°2001-446 DC, du 27 juin 2001, concernant la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Loi portant diverses mesures d'ordre social, 27 janvier 1993, n°93-121.

²²⁹ Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, 4 juillet 2001, n°2001-588.

délit d'entrave et ses conditions. La loi du 4 août 2004 vient étendre le délit d'entrave à la perturbation de l'accès aux femmes à l'information sur l'interruption volontaire de grossesse. En 2017, le législateur élabore une loi²³⁰ visant à étendre le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse aux pratiques qui apparaissent sur internet. L'article L2223-2 du Code de la santé publique détermine ce qui constitue un délit d'entrave et précise qu'il sera puni de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende²³¹. Cependant, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé concernant la conformité de cette loi. Il la déclare conforme mais avec des réserves dans une décision rendu le 16 mars 2017²³². Il précise alors que « *la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne saurait être regardée comme constitutive de pressions, menaces ou actes d'intimidation au sens des dispositions contestées* »²³³. La seconde réserve porte sur les conditions constitutives du délit d'entrave, en l'occurrence il faut qu'il « *soit sollicité une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une IVG est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière* »²³⁴. Malgré ces deux réserves, le Conseil constitutionnel déclare la loi conforme à la Constitution. Le Code pénal²³⁵ protège aujourd'hui seulement le consentement de la femme ayant recours à une interruption volontaire de grossesse appuyé sur le principe d'inviolabilité du corps humain.

En protégeant seulement et simplement le consentement de la femme, le Code pénal opère une discrimination positive favorable à la femme, une discrimination positive qui s'est imposée et est devenue nécessaire afin de garantir la possibilité de recourir à l'IVG sans crainte de poursuite pénale. Le législateur a cherché à répondre aux inégalités qui apparaissaient en raison de la dépenalisation de l'IVG : des inégalités économiques, des inégalités dans l'accès aux soins et des inégalités dans la prise en charge des femmes.

Afin de soutenir les mesures cherchant à limiter les inégalités dans les faits, le législateur a aussi essayé de garantir sur le plan répressif la protection de la liberté de choix des femmes. Les mesures recherchent donc le même objectif : permettre une égalité matérielle que cela soit entre les hommes et les femmes ou simplement entre les femmes.

²³⁰ Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, 20 mars 2017, n°2017-347.

²³¹ Art. L.2223-2 CSP.

²³² Conseil constitutionnel, Décision n°2017-747 DC, du 16 mars 2017, Communiqué de presse concernant la loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse.

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Art. 223-10 Code pénal « *L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* » et Article 223-11 du Code pénal « *La tentative du délit prévu à l'article 223-10 est punie des mêmes peines* ».

Paragraphe 2- Une consécration du droit des femmes à disposer de leur corps : une discrimination positive protégeant les femmes

Le droit des femmes à disposer de leur corps semble devenir un droit inexistant ou en péril dans le monde (A), la France s'illustre alors par sa position et la protection particulière de cette liberté (B).

A- Un droit en péril à l'échelle international renforçant les discriminations

Si la France a dépénalisé l'IVG et protège, par un cadre de plus en plus souple, les femmes afin qu'elles aient le choix, des pays de l'Union européenne et dans le monde font marche arrière ou réaffirment le cadre de plus en plus strict des conditions d'accès à l'IVG.

L'Italie, pays membre de l'Union européenne, a autorisé en 1978 l'interruption volontaire de grossesse par sa loi 194/78. Pourtant, en pratique l'accès à l'IVG est compliqué. En effet, le médecin italien bénéficie comme en France d'une clause de conscience mais il s'avère que la majorité des médecins italiens refusent de pratiquer une IVG. Dans un rapport annuel rendu en 2014 par le ministre de la Santé au Parlement, 69,9% des obstétriciens objectaient leur clause de conscience dont 87,6% en Sicile et environ 93,3% en Molise²³⁶. De plus, en 2016, seulement 65,5% des hôpitaux pratiquaient des IVG. En 2021, les chiffres officiels déterminaient 64 000 IVG en Italie contre 230 000 en 1983²³⁷. Afin qu'une femme puisse avoir recours à une IVG, si elle vit au Piémont ou dans les Abruzzes, elle devra écouter les battements du fœtus à l'occasion de l'une de ses consultations. Concrètement, si l'IVG est autorisée aujourd'hui en Italie, cela s'avère compliqué d'y accéder dans la majorité des régions²³⁸.

En Pologne, l'IVG est illégale hors cas d'inceste, de viol ou si la vie de la femme est en danger²³⁹. En Hongrie, l'interruption volontaire de grossesse est légale depuis 1953. Une IVG peut être pratiquée jusqu'à 12 semaines. Pourtant, depuis 2010, une vague de restriction apparaît. La nouvelle Constitution, qui entre en vigueur en 2012, va « *protéger la vie du fœtus dès la conception* » et en 2022, un décret du 12 septembre impose une écoute du battement du cœur du fœtus afin de faire un choix²⁴⁰.

²³⁶ Yeris.N, l'IVG face aux objecteurs de conscience, Paris Nanterre Blog.

²³⁷ En comparaison, en 2022, 240 000 IVG ont été pratiqués.

²³⁸ Rossignol Souyris.A, Valente Le Hir.S, Vérien.D, Sénat, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (1) sur l'accès à l'avortement dans le monde, n°284, le 25 janvier 2024, p 43 et 44.

²³⁹ Rossignol Souyris.A, Valente Le Hir.S, Vérien.D., Sénat, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (1) sur l'accès à l'avortement dans le monde, n°284, le 25 janvier 2024, p 41 et 42.

²⁴⁰ Rossignol Souyris.A, Valente Le Hir.S, Vérien.D., Sénat, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (1) sur l'accès à l'avortement dans le monde, n°284, le 25 janvier 2024, p 42.

En Allemagne, l'IVG est en principe illégal²⁴¹, mais ne constitue pas un acte incriminable dès lors que des faits peuvent la justifier, tel qu'en cas de menace pour la vie de la mère, à la suite d'un viol ou sur demande de la femme après conseil dans un centre spécialisé. L'article 218 et suivant du Code pénal détermine le cadre strict de l'IVG. L'auto-avortement constitue une infraction condamnable d'1 an d'emprisonnement et une amende²⁴².

En Espagne, l'IVG a été dépénalisée en 1985, puis légalisée en 2010. Une IVG peut être pratiquée jusqu'à 14 semaines de grossesse et s'il existe une pathologie fœtale ou un risque pour la mère le délai est alors de 22 semaines²⁴³.

L'Irlande est initialement le pays de l'Union européenne le plus fermé à la question de l'IVG. En effet, en 1983 est adopté dans la Constitution un article interdisant l'avortement. Elle sera par la suite modifiée et l'article 40.3.3 disposera que « *l'État reconnaît le droit à la vie du non-né (unborn) dans le respect (with due regard) du droit égal à la vie de la mère et garantit le respect dans ses lois et, dans la mesure du possible, par ses lois, de la défense (defend and vindicate) de ce droit* »²⁴⁴. En 1992, la Cour suprême Irlandaise va déterminer qu'en cas de risque de suicide de la femme enceinte, l'avortement serait possible. La loi sur la santé en vigueur depuis 2018 va légaliser l'IVG en Irlande (12 semaines)²⁴⁵.

Dans l'Union européenne, un courant semble circuler afin de faire marche arrière en limitant volontairement ou involontairement l'accès et la prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse comme l'Italie, la Hongrie ou encore la Pologne. Certains pays, comme l'Irlande semble au contraire tendre vers un accès à l'IVG, même si cela est récent.

Dans le monde, comme en Afrique, il existe plusieurs courants. L'interdiction de l'IVG peut être absolue comme au Sénégal²⁴⁶, en Égypte, au Congo, Madagascar, Mauritanie. L'IVG peut être autorisée si la vie de la mère est en péril comme en Libye, au Soudan, en Tanzanie, en Ouganda ou au Mali. L'IVG peut être réalisée sur la base d'une justification médicale en Algérie, au Maroc, au Niger, au Tchad ou en Namibie²⁴⁷.

²⁴¹Rossignol Souyris.A, Valente Le Hir.S, Vérien.D., Sénat, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (1) sur l'accès à l'avortement dans le monde, n°284, le 25 janvier 2024, p 15.

²⁴² Sénat, étude de législation comparée n°280, l'interruption volontaire de grossesse en Allemagne, juillet 2017.

²⁴³ Viglione.M, L'accès à l'interruption volontaire de grossesse en Europe, Gynécologie et obstétrique, 2023, dumas 04414158.

²⁴⁴ Sénat, étude de législation comparée n°280, l'interruption volontaire de grossesse en Irlande, juillet 2017.

²⁴⁵ Fédération internationale pour les droits humains (FIDH), Irlande : l'avortement légalisé en 2018, 28 septembre 2022.

²⁴⁶Rossignol Souyris.A, Valente Le Hir.S, Vérien.D, Sénat, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (1) sur l'accès à l'avortement dans le monde, n°284, le 25 janvier 2024, p 62.

²⁴⁷ Vie publique, Accès à l'avortement : où en est-on dans le monde ?, 8 février 2024, <https://www.vie-publique.fr/en-bref/292935-acces-lavortement-dans-le-monde-ou-en-est#:~:text=Les%20législations%20sur%20l'avortement%20dans%20le%20monde%20en%202024&text=Les%20lois%20en%20Afrique%2C%20parmi,au%20moins%2015%20000%20décès.>

L'Amérique du Sud semble très divisée car si l'Argentine autorise l'IVG sur une simple demande, le Suriname quant à lui interdit formellement l'IVG. Le Brésil permet un recours à l'IVG si la vie de la mère est en danger, alors que le Pérou et la Bolivie permettent un accès à l'IVG quand il présente une justification médicale²⁴⁸.

Aux États-Unis, l'IVG va être autorisé grâce à l'arrêt rendu par la Cour Suprême en 1973 *Roe vs Wade*. Pourtant le 24 juin 2022, la Cour Suprême opère un revirement de jurisprudence via son arrêt *Dobbs vs JWHO*. En effet, elle va déterminer que la décision d'autoriser ou non l'IVG relève de la compétence de chaque État. Depuis, 14 États ont interdit la pratique et le recours à l'IVG²⁴⁹.

La position des États, au sujet de l'interruption volontaire de grossesse, se révèle comme un indicateur des droits et libertés des femmes et plus précisément de la considération portée à la liberté de choix des femmes et à la maîtrise de leur corps.

Une égalité matérielle entre les femmes et les hommes devient dans certains pays de plus en plus éloignée avec un constat : il existe une volonté de contrôler la liberté de choix en la limitant, la compliquant voire en l'interdisant.

Cela démontre ainsi une inégalité croissante qui laisse présager un retour dans le passé pour certains pays et une santé de la femme en péril quand on sait que l'IVG clandestin présente un fort taux de mortalité ou de complications pouvant mener à la stérilité.

B- La France en réaction : vers une norme plus protectrice de la liberté de choix des femmes

La France se démarque par l'accroissement de normes favorables à l'accès et à la prise en charge de l'interruption volontaire de grossesse. Sur la scène internationale, elle s'illustre comme un exemple en réaffirmant législativement l'exercice de cette liberté de choix. Elle recherche ainsi une égalité matérielle entre les hommes et les femmes et tend à limiter voire à faire disparaître les inégalités de faits pouvant naître entre les hommes et les femmes ou simplement entre les femmes. En 2014, la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes²⁵⁰ va permettre la suppression de la condition de détresse permettant d'avoir recours à l'IVG²⁵¹. Cette condition ne faisait pas

²⁴⁸ Vie publique, Accès à l'avortement : où en est-on dans le monde ?, 8 février 2024, <https://www.vie-publique.fr/en-bref/292935-acces-lavortement-dans-le-monde-ou-en-est#:~:text=Les%20législations%20sur%20l'avortement%20dans%20le%20monde%20en%202024&text=Les%20lois%20en%20Afrique%2C%20parmi,au%20moins%2015%20000%20décès>.

²⁴⁹ Rossignol Souyris.A, Valente Le Hir.S, Vérien.D, Sénat, Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (1) sur l'accès à l'avortement dans le monde, n°284, le 25 janvier 2024, p 10-14-19-20-21-22-23.

²⁵⁰ Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, 4 août 2014, n°2014-873.

²⁵¹ Conseil constitutionnel, Décision, 31 juillet 2014, n°2014-700 DC, L'article 24 modifiant et supprimant l'état de détresse va être déclaré conforme à la Constitution. Il précisera que cela « *ne méconnaît aucun exigence constitutionnel* ».

l'objet d'un contrôle, car elle est finalement subjective. Pour autant, la suppression de cette condition reste symbolique et favorable pour les femmes.

La loi du 26 janvier 2016²⁵² va permettre aux sages-femmes de pratiquer des IVG médicamenteuses alors que la pratique était seulement autorisée aux médecins. De plus, les centres de santé vont pouvoir pratiquer des IVG chirurgicales s'ils ont conclu une convention avec un établissement de santé et suivent un cahier des charges produits par la HAS. L'idée en élargissant le cadre du lieu et du personnel pouvant pratiquer une IVG est de faciliter l'accès à cette dernière. La loi va également modifier la procédure, car le délai de réflexion de 7 jours entre la consultation d'information et celle qui permettait le recueil du consentement est supprimé. L'épidémie du Covid-19 va bouleverser les pratiques. En effet, depuis 2020, des pratiques à distance vont être essayées et l'accès se veut le plus facile possible pour les femmes.

La loi de 2022²⁵³ se veut dans cette dynamique, le délai passant de 12 à 14 semaines. L'IVG médicamenteuse pourra être pratiquée hors établissement de santé jusqu'à la 7ème semaine de grossesse et non plus 5 semaines de grossesse. Les sages-femmes peuvent, à titre expérimental pour le moment, pratiquer des IVG instrumentales en établissement de santé. Une IVG médicamenteuse pourra être réalisée en téléconsultation. Le délai légal entre l'entretien psycho-social et la consultation de recueil de consentement est supprimé pour les femmes mineures non émancipées afin de s'aligner sur la pratique déjà opérante pour les femmes majeures.

La loi du 2 mars 2022 élargit le cadre du « *droit à l'avortement* » aux bénéficiaires des femmes²⁵⁴. Le pouvoir exécutif a exprimé son souhait de constitutionaliser le recours à l'interruption volontaire de grossesse afin de ne pas simplement lui accorder une valeur législative mais bien une valeur constitutionnelle. Cela a donc été initié par le Président de la République et a fait l'objet de débats houleux pendant 18 mois. En effet, il fallait déterminer si le recours à l'IVG était un droit ou une liberté. Ainsi, de nombreuses propositions ont été déposées devant l'Assemblée nationale et le Sénat afin d'aboutir le 8 mars 2024 à la promulgation de la loi constitutionnelle. Le Congrès a trouvé un compromis en inscrivant à l'article 34 de la Constitution de 1958 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* ».

Le recours à l'IVG est donc une liberté garantie à la femme. Cette constitutionnalisation est avant tout un symbole. Le fait de choisir « *liberté* » à la place de « *droit* » est déterminante dans l'exercice du recours à l'IVG et l'intention n'est pas la même.

²⁵² Loi de modernisation de notre système de santé, 26 janvier 2016, n°2016-41.

²⁵³ Loi visant à renforcer le droit à l'avortement, 2 mars 2022, n°2022-295.

²⁵⁴ Ibid.

En effet, un « *droit* » de recourir à l'IVG va obliger l'État à garantir la réalisation et l'exercice de ce droit. Un encadrement de ce droit pourrait aussi être réalisé de façon plus ou moins restrictive ou large. En revanche, concernant la « *liberté* », le cadre de son exercice est fixé par le législateur, cela lui laisse donc la possibilité de restreindre ou non le cadre du recours à l'IVG et surtout la liberté n'implique pas la même intervention de la part de l'État.

Selon Emmanuel Joseph Sieyès, dans le Préliminaire de la Constitution française « *Les limites de la liberté individuelle ne sont placées qu'au point où elle commencerait à nuire à la liberté d'autrui. C'est à la loi à reconnaître ces limites et à les marquer* »²⁵⁵. Le fait d'inscrire la liberté de recourir à l'IVG reste un symbole. La France se démarque du reste du monde et s'inscrit dans une dynamique à contre-courant en cherchant à garantir cette liberté de choix pour les femmes et rechercher avant tout une égalité matérielle. Le vendredi 8 mars 2024 lors du scellement de la loi constitutionnelle, le Président de la République Emmanuel Macron a souhaité rendre hommage aux 343 femmes ayant publié en 1971 le manifeste dans lequel elles reconnaissaient avoir eu recours à une IVG. Il exprimera que « *Durant de trop nombreuses années, le destin des femmes était scellé par d'autres* »²⁵⁶. Il a également affirmé qu'il souhaitait inscrire la liberté garantie du recours à l'IVG dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il ajoutera alors « *Nous mènerons ce combat sur notre continent, dans notre Europe où les forces réactionnaires s'en prennent d'abord et toujours aux droits des femmes avant de s'attaquer ensuite aux droits des minorités, de tous les opprimés, à toutes les libertés* »²⁵⁷.

L'État et le législateur recherchent ainsi une égalité matérielle entre les hommes et les femmes en matière de santé reproductive, comme l'illustre les choix réalisés afin de protéger l'IVG mais également en matière d'AMP ou de contraception. Cette recherche d'égalité matérielle apparaissait indispensable en matière de santé reproductive au regard de l'égalité formelle et des inégalités voire des discriminations qui pouvaient être générées. Cependant, la santé reproductive des hommes et des femmes est réductrice et ne représente pas la santé globale des individus. Ainsi, afin de parvenir à une égalité entre les hommes et les femmes en matière de santé, l'égalité matérielle doit aussi être recherchée de façon globale.

Chapitre 2 - L'égalité entre les hommes et les femmes en matière de santé comme objectif de l'égalité matérielle

La recherche d'égalité entre les hommes et les femmes porte sur la santé reproductive mais également en matière de santé globale. L'égalité réelle et donc matérielle entre les hommes et les

²⁵⁵ E-J.Sieyès, Préliminaire de la Constitution française, 1789.

²⁵⁶ Le Président de la République Emmanuel Macron, discours lors du scellement de la Loi constitutionnelle relative à l'IVG, vendredi 8 mars 2024.

²⁵⁷ Ibid.

femmes est souhaitable et afin d’y parvenir, des outils comme la discrimination positive peuvent être mobilisés (**Section 1**). Toutefois, si l’égalité matérielle entre les hommes et les femmes est un objectif, elle doit être conciliée avec l’égalité formelle définie par les normes qui encadrent la protection de la santé de tous les individus (**Section 2**).

Section 1 – La discrimination positive constituant un outil de l’égalité matérielle

Protéger la santé de tous est un objectif à valeur constitutionnelle. En revanche, tous les individus ne bénéficient pas des mêmes prédispositions, des mêmes déterminants de santé, d’un même contexte économique et social favorisant la protection de leur santé. Il apparaît nécessaire, lorsque les inégalités sont constatées, de s’écarter de l’égalité formelle en considérant les différences comme celles portant sur le sexe des individus, afin de les résoudre ou de chercher à apporter une égalité matérielle entre les individus. La discrimination positive s’illustre alors comme un outil permettant de rechercher une égalité matérielle (**paragraphe 1**). La discrimination positive peut s’avérer indispensable, en raison d’évidence biologique, afin de reconnaître les différences et d’adapter des mesures au plus près de la réalité (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 - Une discrimination positive réalisée afin de rechercher une égalité matérielle

La discrimination positive constitue un outil visant à endiguer les inégalités et discriminations indirectes (**A**). Il est notable qu’entre les hommes et les femmes, la discrimination positive est davantage utilisée en faveur des femmes. Les hommes sont alors une cible absente de cette discrimination positive (**B**).

A- La discrimination positive, outil imparable afin d’atteindre une égalité dans les faits

Le Président de la République Emmanuel Macron dira lors de son discours à l’occasion du scellement de la loi constitutionnelle relative à l’IVG, le 8 mars 2024, « *Agir puisque le progrès des droits des femmes est le progrès des droits de l’homme* »²⁵⁸. Les femmes peuvent être victimes d’inégalités en matière d’accès aux soins et de prise en charge voire même être victimes de discriminations. Afin de lutter contre les inégalités et les discriminations, la discrimination positive permet de « *traiter de manière préférentielle certaines catégories de population pour améliorer l’égalité des chances. On considère ainsi que pour établir une égalité réelle en pratique, il faut*

²⁵⁸ Le Président de la République Emmanuel Macron, discours lors du scellement de la loi constitutionnelle relative à l’IVG, vendredi 8 mars 2024, Préc.

avantager les personnes défavorisées au départ »²⁵⁹. Monsieur Villenave complète cette définition en déterminant que « *la « discrimination positive » est un principe : il s'agit d'instituer des inégalités pour promouvoir l'égalité, en accordant à certains un traitement préférentiel* »²⁶⁰.

Xavier Bioy et Bruno Ramdjee relèvent que les mesures de discrimination positive sont « *d'apparition récente et limitées en droit français, car traditionnellement jugées contraires à l'égalité de tous devant la loi* »²⁶¹. Bien que limitées en droit français, elles apparaissent pourtant nécessaires afin de rechercher une égalité matérielle entre les hommes et les femmes. Identifier une différence qui peut générer des inégalités ou de la discrimination permet alors de protéger l'individu. Afin de parvenir à cette protection, il est alors nécessaire d'identifier des groupes de personnes vulnérables ou à minima victimes d'inégalités ou de discriminations. L'identification repose sur des faits objectifs et mesurables mais peut aussi être le fait de stéréotypes.

Selon Bioy et Ramdjee le principe d'égalité « *permet aussi de rechercher, au-delà de l'égalité formelle d'application du droit, une égalité matérielle ou réelle, en créant des catégories de populations différencielles et pertinentes au regard de l'objet. Il arrive alors que ces catégories de situations recoupent des critères de distinctions qui sont aussi, par ailleurs, des stéréotypes sociaux, c'est-à-dire des assimilations de ce que les personnes font ou sont à leurs traits distinctifs* »²⁶². Ils complètent leurs propos en précisant que « *On cherche alors soit à résorber les inégalités qui persistent, soit à en tenir compte pour les compenser au niveau d'un individu en considération du groupe auquel il est supposé appartenir* »²⁶³.

En matière de santé, les femmes et les hommes peuvent être séparés en deux groupes. Cela peut reposer sur une considération objective car biologiquement ils sont distinguables ou sur des considérations reposant sur des stéréotypes tels que la femme est plus vulnérable donc devant faire l'objet de mesures de protection supplémentaires. En réalité, la femme fait surtout l'objet de discrimination positive afin de protéger sa santé en matière de maternité. Ainsi, le Code du travail déroge au principe d'égalité afin de protéger la grossesse et la maternité aux articles L1225-1 et L1225-28 du code du travail, mais également par l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal à l'article L1225-29 du Code du travail, par la protection de l'allaitement de l'article L1225-30 à L1225-33 du Code du travail ou encore par la possibilité pour la salariée en état de grossesse médicalement constatée de démissionner sans préavis à l'article L1225-34 du Code du travail. Les femmes enceintes, parturientes et femmes qui allaitent font l'objet de discrimination positive en

²⁵⁹ Définition de l'Observatoire des inégalités.

²⁶⁰ B. Villenave La discrimination positive : une présentation, Vie sociale n°3, 2006/3, p 39 à 48.

²⁶¹ Xavier Bioy et Bruno Ramdjee, égalité et non-discrimination en santé dans les jurisprudences constitutionnelles françaises et étrangères, RDSS 2023, p. 828, Préc.

²⁶² Xavier Bioy et Bruno Ramdjee, égalité et non-discrimination en santé dans les jurisprudences constitutionnelles françaises et étrangères, RDSS 2023, p. 828, Préc.

²⁶³ Ibid.

matière de recherche médicale mais également l'objet d'une prévention renforcée en matière d'alcool, de tabac et plus globalement de ce qui peut présenter un risque pour le fœtus.

La femme qui est enceinte fait ainsi l'objet de discrimination positive dans l'accès aux soins et à la prévention et dans sa prise en charge. Cela se produit en raison de sa situation particulière et qui est par ailleurs temporaire. En revanche, une femme qui n'est pas enceinte fera l'objet de discrimination positive seulement concernant les pathologies exclusivement féminines tel que le cancer du sein. En dehors des problématiques liées à son sexe biologique la discrimination positive ne sera pas effective. Il est possible qu'une femme en situation précaire fasse l'objet de discrimination positive mais cela sera en raison de sa situation patrimoniale et non en raison de son sexe.

Les hommes font-ils l'objet de discrimination positive en matière de protection de la santé ?

B- Les hommes : une cible absente de la discrimination positive

La discrimination positive vise à rétablir une égalité entre les individus. Son caractère temporaire est fondamental. La protection de la santé a été développée dans l'esprit d'une égalité formelle, ainsi des inégalités ont pu naître. Les hommes apparaissent comme épargnés par ces inégalités liées au genre, mais des inégalités peuvent aussi toucher les hommes en raison de leur ethnie, orientation sexuelle ou plus largement en raison d'un contexte économique et social.

Ainsi, les mesures de discrimination positive peuvent concerner les hommes s'ils sont victimes d'inégalités ou de discriminations en raison d'un autre motif que leur sexe. Leur seule qualité d'homme n'engage donc pas de mesures de discrimination positive.

Pourtant, l'absence de mesures de discrimination positive en faveur des hommes interroge car le rapport des hommes à la santé est parfois plus compliqué. Les pathologies et leur prévention ne touchent parfois pas les hommes. Ainsi, il est possible de se demander si la littérature et les pratiques, qui à l'origine sont faites pour l'homme, sont toujours adaptées.

La loi étant générale et impersonnelle génère des inégalités voire des discriminations indirectes pesant sur les femmes, donc il serait possible de supposer que les hommes ne sont pas concernés par cette problématique. *Cependant, cette égalité formelle est-elle aussi nécessairement adaptée aux hommes ? Ne faudrait-il pas de mesures de discrimination positive afin d'atteindre une égalité matérielle ?*

La santé mentale des hommes est un sujet qui pourrait faire l'objet de discrimination positive qui permettrait d'atteindre une égalité des chances de bénéficier d'un traitement adapté et qui serait temporaire jusqu'à ce que l'objectif et la cible soient atteints. Les troubles du comportement alimentaire pourraient aussi faire l'objet de mesures, car souvent catégorisés comme des pathologies

féminines, les hommes peuvent voir leur prise en charge altérée. En effet, certains établissements recevant des patients souffrants de troubles du comportement alimentaire ne prennent en charge que des patientes femmes et ne sont pas mixtes. La prévention des cancers exclusivement masculins pourrait aussi faire l'objet de discrimination positive.

Il existe encore des lacunes dans le système de santé français au niveau de la prévention, de l'accès et la prise en charge des patients. Les lacunes sont perfectibles et ne sont pas figées. Finalement, l'égalité formelle en matière de santé induit des inégalités voire des discriminations que l'on soit homme ou femme.

La recherche d'égalité matérielle devrait alors être pensée pour la femme mais aussi pour l'homme. La discrimination positive apparaît aussi inévitable en raison d'évidences biologiques attachées au particularisme des hommes et des femmes. Ainsi, elle devient nécessaire lorsqu'il convient d'encadrer juridiquement de « nouvelles » pathologies exclusivement féminines comme l'endométriose.

Paragraphe 2 -Une nécessaire discrimination positive liée à une évidence biologique

Aurélien Rousseau, alors Ministre de la santé, dira que « *les droits des femmes, le droit à la santé, le droit à des soins, à une prise en charge et à un accompagnement, adaptés, pour toutes, est absolument primordial* »²⁶⁴. En effet, il est primordial d'adapter un encadrement aux pathologies exclusivement féminines voire de recourir à de la discrimination positive si cela est nécessaire (A). Le positionnement de la jurisprudence apparaît cependant plus complexe (B).

A- Le défi de l'encadrement de nouvelles pathologies exclusivement féminines

Selon le ministre de la santé, Aurélien Rousseau « *notre système de santé ne s'adapte pas assez vite aux spécificités des femmes. C'est pour cela, qu'en tant que ministre, porter une véritable politique de santé et d'accompagnement des femmes est une priorité et un pilier de mon action, dans le cadre de mon combat contre toutes les facettes des inégalités de santé* »²⁶⁵. En effet, l'encadrement mais surtout la reconnaissance de pathologies exclusivement féminines portant sur la santé reproductive fût pendant longtemps le fruit d'une errance médicale pour les patientes et un sujet tabou dans la société. La douleur générée par des pathologies comme l'endométriose était minimisée voire invisibilisée ainsi que les conséquences de cette maladie.

²⁶⁴ Aurélien Rousseau, ministre de la Santé et de la prévention, Déclaration lors de l'ouverture du second comité de pilotage de la Stratégie nationale de lutte contre l'endométriose, le 4 octobre 2023.

²⁶⁵ Ibid.

Désormais, face au constat alarmant, l'endométriose par exemple est reconnue comme « *une maladie inflammatoire chronique de la femme en âge de procréer. Elle est due à la présence d'endomètre (muqueuse utérine) hors de l'utérus. Ce tissu, qui colonise d'autres organes, réagit aussi en fonction des variations hormonales du cycle menstruel* »²⁶⁶. Elle touche 1 femme sur 10 soit entre 1,5 et 2,5 millions de femmes en France. 40% des femmes atteintes d'endométriose souffrent d'infertilité. L'assurance maladie ne reconnaît pas encore l'endométriose comme une affection de longue durée (ALD 30) alors que cette reconnaissance induirait une prise en charge à 100% des frais médicaux des patientes. Le 11 janvier 2022, le Président de la République annonce le lancement d'une stratégie de lutte contre l'endométriose²⁶⁷. Olivier Véran présente les 3 axes majeurs de cette stratégie portant sur « *la recherche, un programme d'investissements massifs dans la recherche sur l'endométriose sera élaboré* », le financement s'élève à 30 millions d'euros répartis sur 5 ans. Le deuxième axe porte sur « *améliorer l'offre de soins accessible aux personnes souffrant d'endométriose, des filières territoriales spécifiques à l'endométriose* » et le dernier axe porte sur l'accroissement de « *la connaissance de l'endométriose non seulement parmi nos professionnels de santé, mais plus largement au sein de notre société dans son ensemble* ». Il conclut en précisant que « *cette stratégie est un motif d'espoir pour les millions de Françaises qui voient chaque jour leur vie empoisonnée par l'endométriose. Elle constitue une nouvelle arme dans l'arsenal déployé par le Gouvernement pour améliorer les droits et la santé des femmes* »²⁶⁸. L'endométriose n'a pas qu'un effet sur la santé des femmes car elle va générer des inégalités sociales et économiques comme une impossibilité d'aller au travail induisant une baisse de salaire et des frais médicaux élevés résultant d'une errance médicale. En effet, en moyenne le diagnostic est établi en 7 ans.

Le législateur avait amorcé un projet de loi visant à répondre à ces inégalités en caractérisant un arrêt de travail spécifique à ces problématiques afin de rechercher une égalité matérielle. Il y a eu 2 propositions de Loi. L'une d'elle est relative à la reconnaissance de la santé menstruelle et gynécologique dans le monde du travail. Il s'agissait « *d'un arrêt de travail pour menstruations incapacitantes, entièrement pris en charge par la Sécurité Sociale sur le même régime que celui des arrêts maladies classiques, sans délai de carence. D'une durée maximum de treize jours, pouvant être posés consécutivement ou séparément, sur une durée d'un an et sans limite mensuelle, sa gestion est autonome pour les personnes ayant été reconnues comme souffrant de menstruations incapacitantes* »²⁶⁹. Le projet de loi est à l'arrêt. Plusieurs critiques peuvent être émises comme la

²⁶⁶ Définition issue de la vie publique, au cœur du débat public, Endométriose quelle stratégie pour lutter contre cette maladie gynécologique, publié le 21 janvier 2022.

²⁶⁷ E.Macron, conférence de presse, 11 janvier 2022.

²⁶⁸ In stratégie nationale de lutte contre l'endométriose, édito de Olivier Véran alors ministre des Solidarités et de la santé, édition février 2022.

²⁶⁹ Proposition de loi relative à la reconnaissance de la santé menstruelle et gynécologique dans le monde du travail, déposée le 15 juin 2023, n°1386.

discrimination à l'embauche, la rupture du secret médical, le risque de désorganisation du travail, le risque d'abus ou que ces mesures pourraient générer des inégalités envers les hommes et les femmes qui ne sont pas concernées. Cependant, l'Espagne, pays membre de l'Union européenne, a le 16 février 2023 adopté une loi instaurant un « congé menstruel » lorsque la femme souffre de menstruations incapacitantes²⁷⁰. L'endométriose est aussi reconnue comme une situation spéciale d'incapacité temporaire de travail. Il paraît envisageable que les législateurs français s'alignent avec l'Espagne comme ils ont pu le faire en matière d'IVG afin de reconnaître et d'encadrer un potentiel arrêt de travail en raison d'incapacité lié à la menstruation. Par ailleurs, des initiatives privées et publiques comme la ville de Saint-Ouen²⁷¹ ou encore la Métropole de Lyon²⁷² permettent déjà à leurs salariées une absence en cas de menstruations douloureuses médicalement constatées sans perte de salaire.

Les mesures déjà mises en place et celles qui seront mises en place peuvent être caractérisées de discrimination positive. En effet, traiter temporairement de manière préférentielle certaines catégories de la population, comme les femmes souffrant de certaines pathologies gynécologiques, afin d'améliorer l'égalité entre les individus constitue une discrimination positive. *Les mesures émises par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif visent à limiter les inégalités mais quelle est la position du pouvoir judiciaire concernant les pathologies exclusivement féminines ?*

B- Un positionnement jurisprudentiel complexe concernant les pathologies exclusivement féminines

Aurélien Rousseau, alors Ministre de la santé, énonce que « *certain tabous et clichés d'un autre âge, persistent autour de la santé gynécologique et des règles* »²⁷³. Pourtant, l'endométriose a été décrite dès 1860 par le médecin autrichien Karel Rokitansky. L'errance médicale est estimée en moyenne à 7 ans. *Cette errance constitue-t-elle un préjudice et le médecin engage-t-il sa responsabilité ?*

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 25 janvier 2024²⁷⁴, cette dernière confirme les manquements fautifs du médecin qui n'a pas identifié l'endométriose de sa patiente alors qu'il assurait son suivi depuis 10 ans. Cependant, le préjudice de la patiente ne serait

²⁷⁰ Le Monde, l'Espagne adopte une loi permettant de changer librement de genre dès 16 ans et met en place un congé menstruel, une première en Europe, 16 février 2023.

²⁷¹ Le Monde, la ville de Saint-Ouen met en place un congé menstruel pour ses employées, une première pour une collectivité en France, 27 mars 2023.

²⁷² MET' Le magazine de la Métropole de Lyon, La Métropole de Lyon met en place un congé menstruel.

²⁷³ Aurélien Rousseau, ministre de la Santé et de la prévention, Déclaration lors de l'ouverture du second comité de pilotage de la Stratégie nationale de lutte contre l'endométriose, le 4 octobre 2023.

²⁷⁴ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 25 janvier 2024, n°22/17153.

qu'un « *préjudice de perte de chance de 50% d'obtenir un diagnostic plus rapide, de bénéficier plus précocement de traitements adaptés à sa pathologie et donc, de moins souffrir* »²⁷⁵.

Ainsi, la jurisprudence semble peu encline à reconnaître la totalité du préjudice de personnes souffrant d'endométriose et détermine plus aisément le préjudice de perte de chance, ce préjudice étant autonome et permettant une indemnisation. Il est aussi possible de constater que la caractérisation de la faute du médecin peut être délicate ainsi que le lien de causalité. La fin de l'incertitude entourant cette maladie et les données acquises de la science désormais plus complètes vont permettre aux juges d'être probablement plus favorables à une politique d'indemnisation des victimes plus complète.

De plus, la première chambre civile de la Cour de cassation a, par un arrêt rendu le 19 juin 2019²⁷⁶, déterminé que l'exposition au diethylstilbestrol (DES) in utero et le développement de l'endométriose n'avait pas un lien de causalité certain. Pourtant, elle casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel, le 23 novembre 2017, car cette dernière n'avait pas examiné le « *préjudice spécifique d'anxiété consécutif aux risques de cancer liés à son exposition in utero au DES impliquant un suivi médical* »²⁷⁷. La Cour de cassation reconnaît alors un préjudice d'anxiété à la patiente qui avait formé le pourvoi. On peut supposer que le juge s'est montré favorable à une indemnisation de la demandeuse. Le juge s'inscrit dans une lignée déjà initiée dans l'arrêt rendu le 2 juillet 2014²⁷⁸ par la Cour de cassation. En effet, elle avait caractérisé un préjudice moral actuel consécutif à un risque de dommage du fait de son exposition in utero au diethylstilbestrol.

Le positionnement est complexe pour les juges, car les pathologies exclusivement féminines font encore place à de l'incertitude. La jurisprudence apparaît favorable à l'indemnisation des victimes, mais le lien de causalité est parfois difficilement démontré. Il convient toutefois de préciser que la nomenclature Dinthillac a opportunément élargi le champ à toutes les pathologies dites évolutives, c'est-à-dire les maladies « *incurables susceptibles d'évoluer* ». Ainsi ce poste de préjudice pourrait potentiellement intégrer les maladies comme l'endométriose dans son champ. Une indemnisation serait alors possible.

La discrimination positive réalisée en faveur des femmes par le pouvoir exécutif et législatif ne fait pas l'objet de jurisprudence. Le pouvoir judiciaire n'a donc pas été appelé à se positionner concernant une potentielle rupture d'égalité qui résulterait de la discrimination positive.

²⁷⁵ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 25 janvier 2024, n°22/17153, Préc.

²⁷⁶ Première chambre civile de la Cour de cassation le 19 juin 2019, n°18-10.612.

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Cour de cassation, 2 juillet 2014, n°10-19.206.

Section 2- La conciliation de l'égalité matérielle et de l'égalité formelle au profit des femmes et des hommes afin de protéger leur santé

Il serait possible de se demander si l'égalité matérielle devrait primer ou devrait se substituer à l'égalité formelle entre les hommes et les femmes en matière de santé. Pourtant, il apparaît que l'égalité formelle est indispensable et elle doit être conciliée avec la recherche d'égalité matérielle entre les individus (**paragraphe 1**) mais une reconsidération du sexe des hommes et des femmes doit aussi être opérée dans la prévention et la prise en charge (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 -Une indispensable délimitation réalisée par l'égalité formelle devant être combinée à la recherche d'égalité matérielle : l'assurance d'une protection optimale des individus

La conciliation des égalités apparaît comme fondamentale afin de garantir une protection optimale des hommes et des femmes. L'égalité formelle permet de poser un cadre à cette protection (**A**) et l'égalité matérielle permet de prendre en considération les différences entre les hommes et les femmes en matière de santé afin de rechercher une égalité dans les faits et faire barrage aux inégalités et discriminations induites par l'égalité formelle (**B**).

A- L'égalité formelle une nécessité afin d'assurer une forme d'égalité entre les hommes et les femmes en matière de santé

L'égalité fait figure pour le Doyen George Vedel « de *droit des droits* »²⁷⁹. Le principe d'égalité apparaît comme un principe structurant la République française²⁸⁰ et en matière de santé l'égalité apparaît comme formelle au regard de la majorité des normes. Le bloc de constitutionnalité, celui de conventionalité, celui de légalité et celui règlementaire démontrent une égalité des hommes et des femmes car ils ne sont pas distingués. La volonté est d'instituer un cadre d'égalité des individus dans et devant la Loi et si en matière pénale cela apparaît comme nécessaire et indispensable, en matière de santé cela peut interroger. Le droit de la santé n'apparaît pas comme le droit des contrats ou le droit public. Le droit de la santé, en général, traite de l'encadrement des institutions, des professions, de la prévention et prise en charge et surtout du droit des patients. Il s'agit d'un ensemble de normes juridiques particulières de par sa nature qui est la santé.

Un cadre formel est nécessaire, car il a permis une évolution vers une protection de la santé de tous les individus. Les personnes vulnérables initialement protégées le sont toujours, mais au même rang que tous les hommes et les femmes.

²⁷⁹Conseil constitutionnel, article concernant l'égalité, site internet : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/l-egalite#:~:text=Elle%20fait%20figure%20de%20%20droit,la%20qualité%20d'homme%20> .

²⁸⁰ Anne Levade, Discrimination positive et principe d'égalité en droit français, dans Pouvoirs 2004/4 (N°111), p 55 à 71, éditions Le Seuil.

Pourtant, si ce cadre formel était nécessaire dans la protection de la santé des hommes et des femmes, il induit aussi des inégalités et des discriminations, car partir du postulat que les hommes et les femmes sont égaux en santé et doivent être protégés de la même façon revient à nier en partie leurs différences. Elle s'exprimera en réalité dans les faits par des inégalités et des discriminations. En effet, par exemple, une discrimination indirecte peut être caractérisée en raison de l'exclusion d'une indemnisation par l'ONIAM des accidents médicaux survenant à l'occasion de la chirurgie esthétique. La solidarité nationale prend en charge seulement les accidents médicaux issus d'actes médicaux à finalité thérapeutique. Pourtant, dans l'arrêt ONIAM contre la CPAM de l'Essonne, rendu le 5 février 2014, la Cour de cassation énonçait comme principe que « *les actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L.6322-1 et L.6322-2 du Code de la santé publique, ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, constituent des actes de soins au sens de l'article L.1142-1 du même code* »²⁸¹. Cependant, ce principe énoncé par la Haute juridiction judiciaire va être remis en question par la loi de financement de la sécurité sociale²⁸² qui va consacrer la prohibition de la réparation par l'ONIAM des accidents médicaux survenant au cours d'une intervention de chirurgie esthétique. La discrimination indirecte peut ainsi être caractérisée car 80%²⁸³ de la chirurgie esthétique est réalisée sur des femmes et les conséquences dramatiques qu'elles peuvent produire comme dans l'arrêt rendu le 5 février 2014 ne seront, dès lors, pas indemnisées. L'article 70 d'apparence neutre et ne cherchant pas à établir une discrimination va malgré tout générer une discrimination indirecte selon Claudine Bergoignan-Esper et Pierre Sargos.

De plus, il est aussi possible de relever l'inégalité voire la discrimination indirecte qu'induit l'encadrement de l'indemnisation par la solidarité nationale à la défaveur des femmes qui accouchent par voie basse sans acte médical. Comme le relevait la Commissaire du gouvernement, Madame Péresse, lors de ses conclusions à l'occasion de l'arrêt Hôpital Joseph Imbert d'Arles²⁸⁴, la situation exceptionnelle et le peu de victimes concernées par ces accidents médicaux ne serait pas « *de nature à mettre en péril les finances des établissements hospitaliers* »²⁸⁵ ni par ailleurs à mettre en péril les finances de l'État.

Ainsi, afin de prendre en considération et lutter contre les inégalités et les discriminations, l'égalité matérielle doit être recherchée en parallèle, afin d'apporter une forme d'égalité au plus proche de la réalité.

²⁸¹ Cour de cassation, Oniam c/ CPAM de l'Essonne, 5 février 2014, n°12-29.140, publié au bulletin.

²⁸² Loi de financement de la sécurité sociale, 22 décembre 2014, n°2014-1554, article 70.

²⁸³ Les grands arrêts du droit de la santé, édition 3, Dalloz, p 332-333-334.

²⁸⁴ Conseil d'État, arrêt Hôpital Joseph Imbert d'Arles, 3 novembre 1997, n°153686, publié au recueil Lebon.

²⁸⁵ Ibid.

B- L'indispensable recherche d'égalité matérielle entre les hommes et les femmes afin de permettre une égalité dans les faits

Selon l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (Inserm) il faut « *prendre en compte les différences, pour mieux combattre les inégalités* »²⁸⁶.

Les différences justifient dans le cadre de l'égalité matérielle un traitement différencié si cela est justifié par un but légitime et que les moyens pour atteindre l'objectif sont nécessaires et appropriés. En matière de santé, déterminer que les hommes et les femmes sont différents est possible et que des inégalités résultent d'une égalité de traitement entre les individus est aussi possible. Ainsi, l'égalité matérielle en santé viserait à résoudre les inégalités, cet objectif étant légitime et les moyens afin d'atteindre cet objectif apparaissent nécessaires et appropriés.

La recherche d'égalité matérielle en matière de santé entre les hommes et les femmes a été amorcée par la prise en considération de leurs différences. L'OMS amorce cette prise en considération en créant, en 1995, le département Genre et santé de la femme. Par la suite, l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Irlande et la Suède vont mettre aussi en place des structures travaillant sur la médecine genrée.

En 2001, en France, le Centre national de la recherche scientifique (CNRS), va s'illustrer comme précurseur en lançant la mission pour la place des femmes. En 2013, l'Inserm va créer un groupe de travail portant sur le genre et la recherche en santé. Santé publique France et la HAS vont aussi s'engager à lutter contre les inégalités liées au genre.

Le pouvoir exécutif et législatif va aussi s'emparer de la problématique des inégalités en santé découlant de l'égalité formelle. L'idée est d'œuvrer afin de rechercher une égalité réelle donc matérielle en matière de santé entre les femmes et les hommes. Il est important de constater que les inégalités portant sur la santé des hommes et des femmes est un sujet au cœur de l'actualité et qui devient de plus en plus important. Des mesures sont alors prises comme la stratégie nationale de lutte contre l'endométriose. Les problématiques sont reconnues et une forme de dynamisme est insufflé afin de répondre à cette recherche d'égalité matérielle. Au travers du rapport de la HAS²⁸⁷ ou de celui du HCEfh²⁸⁸, des propositions concrètes sont formulées permettant d'atteindre une égalité matérielle entre les hommes et les femmes.

Cependant, s'il est donc indispensable de concilier l'égalité formelle avec l'égalité matérielle afin d'apporter une protection optimale à tous les individus, il apparaît que la médecine soit déjà

²⁸⁶ Inserm, Dossier Genre et santé, prendre en compte les différences, pour mieux combattre les inégalités, publié le 1 novembre 2016.

²⁸⁷ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, Préc.

²⁸⁸ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCEfh), Prendre en compte le sexe et le genre pour mieux soigner : un enjeu de santé publique, rapport publié le 15 décembre 2020, Préc.

générée et biaisée par des stéréotypes entourant la santé des hommes et des femmes. Pourtant, cette approche de la médecine ne concourt pas au respect du cadre posé par l'égalité formelle et ne recherche pas non plus une égalité matérielle.

Paragraphe 2 - Une reconsidération du sexe biologique dans la prévention et la prise en charge des individus

La prévention et la prise en charge des individus doivent être repensées par une déconstruction des stéréotypes de genre attachés à la santé des individus (A) et une intégration du sexe des individus de la prévention à la prise en charge et suivi des patients (B).

A- La déconstruction des stéréotypes de genre s'illustrant comme une nécessité afin de limiter les inégalités

L'Inserm détermine qu'en « *matière de santé, femmes et hommes ne sont pas logés à la même enseigne. Mais les différences biologiques sont loin d'être seules en cause : les représentations sociales liées au genre féminin ou masculin jouent sur l'attitude des patients, du corps médical et des chercheurs. S'intéresser aux relations entre genre et santé permet de mener une réflexion éthique sur la contribution des facteurs sociaux et culturels aux inégalités de santé entre les sexes. Cette approche vise à enrichir les connaissances sur les origines des différences entre les femmes et les hommes dans la santé, pour de meilleures pratiques cliniques et dans la recherche biomédicale* »²⁸⁹.

Il apparaît indispensable de déconstruire les stéréotypes attachés à la santé des hommes et des femmes qui nuisent à leur prise en charge jusqu'à constituer un préjudice de perte de chance. Les maladies dites féminines et masculines sont des considérations passées qui doivent être repensées par une information large aux publics et professionnels de santé à l'image du VIH. Ces pathologies et plus globalement la médecine reposent sur une conceptualisation construite sur des stéréotypes. La prévention, la formation et la prise en charge sont donc affectées. Il convient sur la base de ces constats de déconstruire progressivement les stéréotypes qui génèrent des inégalités et des discriminations en repensant la santé autour du sexe biologique sans pour autant réduire les hommes et les femmes à leur sexe biologique. En effet, la HAS relevait qu'un « *rapide regard porté sur les pratiques au prisme du sexe et du genre permet également de faire ressortir les stéréotypes à l'œuvre ainsi que les déséquilibres qu'ils engendrent* »²⁹⁰. Elle détermine également que les stéréotypes conduisent à « *des insuffisances de prise en charge des hommes : exemple de la santé mentale et de*

²⁸⁹ Inserm, Dossier Genre et santé, prendre en compte les différences, pour mieux combattre les inégalités, publié le 1 novembre 2016, Préc.

²⁹⁰ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 103.

l'ostéoporose »²⁹¹. Les stéréotypes portent aussi préjudice aux femmes comme pour les pathologies cardiovasculaires.

La prise en compte des différences entre les hommes et les femmes, non stéréotypée permettrait ainsi la recherche d'égalité matérielle entre les individus.

B- L'intégration, à tous les niveaux, du sexe biologique des individus comme recommandation pour une meilleure prévention et prise en charge

Le professeur et médecin cardiologue, Vera Regitz-Zagrosek, déterminait déjà en 2003 que « *La médecine de genre n'est pas une médecine de femmes, c'est plutôt une médecine personnalisée* »²⁹². En effet, soigner au prisme du genre ne permet pas de mieux soigner les femmes mais cela permettrait un soin adapté à la fois aux femmes mais aussi aux hommes.

La prise en considération des différences en santé des hommes et des femmes devient indispensable et partir du postulat que la médecine n'est pas genrée ne permet pas de tenir compte de la réalité des pratiques. La médecine étant déjà genrée et ce compte-tenu de stéréotypes, il appartient ainsi d'agir dans un premier temps au niveau de la formation des professionnels de santé. La HAS déterminait que « *Tant dans le champ social, que dans le champ médico-social ou sanitaire, la formation initiale et continue doit être complétée pour intégrer les différences liées au sexe ou au genre, et tendre vers une approche plus globale des personnes intégrant une perspective de genre. La lutte contre les stéréotypes à l'œuvre dans les pratiques professionnelles doit commencer dès la formation initiale* »²⁹³.

Ainsi, au niveau de la formation des professionnels, de la prévention, de l'accès aux soins et de la prise en charge, une dimension genrée doit être réalisée à tout moment mais sans pour autant réduire l'individu à son sexe. Il s'agirait d'une personnalisation adaptée et non stéréotypée permettant de réduire les inégalités et discriminations, de concourir à une égalité matérielle entre les hommes et les femmes mais tout en étant encadrée par des normes générales amenant une égalité formelle.

Conclusion

Un droit à la bonne santé des hommes et des femmes pourrait-il alors être invoqué en raison de l'évolution de la protection de la santé si une personnalisation de la santé était réalisée ?

²⁹¹ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 45.

²⁹²V. Regitz-Zagrosek, In figaro santé, médecine : les différences hommes-femmes négligés, 2 septembre 2016.

²⁹³ Haute Autorité de Santé (HAS), Rapport d'analyse prospective 2020 : Sexe, genre et santé, publié le 14 décembre 2020, p 16.

Le droit à la protection de la santé est caractérisé comme un objectif à valeur constitutionnelle. Ainsi l'évolution de la protection ne permet pas d'établir un droit à la bonne santé. Lionel Jospin disait « *l'État ne peut pas tout* »²⁹⁴. En effet, l'État ne peut être en mesure de garantir la bonne santé des individus peu importe que la protection soit plus optimale. Selon Le professeur Jean-Michel De Forges « *le droit à la santé ainsi reconnu et proclamé solennellement ne peut être qu'un droit aux soins et non un droit absolu à une santé parfaite* »²⁹⁵. Par ailleurs, le médecin conserve une obligation de moyens et non de résultats. L'évolution de la protection proposée par la personnalisation de la prévention et de la prise en charge, ainsi que la recherche d'égalité matérielle entre les hommes et les femmes, garanties par le respect d'une égalité formelle, pourraient amener comme dérive que l'on puisse alléguer d'un droit à la bonne santé. Il apparaît que cette évolution ne permet pas aux hommes et aux femmes d'invoquer un droit à la bonne santé en l'état du droit. La possibilité d'invoquer un droit à la bonne santé ne serait d'ailleurs pas nécessairement favorable aux individus. Les individus pourraient, en revanche, lorsque des inégalités ou des discriminations en raison du sexe sont caractérisées, alléguer d'un droit à la qualité et à la sécurité des soins, droit qui découle de la protection de la santé mais aussi d'un droit à des soins consciencieux ou d'un droit reposant sur le principe de non-discrimination.

Il semble donc que la santé des hommes et des femmes soit actuellement encadrée par une égalité formelle. Pourtant, cette égalité dans et devant la loi induit en matière de santé des inégalités et des discriminations. Afin de lutter contre les conséquences de l'égalité formelle, une égalité matérielle doit être recherchée entre les hommes et les femmes. Elle permettrait alors de tenir compte de leurs différences, afin de réaliser une prévention et une prise en charge la plus adaptée à la réalité.

En considération de l'égalité formelle qui encadre la santé actuellement, il serait possible de penser que la médecine n'est pas genrée. Cependant, il apparaît qu'elle l'est déjà, en raison de stéréotypes entourant la santé des individus. Afin de pouvoir rechercher une égalité matérielle, il faudrait alors déconstruire ces stéréotypes et reconstruire une approche de la santé genrée sans pour autant réduire les individus à leur sexe biologique. L'approche serait personnalisée et permettrait la recherche d'égalité matérielle tout en étant encadrée par des normes respectant une égalité formelle. La conciliation des égalités matérielle et formelle et la reconstruction d'une approche de la santé personnalisée permettraient alors une protection optimale des individus.

²⁹⁴ L. Jospin, discours en 1999, In Conseil d'État, discours par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, 14 octobre 2013, Lien internet : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/ou-va-l-etat2>.

²⁹⁵ Jean-Michel De Forges, Le droit de la santé, 2006, p 3 à 12.

Normes juridiques

- Préambule de la Constitution de 1946

- Codes :

- Code de la santé publique
- Code civil
- Code pénal
- Code de la sécurité sociale

- Loi :

- Loi réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle, 31 juillet 1920.

- Loi relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L.648 et L.649 du Code de la santé publique, 28 décembre 1967, n°67-1176.

- Loi portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, 4 décembre 1974, n°74-1026.

- Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, 17 janvier 1975, n°75-17.

- Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, 31 décembre 1979, n°79-1204.

- Loi relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure (abrogée depuis le 31 juillet 1987), 31 décembre 1982, n°82-1172.

- Loi portant diverses mesures d'ordre social, 27 janvier 1993, n°93-121.

- Loi, 27 juillet 1999, n°99-641.

- Loi, 4 juillet 2001, n° 2001-588.

-Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, du 4 juillet 2001, n°2001-588

- Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 4 mars 2002, n°2002-303.

-Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 (article 50), 17 décembre 2012, n°2012-1404.

-Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, 4 août 2014, n°2014-873.

-Loi de financement de la sécurité sociale, 22 décembre 2014, n°2014-1554, article 70.

-Loi de modernisation de notre système de santé, 26 janvier 2016, n°2016-41.

-Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, 20 mars 2017, n°2017-347

-Loi de financement de la sécurité sociale pour 2021 (article 63), 14 décembre 2020, n°2020-1576

-Loi relative à la bioéthique, 2 août 2021, n°2021-1017.

-Loi visant à reformer l'adoption, 21 février 2022, n°2022-219.

-Loi visant à renforcer le droit à l'avortement, 2 mars 2022, n°2022-295.

-Loi de financement de la sécurité sociale pour 2024, 26 décembre 2023, n°2023-1250.

- Décret :

- Décret relatif à l'organisation des secours qui va créer des agences de secours et des officiers de santé dans les arrondissements, 28 juin 1793.

Bibliographie

Ouvrages généraux :

MOQUET-ANGER M-L, Droit hospitalier, 7^{ème} éd, L.G.D.J, 2024.

TRUCHET D., Droit de la santé publique, 9^{ème} éd., Dalloz, Mémentos, 2016.

Ouvrages spécialisés :

BERGOIGNAN-ESPER.C, SARGOS.P, *Les grands arrêts du droit de la santé*, édition 3, Dalloz, 2020.

DE FORGES. J-M, Le droit de la santé, PUF, Édition Que sais-je ?, 8^{ème} éd, 2012.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *L'égalité des sexes*, connaissance du droit Dalloz, 1998.

FOLTZENLOGEL C., DE LA HOUGUE C., LOUISSAINT C, MEMETEAU G., SCHOUPPE JP., sous la direction de PUPPINCK G., *Droit et prévention de l'avortement en Europe*, LEH édition 2016.

FEUILLET-LIGIER.B, AOUIJ-MRAD.A, *Corps de la femme et Biomédecine*, approche internationale, collection droit, bioéthique et société 8, bruyant, 2013.

HAUDIQUET V., SURDUTS M., TENENBAUM N, *Le droit des femmes à disposer de leurs corps*, édition Syllepse 2015 ; colloque du 27 septembre 2014.

VANNIER.P, *Fiches d'introduction au Droit*, ,Fiches 33 les présomptions, p 227 à 234, 4^{ème} Edition Ellipses, 2020.

Articles :

BIOY.X, RAMDJEE.B, égalité et non-discrimination en santé dans les jurisprudences constitutionnelles françaises et étrangères, RDSS 2023, p. 828.

BORGETTO.M, Inégalités sociales et discriminations en santé, RDSS 2023.793.

BRISSY.S, table ronde 2 : évolution des professions en santé, Journal du droit de la santé et de l'Assurance Maladie (JDSAM), 2022/3 (N°33) p 21 à 27.

CAMBON.L, ALLA.F, CHAUVIN.F, Prévention et promotion de la santé : de quoi parle-t-on ? Haut Conseil de la santé publique, ADSP n°103, juin 2018, p 10.

CHAPON LE BRETHON. A, Le Principe d'égalité entre les créanciers, , Section 2 Un traitement différencié par l'égalité matérielle, LGDJ, La Base Lextenso, 29 juin 2021.

DAEL.V, ROUSSET.G, Les dispositifs juridiques de réduction des inégalités territoriales, RDSS 2023.795.

CRISTOL.D QPC, Droit à la protection de la santé, RDSS 2015. 364, citation du CE, Réflexions sur le droit de la santé, EDCE n° 49, La Doc. Française, 1998, p. 239.

ESCACH-DUBOURG.T, la légalité de l'encadrement du don du sang des hommes homosexuels (une cohérence dans l'incohérence), AJDA 2018 p 1281.

LAUFER.J, ROGERAT.C, Lucien Neuwirth, la bataille de la contraception, entretien avec Jacqueline Laufer et Chantal Rogerat, Travail, genre et société, 2001/2, p 5 à 15

LEVADE.A, Discrimination positive et principe d'égalité en droit français, dans Pouvoirs 2004/4 (N°111), éditions Le Seuil, p 55 à 71.

LOCHAK.D, Réflexions sur la notion de discrimination, Dr. soc. 1987. 778.

MEMBRADO.M, Les femmes dans le champ de la santé : de l'oubli à la particularisation, Nouvelles Questions féminines, 2006/2 (Vol 15), p16 à 31.

MESNIL.M Des inégalités de santé liées au genre en partie fondées sur des stéréotypes de genre en droit de la santé, Tribunes de la santé, 2014/3, N°44, p 35 à 42.

MORIN.M, Loi du 3 mars 1822 relative à la police sanitaire : une loi essentiellement maritime en prologue au code de la santé publique, HAL OPEN SCIENCE, 23 octobre 2022.

RENAUDIE.O, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, membre de l'Association française de droit de la santé, Éloge de la centralisation sanitaire, publication dans le AJDA 2020 p1313.

ROMAN.D, Les inégalités d'accès aux soins dans la jurisprudence des cours européennes (CEDH et CJUE), RDSS 2023.840.

VILLENAVE.B, La discrimination positive : une présentation, Vie sociale n°3, 2006/3, p 39 à 48.

Rapports et avis :

Avis n°123, Comité consultatif National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), Questionnement éthique et observations concernant la contre-indication permanente du don de sang pour tout homme déclarant avoir eu une ou des relation(s) sexuelle(s) avec un ou plusieurs homme(s), .

Rapport de la Haute Autorité de la santé (HAS), Sexe genre et santé, 14 décembre 2020.

Rapport du Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCEfh), Prendre en compte le sexe et le genre pour mieux soigner : un enjeu de santé publique, 15 décembre 2020.

Rapport sur les causes de l'infertilité, vers une stratégie nationale de lutte contre l'infertilité produit en février 2022, réalisé par Professeur Samir HAMAMAH et Salomé BERLIOUX et destiné au ministère de la santé.

Rapport d'information n°284 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes (1) sur l'accès à l'avortement dans le monde, ROSSIGNOL SOUYRIS.A, VALENTE LE HIR. S, VÉRIEN.D, Sénat, le 25 janvier 2024.

Rapport d'information, N°592 (2014-2015), Sénat, Projet de loi de modernisation de notre système de santé : femmes et santé : les enjeux d'aujourd'hui, déposé le 2 juillet 2015.

Divers :

ABDOUN.E, CADU.F, Médicaments, Ils soignent mieux les hommes que les femmes, in : *Sciences et Vie*, n° 1163, 48, 21 juillet 2014

ATTALI L., BETTAHAR K., GUCEVE E., SCHOCH F., WARYNSKI F., *Histoire d'IVG, histoire de femmes*, Vuibert 2021.

BELANGER H., CHARBONNEAU L., *la santé des femmes*, EDISEM, F.M.O.Q MALOINE, 1995.

BOURDILLON F., MESNIL M., *Mieux prendre en compte la santé des femmes*, Édition de Santé Presses de Sciences Po, dir 2013.

CASINI.A, JACQUET.I, Penser la formation des professionnels de la santé, Chapitre 2. Intégrer la dimension du « genre » dans les programmes de formation des professionnels de la santé, p 167-168.

CHOPIN M., FARON O., *Histoire de la pilule Libération ou enfermement*, Passés/ Composés, 1^{ère} Edition mars 2022.

CRIADO-PEREZ.C, *Femmes invisibles*, 2020.

MASSÉ.R, *Éthique et santé publique*, , Presses de l'université de Laval, décembre 2003.

MISTRETTA.P, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Interruption volontaire de grossesse, Dalloz, mai 2019.

REGINE, Commentaire de la loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes n°2014-873 du 4 août 2014, D.2014.1895, Recueil Dalloz.

REGINE, Droit et genre, D.2016.915, Recueil Dalloz.

SALLE.M, VIDAL.C, *femme et santé, encore une affaire d'homme* 2017, Belin, 2017.

VIGLIONE.M, L'accès à l'interruption volontaire de grossesse en Europe, Gynécologie et obstétrique, dumas 04414158, 2023.

Site internet :

Site internet Santé publique France : <https://www.santepubliquefrance.fr>.

ONUSIDA, Dernières statistiques sur l'état de l'épidémie du Sida, site internet : <https://www.unaids.org/fr/resources/fact-sheet>.

Lien PDF du Plan interministériel : https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/sites/efh/files/2024-03/Plan-interministeriel-pour-egalite-entre-les-femmes-et-les-hommes-2023-2027-pdfaccessible_0.pdf.

Vie publique, Accès à l'avortement : où en est-on dans le monde ?, 8 février 2024 : <https://www.vie-publique.fr/en-bref/292935-acces-lavortement-dans-le-monde-ou-en-est#:~:text=Les%20législations%20sur%20l'avortement%20dans%20le%20monde%20en%202024&text=Les%20lois%20en%20Afrique%2C%20parmi,au%20moins%2015%20000%20décès>

Conseil constitutionnel, article concernant l'égalité, site internet : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/l-egalite#:~:text=Elle%20fait%20figure%20de%20«%20droit,la%20qualité%20d'homme%20»>

L. Jospin, discours en 1999, In Conseil d'État, discours par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, 14 octobre 2013, Lien internet : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/ou-va-l-etat2>.

Table des matières

<i>Introduction</i>	1
<i>Partie I- Une égalité formelle altérée par des stéréotypes : le générateur d'inégalités et de discriminations</i>	6
Chapitre I - Un cadre nécessaire déterminé par l'égalité formelle entre les hommes et les femmes présentant des limites	6
Section 1 - La protection et la non-discrimination des personnes en matière de santé : le fondement de l'égalité formelle.....	7
Paragraphe 1- Une évolution substantielle des personnes protégées.....	7
A- La genèse de la protection de la santé portant sur des personnes vulnérables.....	7
B- Le bénéfice de toute personne au droit fondamental à la protection de la santé.....	8
Paragraphe 2- La discrimination face au principe d'uniformité de la protection.....	10
A- La discrimination directe et indirecte dans l'accès à la prévention et aux soins sanctionnée.....	10
B- La mère, une personne vulnérable faisant l'objet d'une discrimination positive.....	12
Section 2- Une égalité formelle affectant la conceptualisation de la santé des hommes et des femmes.....	14
Paragraphe 1- Les limites entourant la pensée de la santé sur un plan formel.....	14
A- La formation des professionnels de santé insuffisamment axée sur le genre.....	15
B- La recherche en santé provoquant des inégalités voire des discriminations.....	17
Paragraphe 2- Des facteurs de risque attachés au particularisme de la santé des hommes et des femmes négligés par l'égalité formelle.....	20
A- Une prévention générale et impersonnelle des facteurs présentant un risque pour la santé.....	21
B- Un environnement lié à la condition des hommes et des femmes : un facteur peu considéré influant sur la santé.....	23
Chapitre 2- L'égalité formelle souhaitable en théorie altérée en pratique par des stéréotypes médicaux générant des inégalités	25
Section 1- Des stéréotypes portant sur la santé se retrouvant à tous les niveaux.....	25
Paragraphe 1- La conceptualisation d'une santé reposant sur des stéréotypes.....	25
A- La divergence en pratique entre l'égalité formelle et la conception de la médecine.....	25

B-Des politiques de santé publique affectées par ces stéréotypes.....	27
Paragraphe 2- Une prévention réalisée présentant des inégalités pour les hommes et les femmes.....	29
A-Des stéréotypes ne permettant pas une prévention optimale.....	29
B-Une prévention active au profit des femmes et favorisée par la préconception d'une femme vulnérable aux cancers féminins.....	30
Section 2- Les inégalités générées par les stéréotypes de maladies dites féminines et masculines.....	32
Paragraphe 1- Des maladies dites féminines affectant la santé des hommes.....	32
A-La stéréotypisation de la santé mentale.....	32
B-Des maladies déterminées comme féminines provoquant une inégalité dans la prise en charge des hommes : le cas de l'ostéoporose.....	34
Paragraphe 2- Des maladies dites masculines affectant la santé des femmes.....	35
A-Les maladies cardiovasculaires catégorisées comme des pathologies masculines.....	36
B- Des inégalités issues de la prise en charge de pathologies déterminées comme masculines.....	38
<i>Partie II- La recherche d'égalité matérielle constituant une réponse aux inégalités et discriminations issues de l'égalité formelle.....</i>	39
Chapitre 1 – La recherche d'égalité matérielle entre les femmes et les hommes au regard de la santé reproductive.....	39
Section 1- La volonté étatique de garantir une égalité matérielle portant sur la maîtrise de la fertilité entre les femmes et les hommes.....	39
Paragraphe 1 - L'acquisition d'un droit à l'accès à la contraception pour tous et toutes.....	40
A-Une égalité matérialisée par la légalisation de la pilule et des moyens de contraception.....	41
B-Une égalité générant des inégalités dans les faits.....	43
Paragraphe 2 - La nécessaire implication étatique portant sur l'infertilité des hommes et des femmes.....	46
A- Une santé reproductive devant être relativement protégée.....	47
B-Un encadrement de l'assistance médicale à la procréation recherchant une égalité matérielle.....	48

Section 2 – L’Interruption volontaire de grossesse se constituant comme un moyen de garantir une égalité matérielle entre les femmes et les hommes.....	51
Paragraphe 1- Un compromis à l’origine du droit à l’interruption volontaire de grossesse.....	52
A- La Loi Veil intervenant comme exception au principe du droit à la vie.....	53
B- La législation protectrice des femmes recourant à l’interruption de grossesse : une réponse aux inégalités de fait.....	55
Paragraphe 2- Une consécration du droit des femmes à disposer de leur corps : une discrimination positive protégeant les femmes.....	59
A-Un droit en péril à l’échelle international renforçant les discriminations.....	59
B- La France en réaction : vers une norme plus protectrice de la liberté de choix des femmes.....	61
Chapitre 2- L ’égalité entre les hommes et les femmes en matière de santé comme objectif de l’égalité matérielle.....	63
Section 1 – la discrimination positive constituant un outil de l’égalité matérielle.....	64
Paragraphe 1 - Une discrimination positive réalisée afin de rechercher une égalité matérielle.....	64
A- La discrimination positive, outil imparable afin d’atteindre une égalité dans les faits.....	64
B -Les hommes : une cible absente de la discrimination positive.....	66
Paragraphe 2 - Une nécessaire discrimination positive liée à une évidence biologique.....	67
A - Le défi de l’encadrement de nouvelles pathologies exclusivement féminines.....	67
B -Un positionnement jurisprudentiel complexe concernant les pathologies exclusivement féminines.....	69
Section 2- La conciliation de l’égalité matérielle et de l’égalité formelle au profit des femmes et des hommes afin de protéger leur santé.....	71
Paragraphe 1 - une indispensable délimitation réalisée par l’égalité formelle devant être combinée à la recherche d’égalité matérielle : l’assurance d’une protection optimale des individus.....	71
A -L’égalité formelle une nécessité afin d’assurer une forme d’égalité entre les hommes et les femmes en matière de santé.....	71

B -L'indispensable recherche d'égalité matérielle entre les hommes et les femmes afin de permettre une égalité dans les faits.....	73
Paragraphe 2 -Une reconsidération du sexe biologique dans la prévention et la prise en charge des individus.....	74
A -La déconstruction des stéréotypes de genre s'illustrant comme une nécessité afin de limiter les inégalités.....	74
B -L'intégration, à tous les niveaux, du sexe biologique des individus comme recommandation pour une meilleure prévention et prise en charge.....	75
Conclusion.....	75
Normes juridiques.....	77
Bibliographie.....	79

L'égalité formelle et l'égalité matérielle permettent d'analyser l'encadrement de la santé des hommes et des femmes ainsi que les conséquences de cet encadrement.

L'encadrement de la santé des hommes et des femmes apparaît reposer sur une égalité formelle au regard d'une égalité entre les individus dans et devant la loi. Pourtant, les hommes et les femmes au sens biologique du terme ont des particularités propres. L'égalité matérielle permet de rechercher en pratique une égalité, en tenant compte des différences entre les hommes et les femmes, afin de lutter contre les inégalités et les discriminations. L'égalité matérielle dispose d'outils tels que la discrimination positive afin de rechercher une égalité entre les hommes et les femmes.

Ainsi, penser que la médecine au sens large n'est pas genrée serait possible si l'on considère que l'égalité formelle l'encadre désormais. Pourtant, des stéréotypes affectent la santé des individus à tous les niveaux et génèrent des inégalités voire des discriminations. Il est souhaitable de déconstruire les stéréotypes attachés à la santé afin de reconstruire une approche de la santé personnalisée en fonction des individus. Cette approche permettrait la recherche d'égalité matérielle tout en étant encadrée par des normes respectant une égalité formelle.

Mots clés : égalité formelle et égalité matérielle, santé des hommes et des femmes, discriminations, inégalités, stéréotypes.

Formal equality and substantive equality enable us to analyze the way in which men's and women's health is regulated, and the consequences of this regulation.

Legal framework of men's and women's health appears to be based on formal equality, in the sense of equality between individuals in and before the law. However, in the biological sense of the term, men and women have their own particularities. Substantive equality enables us to seek equality in practice, considering the differences between men and women, in order to combat inequality and discrimination. Substantive equality uses tools such as positive discrimination to achieve equality between men and women.

So, to think that medicine in the broadest sense is not gendered would be possible if we consider that formal equality now frames it. Yet stereotypes affect people's health at every level, generating inequality and even discrimination. It would be desirable to deconstruct the stereotypes attached to health in order to rebuild a personalized approach to health based on individual needs. This approach would enable the pursuit of substantive equality, while being framed by norms respecting formal equality.

Key words: formal equality and substantive equality, men's and women's health, discrimination, inequality, stereotypes.