

BIOETHIQUE,
DROIT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME
ET SITUATIONS TRANSNATIONALES :
LA POSSIBILITE D'UN *LAW SHOPPING*
EN MATIERE DE DROIT BIOETHIQUE

SÉBASTIEN PLATON

Professeur de droit public

Université de Bordeaux

CRDEI, Centre d'excellence Jean Monet d'Aquitaine

Un couple infertile va conclure une convention de mère porteuse dans un pays où ce type de convention est légal. Une veuve souhaite procéder à une exportation des gamètes conservés de son défunt mari pour procéder à une procréation médicalement assistée *post mortem* dans un pays où une telle pratique est autorisée. Tels sont quelques exemples des situations transnationales qui feront l'objet de la présente contribution.

La problématique des situations transnationales est inhérente à l'internationalisation de la bioéthique. On peut même dire qu'elle met à l'épreuve une des tensions intrinsèques de la bioéthique : celle entre des principes qui se veulent universels et des solutions législatives qui sont, elles, irréductiblement contingentes. Cette tension est exacerbée par le contraste entre, d'une part, la fluidité transnationale croissante des objets et sujets bioéthiques et, d'autre part, l'hétérogénéité réglementaire entre Etats.

La fluidité transnationale renvoie au phénomène global de mondialisation liée à l'ouverture croissante des frontières et au perfectionnement et à la démocratisation des moyens de transports internationaux. Les produits de santé et les produits du corps humain circulent, de même que les dispositifs médicaux, les chercheurs, les médecins, les patients. Les laboratoires pharmaceutiques sont des entreprises transnationales. On pourrait y ajouter la circulation illégale, telle le trafic d'organes, mais celle-ci nous semble relever d'une logique différente, tenant à la coopération pénale internationale, et nous ne la traiterons donc pas ici. Cette circulation internationale est encore facilitée dans l'Union européenne. En effet, la libre circulation des marchandises s'applique aux médicaments, aux produits de santé et aux produits du corps

humain, sous réserve des conditions fixées par le droit dérivé, qui sont essentiellement des conditions de qualité, et sous réserve de restriction aux échanges justifiées par des motifs d'intérêt général, en particulier de santé publique¹. Les patients bénéficient quant à eux de la libre circulation des personnes et, en particulier, de la libre prestation de services sous son versant « passif », c'est-à-dire le droit pour l'utilisateur de services de se déplacer dans l'Etat du prestataire, ainsi qu'il résulte de l'arrêt *Luisi et Carbone* de la Cour de justice de 1984².

L'hétérogénéité normative est due quant à elle à plusieurs facteurs, qui peuvent d'ailleurs se cumuler. Le premier de ces facteurs est la différence de sensibilité morale entre Etats sur telle ou telle question bioéthique. Si certains principes bioéthiques sont relativement consensuels (pensons par exemple à l'interdiction du clonage reproductif), d'autres le sont bien moins (gestation pour autrui, avortement, etc.). Or, plus une question bioéthique est controversée, plus il y a de chances qu'un pays tolère la pratique objet de controverses. Un second facteur de divergence peut être une politique publique délibérée destinée à attirer les firmes biotechnologiques en vue d'en recueillir les bénéfices économiques, ainsi qu'en termes d'image (pays innovant, dynamique, etc.). Enfin (mais sans qu'il faille en déduire que la présente énumération est exhaustive), l'hétérogénéité normative entre Etats peut résulter d'un différentiel de réactivité réglementaire face à une innovation. Ainsi, en France, le diagnostic prénatal s'est développé à partir des années 1970, en dehors de tout encadrement législatif. Il a fallu attendre la loi bioéthique de 1994³ pour que le législateur intervienne. Jusqu'alors, il n'était régi que par des principes posés dans des déclarations de l'Association française des médecins et des généticiens ou dans des recommandations déontologiques du Conseil de l'Ordre des médecins. Pourtant, le diagnostic prénatal pose des problèmes éthiques importants en termes de secret médical, de confidentialité, de fichage de données, de choix d'interrompre la grossesse, etc.

Toujours est-il que cette hétérogénéité réglementaire est certes voulue par les Etats, qui voient dans leurs spécificités des expressions de leur identité éthique, mais aussi crainte par eux. En effet, comme a pu le dire S. Maljean-Dubois, « *dans un contexte économique de mondialisation, les Etats redoutent (...) les stratégies de contournement des législations nationales* », « *fuite des cerveaux* » ou encore « *tourisme procréatif* ». Par exemple, dès lors

¹ Voy. notamment sur cette question D. BLANC, « Qualité et libre circulation des produits de santé en droit de l'Union européenne », *RDSS*, 2014, p.1031.

² CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. C-286/82.

³ Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JORF* n°175 du 30 juillet 1994, p. 11060.

*qu'un prélèvement sanguin peut aisément voyager, les tentatives d'un Etat pour limiter le marché des tests génétiques sont vouées à l'échec : ils prospéreront dans d'autres Etats »*⁴. Seul le droit international est ici en position de réguler ce type de situation, au titre, le cas échéant, d'une fonction d'harmonisation des droits, en vue de l'émergence d'un droit commun bioéthique⁵. Cette harmonisation est cependant limitée car « *la difficulté de légiférer, déjà sensible sur le plan national, est considérablement aggravée par les disparités culturelles, religieuses, sociales, économiques ou politiques de la scène internationale* »⁶. Les réticences de certaines cultures face au concept de mort cérébrale font par exemple échec aux tentatives de prélèvements d'organes sur les personnes chez qui la mort cérébrale a été constatée⁷. Le statut de l'embryon, en particulier du point de vue religieux, est source de controverses concernant l'avortement mais aussi en matière de procréation médicale assistée. « *L'accord sur l'opportunité de produire des normes dans tel ou tel domaine, la forme, le contenu et le degré de précision que de telles normes doivent revêtir, est particulièrement difficile à obtenir. Les avancées réglementaires ne peuvent être que lentes, là où les avancées scientifiques sont extrêmement rapides. Les normes adoptées, reflétant souvent le plus petit commun dénominateur, ne seront pas toujours satisfaisantes, là où est pourtant requise une efficace régulation* »⁸.

Quel peut être l'impact du droit international des droits de l'Homme sur cette problématique ? Le libéralisme inhérent à la doctrine des droits de l'Homme est-il de nature à renforcer ce *Law shopping* ? Peut-il au contraire le restreindre au titre de la convergence de valeurs entre droit des droits de l'Homme et bioéthique ? C'est à la réponse à cette question que la présente étude entend s'attacher, en prenant l'exemple du droit européen des droits de l'Homme. Au terme de cette analyse, il apparaît que l'impact du droit européen des droits de l'Homme sur ce *Law shopping* est relativement limité, dans la mesure où ce droit ne génère pas de standards harmonisés susceptibles de rapprocher les législations nationales en matière de bioéthique (I), mais qu'il existe, en particulier dans la jurisprudence récente, tant européenne que nationale, un potentiel à la portée encore difficile à déterminer en matière, sinon d'harmonisation, du moins de circulation des standards bioéthiques (II).

⁴ S. MALJEAN-DUBOIS, « Bioéthique et droit international », *AFDI*, vol. 46, 2000, pp. 82 s., spéc. p. 84.

⁵ Voy. S. LAGHMANI, « Droit international et droits internes : vers un renouveau du jus gentium ? », in R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir.), *Droit international et droits internes. Développements récents*, Pedone, 1999, p. 23, spéc. p. 34.

⁶ S. MALJEAN-DUBOIS, « Bioéthique et droit international », préc. p. 85.

⁷ Compte-rendu du IIIe Congrès mondial de bioéthique, *Recueil international de législation sanitaire*, 1998, 49(2), p. 409.

⁸ S. MALJEAN-DUBOIS, « Bioéthique et droit international », préc. p. 85.

I. LE FAIBLE EFFET DE CONVERGENCE DES STANDARDS BIOÉTHIQUES PAR LE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

Ce faible effet de convergence est particulièrement visible dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, les questions bioéthiques et morales étant typiques des domaines où la marge nationale d'appréciation joue à plein (A). Il aurait éventuellement été possible d'attendre une plus grande convergence en droit de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union présentant l'originalité d'intégrer des principes bioéthiques. Cependant, là encore, l'effet de convergence est limité (B).

A. La Convention européenne des droits de l'Homme et la marge d'appréciation des Etats en matière bioéthique

Le droit de la CEDH n'a pas pour effet de résorber la divergence normative en matière de bioéthique qui est la source de la concurrence normative et des phénomènes de « *law shopping* » en matière bioéthique. Plus encore : cette divergence normative est en elle-même source d'autolimitation pour la Cour européenne des droits de l'Homme.

Certes, les questions bioéthiques tombent dans le champ d'application de la Convention, par exemple sous l'angle de l'article 2 CEDH (droit à la vie), de l'article 3 (interdiction de la torture) et surtout souvent dans le giron plus que généreux de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale). Il en résulte notamment que l'Etat doit mettre en œuvre de façon effective ses propres choix bioéthiques. Ainsi, dans l'arrêt *A, B et C c. Irlande* de 2010⁹, la Cour de Strasbourg a établi que l'Irlande devait mettre en place une procédure effective permettant à une femme enceinte de faire valoir qu'elle encourt un risque pour sa vie lui permettant de recourir légalement à un avortement. Il en résulte également que la législation nationale doit être, au minimum, suffisamment claire pour éviter l'arbitraire et pour permettre aux personnes concernées d'exercer effectivement les droits que leur reconnaît la loi : la Lettonie en a fait les frais par deux fois à propos de sa législation en matière de transplantation d'organes, en 2014 avec l'arrêt *Petrova*¹⁰ puis en 2015 avec l'arrêt *Elberte*¹¹.

Pour autant, la Cour européenne des droits de l'Homme n'intervient que de façon très limitée dans le débat bioéthique. Les questions bioéthiques réunissent en effet plusieurs des conditions pour que la Cour accorde une

⁹ Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, *A, B et C. c. Irlande*, n°25579/05, spéc. §§250 s.

¹⁰ Cour EDH, 24 juin 2014, *Petrova c. Lettonie*, n°4605/05.

¹¹ Cour EDH, 13 janvier 2015, *Elberte c. Lettonie*, n°61243/08.

marge d'appréciation¹² assez large aux Etats : d'une part, ce sont des questions sensibles touchant à la morale, d'autre part, ce sont des questions qui ne font pas consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe. Ainsi la Cour reconnaît-elle une telle marge d'appréciation aux Etats parties en ce qui concerne l'avortement depuis l'arrêt *Open Door* de 1992¹³. Cette marge d'appréciation a été confirmée par l'arrêt *A, B et C c. Irlande*¹⁴ : aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'Homme, pas même le généreux article 8, ne peut s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement. C'est également le cas en matière de suicide assisté : si l'on sait depuis l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* de 2002¹⁵ que la Convention ne contient pas de droit au suicide, la Cour reconnaît, notamment dans l'arrêt *Haas c. Suisse* de 2011¹⁶, que les Etats bénéficient d'une marge d'appréciation « considérable » dans ce domaine. Une telle marge d'appréciation a également été reconnue en matière d'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie dans l'arrêt *Lambert c. France* de 2015¹⁷.

En la matière, la Cour ne se contente pas d'une convergence des législations : seuls des principes bien établis peuvent, selon elle, réduire la marge d'appréciation des Etats. Ainsi, dans l'arrêt *S. H. et autres contre Autriche* de 2011, elle relève certes que les Etats membres du Conseil de l'Europe ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*. Toutefois, elle estime que le consensus européen qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date. Elle en déduit que ce consensus ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat¹⁸. La Cour a donc estimé qu'il y avait lieu d'accorder à l'Autriche une ample marge d'appréciation en raison des délicates interrogations éthiques soulevées par le recours à la fécondation *in vitro*. De manière proche, dans l'arrêt *Hristozov c. Bulgarie* de 2012, la Cour affirme une ample marge d'appréciation pour les Etats en ce qui concerne la possibilité pour des malades atteints d'un cancer en phase terminale de bénéficier d'un médicament expérimental, malgré une certaine convergence des droits nationaux, là encore en l'absence de principes clairement établis communs aux Etats¹⁹.

¹² Voy. notamment E. KATSANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 1996.

¹³ Cour EDH, plén., 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, n°14234/88 et 14235/88, spéc. §68.

¹⁴ Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, préc. § 214.

¹⁵ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02.

¹⁶ Cour EDH, 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, n°31322/07, spéc. §55.

¹⁷ Cour EDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, n°46043/14, spéc. §§144 s.

¹⁸ Cour EDH, GC, 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, n°57813/00, §96.

¹⁹ Cour EDH, 13 novembre 2012, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, n°47039/11 et 358/12, §123.

Pour autant, il pourrait exister d'autres angles permettant la condamnation d'un Etat en raison d'une législation restrictive en matière bioéthique. Par exemple, dans le contexte précisément des situations transnationales, ne pourrait-on pas considérer qu'en forçant certaines personnes à aller chercher à l'étranger un soin ou une pratique interdit(e) dans leur propre Etat, l'Etat en question inflige aux personnes concernées un traitement contraire aux droits fondamentaux ? Cette approche ne semble guère être retenue par la Cour européenne des droits de l'Homme. Elle a ainsi clairement affirmé dans l'arrêt *A., B. et C. c. Irlande*, par rapport à l'avortement, que le fait de devoir aller avorter à l'étranger était certes une épreuve physique et psychologique, mais que celle-ci n'atteignait pas le « minimum de gravité » nécessaire pour constituer un traitement contraire à l'article 3 CEDH. Tout au plus laisse-t-elle la porte (à peine) ouverte en estimant que « *L'appréciation de ce minimum est relative par essence* », qu'elle « *dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime* »²⁰. Plus encore : l'argument du *Law shopping* est utilisé dans cet arrêt par la Cour pour justifier la compatibilité de la législation irlandaise avec la Convention : étant donné, selon la Cour, que les femmes en Irlande peuvent, sans enfreindre la loi, aller se faire avorter à l'étranger et obtenir des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande, la Cour décide que l'Etat Irlandais a ménagé un juste équilibre entre le droit à la vie privée de la mère et la nécessité de protéger la vie de l'enfant à naître²¹.

B. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : des principes bioéthiques platoniques ?

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est *a priori* plus intéressante sur cette question en ce qu'elle intègre explicitement des principes bioéthiques. Ainsi, dès son article 1^{er}, elle intègre explicitement le principe de dignité de la personne humaine, qui constitue l'un des fondements de la bioéthique²², là où ce principe n'est que sous-jacent dans la Convention européenne des droits de l'Homme²³. De façon encore plus

²⁰ Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, *A, B et C. c. Irlande*, préc. §164.

²¹ *Ibidem* §241.

²² L'on rappellera à ce titre que le nom complet de la Convention d'Oviedo est « Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine ».

²³ Bien que formellement absente de la Convention de 1950, la notion de dignité « irradie » en fait l'ensemble de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Voy. par ex. B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'Homme*, La Documentation française, 1999. Voy. aussi Cour EDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, n° 20166/92 où la Cour note que la dignité constitue « l'essence même de la Convention ».

remarquable, elle intègre un certain nombre de principes relevant clairement de la bioéthique dans son article 3§2 : consentement libre et éclairé de la personne concernée, interdiction des pratiques eugéniques, interdiction de faire du corps humain et de ses parties une source de profit et interdiction du clonage reproductif des êtres humains. Ces principes sont placés sous l'égide du droit à l'intégrité physique et mentale de la personne, lequel, dans un intéressant *continuum*, forme une transition entre le droit à la vie (article 2) et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 4).

Cette démarche est intéressante à plusieurs titres. D'une part, sur un plan général, elle transcende la logique « libérale », au sens philosophique du terme, des droits de l'Homme en y intégrant une dimension éthique, en l'occurrence bioéthique. Ce faisant, et à l'instar de certaines autres dispositions de la Charte comme le droit au respect des données personnelles²⁴, elle bouleverse la logique traditionnelle des droits de l'Homme en proclamant des principes qui s'imposent, au moins en pratique, largement autant à des personnes privées qu'à la puissance publique.

Surtout, au regard de notre sujet, l'insertion des principes en question dans la Charte est intéressante eu égard au champ d'application de cette dernière. Or, la Charte s'applique aux Etats membres, en vertu de son article 51§1, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union – ce que la Cour de justice interprète largement en estimant que la Charte est applicable dès qu'une norme de droit de l'Union européenne autre que la Charte est applicable²⁵. La Charte a donc vocation à s'appliquer précisément à des situations transnationales, notamment celles provoquées par l'exercice de la libre circulation des personnes, des marchandises et des services. La Charte peut ainsi trouver éventuellement à s'appliquer en conjonction, par exemple, avec la législation européenne relative aux soins de santé transfrontaliers²⁶, ou encore avec celle relative à certains dispositifs médicaux, par exemple les dispositifs de diagnostic *in vitro*²⁷.

Pour autant, il ne faut probablement pas attendre trop de ce texte. Les principes qui y sont consacrés sont les plus consensuels et sont exprimés de façon très vague : par comparaison, le principe du consentement du patient fait l'objet dans la Convention d'Oviedo d'un chapitre dédié constitué de

²⁴ Article 8 de la Charte.

²⁵ CJUE, GC, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, §21.

²⁶ Voy. notamment la Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *JOUE* n°L 88 du 4 avril 2011, p. 45.

²⁷ Voy. notamment le Règlement (UE) 2017/746 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* et abrogeant la directive 98/79/CE et la décision 2010/227/UE de la Commission, *JOUE* n°L 117 du 5 mai 2017, p. 176.

cinq articles. La Charte ne pose aucune solution précise en matière d'euthanasie, d'avortement, de procréation médicalement assistée, etc. S'y ajoute le fait que la détermination des choix bioéthiques reste encore largement une compétence nationale, imprégnée de particularismes nationaux que les Etats membres ne seront pas nécessairement disposés à sacrifier. Ils pourraient même, à ce titre, invoquer le droit au respect de leurs identités nationales, protégé à l'article 4§2 du TUE. En effet, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'identité nationale englobe essentiellement les choix politiques fondamentaux²⁸ et l'identité culturelle²⁹. Il semble raisonnable de considérer qu'au moins certains choix bioéthiques, en ce qu'ils se rattachent à des choix moraux, politiques et culturels, peuvent se rattacher à cette notion.

Le droit européen des droits de l'Homme semble donc relativement neutre au regard de cette problématique du *Law shopping* bioéthique. Pour autant, la concurrence normative en matière bioéthique peut parfois être affectée par la CEDH.

II. LA CONCURRENCE NORMATIVE EN MATIÈRE BIOÉTHIQUE AFFECTÉE PAR LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Dans les dernières années, l'impact de la CEDH sur la concurrence normative en matière bioéthique a sensiblement évolué, à travers certaines solutions jurisprudentielles (européennes ou nationales) remarquables dans leur façon d'appréhender le problème (A). Il en découle certes un effet potentiellement harmonisateur du droit des droits de l'Homme, mais qui reste *a priori* limité (B).

A. L'évolution récente de l'impact de la CEDH sur la concurrence normative en matière bioéthique

Classiquement, la question de la concurrence normative en matière bioéthique se posait surtout, au regard des droits de l'Homme, vis-à-vis de la possibilité d'accéder à des prestations autorisées dans un autre Etat. La Cour européenne des droits de l'Homme, en la matière, a tendance à s'abriter derrière une position prudente, comme l'illustre sa jurisprudence en matière d'avortement. D'un côté, comme on l'a vu³⁰, elle estime que les Etats bénéficient d'une assez large marge d'appréciation en matière de législation sur l'avortement, considérant qu'il s'agit d'une question moralement

²⁸ Voy. par ex. CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, §92 (concernant l'abolition des titres de noblesse (§83) et la forme républicaine de l'Etat).

²⁹ CJUE, 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, aff. C-391/09 (à propos de la langue officielle).

³⁰ Voy. *supra*.

sensible. De l'autre, elle estime que si un Etat peut interdire l'avortement sur son territoire, il ne peut par contre pas interdire à des associations de fournir des informations sur les possibilités d'aller à l'étranger y subir un avortement ou y obtenir de plus amples précisions sur pareille intervention³¹. Ici donc, la Cour choisit de pénétrer sur ce terrain miné par la portion qui lui semble en être la moins explosive, et sa porte d'entrée est la liberté d'expression.

Il s'agit ici d'une situation transnationale que l'on peut qualifier de « sortante » : le droit des droits de l'Homme limite la possibilité pour l'Etat d'agir en amont pour limiter l'exercice du « Law Shopping » bioéthique.

Plus récemment, on a cependant vu apparaître dans la jurisprudence relative à la CEDH l'influence des droits de l'Homme sur ce que l'on pourrait appeler des situations transnationales « entrantes » : il s'agit cette fois de déterminer quel cadre les droits de l'Homme imposent à un Etat en aval cette fois, c'est-à-dire face à une situation qui s'est constituée ou a commencé à se constituer dans un autre pays doté d'une législation bioéthique plus permissive.

L'exemple le plus parlant en la matière est probablement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de gestation pour autrui qui impose à la France de reconnaître le lien de filiation entre un couple d'intention et un enfant né d'une telle gestation dans un pays où cette pratique est légale et où la filiation a été régulièrement constatée³². Mais il y a d'autres exemples, et l'on pense ici à l'arrêt *Gomez* du Conseil d'Etat du 31 mai 2016³³. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat était saisi d'un refus d'autorisation d'exportation de gamètes d'une personne décédée d'un cancer de la France, où ils avaient été conservés en vue d'une fécondation *in vitro* qui a échoué, vers l'Espagne, en vue de procéder à une insémination *post-mortem* de sa veuve permise par le droit espagnol mais interdite par le droit français. Voilà pour l'élément d'hétérogénéité normative.

Les faits qui en sont à l'origine sont à la fois dramatiques et complexes, mais doivent être rappelés pour pouvoir comprendre la portée de la solution. M. Turri, ressortissant italien, et Mme Gomez, ressortissante espagnole, vivaient en couple, en France. M. Turri s'est vu diagnostiquer un cancer en août 2013. Ayant été averti que tant la maladie que le traitement prescrit risquaient très certainement d'entraîner sa stérilité, il a alors, conformément à la loi française, consenti au prélèvement de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation (AMP). Les gamètes de M. Turri ont été conservés à l'hôpital Tenon en France. Lorsqu'il

³¹ Cour EDH, plén., 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, préc.

³² Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n°65192/11 et *Labassée c. France*, n°65941/11. Voy. sur ce point la contribution de S. SANA CHAILLÉ DE NÉRÉ, cet ouvrage.

³³ CE, 31 mai 2016, *Gomez*, n°396848.

fut évident qu'une issue fatale était inéluctable, le couple décida que Mme Gomez, devenue Mme Turri le 16 juin 2015, retournerait vivre en Espagne, auprès de sa famille, au décès de son mari. Ils décidèrent également de concevoir un enfant, soit dans le cadre d'une fécondation *in vitro* en France, soit au titre d'une insémination post-mortem en Espagne, où celle-ci, contrairement à ce qui se passe en France, est légale, avec reconnaissance de la filiation paternelle, pendant un délai d'un an à compter du décès du mari.

La fécondation *in vitro* entreprise en France quelques semaines avant le décès de M. Turri échoua. Au titre du projet espagnol, M. Turri, devenu stérile, n'était plus en mesure d'effectuer un nouveau dépôt de gamètes en Espagne. Il a donc souhaité entreprendre des démarches pour obtenir l'exportation des paillettes conservées en France vers l'Espagne de son vivant. Il est cependant décédé avant d'avoir pu le faire.

Pour des raisons inconnues, les paillettes n'ont pas été détruites immédiatement après le décès de M. Turri, alors même que la destruction immédiate est prévue par l'arrêté du 3 août 2010 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation³⁴. Mme Gomez, retournée vivre en Espagne, a alors demandé à l'hôpital Tenon de procéder à l'exportation des gamètes vers l'Espagne, en vue d'une insémination post-mortem légale en Espagne. En vertu du droit français, une telle exportation en vue d'une assistance médicale à la procréation nécessite une autorisation délivrée par l'agence de biomédecine, qui n'est possible que si les conditions prévues par le droit français pour une AMP sont réunies³⁵. Or parmi ces conditions figure celle que les deux membres du couple soient vivants. L'agence a donc logiquement refusé d'autoriser l'exportation.

C'est ce refus que Mme Gomez attaquait devant le Conseil d'Etat par la voie du référé-liberté, et c'est là que le droit européen des droits de l'Homme entre en scène.

Mme Gomez soutenait en effet, pour l'essentiel, que le droit français, en ce qu'il faisait obstacle à la réalisation de son projet de grossesse dans les conditions légalement prévues en Espagne, portait une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée, tel que protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Le Conseil d'Etat a en réponse suivi un raisonnement tout à fait original. Dans un premier temps, il a considéré que la législation française, prise *in abstracto*, ne contrevenait pas à l'article 8 de la CEDH. Au lieu d'arrêter là son

³⁴ JORF n°211 du 11 septembre 2010, p. 16522.

³⁵ Article L. 2141-11-1 du code de la santé publique.

raisonnement, il a toutefois précisé que *« la compatibilité de la loi avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention »*. Le Conseil d'état en a déduit qu'*« il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive »*. Et en l'espèce, relevant à la fois les circonstances particulières de l'affaire et – c'est très important – *« l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante »*, il en a déduit que le droit français portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée et familiale tel qu'il résulte de l'article 8 CEDH. Par le jeu de l'article 8 CEDH, le juge a donc en quelque sorte substitué les conditions espagnoles de l'AMP aux conditions françaises de l'AMP pour apprécier la légalité d'un refus d'exportation de gamètes.

Cela démontre plusieurs choses. Tout d'abord, que le juge français a intégré l'impact de la CEDH sur les situations transnationales. Ensuite, que cet impact n'est pas limité par la distinction public / privé et ne concerne pas que les situations relevant du droit international privé mais également celles qui touchent au domaine de ce que les internationalistes-privatistes appellent les lois de police – même si l'interdiction d'exportation de gamètes dans ce cas précis ne relève pas forcément de cette catégorie.

Certes, dans une certaine mesure, cette hypothèse pourrait sembler n'être qu'une forme de transnationalité « sortante », une extension de la jurisprudence *Open Door* – en substance, l'interdiction faite à l'Etat, sur le fondement des droits de l'Homme, d'empêcher les individus de procéder à l'étranger à une pratique répréhensive par la réglementation bioéthique nationale. Il me semble pourtant qu'elle s'en distingue qualitativement. Il ne s'agit plus ici de permettre à des associations de délivrer des informations sur une pratique légale à l'étranger : il s'agit d'obliger la puissance publique à concourir activement à la réalisation de ladite pratique. Et dans une certaine mesure, l'article 8 de la Convention européenne a joué ici le rôle de « courroie de transmission » permettant à la législation espagnole d'être prise en considération par le juge français pour apprécier la légalité d'un acte administratif français qui, en considération du seul droit français, serait non seulement légal mais relèverait d'une compétence liée de l'administration. Il s'agit donc bien d'une transnationalité « entrante » : le projet initié par les époux Gomez à l'étranger a par conséquent juridiquement pénétré l'espace normatif français et y a produit des effets juridiques indirects.

B. Le potentiel d'harmonisation bioéthique réel mais limité du droit européen des droits de l'Homme

Par l'effet de ce type de solutions, les droits de l'Homme peuvent constituer un vecteur d'accroissement, voire de changement de nature, de la concurrence normative entre Etats. En effet, ces solutions consistent à donner un certain effet juridique à la norme bioéthique étrangère par l'intermédiaire des droits de l'Homme puisqu'elles impliquent une forme de reconnaissance ou de réception avec effet juridique de la norme nationale la plus permissive dans les autres systèmes juridiques. Ce n'est donc plus seulement à du *Law shopping* que l'on s'expose, mais à une forme d'alignement sur la norme la plus permissive dans les situations transnationales.

Notons par ailleurs que les conséquences de ce débordement du champ d'application des normes bioéthiques par l'effet des droits de l'Homme peuvent éventuellement être plus profondes. Si l'on pousse la logique jusqu'au bout, on peut constater que le droit des droits de l'Homme fournit également des mécanismes qui peuvent amplifier cette harmonisation par la norme la plus permissive. En effet, une fois que l'application de la norme la plus permissive dans les situations transnationales est admise (étape 1), le législateur (ou, de façon moins probable, le juge national) peut décider que, en raison du principe d'égalité, la norme plus permissive doit s'appliquer également pour les situations non transnationales, par rapprochement avec la problématique dite des « discriminations à rebours »³⁶. Il se peut également que certains Etats s'alignent sur les normes les plus permissives afin de contrôler cette évolution par crainte de la subir (étape 2). Et si plusieurs Etats suivent cette voie, un consensus peut se former, qui réduit la marge nationale d'appréciation, et peut aboutir à ce que la Cour européenne des droits de l'Homme impose le standard le plus permissif aux Etats récalcitrants (étape 3).

Est-ce que cela signifie pour autant que le droit international des droits de l'Homme est forcément de nature à entraîner une harmonisation incontrôlée, d'origine judiciaire, des standards bioéthiques ? Il faut espérer que non, faute de voir le droit des droits de l'Homme accusé, plus qu'il ne l'est déjà, d'interférer avec les souverainetés nationales, les identités culturelles et les différences de sensibilité. Heureusement, il n'en est probablement rien.

³⁶ Sur ce concept en droit de l'Union européenne, voy. notamment Ch. DENYS, « Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt *Kraus* », *CDE* 1994. 638 ; P. COUDERT, « La discrimination à rebours en droit communautaire : une analyse juridique du comportement discriminatoire des états membres d'un espace économique intégré », *LPA* 21 août 2006 ; A. TRYFONIDOU, « Reverse Discrimination in Purely Internal Situations », *Legal Issues of Economic Integration*, 2008. 43 s. ; *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International BV, 2009.

D'abord, cette mécanique d'harmonisation judiciaire par l'effet des droits de l'Homme n'a rien d'automatique. L'arrêt *Gomez*, par exemple, a une portée très limitée : il ne s'agit pas du tout d'accepter une AMP en France selon les conditions espagnoles, mais simplement de ne pas s'y opposer en empêchant les gamètes du donneur défunt de sortir du territoire français. Plus globalement, le contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux est, dans les hypothèses transnationales comme dans les autres, encadré par le principe de proportionnalité qui permet au juge de mettre en balance les interdits bioéthiques d'un côté et l'effectivité des droits fondamentaux de l'autre.

En outre, le principe d'égalité n'implique pas forcément juridiquement un alignement sur la norme nationale la plus permissive aux situations transnationales pour éviter les « discriminations à rebours ». On mentionnera ici, par exemple, l'arrêt *Hristozov c. Bulgarie* mentionné précédemment. Il s'agissait, pour rappel, de personnes atteintes d'un cancer en phase terminale qui demandaient à pouvoir accéder à un traitement expérimental. Ce traitement n'avait reçu d'autorisation dans aucun pays, mais certains pays acceptaient malgré tout de le mettre à disposition de personnes en phase terminale pour des raisons d'humanité, ce que les requérants faisaient valoir vis-à-vis de leur propre Etat. La Cour européenne a cependant refusé de prendre en considération cette circonstance au titre de l'article 3 de la Convention, dont elle a estimé qu'il n'obligeait pas les Etats à atténuer les disparités entre les niveaux de soins médicaux disponibles dans divers pays.

Enfin, n'oublions pas que la bioéthique est typiquement un domaine dans lequel la Cour de Strasbourg s'applique une certaine autolimitation même quand il y a un assez fort consensus entre Etats. Le cas de l'avortement est à ce titre topique, la sévérité de la législation irlandaise faisant figure d'exception au sein du continent européen, sans que cette exception soit mise en danger par le consensus des autres Etats.

Pour autant, si ce phénomène de transnationalisation partielle des standards bioéthiques par le jeu du droit européen des droits de l'Homme est certainement appelé à rester relativement limité, dans sa portée comme dans ses effets, on ne peut exclure totalement une expansion de son champ. En effet, les solutions énumérées précédemment en matière de GPA et d'exportation de gamètes se basent sur un certain nombre de principes fondamentaux de la protection européenne des droits de l'Homme, notamment la nécessaire effectivité des droits fondamentaux, ainsi que la prise en compte concrète des situations individuelles portées à la connaissance du juge. S'y ajoutent certaines tendances lourdes, comme l'expansion du champ du droit à la vie privée.

SÉBASTIEN PLATON

Cette perspective peut légitimement en inquiéter certains. En matière de bioéthique, la permissivité peut avoir des conséquences lourdes et parfois irréversibles. On peut donc espérer que cette transnationalisation relative des standards par le biais des droits de l'Homme pourra, dans une certaine mesure, servir d'aiguillon pour inciter les Etats à un dialogue plus productif et peut-être une harmonisation internationale plus efficace de certaines règles bioéthiques pour lesquelles un alignement sur la norme la plus permissive peut apparaître indésirable.