

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ^{286r1}



Par

Joël

ANDRIANTSIMBAZOVINA

Agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, doyen honoraire de la faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de La Rochelle, Institut de recherche en droit européen, international et comparé – Centre d'excellence Jean Monnet

L'essentiel

La présente chronique insiste sur quelques arrêts de grande chambre qui reviennent sur des positions antérieures de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant le principe *ne bis in idem*, la peine perpétuelle réelle au Royaume-Uni, la protection des étrangers gravement malades contre les mesures d'éloignement et la gestation pour autrui d'un enfant né à l'étranger et n'ayant pas de lien biologique avec les parents d'intention.

PLAN

I. PROCÉDURE DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE

L'HOMME (néant)

II. LES DROITS PROCÉDURAUX p. 31

A. Le droit à un procès équitable (néant)

B. Le droit à un recours effectif..... (néant)

C. Les grands principes de la loi

pénale p. 31

III. LES DROITS SUBSTANTIELS p. 32

[...]

II. LES DROITS PROCÉDURAUX

[...]

C. Les grands principes de la loi pénale

La poursuite de procédures administrative et pénale conduisant à un cumul de sanctions administrative et pénale est compatible avec le principe *ne bis in idem* ^{289w2}

L'essentiel L'arrêt de grande chambre *A. et B. c/ Norvège* assouplit sa jurisprudence sur le principe *ne bis in idem* en acceptant la conventionnalité des procédures mixtes et intégrées.

CEDH, gde ch., 15 nov. 2016, n°s 24130/11 et 29758/11, A. et B. c/ Norvège, Guido Raimondi, prés. : Gaz. Pal. 6 déc. 2016, n° 281v7, p. 18, obs. Sauron J.-L. ; JCP G 2016, 1236, obs. Milano L. ; Dr. pén. 2017, comm. 14, obs. Peltier V. ; JCP G 2017, doct. 32, § 21, chron. Sudre F.

Note

Une affaire de fraude fiscale dans laquelle les requérants ont fait l'objet d'une sanction fiscale et d'une sanction pénale prononcées par les autorités norvégiennes a permis à la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme de remettre de l'ordre dans une jurisprudence complexe sur le principe *ne bis in idem* (art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH). L'application de ce principe concernant les procédures mixtes (administrative et pénale) est source de divergence de jurisprudence entre la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne, d'une part, et entre la Cour européenne des droits de l'Homme et les hautes juridictions françaises, d'autre part (Milano L., « Cumul de sanctions et principe *non bis in idem* », RDP 2016, p. 1037). Si la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) adopte une conception stricte du principe *ne bis in idem* en interdisant la poursuite ou la sanction d'une personne

ayant déjà fait l'objet d'une poursuite ou d'un procès pénal pour la même infraction et les mêmes faits (CEDH, 30 avr. 2015, n^{os} 3453/12, 42941/12, 9028/12, Kapetanios et a. c/ Grèce) la Cour de justice estime que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits, (...) successivement une sanction fiscale et une sanction pénale dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier » (CJUE, gde ch., 26 févr. 2013, n^o C-617/10, Akerberg Fransson, pt 37 ; Gaudin H., Blanquet M., Andriantsimbazovina J., Fines F., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, t. 1, 2014, Paris, Dalloz, n^o 16, p. 214). De même, à cette approche rigoureuse du *ne bis in idem* s'oppose une approche souple tant de la Cour de cassation (Cass. crim., 20 juin 1996, n^o 94-85796 : RJF 5/97, n^o 287 note Austry S. ; Cass. crim., 22 janv. 2014, n^o 12-83579 : JCP G 2014, note 345, Mauro C.) du Conseil d'État (not. CE, 26 déc. 2008, n^o 282995, G.-C. : Dr. fisc. 2009, n^o 231, concl. Collin P. ; CE, 7 janv. 2004, n^o 232465, C. : AJDA 2004, p. 1653, note Dord A.) que du Conseil constitutionnel (not. Cons. const., 28 juill. 1989, n^o 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier ; Cons. const., 24 juin 2016, n^o 2016-545 QPC et Cons. const., 24 juin 2016, n^o 2016-546 QPC : JCP G 2016, act. 847, Collet M. et Collin P.) qui acceptent le cumul de sanction pénale et de sanction administrative (fiscale ou disciplinaire).

L'arrêt de grande chambre *A. et B. c/ Norvège* assouplit la rigueur de la jurisprudence de la CEDH. Il est vrai que six États adhérents, avec des arguments différents, ont été tiers intervenants pour inciter la Cour à clarifier et à infléchir sa jurisprudence (la Bulgarie, la Grèce, la France, la République de Moldova, la République Tchèque, la Suisse). Il ne revient ni sur les critères de détermination de la nature pénale d'une sanction – la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature même de l'infraction, le degré de sévérité de la sanction (critères dits

Engel, CEDH, cour plén., 8 juin 1976, Engel c/ Pays-Bas, série A, n^o 22, Sudre F. et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd., 2015, Paris, PUF, n^o 4, p. 42) – ni sur l'identité des faits comme critère de détermination de l'*idem* (CEDH, gde ch., 10 févr. 2009, n^o 14939/03, Zolotoukhine c/ Russie, § 82). En revanche, il clarifie les conditions de conventionnalité des procédures mixtes (administrative et pénale) à l'aune du principe *ne bis in idem*.

En premier lieu, la Cour admet l'organisation par les États adhérents d'un système destiné à réprimer de manière intégrée le méfait néfaste pour une société dans le cadre de phases parallèles menées par des autorités différentes à des fins différentes (§ 123). Tel est le cas de la fraude fiscale comme dans l'espèce portée devant la Cour : les requérants, convaincus de fraude fiscale, ont fait l'objet à la fois d'une sanction fiscale et d'une sanction pénale.

En second lieu, la Cour fixe les critères de conventionnalité des procédures mixtes : l'existence de liens matériel et temporel suffisamment étroits entre les procédures administrative et pénale combinées de manière intégrée et dans un tout cohérent (§ 130) ; la complémentarité des moyens et des buts des procédures mixtes (§ 130), la prévisibilité et la proportionnalité des conséquences de la mise en œuvre des procédures mixtes (§ 132).

L'ajustement de jurisprudence effectué ainsi par la grande chambre harmonise une jurisprudence jusque-là bancal qui faisait preuve de sévérité à l'égard des États concernant le cumul de sanctions fiscale et pénale (CEDH, 27 nov. 2014, n^o 7356/10, Lucky Dev. : Gaz. Pal. 31 janv. 2015, n^o 210k0, p. 17) et de clémence concernant le cumul de sanction administrative et de sanction pénale contre les infractions routières (CEDH, 4 oct. 2016, n^o 21563/12, Rivard c/ Suisse : Gaz. Pal. 22 nov. 2016, n^o 280a2, p. 36).

Le brevet de conventionnalité délivré aux procédures mixtes suffira-t-il pour mettre en cohérence les procédures mixtes en droit français avec les exigences de la jurisprudence européenne ? L'avenir le dira.

III. LES DROITS SUBSTANTIELS

L'infléchissement de la Cour européenne des droits de l'Homme concernant la peine perpétuelle au Royaume-Uni ^{289w3}

L'essentiel Après avoir jugé que le mécanisme britannique de la peine perpétuelle était incompatible avec l'article 3 de la Convention, l'arrêt *Hutchinson* revient sur cette solution.

CEDH, gde ch., 17 janv. 2017, n^o 57592/08, Hutchinson c/ Royaume-Uni, András Sajó, prés.

Note

En l'absence d'instrument formel de dialogue avec les juridictions nationales, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) est attentive aux jugements internes rendus à propos de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention) y compris concernant la jurisprudence de la CEDH. Dans ce cadre, les juridictions nationales peuvent ne pas suivre une solution ou/et un raisonnement de la CEDH. Il appartient néanmoins à cette dernière de délivrer l'interprétation qui s'imposera dans l'ensemble de l'ordre juridique institué par la Convention. La Cour peut tout à fait confirmer sa jurisprudence malgré l'objection ou la réticence des juridictions nationales. Il arrive aussi que la Cour prenne en compte la position des juridictions nationales (v. Guyomar M., « Le dialogue

des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », *Mélanges Jean-Paul Costa*, 2011, Paris, Dalloz, p. 311). Ce dialogue informel ne poserait pas de problèmes s'il aboutit à une interprétation harmonieuse de la Convention et de ses protocoles. En revanche, il peut en créer ou peut devenir lui-même un problème s'il devient une sorte de simple enregistrement par la Cour de la résistance des autorités juridictionnelles d'un État adhérent. Il peut compléter la jurisprudence même de la CEDH.

Tel semble être le cas de l'arrêt de grande chambre *Hutchinson c/ Royaume-Uni*.

En l'espèce, la grande chambre a confirmé l'arrêt de chambre rendu le 3 février 2015 (CEDH, 3 févr. 2015, n° 57592/08) qui estimait que la peine perpétuelle réelle infligée à un détenu qui avait assassiné les trois membres d'une même famille et qui avait violé un quatrième membre de celle-ci n'enfreignait pas l'article 3 de la Convention.

En cela, la Cour revient sur l'arrêt *Vinter* (CEDH, gd. ch., 9 juill. 2013, n°s 66069/09, 130/10 et 3896/10, *Vinter et a. c/ Royaume-Uni*) qui avait jugé nettement par 16 voix contre 1 que le système britannique de la peine perpétuelle méconnaissait l'article 3 de la Convention. Dans la lignée de l'arrêt *Kafkaris* (CEDH, gd. ch., 12 févr. 2008, n° 21906/04, *Kafkaris c/ Chypre*) qui jugeait l'incompatibilité de facto et de jure d'une peine perpétuelle et incompressible avec l'article 3, l'arrêt *Vinter* considère que la conventionnalité d'une peine perpétuelle est subordonnée à une chance d'élargissement et à une possibilité de réexamen (§ 110) ; en constatant l'absence en droit britannique d'un mécanisme de réexamen et le flou du droit national applicable, notamment concernant les conditions de l'élargissement, l'arrêt *Vinter* déclare une violation de l'article 3.

En dépit d'une confirmation régulière de la jurisprudence *Vinter* (CEDH, 18 mars 2014, n°s 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, *Öcalan c/ Turquie* (n° 2) ; CEDH,

20 mai 2014, n° 73593/10, *László Magyar c/ Hongrie* ; CEDH, 8 juill. 2014, n°s 15018/11 et 61199/12, *Harachiev et Tolumov c/ Bulgarie*) y compris de constat de non-violation dès lors qu'existe en droit interne une procédure de réexamen de la peine perpétuelle (CEDH, 22 juill. 2014, n° 49905/08, *Čačko c/ Slovaquie* ; CEDH, 13 nov. 2014, n° 40014/10, *Bodein c/ France*), la Cour estime, dans l'affaire *Hutchinson*, en chambre comme en grande chambre, que la Cour d'appel britannique avait clarifié le système de réexamen. Celle-ci aurait affirmé l'obligation légale du ministre de la Justice d'exercer son pouvoir de libération des détenus condamnés à une peine perpétuelle d'une manière compatible avec la Convention ; la cour d'appel aurait également précisé l'obligation du ministre de la Justice d'ordonner la libération des détenus condamnés à une peine perpétuelle dès lors que leur maintien en détention n'est plus justiciable ; plus précisément, le *Human Rights Act* (la loi sur les droits de l'Homme) exigerait du ministre l'exercice de son pouvoir de libération et poserait une interprétation et une application conforme de la peine perpétuelle avec la Convention.

Au-delà même de la question de savoir si la cour d'appel a ou non éclairé et précisé le droit britannique sur la portée de la peine perpétuelle, les divergences d'interprétation de la jurisprudence britannique au sein de la Cour montrent la fragilité de l'arrêt *Hutchinson* (v. l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque à laquelle se joint le juge Sajó).

La grande chambre devrait veiller à une cohérence globale de sa jurisprudence, car l'arrêt *Hutchinson* semble confirmer l'impression d'une modulation de celle-ci en fonction de l'État défendeur selon que celui-ci affiche ou non une contestation de la Cour et de sa jurisprudence ; elle devrait ainsi gommer l'impression de l'octroi d'une prime à la non-violation aux États qui contestent l'autorité de la Cour (v. Touzé S. (dir.), *La Cour européenne des droits de l'Homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, 2016, Paris, Pedone).

Le renforcement de la protection des étrangers gravement malade contre les mesures d'éloignement ^{289w4}

L'essentiel L'arrêt *Paposhvili* revient sur l'arrêt *N. c/ Royaume-Uni* de 2008 qui limitait la protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades à ceux se trouvant dans un état critique.

CEDH, gde ch., 13 déc. 2016, n° 41738/10, *Paposhvili c/ Belgique*, Guido Raimondi, prés. : AJDA 2017, p. 157, chron. Burgorgue-Larsen L. ; JCP G 2017, doct. 32, § 6, chron. Sudre F.

Note

Dans le cadre de sa jurisprudence relative à la protection des étrangers contre les mesures d'éloignement (par ex : Fornerod A., « L'article 3 de la CEDH et l'éloignement forcé des étrangers : illustrations récentes », RTDH 2010, 82, p. 315 ; plus largement, Teitgen-Colly C., « La protection des étrangers », in Teitgen-Colly C. (dir.), *La CEDH, 60 ans et après ?*, 2013, Paris, LGDJ, p. 41), la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a consacré le principe d'interdiction

d'éloignement d'un étranger gravement malade (en l'occurrence une personne atteinte du sida) lorsque ce dernier ne dispose pas de traitement et de soin médicaux adaptés dans le pays de destination ; une mesure d'éloignement prise dans ces conditions constitue un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention ; CEDH, 2 mai 1997, n° 30240/96, *D. c/ Royaume-Uni* : JCP G 1998, I, 107, § 10, chron. Sudre F.).

Elle a vidé ce principe de sa substance en limitant son application à des « circonstances très exceptionnelles » et en conditionnant ses motifs à l'existence de « considérations humanitaires impérieuses » (CEDH, 6 févr. 2001, n° 44599/98, *Bensaid c/ Royaume-Uni* : JCP G 2001, I, 342, § 6, chron. Sudre F.). De plus, la Cour a poussé à l'extrême l'interprétation restrictive des conditions déjà draconiennes en listant des considérations pour le moins surprenantes de la part d'une juridiction supranationale de protection des droits de l'Homme (CEDH, gde ch.,

27 mai 2008, n° 26565/05, *N. c/ Royaume-Uni*, § 42-44 : RTDH 2009, p. 261, note Julien-Laferrrière F.) : la réduction significative de l'espérance de vie de l'étranger n'est pas en soi suffisante pour emporter violation de l'article 3, « le préjudice futur allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnelles des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'État mais bien d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination » (sic), « la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques » (re-sic), l'État adhérent n'est pas tenu de pallier les disparités des niveaux de soins fournis par lui et l'État de destination « en fournissant des soins gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire » (re-re-sic).

Cette position a été vivement critiquée au sein même de la Cour (v. not. l'opinion dissidente commune des juges F. Tulkens, G. Bonello et D. Spielmann dans l'arrêt *N. c/ Royaume-Uni*, opinion dissidente des juges F. Tulkens, D. Jociene, D. Popovic, A. I. Karakas et G. Raimondi dans l'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje c/ Belgique*, CEDH, 20 déc. 2011, n° 10486/10). Non seulement, les motivations de l'arrêt *N. c/ Royaume-Uni* sont empreintes de connotations politiques, mais elles constituent des coups de canif dans une jurisprudence donnant toute sa dimension au principe de l'indivisibilité des droits et au caractère intangible de l'interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains et dégradants.

La doctrine a dénoncé aussi cette jurisprudence notamment en ce qu'elle limite la protection de l'article 3 « à la seule hypothèse d'une maladie incurable en phase terminale » (Sudre F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 éd., 2016, Paris, PUF, n° 629, p. 921), en ce qu'elle préfère « les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires » (Julien-Laferrrière F., RTDH 2009, p. 261, préc.) et privilégie une « attitude Ponce Pilate » (Slama S. et Parrot K., *Plein Droit* 2014/2, n° 101, p. I-VIII). Consciente des défauts soulignés de l'extérieur (v. également Marguénaud J.-P., RTDH 2014, p. 977, Frumer P., <http://www.justice-en-ligne.be/article753.html>) et de l'intérieur de son prétoire, par l'arrêt *Paposhvili c/ Belgique*, la Cour revient sur sa jurisprudence *N. c/ Royaume-Uni*.

Ce changement de cap est d'autant plus symbolique que la Cour avait déjà confirmé sa jurisprudence *N. c/ Royaume-Uni* dans des affaires contre la Belgique (outre *Yoh-Ekale Mwanje c/ Belgique*, préc. ; CEDH, 27 févr. 2014, n° 70055/10, S.J. c/ Belgique ; CEDH, gde ch., 19 mars 2015, n° 70055/10, et particulièrement l'arrêt de chambre n'avait pas déclaré une violation de l'article 3 (CEDH, 17 avr. 2014, n° 41738/10). De plus, le requérant est un étranger ayant été condamné à plusieurs peines de prisons pour des faits de vol avec violence et de participation active à une organisation criminelle. Souffrant de nombreuses pathologies graves, notamment de leucémie lymphoïde et de tuberculose, Paposhvili arguait du risque pour lui de ne pas disposer des soins adéquats en cas de renvoi vers la Géorgie et de voir son état décliné rapidement et dangereusement.

Certes, la grande chambre se défend de tout revirement de jurisprudence en parlant de clarification et en rappelant l'absence d'obligation pour les États adhérents de pallier les disparités entre les pays en matière de traitements médicaux (§ 183), reste qu'elle reconnaît le caractère restrictif et la sévérité de sa jurisprudence antérieure (§ 181) et y apporte des corrections.

Elle fait bénéficier toujours de la protection de l'article 3, les étrangers qui courent un risque imminent de mourir ; elle ajoute ceux qui courent un risque d'être exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de leur état de santé entraînant des souffrances intenses ou une réduction significative de leur espérance de vie.

La Cour exige de l'État adhérent une obligation d'évaluation prospective des conséquences du renvoi de l'intéressé en comparant son état de santé avant l'éloignement et après celui-ci dans l'État de destination. Cette évaluation doit être effectuée selon des critères précis : l'adéquation des traitements médicaux aux pathologies et l'accessibilité effective aux soins afin d'éviter que les étrangers concernés ne se trouvent pas dans une situation contraire à l'article 3.

Pour n'avoir pas effectué cette évaluation, la Belgique est condamnée pour violation de l'article 3 de la Convention.

Il est heureux que la Cour renoue ainsi avec la mission qui est la sienne d'être la gardienne du développement de la protection des droits de l'Homme.

L'État peut éloigner des parents d'intention un enfant né de gestation pour autrui à l'étranger et sans lien biologique avec eux 289w5

L'essentiel L'arrêt de grande chambre *Paradiso et Campanelli* invalide l'arrêt de chambre qui avait considéré que le retrait d'un enfant né de gestation pour autrui des parents d'intention violait l'article 8 de la Convention.

CEDH, gde ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, Luis López Guerra, prés.

Note

En commentant l'arrêt de chambre dans cette affaire, nous regrettons l'absence de clarté du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) en condamnant l'Italie pour violation de l'article 8 du fait des mesures d'éloignement d'un enfant né de gestation pour autrui à l'étranger des parents d'intention dans des conditions d'altération de l'état civil et d'infraction à la loi italienne sur l'adoption (Gaz. Pal. 25 avr. 2015, n° 221x9, p. 21-22).

En effet, l'arrêt de chambre considérait que, au nom de l'intérêt de l'enfant, les mesures de séparation de l'enfant des parents d'intention, le placement de l'enfant en

famille d'accueil, l'attribution d'une nouvelle identité et d'un nouveau certificat de naissance n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. Tout en indiquant que l'article 8 n'implique pas au profit des parents d'intention une filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*), la chambre condamne l'Italie sans pour autant affirmer l'existence d'une obligation pour l'État de remettre l'enfant aux parents d'intention en raison des liens affectifs qu'il a pu nouer avec la famille d'accueil.

L'arrêt de chambre était accompagné d'une opinion en partie dissidente commune des juges G. Raimondi et R. Spano. Avec beaucoup de précaution et de tact, les deux juges ont notamment insisté sur la difficulté à reconnaître en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention) une vie familiale entre un enfant et des personnes dépourvues de liens biologiques avec lui dès lors que « les faits, raisonnablement mis au clair, suggèrent que l'origine de la garde est fondée sur un acte illégal en contravention de l'ordre public ». Ils ont également soulevé le fait que la position de la majorité de la chambre « revient à nier la légitimité du choix de l'État de ne pas reconnaître d'effet à la gestation pour autrui ». Ils ajoutent que « s'il suffit de créer illégalement un lien avec l'enfant à l'étranger pour que les autorités nationales soient obligées de reconnaître l'existence d'une « vie familiale », il est évident que la liberté des États de ne pas reconnaître d'effets juridiques à la gestation pour autrui, liberté pourtant reconnue par la jurisprudence de la Cour (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*, § 79 ; CEDH, 2 juin 2014, n° 65941/11, *Labassee c/ France*, § 58) est réduite à néant ».

Cette opinion en partie dissidente semble avoir été entendue par la grande chambre.

Par onze voix contre six, la grande chambre a invalidé l'arrêt de chambre et cela à plusieurs niveaux.

Tout d'abord la grande chambre écarte l'existence d'une vie familiale même de facto entre l'enfant et les parents d'intention. Si la Cour rappelle une jurisprudence ouverte concernant la notion de vie familiale, elle rappelle quelques principes au paragraphe 141 : « Les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (*E.B. c/ France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (*Marckx*, précité, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c/ Finlande* [déc.], n° 27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62, série A n° 94), d'une relation entre un père et son enfant légitime, même s'il s'est avéré des années après que celle-ci n'était pas fondée sur un lien biologique (*Nazarenko c/ Russie*,

n° 39438/13, § 58, CEDH 2015 (extraits)) ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (*Pini et a. c/ Roumanie*, n°s 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V (extraits)) ».

Si la courte durée (8 mois en tout) de vie commune entre les parents d'intention et l'enfant a joué un rôle dans la position de la Cour, celle-ci souligne surtout l'absence de lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention et la précarité juridique des liens instaurés en violation du droit italien.

Ensuite, la Cour reconnaît que les mesures d'éloignement de l'enfant des parents d'intention relèvent de la vie privée de ces derniers.

Ce faisant la Cour estime néanmoins que les mesures étaient prévues par la loi. Surtout, la Cour accorde une importance particulière au comportement illégal du couple. Le fait que la conduite des requérants se heurtait à la loi italienne sur l'adoption et l'interdiction en droit italien des techniques de procréation assistée hétérologue permet aux juridictions nationales de prendre des mesures relevant de « la défense de l'ordre » et de la protection des « droits et des libertés d'autrui » (§ 177).

En matière de gestation pour autrui, particulièrement en cas d'absence de lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention, l'intérêt de l'enfant ne prime pas systématiquement sur d'autres intérêts.

La position de la Cour ici apparaît équilibrée : au paragraphe 225 elle considère que « la Cour ne sous-estime pas l'impact que la séparation immédiate et irréversible d'avec l'enfant doit avoir eu sur la vie privée des requérants. Si la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent, la Cour ne saurait ignorer la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait. Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce ».

Même si l'espèce n'aborde pas la question du statut particulier des mères porteuses et des contrats de gestation pour autrui, il n'est indifférent que la grande chambre de la CEDH adopte une position reconnaissant la légitimité de la volonté étatique de réaffirmer la compétence étatique exclusive pour reconnaître un lien de filiation en cas de lien biologique ou d'adoption régulière. Ceci permet à la fois la protection directe de l'enfant et la protection indirecte de la mère porteuse.