

Université Paris II Panthéon - Assas

Institut des Hautes Études internationales

Rapport de recherche:

**La procédure d'avis consultatif devant  
la Cour européenne des droits de  
l'homme**

Julius Richard HÖCK

21 juin 2017

# Table des matières

Table des matières . . . . .	ii
I. Le fonctionnement du Protocole n°16 à la Convention européenne de sau- vegarde des droits de l’homme . . . . .	3
1. Le Préambule . . . . .	3
2. Les dispositions opératoires . . . . .	3
a. La qualité de demander un avis consultatif . . . . .	4
b. L’objet de la demande . . . . .	4
c. La Recevabilité de la demande d’avis consultatif . . . . .	5
d. Les Droits de participation . . . . .	5
e. L’Obligation de motivation . . . . .	6
f. Les Effets de l’avis consultatif. . . . .	6
3. Les dispositions formelles du protocole n°16 . . . . .	7
II. Des inspirations diverses . . . . .	7
A. Les avis consultatifs de la Cour inter - américaine des droits de l’homme . . . . .	8
B. Le renvoi préjudiciel, parrain de l’avis consultatif? . . . . .	11
a. Les demandeurs . . . . .	12
b. Les effets des procédures respectives . . . . .	13
C. La «saisine pour avis» française source de rensei- gnements quant au fonctionnement du protocole n°16 . . . . .	14

1.	Le fonctionnement de la saisine d'avis auprès de la Cour de cassation . . . . .	15
2.	La portée des avis . . . . .	17
3.	Les leçons à en tirer pour le cadre du protocole n° 16 . . . . .	17
D.	Les conséquences à en tirer . . . . .	18
<b>III.</b>	<b>L'avenir du protocole . . . . .</b>	<b>19</b>
A.	Les ratifications et déclarations accomplis jusqu'à présent . . . . .	20
B.	Le cas particulier des hautes juridictions françaises	21
C.	Une «constitutionnalisation» du rôle de la Cour? . . . . .	25
	<b>Bibliographie . . . . .</b>	<b>27</b>

# Introduction

La Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme<sup>1</sup> a eu un succès sans égal dans le monde entier. Notamment la création de la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>2</sup> et le système permettant un recours individuel a été essentiel pour le succès de la Convention. Cependant l'introduction d'un recours individuel direct auprès de la Cour en 1998 avec le protocole n°11 a mené à une charge insurmontable de travail pour la Cour qui est ainsi devenu l'un des principaux repères de la protections des droits de l'Homme en Europe. Le besoin de réforme a été clair depuis quelque temps, la Cour elle-même a publié plusieurs rapports quant à l'avenir de la Cour où se trouvent déjà les grandes lignes du protocole n°16. De même il y avait un «rapport des sages», déjà en 2006, qui avait contourné le futur protocole. Afin de rendre la charge gérable mais aussi dans un souci de renforcer le principe de subsidiarité les Hautes parties à la Convention ont adopté les protocoles n°15 et 16 lors de la Conférence de Brighton en 2012. Il y avait un besoin de décharger la Cour, dont la charge de travail est devenue trop importante ce qui entraine une certaine pétrification. En 2014 par exemple il y avaient encore 85.000 affaires pendantes devant la Cour, un nombre tellement important que le comité d'experts pour la réforme de la Cour estimait qu'il prendrait dix ans juste pour traiter les affaires déjà pendantes, sans qu'il y en auraient des nouvelles.<sup>3</sup> Le besoin de réforme est donc évident. A cela s'ajoutent

---

1. Ci-après «CESDH»

2. Ci-après «CEDH»

3. Jannika JAHN, « Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions Deprivation or Relocation of the Convention's Core? », *Zeitschrift für ausländ-*

des querelles politiques, des Etats parties à la Convention qui insistent sur plus de subsidiarité dans le contexte du Conseil de l'Europe. Cela s'inscrit dans un courant politique qui se méfie des institutions internationales et veut rétablir une «souveraineté» nationale à l'ancienne aussi en ce qui concerne les droits de l'homme. C'est notamment le cas lorsque la CEDH rend des décisions controversées dans les Etats qui sont concernés,<sup>4</sup> bien que cela est dans la nature même d'un système de protection des droits de l'homme cela a fait questionner la légitimité de la CEDH et la logique toujours extensive de la protection des droits de l'homme. C'est alors dans ce contexte tendu qu'est intervenu la conférence de Brighton en 2012 avec les protocoles n°15 et 16. Le premier reaffirmant le principe de subsidiarité, dont la logique était déjà auparavant sous-jacente dans la logique de la Convention, et le protocole n°16 qui instaure un nouveau mécanisme qui a le potentiel de changer les données du cadre de la CESDH.

Afin d'analyser les effets potentiels il convient d'abord de s'intéresser au fonctionnement du protocole lui-même (I). Les auteurs ont pu s'inspirer de mécanismes analogues en droit international, mais il existent également des dispositifs similaires à l'échelle nationale (II). Enfin l'on peut tenter de songer à l'avenir du protocole qui est encore assez loin d'entrer en vigueur (III).

---

*disches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2014, 821, p.9.

4. Il en est ainsi dans le cas du Royaume-uni par exemple où la méfiance publique envers l'Europe ne s'arrête guère à l'Union européenne et où a été proposé d'annuler le «Human Rights Act» transposant la CESDH en droit britannique.

# **I. Le fonctionnement du Protocole n°16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme**

Le protocole n°16 à la CESDH crée le nouveau mécanisme de l'avis consultatif et permet aux «plus hautes juridictions» des Hautes parties contractantes poser une question directement à la CEDH dans le cadre d'un litige pendant. Le protocole n°16 comporte onze articles et une préambule, les articles 1-5 règlent le fonctionnement du mécanisme puis les art. 6-11 contiennent des dispositions relatifs aux modalités de l'entrée en vigueur du protocole.

## **1. Le Préambule**

Le préambule fait d'abord référence à l'art 19 CESDH qui institue la CEDH et précise que les compétences de la Cour sont élargies par le présent protocole. Cela n'est pas une fin en soi mais le troisième alinéa précise que l'élargissement de la compétence de la Cour est censé renforcer l'«interaction entre la Cour et les autorités nationales»<sup>5</sup> en respectant le principe de subsidiarité.

## **2. Les dispositions opératoires**

Les articles 1-5 du protocole contiennent les dispositions relatives à la mise en œuvre du protocole. L'article premier contient déjà l'essentiel en disposant dans son §1 que «Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante,[...] peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles». Ensuite est précisé dans le §2 qu'une demande n'est possible

---

5. Protocole n°16, Préambule, alinéa 3.

que s'il y a une affaire pendante devant la juridiction de renvoi pour ensuite exiger dans le §3 que la demande soit motivé et assorti des éléments pertinents du contexte factuel et juridique de l'affaire.

**a. La qualité de demander un avis consultatif**

Les Auteurs du protocole ont délibérément choisi une formulation large concernant les juridictions compétentes de demander un avis consultatif en disposant que seuls les «plus hautes juridictions» peuvent demander un tel avis. Cela laisse une certaine marge d'appréciation aux Etats membres et ne limite surtout pas le choix aux Cours suprêmes ou constitutionnelles.<sup>6</sup> Particulièrement le protocole ne reprend pas la notion de l'épuisement des voies de recours requis dans le cadre du recours individuel dans l'art 35 §1 CESDH<sup>7</sup> L'art 10 du protocole précise les modalités de désignation des juridictions en question et laisse aux Parties à la Convention le choix de désigner les «plus hautes juridictions» au sens du protocole. Le choix d'une telle formulation souple est nécessaire vu les différents systèmes juridictionnelles en Europe. Notamment une limitation aux Cours constitutionnelles aurait artificiellement réduit la portée du protocole vue l'absence de telles juridictions dans un nombre d'Etats parties à la Convention.<sup>8</sup>

**b. L'objet de la demande**

L'article premier du protocole dispose que la demande d'avis doit porter sur une question de principe relative à «l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention et ses protocoles». La parallèle avec l'art 43 §2 de la CESDH s'impose, vu la quasi-identité des formulations. Cela souligne la place qu'occuperont, selon les auteurs du protocole, les avis rendus par la Cour. Il ne s'agit pas de déléguer la

---

6. Jan Martin HOFFMANN et Frederike KOLLMAR, « Ein Vorabbeurteilungsverfahren beim EGMR das 16. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2014, 1269, p. 2 s.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*, p.3.

charge de travail à la Cour mais plutôt d'entretenir un dialogue constructif lorsqu'il s'agit des questions fondamentales dont l'importance est particulière.

**c. La Recevabilité de la demande d'avis consultatif**

La demande est ensuite examinée par un collège de cinq juges, art 2 du protocole, ils devront motiver un refus éventuel mais en cas d'acceptation la Grande Chambre rendra un avis consultatif. Le §3 de l'art 2 du protocole précise que le juge «élu au titre de la Haute Partie contractante dont relève la juridiction» fait automatiquement parti du collège. Cela s'explique notamment par une nouveauté introduite par le protocole : la possibilité de faire la demande dans la langue de l'Etat dont relève la juridiction demandante et non plus uniquement en anglais et français. Ce qui pourrait nécessiter un appareil de traduction ainsi que d'autres mesures organisatrices considérablement plus importantes qu'actuellement.

Ici aussi l'on retrouve une parallèle avec le processus de sélection pour le renvoi devant la Grande chambre de l'art 43 §2 CESDH. Dans le cadre de cette procédure le procédé est identique, il y a aussi un collège de cinq juges qui acceptent ou rejettent la demande. Cela s'explique par le fait que c'est aussi la Grande Chambre qui prononce l'avis consultatif.

Selon l'art 2 §1 du protocole un rejet de la demande d'avis doit être motivé, il ne se trouve cependant aucune disposition exigeant une motivation d'une acceptation.

**d. Les Droits de participation**

Selon l'art 3 du protocole le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et l'Etat partie dont relève la juridiction de renvoi ont le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences. Le Président de la Cour peut inviter toute autre partie contractante ou personne à présenter des observations s'il estime que cela soit nécessaire afin de garantir une «bonne administration de la justice».



**e. L'Obligation de motivation**

La Cour a l'obligation de motiver les avis consultatifs, art 4 § 1 du protocole. Il est cependant possible de rendre des opinions dissidentes qui seront jointes à l'avis. Les avis seront par la suite publiés. L'obligation de motivation est une pièce centrale de la mise en œuvre du protocole car ce n'est qu'en cas qu'un principe abstrait est dégagé dans un avis que celui peut avoir des véritables effets. L'effet de rayonnement qu'à la jurisprudence de la Cour ne pourrait exister sans une argumentation soignée et le déclenchement de principes générales qui seront applicables bien au-delà du litige en question. Une bonne argumentation rendra aussi l'acceptation des jugements de la Cour plus facile qu'une simple déclaration.<sup>9</sup>

**f. Les Effets de l'avis consultatif.**

La motivation des avis est particulièrement importante vis-à-vis une caractéristique essentielle du nouveau mécanisme. Selon l'art 5 du protocole les «avis consultatifs ne sont pas contraignants». La disposition est brève et ne pourrait pas être plus claire. Cependant il ne faut pas se tromper quant à la portée potentielle des avis consultatifs. Bien que formellement non - contraignants leurs effets seront bien plus importants que l'article 5 du protocole ne laisserait croire. La portée potentiellement bien plus large des avis sera discuté ci-dessous.

---

9. Jan Martin HOFFMANN et Frederike KOLLMAR, « Ein Vorabefassungsverfahren beim EGMR das 16. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2014, 1269, n° 4.

### 3. Les dispositions formelles du protocole n° 16

L'art 6 du protocole dispose que les art. 1 - 5 du protocole seront considérés comme articles additionnels à la convention. Dans les articles suivants sont réglées les modalités d'entrée en vigueur du protocole. Les réserves sont interdites,<sup>10</sup> bien qu'elles soient admises de façon assez limitée,<sup>11</sup> concernant la Convention- elle même.

Pour l'entrée en vigueur il faut la signature ainsi que la ratification du protocole par au moins dix Etats parties à la Convention, art 8 §1. il s'agit donc d'un protocole facultatif ce qui rendra la mise en œuvre encore plus intéressante s'il entre en vigueur un jour. A ce jour le protocole comporte 18 signatures et a été ratifié par sept Etats parties.

## II. Des inspirations diverses

Le nouveau dispositif n'est pas sorti de nulle part. Les auteurs ont notamment pu s'inspirer de diverses mécanismes plus ou moins similaires à l'échelle internationale. Il se trouvent également des instituts dont le fonctionnement est comparable au niveau national, notamment la procédure de la «saisine pour avis» devant les hautes juridictions françaises. De même il existent des avis consultatifs devant la Cour internationale de justice<sup>12</sup>. La Comparaison avec le dispositif du protocole n° 16 n'est pourtant que partiellement intéressante. Le cadre dans lequel la CIJ agit est manifestement différent, les conditions de saisine sont différentes comme le sont les acteurs, car il n'y a pas moyen qu'un particulier agisse devant la CIJ. Pourtant est intéressant la force qu'ont les avis consultatifs de la CIJ et notamment les incidences sur le droit international qui peuvent en découler. Dans l'environnement juridique international les avis sont une

---

10. Art. 7 §1 du protocole.

11. La Cour pose des exigences assez conséquentes quant au contenu des réserves afin de les reconnaître, AFFAIRE BELILOS c. SUISSE (Requête no 10328/83).

12. Ci-après CIJ.

source d'interprétation du droit international et surtout de clarification de coutume, et la communauté internationale confère une autorité considérable à la jurisprudence de la CIJ, y compris les avis consultatifs. Ces avis participent donc à la formation du droit international et ont une importance considérable.<sup>13</sup> Vu les différences systémiques entre le cadre où agit la CIJ et la CEDH ne sera pas traité plus en détail le fonctionnement des avis consultatifs auprès de la CIJ. Il y a pourtant d'autres juridictions internationales qui feront l'objet de comparaisons. La Cour inter - américaine des droits de l'homme est un cas assez intéressant car elle a une fonction consultative qui est assez centrale (A). De même la procédure de la question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne sera examinée, car il y a des parallèles non négligeables entre les deux procédures (B). Enfin il y a la «saisine pour avis» devant les hautes juridictions françaises qui est très proche de la procédure proposée par le protocole n°16 (C), ce qui amènera à se poser la question des conséquences à tirer des comparaisons différentes (D).

## **A. Les avis consultatifs de la Cour inter - américaine des droits de l'homme**

L'homologue de la CEDH en Amérique, la Cour inter - américaine des droits de l'homme<sup>14</sup> peut être considérée comme modèle en ce qui concerne la procédure de l'avis consultatif proposée par le protocole n°16. Dans le cadre du système américain de protection des droits de l'homme il existe une procédure plus ou moins analogue à celle proposée pour la CEDH.

La ICHR est compétente de connaître des affaires amenées devant

---

13. Theresa F. MAYR et Jelka MAYR-SINGER, « Keepo the Wheels Spinning : The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2016, 325.

14. Ci-après ICHR.

elle par l'un des Etats membres, ou l'un des organes, de l'Organisation des Etats Américains<sup>15</sup>. Sa compétence est fondée sur l'article 64 de la Convention américaine. Cet article ouvre la voie à un mécanisme de contrôle considérablement plus large que celui proposé par le protocole n°16. En effet la ICHR peut, dans le cadre de l'art 64 de la convention américaine, non seulement interpréter la Convention elle - même mais également donner son interprétation de tout autre traité international qui concerne les droits de l'homme dans un avis consultatif.

De même la ICHR est compétente de donner ses avis concernant la conformité d'une disposition du droit national avec la convention ou un autre traité.<sup>16</sup>

Le système de l'avis consultatif dans le cadre de l'OAS n'est pas la seule fonction de la ICHR, elle a aussi une compétence parallèle contentieuse. Pourtant la place qu'occupe l'avis consultatif est particulièrement prominente, c'est un trait qui est unique dans le système contemporain de droit international.<sup>17</sup> Effectivement la procédure d'avis consultatif est assez répandue car elle est plus facile à mettre en œuvre que la juridiction contentieuse. Aussi les avis n'ont pas la même autorité que les jugements. Les avis ont tout de même des effets juridiques considérables. Leur manquent les mêmes effets contraignants que les jugements mais ils sont tout de même considérées comme étant une expression de l'interprétation que fait la Cour de la Convention. De même, cela implique que les Etats membres ne pourront plus se prévaloir de la non connaissance de la contrariété d'une mesure interne avec la convention, ayant déjà été déclarée contraire lors d'un avis. De surplus, les avis sont invoqués de façon régulière dans des jugements.<sup>18</sup> Cela implique que les avis ont une autorité considérable.

---

15. Ci-après OAS

16. Maria DICOSOLA, Cristina FASONE et Irene SPIGNO, « The prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism before the European Court of Human Rights : A first Comparative Assessment with the European Union and the Inter - American System », *German Law Journal* 2015, 1387, pp. 16 ss.

17. *Ibid.*, p.17.

18. *Ibid.*, p.18.

Dans le dialogue qui se tient au sein de l'OAS la nature des avis n'est pas tout à fait claire. Les avis sont également utilisés par d'autres juridictions dans l'élaboration de leur argumentation. Tout de même il ne peut pas être considéré que les avis aient force contraignante. De même il n'existe pas de système de précédent dans une relation horizontale ce qui rend encore plus difficile la qualification. Aussi les avis ont une certaine force car une violation d'un avis entraînerait souvent une violation de la Convention elle - même ce qui pourrait donner lieu à une procédure contentieuse.<sup>19</sup> Or il y a des parallèles entre les deux dispositifs mais le cadre systémique est différent, la CEDH étant ouverte aux particuliers et l'avis consultatif ayant une place plus importante dans le cadre de la ICHR. Abstraction faite il y a tout de même assez de parallèles qui peuvent indiquer la direction que pourrait prendre la demande d'avis du protocole n°16.

Cela démontre de façon assez claire la problématique qui se posera de la même façon dans le cadre de la CESDH une fois que le protocole n°16 sera entré en vigueur. Car il y aura tout comme dans le système américain une double compétence de la Cour. Certes le cadre du Conseil de l'Europe est manifestement différent que celui de l'OAS mais si on peut tirer une conclusion d'une comparaison entre les deux dispositifs, ce serait que les avis de la CEDH auront une importance considérable et participeront de façon assez importante à la formation du corps de jurisprudence de la CEDH. Pour regarder plus proche il convient de s'éloigner du continent américain pour se pencher dans l'environnement où se situe la CEDH.

---

19. Maria DICOSOLA, Cristina FASONE et Irene SPIGNO, « The prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism before the European Court of Human Rights : A first Comparative Assessment with the European Union and the Inter - American System », *German Law Journal* 2015, 1387, p.20.

## **B. Le renvoi préjudiciel, parrain de l'avis consultatif?**

Le droit européen qui s'est formé depuis la deuxième guerre mondiale est dans plusieurs de ses branches l'avant-garde du droit international contemporain. C'est le cas de la protection des droits de l'homme dans le Cadre du Conseil de l'Europe avec la CEDH comme rempart judiciaire contre les violations des droits de l'homme. Mais de façon encore plus avancé c'est notamment le cas de l'Union européenne qui a pu devenir une ordre juridique *sui generis* surtout grâce à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Celle-ci a pu avancer à devenir un organe créateur de droit à un point qu'elle est parfois appelé «moteur de l'intégration» de l'Union européenne. Cela a notamment été possible à cause de la procédure de la question préjudicielle consacrée dans l'article 267 TFUE. Certes était également nécessaire un certain activisme de la part des juges nationaux qui posèrent des questions préjudicielles, ce qui à finalement permis à la Cour de poser un nombre important de principes. La majorité flagrante, sinon totalité, des décisions importantes de la Cour a été rendue suite à une question préjudicielle. L'on peut à cet égard penser aux arrêts déjà assez vieux *Van Gend Loos*<sup>20</sup> ou bien *Costa c/ ENEL*<sup>21</sup> qui ont donné toute une nouvelle qualité au droit de l'Union en consacrant les principes de primauté et d'effet direct de cet ordre juridique.

C'était d'ailleurs aussi la CJUE qui, dans son avis 2/13<sup>22</sup> a vu des dangers pour l'unité du droit de l'Union par une accession de la CEDSDH de l'Union, notamment aussi à cause du protocole n°16 et le conflit potentiel des juridictions de renvoi de devoir choisir à qui envoyer une question «préjudicielle» dans le cas où la compatibilité du droit de l'Union avec la CEDH serait en cause, mettant ainsi en péril le monopole d'appréciation

---

20. CJCE, arrêt du 05.02.1963, n°26/62

21. CJCE, arrêt du 15.07.1964, n°6/64

22. CJUE, assemblée plénière, avis du 18.12.2014, n°2/13

de la validité du droit de l'Union qu'à la CJUE.

Mais en quoi sont ces deux mécanismes comparables.

Certes l'apparence et un certain parallélisme de forme ne doivent pas être niés. Pourtant il y a des divergences fondamentales entre ces deux mécanismes.

#### **a. Les demandeurs**

Le protocole n°16 prévoit un champ assez limité de demandeurs potentiels, les «plus hautes juridictions» des Etats parties. Dans le cadre du renvoi préjudiciel c'est tout juge qui est amené à interpréter le droit de l'Union qui est compétent de poser une question préjudicielle à la Cour. De plus les Juridictions de dernier ressort sont même obligés à poser une question lorsqu'il se pose une question d'interprétation et aucune solution n'est apparente dans la jurisprudence de la CJUE. Il n'y a explicitement pas d'obligation dans le cadre du protocole n°16, mais cela n'est pas étonnant car le cadre entier de la CESDH est plus souple que celui du droit de l'Union et imposer serait difficilement faisable en pratique. De même il est logique que ce ne soient que les plus hautes juridictions qui sont visées par le protocole, car l'un des buts sous-jacents du protocole était un allègement de la charge de travail de la Cour, même si cela va au détriment d'une protection plus efficace des droits de l'homme qui aurait certainement pu être obtenue en ouvrant le recours à l'avis consultatif à toute juridiction.<sup>23</sup> Cela est tout de même cohérent avec l'idée de subsidiarité qui est affirmée de façon si prominente dans le préambule du protocole ainsi que dans l'article 52 §1 de la CESDH et qui est aussi l'idée fondamentale de l'exigence de l'épuisement des voies de recours. L'on doit donner aux états la possibilité de remédier eux-mêmes dans le cadre du système national aux violations des droits de l'homme, une condamnation pour violation serait prématurée si les hautes juridictions n'ont même pas

---

23. Paul GRAGL, « (Judicial) love is not a one - way street : the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16 », *European Law Review* 2013, 229.

la possibilité de se prononcer sur l'affaire et rectifier la violation.<sup>24</sup> La situation est différente lorsqu'on regarde le droit de l'Union. Celui n'est pas un dernier rempart contre des violations de certains droits mais un droit qui s'impose à toute échelle et dont l'application uniforme est une nécessité et un atout fondamental. Le principe de subsidiarité tel qu'il est conçu dans le cadre du droit de l'Union ne s'articule pas de la même façon. Or ce principe joue dans les deux sens et dans le cadre de l'application du droit de l'Union il impose que ce soit la CJUE qui intervienne le plus tôt possible pour remédier aux divergences inévitables dans l'interprétation et application du droit de l'Union.

De plus le droit de l'Union prévoit certes un recours individuel mais celui n'est guère utilisé. C'est par voie de la question préjudicielle, et notamment l'obligation faite aux juridictions de dernier recours de les poser, que les particuliers peuvent obtenir leur droit dans le cadre de l'Union. Contrairement dans le Cadre de la CESDH c'est par voie d'un recours individuel que les particuliers s'adressent à la Cour.

#### **b. Les effets des procédures respectives**

L'article 5 du protocole n°16 est clair, les avis consultatifs n'auront pas d'effet contraignant. Il n'en est pas de même en ce qui concerne la procédure de la question préjudicielle, les arrêts rendus suite à une telle question sont obligatoires *erga omnes*.

Le droit de l'Union est beaucoup plus ancré dans les droits nationaux. Les arrêts de la CJUE ont un effet beaucoup plus fort que ceux de la CEDH. Les arrêts de la dernière n'ont même pas d'effet *erga omnes* mais seulement relatif entre les parties du litige. De même les arrêts de la CEDH n'ont pas la même autorité que ceux de la CJUE. S'il y a contrariété entre une disposition du droit national et la CEDDH cela n'implique pas automatiquement que la disposition nationale soit inap-

---

24. Frédéric SUDRE, « La subsidiarité «nouvelle frontière» de la Cour européenne des droits de l'homme. - A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *La Semaine Juridique Edition Générale* 2013, n. 42, 1086.



plicable comme c'est le cas en droit de l'Union. L'invalidation d'un texte reste, aussi en droit de l'Union dans le chef de compétence des juridictions des Etats membres, mais en droit de l'Union une disposition nationale contraire au droit de l'Union est inapplicable, ce qui n'est pas le cas pour la CEDH.<sup>25</sup> De même comme les arrêts de la CJUE ont un effet *erga omnes* et sont donc valides et à respecter pour tout juge dans l'Union, les arrêts de la CEDH ont certes une valeur juridique qui va au-delà de l'affaire en cause, mais il manque une obligation aussi forte qu'en droit de l'Union.<sup>26</sup> La valeur est plutôt à chercher au carrefour entre *soft law* et aide interprétative. Ce qui ne nie nullement la valeur juridique de ces arrêts. Si l'Union se trouve à mi-chemin entre droit international et un droit «nationalisé» cela est juste moins le cas pour le Conseil d'Europe.

La nouvelle procédure instituée par le protocole n°16 est donc apparemment similaire à la procédure de la question préjudicielle devant la CJUE, et il est fort probable que cette dernière ait servi comme inspiration mais il n'en reste pas moins que ce n'est qu'une apparence. Enfin les deux systèmes sont assez différentes, avec des membres dont qu'une partie n'est la même, ce qui explique les divergences entre les deux mécanismes. Aussi il aurait peut-être manqué de la volonté politique des acteurs dans un nombre d'Etats.

## **C. La «saisine pour avis» française source de renseignements quant au fonctionnement du protocole n°16**

Il existe en droit français une procédure qui est très proche de la demande d'avis consultatif devant la CEDH. Il s'agit de la saisine pour avis

---

25. Paul GRAGL, « (Judicial) love is not a one - way street : the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16 », *European Law Review* 2013, 229, p.11 ss.

26. *Ibid.*

qui est possible devant la Cour de cassation et le Conseil d'État à l'initiative du juge de fond pour éclaircir une question de droit nouvelle sans devoir attendre que toutes les instances soient parcourues afin d'obtenir une décision définitive des hautes juridictions. Comment fonctionne-t-elle donc et quels sont les renseignements que l'on peut en tirer dans le cadre plus large de la CESDH. La saisine d'avis auprès de la Cour de cassation sera traité dans ce cadre à titre illustratif.

## **1. Le fonctionnement de la saisine d'avis auprès de la Cour de cassation**

L'article L 151 - 1 du Code d'organisation judiciaire dispose que les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent solliciter un avis de la Cour de cassation dans le cadre d'un procès où apparaît une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse qui se pose dans de nombreux litiges.<sup>27</sup>

Il faut logiquement qu'il s'agisse d'une question de droit. Elle doit être nouvelle. Cela peut soit vouloir dire qu'il doit s'agir d'une question liée à un texte nouveau, soit qu'il s'agit d'une question laquelle n'a pas été résolue par une source légale formelle parmi lesquelles se situe également la jurisprudence suprême. Or la Cour a refusé de répondre à une question, non résolue, relevant d'un article du Code civil de 1804 et qui n'a jamais trouvé de solution.<sup>28</sup> La nouveauté doit donc être appréciée par rapport à la date d'entrée en vigueur du texte en question sans qu'il ne soit tout à fait clair à partir de quel moment un texte perdrait sa nouveauté.<sup>29</sup>

Enfin il faut que la question se pose dans *un grand nombre de litiges*. Cette condition est intenté à limiter le recours à la saisine d'avis dans des cas qui ne sont que d'une faible importance. Ce dernier critère souligne le

---

27. Article L 151 - 1 Code de l'organisation judiciaire

28. Cass., avis, 14 juin 1993, no 09-30.006 , Bull. civ., no 5

29. Jacques BORÉ, « Mission consultative : saisine de la Cour de cassation pour avis », *Répertoire de procédure civile* 2015, 2 - Attributions et fonctionnement de la Cour de cassation.

caractère exceptionnel de la procédure. Ainsi est évité que les Cours suprêmes soient amenées à se prononcer sur des problèmes particuliers dans le cadre de la procédure, ce qui pourra toujours être fait dans le cadre de la cassation ordinaire. La saisine pour avis est intenté à clarifier des questions de droit qui ne sont pas encore résolues et dont la solution est d'un intérêt particulier. Un filtrage conséquent est nécessaires afin d'éviter que la procédure ne soit dénaturée.<sup>30</sup>

La Cour ne va pas répondre à une demande d'avis si elle est saisi d'un pourvoi qui pose la même question.<sup>31</sup> La saisine pour avis reste donc subsidiaire dans le rapport avec le pourvoi «ordinaire», elle n'a également pas à jouer lorsqu'il s'agit d'une question relevant du droit de l'Union. Dans ce cas la question doit être pose directement à la Cour de justice de l'Union européenne.<sup>32</sup>

Les parties peuvent solliciter qu'un avis soit demandé mais la décision reste avec le juge qui est libre dans son appréciation. Les parties doivent rendre des observations écrites concernant la demande d'avis. Tout juge est compétent à saisir la Cour de cassation d'un avis. De même il est possible de solliciter à nouveau une demande d'avis dans une instance supérieure en cas de refus de l'instance première.

Ensuite la Cour de cassation rend son avis dans une formation particulière. Cette formation est présidée par le «premier président et se compose des présidents de chambres et de deux conseillers de chaque chambre spécialement concernée»<sup>33</sup> Il ne s'agit pas de l'assemblée plénière mais la formation est néanmoins suffisamment solennelle pour donner une autorité considérable aux avis. Après la saisine la Cour a trois mois pour se

---

30. Frédéric ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz* 1992, 247.

31. Cass., avis, 31 mai 1999, no 99-20.008 , Bull. civ., no 4. - Cass., avis, 4 avr. 2011, no 11-00.002

32. Cass., avis, 11 mars 1994, no 09-30.021 , Bull. civ., no 7

33. Jacques BORÉ, « Mission consultative : saisine de la Cour de cassation pour avis », *Répertoire de procédure civile* 2015, 2 - Attributions et fonctionnement de la Cour de cassation, point. 214.

prononcer sur la demande d'avis.

## **2. La portée des avis**

La question plus intéressante est celle de la portée des avis, car les avis ne sont pas contraignants. La juridiction de renvoi reste libre dans la décision qu'elle souhaite adopter suite à l'avis. Cependant l'autorité de l'avis est considérable, notamment à cause de la formation solennelle qui l'adopte. Mais il n'y a pas d'autorité de la chose jugée et le juge demandeur n'est nullement lié par l'avis. Il n'est pas probable qu'il ne suive pas un avis, certes, mais cela ne change pas la nature non - obligatoire des avis. De même les avis sont le plus souvent suivis par les chambres de la Cour de cassation même s'il arrive que le chambre ne suivent pas l'avis.<sup>34</sup> Il n'en reste pas moins que les avis soient une source de jurisprudence dont l'importance est considérable. Le procédé a été bien accueilli et même si l'on aurait pu craindre qu'il y aurait un nombre trop important de renvois cela n'est pas arrivé, les juges de fond ont fait preuve d'une prudence considérable.

## **3. Les leçons à en tirer pour le cadre du protocole n°16**

La doctrine s'est heurtée à qualifier la nature des avis de la Cour de cassation,<sup>35</sup> les parallèles avec le protocole n°16 sont pourtant évidentes. Les avis de la Cour de cassation sont en effet extrêmement proches de celles que rendra potentiellement la CEDH.

Or il est intéressant de voir que la procédure française s'est avéré assez utile en pratique. Il est donc fort probable que cela soit le cas à l'échelle européenne en matière de droits de l'homme également.

Certes il s'agit des juges de fond français qui ne sont pas les «plus hautes» juridictions comme cela sera le cas pour le protocole n°16 et

---

34. Jacques BORÉ, « Mission consultative : saisine de la Cour de cassation pour avis », *Répertoire de procédure civile* 2015, 2 - Attributions et fonctionnement de la Cour de cassation.

35. *Ibid.*, p. 217.

ils sont peut-être plus prêts à poser des questions. Mais il n'en reste pas moins que le mécanisme fonctionne bien ce qui peut très bien être le cas dans le cadre de la CEDH.<sup>36</sup>

## D. Les conséquences à en tirer

Si l'on regarde les mécanismes traités ci-dessus l'on peut, même s'il s'agit de spéculations, en tirer quelques conséquences. Les avis consultatifs ne vont assez probablement pas bouleverser le système de la CESDH de manière fondamentale. Mais il est bien possible qu'il y aura des incidences sur le fonctionnement de la Convention en général. La question la plus importante est celle de la valeur des avis *in concreto*. Le protocole lui-même est assez clair à propos de la valeur des avis dans son article 5 qui dispose qu'ils ne sont pas contraignants. Pourtant il est très peu probable que les avis n'aient pas un effet qui est considérablement plus important que la lettre du protocole ne le laisse deviner. En fait à l'instar des avis consultatifs de la ICHR mais surtout des avis dans le système français de la saisine pour avis les avis de la CEDH seront considérés comme faisant partie du corps jurisprudentiel de la Cour même s'il n'y a pas d'effet contraignant pour les hautes juridictions de suivre les avis. En effet le cadre de la CEDH est très apte à accueillir une forme différente d'expression de la Cour.<sup>37</sup> Dans le système contentieux auprès la CEDH les arrêts n'ont qu'un effet relatif et ne s'imposent donc pas aux autres Etat membres en tant qu'arrêts avec force de la chose jugée. De ce fait il serait une méconnaissance grave de la nature de la CESDH de prendre littéralement l'article 5 du protocole n°16. De même il y a un aspect fort de «soft law» dans le système de la CESDH, la capacité de la Cour étant limi-

---

36. Jörg GUNDEL, « Erfolgsmodell Vorabentscheidungsverfahren ? Die neue Vorlage zum EGMR nach dem 16. Protokoll zur EMRK und ihr Verhältnis zum EU - Rechtsschutzsystem », *Europarecht* 2015, 609, p.4.

37. Ada PAPROCKA et Michal ZIOLKOWSKI, « Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights », *European Constitutional Law Review* 2015, 274, p.9s.

tée et le principe de subsidiarité étant fort. Il y a surtout un rayonnement de la jurisprudence de la Cour dans les systèmes nationales, soit-ce par le biais du législateur qui serait hésitant à adopter une mesure contraire à la convention ou bien s'agirait-il d'une haute juridiction qui adopte une argumentation similaire que la CEDH. Dépendant de l'Etat membre la Convention et la jurisprudence de la Cour peuvent également avoir une valeur différente, en France l'importance de la CESDH est considérable du fait que le Conseil constitutionnel n'est arrivé à contrôler la constitutionnalité des lois *à posteriori* que très tardivement ou bien en Autriche ou aux Pays-bas où la Convention est au rang constitutionnel elle-même et jouit donc d'une importance considérable. De toute façon le protocole a le potentiel de renforcer considérablement le dialogue entre les juridictions et donc de rendre plus homogène l'application de la convention. Certes il n'y a rien d'obligatoire dans la mise en œuvre du protocole, les juridictions nationales ayant le dernier mot. Il est donc également possible que rien ne se passe et le protocole demeure lettre morte. Comme il s'agit d'un protocole facultatif il y a de surplus le danger d'une application hétérogène du protocole, privant les juridictions de certains états de la possibilité de saisir la Cour au cours d'un procès pendant. A cet égard il convient de tenter quelques spéculations quant au fonctionnement futur du protocole.

### **III. L'avenir du protocole**

Le Protocole a déjà fait l'objet d'un nombre de ratifications, qui donnent quelques renseignements quant aux juridictions qui seront habilitées à saisir la CEDH d'une demande d'avis consultatif (A). Dans le cas des Etats qui n'ont pas encore ratifié le protocole ou déposé leur déclarations concernant les «plus hautes juridictions» le cas français est particulièrement intéressant notamment en ce qui concerne la position du Conseil constitutionnel dans le nouveau dispositif (B). Enfin le protocole s'inscrit

dans un processus de «constitutionnalisation» du rôle de la CEDH (C).

## **A. Les ratifications et déclarations accomplies jusqu'à présent**

Les sept Etats parties qui ont déjà procédé à une ratification du protocole ont également du faire des déclarations concernant les «plus hautes juridictions» de leurs systèmes respectifs. Ce qui est intéressant à cet égard est la multitude de différents Cours qui sont au sommet de la pyramide d'instances. L'on trouve bien évidemment des Cours constitutionnelles ainsi que de cassation ou des cours suprêmes. De même il y a les Cours suprêmes administratives ou d'autres cours suprêmes si les Etats en question n'ont pas procédé à une centralisation plus ou moins importante des plus hautes juridictions. Le cas le plus intéressant est celui de la Roumanie qui a déclaré la totalité des Cours d'appel comme faisant partie des plus hautes juridictions. Cela est tout à fait logique car dans de nombreuses systèmes, et à l'évidence également en Roumanie, il n'est pas possible que chaque procès aille jusqu'aux Cours suprêmes, il est fort probable que la cour d'appel soit la dernière instance d'un procès. Il est cependant assez étonnant qu'il n'y ait qu'un seul Etat, parmi ceux qui ont ratifié le protocole, qui a effectivement fait usage de son pouvoir d'appréciation en élargissant le champ des demandeurs potentiels, sachant aussi que cela a pourrait certes avoir le bénéfice d'une application plus rapide et homogène de la convention, à l'instar de l'art 267 TFUE et la procédure de Question préjudicielle auprès la Cour de Justice de l'Union Européenne.

## **B. Le cas particulier des hautes juridictions françaises**

Voyant les différentes déclarations selon l'art 10 du protocole et les juridictions qui sont nommées par les Etats qui ont procédé à une ratification du protocole il faut se poser la question, certes hypothétique, du cas français. Or si l'on trouve dans tous les déclarations les juridictions de dernier ressort, les équivalents de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, cela ne poserait pas de problème transposé au cas français. Pourtant l'on trouve également les Cours constitutionnelles qui se trouvent sans doute au sommet de la hiérarchie des juridictions, même si cette hiérarchie n'est pas linéaire et les juridictions constitutionnelles ne sont pas d'instances de super-révision mais se trouvent dans un ordre particulier, comme cela est le cas de la Cour constitutionnelle allemande. Cela n'empêche pas que l'on considère les juridictions constitutionnelles comme relevant sans doute des «plus hautes juridictions» au sens du protocole.

En France il se pose quand même une problématique assez intéressante. Le Conseil constitutionnel n'étant pas conçu comme ses homologues suivant le modèle Kelsenien mais plutôt un hasard constitutionnel qui a dû s'emanciper du rôle qui lui était initialement prévu. Ce n'était qu'avec la Question prioritaire de constitutionnalité que le Conseil a pu devenir une véritable juridiction constitutionnelle avec la possibilité d'effectuer un contrôle de constitutionnalité à postériori.

Mais en même temps le Conseil refuse à ce jour de contrôler la conventionnalité des lois et donc d'apprécier la contrariété ou non d'une loi avec la CESDH. Ce contrôle est réservé au Conseil d'Etat. L'idée de laisser ce contrôle au Conseil d'Etat se comprend sachant que cela était le seul moyen de contrôler la conformité avec les droits de l'homme d'une loi déjà en vigueur jusqu'à la création de la QPC et donc un moyen de contrôle de constitutionnalité dans le cadre du bloc de constitutionnalité qui assure lui aussi une protection des droits de l'homme.



Or ces données pourraient se voir changées si la France décide d'adhérer au protocole n°16. Il y a un conflit potentiel entre QPC et la procédure d'avis consultatif mais le Conseil constitutionnel pourrait lui aussi être amené à revoir sa jurisprudence relative au contrôle de conventionnalité. Comme la France n'a jusqu'à présent pas adhéré au protocole et celui n'est même pas encore entré en vigueur, il ne peut s'agir que de spéculations. Il convient cependant de songer aux possibles ouvertures que pourrait créer le protocole en cas d'entrée en ratification par la France et les incidences que cela pourrait avoir sur l'équilibre entre les hautes juridictions françaises et notamment la procédure de la QPC.

Il faut déjà faire le premier constat qu'une demande d'avis consultatif par le Conseil constitutionnel ne sera possible que dans le cadre d'une QPC. Il en est ainsi car le protocole n°16 proscrit qu'une demande d'avis consultatif ne pourrait être faite que dans le cadre d'une «affaire pendante» devant la juridiction demandrice. Or cela n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité à priori car il n'y a pas d'affaire au sens du protocole.

De même la QPC n'est pas comprise dans l'exigence de l'épuisement des voies de recours proscrite par l'art. 35 §1 de la CESDH. La CEDH a limité les recours comprises dans cette exigence aux recours «à l'initiative du requérant» ce qui exclut notamment la QPC. Pourtant le protocole n°16 ne fait aucune référence à l'épuisement des voies de recours internes et ne pose donc pas d'obstacle à ce qu'une demande d'avis consultatif soit faite dans le cadre de la procédure de la QPC.

Le système de la QPC aurait même une effet plus important sur la mise en œuvre de la procédure de l'avis consultatif. Comme son nom l'indique la QPC est prioritaire. Elle pose donc des contraintes à la libre appréciation du juge ordinaire de demander un avis consultatif à la CEDH. S'il y a des parallèles entre la procédure du renvoi préjudiciel et la demande d'avis consultatif celles-ci ne sauront pas amener à transposer la

solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt *Melki*<sup>38</sup> Cette solution qui donne priorité au renvoi préjudiciel sur la QPC ne trouvera pas d'application analogue dans le cadre du protocole n° 16 à cause des divergences fondamentales entre les ordres juridiques en question et l'absence de primauté équivalente à celle retenue en droit de l'Union dans le cadre de la CESDH.<sup>39</sup>

Effectivement il n'y a qu'une seule hypothèse où serait concevable que le Conseil d'Etat ou la cour de Cassation soient amenés à faire une demande d'avis consultatif devant la CEDH. C'est le cas où la décision du Conseil constitutionnel «n'aura pas purgé le grief d'inconventionnalité»<sup>40</sup> Dans ce cas là l'inconventionnalité demeure et le Conseil d'Etat sera en position de faire usage du protocole n°16. L'on trouve une illustration de cette hypothèse dans un arrêt du Conseil d'Etat *Mme M'Rida*<sup>41</sup> ou l'assemblée du même s'est prononcée dans le sens que lorsque le Conseil constitutionnel n'a pas traité dans sa décision un moyen soulevé par le demandeur déclarant l'inconstitutionnalité de la disposition législative en question il incombe au juge ordinaire de faire un contrôle de conventionnalité. Dans le cadre de ce contrôle le juge ordinaire peut être amené à prononcer l'inconventionnalité de la disposition en question.<sup>42</sup> Or au-delà de cette hypothèse il est difficilement concevable que le juge ordinaire ne soit amené à faire usage de la demande d'avis consultatif à cause de la priorité de la QPC. La problématique est similaire à celle retenue par la CJUE dans son avis 2/13 à propos de l'avis consultatif, à savoir la question quel mécanisme de «renseignement» auprès un juge supérieur va-t-il utiliser en cas de pluralité d'options.

Dans la relation entre juge ordinaire français et Conseil constitutionnel l'on peut en faire une hiérarchie assez claire : Renvoi préjudiciel si le

---

38. Cour de cassation, Arrêt n° 12132 du 29 juin 2010.

39. Frédéric SUDRE, « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *La Semaine Juridique Edition Générale* 2015, n. 41, 1027, p.3.

40. *Ibid.*, p.3.

41. Conseil d'Etat, Assemblée, 13.05.2011, n° 316734.

42. Frédéric SUDRE, « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *La Semaine Juridique Edition Générale* 2015, n. 41, 1027.

droit de l'Union est en jeu sinon QPC lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux hors le cadre du droit de l'Union.

Pourtant une ratification du protocole n° 16 en France a le potentiel de remettre en cause le *status quo* du refus de contrôler la conventionnalité des lois par le Conseil constitutionnel. S'il reste improbable qu'il y ait un revirement de la jurisprudence *IVG*<sup>43</sup> qui ne serait possible qu'avec une révision constitutionnelle qui mettrait la CESDH au rang constitutionnel comme cela est le cas en Autriche par exemple, le protocole ouvre des possibilités d'articulation entre le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité. C'est notamment la nature facultative et non contraignante de la procédure de l'avis consultatif qui permettrait au Conseil constitutionnel d'exercer de manière plus cohérente la tâche d'une interprétation des droits garantis par la constitution à la lumière de la CESDH sans pour autant devoir procéder à un contrôle de conventionnalité. Car ce resteraient les dispositions de la constitutions qui seront les normes de référence. Mais en même temps un avis consultatif demandé dans le dessein d'être éclairé quant au contenu des dispositions analogues de la CESDH permettrait à rapprocher les contenus des deux normes et à éviter en même temps un écart entre le contenu des droits fondamentaux dans les différents systèmes ainsi que des condamnations potentielles de la France.<sup>44</sup> L'on y trouverait une application très belle du dialogue des juges qui a le potentiel de bénéficier aux deux parties. Enfin un tel développement aurait le potentiel de renforcer le Conseil constitutionnel vis-à-vis le juge ordinaire et de le remettre au centre de la protection des droits de l'homme soit-ce par le contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité, ce qui pourrait à terme mettre fin à la dichotomie entre Conseil constitutionnel et juge ordinaire concernant la protection des droits de l'homme, or on le sait : *zu viele Köche verderben den Brei*.<sup>45</sup>

---

43. Cons. const., décision 15.01.1975, n°74-54 DC.

44. Frédéric SUDRE, « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *La Semaine Juridique Edition Générale* 2015, n. 41, 1027, p.4.

45. *Ibid.*

## C. Une «constitutionnalisation» du rôle de la Cour ?

Ce dialogue des juges qui est ci-souvent sollicité dans le Cadre européen n'est qu'un volet dans le fonctionnement potentiel de la CEDH après l'entrée en vigueur du protocole n°16. Il y a une certaine tendance à ce que la CEDH et «constitutionnalise» son rôle dans le système européen des droits de l'homme. La fonction qui lui est attribuée est assez proche de celle attribuée aux Cours constitutionnelles dans les systèmes domestiques en ce qui concerne la protection des droits de l'homme. Il est clair que le rôle constitutionnel de la Cour ne peut pas être le même que celui d'une cour constitutionnelle nationale du fait que la Cour n'est pas en mesure d'invalider une loi nationale qui serait contraire à la CESDH. Déjà la CESDH est un «instrument constitutionnel de l'ordre public européen»<sup>46</sup> mais comme on l'a vu ci-dessus les avis consultatifs vont assez probablement devenir des «quasi-précédents» à l'instar des avis consultatifs de la ICHR et la CIJ.<sup>47</sup> Il existe déjà une sorte d'orientation normative européenne résultant du corps de la jurisprudence de la CEDH et les avis consultatifs ont le potentiel de participer également à la formation du corps de jurisprudence.

Cela amène à s'interroger sur l'articulation entre une fonction constitutionnelle, qui se situe plutôt sur un terrain abstrait, et les requêtes individuelles qui sont et resteront la clef de voute du système de protection des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe. Car l'efficacité du système de la CESDH repose notamment sur la possibilité des individus de s'adresser directement à la Cour. Un système qui reposerait sur l'action des états ne saurait obtenir la même efficacité car il existent des contraintes de stratégie diplomatique, entre autres, qui les

---

46. Arrêt Loizidou, CEDH, Grande chambre, arrêt du 28.07.1998, n°15318/89.

47. Jannika JAHN, « Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions Deprivation or Relocation of the Convention's Core? », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2014, 821, p.4.

empêchent d'agir aussi efficacement.<sup>48</sup> Cela est le cœur de la Convention mais avec l'adoption du protocole n°16 les données pourraient être changées avec une réorientation plutôt vers un rôle plus constitutionnel de la Cour. La tendance générale de la Cour va dans le sens d'un rôle plus constitutionnel, cela s'articule notamment dans le fait qu'elle donne priorité aux affaires plus importantes, une limitation des critères d'admissibilité ainsi que le regroupement d'affaires similaires.<sup>49</sup> Ce changement de paradigme a été rendu nécessaire par le nombre extrêmement important de requêtes pendantes devant la Cour résultant de requêtes individuelles qui rendent difficile le travail quotidien de la Cour. La Cour a dès son début une double fonction, de rendre de la justice individuelle et d'interpréter la Convention afin de créer un cadre d'interprétation européen de la Convention dont peuvent se servir les juges nationaux lorsqu'ils sont amenés à faire usage de la Convention. S'il est avancé que ces deux fonctions, justice individuelle et constitutionnelle, seraient une dichotomie, cela est trop stricte, en réalité les deux volets de l'activité de la Cour sont interdépendants se complètent les uns et les autres.<sup>50</sup> Or le compromis politique de rendre les avis consultatifs contraignants n'a pas pu être achevé. Cela aurait sans doute beaucoup plus renforcé le caractère constitutionnel de la Cour. Pourtant, comme cela a déjà été démontré, ce fait ne veut nullement dire que les avis n'auront pas des effets beaucoup plus importants en pratique que l'article 5 du protocole ne le laisserait croire.

Le protocole s'inscrit dans le processus de création d'un réseau constitutionnel européen. Cela est déjà assez avancé dans le cadre de l'Union européenne mais pourrait également être renforcé concernant le Conseil de l'Europe. Le protocole participe à la «constitutionnalisation» du rôle de la Cour dans l'avenir.

---

48. Jannika JAHN, « Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions Deprivation or Relocation of the Convention's Core? », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2014, 821, pp. 7 s.

49. *Ibid.*, p.9.

50. *Ibid.*, p.10.

# Bibliographie

- BORÉ, Jacques, « Mission consultative : saisine de la Cour de cassation pour avis », *Répertoire de procédure civile* 2015, 2 - Attributions et fonctionnement de la Cour de cassation.
- DICOSOLA, Maria, Cristina FASONE et Irene SPIGNO, « The prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism before the European Court of Human Rights : A first Comparative Assessment with the European Union and the Inter - American System », *German Law Journal* 2015, 1387.
- GRAGL, Paul, « (Judicial) love is not a one - way street : the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no. 16 », *European Law Review* 2013, 229.
- GUNDEL, Jörg, « Erfolgsmodell Vorabentscheidungsverfahren? Die neue Vorlage zum EGMR nach dem 16. Protokoll zur EMRK und ihr Verhältnis zum EU - Rechtsschutzsystem », *Europarecht* 2015, 609.
- HELPER, Laurence R., « Redesigning the European Court of Human Rights : embeddedness as a deep structural principle of the European Human rights regime », *European Journal of International Law* 2008, 125.
- HOFFMANN, Jan Martin et Frederike KOLLMAR, « Ein Vorabbeurteilungsvorverfahren beim EGMR das 16. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2014, 1269.

- JAHN, Jannika, « Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions Deprivation or Relocation of the Convention's Core ? », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2014, 821.
- MAYR, Theresa F. et Jelka MAYR-SINGER, « Keepo the Wheels Spinning : The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2016, 325.
- PAPROCKA, Ada et Michal ZIOLKOWSKI, « Advisory opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights », *European Constitutional Law Review* 2015, 274.
- SUDRE, Frédéric, « La subsidiarité «nouvelle frontière» de la Cour européenne des droits de l'homme. - A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *La Semaine Juridique Edition Générale* 2013, n. 42, 1086.
- « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *La Semaine Juridique Edition Générale* 2015, n. 41, 1027.
- ZENATI, Frédéric, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz* 1992, 247.