

Juges internes et juges internationaux
Demi-journée de Bordeaux

**LE PROTOCOLE 16 A LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME :
« LE PROTOCOLE DU DIALOGUE »¹ ENTRE LES JUGES INTERNES ET LA COUR
EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Margaryan Ani ALEKSANI
Doctorante, Université de Bordeaux

Jean-Paul Costa a pu observer que « ni la Convention européenne des droits de l'homme ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'instituent un véritable dialogue »², « l'apparence est celle d'un monologue »³. Certes, l'article 47 de la Convention attribue bien une compétence consultative à la Cour pour « donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles », dont l'initiative n'appartient qu'au seul Comité des Ministres. Le Professeur Andriantsimbazovina a pu souligner qu'« elle n'est d'aucun secours pour établir un dialogue entre la Cour et les juridictions nationales »⁴.

L'idée d'institutionnaliser le dialogue entre les juridictions internes et la Cour européenne des droits de l'homme n'est cependant pas nouvelle. L'idée avait été suggérée en 1953 par la Commission juridique⁵, par la Cour⁶, par la doctrine⁷, elle a été introduite dans le débat sur la réforme de la Cour en 2006⁸, l'idée d'élargir la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme avait été reprise à l'occasion de la conférence d'Izmir sur « l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme », la

¹«Le protocole du dialogue » nommé par Dean Spielmann, consultable à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140407_Spielmann_FRA.pdf (consulté le 20 juillet 2023).

² J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études du 10 février 2003*, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, pp.153-166, spéc p.154.

³ Ibid. p.155.

⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme instrument de dialogue ? », in F. LICHERE, L. POTVIN -SOLIS et A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études du 10 février 2003*, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, pp. 167-192, spéc. p. 168.

⁵ A. DRZEMCZEWSKI, « Protocole n°2 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme -Commentaire article par article*, Economica, Paris,1995, p.1028, La Commission juridique de l'Assemblée du Conseil de l'Europe a jugé préférable de n'accorder ni aux États, ni aux personnes physiques ou morales le droit de solliciter à la Cour un avis consultatif.

⁶ 14^e Rapport du Comité des Ministres à l'Assemblée 1963.

⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, Conseil Constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, L.G.D.J., 1998, p.688, spéc.pp.502-510, F. BENOIT-ROHMER, « Les perspectives de reformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : « certiorari » versus renvoi préjudiciel », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, vol.14 n°7, pp. 313-319. S-M, STEFANSSON, « Preliminary rulings in human rights cases », *Nordic Journal of International law*, 1994, n°61, pp.151-159.

⁸ CM (2006)203,15 novembre 2006.

déclaration d'Izmir invite le Comité des Ministres « à réfléchir à l'opportunité d'introduire une procédure permettant aux plus hautes juridictions nationales de demander des avis consultatifs à la Cour concernant l'interprétation et l'application de la Convention qui contribueraient à clarifier les dispositions de la Convention et la jurisprudence de la Cour et fourniraient ainsi des orientations supplémentaires permettant d'assister les États parties à éviter de nouvelles violations »⁹. C'est toutefois, la conférence de Brighton¹⁰ ouvre la faculté pour « les plus hautes juridictions » nationales de saisir la Cour européenne d'une demande d'avis consultatif. Avec le Protocole 16, la Cour européenne des droits de l'homme se dote d'un nouveau mécanisme d'avis consultatif. Le Protocole 16 permet, dans le cadre d'une affaire pendante, « aux plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées, par cette dernière, d'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme 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 »¹¹. Il s'agit d'une procédure *sui generis*¹². Il ne s'inscrit pas dans le droit commun du mécanisme consultatif des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, « il vient perturber un certain modèle de la fonction consultative »¹³, elle ne ressemble en rien aux procédures consultatives classiques existantes dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, ces dernières sont prévues pour être activées par des organes politiques et en dehors toute procédure contentieuse en cours¹⁴. Le Protocole 16 part d'une idée positive et constructive, il s'agit de renforcer les interactions avec les juges nationaux afin d'améliorer leur fonction de juges « conventionnels » de droit commun¹⁵. Le Protocole offre aux acteurs du système de la Convention européenne des droits de l'homme « un instrument de dialogue adapté permettant de rompre la chaîne infernale de l'épuisement des voies de recours internes et de la condamnation éventuelle pour violation de la

⁹ Conférence d'Izmir les 26 et 27 avril 2011, point D, « Avis consultatif ».

¹⁰ Déclaration de Brighton du 20 avril 2012, § 12, d) « l'interaction entre la Cour et les autorités nationales pourrait être renforcée par l'introduction dans la Convention d'un pouvoir supplémentaire de la Cour, que les États parties pourraient accepter à titre optionnel, de rendre sur demande des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention dans le contexte d'une affaire particulière au niveau national, sans préjudice du caractère non contraignant de ces avis pour les autres États parties ; invite le Comité des Ministres à rédiger le texte d'un protocole facultatif à la Convention à cet effet d'ici fin 2013 ».

¹¹ Article 1 §1 du Protocole 16, STCE n° 214.

¹² L. BURGORGUE-LARSEN, *Les trois Cours régionales des droits de l'homme in contexte, la justice qui l'allant pas de soi*, Pedone, 2020, p.586, spéc. p.394.

¹³ A. SCHAHMANECHE M. AFROUKH, « La fonction consultative des autres cours supranationales protectrices des droits de l'homme », in M. AFROUKH, J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2020, pp.34-70, spéc. p. 35

¹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p.220.

¹⁵ *Ibid.* p.224.

Convention »¹⁶. Faisant de la Cour européenne des droits de l'homme un conseiller davantage qu'un censeur¹⁷, elle permet d'instaurer une relation de collaboration.

Le dialogue des juges intervient à partir du moment où il existe des doutes quand la question n'a pas encore été tranchée à Strasbourg¹⁸, puisque le litige a déjà été porté devant un juge et que ce juge a un doute sur le respect de la Convention, une véritable logique préventive devrait permettre l'ouverture d'un dialogue¹⁹. Le dialogue des juges peut se définir comme un « un échange de vues, une discussion, un entretien entre deux ou plusieurs personnes »²⁰. Le dialogue des juges renvoie « à l'idée de discussion, de concertation, et a le mérite de fournir un concept consensuel qui écartant a priori toute relation d'autorité évite de s'interroger sur les sujets "qui fâchent" et notamment sur la question de l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme »²¹. Le dialogue institutionnalisé pourrait contribuer à éviter la survenue de controverses entre les juridictions internes et la Cour, étant donné qu'il appartiendrait aux juridictions internes d'appliquer les avis consultatifs de la Cour, « pareille application de la Convention par les juridictions internes mettrait plus encore l'accent sur le rôle fondamental que les autorités nationales doivent jouer dans l'application de la Convention et renforcerait le principe de subsidiarité »²².

L'institutionnalisation du dialogue des juges passe par le respect du principe de subsidiarité, si le juge de droit commun voit son office évoluer avec les évolutions apportées par le Protocole 16, cependant un tel dialogue implique de s'intéresser sur l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme (II). Dans un souci de respect du principe de subsidiarité, le Protocole facultatif n'impose rien aux juges nationaux. Ils restent maîtres de la demande d'avis consultatif d'avis comme de la prise en considération de celui-ci, cependant son caractère facultatif conduit à s'interroger sur l'efficacité du dialogue des juges (I).

¹⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La demande d'avis consultatif du Protocole N°16 un instrument de renforcement de la fonction constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme ? quelques réflexions à partir des deux premiers avis consultatifs Protocole N°16 », in T. DISPERATI, C. TZUTZUIANO (dir.), *Le Protocole no 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2021, pp.223-237, spéc. p. 231.

¹⁷ C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2019, vol117, n°1, p.43-65.

¹⁸ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études du 10 février 2003*, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, *op. cit.*, 159.

¹⁹ J-P. PARDINI, « Trois questions (et l'impossible "dernier mot") sur le protocole n°16 » in T. DISPERATI, C. TZUTZUIANO (dir.), *Le Protocole no 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2021, pp.146-164, spéc p.157.

²⁰ L. BURGORGUE-LARSEN « De l'interprétation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, p.95-130. spéc. p.97.

²¹ F. SUDRE, « Le dialogue des juges. Avant-Propos », *Cahiers de l'IDEDH*, n°11, 2007, p.8.

²² Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, point.19.

I. Un dialogue positif et constructif

L'utilisation du dialogue des juges par les juridictions nationales fournit des éléments de réponse sur la façon dont les juridictions nationales semblent concevoir une telle interaction (A). À cet effet, le Protocole du dialogue des juges se révèle être une attractivité naissante²³, au point de conduire à l'interrogation de son efficacité (B).

A. Un dialogue attractif pour les juges internes

Les juridictions nationales peuvent solliciter l'avis consultatif de la Cour pour des raisons stratégiques et politiques. Les juridictions nationales peuvent soumettre des avis consultatifs pour « transmettre une patate chaude »²⁴ pour les aider à résoudre des questions délicates et politiquement sensibles²⁵. Les juges internes utilisent le Protocole comme une « épée vis-à-vis du législateur afin d'inciter à modifier les lois »²⁶. Elle utilise le mécanisme lorsqu'elle présume que la réponse renforcera sa position face aux autres pouvoirs au l'opinion publique²⁷. Il n'est pas exclu que « l'avis consultatif soit utilisé par les juridictions pour faire porter sur la Cour la responsabilité de la résolution de conflits particulièrement délicats ou faisant l'objet de confrontation particulier »²⁸.

Le Protocole 16 offre aux juridictions nationales la possibilité de poser des « questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »²⁹. En l'absence de définition claire, la définition des types de demande autorisée, voire de la nature des questions à poser à la Cour, paraît plus délicate³⁰. L'ancien président de la Cour Linos-Alexandre Sicilianos note que « les questions de principe devraient soulever des difficultés juridiques dotées d'une dimension structurelle, systématique, d'intérêt général touchant de nombreuses

²³ M. AFROUKH, « Du bon usage de la demande d'avis consultatif adressée à la CEDH », *Dalloz actualité*, 23 mars 2021.

²⁴ J. GERARS, « Advisory Opinions, preliminary Rulings and the New Protocol n°16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol21, n°4, 2014, pp.630-651.

²⁵ K. DZEHTSIAROU, « Interaction between the European Court of Human Rights and member States/ European consensus, advisory opinions and the question of legitimacy », in S. FLOGAITIS, T. ZWART, J. FRASER, *The European Court of human rights and its discontents: turning criticism into strength*, 2013, ed. Edward Elgar, pp.116-134, spéc.p.131.

²⁶ L. GLAS, J. KROOMENDIJK, « A Strasbourg Story of Swords and Shields: National Courts Motivations to Request a Advisory Opinion from the ECtHR Under Protocol 16 », *European Convention on Human Rights*, 2022, n°3, pp.311-349.

²⁷ L-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européennes : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Les limites du droit international-Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp.502-517, spéc.p.437.

²⁸ L-L. GUERRA, « Le Protocole n° 16 : une vraie-fausse solution? Un début de réponse » in L. BURGORGUE-LARSEN (dir), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme*, De l'ouverture au dialogue, colloque international présenté au Tribunal constitutionnel de la Principauté d'Andorre en juillet 2016, Paris, Pedone, 2017, p.370.

²⁹ L'article 1 § 1 du Protocole n° 16, STCE n° 214.

³⁰ L-A. SICILIANOS, *op. cit.*, p.506.

affaires variées allant des questions de société aux questions concrètes ou abstraites de conventionnalité.³¹ Les demandes d'avis consultatifs affirment la diversité des « questions de principe »³². Une demande d'avis consultatif peut couvrir un grand éventail de situations différentes. Il peut s'agir d'« un sujet qui présente un intérêt commun pour la communauté des États membres »³³. Dans ce cas de figure, la question ne porte pas uniquement sur un problème national, mais sur une question qui concerne la communauté des États cocontractants, et qui mérite d'être clarifiée, précisée, voire rectifiée de manière implicite par la Grande Chambre³⁴. Comme l'a fait remarquer Frédéric Sudre « se prononcer exclusivement en droit et à donner une solution de principe à une question grave d'interprétation ou d'application de la Convention, intéressant l'État partie, mais pouvant aussi, plus largement, être d'intérêt général pour l'ensemble des États parties »³⁵. L'illustration peut servir la demande d'avis consultatif formulée par la Cour de cassation au sujet de la gestation pour autrui³⁶, une catégorie de question de principe qui dépasse le cadre d'un seul État adhérent³⁷. Ce premier avis a permis à la Cour d'« enrichir l'interprétation de la Convention à propos d'une question inédite d'intérêt général »³⁸.

La demande d'avis consultatif peut couvrir « une jurisprudence établie par la Cour qui ne se prête à une application aisée »³⁹. La demande de la Cour administrative suprême

³¹ L. A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, n°97, p.18.

³² Depuis l'entrée en vigueur du Protocole 16, la Cour de Strasbourg s'est prononcée sur les thèmes très différents, sur la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (à la demande de la Cour de Cassation, COUR EUR. DR. H. GC., 10 avril 2019, P16-2018-001), dans le cadre d'une procédure préjudicielle de constitutionnalité (à la demande la Cour Constitutionnelle de l'Arménie, COUR EUR. DR. H. GC., 29 mai 2020, P16-2019-001), une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment (à la demande de la Cour suprême lituanienne (COUR EUR. DR. H. GC., 8 avril 2022 P16-2020-002), la différence de traitement entre les associations de propriétaires ayant une existence reconnue à la date de la création d'une association communale de chasse agréée et les associations de propriétaires créées ultérieurement (à la demande du Conseil d'État, COUR EUR. DR. H. GC., 13 juillet 2022, P16-2021-002), sur le statut et les droits procéduraux d'un parent biologique dans la procédure d'adoption d'un adulte (à la demande de la Cour suprême de Finlande, COUR EUR. DR. H. GC., 13 avril 2023, P16-2022-001).

³³ C. GIANNOPOULOS, « Les avantages et les inconvénients du Protocole 16 », in *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes de la journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, Strasbourg, 26 janvier 2019, p.81.

³⁴ C. GIANNOPOULOS « Subsidiarité procédurale et Protocole 16 », *Annuaire International des droits de l'homme*, vol. IX/2015-2016, p.677.

³⁵ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, 10ème éd., 2011, p. 289.

³⁶ COUR EUR. DR. H. GC., 10 avril 2019, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention P16-2018-001.

³⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La demande d'avis consultatif du Protocole N°16 un instrument de renforcement de la fonction constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme ? quelques réflexions à partir des deux premiers avis consultatifs Protocole N°16 », in T. DISPERATI, C. TZUTZUIANO (dir.), *Le Protocole no 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2021, pp.224-235, spéc.p.227.

³⁸ F. SUDRE et A. GOUTTENOIRE, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention. Note sous arrêt », *La Semaine, juridique Edition générale*, n°20, mai 2019, p.551.

³⁹ C. GIANNOPOULOS, « Les avantages et les inconvénients du Protocole 16 », *op. cit.*, p.81.

Le Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme : « le protocole du dialogue » entre les juges internes et la cour européenne des droits de l'homme – Margaryan Ani ALEKSANI

de Lituanie⁴⁰ portait sur l'interdiction de se présenter aux élections à la suite d'une procédure d'impeachment, la Cour administrative suprême lituanienne a utilisé le Protocole 16 dans un contexte où la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Paksas c. Lituanie*⁴¹ avait conclu l'inconventionnalité de la législation relative à l'impeachment. Après le prononcé de l'arrêt *Paksas*, la Cour constitutionnelle lituanienne déclara qu'il y avait lieu de procéder à une révision constitutionnelle afin d'exécuter cet arrêt et d'éliminer l'incompatibilité entre la Constitution et la Convention. Alors qu'une réforme de la Constitution lituanienne s'imposait, celle-ci, au moment de l'adoption de l'avis consultatif, n'a toujours pas aboutie⁴². L'avis relate à merveille les péripéties politiques qui empêchèrent, la modification de la Constitution aux fins d'exécution de l'arrêt *Paksas*⁴³. On est tenté d'affirmer que des raisons d'ordre stratégique l'ont poussée à activer le mécanisme du Protocole 16, si on prend en considération l'imbroglio juridique né des difficultés politiques pour réformer la Constitution afin d'exécuter l'arrêt *Paksas*⁴⁴. L'avis consultatif de la juridiction lituanienne montre également qu'en cas de conflit entre une interprétation nationale et une interprétation conventionnelle, le juge interne utilise le dialogue des juges.

Il peut aussi s'agir d'une question de principe concernant la compatibilité d'une loi nationale à la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁵, comme a pu le souligner l'ancien président de la Cour « rien n'empêche que les questions de principe ou d'intérêt général sur lesquelles la Cour pourrait être amenée à se prononcer par voie consultative soulèvent des problèmes relatifs à la compatibilité avec la Convention d'une loi »⁴⁶. La Cour constitutionnelle arménienne a sollicité l'avis de la Cour s'agissant de la constitutionnalité de l'article 300.1 du Code pénal arménien réprimant le « renversement de l'ordre constitutionnel »⁴⁷.

⁴⁰ COUR EUR. DR. H. GC., 8 avril 2022, Avis consultatif concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n°1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment P16-2020-002.

⁴¹ COUR EUR. DR. H., GC., arrêt du 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, (req. 34932/04).

⁴² F. SUDRE, L. MILANO, B. PASTRE-BELDA, A. SCHAHMANECHE, « Convention européenne des droits de l'homme, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 26, 4 juillet 2022.

⁴³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2020, p.1844.

⁴⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2022, p. 1892.

⁴⁵ J. VACHEY, « La saisine pour avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, mécanisme préjudiciel de contrôle de la compatibilité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme », in T. DISPERATI, C. TZUTZUIANO (dir.), *Le Protocole no 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2021, pp.181-193, spéc.p.183.

⁴⁶ L. A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, n°97, p.18.

⁴⁷ COUR EUR. DR. H. GC., 29 mai 2020, Avis consultatif relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée, P16-2019-001.

En dépit de l'ouverture des juridictions nationales, s'interroger sur l'efficacité du dialogue des juges s'avère indispensable.

B. L'efficacité du dialogue des juges

L'efficacité du dialogue des juges pèse sur la Cour de Strasbourg mais également sur les juridictions nationales. Les exigences applicables aux demandes d'avis font peser sur la juridiction nationale qui les formule la responsabilité de collaboration loyale au risque de voir ses demandes rejetées⁴⁸. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un principe formellement établi, la Cour a rejeté la demande d'avis consultatif de la Cour Suprême slovaque⁴⁹. Ce rejet laisse transparaitre, assez clairement, ses réticences à l'idée de voir cette nouvelle procédure instrumentalisée par les plus hautes juridictions nationales⁵⁰.

L'efficacité du dialogue des juges ne s'appuie pas uniquement sur l'ouverture des juridictions nationales. La Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accepter une demande⁵¹, elle doit toutefois motiver tout refus⁵². La motivation de l'avis jouera dans ce système un rôle primordial car expliquer de manière claire et rationnelle le raisonnement de la Cour fait partie intégrante du dialogue⁵³. La motivation est nécessaire pour faire clairement comprendre « les raisons d'un éventuel refus, mais aussi pour éviter des malentendus dans les relations entre la Cour et les plus hautes juridictions nationales. Il serait, en effet, malencontreux qu'un mécanisme destiné à promouvoir le dialogue des juges devienne la source de frictions entre eux »⁵⁴. Ainsi, la Cour devra rendre des avis motivés, avec la possibilité d'y joindre l'exposé des opinions séparées, concordantes ou dissidentes⁵⁵. Une partie de la doctrine a pu estimer qu'« elle apparaît toutefois

⁴⁸ S. O'LEARY, T. EICKE, « Some reflection on Protocol N°16 », *European Human Rights Law Review*, 2018, p.230. Dans leurs réflexions sur le Protocole 16, les juges Siofra O'Leary et Tim Eicke relèvent que « la Cour devra envisager sans doute avec le temps et le bénéfice de l'expérience pratique si et jusqu'où il lui faudra « régler » le respect de cette condition ». La Cour pourrait s'inspirer des règles et de la jurisprudence relatives au renvoi préjudiciel afin de vérifier s'il s'agit bien d'un litige réel et non d'une affaire fabriquée exclusivement pour obtenir une réponse à une question théorique. Cf. F. BENOÎT-ROHMER, « Le protocole 16 à la Convention Européenne des Droits de l'homme, Du soliloque au dialogue », in J-P, JACQUÉ, F. BENOÎT-ROHMER, P. GRIGORIOU, M-D. MAROUDA (dir.) *Liber amicorum Stelios Perrakis: écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques*, Sidéris, Athènes, 2017, pp. 431-446, spéc.p.443.

⁴⁹ COUR EUR. DR. H., GC., 14 décembre 2020, P16-2020-001.

⁵⁰ M. AFROUKH, « Du bon usage de la demande d'avis consultatif adressée à la CEDH », *Dalloz actualité*, 23 mars 2021.

⁵¹ Rapport explicatif sur le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, point 14.

⁵² Ibid. point 15.

⁵³ F. BENOÎT-ROHMER, « Le protocole 16 à la Convention Européenne des Droits de l'homme, Du soliloque au dialogue », in J-P, JACQUÉ, F. BENOÎT-ROHMER, P. GRIGORIOU, M-D. MAROUDA (dir.) *Liber amicorum Stelios Perrakis: écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques*, Sidéris, Athènes, 2017, pp. 431-446, p. 437.

⁵⁴ L-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européennes : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Les limites du droit international-Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp.502-517, spéc.p.510.

⁵⁵ Rapport explicatif sur le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, point 22.

problématique à la logique préjudicielle du Protocole n° 16, cette dernière est censée favoriser la coopération juridictionnelle, dégager des standards propices à éviter des contentieux ultérieurs, répondre à d'éventuelles déficiences systémiques dans ce cadre, il n'est pas absurde de considérer qu'une dissidence minerait ces objectifs, tandis qu'une opinion concordante serait surabondante »⁵⁶. Il n'est en revanche pas à exclure que « les juridictions internes ne suivent que partiellement ou suivent mal l'avis de la Grande Chambre, notamment si cet avis n'est pas suffisamment clair ou développé ou est accompagné d'opinions séparées dans lesquelles la juridiction interne pourrait puiser des arguments au soutien d'une application différenciée de l'avis émis par la majorité »⁵⁷. Si un juge national ne suit pas son avis aurait des « effets désastreux à la fois sur l'application de la Convention en droit interne et sur l'autorité de la Cour »⁵⁸. Ainsi des développements futurs sont à attendre du nouveau mécanisme institué par ce Protocole, notamment en cas « démultiplication des opinions séparées »⁵⁹.

L'efficacité du dialogue des juges dépendra de l'attitude coopérative des plus hautes juridictions nationales. Des retards injustifiés dans la procédure d'avis consultatif devant la Cour entraîneront également des retards dans la procédure de l'affaire pendante devant la juridiction qui a formulé la demande⁶⁰. Dans la plupart des cas, jusqu'à deux mois ou plus ont été perdus en raison de la nécessité pour les hautes juridictions de fournir toutes les informations nécessaires pour permettre au panel de la Grande Chambre de traiter la demande⁶¹.

En dépit de l'ambiguïté du dialogue des juges, les deux avis consultatifs fixent d'ores et déjà l'efficacité potentielle du dialogue des juges. Le dialogue des juges peut constituer un moyen de rapprochement. À cet égard, dans son premier avis consultatif, la Cour a mentionné les conclusions d'une étude de droit comparé, laquelle indique que les États qui interdisent la GPA sont encore majoritaires. La méthode comparative consiste à établir un consensus et une harmonie. Comme le souligne Jean Paul Cosa, « il ne s'agit pas d'une simple tâche de compilation, dans laquelle la comparaison conduit automatiquement à déterminer quelle est la norme interne de référence “d'ingestion-digestion” qui consiste à établir un consensus et une harmonie au sien de la

⁵⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Le Protocole n°16, entre théories et réalités du dialogue judiciaire », *Revue Québécoise de droit international*, Hors-série, 2020 – 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme: L'Europe et les droits de la personne, p.253.

⁵⁷ P. DUCOULOMBIER, « Les effets du protocole 16 sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme » in M. AFROOUKH et J. P. MARGUENAUD, *Le protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du séminaire du 19 avril 2019, Pedone, 2020, pp.14-30, p.19.

⁵⁸ Ibid. p.19.

⁵⁹ D. SZYMCZAK, « Répondre et rassurer » : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme. (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., avis consultatif relatif à la gestation pour autrui, 10 avril 2019) », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2019, vol4, n° 120, p.955-978.

⁶⁰ Rapport explicatif sur le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, point 17.

⁶¹ S. O'LEARY, « Advisory opinions and judicial dialogue Strasbourg Style », *Common Market Law Review*, 2022, n°59, pp.87-104.

jurisprudence »⁶². La recherche d'un consensus conduit à conclure qu' « il n'y a pas de consensus en Europe à l'heure actuelle sur la question de la possibilité de la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les enfants nés d'un GPA et les parents d'intention »⁶³. Cependant, la Cour « ne ferme pas la porte à un dialogue évolutif avec le juge national »⁶⁴. La Cour indique que le développement d'un consensus européen pourrait l'amener à réviser son interprétation⁶⁵. La Cour souligne que l'absence de consensus n'est pas le seul élément déterminant l'étendue de la marge d'appréciation de l'État, « lorsqu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu, comme lorsque l'on touche à la filiation, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte »⁶⁶ et « le droit au respect de la vie privée impose à l'État la reconnaissance en droit interne du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention »⁶⁷. En passant de l'interprétation consensuelle à l'interprétation évolutive conjuguée avec la théorie des obligations positives, la Cour a laissé ouverte la porte du dialogue des juges⁶⁸.

Les avis consultatifs auront des effets au niveau national des États contractants et pourrait conduire à des « changements législatifs »⁶⁹. Illustration peut servir, l'avis consultatif de la Cour administrative suprême de Lituanie, le juge interne souhaitait recueillir des précisions sur les critères pertinents lui permettant d'apprécier la proportionnalité d'une interdiction empêchant une personne démise de ses fonctions de membre du Parlement (le Seimas), en application de la procédure d'impeachment, de se porter à nouveau candidate aux élections du Seimas⁷⁰. Les modifications nécessaires ont été apportées à la législation lituanienne, le dialogue des juges a conduit l'adoption par le Parlement (Le Seimas) des amendements constitutionnels nécessaires pour lever l'interdiction permanente de participer aux élections législatives⁷¹.

⁶² J-P COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, vol. 57, p. 103.

⁶³ COUR EUR. DR. H., GH., 10 avril 2019, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention P16-2018-001, §43.

⁶⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme instrument de dialogue ? » in F. LICHERE, L. POTVIN -SOLIS et A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études du 10 février 2003*, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, pp. 167- 192, spéc. p. 180.

⁶⁵ COUR EUR. DR. H., GH., 10 avril 2019, P16-2018-001, §36.

⁶⁶ COUR EUR. DR. H., GH., 10 avril 2019, P16-2018-001, §44.

⁶⁷ COUR EUR. DR. H., GH., 10 avril 2019, P16-2018-001, §46.

⁶⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme instrument de dialogue ? », *op. cit.*, p.180.

⁶⁹ L. A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, n°97, p. 28.

⁷⁰ F. SUDRE, L. MILANO, B. PASTRE-BELDA, A. SCHAHMANECHE, « Convention européenne des droits de l'homme, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique - Édition générale*, n° 26, 4 juillet 2022.

⁷¹ Conseil de l'Europe, service de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme « Lithuania: Constitutional amendment executing the ECHR judgment », 26 septembre 2022, consultable à l'adresse, <https://www.coe.int/fr/web/exécution/-/lithuania-constitutional-amendment-implementing-echr-judgment?inheritRedirect=true&redirect=%2Ffr%2Fweb%2Fexécution> (consulté le 20 juillet 2023).

La multiplication des échanges entre les juridictions nationales et la Cour européenne pourrait présager un renforcement de l'autorité de la Convention en droit interne⁷², il est possible de dire que la nouvelle compétence consultative « semble s'ouvrir une nouvelle période dans l'histoire de la Convention »⁷³. Le dialogue des juges propose en effet une nouvelle appréhension des rapports entre les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme.

II . Un renouveau des rapports entre les juges internes et la Cour européenne des droits de l'homme

Si l'institutionnalisation du dialogue renforce l'autorité des juges internes (A), l'autorité de la Cour s'en trouvera également renforcée. Le fait que la Cour européenne ne se prononce qu'en droit et sur « une question de principe relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » et en formation solennelle, « renforce indéniablement ce rôle d'interprète ultime de ces droits »⁷⁴ (B).

A. Un dialogue dans le respect du principe de subsidiarité

Le Professeur Andriantsimbazovina, souligne que « tout mécanisme de coopération juridictionnelle fait vivre positivement la subsidiarité »⁷⁵. Le Protocole du dialogue s'inscrit parfaitement dans la logique du caractère subsidiaire du système européen de protection des droits de l'homme. Ainsi, « l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité »⁷⁶. Le caractère subsidiaire du Protocole, « l'instrument de préservation des compétences du juge national »⁷⁷, met l'accent sur le rôle du juge national dans la procédure du dialogue. Le juge national dispose de la faculté d'interroger la Cour, rien n'oblige au juge national à appliquer l'avis consultatif de la Cour, « la responsabilité

⁷² C. GIANNOPOULOS, « Les avantages et les inconvénients du Protocole 16 », in Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme, Actes de la journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, Strasbourg, 26 janvier 2019. p.84.

⁷³ L. A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, n°97, p.28.

⁷⁴ C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2019, vol 117, n°1, p. 43-65.

⁷⁵ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le principe de subsidiarité, quel avenir ? », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Nemesis, 2014, p.363.

⁷⁶ Alinéa 3 du Protocole n° 16 STCE n° 214.

⁷⁷ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, pp.194-218, spéc. p.197.

d'apprécier l'utilité de suivre la réponse » de la Cour est laissée au juge national⁷⁸. Selon l'article 5 du Protocole 16, « les avis consultatifs ne sont pas contraignants ». Comme le précise le Rapport explicatif sur le protocole « la juridiction qui a procédé à la demande décide dès lors des effets de l'avis consultatif sur la procédure interne »⁷⁹. Ainsi, la Cour européenne a insisté dans son premier avis sur le fait qu'il « revenait aux juridictions nationales de réaliser l'analyse concrète de ce qu'exigeait l'intérêt supérieur de l'enfant concernant la question de la reconnaissance du lien de filiation »⁸⁰. L'interprétation de la Cour européenne dans son premier avis répond aux exigences de la subsidiarité-complémentarité⁸¹ puisqu'elle permet sans transférer le litige à la Cour de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance. Ainsi, « le principe de subsidiarité doit conduire à ce que la Cour soit appelée à dire le droit sans avoir elle-même à rendre la justice »⁸².

Le Protocole sert l'idée qui veut que plus on est proche, mieux on gouverne, et renforce le rôle des juridictions nationales sur la scène internationale, ce qui constitue une préoccupation majeure pour les États⁸³. La plupart des États membres montrent plus d'empressement à respecter les décisions de leurs propres tribunaux que celles de la Cour⁸⁴. En effet il est politiquement bien plus aisé pour les autorités nationales d'accepter un arrêt qui émane formellement d'un juge national plutôt que d'une juridictionnelle extérieure⁸⁵. La mise en œuvre de la jurisprudence de la Cour sera de la sorte facilitée puisque la décision ultime de mise en œuvre de l'avis appartiendra à la juridiction nationale⁸⁶.

Si les juridictions nationales restent les maîtres du dialogue des juges, le nouveau Protocole semble donc à renforcer la position de la Cour de Strasbourg dans ce dialogue des juges. Ainsi ce Protocole se veut non hiérarchique même s'il place la Grande Chambre

⁷⁸ M.-C. RUNAVOT, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *Revue générale de droit international public*, 2014, pp.71-93.

⁷⁹ Rapport explicatif sur le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, point 25.

⁸⁰ COUR EUR. DR. H., GH., 10 avril 2019, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention P16-2018-001, §34.

⁸¹ M.-C. RUNAVOT, *op. cit.*, p.82.

⁸² B. GENEVOIS, « Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 281-292, spéc. p. 290.

⁸³ C. GIANNOPOULOS « Subsidiarité procédurale et Protocole 16 », *Annuaire International des droits de l'homme*, vol. IX/2015-2016, p.685.

⁸⁴ Y. GAUTIER, « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? » in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'études du 10 février 2003*, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, p.224.

⁸⁵ F. BENOÎT-ROHMER, « Le protocole 16 à la Convention Européenne des Droits de l'homme, Du soliloque au dialogue », *Liber amicorum Stelios Perrakis: écrits sur la communauté internationale : enjeux juridiques, politiques et diplomatiques*, J-P, JACQUÉ, F. BENOÎT-ROHMER, P. GRIGORIOU, M-D. MAROUDA, 2017, pp.431-446, spéc.p.438.

⁸⁶ *Ibid.* p.438.

dans une position centrale censée renforcer son rôle d'interprète authentique de la Convention⁸⁷.

B. Renforcement de l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme

Le Protocole 16 transforme la mission de la Cour, en lui confiant le soin de se prononcer exclusivement en droit et de donner une solution de principe à une question grave d'interprétation ou d'application de la Convention⁸⁸. Cependant, comme l'énonce l'article 5 du Protocole n° 16, «les avis consultatifs ne sont pas contraignants », pour le juge de la demande et a fortiori pour les autres juridictions nationales qui se trouvent face à un problème similaire⁸⁹. Les avis étant rendus par la Cour siégeant en formation de Grande Chambre, la question se posera inévitablement de savoir s'ils n'autant pas également en tant que précédents une plus grande valeur que les arrêts de chambre, alors même qu'ils ne sont pas contraignants pour la juridiction nationale demanderesse⁹⁰.

Le Professeur Sudre a pu souligner que le dialogue des juges ne permet pas de seulement « s'interroger sur les sujets “ qui fâchent ” », mais aussi « sur l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme »⁹¹. Un de ces sujets qui fâchent est, donc, l'éternel conflit entre l'effet de chose jugée et l'effet de chose interprétée des arrêts, le contraste entre l'obligation d'exécuter les arrêts *inter partes* et le souhait d'attribuer des effets *erga omnes* aux décisions judiciaires rendues par la Cour de Strasbourg⁹². La Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire interétatique affirme que « ses arrêts servent, non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes »⁹³. La Cour l'a affirmé l'autorité de ses propres interprétations, elle est compétente pour développer la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁴. Les arrêts de la Cour bénéficient d'une « autorité de la chose interprétée »⁹⁵, définie comme

⁸⁷ P. DUCOULOMBIER, « Les effets du protocole 16 sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme » in M. AFROUKH et J. P. MARGUENAUD, *Le protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du séminaire du 19 avril 2019, Pedone, 2020, pp.14-30, spéc.p.18.

⁸⁸ F. SUDRE, « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCPG*, 2013, n°42, pp.1912-1920.

⁸⁹ C. GIANNOPOULOS, « Les avantages et les inconvénients du Protocole 16 », in Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme, Actes de la journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, Strasbourg, 26 janvier 2019, p.83.

⁹⁰ S. O'LEARY, T. EICKE, « Some reflection on Protocol N°16 », *European Human Rights Law Review*, 2018, p.230.

⁹¹ F. SUDRE, « Le dialogue des juges. Avant-Propos », *Cahiers de l'IDEDH*, n°11, 2007, p. 8.

⁹² A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, pp.194-218, spéc. p.211.

⁹³ COUR. EUR. DR. H., GC, arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, (req. n°5310/71), § 154.

⁹⁴ J.ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges » in *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, p.11-28, spéc. p.26.

⁹⁵ J.ANDRIANTSIMBAZOVINA, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, Conseil Constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme, L.G.D.J., 1998, p.688, spéc. p.11.

une « autorité propre de la jurisprudence d’une juridiction en tant que cette juridiction interprète authentiquement les dispositions d’une norme constitutive d’un ordre juridique »⁹⁶. Des considérations similaires peuvent également être faites en ce qui concerne les avis consultatifs, en dépit de son absence de caractère contraignant, expressément énoncé par le Protocole⁹⁷.

Au terme du Rapport explicatif, « l’absence de caractère juridiquement contraignant des réponses de la Cour n’empêche pas qu’elles s’insèrent dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions »⁹⁸. Les avis consultatifs constituent une « jurisprudence valable » que la Cour européenne des droits de l’homme « suivrait lorsqu’elle statuerait sur une éventuelle requête individuelle ultérieure »⁹⁹. Même s’ils n’avaient pas la force contraignante d’un arrêt rendu dans une affaire contentieuse, ils auraient ainsi des « effets juridiques indéniables »¹⁰⁰, « non seulement au sein de la Cour, mais aussi au niveau national et international, en favorisant, à terme, l’aspect *erga omnes* de l’interprétation de la Convention »¹⁰¹. Ainsi « l’avis consultatif aura une importance comparable à celle des arrêts de principe de la Cour. Quoique non contraignant, il produira des effets juridiques indéniables, bénéficiera de l’autorité interprétative déjà reconnue aux arrêts de la Cour et aura vocation à produire des effets *erga omnes*, d’autant que la Cour pourra se référer à ses propres avis dans les affaires contentieuses ultérieures »¹⁰². Les juridictions qui envoient des demandes d’avis consultatifs permettent à la Cour de rendre des avis d’interprétation de la Convention ou de ses protocoles qui s’adressent à toutes les autorités nationales des États adhérents à la Convention qu’ils aient ratifié ou qu’ils n’aient pas ratifié le Protocole¹⁰³. Par conséquent, les avis consultatifs bien qu’ils ne soient pas juridiquement contraignants affectent juridiquement tous les États parties à la Convention européenne des droits de l’homme, y

⁹⁶ Ibid. p.370.

⁹⁷ K. GAVRYSH, « Establishing Judicial Precedents Through Advisory Opinions of the European Court of Human Rights », *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, vol2, n°2, pp.266- 295

⁹⁸ Rapport explicatif sur le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, point 27.

⁹⁹ Dans les arrêts *D.c. France et D.B. et autres c. Suisse* la Cour se réfère à son avis consultatif pour souligner la conventionnalité du refus de transcription dès lors que l’adoption permet de reconnaître le lien de filiation entre l’enfant et la mère d’intention, qu’elle soit ou non mère génétique. COURUR EUR. DR. H., arrêt du 16 juillet 2020, *D. c. France* (req.11288/8), COUR EUR. DR. H., arrêt du 22 novembre 2022, *D.B et autres c. Suisse* (req. 58817/15 et 58252/15).

¹⁰⁰ Document de réflexion sur la proposition d’élargissement de la compétence consultative de la Cour élaboré par la Cour européenne des droits de l’Homme, mars 2012, point 44.

¹⁰¹ L. A. SICILIANOS, « L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2014, n°97, p.29.

¹⁰² F. SUDRE, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention EDH ? », *J.C.P.*, n° 17, 2018, p. 803. Le Protocole 16 peut également renforcer le rôle constitutionnel de la Cour européenne des droits de l’homme. Cf. F. SUDRE, « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour européenne des droits de l’homme. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCPG*, 2013, n°42, p.1916.

¹⁰³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La demande d’avis consultatif du Protocole N°16 un instrument de renforcement de la fonction constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l’homme ? quelques réflexions à partir des deux premiers avis consultatifs Protocole N°16 », in T. DISPERATI, C. TZUTZUIANO (dir.), *Le Protocole no 16 à la Convention européenne des droits de l’homme*, PUAM, 2021, pp.223-237, spéc p. 231.

compris ceux qui n'ont pas ratifié le Protocole, car ils « font partie de la jurisprudence de la Cour, à côté de ses arrêts et décisions »¹⁰⁴. Les juridictions nationales les plus récalcitrantes au Protocole 16 seraient affectées par le Protocole du dialogue¹⁰⁵.

Les États qui n'ont pas ratifié le Protocole 16 seraient de toute façon affectés par les avis consultatifs¹⁰⁶, il n'y aurait aucune possibilité pour les plus hautes juridictions nationales de participer au dialogue des juges. L'une des premières manifestations de l'autorité de la chose interprétée est à relever dans les arrêts *Pantolon c. Croatie*¹⁰⁷, *N.Š. c. Croatie*¹⁰⁸, qui font référence à l'avis consultatif relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence », à l'égard d'un État qui n'a pas ratifié le Protocole 16. L'effet *erga omnes* des avis consultatifs semble être confirmé par l'opinion concordante du juge Krenc « l'interprétation donnée de la Convention par la Cour dans ses avis consultatifs s'intègre dans la jurisprudence de cette dernière, au même titre que ses arrêts et décisions, les avis rendus sur le fondement du Protocole 16 ne peuvent être ignorés par les États qui n'ont pas ratifié ce protocole »¹⁰⁹. En ce sens, les avis consultatifs ont un effet *erga omnes* à l'égard de toutes Parties contractantes même s'ils n'ont pas ratifié le Protocole 16, même si l'avis consultatif n'a été émis par la Cour qu'à l'égard de l'une ou certaines d'entre elles. Cette approche est tout à fait conforme au Rapport explicatif du Protocole 16, que « l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions »¹¹⁰. Les États ayant des juridictions rebelles ne font pas partie des États qui ont, pour l'instant, ratifié le Protocole 16, « limitant la possibilité d'étendre le dialogue et d'apaiser des relations parfois tendues »¹¹¹. Il peut donc être pertinent qu'ils tentent d'influencer la réponse de la Cour et, en même temps, il pourrait être négatif pour la Cour qu'elle rende un avis qui semble ignorer les positions des

¹⁰⁴ COUR EUR. DR. H., arrêt du 16 juillet 2020, *D. c. France*, *op cit.* §27.

¹⁰⁵ Aux Pays-Bas, le juge interne a rejeté à dix-sept reprises supplémentaires les conclusions demandant à saisir la Cour de Strasbourg. La principale raison de ne pas utiliser le Protocole 16 et qu'il existe déjà suffisamment d'orientation dans la jurisprudence de la Cour. Cf. L. GLAS, J. KROOMENDIJK, « A Strasbourg Story of Swords and Shields: National Courts Motivations to Request a Advisory Opinion from the ECtHR Under Protocol 16 », *European Convention on Human Rights*, vol3, n°3, p.335. On dénombre plusieurs exemples de refus opposés par le Conseil d'État CE, Ass., 12 octobre 2018, *Société super coiffeur*, le Conseil Constitutionnel, Cons. const., 23 novembre 2018, 2018-745 QPC, et la Cour de Cassation, Cass. Civ. 1^{er}, 21 novembre 2018, n°18-11.421.

¹⁰⁶ E. ALBANESI, «The European Court of Human Rights Advisory Opinions Legally Affect Non-ratifying States: A Good Reason (From a Perspective of Constitutional Law) to Ratify Protocol No. 16 to the ECHR», *European Public Law*, 2022, 28, n°1, pp.1-18.

¹⁰⁷ COUR EUR. DR. H., arrêt du 19 novembre 2020, *Pantolon c. Croatie* (req. 2953/14), §45.

¹⁰⁸ COUR EUR. DR. H., arrêt du 10 septembre 2020, *N.Š. c. Croatie*, (req. 36908/13 10), §83. Il en est de même de l'affaire *Stoyanova c. Bulgarie*, COUR EUR. DR. H., GC., arrêt du 14 juin 2022, *Stoyanova c. Bulgarie*, (req. 56070/18), §71), l'affaire *M.S. c. Italie*, COUR EUR. DR. H., GC., arrêt du 7 juillet 2022, *M.S. c. Italie*, (req. 32715/19), §137.

¹⁰⁹ L'opinion concordante du juge Krenc, COUR EUR. DR. H., 22 novembre 2022, *D.B et autres c. Suisse* (req. 58817/15 et 58252/15).

¹¹⁰ Rapport explicatif sur le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, point 27.

¹¹¹ P. DUCOULOMBIER, « Les effets du protocole 16 sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme » in M. AFROOUKH et J. P. MARGUENAUD, *Le protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du séminaire du 19 avril 2019, Pedone, 2020, pp.14-30, spéc. p.18.

Le Protocole 16 a la Convention européenne des droits de l'homme : « le protocole du dialogue » entre les juges internes et la cour européenne des droits de l'homme – Margaryan Ani ALEKSANI

États¹¹². Le juge européen se dessine alors comme le « juge des juges nationaux »¹¹³ dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹¹² Ibid. p.22.

¹¹³ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, pp.194-218, spéc. p.192.