

DOCUMENT DE RÉFLEXION¹

SUR LA PROPOSITION D'ÉLARGISSEMENT DE LA COMPÉTENCE CONSULTATIVE DE LA COUR

I. INTRODUCTION

1. Avant d'exposer ses réflexions générales et spécifiques sur la proposition d'élargissement de sa compétence consultative, la Cour souhaiterait rappeler ceci. Dans la Déclaration adoptée à la Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme tenue à Izmir (Turquie) le 27 avril 2011, le Comité des Ministres a été invité à réfléchir à l'opportunité d'introduire une procédure permettant aux plus hautes juridictions nationales de demander à la Cour des avis consultatifs concernant l'interprétation et l'application de la Convention afin d'assister les Etats Parties à éviter de nouvelles violations de la Convention. La Conférence a invité la Cour à assister le Comité des Ministres dans son examen de la question des avis consultatifs².

2. La Cour observe également que, dans son Avis pour la Conférence d'Izmir adopté le 4 avril 2011, elle a déjà estimé que l'idée de permettre aux juridictions nationales de solliciter des avis consultatifs visait à renforcer la mise en œuvre de la Convention au plan interne conformément au principe de subsidiarité. Elle a considéré que, bien qu'il y ait un risque que pareille mesure engendre au départ un surcroît de travail, l'objectif à plus long terme serait évidemment de faire en sorte que davantage d'affaires soient traitées de manière satisfaisante au niveau interne.

3. Dans cet avis, la Cour a déjà estimé que cette proposition pourrait être examinée plus avant et considéré qu'il conviendrait qu'elle soit étroitement associée au processus. Elle souligne dans ce contexte que la proposition d'élargissement de sa compétence consultative s'inscrit dans le cadre des réflexions à long terme menées sur son rôle et son fonctionnement futurs.

¹ Le présent texte est un document de réflexion qui n'est pas censé lier la Cour dans les discussions futures. La Cour se réserve le droit de poursuivre sa réflexion sur divers points s'y trouvant exposés et de soumettre ses observations si on la saisit pour consultation d'une proposition détaillée sur l'institution d'une procédure d'avis consultatif.

² Déclaration d'Izmir, adoptée à la Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme organisée dans le cadre de la présidence turque du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Izmir, Turquie, 26-27 avril 2011, Plan de suivi, D., <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conferenceizmir/Declaration%20Izmir%20F.pdf>.

II. RÉFLEXIONS GÉNÉRALES : BUTS ET IMPLICATIONS DE L'ÉLARGISSEMENT DE LA COMPÉTENCE CONSULTATIVE DE LA COUR

1. *Un dialogue institutionnalisé entre les juridictions nationales de dernière instance et la Cour en vue du renforcement de leurs rôles respectifs dans la protection des droits de l'homme*

4. Un élargissement de la compétence consultative de la Cour qui permettrait aux plus hautes juridictions nationales de lui demander des avis consultatifs sur des questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention pourrait contribuer à instaurer un dialogue institutionnalisé entre ces juridictions et la Cour³, et ainsi, en matière de protection des droits de l'homme, renforcer le rôle de la Cour et de sa jurisprudence et celui des juridictions internes.

5. Il est dit dans le Rapport du Groupe des Sages de 2006 qu'en élargissant la compétence consultative de la Cour, on renforcerait son rôle « constitutionnel »⁴. Cette analyse peut se comprendre de la manière suivante. Les avis consultatifs offrent l'occasion d'exposer les principes de droit sous-jacents à une interprétation générale sous une forme parlante pour les praticiens du droit de chacun des Etats parties⁵. On peut donc considérer que leur importance est comparable à celle des arrêts de principe de la Cour et qu'ils contribuent à une interprétation harmonieuse des normes minimales en matière de respect des droits garantis par la Convention et, ainsi, à une protection effective des droits de l'homme dans tous les Etats parties. La mise en place d'une procédure consultative donnerait aussi l'occasion de discuter de questions essentielles au sein d'un forum judiciaire plus large. Elle pourrait être complémentaire à la procédure existante d'arrêt pilote (article 61 du Règlement de la Cour)⁶ – sans forcément être limitée aux affaires révélant potentiellement un problème systémique ou structurel dans un Etat partie⁷. Elle permettrait ainsi à la Cour d'adopter plus d'arrêts sur des questions de principe et d'énoncer des règles plus claires en matière de protection des droits de l'homme en Europe.

6. Les partisans d'un élargissement de la compétence consultative de la Cour estiment aussi que le dialogue institutionnalisé qu'instaurerait une procédure consultative pourrait contribuer à éviter la survenue de controverses entre les juridictions internes et la Cour. Etant donné qu'il appartiendrait aux juridictions internes de dernière instance d'appliquer les avis consultatifs de la Cour, ils pensent aussi que pareille procédure pourrait amoindrir les susceptibilités nationales éventuelles à l'égard de la jurisprudence de la Cour⁸ et assurer l'appui continu des Etats à l'efficacité du système de la Convention.

7. Les partisans d'un élargissement de la compétence consultative de la Cour soulignent que l'autorité de la Cour pourrait se trouver renforcée par l'introduction de la procédure proposée. Selon eux, il n'est pas à craindre, notamment, que l'autorité de la Cour soit remise en question par une juridiction interne qui ne suivrait pas l'un de ses avis consultatifs, et il est

³ Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres en date du 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 81; voir également J.-P. Costa / P. Titiun, *Les avis consultatifs devant la CEDH*, Mélanges P. Tavernier (en cours de publication).

⁴ Voir le Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres en date du 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 81.

⁵ Voir aussi Michael O'Boyle, *The Convention system as a subsidiary source of law*, discours prononcé lors de la conférence sur « The principle of subsidiarity » (Le principe de subsidiarité) tenue à Skopje, 1-2 octobre 2010, p. 5 (manuscrit).

⁶ Voir le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, pp. 10-11.

⁷ Voir le point II.3. ci-dessous.

⁸ Voir le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, pp. 10 et 11, et la référence de la note 4.

peu probable qu'une juridiction interne ayant sollicité l'avis de la Cour ne le suive pas ensuite⁹. D'autres considèrent au contraire qu'il y a un risque que certaines juridictions internes ne suivent pas les avis consultatifs si ceux-ci ne sont pas contraignants. En toute hypothèse, ils estiment que la Cour devrait rester compétente pour statuer sur une requête présentée dans une affaire ayant déjà fait l'objet d'une demande d'avis consultatif, le droit de recours individuel ne devant pas être restreint par une nouvelle procédure consultative¹⁰.

8. Au nombre des arguments en faveur de la proposition d'élargissement de la compétence de la Cour se trouve aussi celui selon lequel une procédure consultative serait tout aussi bénéfique pour les juridictions internes qui y auraient recours que pour la Cour elle-même, l'autorité des ces juridictions se trouvant alors renforcée lorsqu'elles statueraient conformément à un avis de la Cour étant donné qu'elles trancheraient l'affaire en s'appuyant sur une base solide quant à l'interprétation de la Convention : il serait dès lors plus probable que les parties acceptent leur décision.

9. Comme la Cour l'a indiqué dans son Avis pour la Conférence d'Izmir, 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 cet instrument et renforcerait ainsi le principe de subsidiarité¹¹. La mise en place d'une procédure consultative serait donc pleinement conforme au Plan d'action adopté dans la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, où la Conférence a souligné qu'il relevait de la responsabilité conjointe des Etats parties et de la Cour de protéger les droits énoncés dans la Convention, et qu'il appartenait d'abord et avant tout aux Etats d'en garantir l'application¹². Compte tenu de la charge de travail actuelle de la Cour, il est de la plus haute importance de renforcer le rôle des juridictions nationales dans ce domaine, et il y a lieu d'examiner sérieusement tous les outils qui peuvent y contribuer.

10. Il a également été souligné que, l'Union européenne (UE) ayant adhéré à la Convention, la Cour de justice de l'UE (CJUE) pourrait aussi avoir recours à la procédure consultative, ce qui contribuerait à garantir le respect du principe d'autonomie du droit communautaire¹³.

11. Une objection formulée à l'égard de la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour consiste à dire que la possibilité de demander à la Cour un avis consultatif allongerait inévitablement la durée de la procédure au niveau des juridictions internes elles-mêmes. Les partisans de la proposition répondent à cela que le délai supplémentaire ne devrait pas être très important¹⁴ et que, globalement, la résolution de l'affaire ne serait pas plus longue si l'on considère que celle-ci aurait probablement abouti devant la Cour ultérieurement dans le cadre d'un recours individuel¹⁵.

⁹ Voir aussi le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 11.

¹⁰ Voir le point II.6. ci-dessous.

¹¹ Voir l'Avis de la Cour pour la Conférence d'Izmir, adopté par la Cour plénière le 4 avril 2011 (doc. # 3491818). Voir aussi le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, pp. 10 et 11, et la référence de la note 4.

¹² Voir la Déclaration d'Interlaken adoptée à la Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme organisée dans le cadre de la présidence suisse du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à Interlaken (Suisse) les 18 et 19 février 2010, point PP 6 et partie B., §§ 4 et 9 du Plan d'action.

¹³ Voir aussi la référence de la note 4.

¹⁴ Voir le point II.4.b.ii) ci-dessous.

¹⁵ Voir aussi pour cet argument le document présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019 DH-GDR(2010)019, p. 11.

2. Incidences sur la charge de travail de la Cour

12. L'une des principales préoccupations exprimées en ce qui concerne l'élargissement de la compétence consultative de la Cour est que, au lieu d'aboutir à l'effet escompté, à savoir la diminution du nombre d'affaires pendantes devant elle, la procédure consultative augmente sa charge de travail¹⁶.

13. Il est clair que l'introduction d'une nouvelle procédure devant la Cour aboutira à ce que lui soient soumises un nouveau groupe d'affaires qui n'auraient sinon pas été portées devant elles à ce stade. A cet égard, il ne faut pas oublier que la Cour, et en particulier la Grande Chambre, qui serait appelée à répondre aux demandes d'avis consultatifs, supporte déjà une charge de travail très lourde.

14. D'un autre côté, il a été souligné que, en fournissant aux juridictions nationales des orientations concernant l'interprétation de la Convention alors que les affaires sont toujours pendantes devant elles, la Cour leur permettrait de résoudre ces affaires – qui auraient probablement fini devant elle de toute façon – déjà au niveau national. Ce serait extrêmement appréciable dans les affaires révélant des problèmes structurels ou systémiques, mais pourrait l'être également dans d'autres affaires soulevant des questions de principe ou d'intérêt général concernant l'application de la Convention¹⁷. La Cour clarifierait des questions relatives à l'interprétation de la Convention à un stade précoce et, ainsi, anticiperait et éviterait l'introduction devant elle d'un nombre peut-être élevé de requêtes individuelles soulevant la même question. Un élargissement de la compétence consultative fonctionnant de cette manière pourrait en somme à moyen ou long terme aider à réduire la charge de travail de la Cour, comme le souligne notamment la Déclaration d'Izmir¹⁸.

15. Les opposants à un élargissement de la compétence consultative de la Cour soulignent cependant qu'il est difficile de prévoir l'utilisation qui serait faite de la procédure consultative par les juridictions nationales de dernière instance et donc l'incidence de cette procédure sur la charge de travail de la Cour. Tant les partisans que les adversaires de la proposition s'accordent à dire qu'il serait en tout cas de la plus haute importance, si la compétence de la Cour était élargie, de veiller à ce que la nouvelle procédure permette de réduire la charge de travail de la Cour à long terme¹⁹.

16. Il a été souligné également à ce sujet que l'élargissement de la compétence consultative de la Cour était envisagé et devait être vu dans le contexte plus large de la réforme du mécanisme de la Convention et du rôle à *long terme* de la Cour. Il est clair que l'objectif-clé de la réforme doit être le renforcement de l'efficacité de la Cour. La compétence consultative élargie de la Cour devrait être définie de manière à garantir que, même si elle donne lieu au départ à une augmentation de la charge de travail – ce qui est le propre de toute réforme – ses effets bénéfiques l'emporteraient sur le long terme. Si cette réforme est réussie, elle s'inscrira dans un ensemble de réformes procédurales qui, une fois adoptées, pourraient d'une part permettre à la Cour de rendre plus d'arrêts importants sur des questions de principe ou d'intérêt général relatives à l'interprétation et à l'application de la

¹⁶ Voir aussi le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 10.

¹⁷ Voir aussi DH-GDR, document DH-GDR(2010)019, pp. 6, 9 et-10.

¹⁸ Déclaration d'Izmir des 26-27 avril 2011, *ibidem*, Plan de suivi, D.; voir également J.-P. Costa / P. Titun, *Les avis consultatifs devant la CEDH*, *ibidem*, et le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 6.

¹⁹ Voir le point II. ci-dessous et le document présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 10.

Convention et d'autre part renforcer le rôle des juridictions internes dans l'application de la Convention.

III. RÉFLEXIONS SPÉCIFIQUES SUR DIFFÉRENTS ASPECTS DE LA PROPOSITION D'ÉLARGISSEMENT DE LA COMPÉTENCE CONSULTATIVE DE LA COUR

1. Résumé analytique

17. Si la compétence consultative de la Cour était élargie, la procédure devrait être définie de façon à répondre au mieux aux buts exposés ci-dessus et devrait, à long terme, aider à réduire la charge de travail globale de la Cour.

18. La Cour note que les discussions sur la question de sa compétence consultative future tenues au sein du Comité d'experts sur la réforme de la Cour (DH-GDR) du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) reposaient principalement sur une proposition faite en janvier 2009 par les experts norvégien et néerlandais du Groupe de réflexion sur le suivi de la réforme de la Cour (DH-S-GDR)²⁰.

19. Cette proposition semble conforme aux buts visés par un éventuel élargissement de la compétence consultative de la Cour. Dans l'ensemble, elle a été accueillie favorablement par les partisans de l'élargissement. Différentes réflexions ont été formulées notamment quant aux types d'affaires dans lesquelles il faudrait permettre les demandes d'avis consultatif et à la portée d'éventuelles interventions de tiers dans la procédure. La Cour commencera par récapituler les caractéristiques d'une éventuelle procédure consultative future qui, dans l'hypothèse d'un élargissement, semblent être celles qui permettraient le mieux d'atteindre les objectifs visés par un élargissement de sa compétence à cet égard, puis elle développera plus avant sa réflexion.

20. Afin d'éviter une augmentation de la charge de travail, il faudrait que seules les juridictions internes de dernière instance puissent solliciter un avis consultatif. Il a été dit à plusieurs reprises que les demandes d'avis consultatif ne devraient être possibles que pour des affaires concernant des questions de principe ou d'intérêt général relatives à l'interprétation de la Convention. Certains estiment que, comme dans la proposition norvégienne/néerlandaise, les avis consultatifs ne devraient porter que sur des affaires révélant potentiellement un problème systémique ou structurel²¹.

21. Pour ce qui est de la procédure à suivre, il devrait être facultatif pour les juridictions nationales de soumettre une demande – dûment motivée – d'avis consultatif. La Cour quant à elle devrait avoir la liberté de refuser d'y répondre. La proposition selon laquelle elle ne devrait pas être tenue de motiver ce refus a recueilli un soutien significatif. La Cour pourrait adopter un ensemble de recommandations générales à l'intention des juridictions nationales expliquant la portée et le fonctionnement de sa compétence consultative. C'est la Grande Chambre qui devrait en principe avoir compétence pour rendre des avis consultatifs.

22. En ce qui concerne le délai de traitement des demandes, il a été observé que celles-ci ne pourraient porter que sur des affaires importantes soulevant des questions de principe ou d'intérêt général relatives à l'interprétation de la Convention ou sur des affaires révélant

²⁰ Voir le document DH-S-GDR(2009)004.

²¹ Voir le document présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 7.

potentiellement un problème systémique ou structurel, qui par définition appellent un traitement prioritaire. La Cour devrait donc tendre à rendre un avis consultatif à la demande d'une juridiction nationale dans un délai relativement bref.

23. Seul le gouvernement de l'Etat dont une juridiction demande l'avis consultatif de la Cour devrait avoir le *droit* d'intervenir dans la procédure consultative (dans la proposition norvégienne/néerlandaise, tous les Etats parties à la Convention pouvaient déposer des observations écrites)²². Pour les autres Etats parties à la Convention et pour toute personne ou institution concernée, les règles en vigueur énoncées à l'article 36 de la Convention devraient s'appliquer *mutatis mutandis*.

24. Un soutien significatif a été exprimé pour l'idée que les avis consultatifs ne devraient pas être contraignants. Par ailleurs, le droit de recours individuel garanti par l'article 34 de la Convention ne devrait pas se trouver restreint lorsque la Cour a rendu un avis consultatif. Un certain nombre de juges se sont toutefois déclarés favorables à ce que les avis consultatifs se voient conférer un caractère contraignant.

25. Il devrait être facultatif pour les Etats parties de ratifier un Protocole additionnel à la Convention prévoyant un élargissement de la compétence consultative de la Cour et de permettre ainsi à leurs juridictions nationales de solliciter un avis consultatif de sa part.

2. *Autorité(s) nationale(s) habilitées à demander un avis consultatif*²³

26. Ainsi qu'il est exposé ci-dessus, l'un des principaux buts de l'élargissement de la compétence consultative de la Cour serait l'instauration d'un dialogue institutionnalisé entre les juridictions internes de dernière instance et la Cour. Par conséquent, ainsi que l'a également proposé le Groupe des Sages²⁴, seuls une cour ou un tribunal national dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel en droit interne devraient pouvoir solliciter un avis consultatif. Les parlements et gouvernements ne devraient pas y être autorisés²⁵. Cette compétence limitée de solliciter un avis consultatif éviterait également une prolifération des demandes.

3. *Types d'affaires dans lesquelles une demande d'avis consultatif devrait être autorisée*²⁶

27. Un soutien considérable a été exprimé pour l'idée que, si la compétence consultative de la Cour était élargie, les avis consultatifs devraient être autorisés dans les affaires les plus importantes portant sur l'interprétation et l'application de la Convention et concernant donc, ainsi que l'a proposé le Groupe des Sages²⁷, des questions de principe ou d'intérêt général relatives à l'interprétation de la Convention ou de ses Protocoles. Ils auraient ainsi une portée complètement différente des avis consultatifs rendus à la demande du Comité des Ministres en vertu des articles 47 à 49 de la Convention, qui sont soumis aux restrictions énoncées à l'article 47 § 2.

28. Certains estiment que la compétence consultative de la Cour devrait être limitée aux affaires faisant potentiellement apparaître un problème structurel ou systémique, ainsi que les

²² Voir le document présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, pp. 8-9.

²³ Voir aussi, pour les différentes options, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 5-6, point 8.

²⁴ Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres en date du 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, §§ 81 et 86.

²⁵ Voir aussi, pour les réserves exprimées à cet égard, la proposition présentée au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, citée dans le document DH-GDR(2010)019, pp. 7-8.

²⁶ Voir aussi, pour les différentes options, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 4-5, point 7.

²⁷ Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres en date du 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 86.

experts norvégien et néerlandais l'ont proposé au DH-S-GDR²⁸. On pourrait toutefois répondre à cela que pareille restriction ne permettrait de soumettre à la Cour qu'un nombre très restreint d'affaires pour lesquelles l'émission d'un avis consultatif serait de nature à réduire sa charge de travail à long terme. Très limitée elle aussi, l'étendue de la compétence consultative de la Cour décrite ci-dessus garantirait suffisamment que l'objet d'un avis consultatif ait des incidences sur de nombreuses affaires existantes ou futures concernant éventuellement plusieurs Parties contractantes. Il a été estimé qu'elle lui laisserait donc une possibilité suffisante d'instaurer un dialogue institutionnalisé avec les juridictions internes sans aller à l'encontre du but consistant à réduire sa charge de travail globale à moyen et long terme.

29. Les affaires concernant des questions de principe ou d'intérêt général sur lesquelles il pourrait être rendu des avis consultatifs pourraient aussi englober celles qui concernent la compatibilité avec la Convention d'une loi, d'une règle ou d'une interprétation constante d'une loi par un tribunal²⁹. Toutefois, il ne devrait pas s'agir pour la Cour de procéder à un examen abstrait de la législation³⁰ : la procédure d'avis consultatif devrait être limitée aux questions se posant dans les affaires contentieuses où sont en jeu des droits individuels.

30. De cette façon, les demandes d'avis consultatifs pourraient être envisagées pour bon nombre de questions de principe ou d'intérêt général relatives à l'application de la Convention telles que celles qui ont été soulevées devant la Grande Chambre ou, devant les chambres, dans des affaires de principe. Ainsi par exemple, la question de la compatibilité avec le droit à un procès équitable et à l'assistance d'un défenseur prévu à l'article 6 §§ 1 et 3 c) de la Convention du refus fait à un suspect, conformément aux dispositions de la législation interne pertinente³¹, de le laisser contacter un avocat pendant sa garde à vue aurait pu faire l'objet d'un avis consultatif : il s'agissait en effet d'une question d'intérêt général pertinente pour plusieurs Etats parties à la Convention³². Si la compétence consultative de la Cour avait déjà été élargie lorsque cette question s'est posée, la juridiction nationale de dernière instance de l'Etat concerné aurait pu lui demander, au cours de la procédure pénale pendante au niveau interne, un avis consultatif sur le point de savoir si le refus de laisser le suspect voir un avocat était compatible avec l'article 6 de la Convention dans des circonstances telles que celles de l'affaire en cause. Après que la Cour aurait rendu son avis, il aurait incombé aux juges nationaux d'appliquer en l'espèce l'interprétation de la Convention qu'elle y aurait exposée.

31. De même, la compatibilité avec la Convention de l'expulsion d'un demandeur d'asile vers la Grèce en application du Règlement européen Dublin II³³, du refus d'autoriser une

²⁸ Voir le document DH-GDR(2010)019, pp. 6-7.

²⁹ Voir, pour cette option, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 4-5, point 7. Cela n'irait pas à l'encontre de la jurisprudence constante de la Cour en matière de recours individuels, selon laquelle il incombe en premier lieu aux autorités nationales, et notamment aux juridictions internes, d'interpréter le droit interne, et la Cour ne substitue pas sa propre interprétation à la leur en l'absence d'arbitraire (voir notamment, en comparaison, *Fáber c. République tchèque*, n° 35883/02, § 55, 17 mai 2005, et *Agbovi c. Allemagne* (déc.), n° 71759/01, 25 septembre 2006). S'il n'appartient pas à la Cour de connaître d'erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction nationale, elle est appelée à intervenir si et dans la mesure où ces erreurs sont susceptibles d'avoir porté atteinte aux droits et libertés protégés par la Convention (voir notamment, en comparaison, *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, § 45, série A n° 140). L'étendue envisagée de la compétence consultative élargie de la Cour ne porterait pas atteinte aux compétences respectives de la Cour et des juridictions internes dans ce domaine.

³⁰ Voir, pour cette option, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 4-5, point 7.

³¹ Voir l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, CEDH 2008.

³² Voir notamment *Brusco c. France*, n° 1466/07, 14 octobre 2010.

³³ Voir l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011.

personne homosexuelle à se marier³⁴ ou du déni d'accès à un tribunal pour des motifs d'immunité de l'Etat³⁵, questions de principe pertinentes pour bon nombre d'Etat parties à la Convention, auraient pu faire l'objet d'un avis consultatif.

4. Aspects procéduraux

a. Introduction d'une procédure d'avis consultatif

32. Si la compétence consultative de la Cour était élargie, il devrait, dans un souci de respect du principe de subsidiarité³⁶, être facultatif pour les juridictions nationales de demander un avis consultatif.

33. Par ailleurs, elles ne devraient pouvoir le faire qu'après avoir suffisamment examiné les faits³⁷. Les demandes d'avis consultatif devraient être motivées de manière à démontrer de façon convaincante que l'affaire soulève une question de principe ou d'intérêt général relative à l'application de la Convention pertinente pour l'issue de l'affaire. A cet égard, on pourrait s'inspirer de la jurisprudence développée par la CJUE relativement au renvoi préjudiciel (pertinence de la question, théorie de l'acte clair).

34. La Cour devrait avoir toute latitude pour refuser de répondre à une demande d'avis. On pourrait envisager que le panel de la Grande Chambre ou de la formation judiciaire appelée à examiner la demande d'avis consultatif ait compétence pour accueillir ou rejeter la demande. Il pourrait, par exemple, comme cela est envisagé dans la proposition du Groupe des Sages et dans celle des experts norvégien et néerlandais, considérer qu'il est préférable de ne pas répondre parce que l'objet de la demande d'avis interfère avec celui d'une affaire pendante³⁸. Il appartiendrait à la Cour d'établir les principes propres à assurer une coexistence harmonieuse des avis consultatifs et des requêtes individuelles.

35. Pour beaucoup, il apparaît préférable tout bien pesé de laisser à la Cour, comme l'ont proposé les Sages et les experts norvégien et néerlandais, le pouvoir discrétionnaire de motiver ou non un refus de donner suite à une demande d'avis consultatif, plutôt que de lui en imposer l'obligation³⁹. Cela assurerait la souplesse de la procédure et permettrait de limiter autant que possible l'augmentation de la charge de travail due aux demandes d'avis consultatifs.

36. La Cour est consciente de ce que répondre à une demande d'avis consultatif par un rejet non motivé pourrait être contradictoire avec l'objectif de promouvoir le dialogue avec les juridictions internes. Il pourrait donc être envisagé qu'elle adopte un ensemble de recommandations générales sur les demandes d'avis consultatifs, où elle expliquerait la portée, le but et le fonctionnement de la procédure, et auxquelles elle pourrait éventuellement renvoyer en cas de rejet d'une demande d'avis consultatif. Parmi les motifs généraux de rejet, on pourrait trouver, par exemple, le fait qu'un recours individuel soulevant la même question soit déjà pendant devant la Cour, le fait que la question posée dans la demande se prête plus à

³⁴ Voir l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010.

³⁵ Voir l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Cudak c. Lituanie* [GC], n° 15869/02, CEDH 2010.

³⁶ Voir le Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres en date du 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 82, et le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 8 ; voir aussi, pour les différentes options, le document DH-GDR(2011)015 déf., p. 6, point 10.

³⁷ Voir, pour les différentes options, le document DH-GDR(2011)015 déf., p. 6, point 9.

³⁸ Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres en date du 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 86, et le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 8.

³⁹ Voir à cet égard, pour les différentes options, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 6-7, points 11 et 12, le Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres en date du 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 86, et l'opinion exposée au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, citée dans le document DH-GDR(2010)019, p. 8.

un traitement dans le cadre d'un recours individuel, ou encore le fait que les avis sur la question posée dans la demande soient partagés au sein de la Cour (auquel cas l'avis exprimé à l'intention des juridictions internes serait moins clair). Pareilles recommandations d'ordre général seraient suffisantes pour garantir une coopération efficace de la Cour avec les juridictions internes.

b. Traitement de la demande par la Cour

i) Organe décisionnel

37. Il paraît souhaitable que ce soit en principe – et en toute hypothèse au début – la Grande Chambre qui soit compétente pour rendre des avis consultatifs dans le cadre d'une compétence consultative élargie : d'une part c'est déjà le cas pour les avis consultatifs donnés en vertu des articles 47 à 49 de la Convention à la demande du Comité des Ministres (article 87 § 1 du Règlement de la Cour), et d'autre part l'autorité des avis consultatifs en serait renforcée⁴⁰.

38. On pourrait envisager de permettre aux juges de joindre aux avis consultatifs exprimés par la Cour en vertu du nouveau mécanisme envisagé une opinion séparée (concordante ou dissidente) ou une déclaration de dissentiment, comme ils ont le droit de le faire pour les avis consultatifs rendus en vertu des dispositions susmentionnées de la Convention (voir l'article 88 § 2 du Règlement de la Cour).

ii) Priorité

39. Il appartient à la Cour de définir ses priorités, et elle devrait, ce faisant, tenir compte d'une part de l'objet de la demande d'avis consultatif et d'autre part des autres affaires de Grande Chambre pendantes devant elle. Cela étant, il ne faudrait, dans le cadre d'un élargissement éventuel, permettre que soient rendus des avis consultatifs que dans des affaires concernant des questions de principe ou d'intérêt général relatives à l'interprétation de la Convention ou dans des affaires révélant potentiellement des problèmes systémiques ou structurels. Par définition, pareilles affaires sont importantes et appellent un traitement prioritaire. La Cour devrait donc, lorsqu'elle serait saisie par une juridiction nationale d'une demande d'avis consultatif, s'efforcer d'y répondre dans un délai relativement bref.

c. Intervention dans la procédure⁴¹

i) Gouvernement de l'Etat dont une juridiction nationale demande un avis consultatif⁴²

40. Le gouvernement de l'Etat dont une juridiction nationale a demandé à la Cour de rendre un avis consultatif devrait avoir le droit d'intervenir dans la procédure afin de donner son propre point de vue sur la question étant donné que c'est l'ordre juridique de cet Etat qui serait le premier concerné par l'avis de la Cour.

ii) Autres Etats parties à la Convention, personnes et institutions⁴³

41. Un large soutien a été exprimé pour l'idée que, en ce qui concerne les autres Etats parties à la Convention, toute personne intéressée (notamment les parties à la procédure devant les juridictions internes) et toute autre institution, les règles énoncées à l'article 36 de la Convention devraient s'appliquer *mutatis mutandis*. Il faudrait donc laisser au Président de

⁴⁰ Voir, pour cette option, le document DH-GDR(2011)015 déf., p. 9, point 18.

⁴¹ A cet égard, voir, pour les différentes options, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 7-8, points 13-14.

⁴² A cet égard, voir, pour les différentes options, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 7-8, point 14.

⁴³ A cet égard, voir, pour les différentes options, le document DH-GDR(2011)015 déf., p. 7, point 13.

la Cour le soin de décider si d'autres Etats parties à la Convention, personnes et institutions doivent être autorisés à communiquer des observations écrites ou orales dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice dans les circonstances de l'espèce (voir, *mutatis mutandis*, l'article 36 § 2 de la Convention). On éviterait ainsi que la procédure ne devienne systématiquement plus complexe tout en laissant la possibilité de recueillir des avis plus divers lorsque cela serait estimé utile.

5. *Sur le point de savoir si l'avis consultatif devrait revêtir un caractère contraignant pour la juridiction qui le demande*

42. Un soutien significatif a été exprimé pour l'idée que les avis demandés par les juridictions internes ne devraient pas être contraignants pour les juridictions en question, conformément à l'opinion exprimée par les Sages et par les experts norvégien et néerlandais⁴⁴. Ils ne le sont pas dans les procédures consultatives de la Cour internationale de justice (CIJ), de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Il a été considéré par ailleurs que la procédure de renvoi préjudiciel devant la CJUE n'était pas comparable⁴⁵. Un certain nombre de juges ont au contraire estimé souhaitable que les avis consultatifs soient contraignants.

43. Les partisans de la solution dans laquelle les avis consultatifs ne seraient pas contraignants considèrent qu'il y a peu de risques en pratique qu'une juridiction nationale qui a d'elle-même demandé un avis consultatif ne le suive pas par la suite. Plusieurs répondent à cela que cette éventualité ne peut être exclue et qu'en pareil cas, l'autorité de la Cour se trouverait remise en cause. Il reste qu'en toute hypothèse, si son avis n'était pas suivi, la Cour serait toujours compétente pour statuer sur une éventuelle requête individuelle introduite ultérieurement et pourrait la traiter en extrême priorité. Ce n'est qu'en pareil cas que la nature non contraignante des avis consultatifs risquerait de nuire à la réalisation du but consistant à réduire la charge de travail de la Cour et à favoriser le dialogue entre elle et les juridictions internes de dernière instance.

44. Même si ses avis consultatifs n'étaient pas contraignants pour les juridictions internes, la Cour elle-même pourrait les considérer comme une jurisprudence valable qu'elle suivrait lorsqu'elle statuerait sur d'éventuelles requêtes ultérieures. Même s'ils n'avaient pas la force contraignante d'un arrêt rendu dans une affaire contentieuse, ils auraient ainsi des « effets juridiques indéniables »⁴⁶. Ainsi, les avis consultatifs rendus par la CIJ et la CIADH ne sont pas non plus contraignants, néanmoins ces cours s'appuient en pratique aussi bien sur le raisonnement qu'elles ont suivi dans ces avis que sur la jurisprudence qu'elles ont développée dans les affaires contentieuses⁴⁷.

⁴⁴ Voir le Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres en date du 15 novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 82, le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 9, et, pour les options sur ce point, le document DH-GDR(2011)015 déf., pp. 8-9, point 16.

⁴⁵ Voir aussi le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 9.

⁴⁶ La CIADH a exprimé la même opinion relativement à ses propres avis consultatifs, voir « *Rapports de la Commission interaméricaine des Droits de l'homme* », Avis consultatif OC-15/97 du 14 novembre 1997 § 26, Série A n° 15.

⁴⁷ Voir par exemple, pour la CIJ, l'*Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, §§ 89, 101, 150, 193 et 273, et l'*Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, arrêt du 1^{er} avril 2011 (exceptions préliminaires), §§ 30 et 139. Pour la CIADH, voir notamment l'*Affaire Neira Alegría et autres contre le Pérou*, arrêt du 19 janvier 1995 (au principal), §§ 82-84, Série C n° 20, et l'*Affaire Rééducation des enfants c. Paraguay*, arrêt du 2 septembre 2004, § 245, Série C n° 112.

6. Coexistence harmonieuse avec le droit de recours individuel

45. Si la compétence consultative de la Cour était élargie, le fait qu'elle ait rendu un avis consultatif sur un sujet donné ne devrait pas restreindre le droit de recours individuel garanti par l'article 34 de la Convention, qui est au cœur du mécanisme de cet instrument⁴⁸ : un particulier devrait conserver le droit de porter son affaire devant la Cour s'il estime que les juridictions internes n'ont pas suivi (intégralement) l'avis consultatif non contraignant qu'elle a rendu. Le but poursuivi par l'élargissement de la compétence consultative, à savoir la diminution de la charge de travail globale de la Cour, ne devrait pas s'en trouver compromis. Par ailleurs, la Cour devrait bien préciser qu'elle suivra les principes établis dans ses avis consultatifs de manière à inciter les juridictions internes à en tenir compte et à dissuader les requérants de la saisir d'une requête lorsqu'elles ont pleinement appliqué les conclusions de ses avis. Pour les requêtes individuelles ultérieures à un avis, la procédure pourrait être adaptée eu égard à l'existence d'un avis consultatif antérieur sur la question (notamment par l'attribution d'une priorité plus ou moins élevée à la requête selon que l'avis a été suivi ou non, ou par l'application de la procédure de la jurisprudence bien établie, de la procédure de juge unique ou de la procédure prévue à l'article 37 § 1 de la Convention).

46. Afin d'assurer une coexistence harmonieuse de la compétence consultative de la Cour et de sa compétence à l'égard des recours individuels, on pourrait s'inspirer de l'expérience de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Celle-ci a fait usage de son pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à une demande d'avis consultatif notamment pour garantir que sa compétence consultative ne préjuge pas des affaires contentieuses et ne porte pas atteinte à sa compétence dans ces affaires⁴⁹.

7. Mise en œuvre d'une compétence consultative élargie

47. L'élargissement de la compétence consultative de la Cour dans le cadre de la réforme à long terme de celle-ci appellerait une modification de la Convention. Même si, jusqu'à présent, les Protocoles à la Convention apportant des modifications procédurales n'ont en principe pas été facultatifs, il paraît souhaitable de laisser aux Etats parties le choix d'autoriser ou non leurs juridictions à demander à la Cour des avis consultatifs. Le Protocole qui apporterait les modifications requises à la Convention pourrait ainsi entrer en vigueur en temps utile pour les Etats parties qui estiment qu'un élargissement de la compétence consultative de la Cour les aiderait à mieux respecter les normes énoncées dans la Convention.

8. Conclusion

48. Enfin, la Cour voudrait rappeler la position qu'elle a déjà exprimée dans son Avis pour la Conférence d'Izmir, selon laquelle il conviendrait qu'elle soit étroitement associée à la suite des discussions sur la proposition d'élargissement de sa compétence consultative. Comme mentionné ci-dessus, la Cour se réserve le droit de soumettre d'autres observations si on la saisit pour consultation d'une proposition détaillée sur l'institution d'une procédure d'avis consultatif.

⁴⁸ Voir aussi le rapport présenté au DH-S-GDR par les experts norvégien et néerlandais, cité dans le document DH-GDR(2010)019, p. 9, et, pour les différentes options sur ce point, le document DH-GDR(2011)015 déf., p. 9, point 17.

⁴⁹ Voir par exemple CIADH, "Autres traités", objet de la fonction consultative de la Cour, Avis consultatif OC-1/82 du 24 septembre 1982, § 31, Série A n° 1, et CIADH, *L'affiliation obligatoire des journalistes*, Avis consultatif OC-5/85 du 13 novembre 1985, § 22, Série A n° 5.