C - La portée des avis rendus sur demandes des juridictions nationales

1. Une portée ambivalente à l'égard des autorités nationales

Afin de favoriser l'acceptation du mécanisme et sa mise en œuvre, l'article 5 du Protocole 16 précise que l'avis formulé par la Cour n'est pas contraignant. Contrairement à une décision rendue par la CJUE à titre préjudiciel, il ne lie pas la juridiction nationale qui l'a sollicité (ce qui confirme et accentue la nature facultative de la procédure dans le cadre de la Convention).

L'ensemble du dispositif n'en est pas moins conçu pour donner aux avis une autorité jurisprudentielle forte et faire en sorte qu'ils soient effectivement suivis. Outre qu'ils sont rendus par la formation judiciaire la plus solennelle de la Cour, ils font l'objet – conformément à article 4 du Protocole 16 - d'une publication obligatoire qui leur assure une large diffusion, identique à celle des arrêts et décisions. Selon le § 27 du rapport explicatif du Protocole 16, ils jouissent par ailleurs d'une valeur interprétative analogue et sont donc également appelés à faire jurisprudence.

Dans sa pratique, la Cour s'efforce au demeurant d'établir des orientations générales qui soient applicables non seulement dans l'affaire pendante mais aussi « dans des cas similaires » (1er AC P16-2018-001, § 26) et auxquelles elle n'hésite pas, le cas échéant, à se référer dans ses propres arrêts. Jusque dans leur mode de rédaction, les avis visent ainsi à fournir des éléments directement exploitables, dont d'autres juridictions internes pourront se saisir, y compris celles d'Etats qui n'ont pas (encore) fait le choix de signer et ratifier le Protocole 16. Car selon les termes de l'ancien Président de la Cour, Guido Raimondi, le but est de permette, à travers le dialogue, « *une mutualisation du contrôle de l'application de la Convention* ».

Quant à la juridiction demanderesse, elle est invitée à informer la Cour de la suite donnée à son avis dans la procédure interne et à lui communiquer copie du jugement ou de la décision définitifs adoptés dans cette affaire. Son attitude peut aussi entraîner des répercussions sur le traitement d'éventuelles requêtes individuelles devant la Cour.

2. Un impact ambigu sur le droit de recours individuel

Suivant le rapport explicatif du Protocole n° 16, la formulation d'un avis consultatif n'empêche pas une partie à l'affaire pendante devant la juridiction nationale d'introduire, par la suite, une requête sur la base de l'article 34 CEDH. Mais si le juge interne a bien suivi les orientations fixées par la Cour, « *il est escompté que les griefs se rapportant aux questions traitées dans l'avis consultatif soient déclarés irrecevables ou rayés du rôle* ». A défaut, la procédure n'aurait évidemment aucun effet de désengorgement. Cependant, on voit combien ce but peut alors conduire à valoriser le contrôle interne de conventionnalité au détriment du contrôle européen.

Bien plus, l'interprétation délivrée dans l'avis consultatif peut également justifier le rejet d'autres requêtes individuelles, qui étaient déjà pendantes au moment où la demande d'avis a été déposée et qui soulèvent une question de principe similaire. C'est ce qui s'est produit avec avis P 16-2018-001 du 10 avril 2019, qui a fondé des décisions d'irrecevabilité en comité, dans deux affaires concernant également la reconnaissance du lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant né d'une gestation pour autrui (GPA) à l'étranger (CEDH, **19 nov. 2019**, déc°, n° 1462/18, ***Braun c/ France***, et n° 17348/18, ***Maillard c/ France***). Aussi a-t-on pu craindre que tout en étant conçu comme un moyen d'assurer l'avenir à long terme du système de contrôle de la CEDH, le protocole 16 n'en devienne en réalité « le fossoyeur » (C. Gauthier[1]), en enterrant le recours individuel.

Une troisième affaire du même type, ***D. c/ France*** (n° 11288/18), qui a en revanche donné lieu le **16 juil. 2020** à un arrêt de non-violation en chambre, montre néanmoins qu'en ciblant les questions de principe sur lesquelles elle se prononce par voie d'avis, la Cour évite de préjuger de causes qui ne seraient pas proprement répétitives. Eu égard aux faits de l'affaire Mennesson, la Grande chambre s'était en effet refusée, dans l'avis P 16-2018-001, à traiter du cas où l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger est issu des gamètes de la mère d'intention et avait donc écarté la question de la Cour de cassation quant à l'éventuel impact de cette circonstance sur les obligations

[1] C. Gauthier, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la CEDH, entre espérances et questionnements… », *RTDH*, 2019, n° 117, p. 43

résultant de l'article 8 CEDH[2]. Or, l'affaire ***D.*** correspondait précisément à ce cas laissé en suspens (enfant né d'une GPA mais issu des gamètes de la mère d'intention), d'où son examen au fond.

Cela étant et pour terminer, il faut signaler en parallèle l'attitude exemplaire, et même constructive, de la Cour de cassation dans ce contentieux, qui témoigne particulièrement bien de l'impact des avis consultatifs dans l'ordre juridique interne. En effet :

- par un arrêt du **4 oct. 2019 (10-19.053)**, son Assemblée plénière a d'abord pris pleinement acte des orientations de la Cour EDH, en jugeant que vu le temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre la mère d'intention (Mme Menesson) et ses filles, une procédure d'adoption ne remplit pas les conditions requises pour constituer un mode valable de reconnaissance et que la transcription à l'état-civil s'imposait donc en l'espèce.
- Puis par deux arrêts du **18 décembre 2019** (18-12.327 et 18-11.815), la 1ère Chambre civile a doublement extrapolé les enseignements de l'avis rendu par la CourEDH. D'une part, la juridiction judicaire a établi que le raisonnement tenu par référence à la seule « mère d'intention », n'a pas lieu d'être différent lorsque deux hommes sont désignés dans l'acte de naissance étranger comme « parent d'intention ». D'autre part et surtout, elle a décidé qu'indépendamment de la faisabilité d'une adoption en temps utile, une transcription à l'état-civil s'impose dès lors que ledit acte de naissance est régulier (alors que la Cour EDH était d'avis que le respect de l'article 8 CEDH peut aussi bien s'accommoder d'une autre forme de reconnaissance du lien de filiation).
- Poursuivant dans cette voie dynamique, la Cour de cassation a en dernier lieu jugé le 14 novembre 2024 (n° 23-050.16) que devait être reconnue en France la filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui à l'étranger à l'égard d'un parent qui n'aurait pas de lien biologique avec l'enfant.

[2] La procréation médicalement assistée sur laquelle repose une GPA peut revêtir en théorie trois formes : elle est totalement homologue lorsque les gamètes du père et de la mère sont utilisés pour concevoir l'embryon implanté dans l'utérus de la mère porteuse ; partiellement homologue lorsque les gamètes d'un seul parent sont utilisées, combinées à celles d'un donneur anonyme ; complètement hétérologue lorsque les gamètes employées sont celles de tiers, donneurs anonymes de sperme et d'ovule, en raison de la stérilité des deux parents.

La collaboration juridictionnelle permet alors de donner tout son sens à la priorité dont bénéficient par principe les recours internes.

SECTION 2. LA PRIORITE DES RECOURS INTERNES

§ 2 - L'obligation d'épuisement préalable des voies de recours internes

Si le Protocole n° 11 a fait disparaître l'obligation de saisir préalablement la Commission européenne, le système actuel de la Convention n'accorde cependant pas au requérant un accès immédiat à la Cour. Conformément à article 35 § 1 CEDH, celle-ci *« ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus* ». Cette règle fait en effet partie du droit international coutumier. Non seulement elle se rencontre dans la quasi-totalité des traités internationaux comportant un mécanisme juridictionnel ou quasi-juridictionnel de protection des droits de l'homme (PIDCP, article 41 § 1 c) et son protocole facultatif, articles 2 et 5 § 2 b) ; Convention américaine des droits de l'homme, article 46 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, articles 50 et 56 § 5), mais elle s'impose également à l'exercice de la protection diplomatique. Car un Etat ne peut pas introduire de réclamation internationale, à ce titre, avant que la victime de l'acte illicite n'ait utilisé tous les moyens de redressement mis à sa disposition par l'ordre juridique du souverain territorial,

De la même manière, la responsabilité internationale d'un Etat ne peut être mise en jeu devant la Cour avant que la violation alléguée de la Convention n'ait été portée devant ses propres tribunaux et que ces derniers aient statué. Autrement, la requête sera jugée prématurée.

Pour bien comprendre la portée de cette exigence, il faut alors en exposer l'économie générale, avant de s'attacher à la manière dont elle est appréciée et partant aux aménagements et exceptions qu'elle tolère dans la jurisprudence européenne.

A – L'économie générale de l'obligation

La singularité de l'épuisement préalable des recours internes, par rapport à d'autres conditions de recevabilité comme la qualité de victime ou le délai de recours, est de changer en quelque sorte de statut en cours de procédure.

- Dans un premier temps, en effet, **il incombe au requérant de justifier directement du respect de cette obligation dans le formulaire introductif d'instance**, auquel tout particulier, groupe de particuliers ou ONG doit en outre joindre, en vertu de l'article 47§ 3.1 du règlement de la Cour, « *des copies des documents et décisions montrant qu' [il] a épuisé les voies de recours internes* ». À défaut, **des justificatifs manquants ou insuffisants peuvent l'exposer soit au rejet administratif de sa requête, soit à une irrecevabilité manifeste constatée selon la procédure du juge unique (sauf à ce qu'il montre avoir eu des raisons fondées de ne pas s'y conformer**. [NB : Des règles plus souples s'appliquent aux requêtes interétatiques qui doivent seulement comporter un exposé sur l'observation de cette exigence (art. 46 du règlement)].
- En revanche, **une fois l'affaire communiquée aux parties**, lorsque la requête individuelle a donc franchi le cap du filtrage, une sorte de renversement s'opère et c'est au gouvernement de prouver que le requérant est resté en défaut d'utiliser sur le plan interne une voie de droit pourtant appropriée. **Car la question n'est pas de celles que la Cour examine d'office** : le respect de l'obligation n'est alors plus contrôlé que si le gouvernement défendeur choisit d'exciper du non-épuisement des recours internes, et dans la mesure où c'est lui qui « affirme », il la charge de la preuve lui revient (conformément à l'adage « *actori incumbit probatio* »). Le cas échéant, le requérant devra ensuite répondre, en établissant que le recours évoqué par le Gouvernement a en fait été employé ou bien que, pour une raison quelconque, il n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause, ou que certaines circonstances particulières dispensaient l'intéressé de l'exercer.

En cas de controverse et de doute, il n'est pas rare de voir la Cour joindre l'exception de non-épuisement au fond lorsqu'elle lui paraît étroitement liée à la substance des griefs. Il en va notamment ainsi dans les affaires portant sur des obligations ou des

garanties procédurales (en cas de violation alléguée par exemple, des articles 6, 5§3 ou 13 de la Convention ou encore du volet procédural des articles 2 et 3).

Enfin, il convient de préciser que **l'épuisement des recours internes s'apprécie en principe à la date d'introduction de la requête devant la Cour**, en fonction par conséquent des voies de droit existantes à l'époque dans l'ordre juridique de l'Etat défendeur, et non au moment où le juge européen se prononce sur la recevabilité de la requête. Toutefois, **dans certaines circonstances particulières, de nouveaux recours internes, instaurés dans l'intervalle, peuvent par exception être pris en compte et motiver une irrecevabilité, faute d'avoir été exercés**. Une telle jurisprudence concerne surtout des affaires répétitives, portant sur des violations au regard desquelles les Etats parties ont déjà été engagés à mettre en place des voies de droit appropriées. De fait, il y a là un moyen pour la Cour de se décharger des contentieux de masse, tels celui né de la durée excessive des procédures internes que le juge européen s'est efforcé de « décentraliser ». Dans arrêt **GC, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne***, la Cour a en effet décidé que le respect de l'article 13 impose aux Etats parties d'instituer dans leur système juridique national des recours effectifs, permettant aux justiciables de se plaindre de la violation du droit, garanti par l'article 6§1, à ce que leur cause soit entendue par les tribunaux dans un délai raisonnable. Partant, elle tend à considérer que, même introduits postérieurement à sa propre saisine, ces remèdes internes doivent être préalablement épuisés (ex affaire ***Bottaro c. Ialie***, où dans décision du **23 mai 2002**, la Cour conclut à irrecevabilité des griefs fondés sur l'article 6§1 en considération du recours en réparation institué en Italie par loi dite Pinto, du 24 mars 2001 alors que le requérant avait introduit sa requête le 18 février 1998). Une logique similaire s'applique dans le cadre de la procédure d'arrêt-pilote (cf infra) et elle a donné lieu à des applications particulièrement massives en 2017.

- D'une part, le non-usage de nouveaux recours a suscité le rejet de 6 000 requêtes relatives à la surpopulation carcérale en Hongrie *(par ex : CEDH, déc., 23 nov. 2017, n° 5433/17, Domjan c/ Hongrie),* eu égard à l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2017, d'une nouvelle loi instituant des recours de nature préventive et compensatoire en exécution de l'arrêt pilote ***Varga et autres c. Hongrie*** (CEDH,

10 mars 2015, n° 14097/12 et a.), où la Cour avait constaté l'existence d'un dysfonctionnement général du système pénitentiaire hongrois.

- D'autre part et surtout, le non-épuisement des voies de recours internes a justifié l'irrecevabilité de plus de 27.000 requêtes directement liées aux mesures prises à la suite de la tentative de coup d'Etat en Turquie, soit parce que la Cour constitutionnelle n'avait pas été saisie, soit parce que les recours devant la Commission *ad hoc* créée en janvier 2017 n'avaient pas été exercés. Arguant à nouveau de circonstances particulières, la Cour a en effet considéré qu'en mettant en place cet organe non-judiciaire pour examiner les actes pris dans le cadre de l'état d'urgence et en soumettant ses décisions à un contrôle judiciaire, le décret-loi du 2 janvier 2017 avait établi une nouvelle voie de recours interne accessible et susceptible – en l'absence d'éléments contraires - d'apporter un remède approprié aux violations alléguées ***(CEDH, déc., 6 juin 2017, n° 70478/16, Koksal c/ Turquie)***. Au nom du principe de subsidiarité, le juge européen s'en est donc tenu au postulat que « dans un ordre juridique où les droits fondamentaux sont protégés par la loi, il incombe à l'individu lésé, qui se considère comme victime d'une prétendue violation des dispositions de la Convention, d'éprouver l'ampleur de cette protection […] et par conséquent, de tester les limites de cette nouvelle voie de recours » (*Koksal c/ Turquie*, § 28), même si sa création était postérieure à l'introduction des requêtes.

Au total, ce sont donc plus de 30.000 requêtes individuelles qui ont achoppé sur cette condition de recevabilité en 2017.

Ces différents exemples ne doivent cependant pas dissimuler que dans beaucoup d'autres affaires, le gouvernement défendeur plaide vainement le non-épuisement des recours internes et que l'exception soulevée ne prospère pas. Car très tôt, les organes de la Convention ont développé une interprétation *pro victima* de l'obligation pesant sur les requérants individuels. [NB : Statistiquement, le défaut d'épuisement des voies de recours internes n'est d'ailleurs pas le motif d'irrecevabilité le plus fréquent mais se situe seulement à la seconde place loin derrière le caractère dit « manifestement mal fondé » des griefs].

B – La conception flexible de l'obligation

La subsidiarité n'est pas le seul principe qui irrigue le système de la Convention. En effet, ce dernier a également vocation à garantir des droits non pas théoriques et illusoires mais concrets et effectifs et ce principe vaut aussi bien pour le droit individuel de recours institué par l'article 34. Selon la formule issue de l'arrêt ***Ringeisen c/ Autriche*** du **16 juil. 1971** et consacrée notamment par la Gde ch dans arrêt du **16 sept. 1996,** ***Akdivar et autres c. Turquie*** (n°21893/93, §69), la condition d'épuisement préalable des recours internes doit ainsi s'apprécier avec ***« une certaine souplesse et sans formalisme excessif »,*** en fonction des circonstances de chaque cause.

Certes, la jurisprudence récente peut tendre vers davantage de rigueur et la Grande chambre n'hésite pas le cas échéant à retenir un défaut d'épuisement des recours internes qui avait précédemment été écarté en chambre, privant ainsi de tout effet le constat initial de violation sur le fond (cf **GC, 27 novembre 2023,** ***Communauté genevoise d'action syndicale c. Suisse*** **–** irrecevabilité de la requête directement introduite par association suisse contre une ordonnance du Conseil fédéral interdisant toutes les manifestations publiques ou privées et tout rassemblement de plus de cinq personnes dans l'espace public face à la flambée de la pandémie de covid-19).

Cette moindre souplesse ne signifie cependant pas que la Cour ait renoncé à ses interprétations antérieures.
Aujourd'hui encore, il n'est pas rédhibitoire que la procédure devant une juridiction nationale de dernière instance soit toujours pendante au moment de l'introduction d'une requête. Ce n'est pas un facteur d'irrecevabilité manifeste. Car ce qui importe c'est que la décision interne définitive, au sens de l'article 35 § 1 de la Convention, soit prise avant que la Cour ne se prononce sur la recevabilité.
Au-delà, les critères mis en œuvre pour juger du respect de la condition, lorsqu'une exception préalable est soulevée, n'ont pas non plus fondamentalement changé. Dotée de deux facettes cumulatives, l'obligation d'épuisement suppose que le requérant ait à

la fois usé des voies de droit dont il disposait en droit interne (épuisement des instances) et fait valoir à cette occasion les moyens qu'il tire de la violation de la Convention (épuisement des griefs). Or, si sur ce dernier point, la théorie de l'invocation en substance a été recadrée, l'exigence demeure – quant au premier – d'une effectivité des recours internes. De plus, l'absence de formalisme justifie également que les recours exercés sur le plan interne par une association soient pris en compte.