

**UNIVERSITE DE LIMOGES**

**Faculté de droit et des sciences économiques**

Thèse

Pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES

Présentée et soutenue publiquement le 30 novembre 2007 par

**Anne LANGENIEUX-TRIBALAT**

**Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire**  
**français**

**Directeur de recherche :**

- Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

**Rapporteurs :**

- Madame Natalie FRICERO, Professeur à l'Université de Nice
- Monsieur Christophe JAMIN, Professeur des Universités à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris

**Assesseurs :**

- Mademoiselle Hélène PAULIAT, Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, Professeur à l'Université de Limoges
- Monsieur Jean-Paul JEAN, Avocat général près la Cour d'appel de Paris, Professeur associé à l'Université de Poitiers

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

à Charles,

à Lou,

## **Remerciements**

Je souhaite adresser en priorité tous mes remerciements à mon Directeur de thèse, le Professeur Jean-Pierre Marguénaud, pour son aide et son soutien si précieux.

Je tiens, également, à remercier ma famille pour ses encouragements et en particulier Charles, mon mari et mes parents, Hugues et Evelyne. Ils m'ont poussé à réaliser ce travail et ont su m'épauler dans les moments difficiles.

Je tiens à remercier tout spécialement pour leur participation très active Carine Laurent-Boutot, Pierre Boutot et Sitsofé Kowouvihi et aussi Géraldine Abittan, Karine Falgon, Karima Djemali et Kiteri Garcia.

Merci encore aux nounous de Lou, Brigitte Ducourtioux et Christine Colas.

## Liste des principales abréviations

**AHJUCAF** : Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français

**AIJC** : Annuaire international de justice constitutionnelle

**AJDA** : Actualité juridique de droit administratif

**AJDPénal** : Actualité juridique de droit pénal

**AP** : Assemblée plénière

**BICC** : Bulletin d'information de la Cour de cassation

**Bull. AP** : Bulletin de l'Assemblée plénière

**Bull. civ.** : Bulletin civil de la Cour de cassation

**Bull. crim.** : Bulletin criminel de la Cour de cassation

**CCI** : Chambre de commerce internationale

**CA** : Cour d'appel

**CCNE** : Comité consultatif national d'éthique

**C.C** : Conseil constitutionnel

**CE** : Conseil d'Etat

**Convention EDH** : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

**Civ. 1<sup>re</sup>** : première Chambre civile

**Civ. 2<sup>ème</sup>** : deuxième Chambre civile

**Civ. 3<sup>ème</sup>** : troisième Chambre civile

**CIJ** : Cour internationale de justice

**CJCE** : Cour de justice des communautés européennes

**COJ** : Code de l'organisation judiciaire

**Com.** : Chambre commerciale

**Cour EDH** : Cour européenne des droits de l'Homme

**CPJI** : Cour permanente de justice internationale

**CPP** : Code de procédure pénale

**Crim.** : Chambre criminelle

**CSM** : Conseil supérieur de la magistrature

**D** : Dalloz

**ENM** : Ecole nationale de la magistrature

**GP** : Gazette du palais

**IR** : Informations rapides

**JCP E** : Semaine juridique, édition entreprise  
**JCP G** : Semaine juridique, édition générale  
**JO** : Journal officiel  
**NCPC** : Nouveau code de procédure civile  
**PA** : Petites affiches  
**RBDI** : Revue belge de droit international  
**RCDIP** : Revue critique de droit international privé  
**RFDA** : Revue française de droit administratif  
**RGDIP** : Revue générale de droit international public  
**RIDC** : Revue internationale de droit comparé  
**RDP** : Revue de droit public  
**RJS** : Revue de jurisprudence sociale  
**RRJ** : Revue de recherche juridique, droit prospectif  
**RSC** : Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé  
**RTDCiv** : Revue trimestrielle de droit civil  
**RTDH** : Revue trimestrielle des droits de l'homme  
**SDE** : Service de documentation et d'études  
**Soc.** : Chambre sociale  
**TC** : Tribunal des conflits  
**TGI** : Tribunal de grande instance

# Sommaire

<b>Partie I- L'opportunité des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français</b>	37
<b>Titre I- La réalité des risques</b>	39
Chapitre I- La crainte d'une atteinte à la légitimité de l'institution judiciaire	41
Chapitre II- L'incertaine exemplarité des expériences antérieures	73
<b>Titre II- La potentialité des avantages</b>	121
Chapitre I- Un facteur de transparence du processus décisionnel	123
Chapitre II- Un mécanisme de responsabilisation du juge	161
<b>Partie II- La mise en place des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français</b>	199
<b>Titre I- La conciliation des opinions séparées et du principe du secret du délibéré</b>	201
Chapitre I- Secret du délibéré et indépendance du juge-auteur	203
Chapitre II- Pour une pleine reconnaissance de l'autonomie du juge-auteur	231
<b>Titre II- L'adaptation des opinions séparées aux spécificités du système judiciaire français</b>	271
Chapitre I- La détermination des juridictions concernées	273
Chapitre II- L'élaboration de nouvelles règles processuelles	301

## Introduction

1. Le système judiciaire français ne connaît pas les opinions séparées. Pourtant, ailleurs, elles ont une réelle audience. Les grands *dissenters* américains ont fortement contribué à l'accroissement du prestige de la Cour suprême des Etats-Unis<sup>1</sup>. Il n'y a pas que dans les Etats de *common law* que l'on trouve les opinions séparées puisque plusieurs juridictions constitutionnelles européennes les admettent, par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne<sup>2</sup>. En outre, la pratique des opinions séparées est très développée en droit supranational que ce soit à la Cour internationale de justice (ci-après CIJ)<sup>3</sup> ou à la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après Cour EDH)<sup>4</sup>. Plus près de nous, le Comité consultatif national d'éthique (ci-après CCNE) permet à ses membres de joindre au texte des avis qu'il rend des « contributions complémentaires »<sup>5</sup>. Si la dénomination d'opinion séparée n'a pas été choisie pour caractériser ces écrits, ils en ont l'aspect.

Le foisonnement des opinions séparées rend le sujet de plus en plus présent dans l'esprit des juristes français, néanmoins il n'est pas certain qu'il soit appréhendé clairement. Il importe donc de s'intéresser à l'origine des opinions séparées et d'étudier leur définition ainsi que leur statut dans les systèmes où elles sont déjà présentes avant de discuter de leur existence devant le juge judiciaire français.

---

<sup>1</sup> ZOLLER (Elisabeth), *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis* in *La République*, Mélanges Pierre AVRIL, Montchrestien, 2001, Paris, p. 609.

<sup>2</sup> WALTER (Christian), *Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles, En Allemagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 81.

<sup>3</sup> MOULAY-LEROUX (Sandra), *La Dissidence à la Cour Internationale de Justice*, Thèse de doctorat, 1996, Poitiers.

<sup>4</sup> WILDHABER (Luzius), *Opinions dissidentes et concordantes des juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme* in *Droit et justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p. 529.

<sup>5</sup> Ces contributions sont jointes aux avis, lesquels peuvent faire l'objet d'une publication sur décision du président du comité, article 13 du Décret n°97-555 du 29 mai 1997, disponible sur la page internet : <http://www.ccne-ethique.fr/francais/avis>.



## L'origine des opinions séparées

2. Les opinions séparées sont liées au système de *common law*<sup>6</sup> qui connaît une tradition forte de l'expression individuelle des juges.

Leur origine remonte à la pratique judiciaire anglaise des Cours de *common law*<sup>7</sup> au sein desquelles chaque juge était invité à se prononcer individuellement et publiquement sur l'affaire à juger. La tenue des *Year Books*, dans lesquels l'habitude fut prise de noter l'entier déroulement de l'audience ainsi que toutes les opinions (*speeches*) des juges<sup>8</sup>, aurait favorisé

---

<sup>6</sup> Cette expression recouvre la distinction classique entre pays de *common law* et pays romano-germaniques, le droit des premiers ayant eu une origine jurisprudentielle et le droit des seconds ayant trouvé sa source dans la loi. Néanmoins la notion de *common law* a fait l'objet de diverses définitions. Pour René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, la *common law* est « ...le droit commun à toute l'Angleterre et s'oppose aux coutumes locales », DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2002, Paris, p. 221. Henri LEVY-ULMANN nous rapporte quant à lui que Jeremy BENTHAM classe en deux catégories la loi de l'Angleterre et de l'Amérique anglaise et entend définir la *common law*, comme une « ...expression singulière pour désigner une jurisprudence fondée sur quelque base de législation plus conjecturale que connue, d'où les juges ont tiré successivement des décisions qui sont calquées les unes sur les autres et qui ont formé des règles judiciaires qu'on professe de suivre dans les jugements postérieurs. L'autre portion de la loi est composée de statuts ou lois positives faites par le Parlement en Angleterre et le Congrès en Amérique ». Il analyse la *common law* en l'associant à la règle de précédent et insiste sur le fait que « ...la loi commune n'est donc pas une loi écrite, une loi in terminis. Dans chaque décision, les juges professent qu'ils rendent un jugement semblable à celui qui a été rendu dans un cas du même genre. Ils ne prétendent point juger abstraitement ; au contraire, ils se défendent de cette imputation comme injurieuse à leur office ; ils ne sont, disent-ils, que les interprètes de cette loi qui est extraite de toutes les décisions antérieures », De la codification, section V, p. 356 et s. IN LEVY-ULMANN (Henri), *Le système juridique de l'Angleterre, Droit comparé*, LGDJ, 1999, Paris, p. 56.

Dans un second temps, Henri LEVY-ULMANN note sa préférence pour la définition donnée par BLACKSTONE, lequel voit en l'expression deux sens. Au sens étroit, le droit non écrit ou *common law* s'oppose au droit écrit, néanmoins le fait que le droit soit non écrit ne consacre pas pour autant son oralité, mais simplement son origine n'est pas légale. Au sens large, la *common law* ne constituerait pas l'ensemble du droit non écrit mais uniquement l'une de ses branches, à savoir les coutumes générales du royaume par opposition aux coutumes locales, Commentaires, I, p. 63 et s. IN Op. Cit. Supra. p.58-60.

<sup>7</sup> En Angleterre, terre de naissance de la *common law* : DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11<sup>ème</sup> édition, Précis, Dalloz, 2002, Paris, p. 221, dès le 14<sup>ème</sup> siècle, les juges des *common law courts* se prononçaient sur les pourvois en appel de manière individuelle, PATERSON (A), *The Law Lords*, University of Toronto Press, Toronto, 1982, p.104-109, IN L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidente : la voix de l'avenir ?* in *Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p.85-86. Les Cours de *common law* (qui appliquaient la *common law*) sont les anciens tribunaux de Westminster (*Court of Exchequer, Court of the King's Bench et Court of Common Pleas*). Elles furent fondues en une seule Cour, la *Supreme Court of Judicature*, par les lois de 1873 et 1875 sur l'organisation judiciaire, voir FRISON (Danièle), *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 3<sup>ème</sup> édition, Ellipses, 2005, Paris, p. 87 et s. ; Selon François-Henri BRIARD, cette méthode de travail individuelle s'inscrit, de manière précise, dans la tradition héritée du *King's Bench* qui exigeait que chaque membre de la Cour rédigeât sa propre opinion, *La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique et le procès équitable* in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, Dalloz, 2003, Paris, p. 515.

<sup>8</sup> « Ce double trait, qui devait demeurer, de la procédure anglo-saxonne est dès lors définitivement fixé : chaque juge a le droit d'expliquer publiquement son opinion sur les affaires qui sont soumises à la Cour où il siège. Son avis qu'il soit conforme ou non à la décision de la majorité est inscrit dans les recueils », PINTO (Roger), *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900-1930)*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Série de monographies de Droit public, Sirey, 1934, Paris, p. 32 et s.

la présentation des décisions sous forme d'opinions individuelles qui se suivent (*seriatim opinions*<sup>9</sup>). A l'époque contemporaine, les juges des Cours d'appel anglaises et notamment ceux de la Chambre des *Lords*<sup>10</sup> livrent individuellement leur position et doivent la fonder sur la raison essentielle qui les a conduit à se déterminer. L'originalité foncière de la procédure anglaise réside dans l'absence de décision motivée de la Chambre et dans la rédaction de différentes opinions individuelles<sup>11</sup>. Aussi, il n'existe pas à proprement parler en Angleterre d'opinions séparées mais plutôt des opinions individuelles.

3. Peut-être que l'oralité de la procédure anglaise<sup>12</sup> a favorisé cette forme originale de motivation, au sens large du terme. L'expression orale contribue justement à ce que chaque juge développe ses arguments personnels. Même si les Lords sont d'accord entre eux, il n'y a pas, sauf cas exceptionnel, de décision unique et jamais, en tout cas, de décision anonyme, puisque chaque juge doit individuellement développer sa position ou indiquer s'il entend se rallier à l'opinion de ses collègues. Il convient de se rappeler de l'origine anglaise de l'adage classique « *Justice must not only be done, but it must be seen to be done* » si souvent invoqué dans la jurisprudence européenne pour fonder les garanties procédurales du justiciable. Comme l'explique M. WEIR, « *si nous avons l'habitude de dire en toute occasion « Justice (...) », nous considérons aussi qu'il ne s'agit pas seulement de voir, mais aussi d'entendre* »<sup>13</sup>.

Néanmoins, l'absence d'opinion majoritaire peut poser de véritables difficultés dès lors que les motifs de la décision sont à rechercher dans les opinions multiples des juges. La décision est prise à la majorité des voix. Si le décompte des voix relève d'une opération de calcul, toute autre chose est de connaître les motifs de la décision. De manière générale, l'expression

---

<sup>9</sup> L'HEUREUX-DUBE (Claire), Op. Cit. Supra, p. 86.

<sup>10</sup> Pour l'organisation judiciaire anglaise, voir FRISON (Danièle), Op. Cit. Supra ; LEGEAIS (Raymond), *Grands systèmes de droit contemporains*, Approche comparative, Manuels, Litec, 2004, Paris, p. 51 et s., spécialement p.53-54.

<sup>11</sup> LENOIR (Noëlle), *La Chambre des Lords : A propos des projets actuels de réformes constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°3, disponible sur la page internet <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc3/cc3len.htm>, p. 4.

<sup>12</sup> WEIR (Tony), *Aspects du procès anglais* in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, Tome 39, Sirey, Dalloz, 1995, Paris, p. 193 et s.. Néanmoins, selon l'auteur, « *en matière civile, on peut noter une nette tendance à accentuer le rôle de l'écrit, (...) de la part des juges qui, moins enclins que jadis à rendre une décision au pied levé, ne lisent plus les opinions qu'ils ont rédigées, mais en distribuent des copies* » ; Noëlle LENOIR, Op. Cit. Supra, confirme que « *les speeches, qui ne sont plus prononcés oralement depuis 1963, sont imprimés et remis aux parties* ».

<sup>13</sup> Op. Cit. Supra.

individuelle ne facilite pas la détermination de la *ratio decidendi*, et partant la connaissance de l'état du droit.

4. En l'absence d'évolution de la pratique anglaise vers un autre modèle, la paternité américaine des opinions séparées est en réalité bien plus marquée. De nombreuses règles de droit anglaises ont été importés aux Etats-Unis et ont contribué à la mise en place de la *common law* américaine. L'expression des opinions séparées, telles qu'on les a identifiées et définies, s'explique historiquement par l'effet de la colonisation anglaise des Etats-Unis<sup>14</sup>.

L'identité imparfaite des deux systèmes juridiques se retrouve dans la mise en place de la possibilité pour les juges de la Cour suprême de formuler de véritables opinions séparées et non seulement des opinions individuelles. Pour Mme le Professeur ZOLLER, « *apparue au tout début du XIXème siècle dans la jurisprudence de la Cour suprême, l'opinion dissidente est un moyen terme entre deux manières de dire le droit, la manière de common law et la manière des droits romanistes* »<sup>15</sup>. Elle tire de la première l'exercice de l'expression des juges à titre personnel et de la seconde, la rédaction par la majorité des juges d'une seule et même décision rendue au nom de la Cour.

Par transposition du droit anglais, les juges de la Cour suprême ont dans un premier temps adhéré à la présentation de leurs décisions sous forme *seriatim*<sup>16</sup>. Si les opinions séparées sont apparues ultérieurement, le lien entre l'action de juger et l'engagement individuel des juges a toujours été présent. Pourtant, il était déjà des voix pour considérer que l'expression d'opinions individuelles pouvait constituer un facteur de limitation de l'autorité de la Cour. Celle de John MARSHALL, nommé Président de la Cour suprême en 1801, est la plus

---

<sup>14</sup> Pour un développement, voir LEGAIS (Raymond), *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Manuels, Litec, 2004, Paris, p. 104 et s. ; pour une vision plus sociologique, RUBIN (A.B.), *Rapport Louisianais, L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées Louisianaises)*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Tome XXIX, Economica, 1978, Paris, p. 213, « *La plupart des juges (...) estiment qu'il est de leur devoir d'atteindre une conclusion basée sur une logique intelligible et des arguments qui peuvent être évalués du point de vue de leur valeur juridique, et ensuite de présenter tant le raisonnement que la conclusion dans une opinion écrite. Cette opinion écrite est d'une grande importance dans notre système juridique qui, comme notre société, glorifie l'individu* ».

<sup>15</sup> ZOLLER (Elisabeth), *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis* in *La République*, Mélanges Pierre AVRIL, Montchrestien, 2001, Paris, p. 610.

<sup>16</sup> Définition Supra, p.2-3. Par exemple l'arrêt *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall. 419 (1793) (Vote de 4 contre 1), premier de la liste des arrêts cités par Marie-France TOINET, *La Cour suprême : les grands arrêts*, Histoire thématique des Etats-Unis, BONNET (Jean-Marie), VINCENT (Bernard) (dir.), PU de Nancy, 1989, p. 46. L'auteur a reproduit les extraits des opinions individuelles du Justice WILSON et du Chief Justice JAY. Selon Elisabeth ZOLLER, « *[les traditions de la common law] (...) ont exercé une profonde influence sur les méthodes de travail de la Cour. L'une d'entre elles veut que la justice soit rendue par des individus, non par un collègue anonyme. (...) Dès lors que les Etats-Unis ont puisé les sources de leur culture juridique dans la common law, il était dans l'ordre des choses que la pratique des jugements seriatim fût très naturellement retenue dès les premières années de fonctionnement de la Cour suprême et que les premiers arrêts fussent rendus sous cette forme* », *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, Paris, p. 32.

connue. Sous sa présidence, la présentation des décisions fut modifiée et l'expression individuelle laissa la place à une expression collégiale et anonyme. La pression du juge MARSHALL fut déterminante dans la disparition des opinions individuelles et ce malgré l'opposition du Président JEFFERSON. Sans déclarer leur abandon, il en découragea l'expression en marquant sa très nette faveur pour les décisions unanimes.

Suivant les époques et les Présidents, les juges de la Cour suprême s'autorisaient plus ou moins à exprimer une opinion contraire. L'habitude de la décision unique ayant été prise avec le juge MARSHALL sous la présidence duquel seules de rares exceptions sont à remarquer, ce n'est que peu à peu que les opinions séparées sont apparues plus nombreuses. Des personnalités marquantes ont contribué à la mise en place et au développement des opinions séparées. Le Juge JOHNSON, après qu'il eut été nommé en 1804 par le Président JEFFERSON, fit figure de trouble fête<sup>17</sup>. Sous la présidence du Juge TANEY, successeur du Juge MARSHALL, l'usage des opinions séparées s'est intensifié.

Plusieurs juges sont devenus célèbres par leurs opinions séparées qualifiées parfois de « véritables morceaux de littérature »<sup>18</sup>.

5. Du point de vue formel, la décision est divisée en cinq points. On y recense un résumé détaillé et chronologique des faits, un exposé des points de droit soulevés, l'analyse des motifs ou des raisons retenues par la Cour, le *holding* qui énonce la règle de droit et enfin le dispositif. La décision, intitulée *majority opinion* ou *opinion of the Court*, est ensuite signée par son auteur et les juges qui l'approuvent. Figurent en dernier lieu les éventuelles *concurring* et *dissenting opinions*<sup>19</sup>. Les opinions séparées sont imprimées, distribuées à la presse et publiées<sup>20</sup>.

En raison de leur fréquence, les opinions séparées n'ont pas toujours bonne presse. Récemment, il a été évalué que les opinions séparées concernent environ 70 % des *opinions* de la Cour suprême<sup>21</sup>. Sur la période comprise entre 1937 et 1980, les opinions séparées ont été sept fois plus nombreuses, les opinions dissidentes quatre fois plus et les opinions

---

<sup>17</sup> Son opinion séparée dans l'affaire *Huidekoper's Lessee v. Douglas* (7 U.S. (3 Cranch) 1, 72-73(1805)) rendue en 1805 fut d'autant moins appréciée que c'est le Président MARSHALL qui prononçait l'opinion majoritaire. Ayant été précédemment juge à la Cour suprême de Caroline du Sud, il était rompu à l'expression individuelle en vigueur au niveau des Etats.

<sup>18</sup> ZOLLER (Elisabeth), *Le droit des Etats-Unis*, Que sais-je ? PUF, 2001, Paris, p. 59.

<sup>19</sup> SEROUSSI (Roland), *Introduction au droit anglais et américain*, Dunod, 2007, Paris, p. 90.

<sup>20</sup> LERAT (Christian), *La cour suprême des Etats-Unis. Pouvoirs et évolution historique*, PU Bordeaux, 2003, p. 17.

<sup>21</sup> BRIARD (François-Henri), *Op. Cit.*, *Supra*, p. 515.

concordantes, dix fois<sup>22</sup>. En plus de cette multiplication significative des opinions séparées, la pratique américaine a fait apparaître « *une forme de dissidence très déstabilisante pour le citoyen : celle des plurality opinions* »<sup>23</sup>. Ainsi lorsque la majorité requise d'au moins 5 juges ne se retrouve pas sur l'ensemble des points à examiner, l'arrêt est rendu à la pluralité des voix, ce qui signifie que pour chaque question les juges indiquent s'ils approuvent ou non l'opinion de leurs collègues<sup>24</sup>.

6. Néanmoins, aux Etats-Unis, l'expression d'opinions séparées se rattache à une tradition de transparence qui n'empêche pas les arrêts de la Cour suprême de s'imposer. Selon Mme le Juge GINSBURG, le fait qu'une majorité décide de la teneur de la décision sans pour autant cacher les interprétations divergentes exprime la solidité de leur système juridique<sup>25</sup>.

### L'identification et la définition des opinions séparées

7. La doctrine française entretient une confusion en utilisant les termes « opinions dissidentes » pour désigner l'ensemble des opinions séparées. Par exemple, le plaidoyer du Professeur ROUSSEAU pour leur admission au Conseil constitutionnel s'intitule « Pour les opinions dissidentes »<sup>26</sup>. Or, les opinions dissidentes ne représentent qu'une des deux formes d'opinions séparées.

Certes, cet amalgame peut s'expliquer par le fait que toutes les opinions séparées expriment une dissidence, c'est-à-dire un désaccord avec la décision majoritaire. Malgré cela, l'utilisation des seuls termes « opinions dissidentes » est impropre puisqu'elle ne reflète pas la diversité des opinions séparées.

---

<sup>22</sup> O'BRIEN (David), *Storm Center : The Supreme Court in American Politics*, 2<sup>ème</sup> édition, Norton & Co., 1990, New-York, p.309-312 cité par MORTON (Frederick L.), *La rédaction des opinions de la Cour suprême*, Pouvoirs 1991, n°59, p. 45 et s.

<sup>23</sup> MASTOR (Wanda), *Contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille, 2001, p. 131.

<sup>24</sup> Pour exemples, l'arrêt *Gregg v. Georgia*, (428 US 153 (1976)) et l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (505 US 833 (1992)).

<sup>25</sup> LENOIR (Noëlle), *Entretien avec Mmes Sandra Day O'CONNOR et Ruth GINSBURG, Membres de la Cour suprême*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°5, 1998, p. 49.

<sup>26</sup> ROUSSEAU (Dominique), *Pour les opinions dissidentes in Droit constitutionnel*, Mélanges Patrice GELARD, Montchrestien, 2000, Paris, p. 327. Déjà, Les Cahiers du Conseil constitutionnel avaient publié avec sa collaboration une très riche étude intitulée « *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles* », n°8, 2000, p. 80.

Comme les opinions séparées sont nées aux Etats-Unis<sup>27</sup>, ce point essentiel mérite d'être éclairci par référence à la distinction terminologique employée pour parler des méthodes de travail de la Cour suprême. Or, si l'existence de deux types d'opinions séparées est nette, la diversité des termes utilisés pour les désigner ne facilite pas leur identification.

Mme le Professeur ZOLLER explique, au début d'une contribution importante<sup>28</sup>, qu'aux Etats-Unis les termes « opinions séparées », qu'elle traduit par « *separate opinions* », désignent à la fois les « opinions individuelles » (*concurring opinions*) et les « opinions dissidentes » (*dissenting opinions*). Cependant, cette précision étant apportée, à aucun moment l'auteur ne reprendra les termes « opinions séparées »<sup>29</sup>. Bien au contraire, elle définira les deux catégories d'opinions séparées après les avoir rassemblées sous le vocable unique d'opinions dissidentes. Ce manque de clarté vient de ce qu'en anglais, les mots « *separate opinions* » signifient en fait « opinions individuelles » ou « *concurring opinions* » et non pas opinions séparées<sup>30</sup>.

8. Le choix français de parler d'opinions dissidentes n'est donc pas incorrect puisqu'il peut se recommander d'une fidélité au droit américain<sup>31</sup> mais il reste discutable. Il oblige à reprendre les mêmes termes d'opinions dissidentes pour désigner à la fois l'ensemble des opinions séparées et la catégorie particulière des opinions dissidentes.

Ce problème d'utilisation d'une même expression pour désigner des éléments distincts se retrouve en droit international. Par exemple, à la CIJ, les juges sont autorisés à exposer leur

---

<sup>27</sup> Elles sont apparues dans la jurisprudence de la Cour suprême au XIXe siècle : ZOLLER (Elisabeth), Op. Cit. Supra, p. 610.

<sup>28</sup> ZOLLER (Elisabeth), Op. Cit. Supra, p. 609.

<sup>29</sup> L'intitulé lui-même ne vise que l'opinion dissidente.

<sup>30</sup> FLAUSS (Jean-François), *Opinion dissidente* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris, p. 941. La comparaison des titres français et anglais de la thèse de Ijaz HUSSAIN est éloquent ; écrite en français sous le titre : *Le rôle dialectique des opinions dissidentes et individuelles dans le développement du droit international à la CIJ*, Thèse de doctorat, 1974, Nice, elle sera publiée dans une version augmentée sous le titre : *Dissenting and separate opinions at the World Court*, Martinus Nijhoffs Kluwer Academic Publishers, 1984, Dordrecht, Boston.

<sup>31</sup> Seule l'expression d'opinion dissidente fait l'objet d'une définition dans le dictionnaire de Jean-Jacques LAVENUE, elle est traduite ainsi ; « *Dissenting opinion* (= *opinion contraire*) : à celle de la majorité que l'un des membres de la Cour Suprême peut demander à exprimer à la suite d'un jugement de la Cour. On parle aussi de « *dissents* » », LAVENUE (Jean-Jacques), *Dictionnaire de la vie politique et du droit constitutionnel américains*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 1995, Paris, p. 71.

« opinion individuelle »<sup>32</sup> qui peut consister soit en une « opinion individuelle » proprement dite soit en une « opinion dissidente »<sup>33</sup>.

Une terminologie approximative<sup>34</sup> n'a pas les mêmes conséquences selon qu'elle concerne des juridictions rompues à l'utilisation des opinions séparées ou les juridictions judiciaires.

Toute personne familiarisée à la pratique de la Cour EDH connaît l'appellation générique des « opinions séparées » qui désigne à la fois « les opinions concordantes » et les « opinions dissidentes » des juges. Employant une terminologie bien précise, l'article 74 §2 du Règlement intérieur de la Cour dispose que « *Tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment* »<sup>35</sup>. Nous retiendrons la terminologie de cet article.

9. L'identification des opinions séparées peut être approfondie grâce à leur définition. Nous proposons d'appréhender les opinions séparées comme des opinions personnelles que les juges sont autorisés à rédiger pour expliquer les raisons de leur absence d'adhésion en tout ou partie à la décision majoritaire et qui font l'objet d'une publication à ses côtés.

Cette définition se fonde sur la matérialité des opinions, c'est-à-dire leur publication sur un support distinct de celui de la décision. La redondance entre la qualité « personnelle » des opinions et la cause de leur rédaction, à savoir une non-adhésion à l'ensemble de la décision majoritaire, permet d'insister sur l'expression d'une désolidarisation de la décision collégiale. Néanmoins, elle fournit d'autres renseignements comme l'absence d'obligation pour les juges d'avoir recours à la rédaction des opinions et l'accessibilité du public à leur contenu.

Il n'est pas aisé de trouver un synonyme au terme « opinion ». Le mot « position » risquerait de laisser entendre qu'il s'agit pour le juge d'indiquer de manière très succincte le sens de son vote. Pour cette même raison, il n'est pas non plus approprié de parler d'« avis ». Il y a en revanche un intérêt véritable à conserver le terme « opinion » en raison de son aptitude à

---

<sup>32</sup> Article 57 du Statut, disponible sur le site <http://www.icj-cij.org>.

<sup>33</sup> Article 95 §2 du Règlement, Op. Cit. Supra.

<sup>34</sup> Telle que celle qui ressort du *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU. Sous le terme « *Opinion* », on trouve « - *dissidente. Exposé officiel, par un membre d'une juridiction internationale, de son dissentiment à l'égard d'une décision prise par cette juridiction et des motifs de ce dissentiment* » et « - *individuelle. Exposé officiel, par un membre d'une juridiction internationale, de son désaccord sur les motifs d'une décision rendue par cette juridiction dont il accepte par ailleurs le dispositif* », CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée avec locutions latines, Quadriga, PUF, 2005, Paris, p. 624.

<sup>35</sup> Consultation de la version de juillet 2006 sur le site <http://www.echr.coe.int>. Il n'existe aucune ambiguïté dans l'utilisation des différents termes puisque l'article 45 §2 de la Convention révisée par le Protocole n°11 dispose « *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ».

désigner les idées émises par la doctrine<sup>36</sup>. Indiquer que l'objet d'une opinion séparée réside dans l'explication des raisons d'un désaccord conduit à opérer une distinction avec un autre moyen d'exprimer son désaccord ; la déclaration. L'article 95 §2 du Règlement de la CIJ vise la déclaration de manière bien précise en indiquant qu' « ...un juge qui désire faire constater son accord ou son dissentiment sans en donner les motifs peut le faire sous la forme d'une déclaration »<sup>37</sup>. Opter pour la déclaration permet simplement au juge de se libérer du secret qui entoure son vote. De telles déclarations sont d'un moindre intérêt puisqu'elles ne fournissent aucun élément d'explication. Faire constater son désaccord permet simplement au juge de décharger sa conscience. De la même façon, il fera constater son accord dans une unique volonté de transparence de son vote.

10. Dès lors que le juge souhaite donner les motifs de son accord ou de son désaccord avec la décision majoritaire, il va rédiger l'une des deux catégories d'opinions séparées. Celles-ci se distinguent entre elles par leur objet. Dans le cas des opinions concordantes, l'objet est d'expliquer les raisons personnelles d'un accord avec la décision majoritaire et dans celui des opinions dissidentes, il s'agit d'explicitement les raisons d'un désaccord avec la décision majoritaire. Cette définition selon l'objet permet de mettre en exergue un point de distinction essentiel quant à la répartition des votes. Le vote de l'auteur d'une opinion concordante sera comptabilisé dans la majorité et celui de l'auteur d'une opinion dissidente dans la minorité. Ainsi, la faculté de contester la décision est large puisque même si un juge fait partie de la majorité, il a le droit d'exprimer son point de vue personnel.

11. L'objet de la non-adhésion doit être affiné. Il portera dans le cas d'une opinion concordante sur les seuls motifs de la décision majoritaire, à la différence d'une opinion dissidente qui exprime quant à elle un désaccord quant au dispositif.

Une opinion concordante consiste donc en une opinion d'un juge qui approuve le dispositif de la décision mais pour des motifs qui lui sont propres et une opinion dissidente, en une opinion qui marque le désaccord du juge quant au dispositif.

Il est préférable de parler de « motifs propres » plutôt que de « motifs différents de ceux énoncés par la majorité » car les opinions concordantes n'expriment pas toujours un désaccord profond avec la motivation de la majorité. Le juge peut simplement estimer que certains points méritent d'être précisés ou développés. Une opinion concordante sert tout

---

<sup>36</sup> Voir. Infra.

<sup>37</sup> Op. Cit. Supra.



autant à exprimer une critique du raisonnement suivi par la majorité qu'à ajouter des points de droit ignorés de la décision ou reprendre ceux, déjà énoncés, qu'il juge insuffisamment traités. Chaque type d'opinions séparées correspond donc à une logique spécifique. Les opinions concordantes reviennent sur l'exposé de la décision dans le but d'expliquer le cheminement intellectuel personnel par lequel le juge est parvenu à sa prononciation dans le même sens que la majorité. Les opinions dissidentes permettent d' « ...*explicitement un désaccord frontal* »<sup>38</sup>.

12. Les opinions séparées peuvent aussi être définies en fonction de leurs auteurs. Si un juge écrit seul son opinion séparée, le titre de celle-ci indiquera sa nature, concordante ou dissidente<sup>39</sup>, suivie du nom de l'auteur. Lorsque plusieurs juges collaborent à la rédaction d'une opinion séparée, celle-ci sera souvent dite « commune ».

### Le statut juridique des opinions séparées

13. Il ressort des écrits relatifs à l'examen des opinions séparées de divers systèmes juridiques une nette tendance à les considérer comme de la doctrine. André TUNC analysait ainsi les opinions séparées des juges américains<sup>40</sup>. M. LAMBERT et M. LAURIN voient tous deux les opinions séparées des juges à la Cour EDH comme l'instrument de construction d'un véritable corps de doctrine<sup>41</sup>. Le Professeur CARREAU explique qu'en matière internationale, et plus spécialement à la CIJ, la doctrine a en général été utilisée de manière silencieuse, sauf justement à apparaître de manière explicite dans les opinions séparées des juges ou des arbitres internationaux<sup>42</sup>. Les opinions séparées seraient l'expression d'une doctrine qui s'expose au grand jour.

Pour le Professeur ORAISON, « ...*les juges internationaux incarnent la doctrine finalisée engagée dans des procédures de nature contentieuse lorsqu'ils rédigent en conscience des*

---

<sup>38</sup> Entretien avec Jean-Paul COSTA, alors Vice-Président de la Cour EDH (2001), désormais Président de la Cour EDH.

<sup>39</sup> Le titre peut qualifier l'opinion du juge d'opinion « partiellement concordante » ou « partiellement dissidente » lorsque l'affaire porte sur plusieurs points, il ne s'agit que de variantes des deux catégories d'opinions séparées.

<sup>40</sup> TUNC (André), *L'importance de la doctrine dans le droit des Etats-Unis*, Droits 1994, n°20, p. 77.

<sup>41</sup> LAMBERT (Pierre), *Les opinions séparées de M. le Juge PETTITI* in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p. 26 ; LAURIN (Yves), *L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, GP 5 janvier 1993, Doctrine, p. 13.

<sup>42</sup> CARREAU (Dominique), *Droit international*, 9<sup>ème</sup> édition, Pedone, N°1, 2007, Paris, p.296-297.

*opinions séparées qui sont autant de commentaires critiques des décisions de justice* »<sup>43</sup>. Cet auteur développe une intéressante analyse de la superposition de la doctrine des praticiens qu'il nomme « *doctrine d'action* » ou « *doctrine finalisée* » à la doctrine de théoriciens purs appelée « *doctrine de réflexion* » ou « *doctrine académique* ». Il définit la doctrine comme un ensemble diversifié dans lequel sont admis ceux qui peuvent se prévaloir des deux critères que sont la compétence et l'indépendance et il en est ainsi, dans le principe, des juges. Selon lui, la rédaction d'une opinion séparée n'a pas à voir avec les travaux doctrinaux ordinaires puisqu'elle intervient dans le cadre de l'exercice des fonctions du juge. Ainsi, lorsqu'ils rédigent une opinion séparée, les juges se soustraient à la doctrine académique, dont ils dépendent relativement à leur activité doctrinale hors leurs fonctions juridictionnelles, pour incarner la doctrine finalisée lorsqu'ils agissent en matière contentieuse. « *Emises en toute impartialité, les opinions individuelles et dissidentes sont des productions doctrinales ciblées et plus ou moins critiques qui complètent généralement celles de la doctrine académique...* »<sup>44</sup>.

14. Les opinions séparées apparaissent donc comme un mode d'expression qui emprunte au juge inscrit dans sa fonction ses caractéristiques de compétence et d'indépendance, tout comme il les emprunte aux membres de la doctrine universitaire.

Le caractère doctrinal des opinions séparées a été mis quelque peu en doute par les Professeurs JESTAZ et JAMIN justement au motif tiré de l'absence d'indépendance d'un juge qui commente de l'intérieur<sup>45</sup>. Le fait que les opinions séparées soient liées matériellement à la décision peut certes conforter l'idée d'une dépendance de leurs auteurs par rapport à l'institution à laquelle ils appartiennent. Néanmoins, la liberté du juge de faire savoir publiquement qu'il ne peut adhérer en tout ou partie à la décision rendue par la majorité est une belle preuve d'indépendance. Il paraît difficile de nier aux opinions séparées le statut de doctrine en raison d'une absence d'indépendance du juge alors que c'est précisément dans celles-ci qu'il exprime son indépendance.

La diversité des opinions émises dans les opinions séparées et les controverses qui peuvent s'en dégager font encore songer à la doctrine universitaire. Mmes les Professeurs BELLEAU et JOHNSON présentent les opinions séparées dans le système judiciaire canadien sous un angle singulier. Selon elles, les opinions séparées se situent dans l'espace de noétique qu'elles

---

<sup>43</sup> ORAISON (André), *L'influence des forces doctrinales académiques sur les prononcés de la C.P.J.I. et de la C.I.J.*, RBDI, vol XXXII, Bruylant, 1999-1, Bruxelles, p. 207.

<sup>44</sup> Op. Cit. Supra, p. 229.

<sup>45</sup> JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *L'entité doctrinale française*, D. 1997, Chron., p. 170.

définissent comme un espace au sein du droit dans lequel la raison rencontre l'imaginaire dans le but de tester le monde des possibles en identifiant ses limites<sup>46</sup>. Cette définition met en valeur la pluralité des types de dissidences et ainsi leur richesse.

15. On trouve une ambivalence dans le statut juridique des opinions séparées qui, sans osciller entre doctrine et jurisprudence<sup>47</sup>, laisse apparaître qu'il est difficile de l'enfermer dans une logique uniquement doctrinale. Utiliser le terme de doctrine pour désigner les opinions séparées n'est pas faux car il traduit correctement le rôle explicatif, dialectique des opinions séparées mais il est incomplet à un double titre.

Déjà, il faudrait, pour bien distinguer la doctrine des universitaires de celle des juges, parler de doctrine judiciaire<sup>48</sup>. La différence est essentielle puisque les juges apportent dans leurs opinions des éléments de compréhension auxquels les universitaires n'ont pas accès.

Surtout, leur fonction doctrinale donne l'impression de n'être qu'un aspect des opinions séparées et risque de les enfermer dans un statut trop étroit. L'analyse des opinions séparées sous cet unique angle n'est pas satisfaisante car la qualité de l'auteur de l'opinion séparée permet d'aller plus loin. La perspective d'utiliser le juge comme élément pivot d'une nouvelle fonction des opinions séparées doit donc être envisagée.

Pour ce faire, on pourra s'inspirer de la pratique anglo-américaine au sein de laquelle les juges rédigent des opinions séparées pour répondre à leur devoir d'assumer publiquement leurs positions. Selon Mme le Professeur ZOLLER, « *pour comprendre l'attachement des*

---

<sup>46</sup> BELLEAU (Marie-Claire), JOHNSON (Rebecca), *Les opinions dissidentes in Les méthodes de jugement*, Cycle de conférences annuelles, Grand'Chambre de la Cour de cassation, Cinquième conférence, 18 octobre 2005 disponible sur la page internet : [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18\\_10\\_2005\\_intervention\\_belleau\\_johnson.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18_10_2005_intervention_belleau_johnson.pdf), p. 18 et s.

<sup>47</sup> Les opinions séparées ne font pas juridiquement partie de la décision, leur publication dans un document différent renforce l'absence d'assimilation possible à de la jurisprudence. Les opinions séparées n'ont pas de statut normatif au contraire de la jurisprudence. L'analyse menée par Wanda MASTOR conduit l'auteur à indiquer que les opinions séparées «...se limitent à exposer un point de vue alternatif à celui de la majorité...[Tandis que] l'acte juridictionnel est normatif en ce sens qu'il produit des effets de droit : l'interdiction ou la permission d'une conduite sont contenues dans la dispositif de la décision », *Contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, Thèse de doctorat, 2001, Aix-Marseille 3, p. 39. Cette thèse a été publiée, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, PU Aix Marseille, Economica, Paris, 2005.

<sup>48</sup> Tout en reconnaissant l'apport doctrinal des opinions séparées, Wanda MASTOR propose de qualifier les opinions séparées de « métalangage constitutif », pour signifier que les opinions séparées sont, parce qu'indissociablement liées à la jurisprudence, un langage constitutif du langage prescriptif qu'est la jurisprudence constitutionnelle. De manière synthétique, pour l'étude des opinions séparées en tant que langage, l'auteur indique avoir retenu la théorie des niveaux du langage introduite par les philosophes de la logique, laquelle appliquée au langage juridique conduit à distinguer le langage du droit et le langage sur le droit, le 1<sup>er</sup> correspondant au langage prescriptif des autorités normatives, le 2<sup>nd</sup> au langage descriptif portant sur le 1<sup>er</sup> dit métalangage principalement constitué de celui des commentateurs. Les opinions séparées seraient ainsi une sorte de métalangage infra-prescriptif mais supra-descriptif, Op. Cit. Supra, p. 43 et s. Pour Judith VAILHE, les opinions séparées représentent «...le corps de doctrine parfait », *Les opinions individuelles des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, lecture de la jurisprudence sur le cumul des fonctions judiciaires*, Thèse de doctorat, 2002, Paris, p. 169.

*Américains à la pratique de l'opinion dissidente, il ne faut jamais perdre de vue qu'aux Etats-Unis, les juges sont par la force des choses politiquement responsables à raison de leurs conditions de nomination », «...politiquement, qu'ils réalisent les espoirs placés en eux ou qu'ils les déçoivent, dans tous les cas ils ne peuvent pas ne pas rendre compte et s'expliquer »<sup>49</sup>. Cet éclairage nouveau des opinions séparées relance en tout cas la question de leur statut juridique.*

### Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français<sup>50</sup>

16. Les opinions séparées sont un sujet sensible en France car la doctrine majoritaire considère qu'elles heurtent de manière frontale le secret du délibéré<sup>51</sup>. Ce principe applicable à l'ensemble des institutions juridictionnelles est très ancré dans la tradition française d'élaboration des décisions de justice. La perspective de les autoriser non pas devant les juridictions judiciaires mais au Conseil constitutionnel a déjà été sérieusement envisagée. A cette occasion, un courant doctrinal hostile s'est constitué. La mise en garde du Doyen VEDEL résonne encore, « *A qui voudrait porter malheur au Conseil, j'offre deux recettes infaillibles, confier au Conseil l'élection de son président et admettre les opinions dissidentes* »<sup>52</sup>.

17. Parfois, le prétexte de leçons de l'Histoire dont on aurait oublié les dangers est avancé à l'encontre des opinions séparées<sup>53</sup>. La période révolutionnaire, en réaction aux abus des

---

<sup>49</sup> ZOLLER (Elisabeth), *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis* in *La République*, Mélanges Pierre AVRIL, Montchrestien, 2001, Paris, p. 618.

<sup>50</sup> Le cadre de notre recherche se rapportant aux juges de l'ordre judiciaire, ce sont essentiellement les juges professionnels réunis au sein d'une formation collégiale qui sont concernés. L'expression d'opinions séparées suppose une collégialité ainsi les juges uniques ne sont pas visés, même si la légitimité du juge d'instruction a catalysé de virulentes critiques. En revanche, dans un souci d'approfondissement, les juges occasionnels n'ont pas été exclus.

<sup>51</sup> CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2006, Paris, n° 703, p. 450, DEUMIER (Pascale), *Création du droit et rédaction des arrêts de la Cour de cassation* in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Tome 50, Dalloz, 2007, Paris, p. 68.

<sup>52</sup> VEDEL (Georges), *Préface* in ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, 7<sup>ème</sup> édition, Domat droit public, Montchrestien, Paris, 2006, p. 9.

<sup>53</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges* in *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 192.

Parlements<sup>54</sup>, a été marquée par la volonté de contrôler l'action des juges<sup>55</sup>. Ainsi, l'article 10 de la loi du 3 brumaire an II<sup>56</sup> a posé comme principe que dorénavant les juges devront délibérer en public et se prononcer individuellement sur la cause à juger. Si le seul épisode durant lequel les opinions individuelles furent connues du système français est effectivement lié au régime de la Terreur<sup>57</sup>, les données de l'époque ont aujourd'hui disparues<sup>58</sup>.

18. Un argument plus sérieux consiste à craindre que les opinions séparées portent atteinte à l'autorité de la justice. Laisser les juges s'exprimer individuellement pourrait fragiliser les décisions de justice en laissant apparaître qu'une même question juridique peut donner lieu à des interprétations différentes. Il est admis que les juges n'ont pas le droit de faire savoir si une décision a été prise à l'unanimité ou à la majorité afin de préserver son autorité, en cachant l'existence d'un désaccord entre les juges. Ainsi, peut-on valablement s'interroger sur l'éventuel effet désastreux d'une opinion séparée. Non seulement elle révèle l'existence d'un dissentiment du juge mais encore elle éclaire les faiblesses de la décision. La publicité des

---

<sup>54</sup> Les Parlements de l'Ancien Régime, concentrant des pouvoirs tant politiques que juridictionnels, avaient revendiqué le pouvoir de contrôler la législation royale et que leurs abus avaient fini par paralyser le système législatif, conduisant le pays à la Révolution. Voir pour le droit de remontrances des parlements et leur fonction juridictionnelle, BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte), GAUDEMET (Jean), *Introduction historique au droit XIIIème-XXème siècles*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2003, Paris, p. 294 et s.

<sup>55</sup> Le mouvement de défiance à l'égard des juges se traduisit principalement par l'adoption de diverses dispositions destinées à affaiblir leur pouvoir. Mentionnons pour mémoire la loi des 16 et 24 août 1790 dont l'article 10 dispose « *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* », ainsi que la procédure du référé législatif et l'interdiction des arrêts de règlement, voir dans ce sens, PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Domat droit privé, Montchrestien, 2006, Paris, p. 25 et s. et la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790 qui créa le Tribunal de cassation, chargé de juger de l'excès de pouvoir du juge judiciaire, voir CADIET (Loïc), *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> édition, Litec, 1998, Paris, p. 122. Pour assurer au mieux ce contrôle, le système de l'élection des juges a succédé à cette époque à la vénalité des offices, voir dans BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte), GAUDEMET (Jean), *Op. Cit. Supra*, p. 343 et s. Pour Michèle-Laure RASSAT, qui envisage les inconvénients posés par ce nouveau système de nomination, remplacer la vénalité des offices par l'élection « *...correspondait à une logique de séparation des pouvoirs mais créait une dépendance à l'égard des électeurs et, en pays latin, un risque de corruption sans pour autant offrir des garanties de savoir et de sagesse* », *Institutions judiciaires*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1996, Paris p. 16.

<sup>56</sup> Loi du 3 brumaire an II= 24 octobre 1793, Sirey, *Lois annotées 1789-1830*, p. 270.

<sup>57</sup> « *Tout le système de la Terreur était là* » (Louis Blanc), cité par CORNU (Gérard), FOYER (Jean), *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, 1996, Paris, p. 573. Cet épisode a pris fin assez rapidement avec le rétablissement par les Constituants de l'an III du secret du délibéré, article 208 de la Constitution du 5 fructidor an III= 22 août 1795, Sirey, *Lois annotées 1789-1830*, p. 338.

<sup>58</sup> La conjugaison du système de l'élection directe et de l'obligation d'opiner individuellement à haute voix retenait la liberté des juges, les empêchaient de juger en toute indépendance des justiciables qui, en leur qualité de citoyen, étaient à l'origine de leur élection. De plus, en cas de vacance des juges la Convention procédait elle-même à leur nomination, « *La Convention voulut également peser directement sur le recrutement des juges. Les décrets des 7 octobre 1793, 19 février et 13 mars 1794 l'autorisèrent à pourvoir elle-même aux vides qui se produisaient dans le corps judiciaire, sans qu'il soit procédé à aucune élection* », ROUSSELET (Marcel), *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Tome 1, Librairie Plon, 1957, Paris, p. 147.

opinions séparées risquerait d'amoindrir l'intérêt porté à la décision majoritaire pour concentrer l'attention sur les dissensions entre les juges.

19. De nombreuses Cours suprêmes étrangères et supranationales organisent l'expression d'opinions séparées sans qu'il soit question de les abandonner. Cela signifie que l'argument tiré de l'atteinte à l'autorité de la justice ne s'est pas réalisé en pratique. Plusieurs exemples tendent même à démontrer que les opinions séparées ont plutôt favorisé la légitimité de ces juridictions. Selon M. LAURIN, elles traduisent la liberté d'opinion du juge européen<sup>59</sup>. Mme le Juge L'HEUREUX-DUBE estime qu'au Canada les opinions séparées « ...ont favorisé le foisonnement de concepts et de solutions juridiques, sans toutefois condamner les tribunaux à une dissonance dysfonctionnelle »<sup>60</sup>. M. HUSSAIN les analyse dans sa thèse comme « ...une source de progrès dans le développement du droit international »<sup>61</sup>.

20. Or, le système judiciaire français repose sur une tradition de collégialité qui se traduit par des décisions collectives et impersonnelles. Lorsque la faculté d'écrire une opinion séparée est exercée, elle a pour effet inverse de faire apparaître les désaccords et d'individualiser les juges. Le secret du délibéré est une règle essentielle du droit processuel français qui est issue d'une longue tradition<sup>62</sup>. Etant pensé comme un moyen de protéger le juge contre d'éventuelles représailles des parties, il fait l'objet d'une conception stricte<sup>63</sup>.

En brisant le mythe de la solution unique, les opinions séparées chambouleraient la tradition juridique française du secret. Le Président ANCEL les a ainsi qualifiées de « *quasi-tabou de*

---

<sup>59</sup> LAURIN (Yves), *Le secret du délibéré*, D. 2007, Entretien, p. 856.

<sup>60</sup> L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidente : la voix de l'avenir ?* in *Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 85.

<sup>61</sup> HUSSAIN (Ijaz), *Le rôle dialectique des opinions dissidentes et individuelles dans le développement du droit international à la CIJ*, Thèse de doctorat, 1974, Nice, p. 17.

<sup>62</sup> Selon Robert JACOB, « Dès la fin du 13<sup>ème</sup> siècle, [le secret du délibéré] est déjà un des éléments principaux du serment que les conseillers du Parlement devaient au roi (...) A l'évidence, le culte du secret et son lien au serment a rapport avec la dépersonnalisation prononcée qui caractérise l'exercice de la justice depuis le Moyen Age. Tout acte de justice est rendu au nom du roi (comme il l'est aujourd'hui au nom du peuple français) et dans cette souveraineté abstraite se dissolvent les opinions individuelles, désormais indicibles », JACOB (Robert), *Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale in Juger les juges, Du Moyen Age au Conseil Supérieur de la magistrature*, Collection Histoire de la justice, AFHJ, Actes du colloque des 5-6 décembre 1997, La documentation française, 2000, Paris, p. 17.

<sup>63</sup> Le secret du délibéré trouve «...[sa] justification la plus évidente (...) dans la nécessité de soustraire le juge à toute pression extérieure qui pourrait altérer sa sérénité au moment de la décision... », PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Domat, droit privé, Montchrestien, 2006, Paris, p. 482.

notre procédure »<sup>64</sup>. C'est pourquoi leur étude dans l'ordre judiciaire français apparaît, au premier abord, assez incongrue.

21. Pourtant, le système judiciaire souffre d'un déficit démocratique très difficile à résorber. L'opinion publique a pris l'habitude de réclamer une responsabilité accrue des juges en contrepartie des pouvoirs exorbitants qu'ils détiennent<sup>65</sup>. Les gouvernements qui se succèdent tentent de répondre à cette attente sans jamais y parvenir. Aussi le sujet de la responsabilité des juges tient-il encore une grande place dans la doctrine.

De manière générale, la médiatisation croissante des affaires judiciaires a révélé les erreurs et les lenteurs de la justice<sup>66</sup>. Le traitement des dossiers Vuillemin, Dils, Raddad, ou Louis est toujours perçu dans l'esprit collectif comme un échec non assumé par les juges. Ce sentiment a eu pour effet de ternir l'image d'une justice soupçonnée en outre de manquer d'indépendance dans la conduite de certaines affaires. Les justiciables ont de plus en plus de difficultés à accorder leur confiance à un système montré comme défaillant et soumis. La crainte d'être eux-mêmes confrontés à des abus est très présente.

Le point culminant de la crise identitaire de la justice a certainement été atteint avec l'affaire d'Outreau. Les auditions des magistrats par la Commission d'enquête parlementaire ont montré à un public sensibilisé, les faiblesses du fonctionnement de l'institution judiciaire. La pression médiatique, qui s'est exercée par la diffusion télévisuelle et le compte-rendu dans la presse quotidienne des auditions, pouvait laisser croire qu'il était inévitable que ce scandale débouche sur une refonte de la responsabilité des juges.

Des enseignements importants ont été tirés de l'affaire d'Outreau. En effet, la procédure pénale a été largement modifiée par la loi du 5 mars 2007<sup>67</sup>. L'effet positif sur ce point est

---

<sup>64</sup> ANCEL (Jean-Pierre), *Les opinions dissidentes* in *Les méthodes de jugement*, Cycle de conférences annuelles, 5<sup>ème</sup> conférence, 18 octobre 2005, Grand'chambre de la Cour de cassation, disponible sur la page internet : [http://www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2005\\_2033/ancel\\_br\\_8097.html?idprec=8096](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/ancel_br_8097.html?idprec=8096), p. 2.

<sup>65</sup> JEAN (Jean-Paul), *Evaluation et qualité* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris, p. 481.

<sup>66</sup> Pour une analyse du phénomène de médiatisation de la justice, voir DELMAS-MARTY (Mireille), *Justice télévisée ou médias justiciers ?* in *Mettre l'homme au cœur de la justice*, Mélanges en hommage à André BRAUNSCHWEIG, AFHJ, Litec, 1997, Paris, p. 151 et s. ; SOULEZ LARIVIERE (Daniel), *La dictature des médias* in *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, SOULEZ LARIVIERE (Daniel), DALLE (Hubert) (dir.), Laffont, 2002, Paris, p. 275 et s. ; FRANCOIS (Lyn), *La médiatisation du procès pénal*, Thèse de doctorat, 2001, Limoges.

<sup>67</sup> Loi n°2007-291, JO 6 mars 2007, disponible sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>.

incontestable puisque plusieurs dispositions, qui renforcent les droits des parties, sont intervenues<sup>68</sup>.

Pourtant, l'occasion a encore été manquée d'apporter une réponse forte au déficit de confiance en l'institution judiciaire. Comme le souligne justement le Professeur FRANCOIS : « *les sondages d'opinion montrent régulièrement que la justice est une institution qui suscite la défiance et dont le fonctionnement est vivement critiqué (...) on peut noter une attente jamais démentie de réformes de l'institution judiciaire* »<sup>69</sup>.

S'inscrivant dans une tendance permanente à réformer, l'ancien Ministre de la justice CLEMENT avait présenté dans son discours sur la réforme de la justice à l'Assemblée nationale<sup>70</sup> des propositions relatives à la responsabilité des juges judiciaires. Le gouvernement en fin d'exercice n'entendait pas entreprendre une réforme générale du régime de la responsabilité en vigueur et cette attitude avait été justement dénoncée de l'intérieur même du système judiciaire. Le Procureur général NADAL avait profité de son discours lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 8 janvier 2007 pour insister sur le fait que l'institution à laquelle il appartient était en train de vivre « *une crise majeure* » nécessitant bien plus que des ajustements de procédure<sup>71</sup>. L'effet d'annonce s'était donc assez vite estompé pour laisser place à la critique de la pauvreté du projet.

Il est tout de même surprenant que les pouvoirs publics ne se soient pas plus inspirés de la doctrine foisonnante sur cette question de la responsabilité<sup>72</sup>, alors que de nombreux membres rivalisent de « recettes » pour en finir avec l'impression d'impunité des juges malgré les fautes qu'ils peuvent commettre. Le 4 avril 2006, le Doyen GUINCHARD était d'ailleurs

---

<sup>68</sup> PRADEL (Jean), *Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. A propos de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007*, JCP 2007, I, 138, p. 13 et s. ; BUISSON (Jacques), *Equilibre de la procédure pénale*, Procédures avril 2007, n°4, p. 5 et s.

<sup>69</sup> FRANCOIS (Bastien), *Opinion (des justiciables)* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris, p. 937.

<sup>70</sup> Discours de Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Réforme de la justice, Assemblée nationale - 14 décembre 2006, disponible sur la page internet : <http://www.justice.gouv.fr/discours/d141206.htm>.

<sup>71</sup> Discours de Jean-Louis NADAL, audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation - 8 janvier 2007, disponible sur la page internet [http://www.courdecassation.fr/br\\_institution\\_br\\_br\\_1/audiences\\_solennelles\\_59/debut](http://www.courdecassation.fr/br_institution_br_br_1/audiences_solennelles_59/debut).

<sup>72</sup> On peut citer notamment deux travaux collectifs, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Actes du colloque de l'ISPEC d'Aix-en-Provence des 5 et 6 mai 2000, PUAM, 2000, Aix-en-Provence ; *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?* GARAPON (Antoine) (dir.), Editions Nicolas Philippe, 2003, Paris. Egalement, à paraître aux Pulim, les actes du colloque des Entretiens d'Aguesseau de novembre 2005 sur la responsabilité des magistrats.



intervenue devant la Commission parlementaire pour y présenter un régime original de sanction des fautes du juge de nature exclusivement disciplinaire<sup>73</sup>.

22. Finalement, le projet était plus ambitieux qu'à première vue. Son manque de consistance ne lui a pas évité d'être amputé de l'essentiel de ses articles relatifs à la discipline des magistrats. Aussi, le Conseil constitutionnel, dans sa décision rendue le 1<sup>er</sup> mars 2007<sup>74</sup>, a prononcé la censure partielle de la loi organique. Ce nouvel échec n'a fait que renforcer le sentiment qu'il est très difficile de réformer la responsabilité des juges.

Redorer l'image de la justice est pourtant un défi qui ne peut être éludé puisque la justice constitue un rouage essentiel d'une société démocratique<sup>75</sup>. La confiance des justiciables en la justice doit impérativement être restaurée au risque que ces derniers la rejettent totalement en dénonçant son illégitimité. Se reconnaître dans la justice est une question d'équilibre des rapports sociaux. Aussi un trop grand éloignement entre les citoyens et l'autorité judiciaire est-il dangereux pour la paix sociale.

23. La crise de la justice exige de sortir de l'impasse. Il est nécessaire, pour y parvenir, d'identifier la cause de l'incapacité des pouvoirs publics à améliorer un régime dont dépend pourtant la crédibilité de la justice. A l'analyse, l'obstacle à la restauration de la légitimité des juges par la responsabilité apparaît clairement dans la décision du Conseil constitutionnel ; l'indépendance des juges judiciaires. C'est en raison de l'atteinte aux principes de l'indépendance de l'autorité judiciaire et de la séparation des pouvoirs, tels qu'ils sont énoncés dans la Constitution de 1958<sup>76</sup>, que la censure des articles litigieux<sup>77</sup> est intervenue, confinant au *statu quo*.

Cet ultime épisode doit nous amener à nous demander si la question posée jusqu'à présent ne serait pas, en réalité, fondée sur deux éléments antinomiques ; à savoir la responsabilité et l'indépendance. En effet, comment organiser un régime de responsabilité des juges satisfaisant sans, dans le même temps, risquer de porter atteinte à leur indépendance ?

---

<sup>73</sup> GUINCHARD (Serge), *La responsabilité des magistrats*, GP 7-8 avril 2006, p. 5 et s.

<sup>74</sup> Décision 2007-551 DC, 1<sup>er</sup> mars 2007, disponible sur le site <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, D. 2007, Actualité législative, p.645, note DALEAU (Jeanne); ROME (Félix), *Justice : de « réformite » en « réformettes »*, D. 2007, Editorial, p. 713.

<sup>75</sup> La question de l'évaluation de la justice est ainsi devenue essentielle, voir JEAN (Jean-Paul), PAULIAT (Hélène), *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, D. 2005, Chron., p. 598 et s.

<sup>76</sup> Article 64 alinéa 1 « *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* » et article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

<sup>77</sup> Article 14 en ce qui concerne la définition de la faute disciplinaire et article 21 de la loi organique en ce qui concerne l'examen des réclamations portant sur le comportement d'un magistrat.

24. Depuis longtemps, les autorités politiques cherchent à organiser la responsabilité des juges dans le respect de leur indépendance mais le passage des projets divers devant le Conseil constitutionnel leur est souvent fatal et l'actuel régime de responsabilité des juges est toujours lacunaire. Il est très difficile de mettre en œuvre un régime de responsabilité qui ne porte pas *ipso facto* atteinte à l'indépendance. Les juges ne disposent pas d'une entière liberté de jugement dès lors qu'ils sont menacés d'être exposés à de lourdes sanctions.

Le régime de la responsabilité des juges judiciaires repose sur une logique particulière. Alors qu'il est *a priori* légitime de rechercher la responsabilité directe d'un agent public qui commet une faute personnelle, les juges ne peuvent être directement responsables civilement de leur faute personnelle<sup>78</sup> sans risque pour leur indépendance.

Amputer les juges d'une part d'indépendance revient à prendre le risque d'une mauvaise justice. L'indépendance des juges est un fondement essentiel d'une société démocratique. Elle est à la base du pacte démocratique qui lie les juges aux justiciables. Grâce à leur statut protecteur, les juges peuvent donner aux justiciables la garantie d'être jugée de manière égale, équitable. Le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial n'est-il pas une garantie européenne dont l'Etat est débiteur envers ses justiciables ?<sup>79</sup>.

Toucher à l'indépendance représente un tel danger pour la démocratie que la mise en cause des juges est forcément limitée. L'équation semble insoluble. En l'état du principe selon lequel l'indépendance des juges est protégée constitutionnellement, on ne peut aboutir qu'à une responsabilité incomplète.

S'il est impossible de réformer la responsabilité des juges sans dans le même temps porter atteinte à leur indépendance, c'est que la voie empruntée n'est pas la bonne.

25. On aurait pu penser que la solution, pour remédier à l'importante crise de légitimité de la justice, viendrait du renforcement des obligations déontologiques des juges. Dans de nombreuses professions, le degré élevé de déontologie des membres est un gage de confiance. La pratique judiciaire doit satisfaire à des exigences d'autant plus importantes qu'elle est un des piliers d'une société démocratique. L'exercice des fonctions judiciaires astreint les juges à adopter un comportement conforme aux hautes exigences de leur fonction. Cependant, et alors que la loi du 5 mars 2007 a chargé le Conseil supérieur de la magistrature (ci-après

---

<sup>78</sup> Article L 141-1 du COJ (Code de l'organisation judiciaire) (ancien article L 781-1) : « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

<sup>79</sup> Article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après Convention EDH).

CSM) de l'élaboration d'un Code de déontologie, il faudrait prendre garde à ne pas répéter les mêmes erreurs.

En effet, un Code de déontologie contient des normes dont le non respect est sanctionné. Les obligations déontologiques étant de nature statutaire, on y retrouve le régime de la responsabilité des juges avec les lacunes qu'il comporte.

Même si les manquements déontologiques engagent la responsabilité disciplinaire des juges, laquelle est soumise à des garanties particulières, la problématique reste la même. Toute action en responsabilité, quelle que soit sa nature, civile, pénale ou disciplinaire, comporte un danger pour l'indépendance des juges, ce qui a pour effet réflexe de faire peser des menaces sur le caractère démocratique de la société. Ce péril permanent à la démocratie est particulièrement bien restitué par le Professeur WIEDERKHER lorsqu'il écrit : « *Reste un dernier argument auquel il est malaisé de répondre : c'est l'argument fondé sur l'autorité de la chose jugée. La caractéristique fondamentale du jugement est d'être dotée de l'autorité de la chose jugée qui le rend incontestable, sous réserve des voies de recours ouvertes contre lui. Or, si l'on admet que l'Etat puisse être responsable pour une faute commise par le juge dans l'exercice de sa fonction de juger, on donne un moyen détourné au justiciable de ruiner l'autorité du jugement* »<sup>80</sup>.

Peut-être faudrait-il cesser d'envisager la situation de manière binaire et considérer que nos possibilités d'action vont au-delà d'un choix limité à deux modèles : celui d'une justice indépendante qui donne l'impression d'être irresponsable et celui d'une justice responsable mais privée d'indépendance ?

26. Puisque l'on ne peut obtenir par la responsabilité des juges le résultat escompté, il convient d'ouvrir le champ des possibilités. Une piste pourrait consister à approfondir le rôle de l'éthique des juges dans l'amélioration de l'image de la justice. Comme l'éthique est exigée par l'exercice de la fonction judiciaire<sup>81</sup>, son développement pourrait traduire une véritable responsabilisation des juges. Intimement liée à l'éthique, la responsabilisation en posséderait les caractères et notamment le caractère moral, ce qui différencierait irrémédiablement la responsabilisation de la responsabilité.

---

<sup>80</sup> WIEDERKHER (Georges) *Responsabilité de l'Etat et des magistrats* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris, p. 1157.

<sup>81</sup> « *L'éthique, c'est un état permanent du magistrat sur les implications, les conséquences de ses actes* », LUDET (Daniel), *Quelle responsabilité pour les magistrats ?* Pouvoirs 1995, n°74, p. 135.

Si la responsabilisation était effectivement le chaînon manquant capable de redonner son crédit à la justice, encore faudrait-il trouver un moyen de la mettre en œuvre. C'est la raison pour laquelle il faut s'intéresser aux opinions séparées.

27. Elles permettent notamment de rendre le processus juridictionnel plus transparent. Les justiciables ne sont pas privés des discussions qui peuvent diviser les juges et la fragilité plus ou moins grande des décisions est connue de tous. La revendication d'une plus grande transparence s'intensifie sous l'effet de la vocation des juges à intervenir dans l'ensemble des rapports sociaux et privés des individus. L'opacité de l'élaboration des décisions est mal ressentie par les justiciables parce qu'elle nourrit les soupçons de dépendances et de partialités des juges. Elle empêche également la doctrine d'accéder à des données utiles. Pourtant, il faut reconnaître que depuis quelques années, la Cour de cassation fait des efforts de communication avec les justiciables et les juristes. Cela se traduit principalement par la publication du Rapport annuel et des travaux du Conseiller rapporteur et de l'Avocat Général pour les affaires importantes. Dernièrement, elle a intensifié sa démarche avec l'apparition de ses communiqués<sup>82</sup>. Le discours judiciaire tend déjà à devenir de plus en plus transparent. La question se pose de savoir s'il est justifié d'aller plus loin dans cette démarche en mettant en place l'expression des opinions séparées. Il faudra ainsi déterminer les particularités de l'apport de transparence des opinions séparées.

Les avantages des opinions séparées ne sauraient certainement pas résider dans la seule transparence du processus juridictionnel. Le fait que les opinions séparées puissent contribuer à répondre au besoin d'une justice plus démocratique est en général envisagé comme une fin en soi. Cela empêche d'y voir éventuellement le moyen d'atteindre un autre but. Or, en rédigeant une opinion séparée, les juges s'exposent en même temps qu'ils éclairent la décision rendue. Cette extériorisation est précieuse puisqu'elle exprime une implication personnelle de juges qui jusque là n'avaient pas de comptes à rendre individuellement en raison de la collégialité. L'introduction des opinions séparées pourrait peut-être aboutir à une responsabilisation des juges. La difficulté ici est que cet élément est très inexploité, c'est ainsi qu'il conviendra de se demander si c'est à juste titre ou bien parce qu'il nécessite d'être analysé en profondeur pour en percevoir toute la richesse.

28. Le débat sur les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire est loin d'être épuisé faute d'une bonne connaissance de toutes les potentialités des opinions séparées. Le choix français d'une décision unique et univoque, excluant les opinions séparées, n'a pas permis de

---

<sup>82</sup> DEUMIER (Pascale), *Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation*, RTDCiv. 2006, p. 510 et s.

développer une relation de confiance entre la justice et les citoyens. Face à cette situation, il est envisageable de procéder à une étude critique des opinions séparées en vue d'évaluer leur adaptabilité au système judiciaire français, malgré l'existence du principe du secret du délibéré.

Dans ce sens, la comparaison de la brièveté des décisions judiciaires, et surtout des arrêts de la Cour de cassation, avec la rédaction des décisions étrangères a conduit plusieurs personnalités<sup>83</sup> à souhaiter la mise en œuvre des opinions séparées afin que la résolution des litiges judiciaires soit plus transparente.

29. Il serait intéressant de répondre plus largement à ce besoin de transparence afin d'inclure les opinions séparées dans un vaste chantier démocratique ; celui de donner aux justiciables une meilleure justice, plus claire et plus responsabilisée. Non seulement, les opinions séparées permettraient de mieux appréhender les décisions de justice et leur évolution, en éclairant les parties et les juristes sur le débat juridique, mais surtout elles engageraient le juge dans un nouveau rapport avec les justiciables, celui de la responsabilisation.

Comme on l'a déjà laissé entendre, si les opinions séparées peuvent répondre au déficit démocratique de l'institution judiciaire, une évolution de leur statut s'imposera pour tenir compte de cette nouvelle fonction de responsabilisation.

Etant donnée la crise traversée par l'institution judiciaire, il serait difficile de se dispenser de l'étude des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire. Ainsi, en dépit du principe du secret du délibéré et de la culture judiciaire qui en découle, la question de leur opportunité mérite plus que jamais d'être discutée. En revanche, à supposer que leur mise en place soit opportune, elle sera rendue difficile par ce contexte culturel particulièrement hostile.

Afin de vérifier si les opinions séparées peuvent redonner sa légitimité à une justice judiciaire fortement ébranlée, il convient donc d'évaluer leur opportunité (Partie I) avant d'envisager leur mise en place (Partie II).

---

<sup>83</sup> TUNC (André), *La Cour suprême idéale in La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, TUNC (André) (dir.), RIDC 1978, n°1, p. 433 ; TOUFFAIT (Adolphe), TUNC (André), *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation*, RTDCiv. 1974, p. 487 ; MOULY (Christian), *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* PA 18 mars 1994, n°33, p. 15 ; BURGELIN (Jean-François), *Les petits et grands secrets du délibéré*, D. 2001, Point de vue, p. 2755, *La paille et la poutre*, D. 2004, p. 1249 ; TRUCHE (Pierre), *Juger, être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui-même*, FAYARD, 2001, Paris ; LAURIN (Yves), *Les opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, GP 5 janvier 1993, Doctrine, p. 12, *Le secret du délibéré*, D. 2007, Entretien, p. 856 ; ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente in La création du droit par la jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 1 ; SALAS (Denis), *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, Justices, Le Dalloz, Hors-Série, 2001, p. 14.

# Partie I

## L'opportunité des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français

30. La tradition judiciaire française s'oppose fortement à l'expression des opinions séparées. Même si son rôle a grandement évolué, le juge judiciaire est historiquement conçu comme un interprète de la loi et non comme un créateur de la règle de droit<sup>84</sup>. La justice est rendue collectivement, ce qui signifie que les décisions sont prises au nom du peuple français, indépendamment de celui qui l'a prononcée<sup>85</sup>. La différence avec le rôle du juge de *common law* est patente. Dans le système de *common law*, le juge, chargé de découvrir la règle de droit, justifie plus longuement dans ses décisions les raisons de son choix<sup>86</sup>. Ainsi, dans notre culture, l'autorité de la décision est liée au fait que le juge l'ait prononcée en appliquant la loi, au contraire du droit de *common law* dans lequel elle dépend de la capacité du juge à convaincre de la justesse de son opinion.

31. L'absence d'opinions séparées dans le système français s'explique par cette conception originelle du rôle du juge qui lui est propre. Si les juges étaient autorisés à s'exprimer séparément, c'est le fondement de l'institution judiciaire qui serait bouleversé, ce qui aboutirait à une redéfinition de la séparation des pouvoirs. La soumission du juge à la loi, si fictive soit-elle en réalité, seraient remise en question par l'exercice du pouvoir de critiquer indirectement un texte législatif. Dès lors que la majorité s'est prononcée sur l'application de la loi, toute opinion dissidente, en dénonçant une application qui serait erronée, porterait atteinte à l'autorité du législateur.

Cette idéologie particulière rend difficile la perspective des opinions séparées dans le système judiciaire. Surtout, l'introduction dans un pays d'un mécanisme étranger à sa culture juridique

---

<sup>84</sup> CANIVET (Guy), *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale* in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Tome 50, Dalloz, 2007, Paris, p. 7 et s.

<sup>85</sup> CANIVET (Guy), *La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique* in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges en l'honneur de Jean-Luc AUBERT, Dalloz, 2005, Paris, p. 391 ; RASSAT (Michèle-Laure), *Institutions judiciaires*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1996, Paris, p. 34.

<sup>86</sup> SIMONEL (Laurent-Xavier), *Le juge et son précédent*, GP 11 décembre 1999, p. 190 et s. ; CANIVET (Guy), *La motivation brève en question* in *Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du Premier Congrès de l'AHJUCAF, 17-19 mai 2004, Marrakech, [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/canivet.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/canivet.htm) ; TOUFFAIT (Adolphe), TUNC (André), Op. Cit. Supra ; MICHAUT (Françoise), *Le rôle créateur du juge selon l'Ecole de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit*, RIDC 1987, n°2, p. 343.

suscite des craintes. La question de l'opportunité des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire nécessite de mettre en balance les inconvénients et les avantages. *A priori* les premiers semblent importants. Pourtant, sans négliger les risques inhérents à leur mise en place, ils ne peuvent être réellement appréciés qu'en comparaison des avantages procurés. Il convient donc de se demander si malgré la réalité des risques (Titre I), les avantages des opinions séparées ne seraient pas plus importants (Titre II).

# Titre I

## La réalité des risques

32. Certaines particularités du droit judiciaire français font craindre que les opinions séparées portent véritablement atteinte à l'autorité des décisions. La collégialité à laquelle est liée le secret du délibéré garanti, en l'absence de toute possibilité d'expression publique d'une opinion personnelle, la force des décisions judiciaires<sup>87</sup>.

Toute démarche vers plus de personnalisation se heurte à la conception d'une justice désincarnée, rendue par des juges qui ne décident pas en leur nom mais en tant que titulaires de cette fonction pour le compte du peuple.

Même si elle réunit un collège de juges, la décision est anonyme puisque le secret du délibéré empêche de connaître la position personnelle de chaque juge. Aucun n'est admis à s'écarter publiquement de la décision arrêtée par la majorité malgré l'hypothèse d'un désaccord<sup>88</sup>.

33. Ce risque d'affaiblissement de l'autorité des décisions est souvent énoncé en quelques mots par la doctrine hostile aux opinions séparées alors que pour connaître sa pertinence il doit être analysé de manière approfondie. Il convient surtout de l'envisager plus largement afin d'établir si ce n'est pas l'ensemble de l'institution judiciaire qui risque de perdre sa légitimité du fait de l'existence des opinions séparées.

34. En outre, le fait d'autoriser les juges de l'ordre judiciaire à s'exprimer séparément en permettant d'écarter le « *mythe de l'unanimité* »<sup>89</sup> est complètement étranger à la culture judiciaire. Une conception particulière du droit et de la fonction du juge peut en revanche expliquer la mise en place des opinions séparées dans d'autres juridictions. L'enseignement que l'on pourrait tirer de leur pratique semble *a priori* peu pertinent.

La crainte d'une atteinte à la légitimité de l'institution judiciaire doit être analysée pour déterminer l'étendue des risques encourus par la mise en place des opinions séparées

---

<sup>87</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juge* in *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 192 ; DEUMIER (Pascale), *Création du droit et rédaction des arrêts de la Cour de cassation* in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Tome 50, Dalloz, 2007, Paris, p. 68 ; LUCHAIRE (François), « *Contre* » : *le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 111.

<sup>88</sup> PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Domat droit privé, Montchrestien, 2006, Paris, p. 481 ; DUMAS (Jean-Pierre), *Secret du délibéré* in *Dictionnaire de la justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris, p. 318.

<sup>89</sup> RIGAUX (François), *Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire* in *Mélanges Jacques VAN COMPERNOLLE*, Bruylant, 2004, Bruxelles, p. 589.



(Chapitre I), lesquels sont d'autant plus importants que la différence entre les systèmes juridiques ne permet pas de tirer des expériences étrangères et supranationales un argument justifiant une adaptation à l'ordre judiciaire (Chapitre II).

## **Chapitre I**

### **La crainte d'une atteinte à la légitimité de l'institution judiciaire**

35. L'article 449 du Nouveau code de procédure civile (ci-après NCPC) dispose que les décisions sont rendues à la majorité des voix. En vertu de cette règle, qui découle du principe du secret du délibéré, le justiciable n'a pas connaissance du nombre de voix émises en faveur de la décision. Il a accès à une motivation et à un dispositif uniques. Même si la façon dont elles sont rédigées est souvent critiquée pour son inadaptation au besoin d'explication des justiciables, cette sobriété constitue une caractéristique des décisions judiciaires. Cette forme homogène participe de sa force selon une conception classique qui lie l'autorité de la décision à son aspect minimaliste. Or, l'autorisation des opinions séparées modifie la présentation de la décision puisque, à la place d'une seule décision, les opinions séparées traduisent une multiplicité de raisonnements, de solutions. Dans un système qui ne connaît pas les opinions séparées, elles développent la crainte d'un affaiblissement de l'autorité des décisions (Section I) et d'une diminution de la crédibilité des juges qui se montrent publiquement dans l'incapacité de s'accorder (Section II).

#### **Section I- Un affaiblissement de l'autorité des décisions**

36. Dans notre culture judiciaire, la motivation unique et univoque est regardée comme une richesse procédurale. L'autorisation des opinions séparées pourrait susciter deux types de réaction des juges judiciaires.

Il est concevable, étant donné le contexte particulier, que les juges, au moins dans un premier temps ou pour des questions importantes, puissent décider de s'entendre afin de résoudre le litige et éviter que l'un d'eux publie une opinion séparée. Or, dans cette hypothèse, la qualité de la motivation de la décision risquerait d'être amoindrie. A l'inverse, la possibilité de rédiger une opinion séparée pourrait amener les juges à consacrer moins de temps à l'élaboration progressive d'un consensus. Chacun d'entre eux pourrait, en effet, faire connaître son point de vue sans chercher à convaincre ses collègues de la justesse de son raisonnement. Dès lors, l'existence d'opinions séparées pourrait donner l'impression que la décision a manqué son but de mettre un terme au débat qui s'est déroulé devant les juges. Les

opinions séparées risqueraient donc de porter atteinte à l'autorité des décisions judiciaires soit en remettant en question la qualité de la motivation (§1) soit en fragilisant le dispositif (§2).

### **§1- Une motivation de moins bonne qualité**

37. S'agissant de la forme, les opinions séparées sont jointes aux décisions qu'elles accompagnent. Leur rédaction devrait, au premier abord, n'avoir que peu d'incidence sur l'élaboration de la motivation. Pourtant, alors même qu'elles s'en distinguent, les opinions séparées pourraient nuire à la qualité de la motivation des décisions judiciaires. La volonté de préserver l'autorité de la décision en évitant l'expression publique des désaccords des juges pourrait se répercuter sur la motivation. Le risque serait que les membres du collège aillent trop loin dans la quête de compromis (A) au détriment de la clarté de la motivation (B).

#### A- Une motivation multiforme issue de compromis

38. Pour l'instant, les juridictions judiciaires échappent à la critique de rendre des décisions en patchwork résultant de la volonté d'obtenir une décision à la plus large majorité possible.

Dans le système judiciaire, la motivation est à l'image de la rigueur du processus décisionnel, surtout celle des arrêts de la Cour de cassation<sup>90</sup>. Cette rigueur est favorisée par l'exigence d'une motivation unique, la rédaction des motifs sous la forme de syllogisme, l'absence d'indication du nombre de voix favorables à la décision rendue et surtout l'interdiction des opinions séparées. La décision s'envisage ainsi comme « *un acte d'autorité* » et non comme « *un acte de persuasion* »<sup>91</sup> et cela se manifeste au cours du délibéré autant qu'au moment de la rédaction de la décision.

Le délibéré n'est pas le moment de la seule détermination de la solution à donner au litige et de ses raisons, il n'a rien de statique mais est au contraire celui de la discussion, de l'échange

---

<sup>90</sup> Selon André PERDRIAU, le « *dépouillement* » de ceux-ci « *contribue à [leur] donner (...) leur aspect catégorique et à augmenter leur force et leur portée* », PERDRIAU (André), *Le pragmatisme de la Cour de cassation*, JCP 2001, I, 364, p. 2144.

<sup>91</sup> PONTTHOREAU (Marie-Claire), *Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français*, RDP 1994, p. 748.

de points de vues, de l'exposé de positions diverses et se caractérise par le mouvement. Pourtant, la décision ne laisse rien paraître de ce mouvement<sup>92</sup>.

La motivation ne traduit pas le délibéré mais simplement l'étape ultime de celui-ci, c'est-à-dire celle où la majorité du collège a décidé des raisons pour lesquelles les problèmes juridiques seraient tranchés de telle façon. C'est ainsi que la décision se présente avec autant d'autorité que celle dont les juges font preuve à l'égard de celui d'entre eux qui n'a pas partagé l'opinion du plus grand nombre.

Le délibéré collégial aboutit à une décision collégiale qui est générale et unique. Les opinions séparées ne remettent pas en cause le caractère unique de la décision puisqu'elles n'ont pas vocation à s'insérer dans le corps de la décision, laquelle reste toujours la seule à devoir être rendue.

En revanche, les opinions séparées ôtent à la décision son caractère général car le lecteur, de part leur existence, voit que l'ensemble du collège n'est pas en accord avec la solution prise. Ce dernier élément fait partie de ceux qu'on considère comme nécessaires pour garantir la force d'une décision et sert à justifier la recherche du plus large compromis<sup>93</sup>.

39. Il est peut être vrai que, dans certains cas, l'illusion d'une décision issue d'une unanimité est préférable. Il en est ainsi du domaine pénal, en raison des atteintes à la personne dont les victimes peuvent se plaindre et du possible prononcé des peines privatives de liberté<sup>94</sup>. De même, lorsqu'une question de droit importante se pose et qu'elle focalise enjeux et intérêt, l'absence de dissension peut être bénéfique à son acceptation. La possibilité d'émettre des opinions séparées peut amener les juges à rechercher les compromis afin de rendre une décision à l'unanimité et cela au détriment de la cohérence des motifs.

40. Le juge mis en minorité peut jouer un rôle perturbateur du fait qu'au lieu de s'effacer, après s'être expliqué sur son vote, et de rédiger une opinion séparée pour marquer son

---

<sup>92</sup> Ce qui fait dire à Antoine BOLZE que « *le délibéré est condamné à rester un moment de la discussion alors que c'est celui de la décision* », BOLZE (Antoine), *Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit*, GP 2003, doctrine, p. 5.

<sup>93</sup> Jacques ROBERT rapporte que si certains présidents du Conseil constitutionnel estiment qu'il faut, à l'issue des discussions, trancher en faveur de l'une ou l'autre position qui s'en est dégagée, « *vous en avez d'autres qui, par tempérament, estiment qu'il est préférable d'obtenir un vote plus largement majoritaire sur un texte, pour lui donner plus d'autorité ; à ce moment là on recherche une solution de compromis et une motivation qui conviennent au plus grand nombre* », ROBERT (Jacques), *Débat entre Jacques ROBERT et Dominique ROUSSEAU in Les 40 ans de la Vème République, Neuf années au Conseil constitutionnel*, RDP 1998, n°spécial, p. 1759.

<sup>94</sup> Jean-François BURGELIN avait insisté sur la particularité de la matière pénale, « *Tout bien pesé, le secret du délibéré a vraiment tout son sens dans les affaires pénales, correctionnelles et criminelles. Beaucoup de ces procès font l'objet d'un suivi attentif de la part de ceux qui y sont impliqués comme auteurs ou victimes, de la part de la presse et de l'opinion publique également* », BURGELIN (Jean-François), *Les petits et grands secrets du délibéré*, D. 2001, Point de vue, p. 2755.

désaccord, il est en position d'obtenir des autres juges des concessions sur certains points litigieux. Dans cette hypothèse, il y a fort à craindre que la rigueur du raisonnement juridique soit un peu sacrifiée. La rédaction de la décision et plus exactement l'énoncé des motifs, peut s'avérer délicate si l'option est prise de satisfaire le plus de juges possible afin d'obtenir un vote à une large majorité<sup>95</sup>.

Pour tenir compte des concessions faites sur tel ou tel point, la motivation sera selon les cas soit plus brève soit plus longue qu'elle n'aurait été, soit plus confuse à force d'inclure çà et là des motifs pour satisfaire l'un ou l'autre des juges. La qualité du raisonnement juridique peut également être altérée par des *obiter dicta* multiples qui ne rendent pas aisée la compréhension de la décision. Placés dans le corps de la décision, ils alourdissent son contenu.

## B - Une perte de lisibilité de la motivation

41. La volonté des juges de prévenir l'expression d'opinions séparées est certainement plus dangereuse que la présentation publique des désaccords à côté de la décision. En effet, la cohérence de la motivation risque d'être sérieusement atténuée. Si l'aspect hétérogène de la résolution du litige peut relativiser l'autorité de la décision, elle ne modifie pas la forme de la motivation. L'introduction de concessions, en raison de la menace de rédaction d'une opinion séparée, a quant à elle un effet négatif direct sur la motivation.

Lorsque la décision fait l'objet de compromis entre les juges, il peut arriver que certains éléments y figurent, au préjudice d'une motivation claire. Cette perte de lisibilité s'accorde mal de la conception des décisions judiciaires en vertu de laquelle le contenu de la décision doit être catégorique sans laisser de place aux incertitudes et encore moins aux désaccords. Dès lors que la position majoritaire est arrêtée, l'ensemble des juges a vocation à participer à l'élaboration la plus rigoureuse et satisfaisante de la décision<sup>96</sup>. C'est ainsi qu'un arrêt de la

---

<sup>95</sup> S'adressant à Jacques ROBERT, Dominique ROUSSEAU l'interpelle ainsi ; « à lire les décisions [ du Conseil constitutionnel], on a parfois l'impression que certains considérants sont la juxtaposition d'opinions dissidentes entre vous au moment des délibérations : puisque vous ne pouvez pas publiquement exposer votre opinion dissidente, vous êtes conduit, par courtoisie, par amitié, comme vous l'avez dit tout à l'heure, à faire chacun des concessions, c'est à dire, à ce que dans les considérants il y ait les opinions de tout le monde », Op. Cit. Supra, p. 1758. Si pour lui, c'est l'absence d'opinion dissidente qui conduit à ce résultat, la critique est la même en cas de volonté de prévenir toute publication d'opinion séparée.

<sup>96</sup> TRICOT (Daniel), *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *La Cour de cassation, l'Université et le droit*. André PONSARD, un Professeur de droit à la Cour de cassation, Etudes en l'honneur d'André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p. 272.

Cour de cassation peut être analysé comme une « ...*synthèse de considérations diverses dont l'exposé diviserait ses membres, créerait la confusion chez les lecteurs...* »<sup>97</sup>.

42. La proposition de certains auteurs<sup>98</sup>, en droit de l'arbitrage international, d'inclure anonymement dans la décision l'opinion dissidente du juge minoritaire plutôt que dans un document séparé n'a donc pas beaucoup de pertinence pour le droit judiciaire. L'objectif des opinions séparées n'est pas d'amoindrir la compréhension de la décision, il est d'apporter un complément utile à la motivation. En intégrant dans la décision des arguments des juges minoritaires, de manière plus ou moins développée, le risque qu'elles ne procurent pas l'avantage souhaité est latent.

43. La lisibilité de la motivation est déterminante. Les décisions judiciaires sont souvent critiquées pour leur laconisme qui empêche une bonne compréhension de leur sens. L'existence des opinions séparées ne présente aucun intérêt si au lieu d'une motivation brève, elle laisse place à une motivation un peu plus riche en renseignements mais confuse. Le problème de ce type de motivation se trouve dans sa sanction car il se peut très bien que les conditions de sa régularité soient réunies<sup>99</sup> alors même qu'elle est insatisfaisante. La décision ne sera pas censurée simplement parce que sa motivation est moins bonne. La profusion d'éléments justificatifs ne produit pas forcément une contrariété de motifs, en revanche, elle peut rendre la compréhension de la décision moins aisée.

## **§2- Un dispositif fragilisé**

44. Traditionnellement, on considère que l'autorité des décisions tient à leur aspect monolithique. Peu explicites, elles sont censées mieux convaincre les parties de la justesse du raisonnement et s'imposer ainsi avec plus de force. Par leur motivation, les juges doivent être dans la capacité de persuader les parties de l'opportunité de la décision. Une bonne décision doit permettre de mettre un terme à un litige. Or, ce but est difficile à atteindre en présence

---

<sup>97</sup> CHARTIER (Yves), *De l'An II à l'An 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 284.

<sup>98</sup> POUDRET (Jean-François), BESSON (Sébastien), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, BRUYLANT, 2002, Bruxelles, p. 719.

<sup>99</sup> Jean-Pierre ANCEL regroupe ces conditions sous 5 rubriques. Selon lui, les motifs doivent exister, être réels, ils doivent être pertinents, suffisants, rationnellement corrects, et répondre aux moyens invoqués : ANCEL (Jean-Pierre), *La rédaction des décisions de justice en France in Juges et jugements : l'Europe plurielle, L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Institut de droit comparé de Paris, Colloque des 5 et 6 mai 1997, Société de législation comparée, 1998, Paris, p. 99 et s.

d'opinions séparées. Elles ont justement pour objet de proposer des analyses alternatives à celles retenues par la majorité et elles laissent entendre ce que la décision aurait pu être.

45. Lorsque l'existence des opinions séparées est acceptée, les critiques qui en ressortent atteignent de plein fouet la décision. En mettant en exergue l'absence d'unanimité, les opinions séparées peuvent nuire à son autorité. Avant même d'envisager de remettre en cause la décision, le caractère relatif de sa pertinence peut susciter chez le perdant un manque de confiance dans la justice à résoudre un problème juridique.

Déjà, l'absence d'unanimité induite par la publication d'opinions séparées est susceptible de nuire à l'autorité de la décision (A), de surcroît, elle peut inciter le perdant à exercer un recours (B).

#### A- Une absence d'unanimité susceptible de nuire à l'autorité de la décision

46. L'application du principe de la collégialité consiste en ce que les juges fondus dans le collège s'expriment d'une seule voix et non individuellement<sup>100</sup>. Les parties sont habituées à être destinataires d'une décision qui se présente sous une forme incontestable, sous réserve de l'exercice de voies de recours. L'absence d'unanimité, rendue publique et expliquée par les juges concernés, peut susciter l'incompréhension des parties, surtout du perdant. La prise de connaissance d'une hétérogénéité de positions (1) contribue à atténuer l'autorité de la décision (2).

##### 1- La prise de connaissance d'une hétérogénéité de positions

47. La rédaction d'opinions séparées permet aux juges minoritaires<sup>101</sup> de faire connaître publiquement leur position personnelle sur la décision qu'ils ont contribué à élaborer.

---

<sup>100</sup> Pour Jean- François POUDRET – au sujet des opinions dissidentes dans le domaine de l'arbitrage – il y a atteinte au principe de la collégialité en ce sens que « *en effet, lorsqu'il est composé de plusieurs membres, le tribunal arbitral constitue un collège qui doit agir collectivement, et non chacun pour soi* ». « *Il n'y a pas de raison pour que, sauf circonstances exceptionnelles, ce principe ne soit pas suivi lors de la motivation de la sentence, par essence collégiale* », POUDRET (Jean-François), *Légitimité et opportunité de l'opinion dissidente dans le silence de la loi ? Poursuite d'un amical débat* in *Autour de l'arbitrage*, Liber amicorum Claude REYMOND, Litec, 2004, Paris, p.251-252.

<sup>101</sup> L'emploi du terme minoritaire permet de ne pas utiliser celui de dissident afin de conserver à celui-ci son sens strict et de ne pas tomber dans la confusion énoncée en introduction. Cela ne signifie pas que seuls sont visés les juges ayant voté contre le dispositif et appartenant ainsi à la minorité. Sont concernés tous les juges qui pour partie seulement ou en entier ne s'estiment pas en accord avec la majorité, c'est-à-dire l'ensemble des juges auteurs d'une opinion séparée.

A côté de la motivation de la majorité, ces juges expliquent en quoi ils ne sont pas d'accord. Ils peuvent même avoir tendance à développer la manière dont, pour eux, il aurait fallu statuer<sup>102</sup>.

Ainsi, tant la multiplicité des remises en cause de la motivation de la majorité que l'énoncé d'une autre motivation, plus adéquate selon les juges minoritaires, peuvent faire douter de la pertinence de la décision. Parfois, de nombreux points de la décision sont discutés dans les opinions séparées. Pour le Professeur FLAUSS, s'agissant de la Cour EDH, « *on aboutit dans certaines affaires à une réelle cacophonie* »<sup>103</sup>.

La rédaction d'opinions séparées n'aide pas, *a priori*, le collège à imposer la décision. La motivation majoritaire doit être solide pour ne pas encourir le risque d'être supplantée par la position émise dans une opinion séparée.

Il est vrai qu'une opinion séparée a des chances d'être écrite de manière plus convaincante que la décision. Elle est rédigée avec la conviction de son auteur qui, seul ou accompagné, s'est exprimé dans les termes et suivant le style qu'il a voulu.

48. Le prestige de la personne qui écrit l'opinion séparée compte également. Lorsque l'auteur de l'opinion séparée est le Président de la juridiction ou de la Chambre, l'intérêt suscité par sa lecture est augmenté. Le Professeur ROUSSEAU relève que ce point est stigmatisé par les adversaires des opinions dissidentes, lesquels estiment, selon lui que « *l'attention du public se portera plus facilement sur les opinions minoritaires que sur la décision surtout si elles ont pour auteurs des juges à fort capital juridique* »<sup>104</sup>. Comment ne pas craindre que le seul prestige du rédacteur ne valorise à lui seul la position divulguée dans son opinion séparée ?

---

<sup>102</sup> Dans sa thèse, Mita MANOUEVEL a repris deux citations éloquentes se rapportant au but d'une opinion séparée. L'une tirée d'une opinion individuelle du juge BASDEVANT, juge à la CIJ : « *Tout en me ralliant au dispositif de l'arrêt, je dois déclarer que les motifs qui m'y ont déterminé sont, dans une large mesure, différents de ceux que la Cour a énoncés. (...) Ce faisant, je n'entends ni entreprendre une critique des motifs adoptés par la Cour ni m'expliquer sur tous les points qui peuvent être relevés dans l'argumentation souvent surabondante présentée par les Parties : l'une et l'autre chose dépasseraient les limites dans lesquelles, à mon avis, doit se tenir une opinion individuelle* ». L'autre tirée d'une opinion individuelle du juge MOSLER, juge à la CIJ, : « *Comme il n'appartient pas à un juge qui se trouve dans la minorité de proposer sous forme d'opinion une décision différente, mais d'expliquer pour quelles raisons il ne peut accepter la logique et la conclusion de l'arrêt, je m'attacherai essentiellement aux principaux points sur lesquels je m'écarte de celui-ci* », MANOUEVEL (Mita), *Les opinions séparées à la Cour internationale comme instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, Thèse de doctorat, 2002, Saint Denis Réunion, p. 159. Cette thèse a été publiée ; *Les opinions séparées à la Cour internationale comme instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, L'Harmattan, Bagneux, Numilog, 2005, Paris.

<sup>103</sup> FLAUSS (Jean-François), *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 1996, Doctrine, p. 1005.

<sup>104</sup> ROUSSEAU (Dominique), *Pour les opinions dissidentes in Droit constitutionnel*, Mélanges Patrice GELARD, Montchrestien, Paris, 2000, p. 324.



49. La longueur des opinions séparées contraste avec le caractère succinct des décisions judiciaires. Les opinions séparées pertinentes mettront d'autant plus à mal la valeur de la décision que les arguments de leurs auteurs auront pu être répétés et détaillés dans un long exposé. Elles risquent, sur le plan pratique, d'alourdir le texte de la décision.

Les opinions séparées à la CIJ sont un cas typique de l'atteinte qu'elles peuvent causer à la clarté de la décision. Le problème de leur longueur est sérieux car les juges ont du mal à s'autodiscipliner<sup>105</sup>. Le Juge GUILLAUME, lors du cinquantième de ladite juridiction a souhaité « ...que, dans l'avenir, les opinions séparées ne dépassent pas la longueur de l'arrêt qu'elles commentent »<sup>106</sup>.

L'idée de proportionnalité est présente. Pour conserver son autorité, la décision de justice doit, du point de vue de la forme, garder sa place principale et les opinions séparées n'apparaître que secondaires. Le principe de la collégialité encourage la mise en valeur de la décision puisque la solution du litige est issue de l'expression collégiale. Il convient que la décision ne soit pas noyée au milieu des opinions séparées. Sa motivation apparaît d'autant plus clairement que les opinions séparées sont brièvement rédigées. Selon M. MARTIN, l'expression concise des opinions séparées est nécessaire afin de « ...ne pas écraser la motivation de la décision vis-à-vis de laquelle elles n'ont qu'un caractère accessoire »<sup>107</sup>.

En rédigeant de longues opinions séparées, les juges font apparaître de multiples divergences. Ainsi, ce sont les désaccords entre eux qui sont mis en avant. La valeur de la décision risque d'être discutée plus facilement. Si les opinions séparées au sein de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) ont été évoquées, leur introduction fut finalement

---

<sup>105</sup> Pour illustrer le caractère contestable de la pratique des opinions séparées, l'exemple le plus souvent cité est celui de l'affaire du Nicaragua /Etats-Unis de 1986 dont l'arrêt qui compte 136 pages est accompagné d'une opinion dissidente de 268 pages, Rec. CIJ. 1986, p. 259, MARTIN (Jacky), *Les opinions dissidentes des juges occidentaux devant la Cour internationale de justice*, Thèse de doctorat, 1978, Orléans, p. 384 ; Voir également MARTIN (Pierre-Marie), *Droit international public*, Masson, 1995, Paris, p. 238, ainsi que ORAISON (André), « Réflexions générales sur la nature des obiter dicta enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice », RRJ, PU Aix-Marseille, 2002, p. 1938. Un élément d'explication de ce phénomène réside, selon Manfred LACHS dans le fait que «... certains maîtres, devenus juges, ont peine à s'abstenir de parcourir l'étendue de leurs théories plus loin que ne justifient les problèmes en discussion ...», *Le monde de la pensée en droit international*, Théories et pratique, Collection Droit international, Economica, 1989, Paris, p. 209.

<sup>106</sup> GUILLAUME (Gilbert), *Quelques propositions concrètes à l'occasion du Cinquantième*, RGDIP 1996, p. 329.

<sup>107</sup> MARTIN (Jacky), Op. Cit. Supra.

jugée peu utile du fait, parmi d'autres arguments, de l'impossibilité d'en limiter la longueur<sup>108</sup>.

50. S'agissant de leur présentation, les opinions séparées se rapportent plus aux commentaires d'arrêts qu'aux articles de doctrine<sup>109</sup>. A la différence des seconds, les premiers ne nécessitent pas l'établissement d'un plan. Or, certaines opinions séparées ne respectent pas cette logique et apparaissent même comme des articles assez atypiques avec un plan très détaillé et un texte très long nécessitant en ouverture de l'opinion séparée une table des matières<sup>110</sup>.

51. L'hétérogénéité des positions issue de l'existence des opinions séparées pose aussi un problème d'ordre matériel réel. En effet, divers documents peuvent déjà être reproduits aux côtés de la décision lorsque celle-ci fait l'objet d'une publication. Selon les cas, l'on trouve les conclusions du Commissaire du Gouvernement, l'avis de l'Avocat général, sans compter le rapport du Rapporteur. Si l'on y ajoute les opinions séparées, la masse de documents peut s'avérer très importante. Dans cette densité, il y a des risques évidents de redites car les points étudiés seront en général les mêmes.

De surcroît, s'agissant du Rapporteur, la situation est singulière puisque, au contraire de l'Avocat général ou du Commissaire du Gouvernement, il fait partie de la juridiction de jugement<sup>111</sup>. Ce point est important à relever car, en plus d'établir son rapport, il va voter avec l'ensemble du collège. Il est donc potentiellement à même d'être l'auteur d'une opinion séparée. De plus, comme le précise le Professeur CHARTIER<sup>112</sup>, le Rapporteur ne perd pas sa liberté de jugement en rédigeant son rapport. Il peut très bien se laisser convaincre par les arguments des autres juges puis voter finalement en un sens différent de celui indiqué dans son rapport ou pour une méthode de raisonnement autre. Plus d'un lecteur peut être

---

<sup>108</sup> Délégation des Barreaux de France, Suggestions dans les domaines juridictionnel et quasi-juridictionnel, Conférence intergouvernementale 1996, [http://www.europarl.eu.int/hearings/icg2/doc75dfr\\_fr.htm](http://www.europarl.eu.int/hearings/icg2/doc75dfr_fr.htm), p. 5.

<sup>109</sup> Pour la distinction, voir la liste des genres doctrinaux établie par les Professeurs JESTAZ (Philippe) et JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, Paris, p.226-228.

<sup>110</sup> Pour un exemple caractéristique, voir l'opinion dissidente du juge ODA dans l'Affaire du plateau continental ( Tamahiriya Arabe Lybienne / Malte), arrêt CIJ du 3 juin 1985, Rec. CIJ 1985, p.123. La table des matières annonce un plan, après les remarques liminaires, divisé en 4 chapitres ; le 1<sup>er</sup> est lui même divisé en 5, le 2<sup>ème</sup> en 6 avec à l'intérieur des subdivisions allant jusqu'au iii, celui-ci ayant même une introduction tout comme le 3<sup>ème</sup> chapitre qui contient une introduction mais aussi une conclusion et le tout s'étend de la page 123 à la page 170, l'arrêt allant quant à lui de la page 13 à la page 58.

<sup>111</sup> MALAURIE (Philippe), *La Cour de cassation, son parquet général et la Cour européenne des droits de l'homme*, PA 7 mars 2003, n°48, p. 3.

<sup>112</sup> CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation*, 2<sup>ème</sup> édition, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 2001, p. 80.

déconcerté face à un juge qui multiplie les positions et dont l'attitude laisse à penser que le sort du litige n'est pas clairement réglé.

52. Si la perplexité qui peut naître à la lecture de la décision est différente selon que l'on se place du côté du gagnant ou du perdant, de manière générale, l'un et l'autre sont confrontés à une décision les concernant qui est critiquée en son sein même. Aussi, aux lieu et place d'une décision qui s'impose sereinement, est rendue une décision contestée d'entrée de jeu. Il faut se demander s'il est « ...*opportun dans une société déjà fortement processive, de braquer un phare sur une contestation possible du principe de solution qui a fondé la décision* »<sup>113</sup>.

Au terme de la lecture de la décision et des opinions concordantes qui y seraient jointes, déjà, les parties ont à intégrer le fait qu'il est possible d'aboutir à une même solution par des raisonnements différents. Plus délicate est la compréhension du cas où, dans une affaire soulevant plusieurs moyens, l'un des juges dans son opinion concordante indique que, malgré son désaccord avec la manière dont certains points ont été tranchés par la majorité, il vote dans le même sens qu'elle.

La rédaction d'opinions dissidentes promet de rendre encore plus difficile la reconnaissance par les parties de l'autorité de la décision. Ainsi, le perdant doit accepter d'avoir perdu tout en sachant qu'il a convaincu certains juges. Plus l'enjeu est important, plus cela est difficile<sup>114</sup>. La connaissance du nombre de voix recueilli peut parfois suffire à ce qu'il « rejette » la condamnation mais cela n'a pas le même impact qu'une explication convaincante du désaccord.

S'agissant du gagnant, son sentiment d'avoir gagné risque bien d'être différé. Il a entre les mains une décision qui lui est favorable et, en même temps, il peut lire dans les opinions séparées qu'il existe des moyens de la critiquer. L'effet de l'autorité de la chose jugée risque de perdre de sa valeur pour le destinataire de la décision.

53. Il est même possible d'envisager l'effet négatif des opinions, surtout dissidentes, au regard de l'exécution provisoire de la décision que le demandeur peut solliciter. Lors du

---

<sup>113</sup> AUBERT (Jean-Luc), *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation in Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 13.

<sup>114</sup> Prenant appui sur des décisions topiques de la Cour suprême des Etats-Unis, André TUNC a relevé combien l'expression d'opinions séparées «... *peut inspirer des regrets au plaideur, notamment à celui qui est condamné par cinq voix à être exécuté alors que quatre membres de la cour demandent sa libération immédiate et définitive* », TUNC (André), *La Cour suprême idéale in La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, TUNC (André) (dir.), RIDC 1978, n°1, p. 458. Selon Hervé CROZE, « *L'unanimité de façade qui se cache derrière la chose jugée a au moins le mérite de trancher le conflit. Croit-on consoler la partie perdante en lui expliquant qu'à une voix près elle aurait gagné ou en lui laissant entendre que, la prochaine fois peut-être, le juge qui lui a donné tort lui donnera gain de cause, alors que, par définition, il lui est interdit de représenter la même demande ?* », CROZE (Hervé), *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation in Mélanges Philippe MALAURIE, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, Paris, p. 194.

prononcé de leur décision, les juges peuvent avoir ordonné l'exécution provisoire. Si certains font part de leur dissidence, le demandeur va avoir connaissance d'une certaine fragilité de la décision, ce qui pourrait éventuellement l'inciter à ne pas mettre en œuvre l'exécution provisoire<sup>115</sup>.

Parfois, la comparaison entre la décision et les opinions séparées peut révéler qu'une minorité de juges s'est en réalité accordée sur l'ensemble des points à examiner<sup>116</sup>. Il n'est pas aisé de comprendre qu'une décision ne rassemblant pas la majorité des juges puisse être exécutée. En plus de présenter aux parties des analyses diverses d'une même affaire, la décision les concernant peut être l'objet d'un compromis a minima entre les juges.

## 2- L'atteinte à l'autorité de la décision

54. La question de l'incidence de la rédaction d'opinions séparées sur l'autorité du dispositif de la décision se pose avec une certaine acuité lorsqu'il s'agit d'opinions dissidentes. Leur définition implique l'existence d'un désaccord public non seulement avec l'argumentation de la décision mais aussi avec la solution. Il paraît difficile d'estimer que l'existence d'opinions dissidentes puisse écarter l'autorité de la chose jugée qui profite à la décision (a). Cela étant, elles ne sont pas neutres par rapport à la décision et son autorité morale peut ressortir amoindrie (b).

### a- L'absence d'effet sur l'autorité de la chose jugée

55. En application de l'article 480 du NCPC<sup>117</sup>, c'est le jugement et plus exactement son dispositif qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée<sup>118</sup>. Le contentieux relatif à cette

---

<sup>115</sup> L'exécution provisoire peut également dans certains cas être de plein droit ou ordonnée d'office par le juge, art. 514 et 515 du NCPC.

<sup>116</sup> Dans l'arrêt *Fretté contre France* rendu le 26 mai 2002 (requête n°36515/97), par la Cour EDH, il apparaît que l'absence de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 a été décidée par 4 voix contre 3, une opinion partiellement concordante du Juge COSTA à laquelle déclarent se rallier les Juges JUNGWIERT et TRAJA a été rédigée ainsi qu'une opinion partiellement dissidente commune aux Juges BRATZA, FUHRMANN et TULKENS. De même, dans l'arrêt *Odièvre contre France* du 13 février 2003, (requête n°42326/98) l'absence de violation de l'article 8 ainsi que de l'article 8 combiné à l'article 14 a comptabilisé 10 voix contre 7. Or, une opinion dissidente commune a été émise par le Président WILDHABER et les Juges BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, BARRETO, TULKENS, PELLOPÄÄ, une opinion concordante par le Juge ROZAKIS et une opinion concordante par le Juge RESS à laquelle se rallie le Juge KÜRIS. Ces arrêts sont disponibles sur le site <http://www.echr.coe.int>.

<sup>117</sup> Cet article dispose « *Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé,*

disposition s'est principalement concentré sur la question de l'extension de cette autorité aux motifs de la décision<sup>119</sup>.

En aucun cas les opinions dissidentes ne peuvent quant à elles en bénéficier. Les manuels de procédure civile mettent bien en exergue que l'autorité de la chose jugée est un effet attaché aux seuls actes juridictionnels et il semble difficile de pouvoir assimiler les opinions séparées à des actes juridictionnels<sup>120</sup>.

Aucun des critères avancés pour définir un acte juridictionnel<sup>121</sup> que ce soit de manière combinée ou même isolément ne s'apparente à ceux que l'on utiliserait pour identifier une opinion séparée. A vrai dire, une opinion séparée ne possède ni le caractère d'un acte ni le caractère juridictionnel.

La décision du tribunal est un acte en ce qu'elle est destinée à produire des effets de droit. Les opinions séparées qui pourraient être rédigées à la suite de celle-ci ne peuvent en produire aucun, ceci en application de la règle majoritaire qui s'impose dès lors qu'il y a collégialité.

Encore, à la différence des juges qui s'expriment collégalement, les rédacteurs d'opinions séparées ne sont plus dans leur fonction juridictionnelle. Ils ne tranchent pas de litige en exprimant leur solidarité ou leur désaccord avec la majorité du collège. Les opinions dissidentes ne peuvent donc avoir autorité de la chose jugée à la place de la décision.

Avoir autorité de la chose jugée signifie pour une décision qu'elle a force de vérité légale, autrement dit que ce qui a été jugé est conforme à la vérité<sup>122</sup>. Les opinions dissidentes émises ne sont pas des contre-décisions qui peuvent remettre en cause la force de vérité légale de la

---

*l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4 ».*

<sup>118</sup> Pour une étude approfondie de la notion d'autorité de la chose jugée, voir TOMASIN (Daniel), *Essai sur l'autorité de chose jugée en matière civile*, Thèse de doctorat, LGDJ, 1975, Paris, WIEDERKEHR (Georges), *Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée in Justice et droits fondamentaux*, Etudes offertes à Jacques NORMAND, Litec, 2003, Paris, p. 507 et s.

<sup>119</sup> Pour une étude de celui-ci, voir PERDRIAU (André), *Les dispositifs implicites des jugements*, JCP 1988, I, 3352 ; WIEDERKEHR (Georges), *Limites à l'autorité de chose jugée*, Justices 1995, n°2, p. 288.

<sup>120</sup> COUCHEZ (Gérard), *Procédure civile*, 14<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2006, Paris, p. 209 et s. ; PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Domat droit privé, Montchrestien, 2006, Paris, p. 485 et s. ; ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafaël), LHUILIER (Gilles), *Introduction au droit*, Flammarion, 2002, Paris, p. 293.

<sup>121</sup> Pour un énoncé des critères formels et matériels de l'acte juridictionnel, voir parmi d'autres ouvrages, VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), *Procédure civile*, Précis Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, Droit privé, Dalloz, 2003, Paris, p. 204 et s.

<sup>122</sup> Pour les effets de l'autorité de la chose jugée vis à vis des parties et vis à vis du juge, voir COUCHEZ (Gérard), *Op. Cit. Supra* ; WIEDERKHER (Georges), *Sens, signifiante et signification de l'autorité de chose jugée in Justice et droits fondamentaux*, Etudes offertes à Jacques NORMAND, Litec, 2003, Paris, p. 507 et s.

décision du tribunal. Cette seule décision, expression de la majorité, a vocation à modifier l'ordre juridique.

Ni les parties, ni les juges ne sont autorisés à considérer que ce qui se trouve dans la décision majoritaire n'a plus force de vérité légale en raison de l'existence d'opinions dissidentes<sup>123</sup>.

56. Certes, l'exercice de voies de recours peut aboutir à l'anéantissement de la décision. Seulement, c'est dans le respect de la règle majoritaire qu'une juridiction de jugement de degré supérieur va donner à l'affaire une autre issue. S'il n'est pas possible qu'une opinion dissidente remette en cause l'autorité de la chose jugée de la décision, il existe tout de même un cas d'incidence indirecte sur cette dernière. C'est celui qui consiste pour les juges de degré supérieur à s'attacher au contenu d'une opinion dissidente d'un des premiers juges pour statuer en sens contraire. Cette incidence se vérifiera selon que la motivation reflétera plus ou moins ce qui est exprimé par le ou les juges dissidents.

En outre, au niveau ultérieur de l'exécution de la décision, aucune opinion dissidente ne peut dispenser les parties d'exécuter la solution de la décision majoritaire une fois cette dernière passée en force de chose jugée<sup>124</sup>. Elles n'ont pas le choix entre appliquer le dispositif ou la solution qui ressort d'une opinion dissidente.

Donc, si les opinions dissidentes peuvent avoir un effet sur le dispositif de la décision, ce n'est pas en remettant en cause son autorité de la chose jugée.

#### b- L'obstacle à la reconnaissance de l'autorité morale

57. La publication d'une opinion dissidente à la suite d'une décision n'est pas un événement anecdotique. La remise en cause immédiate de la solution par certains des juges qui ont eu en mains les tenants et les aboutissants de l'affaire ne passe pas inaperçue et a forcément une incidence sur la décision. Seulement ce n'est pas sur le terrain proprement juridique que celle-ci se détermine.

---

<sup>123</sup> «...[L]'impact [des opinions séparées] étant assez proche de celui de la doctrine, penser qu'elles puissent entamer d'une quelconque manière l'autorité de la chose jugée reviendrait à reconnaître cette même capacité aux commentaires d'arrêts et aux notes sous décisions publiées dans les revues de droit », LECUYER (Yannick), *Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence*, RTDH 2004, p. 209

<sup>124</sup> Sur le caractère exécutoire de la décision, voir CROZE (Hervé), MOREL (Christian), FRADIN (Olivier), *Procédure civile*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2005, Paris, p. 62 et s.

L'autorité de la chose jugée ne fait pas à elle seule l'autorité d'une décision. Le dispositif s'impose d'autant mieux que la décision est de qualité, ce qui n'est pas garanti par l'autorité de la chose jugée<sup>125</sup>.

Les opinions dissidentes peuvent, sans toucher à la qualité de la décision, porter atteinte à sa reconnaissance. En critiquant le contenu de la décision par une réfutation tant des arguments juridiques que du sens de la solution, elles nuisent à l'autorité morale<sup>126</sup> qui pourrait lui profiter<sup>127</sup>.

L'effet d'une opinion dissidente, étant donné que c'est un juge qui en est l'auteur, risque d'être un sévère obstacle à l'attribution de l'autorité morale de la décision. Certes, comme l'indique le Professeur ROUSSEAU, il serait faux de croire qu' « ...*automatiquement la signature d'une opinion dissidente par un juge porterait davantage atteinte à l'autorité morale d'une décision qu'un commentaire doctrinal ; tout dépendrait du signataire* »<sup>128</sup>. On peut craindre, néanmoins, qu'à pertinence et renommée égales une opinion dissidente puisse causer un préjudice plus important à la décision qu'un commentaire négatif. Si ce n'est pas certain, les deux peuvent au moins porter une atteinte équivalente à l'autorité morale de la décision. La décision n'obtiendra pas un degré élevé d'autorité morale si le bien-fondé tant de l'argumentation juridique que de la solution est nié.

La concision des décisions judiciaires, surtout celle des arrêts de la Cour de cassation, fait particulièrement craindre une atteinte à leur autorité morale. Dans les juridictions où elles existent, les opinions séparées accompagnent toujours des décisions longuement motivées. Etant donné qu'en procédure judiciaire l'argumentation n'est pas tellement développée, les opinions séparées seront forcément plus longues. De ce fait, leur contestation de la décision ressortira avec plus de vigueur.

En réalité, la dissidence exprimée sous forme d'opinion séparée doit être analysée comme une manière supplémentaire de minimiser l'autorité d'une décision et derrière elle l'autorité du collège majoritaire. Permettre à une minorité de juges de montrer et d'expliquer sa dissidence

---

<sup>125</sup> HERON (Jacques), par LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> édition, Domat, Montchrestien, 2002, Paris, p. 256.

<sup>126</sup> L'autorité morale peut être définie comme étant celle « (...) *conférée de l'extérieur, par l'exégèse et les commentaires qu'en fait la doctrine* », GARAPON (Antoine), PAPADOPOULOS (Ioannis), *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, 2003, Paris, p. 206.

<sup>127</sup> Il est cependant difficile de croire qu'une décision pourrait se voir privée d'une autorité morale qu'elle méritait.

<sup>128</sup> ROUSSEAU (Dominique), « *Pour* » : *une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 113.

revient à affaiblir la règle de la majorité en ce qu'une ou plusieurs individualités remettent en cause l'expression majoritaire.

58. La règle de la majorité souffre peut-être plus de l'existence d'une opinion dissidente que d'un commentaire critique car même si le juge n'est plus dans sa fonction juridictionnelle lorsqu'il s'exprime personnellement, il est issu de la formation de jugement. Il a fait partie du collège mais n'a pas été convaincu par la position de ses collègues et s'est coupé de la majorité en lui ôtant une possibilité de se montrer plus forte, faute de pouvoir le compter parmi elle. Sa décision de faire connaître publiquement son désaccord a des chances d'avoir été mûrement réfléchie.

La question est de savoir ce qu'il reste de l'autorité morale d'une décision adoptée à une petite majorité et au sujet de laquelle tous les juges de la minorité ont exprimé leur désaccord. L'interdiction des opinions dissidentes est une mesure qui permet à la règle de la majorité de s'imposer avec rigueur.

#### B- Un encouragement à l'exercice de voies de recours

59. Les opinions séparées, en plus de pouvoir être un bon indicateur du partage des voix<sup>129</sup> et donc de la conviction des juges, permettent aux parties de se rendre mieux compte du poids donné à certains motifs. Ainsi, un recours est exercé avec plus de discernement quant à ses chances de succès. On peut considérer cette évaluation de l'intérêt d'exercer un recours comme un avantage. Pourtant, certains objectent que la prise en compte des opinions séparées dans le choix d'exercer un recours (1) aurait surtout pour effet de multiplier les recours intempestifs (2).

##### 1- La prise en compte des opinions séparées dans le choix d'exercer un recours

60. Une évaluation des chances de succès d'un recours au moyen des opinions séparées est envisageable. Même si les juges doivent motiver le sens de leur vote dans la décision, ils reprennent dans leurs opinions séparées certains des motifs majoritaires alors même qu'ils expliquent les raisons de leur désaccord total ou partiel. La fragilité de la décision apparaît alors au grand jour. Déjà, les parties peuvent entrevoir lesquels des motifs pourraient manquer de pertinence aux yeux des juges d'une juridiction supérieure (a). Encore, les opinions

---

<sup>129</sup> A condition d'être suffisamment nombreuses.



séparées peuvent mettre en exergue certaines irrégularités de la procédure dont les parties se serviront pour anéantir la décision (b).

a- Un doute sur la pertinence de la motivation de la décision

61. A l'instar de la motivation, les opinions séparées peuvent jouer un rôle déterminant dans le choix de l'exercice d'un recours contre la décision qui vient d'être rendue. Cette fonction d'impulsion est bien connue s'agissant de la motivation. En effet, elle «...*informe [le justiciable] du sens de la décision, lui permettant d'en demander l'application, ou au contraire, de tenter de la faire censurer par une juridiction supérieure* »<sup>130</sup>. Sachant pour quelles raisons il aurait pu gagner, il sait quels arguments faire valoir dans son recours.

Les opinions séparées éclairent les parties sur la force des motifs de la décision. En s'attardant sur certains points du raisonnement de la majorité pour expliquer sa non adhésion, le juge dans son opinion séparée renseigne notamment le perdant sur leur pertinence. Il est dès lors mieux à même de juger de son intérêt à exercer un recours contre la décision qui lui est défavorable. Aussi, le Professeur OST estime-t-il que les opinions dissidentes sont « ...*une occasion de mieux anticiper leurs chances de succès en appel ou en cassation* »<sup>131</sup>.

62. Cet aspect prévisionnel est intéressant mais a aussi un revers. Soit les opinions séparées amènent le perdant à être convaincu des limites de son action, l'incitant à clore ici la procédure, soit, elles lui dévoilent les points qui peuvent être mis en cause devant une juridiction supérieure. Dans la première hypothèse, l'absence d'exercice d'un recours permet de réaliser une économie de temps. Les opinions séparées permettent de ne pas allonger inutilement la procédure, ce qui correspond à la recherche actuelle de moyens de faciliter le travail d'institutions judiciaires qui sont débordées. L'inconvénient des opinions séparées se trouve dans leur absence éventuelle de pertinence. Si certaines d'entre elles peuvent inciter à juste titre à l'exercice d'un recours, toutes n'ont pas cette qualité et ces dernières contribuent à fragiliser inutilement la décision. Il est vrai que, en rendant publiques plusieurs opinions, concordantes et dissidentes, la juridiction va devoir assumer le fait éventuel que la motivation souffre de n'être commune qu'à une minorité. Dans cette hypothèse, le perdant ne manquera

---

<sup>130</sup> ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafaël), LHUILIER (Gilles), *Introduction au droit*, Flammarion, 2002, p. 320.

<sup>131</sup> OST (François), *Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ?* in *Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruylant, 2002, Bruxelles, p. 22.

logiquement pas d'exercer un recours à l'encontre de la décision dont les motifs semblent peu solides.

63. Entre la publication de la décision et celle des opinions séparées éventuelles, il n'y a pas de temps de décalage. Un article de doctrine qui mettrait en exergue la faiblesse de certains motifs ne peut normalement, compte tenu des délais d'exercice du droit de recours, donner d'orientation au perdant qui souhaiterait former un recours. Ce n'est pas le cas des opinions séparées dont les parties prennent connaissance dans un moment difficile. Dans un tel contexte, le perdant sera probablement tenté d'attacher plus d'importance aux explications individuelles des juges.

Néanmoins, la décision est acquise même si les opinions séparées fournissent des indications quant à l'exercice d'un recours.

#### b- Une mise en valeur des irrégularités de la procédure

64. Les opinions séparées n'ont pas normalement pour fonction de susciter l'exercice de recours. Cependant, la difficile réglementation de la pratique conduit à rebondir sur la question formulée par M. EISSEN au sujet des opinions séparées à la Cour EDH en ces termes : « *un juge dissident peut-il (...) ne pas se borner à motiver son désaccord avec ladite solution mais spécifier de surcroît comment il eût fallu, selon lui, statuer sur le ou les points dont la majorité n'a pas eu besoin de s'occuper ?* »<sup>132</sup>.

Il est possible de distinguer deux sortes de points dont la majorité n'a pas à s'occuper soit parce qu'il s'agit d'arguments qui n'ont pas été abordés dans les conclusions des parties, soit parce que ce sont des éléments relatifs à la procédure qui suit la clôture des débats.

S'agissant des premiers, on peut supposer que le juge déborde du cadre strict de l'opinion séparée pour proposer un fondement juridique permettant à l'action de prospérer, lequel n'aurait pas été envisagé par le demandeur. Encore, il peut s'étendre sur un manque d'explication au niveau d'une des prétentions ou l'inciter à produire de nouvelles pièces. Si de telles opinions séparées sont émises, le perdant exercera plus facilement un recours. Il acceptera mieux d'avoir perdu s'il nourrit, dans le même temps, de nouveaux espoirs de réussite.

La matière arbitrale donne souvent, quant à elle, l'occasion d'insister sur l'incitation des opinions séparées à l'exercice de recours en annulation. Ce type d'opinions séparées a la

---

<sup>132</sup> EISSEN (Marc-André), *Discipline de vote à la Cour européenne des Droits de l'Homme ?* in *Human rights and constitutional law*, Mélanges WALSH, The Round Hall Press, 1992, Dublin, p. 72.

particularité d'être le moyen de dénoncer l'irrégularité de la procédure suivie. M. JARVIN voit favorablement l'utilisation des opinions séparées à cet unique objet. Il propose de « ...limiter le droit de s'exprimer par une opinion dissidente aux seules questions procédurales »<sup>133</sup>. Il est essentiel, pour l'arbitre mis en minorité, de porter à la connaissance de ceux qui l'ont nommé l'existence d'une irrégularité que seuls ceux qui ont participé à l'élaboration de la décision connaissent. Les Professeurs POUURET et BESSON estiment aussi que l'opinion dissidente est « ...légitime lorsqu'elle porte sur une grave irrégularité inconnue des parties, notamment d'une mise à l'écart du minoritaire lors du délibéré »<sup>134</sup>.

65. Les cas d'irrégularités de la procédure au sein des juridictions judiciaires, une fois les débats clos, existent également. Elles peuvent notamment porter sur le nombre de juges ou la qualité des personnes participant au délibéré<sup>135</sup>, sur la procédure des notes en délibéré<sup>136</sup>. Il est, cependant, possible d'estimer que ces hypothèses sont peu fréquentes. Peut-être si peu d'ailleurs que lorsqu'un juge prend soin d'en faire connaître l'existence, le perdant ne manque pas de s'en prévaloir dans le cadre d'un recours qu'il n'aurait pas envisagé.

En fait, que les arguments donnés au moyen des opinions séparées soient relatifs au fond ou à la procédure, c'est toujours de manière artificielle qu'ils permettent d'évaluer les chances de prospérer d'un recours. Pourtant, il est normal que le perdant ait confiance en l'issue de son recours si un juge indique, dans son opinion séparée, que la décision a été rendue en violation d'une règle procédurale susceptible de la faire annuler. Dans une moindre mesure, il en est de même pour celui qui voit prononcer en sa défaveur une décision accompagnée de plusieurs opinions séparées laissant percevoir où sont les faiblesses des conclusions de l'avocat.

---

<sup>133</sup> JARVIN (Sigvard), *Remarques sur le contrôle de la décision d'incompétence de l'arbitre et sur la pratique des opinions dissidentes*, note relative à l'arrêt de la CA Paris, 7 juillet 1994, *Revue de l'arbitrage* 1/1/1995, n°1, p. 125.

<sup>134</sup> POUURET (Jean-François), BESSON (Sébastien), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Bruylant, 2002, Bruxelles, p.718-719 ; Dans une autre contribution, Jean-François POUURET note que Laurent LEVY avale également le droit de l'arbitre minoritaire d'émettre une opinion dissidente «... lorsque l'intérêt de l'arbitre minoritaire, notamment de divulguer certaines irrégularités l'emporte sur celui de ne pas compromettre l'efficacité de la sentence », POUURET (Jean-François), *Légitimité et opportunité de l'opinion dissidente dans le silence de la loi ? Poursuite d'un débat amical*, in *Autour de l'arbitrage, Liber amicorum Claude REYMOND*, Litec, 2004, Paris, p. 249.

<sup>135</sup> Article 447 du NCPC.

<sup>136</sup> Articles 444 et s. du NCPC.

## 2- La difficile évaluation du risque d'augmentation du nombre de recours

66. Le fait d'avoir envisagé qu'une opinion séparée puisse fonder un recours ne revient certainement pas à lui conférer la nature de motif. Aucun élément tiré d'une opinion séparée ne saurait constituer un motif susceptible d'être critiqué dans le cadre d'un recours. L'extériorisation matérielle de l'opinion séparée ne permet même pas à celle-ci d'être qualifiée de motif surabondant.

Dès lors, les risques d'augmentation du nombre de recours sous l'effet des opinions séparées, s'ils sont réels, paraissent assez mesurés. Les reproches que les parties vont formuler ne sont susceptibles de concerner que les éléments de faits et/ou de droit, suivant la voie de recours exercée, tels qu'analysés par la majorité. Tout débordement de ce cadre devrait être sanctionné par l'irrecevabilité du recours<sup>137</sup>.

L'analyse semble claire. S'agissant des opinions dissidentes du moins. Une interrogation se pose tout de même pour les opinions concordantes étant donné que leurs rédacteurs sont des juges de la majorité ayant voté pour le dispositif. Est-il envisageable de considérer les opinions concordantes comme des éléments de motivation ?

67. Il y a une différence essentielle entre les opinions dissidentes et les opinions concordantes. L'auteur d'une opinion dissidente manifeste son désaccord tant sur les motifs que sur le dispositif de la décision. En rédigeant une opinion concordante, son auteur n'exprime pas que son opposition à l'égard des motifs, il indique aussi qu'il est favorable au sens de la décision. Son vote a concouru à la solution adoptée par la majorité. Il a permis à la décision de s'imposer. Pour M. JURET « ...*les opinions personnelles des juges qui ont voté le dispositif final, mais pour des raisons autres que celles de leurs collègues, doivent entrer dans les motifs de la décision* »<sup>138</sup>.

Cette assimilation des opinions concordantes aux motifs est le reflet d'une acception large de la notion de motivation. Serait motif tout élément qui contribue à appuyer le sens du dispositif. Certes, le contenu de l'opinion concordante n'a pas à être approuvé par la majorité, il ne s'agit donc pas de motifs sur lesquels la majorité des juges s'accorde mais ils demeurent majoritaires puisque c'est sur leur base que le juge a voté avec la majorité.

D'ailleurs, si une majorité doit se dégager pour le vote du dispositif, la motivation de la décision peut quant à elle fort bien ne convenir qu'à une minorité de juges. Somme toute, il

---

<sup>137</sup> Article 122 du NCPC.

<sup>138</sup> JURET (Pierre-Marie), *Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales*, RGDIP 1960, p. 528.

est difficile de dire en quoi les motifs issus d'opinions concordantes, qui peuvent être communes à plusieurs juges, seraient de moindre valeur que ceux qui figurent au dessus du dispositif.

Il est vrai que la frontière entre opinions séparées et motivation est molle. De surcroît, étant publiées avec la décision, les opinions séparées peuvent être reprises par les juges de la juridiction chargée de l'examen du recours. Elles sont ainsi susceptibles, dans un deuxième temps, de devenir une partie de la motivation majoritaire, laquelle pourra éventuellement être, à ce titre, critiquée dans le cadre d'un autre recours.

Qu'au fil du parcours judiciaire la nature des opinions séparées change ne fait pas de celles-ci une cause significative de multiplication des recours. Sans l'être, les opinions séparées peuvent cependant favoriser l'exercice de recours en interprétation.

Outre le fait qu'une opinion séparée qui engendre chez le lecteur une confusion dans la compréhension de la solution manque son but, elle peut nécessiter une demande d'éclaircissements pour une correcte exécution de la décision. Il est toujours possible de dire que la demande d'interprétation est due en premier lieu à une décision mal motivée mais le retard entraîné par cette procédure, alors que la décision est définitive, s'il est imputable aux opinions séparées, ne se justifie pas.

68. L'impact des opinions séparées sur l'exercice des recours dépend surtout de la fonction qu'on leur attribue. Aussi, l'exemple canadien démontre que les opinions séparées peuvent avoir une importance singulière. Mme le Juge L'HEUREUX-DUBE a eu l'occasion de préciser qu'en matière pénale, « *...les accusés ont le droit automatique de porter en appel toute décision de la cour d'appel dans laquelle un juge était dissident* »<sup>139</sup>. Il faut remarquer que, en l'occurrence, la seule existence d'une opinion dissidente justifie l'exercice du recours et constitue ainsi un moyen de procédure. Les opinions séparées peuvent jouer un rôle négatif en aval de la décision de première instance, ce qui est toujours dommageable pour son autorité même si cela ne conduit pas à une explosion des recours.

---

<sup>139</sup> Selon l'auteur, « *Les opinions dissidentes rendues en cour d'appel [provinciale] font partie intégrante du droit pénal procédural (...)* », L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidente : voix de l'avenir ?* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 86.

## **Section II- Une diminution de la crédibilité des juges**

69. Les opinions séparées traduisent la richesse d'une analyse juridique. Elles sont rédigées essentiellement à l'occasion d'affaires qui suscitent un débat entre les juges, voire une question de société. Si les juges ont à traiter d'une matière qui intéresse un large public<sup>140</sup>, il convient de reconnaître l'intérêt des opinions séparées de lever le voile sur les discussions internes. En réalité, la publication des opinions séparées ne fait que porter à la connaissance d'un public attentif des dissensions qui existent déjà. Or, elle risque de nuire considérablement à la crédibilité des juges en révélant l'existence de conflits internes (§1) et en favorisant une personnalisation contraire à la conception traditionnelle de la fonction judiciaire (§2).

### **§1- La révélation de conflits internes**

70. L'appréciation critique d'une décision de justice est, en général, le fait d'universitaires ou de professionnels dont les articles paraîtront dans des revues juridiques plus ou moins longtemps après son prononcé. Les opinions séparées sont quant à elles publiées avec la décision et ont pour auteurs les membres du collège qui a jugé l'affaire. Elles pourraient saper gravement l'autorité de la décision en mettant tout de suite en avant les controverses qui lui sont relatives (A) et contribueraient ainsi à donner une mauvaise image de la justice (B).

#### **A- Une mise en avant des controverses**

71. Même si le délibéré tend généralement à la recherche d'une unanimité, il manque parfois cet objectif<sup>141</sup>. Les opinions dissidentes ne créent pas les désaccords mais elles les portent à la connaissance du public. Elles mettent en lumière les controverses qui ont trait à la solution qui vient d'être rendue.

---

<sup>140</sup> Qu'il s'agisse de particuliers, de la communauté scientifique, d'un groupe de sociétés.

<sup>141</sup> Pour Jean-Denis BREDIN, « *La recherche d'unanimité se retrouve sans doute dans toute juridiction* », BREDIN (Jean-Denis), *Retour au délibéré arbitral*, in *Autour de l'Arbitrage, Liber Amicorum Claude REYMOND*, Litec, Paris, 2004, p. 49.

Comme l'indique le Professeur ROUSSEAU, ce n'est pas le fait que les juges ne soient pas tous d'accord qui pose problème, c'est le caractère public du désaccord<sup>142</sup>. La publicité du désaccord, que celui-ci porte seulement sur la motivation ou sur la solution proprement dite, va être un facteur d'incertitude dans les rapports que les parties, la doctrine vont avoir avec la décision.

Le fait que les juges décident d'exprimer séparément leur opinion laisse penser qu'il existe un conflit d'analyse entre les juges qui ne peut être passé sous silence. Dans le cas contraire, ils auraient tôt fait de se dispenser de cette tâche supplémentaire. Voilà pourquoi l'attention du public risque de se porter certainement tant sur les opinions séparées que sur la décision. Une décision a été rendue mais sa solution est controversée.

Une opinion concordante vient ôter sa netteté à la motivation choisie tandis qu'une opinion dissidente semble indiquer que la position des juges majoritaires est appelée à évoluer. Selon le Professeur AUBERT, l'opinion dissidente serait contraire au principe de prohibition des arrêts de règlement. Il estime qu'elle révèle la fragilité de la décision, ce qui « ...confère à l'ensemble une efficacité dans la durée qui contredit quelque peu les exigences légales »<sup>143</sup>.

En fait, plus directement, il est permis de se demander si les opinions séparées ne portent pas atteinte au principe de sécurité juridique car elles nuisent, d'une manière ou d'une autre, à la clarté de la règle jurisprudentielle.

Le principe de sécurité juridique peut être analysé comme une exigence de stabilité juridique<sup>144</sup>. Une décision augmentée d'opinions séparées sera perçue comme s'imposant cette fois-ci et non pas une fois pour toute<sup>145</sup>, au risque de contrarier la continuité juridique.

Si les opinions séparées se répètent à chaque décision, on peut certes considérer que la jurisprudence établie par la majorité est d'autant plus assise que l'exposé d'opinions séparées ne l'a pas remise en question, ou bien, se demander à chaque fois si la solution va être ou non

---

<sup>142</sup> ROUSSEAU (Dominique), « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes, *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 113.

<sup>143</sup> AUBERT (Jean-Luc), *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 13.

<sup>144</sup> MATHIEU (Bertrand), *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficace* in *Droit constitutionnel*, Mélanges Patrice COMBE, Montchrestien, 1999, Paris, p. 305.

<sup>145</sup> Cette remarque ne remet pas en cause le fait que « la force des arrêts se restreint à la contestation particulière (...) tranch[ée] », COLSON (Renaud), *Genèse du concept de revirement de jurisprudence*, RRJ, Droit prospectif, PU Aix- Marseille, 2000, p. 1007.

la même. S'il est vrai que la stabilité d'une règle jurisprudentielle n'est jamais garantie<sup>146</sup>, la jurisprudence aura d'autant plus de difficultés à s'établir qu'elle fait publiquement l'objet de controverses internes.

Ces dernières auront, de plus, un retentissement, au niveau interne comme à l'extérieur de la juridiction, qui sera en relation pour une large part avec la personne de l'auteur de l'opinion séparée. Ici encore, face à la majorité, il y a une particularité à ce que ce soit le Président de la formation de jugement, pouvant en outre être le Président de l'ensemble de la juridiction, qui prenne l'initiative de ne pas taire les questions controversées. L'absence d'unanimité risque de ne pas permettre à la majorité d'asseoir sa jurisprudence aux yeux du public.

Une telle situation pourrait même être analysée comme une volonté louable de l'auteur de convaincre ses collègues qu'ils sont dans l'erreur et son analyse, bien que minoritaire, pourrait être reprise par la doctrine.

La publicité des opinions séparées atteste de l'existence d'un débat entre les juges, or ce compte rendu est négatif si les controverses sont telles que la jurisprudence, et par là l'image de la justice, vient à en pâtir.

## B- Une mauvaise image de la justice

72. Certaines personnalités expertes de la matière constitutionnelle ont fait part de leur position tranchée en défaveur des opinions séparées. Selon leur vision conservatrice, l'expression publique d'un désaccord peut lourdement porter atteinte à l'image de la justice constitutionnelle. Il est probable de retrouver cette même objection en ce qui concerne la justice judiciaire. Sans être oublié, le débat relatif à l'introduction des opinions séparées au Conseil constitutionnel s'essouffle un peu. Ce débat s'est ouvert au moment où la légitimité du Conseil était publiquement contestée parce que ses décisions étaient soupçonnées d'être plus politiques que juridiques. Depuis quelques temps, c'est le juge judiciaire qui est l'acteur le plus exposé aux critiques. Le Doyen VEDEL considérait que l'admission des opinions dissidentes au Conseil constitutionnel<sup>147</sup> aurait été « foudroyante ». Selon lui, « *le premier effet, dans un pays qui n'en a pas la tradition, serait de présenter aux citoyens au lieu d'une*

---

<sup>146</sup> Pour une analyse développée, voir ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafaël), LHUILIER (Gilles), *Introduction au droit*, Flammarion, 2002, Paris, p. 142.

<sup>147</sup> Sur ce thème précis, voir la thèse de MASTOR (Wanda), *Contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, 2001, Aix-Marseille 3.



*Cour de justice un spectacle qui aurait sa place à la télévision entre le « Face à Face » et la « Roue de la Fortune »*<sup>148</sup>.

73. Certaines particularités du Conseil constitutionnel peuvent sans doute justifier plus que pour une juridiction judiciaire une telle crainte. Le Professeur LUCHAIRE s'est également exprimé dans un sens défavorable à l'admission des opinions dissidentes au sein du Conseil constitutionnel. Il se demande « ... comment empêcher que beaucoup veuillent expliquer ce vote par la sensibilité politique de la personnalité qui a nommé celui qui l'a émis<sup>149</sup> ».

La nomination des membres du Conseil constitutionnel par des autorités politiques est un élément qui peut évidemment conduire l'opinion publique à faire certaines correspondances entre le bord politique de celui qui l'a nommé d'une part, et le sens et l'explication, du vote par le juge, d'autre part. La publicité des opinions séparées va éventuellement faire peser sur leur auteur une pression politique telle qu'il s'empêchera d'expliquer ultérieurement le sens de son vote pour le maintenir secret.

74. Concernant les juridictions judiciaires françaises, il est possible d'imaginer que les divergences publiques puissent tout autant affaiblir l'image de l'institution dans l'esprit d'une opinion publique alors spectatrice des tensions qui peuvent exister entre les juges. L'affichage de la mésentente entre les juges contrasterait fortement avec l'idée qu'un esprit de corps règne au sein de la magistrature. Les justiciables verraient en ce cas les juges imposer des décisions pour lesquelles leurs avis divergent. Comme les médias donnent déjà, à l'occasion, l'image d'une justice qui se trompe, il pourrait être difficile de ne pas analyser l'existence d'opinions, dissidentes surtout, comme l'expression d'erreurs judiciaires potentielles.

75. Conscient de l'objectif de célérité que se fixe la justice, on peut s'interroger aussi sur l'effet négatif de l'admission des opinions séparées s'agissant de la durée de leur rédaction en vue d'une publication. Le juge judiciaire rend annuellement un nombre très conséquent de décisions. Il doit néanmoins s'efforcer de travailler rapidement afin d'observer l'exigence du délai raisonnable issue de l'article 6 §1 de la Convention EDH, tel qu'interprété par la Cour EDH<sup>150</sup>. Comme les opinions séparées sont publiées en même temps que la décision qu'elles accompagnent, un allongement de la durée moyenne des procédures est à craindre<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> VEDEL (Georges), *Préface* in ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, 7<sup>ème</sup> édition, Domat droit public, Montchrestien, 2006, Paris, p. 9.

<sup>149</sup> LUCHAIRE (François), « Contre » : *le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 111.

<sup>150</sup> Selon Antoine VALERY, le délai raisonnable est un critère essentiel du caractère équitable du procès, ainsi « ...faute de décisions rendues dans un délai raisonnable, c'est le caractère concret et effectif de ces droits qui

La Cour EDH, pour déterminer le caractère raisonnable du procès se fonde sur plusieurs critères parmi lesquels figure celui de l'attitude des autorités judiciaires<sup>152</sup>. Bien évidemment, le juge qui souhaite rédiger une opinion séparée ne peut provoquer un retard significatif de l'échéance de l'affaire alors que la décision majoritaire est en attente de publication. L'image de la justice ne sort pas améliorée d'une augmentation de la durée de traitement des litiges.

## §2- La personnalisation de l'exercice de la fonction judiciaire

76. Le droit judiciaire est très attaché au principe du secret du délibéré qui est traditionnellement conçu comme une sauvegarde pour le juge. Le fait que rien ne doive transpirer du délibéré lui permet d'échapper à la vindicte des plaideurs et de conserver sa sérénité au moment de juger<sup>153</sup>. Ainsi, il lui est interdit de faire connaître le sens de son vote et de justifier personnellement sa position lorsqu'il est en désaccord avec ses collègues majoritaires. De la mise en place des opinions séparées pourrait découler une personnalisation risquée pour l'indépendance du juge (A) sans compter que la manière dont il s'exprime à titre individuel pourrait favoriser une déconsidération de sa fonction (B).

### A- Un risque pour l'indépendance du juge

77. Le principe du secret du délibéré<sup>154</sup> trouve sa justification dans le fait de mettre le juge à l'abri des reproches. Il oblige à un anonymat qui a pour but de garantir l'indépendance du juge. Cet anonymat se concrétise, en cas de collégialité, par une absence d'imputation personnelle de la solution. Ainsi, aucune personne étrangère au délibéré ne peut avoir

---

*risque d'être mis en cause* », VALÉRY (Antoine), *Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour EDH ?* in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2000, Bruylant, 2001, Bruxelles, p. 92.

<sup>151</sup> Sans compter certaines dispositions particulières telle celle permettant aux juges de la Cour constitutionnelle allemande de demander la réouverture du délibéré en cas d'opinion dissidente, 26 §2 du règlement interne de la Cour, IN WALTER (Christian), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, *En Allemagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 84.

<sup>152</sup> Emmanuel KRINGS cite l'ensemble de ces critères ; la complexité de l'affaire, l'attitude des parties et spécialement celle du requérant, l'attitude des autorités de l'Etat mis en cause auxquels s'ajoutent les circonstances propres à la cause, KRINGS (Emmanuel), *Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice in L'efficacité de la justice civile en Europe*, CAUPAIN (Marie-Thérèse), DE LEVAL (Georges) (dir.), Larcier, 2000, Bruxelles, p. 235 et s.

<sup>153</sup> PERROT (Roger), *Droit judiciaire privé, Les Cours de droit*, Fascicule II, 1977, Paris, p. 626.

<sup>154</sup> Article 448 du NCPC.

connaissance des discussions entre les juges et du sens de leur vote. Alors que l'anonymat de la décision peut s'analyser, suivant les points de vue, comme une entrave ou une protection<sup>155</sup>, il est classiquement regardé comme un élément intrinsèque à la collégialité. La décision étant une œuvre commune, elle préserve les juges d'attaques personnelles.

Dans le système judiciaire français, on aurait donc plutôt tendance à craindre que l'expression d'opinions séparées entraîne une personnalisation excessive des juges qui seraient ainsi soumis à des pressions qui peuvent dangereusement interférer dans la fonction de juger. Selon le Président DUMAS, « ...il est de l'intérêt général que le juge lui-même soit protégé d'influences étrangères au droit, à la justice et à la raison »<sup>156</sup>.

Surtout, l'expression d'opinions séparées risquerait de favoriser l'exercice de pressions non seulement pour les juges qui se seraient désolidarisés mais également pour les autres qui n'auraient pas manifesté la volonté de sortir de l'anonymat de la décision. Si dans un collège de trois juges, l'un d'entre eux décide d'écrire une opinion dissidente, le sens du vote des deux autres est connu *de facto*. Le juge dissident fait donc également courir un risque de ressentiment à l'encontre de ses collègues.

La levée de l'anonymat, du fait de l'expression d'opinions séparées, risque de porter atteinte à la liberté de décision du juge qui pourrait redouter les menaces ou la rancœur des plaideurs. En dévoilant sa position personnelle, le juge est exposé à faire l'objet de toutes sortes de sollicitations et d'influences extérieures. Le traditionnel débat sur l'indépendance du juge judiciaire, envisagé sous l'angle de ses relations avec le pouvoir exécutif, concerne essentiellement les magistrats du parquet. Pourtant, si la question délicate du statut du parquet monopolise souvent le débat, elle ne peut conduire à occulter la situation des juges du siège. Comme l'a souligné M. NALLET, « ...on peut soutenir que [ces] question[s] pour spectaculaires qu'elles soient ne concernent qu'un aspect du problème plus vaste de l'indépendance de la Justice »<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> VALLET (Odont), *Devoir de réserve et liberté d'expression*, La revue administrative 1<sup>er</sup> novembre 1993, Doctrine et informations générales, n°276, p. 536.

<sup>156</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges in Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 192.

<sup>157</sup> L'auteur termine ainsi « Il serait grave en effet que nos concitoyens, lorsqu'ils prendront connaissance des propositions de la commission, puissent considérer que la modernisation de la Justice est accomplie par la réforme du statut du Parquet ! », NALLET (Henri), *Rapport de la commission de réflexion sur la justice, Rapport au Président de la République, Annexes*, Collection des rapports officiels, La documentation française, 1997, Paris, p. 38.

78. L'éventualité d'une dépendance du juge du siège vis à vis du pouvoir exécutif<sup>158</sup> existe malgré les garanties statutaires importantes dont il dispose. En outre, les pressions pouvant remettre en cause l'indépendance du juge dépassent largement cette relation et d'autres formes de dépendances sont apparues<sup>159</sup>.

Il en est ainsi de la dépendance vis à vis des collègues en raison de l'ascendant de certains juges sur d'autres ; il trouve son origine dans l'ancienneté, dans la supériorité hiérarchique<sup>160</sup>. Ce fait peut expliquer d'ailleurs en partie les dispositions en vigueur en matière d'avancement des juges<sup>161</sup>. M. THUILLIER n'a-t-il pas décrit le délibéré comme un moment pouvant emprunter à un certain machiavélisme de la part des juges, estimant que *l' « on aurait tort d'avoir une vue trop simpliste d'un délibéré portant sur une affaire importante : c'est un jeu souvent incertain, tout dépend de la coutume de la « maison »*<sup>162</sup>. Pour le Juge MARTENS, un juge qui délibère n'est-il pas un juge qui plaide<sup>163</sup>?

---

<sup>158</sup> Pour une vision d'ensemble, voir RENOUX (Thierry S.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984 ; Le Président de la République garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, *Justices* 1996, n°3, spécialement p. 106 et s. ; MARTIN (Arnaud), *Le Conseil Supérieur de la Magistrature et l'indépendance des juges*, RDP Janv./fév. 1997, n°1, p. 741 ; DUFOUR (Olivia), *Réforme de la justice : Qui a peur de l'indépendance des juges ?* PA 25 janvier 2000, n°17, p. 3 ; GRAFFIN (Thibault), *Le statut des magistrats devant le Conseil constitutionnel : une défense discutable de l'unité du corps judiciaire au profit d'une exigence forte d'indépendance des magistrats*, RDP 2001, n°3, p. 831.

<sup>159</sup> Jean-Denis BREDIN s'interroge ainsi «...ce juge moderne, réellement redressé, débarrassé des dépendances traditionnelles est-il pour autant indépendant (...) [et] ne risque-t-il pas de se découvrir d'autres dépendances, non moins redoutables, celles que notre vieux débat avait le plus souvent ignorées ... », BREDIN (Jean-Denis), *Qu'est ce que l'indépendance du juge ?* *Justices* 1996, n°3, p. 164, l'auteur cite comme possibles dépendances celles à l'égard des « hiérarchies même symboliques, des organisations professionnelles, des syndicats », du juge lui-même, « de son idéologie, de ses préjugés, de ses sympathies et de ses animosités », encore « des médias et de leur séduction ».

<sup>160</sup> Non contraire au principe d'inamovibilité, CC, 21 février 1992, décision n°92-305, 21 février 1992, Rec. p. 27.

<sup>161</sup> Article 36 alinéa 3 de la loi organique n°92-189 du 25 février 1992, « Nul ne peut être inscrit au tableau d'avancement s'il n'a pas été nommé dans deux juridictions ou, après avoir exercé des fonctions juridictionnelles, s'il n'a pas été nommé à l'administration centrale du ministère de la justice ou en service détaché ». Selon Pierre CROCQ, cette règle «... évite qu'un magistrat bénéficie d'un avancement sur place et exerce une influence croissante sur les autres membres de la juridiction », CROCQ (Pierre), *Le droit à un tribunal impartial in libertés et droits fondamentaux*, CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), REVET (Thierry) (dir.), 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006, Paris, p. 473.

<sup>162</sup> THUILLIER (Guy), *L'art de juger*, Economica, 2001, Paris, p. 46. Il identifie les rapports que les juges entretiennent en classant ces derniers par catégorie. Il y a, « ceux qu'on juge supérieurs par l'autorité, la science juridique, que l'on ménage, dont on souhaite vivement l'appui, dont on veut être bien vu, et auxquels on cède volontiers sur ce qui vous est indifférent », « ceux qui vous sont égaux, dont on ménage l'amour propre, avec qui on noue des alliances « objectives », et dont on redoute les sautes d'humeur ou l'esprit partisan », et « ceux qui vous sont inférieurs par l'âge, l'expérience, dont on recherche les faveurs, car ils « font nombre », qu'on flatte et sur lesquels on voudrait bien exercer une influence ».

Il reste à se demander si la hiérarchisation du pouvoir judiciaire permet au juge de se maintenir dans son indépendance. Il résulte des articles 19 et 20 du décret n°93-21 du 7 janvier 1993 que le supérieur hiérarchique<sup>164</sup> est appelé à apprécier dans une note écrite l'activité de chaque juge placé sous son autorité en vue de son avancement. Egalement, un juge d'une juridiction inférieure peut être enclin à se ranger à la position d'une cour supérieure pour traiter tel problème juridique puisque le nombre de ses décisions remises en cause compte pour sa notation<sup>165</sup>.

Cette question, même si elle est sensible, ne doit pas être éludée en ces temps où le travail du juge judiciaire fait l'objet de critiques publiques<sup>166</sup>.

La mise en place des opinions séparées pourrait donner lieu à une multiplication des sollicitations et des pressions et celles-ci pourraient faire perdre au juge sa liberté de décision. C'est pourquoi, pour le Premier président CANIVET, « ...les opinions dissidentes ne sont possibles que dans des systèmes très certains où l'indépendance du juge à l'égard de toutes les pressions dont il peut faire l'objet est absolue... »<sup>167</sup>. Tant qu'il n'est pas exposé individuellement, le juge judiciaire est bien mieux protégé contre les influences au moment de statuer. De même, après sa prise de décision, il risque moins d'être critiqué personnellement. La mise en place des opinions séparées est un enjeu de taille qui nécessite de bien évaluer le degré d'indépendance du juge judiciaire.

---

<sup>163</sup> « Que croyez-vous que fait un juge qui siège dans un organe collégial ? Il plaide. Quand nous délibérons à 12 ou à 7, dans la juridiction à laquelle j'appartiens ( la Cour d'Arbitrage de Belgique), et que la journée est finie, j'ai le sentiment - exactement comme quand j'étais avocat – d'avoir perdu ou gagné une affaire selon que j'ai convaincu ou non mes collègues », MARTENS (Paul), *Pour conclure...* in *L'éthique des gens de justice*, Actes du colloque des 19-20 octobre 2000, Entretiens d'Aguesseau, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2001, Limoges, p. 199.

<sup>164</sup> L'emploi de ce terme n'est jamais aisé étant donné qu'aux vues des textes comme le soulignent Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND « *Le juge, dans son office juridictionnel n'a d'ordre à recevoir de personne, pas même d'un magistrat de grade plus élevé, fût-il son chef de juridiction* » ; *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2006, Paris, p. 48 et 49.

<sup>165</sup> Selon Dominique D'AMBRA, une des raisons de la généralisation de fait des précédents en l'absence d'un principe théorique tient à l'existence d'une hiérarchie judiciaire, « ...un juge du premier degré se mettra rarement en contradiction avec un juge de degré supérieur, surtout lorsque l'on sait que les magistrats sont notés et que parmi les critères de notation, figure un critère d'aptitude juridique prenant en compte le nombre des décisions infirmées ou cassées », D'AMBRA (Dominique), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Thèse de doctorat, LGDJ, 1994, Paris, p.132-133.

<sup>166</sup> « ... on se trouve ici en présence d'un problème assez irritant, dont on comprend certes la nécessité, mais qui introduit un ferment de sujétion (...) que l'on n'évoque jamais sans une certaine gêne quand on pense à la dignité du juge et à son indépendance », PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Domat, droit privé, Montchrestien, 2006, Paris, p. 79.

<sup>167</sup> CANIVET (Guy), *Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, *Débats*, Actes du Premier Congrès de l'AHJUCAF, 17-19 mai 2004, Marrakech, [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/debats.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/debats.htm).

## B- Une déconsidération de la fonction du juge

79. De manière générale, c'est de l'attitude du juge soumis au regard de l'opinion publique que dépend la crainte de ce que les divergences entre les juges soient extériorisées. On peut considérer que formuler des opinions séparées revient à faire partager à l'opinion une partie de son activité. M. SALAS estime qu' « ...*en s'ouvrant à des canaux de communication non exclusivement hiérarchiques ou syndicaux, le juge apporterait directement une contribution à la construction de la démocratie* »<sup>168</sup>.

L'utilisation des opinions séparées comme faire-valoir constitue une dérive professionnelle très préjudiciable. C'est, plus que tout, lorsque le juge commence à rédiger des opinions séparées dans un but de publicité personnelle qu'il discrédite sa fonction. Pour le Président DUMAS, il est clair « ...*qu'il est à craindre [...] que l'expression publique des opinions ne favorise une personnalisation excessive des rapports au sein de la juridiction* »<sup>169</sup>.

80. Le problème de la déontologie de l'écriture se pose. Admettre les opinions séparées, c'est prendre le risque d'offrir aux juges autant de lieux ouverts à la polémique et à l'autosatisfaction. Ces dérives constituent toutes deux un manquement du juge à son obligation de loyauté envers son institution ou encore une méconnaissance d' « *une règle de courtoisie judiciaire* »<sup>170</sup>.

L'écriture loyale ou courtoise des opinions séparées va consister en une modération de l'expression ou de la fréquence.

Il n'est certes pas souhaitable que des juges s'expriment en des termes virulents, ils ont tendance à discréditer par là même leurs auteurs<sup>171</sup>. Une telle hypothèse reste donc marginale. En revanche, de vraies difficultés apparaissent lorsque des juges profitent des opinions séparées comme d'une tribune pour dispenser des enseignements ou régler des comptes internes. Les opinions séparées doivent coller à la décision parce que la raison de leur existence tient précisément dans le fait qu'une décision a été rendue. Logiquement, les

---

<sup>168</sup> SALAS (Denis), *Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité*, Justices 1995, n°2, p. 191.

<sup>169</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges* in *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 19.

<sup>170</sup> SERENI (Angelo Piero), *Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux*, RGDIP 1964, p. 848.

<sup>171</sup> « *Parce que l'opinion dissidente met en relief le raisonnement plutôt que l'autorité institutionnelle, l'opinion dissidente ne peut convaincre que par son raisonnement. Dans cette perspective, une rédaction trop polémique affaiblit plutôt la position dissidente que celle de la majorité* », WALTER (Christian), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Allemagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 84.

opinions séparées ne doivent pas « ...traiter des questions dépourvues de rapports avec la décision ou ses motifs »<sup>172</sup>. Cela ne signifie pas que le juge doit se limiter à faire connaître dans son opinion séparée son raisonnement en des considérations seulement juridiques, simplement il n'a pas à se livrer à des digressions sans intérêt direct pour le lecteur. Ainsi, comme l'explique le Président COSTA sous l'arrêt VO c/ France rendu le 8 juillet 2004<sup>173</sup>, si « ...la Cour collégalement (...) n'a pas à se placer sur un plan principalement éthique ou philosophique (...) [mais] doit s'efforcer de rester sur le terrain qui est le sien, le terrain juridique (...) [l]es opinions individuelles de chaque juge (...) ne sont pas tenues (...) à la même contrainte »<sup>174</sup>. C'est d'ailleurs tout l'intérêt des opinions séparées que de permettre au juge d'expliquer les raisons, de toute nature, de sa divergence et d'éclairer incidemment la décision majoritaire.

Seulement, des juges qui n'ont pas le temps d'écrire des articles, de dispenser des cours ou d'intervenir dans des conférences peuvent être tenté d'abuser de leur droit de s'exprimer individuellement. Un cas édifiant d'abus, cité par les internationalistes comme exemple typique, fut celui du Juge ALVAREZ qui a constamment utilisé les opinions séparées comme moyen de diffuser ses idées<sup>175</sup>.

L'appréciation des limites de l'expression des opinions séparées peut varier d'une personne à une autre. Il est bien difficile d'empêcher les dévoiements. Ce qui reste envisageable<sup>176</sup> est le fait d'expurger les opinions séparées de certaines critiques envers le raisonnement tenu par la majorité et encore plus de réflexions polémiques.

L'expression d'opinions séparées, selon le Professeur RIGAUX, serait « ...contaminée aujourd'hui par le vedettariat ambiant »<sup>177</sup>. Cela peut entraîner certains dysfonctionnements au sein de la juridiction dont la publicité ne favorise pas l'image de la justice.

---

<sup>172</sup> ROUSSEAU (Charles), *DIP*, 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1987, p. 495.

<sup>173</sup> Requête n°53924/00, disponible sur le site <http://www.echr.coe.int>.

<sup>174</sup> Opinion séparée du Juge COSTA à laquelle se rallie le Juge TRAJA, Op. Cit. Supra.

<sup>175</sup> « sa préoccupation essentielle a été d'utiliser de manière quasi-systématique la technique de l'opinion séparée (...) pour faire connaître à la Communauté internationale toute entière sa conception « doctrinaire » assez particulière et même très subjective du droit international public avec la notion de « droit international nouveau », Oraison (André), *Quelques réflexions générales sur les opinions séparées individuelles et dissidentes des juges de la Cour internationale de justice (Montée en puissance et restructuration formelle de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse)*, RRJ 1999, p. 1282, cité également par SERENI (Angelo Piero), Op. Cit. Supra.

<sup>176</sup> Sur le plan pratique mais avec des réserves sur celui des principes à savoir que cela peut constituer une atteinte à l'indépendance des juges.

<sup>177</sup> RIGAUX (François), *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, Paris, p. 221.

## Conclusion du Chapitre I

81. Nous pouvons constater, au travers de ces premiers éléments, l'existence d'une identité culturelle française importante. Envisager la question des opinions séparées dans un système qui fonde l'autorité de ses décisions sur l'opacité du débat judiciaire est forcément complexe. Fortement ancré dans une tradition civiliste, le style de la motivation des décisions judiciaires a pour particularité d'être peu explicite. La conception de la fonction du juge judiciaire repose sur sa soumission au législateur, ce qui depuis Montesquieu est traduit par l'image du juge qui n'est que « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* »<sup>178</sup>. Dans ce contexte, les arguments en défaveur des opinions séparées prennent un relief particulier. La substitution à la présentation d'une solution unique d'une diversité de positions nourrit certaines craintes. Un risque d'affaiblissement de l'autorité des décisions n'est pas à écarter. Ainsi, l'admission des opinions séparées pourrait rendre le message judiciaire moins lisible si celui-ci devait être délivré en même temps que l'énoncé d'autres points de vue. Il n'est pas évident de déterminer la manière dont les justiciables français réceptionneraient des décisions laissant paraître qu'une affaire peut être résolue de différentes manières. En effet, la publicité des opinions séparées correspond à l'exposé d'autres interprétations sans que celles-ci rallient un nombre suffisant de juges. Une telle présentation pourrait provoquer une tentation de remettre en cause la décision. Même si l'expression d'opinions séparées est insusceptible de porter atteinte l'autorité juridique de la décision, on peut se demander quel serait son impact sur son autorité morale.

82. Les conséquences de la publicité des désaccords entre les juges sur leur crédibilité pourraient être négatives car l'opinion publique et le juge judiciaire n'ont jamais connu que l'expression collégiale et anonyme. La rédaction d'une opinion séparée par le juge a pour but de faire connaître sa position personnelle qui diffère en tout ou partie de la décision majoritaire, or elle peut aussi refléter l'existence de certains conflits internes. La publicité qui leur serait indirectement donnée pourrait, sans une certaine discipline, être néfaste pour l'image de la justice. Les opinions séparées vont également dans le sens d'une personnalisation de l'exercice de la fonction judiciaire avec pour principale crainte de porter atteinte à l'indépendance du juge judiciaire sur lequel des pressions pourraient être exercées.

---

<sup>178</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI. Selon Frédéric ZENATI-CASTAING, « *Le juge s'est vu dénier toute prétention à participer à la production des règles de droit et ses décisions ont été soumises à l'exigence de légalité. C'est depuis ces temps fondateurs que toute décision se doit d'être l'application d'un loi* », ZENATI-CASTAING (Frédéric), *La motivation des décisions de justice et les sources du droit*, D. 2007, Chron., p. 1555.



Le secret du délibéré empêche aujourd'hui de savoir qui a voté dans quel sens. Les opinions séparées assureraient au contraire la publicité des positions des juges.

83. Dans les juridictions des Etats ou les juridictions supranationales qui admettent les opinions séparées, celles-ci n'ont pas eu pour effet d'affaiblir la légitimité de l'institution. Néanmoins, il n'est pas certain que l'autorisation donnée au juge judiciaire de s'exprimer séparément remporte le même succès. Le doute d'une compatibilité du système judiciaire français avec l'expression des opinions séparées est d'autant plus sérieux que la crainte d'une atteinte à la légitimité de l'institution judiciaire s'accompagne d'une éventuelle absence de pertinence des expériences étrangères et supranationales.

## Chapitre II

### L'incertaine exemplarité des expériences antérieures

84. Les opinions séparées sont très répandues dans le paysage juridictionnel. Leur mise en place a généralement contribué au succès des juridictions qui les admettent. Dans le système de *common law*, elles ont notamment favorisé le prestige de la Cour suprême des Etats-Unis et la renommée de ses membres. Elles ont même dépassé le cloisonnement *common law*/droit romano-germanique pour devenir la pratique de la plupart des juridictions constitutionnelles des Etats européens de tradition civiliste. Loin d'avoir pour effet de porter atteinte à l'autorité des décisions, les opinions séparées ont, au contraire, permis de répondre à leur recherche d'un gain de légitimité. Le bilan des expériences pratiques des juridictions étrangères est globalement positif<sup>179</sup>. Il est confirmé par le fait que de nombreuses juridictions supranationales qui font usage des opinions séparées ont acquis une autorité renforcée.

85. Le risque serait alors de croire que le succès des opinions séparées auprès de ces juridictions se répèterait forcément devant les juridictions judiciaires françaises. Il est ici question d'un juge national, à la différence du juge supranational, issu d'un système romano-germanique, à la différence du juge de *common law*. Est-ce que les raisons qui justifient le succès des opinions séparées devant ces autres juges se retrouveraient pour le juge judiciaire français ? Y a-t-il un risque pour que le mécanisme des opinions séparées n'ait pas en France les mêmes effets bénéfiques qu'ailleurs ?

86. On pourrait chercher à minimiser les différences et tenter un rapprochement entre le juge judiciaire français et ceux qui sont actuellement autorisés à s'exprimer séparément. Cette démarche permettrait de répondre favorablement à la question de l'opportunité des opinions séparées. Elle nécessiterait de retrouver pour le juge judiciaire français les raisons de leur succès devant les autres juges. Or, il faut craindre que des différences irréductibles rendent incertain l'effet positif des opinions séparées au sein des juridictions judiciaires françaises.

On peut redouter que les expériences antérieures manquent de pertinence, soit parce que leur réussite tient à des spécificités nationales (Section I), soit parce qu'elles sont liées à l'affirmation de la justice supranationale (Section II).

---

<sup>179</sup> Là où elle existe, l'expression des opinions séparées n'est pas remise en cause dans son principe, seulement sa pratique peut parfois révéler certains inconvénients.

## **Section I- L'incertaine exemplarité d'expériences réussies en raison de spécificités nationales**

87. Les opinions séparées sont solidement ancrées dans le système de *common law*. Celui-ci est caractérisé par le rôle essentiel de la jurisprudence dans la formation du droit. La reconnaissance de l'activité créatrice du juge assure l'autorité des juridictions. Il est significatif d'observer que c'est justement lorsque les juges n'ont pas à s'entendre sur une motivation unique que la jurisprudence bénéficie d'un statut essentiel. A la différence des décisions de pays romano-germaniques comme la France, l'autorité institutionnelle n'est pas conditionnée par l'existence d'une décision unique qui se présente comme étant la seule à pouvoir s'imposer.

Certes, la place du juge judiciaire français tend à se rapprocher de celle du juge anglo-saxon ou anglo-américain. Les raisons de les distinguer ont largement diminué car le rôle du juge judiciaire a pris de l'ampleur et a conduit à faire de la jurisprudence une source de droit. Même si ce statut lui est encore parfois contesté, elle a acquis une autorité que personne ne peut nier. Bien que le système français ait une tradition législative, que les règles de droit soient précises, on a souvent vu le juge judiciaire user de son pouvoir d'interprétation et d'application du droit dans le même sens de son adaptation aux considérations actuelles.

88. Néanmoins, le fait que les différences s'estompent ne permet pas d'opérer un rapprochement entre les systèmes juridiques. L'opposition historique des systèmes de *common law* et romano-germanique perdure car chacun d'eux est fondé sur des spécificités inéluctables.

Nous allons voir que l'héritage culturel des pays de *common law* empêche de rapprocher la situation du juge judiciaire français de celle du juge de *common law* (§1). Si l'existence d'opinions séparées au sein de juridictions romano-germaniques aurait pu atténuer la force de cet héritage, leur fréquente circonscription à la justice constitutionnelle ne milite pas plus en faveur d'une association avec la justice judiciaire (§2).

### **§1- Un héritage inexploitable des pays de *common law***

89. Les opinions séparées ont vu le jour dans le système de *common law* en raison d'un terrain favorable à leur égard. Le travail du juge passe par le façonnement de la règle de droit avant de se prononcer pour son application, au contraire du juge judiciaire français qui tire son énoncé de la loi. Le fait que dans le système de *common law* le juge s'exprime de

manière individuelle participe, de manière générale, d'une conception différente de la fonction du juge (A) laquelle est renforcée dans le système américain, où l'engouement particulier des juges de la Cour suprême des Etats-Unis pour les opinions séparées s'explique par l'existence de facteurs propres (B).

#### A- Une conception différente de la fonction du juge

90. A la différence de la lente reconnaissance française de la jurisprudence comme source du droit, la structure du droit de *common law* a depuis toujours contribué à accorder une grande importance à la jurisprudence. Le juge a trouvé dans ce contexte juridique une consécration de l'importance de sa place au sein de la démocratie. Nous allons vérifier si cette conception de la fonction du juge est réellement trop éloignée de la conception française en étudiant les particularités de la position prépondérante de la jurisprudence dans les sources du droit de *common law* (1) et du haut degré d'implication du juge de *common law* dans la construction du droit (2)

##### 1- Une reconnaissance originelle de la jurisprudence comme source du droit

91. Dans le système de *common law*, la règle du précédent, inexistante dans le système judiciaire français, a pour objectif d'assurer l'autorité des décisions de justice. Elle signifie qu'à l'occasion de l'examen d'une affaire, les juges devront tenir compte des décisions précédemment rendues. Ainsi la jurisprudence est reconnue sans ambiguïté comme une source du droit. Il convient d'étudier la règle du précédent pour comprendre pourquoi la jurisprudence dispose d'une autorité spécifique en droit de *common law* (a). La logique d'un système qui fait prévaloir le caractère pratique de son droit plutôt que théorique minimise le rôle des universitaires dans l'élaboration et le développement du droit. La place de la jurisprudence est d'autant plus assurée que la doctrine des auteurs, en droit de *common law*, ne bénéficie pas du prestige qu'on lui reconnaît en droit français (b).

##### a- La garantie de l'autorité de la jurisprudence par l'application de la règle du précédent

92. La règle du précédent dans le système de *common law* a vocation à assurer la continuité de la jurisprudence. Cette règle, qui veut qu'une décision lie le juge pour les

décisions ultérieures, a pour but, en l'absence de droit écrit, d'assurer la sécurité nécessaire aux rapports juridiques. L'intérêt n'étant pas de scléroser le droit et d'en empêcher toute évolution, sa rigidité a été assouplie. La Cour suprême des Etats-Unis et la Chambre des Lords ont toutes deux utilisé la méthode du *distinguishing* pour pouvoir s'écarter d'un précédent<sup>180</sup> mais dans des conditions qui ont conduit à une application plus souple de la règle du précédent aux Etats-Unis<sup>181</sup> qu'en Angleterre. Il est intéressant à cet égard d'observer la concordance entre une doctrine américaine influente et ce traitement que la Cour suprême réserve à ses précédents.

Les raisons d'une application différenciée de la règle du précédent sont variées<sup>182</sup>. Parmi elles, un élément tel que la structure fédérale du système américain entre en compte pour expliquer le lien entre l'application de cette règle et l'importance de la doctrine.

93. L'absence d'autorité tirée d'une jurisprudence unifiée est *de facto* aux Etats-Unis puisque la structure fédérale empêche qu'une solution s'impose à l'ensemble des juridictions. Le droit fédéral se superposant au droit de chaque Etat, l'on perçoit la complexité des

---

<sup>180</sup> Alain LEVASSEUR utilise la distinction entre le *holding* (partie du jugement qui fait application de la règle de droit) et le *dictum* (motif qui ne fonde pas directement la règle) pour l'expliquer. Le juge doit pour statuer se reporter à une décision antérieure et en comparer les faits avec ceux qui lui sont soumis pour déterminer dans quelle mesure la ressemblance ou la discordance oblige à transposer la solution précédente ou permet de s'en écarter. Dans le cadre d'une vue *extensive*, le juge peut trouver dans un *dictum* de la décision précédente des raisons d'en étendre la solution. A l'inverse, le juge souhaitant s'écarter d'un précédent va distinguer l'ensemble des faits et reléguer au rang de *dictum* un motif qui pouvait justifier le *holding* de la précédente décision, LEVASSEUR (Alain A.), *Droit des Etats-Unis*, 2<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 1994, Paris, p.21-22. Voir aussi la présentation de la technique de la distinction par JOLOWICZ (John-Antony) (dir.), *Droit anglais*, 2<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 1992, Paris, p. 44.

<sup>181</sup> Le commentaire, par Roger PINTO, d'un arrêt de la Cour suprême donne le détail des conditions de remise en cause d'un précédent. Après avoir rappelé la nécessité de respecter la force obligatoire des précédents, il reprend quatre conditions de l'annulation d'un précédent. Ces conditions sont : une mise en oeuvre qui se révèle impossible, une annulation qui causerait une grave injustice ou un dommage sérieux aux personnes ou à la communauté qui l'invoque, une évolution du droit constitutionnel qui rendrait le précédent caduc et une transformation des circonstances de fait qui ont justifié le précédent l'aurait privé de toute pertinence, PINTO (Roger), *La Cour suprême américaine et l'avortement, Réaffirmation par la Cour Suprême des Etats-Unis de la liberté constitutionnelle de l'avortement (arrêt du 29 juin 1992, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Robert P. Casey et autres)*, RDP 1993, p. 907 et s.

<sup>182</sup> André et Suzanne TUNC ont énuméré en 1955 nombre de causes expliquant la faible autorité du précédent dans la *common law* américaine par rapport à la *common law* anglaise, TUNC (André et Suzanne), *Le droit des Etats-Unis d'Amérique. Sources et Techniques*, Dalloz, 1955, Paris, p. 166 et s.. Egalement, Marie-Claire PONTTHOREAU en reprend les raisons, inspirées de G-R STONE et insiste aussi sur l'existence aux Etats-Unis d'une constitution écrite que la Cour s'est donnée pour mission d'interpréter comme facteur explicatif de la moindre intensité de la règle, PONTTHOREAU (Marie-Claire), *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française, Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, Paris, p. 177 et s. ; Roland SEROUSSI quant à lui, rattache l'application relative de la règle à la structure fédérale laquelle « (...) poursuivant notamment l'objectif de « coller » aux besoins économiques et sociaux d'une société en mutation permanente induit l'idée -largement suivie- que le précédent (precedent) doit s'analyser avec souplesse, de façon non dogmatique », SEROUSSI (Roland), *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, 2007, Paris, p. 107. En ce sens également, Alain LEVASSEUR qui estime que cette différence d'application « ... tient au fait que la jurisprudence américaine et certains juges n'hésitent pas à jouer un rôle actif dans la formulation d'objectifs sociaux et économiques, par exemple », Op. Cit. Supra, p. 22.

relations entre les Etats. L'application rigoureuse de la règle était impossible car elle aurait conduit à nier d'inéluctables différences dans la manière dont chaque Etat applique le droit. La recherche d'une certaine harmonisation des solutions juridiques reste déterminante. L'assouplissement de la règle a permis notamment à la Cour suprême d'opérer des revirements de jurisprudence afin d'adapter la lecture de la Constitution aux nécessités économiques du monde moderne<sup>183</sup>.

Relativiser l'importance d'un précédent, en permettant de s'en écarter, revient à relativiser la portée d'une décision de justice. Ce qui peut faire dire que là où la jurisprudence cède de son autorité, la doctrine développe son rôle. D'ailleurs, le lien entre les deux est si vrai que André et Suzanne TUNC ont fait remarquer que « *l'affaiblissement de la règle stare decisis est en soi un appel à la doctrine* »<sup>184</sup>.

Lorsque le juge de *common law* remet en cause ce qui a été élaboré précédemment, il signifie dans le même temps l'inadéquation au temps présent du bien-fondé d'une solution et ouvre la voie à la critique.

A cet égard, les opinions séparées peuvent constituer une cause d'affaiblissement de la règle *stare decisis*. Il est envisageable de penser que le juge dissident « ...*s'engage implicitement à renverser le précédent qu'il critique le jour où il aura convaincu ses collègues ...* »<sup>185</sup>. Même en l'absence de revirement de jurisprudence, la règle *stare decisis* est affaiblie par l'expression d'opinions séparées. L'opposition de plusieurs à reconnaître la justesse d'un précédent met à mal celui-ci. Cependant, il ne s'agit que d'une critique qui, si elle vient minimiser l'autorité du précédent, n'empêche pas celui-ci d'être retenu. Toute autre est l'hypothèse dans laquelle une décision fait l'objet de tant d'opinions séparées, qu'elle aura beaucoup de difficultés à s'imposer en tant que précédent. L'expression d'opinions séparées agit ainsi directement sur la règle *stare decisis* en tant que critique émise *a priori*, empêchant la décision d'avoir force de précédent. L'influence de la doctrine judiciaire américaine bénéficie donc de l'adaptation de l'application de la règle du précédent.

---

<sup>183</sup> DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2002, Paris, p.331-334.

<sup>184</sup> Op. Cit. Supra, p. 291. On assimile généralement le *stare decisis* à la règle du précédent, on parle aussi de *binding case* «... *une juridiction doit, en principe, respecter la solution juridique donnée dans un cas semblable, soit par une juridiction supérieure, soit par elle-même : c'est la règle du stare decisis ou du binding case...* », LEGAIS (Raymond), *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Manuels, Litec, 2004, Paris, p. 69.

<sup>185</sup> TUNC (André et Suzanne), Op. Cit. p. 173.

94. On trouve une même vue générale en Angleterre, néanmoins la présence de la doctrine judiciaire est moins patente. En effet, la rigueur de la règle du précédent n'a été atténuée qu'en 1966 par une décision de la Chambre des Lords. Au terme d'une déclaration solennelle, le Lord Chancelier a fait savoir que la Chambre des Lords n'aurait plus dans l'avenir à respecter cette règle si l'intérêt de la justice lui commandait de s'en écarter<sup>186</sup>. Elle a alors élaboré, au regard d'une application moins stricte de la règle du précédent, les conditions limitatives de sa remise en cause.

Dans la mesure où la Chambre des Lords n'envisage plus qu'un précédent s'impose en toutes circonstances, comme l'a toujours fait la Cour suprême, elle en affaiblit l'autorité et crée un champ propice à l'expression variée d'opinions individuelles. Les opinions des juges, dans une affaire antérieure<sup>187</sup> deviennent elles-mêmes des précédents si elles sont, à l'occasion d'une affaire ultérieure, reprises et appliquées au litige en cause. Par sa critique, le juge de *common law* nourrit la doctrine judiciaire qui tient, au contraire de ce qui se passe en France, un rôle bien plus influent pour l'évolution du droit que la doctrine universitaire.

#### b- L'absence de rôle majeur de la doctrine universitaire

95. Le travail du juge de *common law* est très valorisé. C'est à lui qu'est historiquement confiée l'adaptation du droit aux données de l'affaire à juger et, au-delà aux nécessités du moment. L'ombrage pris par les universitaires paraît en cette circonstance naturel. Le renom de certains auteurs, à titre individuel, comme BLACKSTONE, ne peut pas être remis en cause. Seulement, il ne s'est formé ni corps, ni entité doctrinale comme en droit français. Pour présenter les grands noms dans le domaine juridique de chaque système, il est classique de citer les auteurs de droit romano-germanique et les juges de *common law*. Si en droit de *common law*, le travail du juge qui exerce en plus de ses fonctions juridictionnelles des fonctions doctrinales est pleinement reconnu, tel n'est pas encore le cas en droit français. Selon Mme le Professeur ZOLLER, « ...dans les pays de droit romaniste, la doctrine a un titre à « dire le droit ». C'est de là qu'elle tire son autorité pour engager le dialogue avec les juges et faire la critique des jugements rendus »<sup>188</sup>. L'attrait du commentaire, de la critique

---

<sup>186</sup> DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), Op. Cit. Supra, p.282-283.

<sup>187</sup> On leur reconnaît une autorité persuasive et non absolue, voir les développements de JOLOWICZ (John-Antony), Op. Cit. Supra, p. 42 et s.

<sup>188</sup> ZOLLER (Elisabeth), *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis* in *La République*, Mélanges Pierre AVRIL, Montchrestien, 2001, Paris, p. 615.

est, il est vrai, plus marqué pour l'auteur lorsqu'il est le premier à s'y livrer. Or, la publication des opinions séparées a déjà permis de faire état d'autres approches de résolution du litige que celle choisie par la majorité, de critiquer la solution. Le travail du juge de *common law* implique une appréciation plus large de l'affaire qu'il a à juger. Cette appréciation large est motivée par le fait qu'il s'exprime à titre individuel.

Certes, les articles de doctrine ne représentent qu'une partie des contributions doctrinales, néanmoins, l'hypothèse semble être assez généralisée. Les ouvrages juridiques américains contiennent bien plus d'études de décisions de justice que d'élaboration de théories<sup>189</sup>. La notoriété des auteurs ne paraît même pas avoir d'incidence sur leur niveau d'implication en matière doctrinale. A cet égard, André TUNC notait que « ...des auteurs de très grande qualité se bornent (...) à exposer le droit positif et notamment, à essayer de voir comment se concilient les décisions judiciaires, sans se permettre le moins du monde d'exprimer un sentiment personnel »<sup>190</sup>.

L'influence de la doctrine est en un sens indépendante de sa reconnaissance comme source auxiliaire du droit. Sa reconnaissance est minimisée car les juges de *common law*, en relayant les idées des auteurs, se présentent comme des intermédiaires. On voit, à leur lecture, que les auteurs d'opinions séparées font souvent référence à des travaux élaborés par la doctrine pour appuyer leur point de vue. Parfois même on y trouve de longues citations<sup>191</sup>.

Lorsque les juges de *common law* se réfèrent à des travaux doctrinaux dans leurs opinions, il devient difficile d'attribuer la paternité de la pertinence du propos et de déterminer quelle est la part de chacun. L'essentiel à retenir est peut-être que l'opinion séparée n'est pas considérée comme une contribution doctrinale mineure et que le juge tout comme l'universitaire participent à part égale à l'évolution du droit. Dans ce contexte, les opinions séparées peuvent revêtir une forte autorité. Le cas de Roger TRAYNOR l'atteste puisque, « c'est (...) dans une

---

<sup>189</sup> « Les ouvrages de droit publiés par les juristes américains font une place énorme aux décisions jurisprudentielles, aux discussions d'arrêts et de problèmes. En revanche, ces ouvrages contiennent peu d'exposés systématiques et cohérents des théories juridiques », LEVASSEUR (Alain A.), Op. Cit. Supra, p. 23. « Les juristes eux-mêmes sont réticents pour élaborer des théories ; il en est peu qui composent des traités cherchant à synthétiser le droit », LEGEAIS (Raymond), Op. Cit. Supra, p. 63.

<sup>190</sup> TUNC (André), *L'importance de la doctrine dans le droit des Etats-Unis*, Droits 1994, n°20, p. 75.

<sup>191</sup> A titre d'exemples significatifs de l'influence de la doctrine, André et Suzanne TUNC rapportaient deux grands arrêts relatifs à l'application par les Cours fédérales de la *common law* des Etats, l'arrêt *Swift v. Tyson* et l'arrêt *Erie Rail road Co. V. Tompkins*. Dans le premier *Justice* STORY a consacré une page à la doctrine et statué à partir de ses propres travaux et dans le second, *Justice* BRANDEIS s'est inspiré d'un article de l'historien Charles Warren pour interpréter la loi de 1789, TUNC (André et Suzanne), Op. Cit. Supra, p. 292.



*simple concurring opinion qu'il a donné le coup d'envoi au droit moderne de la responsabilité du fait des produits, qui a ébranlé le monde »*<sup>192</sup>.

On peut constater que c'est justement dans le système où la doctrine n'est pas conçue comme une source du droit qu'elle est le plus présente. A l'inverse, l'absence de référence aux auteurs de la doctrine universitaire dans les arrêts français est générale alors que leur travail est largement reconnu et toujours mis en valeur dans le cadre de la préparation de la décision. Aussi, le rapport du Conseiller rapporteur ou l'avis de l'Avocat général ne manque pas de citer les grandes références doctrinales.

96. Les rapports en France de la jurisprudence avec la doctrine sont parfois complexes. Le Professeur MALAURIE rapporte « ...une hypothèse courante des relations en deux degrés qui s'établissent entre la doctrine universitaire et la jurisprudence : le conseiller rapporteur s'inspire souvent, au fond, d'opinions universitaires et propose à la juridiction la formule qui deviendra le motif de droit de la décision rendue »<sup>193</sup>.

Il n'est peut-être pas fréquent qu'un auteur identifié soit seul à l'origine d'une jurisprudence. En revanche, un courant de pensée peut influencer la manière de résoudre un litige<sup>194</sup>.

Une approche globale peut conduire à mettre en avant le fait que « dans les pays de civil law, la doctrine exerce sur l'évolution du droit une influence beaucoup plus vigoureuse et efficace qu'aux Etats-Unis ou en Angleterre »<sup>195</sup>.

97. L'opposition droit romano-germanique et droit de *common law* conduit pourtant à donner une vision tronquée de la contribution véritable de la doctrine. La place résiduelle de la doctrine dans les sources du droit de *common law* n'est pas générale. Les Etats-Unis marquent leur originalité par une prise en compte plus rapide de celle-ci accompagnée d'un

---

<sup>192</sup> Cité par André TUNC, Op. Cit. Supra, p. 77.

<sup>193</sup> MALAURIE (Philippe), *Rapport français, Droit civil et rural* in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXI (1980), Economica, 1982, Paris, p. 90. L'auteur ne manque pas d'insister sur le fait que « ... jamais d'arrêt de la Cour de cassation n'a cité d'auteurs ou d'opinions doctrinales, ce qui les distingue de décisions étrangères, telles que les décisions allemandes ; cette tradition ne traduit aucunement une indifférence à la doctrine. Elle tient essentiellement aux exigences formelles de la rédaction de l'arrêt ».

<sup>194</sup> « S'il est rare qu'un auteur inspire directement une solution, tant est diverse l'opinion de la doctrine, il est certain que les analyses doctrinales constituent une constante référence pour le juge de cassation », TRICOT (Daniel), *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions*, Droits 1994, n°20, p. 123.

<sup>195</sup> SERENI (Angelo Piero), *Les opinions individuelles et dissidents des juges des tribunaux internationaux*, RGDIP 1964, p. 825.

rôle significatif dans leur droit<sup>196</sup>. La doctrine américaine joue un rôle capital dans l'évolution du droit sous réserve de ne pas rechercher les auteurs dans le seul milieu universitaire car elle est bien plus ouverte. Aussi, « ... *il n'est pas toujours aisé de distinguer action de la doctrine et action de la pratique, non seulement parce que les juges émettent souvent des opinions doctrinales à l'occasion de leurs décisions, mais parce que juges et avocats collaborent très activement à l'activité de la doctrine* »<sup>197</sup>.

98. En droit de *common law*, l'absence de rôle majeur de la doctrine universitaire ne signifie pas que la jurisprudence soit à l'abri de toute critique. La reconnaissance d'une légitimité des juges et des praticiens d'exprimer leurs opinions a pour conséquence de multiplier les hypothèses de désapprobation. En revanche, cela pourrait vouloir dire que si le bien-fondé de l'activité doctrinale du juge de *common law* est originairement lié à une moindre audience de la doctrine universitaire, son importance en France peut justifier que le juge judiciaire n'exprime pas d'opinions séparées.

## 2- Une implication originelle du juge dans la construction du droit

99. Si aujourd'hui l'essor du droit écrit dans le système de *common law* est avéré<sup>198</sup>, tel n'a pas toujours été le cas. L'absence primitive de droit codifié a profondément ancré l'idée d'une insurmontable distinction entre le système romano-germanique et celui de *common law*. Dans le même temps, elle a été déterminante de la fonction créatrice du droit reconnue au juge de *common law*. Le rôle du juge a toujours été essentiel parce qu'il est à l'origine de l'élaboration des règles de droit<sup>199</sup>. S'il est de plus en plus certain que le juge judiciaire

---

<sup>196</sup> LEGEAIS (Raymond), *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Manuels, Litec, 2004, Paris, p. 115. Pour l'évolution de l'influence de la doctrine en droit anglais, voir CROMBEZ (VALERY), *La doctrine en droit français et en common law (étude comparative)*, Thèse de doctorat, 1995, Lyon.

<sup>197</sup> TUNC (André), Op. Cit. Supra, p. 83.

<sup>198</sup> DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2002, Paris, pour l'Angleterre et le Pays de Galles, p. 287 et s., pour les Etats-Unis, p. 335 et s.

<sup>199</sup> Anna DE VITA rappelle « ...dans la « *common law* », les juges et leurs décisions ont toujours joué un rôle crucial. Non seulement dans leur fonction naturelle de pacificateurs des litiges, mais aussi et typiquement dans l'œuvre de construction - jadis qualifiée de « découverte » - et de développement de la règle de droit », DE VITA (Anna), *Prise de décision – Aperçu comparatif in Juges et jugements : l'Europe plurielle, L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Institut de droit comparé de Paris, Colloque des 5 et 6 mai 1997, Société de législation comparée, 1998, Paris, p. 64.

dispose d'un pouvoir créateur<sup>200</sup>, son niveau de participation dans la construction du droit diffère encore en raison de pouvoirs législatif et exécutif forts. Le juge de *common law*, n'étant pas dans un rapport de soumission à la loi, est devenu l'élément central du système qu'il représente<sup>201</sup>. Ses décisions n'ont pas pour fondement des règles de droit à caractère précis mais des principes généraux<sup>202</sup>. Cet aspect caractérise fortement une des particularités du droit de *common law*. Le juge applique des principes généraux tout en élaborant leur contenu, « *en effet, le juge, dans les pays de common law invoque très souvent des principes généraux qui n'ont pas atteint le stade de la systématisation et de l'énonciation rigide en forme écrite* »<sup>203</sup>.

100. Le caractère essentiellement judiciaire de la *common law* est donc largement relevé. André et Suzanne TUNC ont étudié la question de la nature de la *common law* dans le but de déterminer « *...si les décisions des juges constituent et créent la common law, ou si elles ne font qu'appliquer un droit antérieur et supérieur à elles* »<sup>204</sup>. Selon eux, elle est à l'époque contemporaine essentiellement judiciaire et ils remarquaient qu'aux Etats-Unis le droit ne peut avoir d'autorité que par les décisions judiciaires, au point que l'ensemble de celles-ci peut justement constituer la *common law*<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> Pour une observation extérieure, voir LASSER (Mitchel), *Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain*, RTDCiv. 2006, p. 695.

<sup>201</sup> « *Dans les traditions de common law, le juge est un régulateur naturel des relations sociales, bien avant le législateur. Pour l'opinion publique, c'est lui qui, au fil des siècles, arrêt après arrêt, a posé les normes de cette loi commune qui gouverne les relations que les hommes entretiennent entre eux et les rapports qu'ils peuvent avoir avec les choses. (...) Dans les sociétés où, en termes de légitimité sociale, la loi est considérée comme seconde par rapport à la jurisprudence, il est bien certain que le juge représente toujours un grand pouvoir social. Et de fait, dans les pays de common law, le juge fut, un temps, le maître du droit et des lois parce qu'il lui appartenait de recevoir les lois dans la common law aux conditions qu'ils jugeait opportunes. (...) Aujourd'hui encore, l'interprétation des lois par les juges est très différente dans les pays de common law et dans les pays de droit codifié* », ZOLLER (Elisabeth), *Le droit des Etats-Unis, Que sais-je ?* PUF, 2001, Paris, p. 89 et s.

<sup>202</sup> JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Comment juge le juge anglais ?* Droits 1989, p. 65. Il s'agit de «*... principes généraux émanant de l'ensemble des décisions considéré comme un tout. Ces principes ont été développés pendant des siècles par les cours de justice et ils permettent aux juges de rendre une justice adaptée au cas présent* ».

<sup>203</sup> «*... le juge, dans les pays de «common law» invoque très souvent des principes généraux qui n'ont pas atteint le stade de la systématisation et de l'énonciation rigide en forme écrite* », HUSSAIN (Ijaz), *Le rôle dialectique des opinions dissidentes et individuelles dans le développement du droit international à la CIJ*, Thèse de doctorat, 1974, Nice, p. 14.

<sup>204</sup> TUNC (André et Suzanne), *Le droit des Etats-Unis d'Amérique. Sources et Techniques*, Dalloz, 1955, Paris, p. 92.

<sup>205</sup> Op. Cit. Supra, p. 104.

A considérer la nature de la *common law*, eu égard à celle essentiellement législative du droit romano-germanique, on entrevoit bien l'hypothèse d'une reconnaissance de l'expression individuelle du juge facilitée par l'absence de prépondérance des autres pouvoirs.

La confusion entre la jurisprudence et le droit résulte pour une grande part de la règle du précédent qui n'existe pas dans le système juridique français. On sait que cette règle rend obligatoire le respect des précédents juridiques.

101. Pour le Professeur JAUFFRET-SPINOSI, la règle du précédent rend patente la distinction entre le juge français et le juge anglais. En effet, le rôle du juge anglais dans l'évolution du droit tire son caractère fondamental de la détermination du précédent applicable. Le juge « ...a une grande liberté de choix en réalité, malgré l'existence d'un système de précédent strict ; et en faisant ce choix, son rôle dépasse la simple mission de rendre une décision entre deux parties »<sup>206</sup>.

Surtout, le fait pour les juges d'indiquer leur opinion personnelle vient assouplir la rigidité de la doctrine des précédents. Si le principe veut que les juges ne s'écartent pas des précédents, ils conservent une vraie liberté en ce sens qu'ils peuvent faire valoir, dans leur opinion, des éléments intéressants de futurs litiges. Leurs réflexions peuvent anticiper sur le développement du droit<sup>207</sup>. Dès lors que le juge est ouvertement chargé de faire évoluer le droit, l'expression de l'opinion individuelle des juges manifeste en quelque sorte la souplesse du droit. La possibilité d'énoncer des analyses différentes rejoint tout à fait la fonction créatrice du juge de *common law*.

L'histoire culturelle de *common law* montre très bien pourquoi les opinions séparées ne pouvaient pas être issues d'une tradition civiliste. Les éléments que l'on a mis en valeur et qui distinguent les deux systèmes permettent de le comprendre. Ils ont principalement démontré l'impossibilité de rapprocher la culture judiciaire de la culture anglo-saxonne. Cet état de fait est encore plus éloquent à l'examen de la pratique des opinions séparées par les juges de la Cour suprême des Etats-Unis.

---

<sup>206</sup> Op. Cit. Supra, p. 67. La liberté de choix du juge s'explique, selon l'auteur, par la possibilité qu'il a de s'écartier d'un précédent en distinguant celui-ci des faits qui lui sont soumis. Egalement, Alain LEVASSEUR souligne que « ... le juge jouit d'une certaine discrétion dans sa décision de transposer ou non une règle de droit », LEVASSEUR (Alain A.), *Droit des Etats-Unis*, 2<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 1994, Paris, p. 22

<sup>207</sup> « Une décision de la Cour d'appel (...) ou de la Chambre des Lords (...) fait parfois apparaître des raisons variés, voire contradictoires. C'est souvent dans ces opinions contraires qu'on découvre les germes d'un futur changement de direction de la *common law* », HARLOW (Carol), *L'évolution du pouvoir judiciaire en Angleterre in Gouvernement des juges et démocratie*, BLONDEL (Séverine), FOULQUIER (Norbert), HEUSCHLING (Luc) (dir.), Publications de la Sorbonne, 2001, Paris, p. 121. L'auteur compare ainsi la présentation les décisions anglaises à celles des conclusions du Commissaire du Gouvernement, ou de l'avis de l'Avocat général à la CJCE et leur style discursif.

## B- Des facteurs propres explicatifs de l'engouement des juges de la Cour suprême des Etats-Unis

102. Un engouement comme celui des juges de la Cour suprême des Etats Unis pour les opinions séparées est peu imaginable en France. Aux Etats-Unis, les grands *dissenters* bénéficient d'une forte reconnaissance en raison de multiples éléments qui favorisent, dans une plus ou moins grande mesure, l'expression des opinions séparées. Ces éléments n'existent pas en droit français, ce qui tend à penser que les raisons de l'essor des opinions séparées résident dans des spécificités américaines. On peut distinguer notamment<sup>208</sup> ceux qui tiennent à l'organisation judiciaire et au statut des juges (1) de ceux relatifs aux méthodes de travail internes de la Cour (2).

### 1- Des éléments spécifiques tenant à l'organisation judiciaire et au statut des juges américains

103. La structure fédérale des Etats-Unis déconcentre l'activité judiciaire. Le droit américain repose sur une Constitution fédérale et sur les Constitutions des cinquante Etats. Chaque Etat est compétent pour légiférer sur un certain nombre de matières dans le respect de la Constitution fédérale. A l'intérieur de chaque Etat, il existe un système judiciaire complet qui s'étend des juridictions de première instance aux Cours suprême d'Etats. Ces Cours ne connaissent que les lois de leur Etat en plus des lois fédérales, à l'exclusion de celles des autres Etats<sup>209</sup>. L'organisation juridictionnelle est complétée par les juridictions fédérales au sommet desquelles on trouve la Cour suprême qui exerce le rôle de juge constitutionnel<sup>210</sup>. L'absence d'unité de la justice aux Etats-Unis favorise une approche ouverte du droit, ce qui permet de comprendre que l'application du droit ne soit pas uniforme, chaque Etat ayant ses lois, et que les juges puissent s'exprimer différemment. Le fédéralisme est un des thèmes

---

<sup>208</sup> Le but n'est pas de recenser l'ensemble des éléments explicatifs de l'intérêt très développé des juges de la Cour suprême pour les opinions séparées. Il convient de mettre en valeur ceux qui démontrent avec le plus de vivacité que la transposition de ce modèle se heurte à des différences inéluctables. Ainsi, pour mémoire, on peut ajouter la fonction de persuasion des arrêts dont la réception détermine dans une large mesure son autorité, voir pour l'impuissance de la Cour à contraindre autrement que par le caractère convaincant de ses décisions, passim TOINET (Marie-France), *Puissances et faiblesses de la Cour suprême*, Pouvoirs 1991, n°59, p.17 et s.

<sup>209</sup> SEROUSSI (Roland), *Introduction au droit anglais et américain*, Dunod, 2007, Paris, p. 91 et s.

<sup>210</sup> Ses compétences sont multiples ; elle assure l'interprétation uniforme des grandes lois fédérales, elle connaît des recours en annulation d'une décision violant gravement le droit fédéral et de l'appel des décisions des Cours des Etats, SEROUSSI (Roland), Op. Cit. Supra, p. 96.

principaux de la jurisprudence de la Cour suprême. De fréquentes opinions séparées sont rédigées dans les affaires impliquant le partage entre les compétences fédérales et celles des Etats<sup>211</sup>. Elles reflètent un débat à caractère non seulement juridique mais également politique car elles impliquent une appréciation de la Constitution. Ce lien entre l'aspect juridique et politique des affaires à juger favorise les divisions et la rédaction d'opinions séparées.

104. La France se présente à la différence des Etats-Unis comme un Etat unitaire. Le rôle unificateur du juge de la Cour de cassation est très éloigné de celui du juge de la Cour suprême puisque ce dernier n'exerce qu'un contrôle limité à l'application du droit fédéral<sup>212</sup>. Le nombre limité de juridictions judiciaires en comparaison de l'éclatement américain permet à la Cour de cassation d'exercer assez rapidement sa mission d'unification du droit.

105. Le mode de nomination des juges de la Cour suprême est très éloigné de celui du juge judiciaire. Il a la particularité d'être ouvertement politique. Ces juges sont élus par le Président des Etats-Unis avec l'accord du Sénat lequel peut jouer un rôle de contrepoids important<sup>213</sup>. Le Président choisit les juges et le Sénat confirme les nominations après les avoir auditionnés en fonction de leurs affinités politiques<sup>214</sup>.

Un élément comme la nomination des juges à la Cour suprême explique, par son caractère politique, le fait qu'ils engagent leur responsabilité politique personnellement et publiquement<sup>215</sup> en rédigeant des opinions séparées. Selon Mme le Professeur ZOLLER, les juges sont politiquement responsables et à ce titre «... *ils ne peuvent pas ne pas rendre compte et s'expliquer* »<sup>216</sup>. C'est ce que traduit le terme « *accountability* ». L'« *accountability* »

---

<sup>211</sup> RIGAUX (François), *Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire* in *Mélanges Jacques VAN COMPERNOLLE*, Bruylant, 2004, Bruxelles, p.577-583.

<sup>212</sup> La Cour suprême n'exerce pas de contrôle de la motivation et censure exceptionnellement une erreur de fait ou de droit, BRIARD (François-Henri), *La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique et le procès équitable* in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, Dalloz, 2003, Paris, p.512-513.

<sup>213</sup> MARCOU (Jean), *Justice constitutionnelle et systèmes politiques, Etats-Unis, Europe, France*, PU de Grenoble, 1997, p. 27.

<sup>214</sup> ZOLLER (Elisabeth), *Le droit des Etats-Unis*, Que sais-je ? Puf, 2001, Paris, p. 58.

<sup>215</sup> Pour un exposé du rôle politique des juges de la Cour suprême, voir MARCOU (Jean), Op. Cit. Supra, p. 34 et s.

<sup>216</sup> ZOLLER (Elisabeth), *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis* in *La République*, Mélanges Pierre AVRIL, Montchrestien, 2001, Paris, p. 618. L'auteur prend appui sur les écrits de Jefferson qui voyait dans la décision anonyme un moyen, pour le juge, de se décharger de toute responsabilité au regard de son travail. « *Il est bien certain qu'un juge qui se voit reconnaître le pouvoir de « dire le droit », c'est-à-dire de créer des règles juridiques, et qui, plus encore, s'investit du pouvoir d'écarter les lois votées par les représentants du peuple souverain, doit non seulement avoir une certaine légitimité populaire (d'où la nécessité d'une participation du*

entendu comme le devoir de rendre des comptes, de s'expliquer publiquement, avec la transparence animerait entièrement la culture judiciaire de *common law*<sup>217</sup>. L'image d'une démocratie délibérative n'est donc pas la seule raison d'être des opinions séparées dans le système américain puisque dès l'origine elles ont eu pour fonction de responsabiliser les juges<sup>218</sup>. La responsabilité du juge de *common law* va de paire avec son expression à titre personnel. Le caractère public de son opinion l'amène à justifier sa position de manière détaillée et le plus clairement possible<sup>219</sup>. En droit de *common law*, le juge est individuellement responsable de ce qu'il écrit<sup>220</sup>.

Le caractère politique des décisions rendues à la Cour suprême par des juges marqués politiquement donne aux opinions séparées une coloration politique. Cet aspect est sans doute l'une des causes du recours intensif aux opinions séparées. Le Professeur MORTON souligne que « *la liberté et la volonté des juges d'écrire des opinions concourantes ou dissidentes ont un sens politique* »<sup>221</sup>.

Même si leur nomination est politique, les juges sont nommés à vie, ce qui leur assure une véritable indépendance. Ils peuvent néanmoins faire l'objet d'une procédure d'*impeachment*, or celle-ci n'a été que rarement employée par le Congrès car elle est très lourde<sup>222</sup> et en tout cas n'a jamais abouti<sup>223</sup>. En tout état de cause, cette procédure peut toujours apparaître comme une menace qui pèse sur les juges<sup>224</sup>.

---

*peuple ou de ses représentants à leurs conditions de nomination), mais encore il doit pouvoir répondre de ses actes devant ce même peuple ou ces mêmes représentants. C'est dans cette logique de la responsabilité individuelle de chaque juge que s'inscrit le principe de l'individualisation des opinions et la productions d'éventuelles opinions individuelles ou dissidentes* », p. 621.

<sup>217</sup> GARAPON (Antoine), PAPADOPOULOS (Ioannis), *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, 2003, Paris, p. 203.

<sup>218</sup> ZOLLER (Elisabeth), Op. Cit. Supra, p. 617.

<sup>219</sup> PONTTHOREAU (Marie-Claire), Op. Cit. Supra, p.169.

<sup>220</sup> « *Il y a sans doute (...) une différence entre les systèmes de common law qui valorisent la stature individuelle du juge et ceux de droit civil, qui l'estompent en le fondant dans l'anonymat d'une quasi-fonction judiciaire. Dans ce dernier cas, c'est la réputation collective du corps judiciaire qui importe, telle qu'elle résulte de sa formation, de sa qualification et de son éthique* », CANIVET (Guy), *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges*, RSC 2005, p. 805.

<sup>221</sup> MORTON (Frederick L.), *La rédaction des opinions de la Cour suprême*, Pouvoirs 1991, n°59, p. 55.

<sup>222</sup> TOINET (Marie-France), Op. Cit. Supra, p. 25.

<sup>223</sup> BRIARD (François-Henri), Op. Cit. Supra, p. 510.

<sup>224</sup> ZOLLER (Elisabeth), Op. Cit. Supra, p.620-621. Pour la pression exercée par certains citoyens américains suite à deux affaires dans lesquelles la Cour suprême s'est réclamée de la jurisprudence de la Cour EDH, voir CANIVET (Guy), *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale, La création du droit*

En France, la séparation des pouvoirs s'entend d'une absence d'ingérence du pouvoir politique dans le pouvoir judiciaire et d'une absence de responsabilité politique des juges puisque leur nomination n'a pas de caractère politique.

Le contrôle politique exercé sur les juges de la Cour suprême est totalement inconnu dans notre système judiciaire. Pour le juriste français, l'expression d'opinions séparées par les juges américains peut jeter la suspicion sur leur indépendance. Cela ôterait le prestige reconnu à certaines dissidences américaines. Le Professeur LAVENUE dans son Dictionnaire de la vie politique et du droit constitutionnel américains cite en référence, pour définir les termes « Dirty business (pratique malpropre) », l'opinion dissidente du Juge HOLMES dans l'affaire *Olmstead* (1928). Les *dissenters* cités par M. PINTO sont les Juges HOLMES et BRANDEIS<sup>225</sup>, Mme le Professeur ZOLLER ajoute au premier, le Juge HARLAN auteur de 380 opinions dissidentes. En effet, le nom du Juge HARLAN a un caractère emblématique et d'aucun retiendront la valeur prophétique de son opinion dissidente dans l'arrêt *Plessy v. Ferguson*<sup>226</sup>. Accompagnant cet arrêt rendu en 1896 par 7 voix contre 1, délivré par le Juge BROWN et relatif au transport par wagons séparés des Blancs et des Noirs, l'opinion dissidente du Juge HARLAN préfigure l'interprétation moderne du XIV<sup>ème</sup> amendement et l'abandon de la ségrégation raciale<sup>227</sup>. Ces opinions ont largement marqué l'esprit de la

---

*par le juge* in *Archives de philosophie du droit*, Tome 50, Dalloz, Paris, 2007, p.7-8. Charles BARON, dans une très riche analyse de la pratique américaine, début de l'année 2004, plusieurs députés républicains ont signé la *Reaffirmation of American Independence Resolution* : La « dépendance injustifiée du pouvoir judiciaire » à l'égard de décisions de justice étrangères y est dénoncée comme constituant une menace pour la souveraineté américaine, la séparation des pouvoirs et la compétence du Président et du Sénat pour ratifier les traités. Le 25 mars 2004, avant que la résolution ne soit adoptée, le député T. Feeney, qui en a été le signataire le plus actif, a suggéré qu'il serait opportun que le Congrès engage des procédures d'impeachment contre les juges qui continueraient à se référer à des précédents étrangers », BARON (Charles H.), *La théorie de l'intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources juridiques étrangères dans le processus d'interprétation de la Constitution aux Etats-Unis* in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, Paris, p. 113.

<sup>225</sup> PINTO (Roger), *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900-1930)*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Série de monographies de Droit public, Sirey, Thèse de doctorat, 1934, Paris, p. 38 et s. Du premier il dit notamment « Il n'a pas seulement été l'initiateur de la science juridique, le rénovateur de la common law dans son pays. Des juges éminents le reconnaissent comme maître (...) O.W. Holmes, prophète de la loi, comme l'a appelé le Chief Justice Hughes, placé par les Anglais eux-mêmes à côté des plus grands juristes de leur pays, est une belle et puissante figure de l'Amérique contemporaine. ». Du second, il estime que « ses opinions se détachent par la richesse de l'analyse, leur simplicité et leur clarté, leur force persuasive. ».

<sup>226</sup> ZOLLER (Elisabeth), Op. Cit. Supra, p. 612. L'auteur cite également, plus proches de nous, les juges Benjamin N. CARDOZO, le Président Harlan Fiske STONE, Félix FRANKFURTER, William BRENNAN et Thurgood MARSHALL.

<sup>227</sup> *Plessy v. Ferguson* 163 US537 (1896), précédent qui sera renversé à l'unanimité dans l'arrêt *Brown v. Board of education*, délivré par le Chief Justice WARREN, 347 US 483 (1954). La section 1 du XIV<sup>ème</sup> amendement dispose que « (...) Aucun Etat ne fera ou n'appliquera des lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des Etats-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure



société américaine qui reconnaît aux juges un statut essentiel dès lors qu'ils assurent la promotion de leurs droits individuels. On peut néanmoins se demander si cette vision n'est pas trop édulcorée.

106. Certaines décisions peuvent dissuader de l'intérêt des opinions séparées comme c'est le cas de l'arrêt *Bush v. Gore* au sujet duquel M. SCHOETTEL, interrogé sur une éventuelle publication des opinions séparées au sein du Conseil constitutionnel français, estime que «...la virulence des dissenting opinions (...) a indéniablement affecté le crédit de la Cour suprême des Etats-Unis »<sup>228</sup>. La lisibilité des décisions nécessite une rigueur qui peut faire défaut. L'expression individuelle empêche parfois par sa pratique contestable, qu'il s'agisse d'une longueur excessive ou d'une forte multiplication, de déterminer aisément la teneur de la solution du litige<sup>229</sup>. Pour autant, les opinions séparées sont tellement imbriquées dans le mode de fonctionnement américain qu'elles ne sont certainement pas appelées à disparaître.

## 2- Des méthodes de travail internes favorisant l'individualité au sein de la Cour suprême

107. A la Cour suprême, le travail personnel des juges est encouragé<sup>230</sup>. Cette individualité dans l'exercice de la fonction n'a rien à voir avec la manière dont se déroule la résolution d'un litige au sein des juridictions judiciaires. La Cour suprême constitue un collège et rend une décision en son nom. Il s'agit donc d'une décision collégiale et anonyme. Les décisions

---

*légale régulière ; ni ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction*», MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Les grandes démocraties, Constitutions des Etats-Unis, de l'Allemagne, de l'Espagne et de l'Italie*, Armand Colin, Dalloz, 2005, Paris, p. 19.

<sup>228</sup> Entretien avec M. Jean-Eric SCHOETTEL, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, avril 2003, <http://www.eleves.ens.fr/home/escudie/entretien.html>. Pour Antoine GARAPON et Ioannis PAPADOPOULOS l'opinion dissidente du juge Thurgood MARSHALL dans l'arrêt *Payne v. Tennessee* est peut-être la plus virulente que la Cour ait jamais connue, Op. Cit. Supra, p. 207.

<sup>229</sup> Comme André TUNC l'a remarqué, « *Le système [des opinions séparées] ne fonctionne bien qu'avec une certaine discipline de la part de tous (...) et surtout avec du temps. Il faut beaucoup de temps pour s'expliquer, pour bien comprendre autrui, pour préciser les points sur lesquels on est d'accord ou en désaccord tout en s'étant bien compris. (...) C'est le manque de temps qui fait que la pratique d'opinions séparées présente à la Cour suprême des Etats-Unis plus d'inconvénients qu'elle ne devrait, en contrepartie d'avantages considérables* », TUNC (André), *La Cour suprême idéale* in *La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, TUNC (André) (dir.), RIDC1978, n°1, p. 459.

<sup>230</sup> Aucune règle procédurale n'a pour but d'éviter la division des juges puisque non seulement chaque juge peut rédiger une opinion séparée, mais aussi il est procédé, en même temps que la désignation du juge qui sera chargé de la rédaction de l'opinion majoritaire à celle du juge chargé de la rédaction de l'opinion dissidente, dès lors que certains opposants se sont fait connaître. Voir LENOIR (Noëlle), *Entretien avec Mmes Sandra Day O'CONNOR et Ruth GINSBURG*, Membres de la Cour suprême, Les Cahiers du conseil constitutionnel, n°5, 1998, p. 48.

se prennent à la majorité des voix tout en laissant aux juges le soin d'examiner les affaires individuellement<sup>231</sup>. Concrètement, les juges se réunissent en conférence afin, au terme d'une discussion plus ou moins longue, de dégager une première répartition des voix et de charger l'un d'entre eux de la rédaction de la décision. Le juge désigné pour ce travail soumet son projet de décision aux autres juges en le faisant circuler parmi eux. Ils peuvent alors faire des commentaires et proposer des modifications de celui-ci. C'est à ce stade que les négociations éventuelles ont lieu et que des opinions séparées peuvent être rédigées et circuler. L'auteur de la décision, principal destinataire de ces dernières peut envisager, suivant leur contenu, de modifier son projet afin de rallier une unanimité ou une large majorité<sup>232</sup>.

108. Comme le fait remarquer le Professeur MORTON, l'accroissement de la charge de travail des juges de la Cour notamment a conduit à affaiblir le caractère collégial de la conférence en diminuant le temps consacré auparavant à la recherche d'un consensus permettant de délivrer une décision unanime<sup>233</sup>. Jadis, Felix FRANCKFURTER, Juge à la Cour suprême, avait pris soin, dans sa notice sur la Cour suprême à l'Encyclopédia of Social Sciences, de relever le caractère véritablement collectif et l'existence d'un mode de discussion permettant de dégager les différents problèmes et de les résoudre plus facilement<sup>234</sup>. La disparition progressive d'une véritable délibération dans le but de trouver un accord sur une position commune a favorisé la multiplication des opinions séparées. La pratique du travail individuel plutôt que collectif s'est développée.

M. BRIARD considère même que le délibéré au sens classique du terme n'existe pas à la Cour suprême puisque le projet de décision circule d'un juge à l'autre et que chacun de son côté y apporte des modifications<sup>235</sup>. La nature collégiale du délibéré dans les juridictions

---

<sup>231</sup> ZOLLER (Elisabeth), *Le droit des Etats-Unis*, Que sais-je ? Puf, 2001, Paris, p. 59.

<sup>232</sup> Pour une présentation très complète, voir MORTON (Frederick L.), *La rédaction des opinions de la Cour suprême*, Pouvoirs 1991, n°59, p. 45 et s. et aussi, ZOLLER (Elisabeth), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Puf, 2000, Paris, p. 35 et s.

<sup>233</sup> Op. Cit. Supra, p. 46.

<sup>234</sup> Cité par MICHAUT (Françoise), *Le rôle créateur du juge selon l'Ecole de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit*, RIDC 1987, n°2, p. 370.

<sup>235</sup> « *Le projet établi par l'un des membres de la cour circule de façon informelle auprès des huit autres membres, dans des enveloppes confidentielles. Chacun peut faire part de son accord, mentionner des remarques ou des réserves* », BRIARD (François-Henri), *La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique et le procès équitable* in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, Dalloz, 2003, Paris, p. 515.

judiciaires françaises s'entend d'« *un échange d'idées et d'opinions* »<sup>236</sup> qui suppose un travail véritablement commun et une réunion physique des juges.

Reste le sentiment des juges de la Cour suprême de participer à l'élaboration d'une décision réellement collégiale<sup>237</sup>. La Cour applique une méthode de jugement bien particulière, formée d'une discussion écrite plutôt qu'orale, faite d'échanges individuels plutôt qu'en réunion. Elle reflète pour ses membres leur conception propre de la collégialité qui n'a rien à voir avec celle des juges judiciaires.

109. La présentation par la Cour suprême d'une opinion majoritaire suivie d'opinions séparées est soutenue par d'autres données de l'organisation interne de la Cour que l'on ne retrouve pas au sein des juridictions judiciaires. Il convient, à cet égard, de relever tout particulièrement le rôle joué par les *law clerks*, ou clerks juridiques, dans les deux moments du procès que sont l'instruction et le jugement car leur influence sur le développement des opinions séparées est déterminante.

La Cour suprême est composée depuis 1868 de neuf membres, neuf juges associés, les *Associate Justices*, et un Président, le *Chief Justice*. Il s'agit donc d'une structure assez restreinte. Cela implique déjà que les affaires qu'ils jugent ne soient pas en nombre trop important. Un procédé très rigoureux de sélection des requêtes a été mis en place afin de limiter tout encombrement<sup>238</sup>. En France, l'engorgement des juridictions judiciaires est dramatique. Même la Cour de cassation, qui dispose d'une procédure de filtrage des pourvois<sup>239</sup>, a une activité judiciaire<sup>240</sup> sans rapport avec celle de la Cour suprême.

---

<sup>236</sup> CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée avec locutions latines, PUF, Quadrige, Paris, 2005, p. 278.

<sup>237</sup> Il s'agit, en tout cas, de celui du Juge O'CONNOR et du Juge GINSBURG, membres toutes deux de la Cour suprême qui se sont exprimées en ce sens dans leur entretien avec Noëlle LENOIR, Op. Cit. Supra, p.48-49. Le juge O'CONNOR explique, « *Le juge chargé de la rédaction du jugement majoritaire prépare un projet et le fait distribuer à l'ensemble des juges. Alors, commence la véritable discussion. Cette discussion se déroule par écrit. En principe, en effet, nous ne nous réunissons plus autour de la table pour débattre de nouveau. Cela peut arriver, mais c'est rare. En règle générale, les juges adressent leurs observations écrites au juge rédacteur pour lui dire, « Oui, très bien, je me rallie à ce texte » ou bien, « Dans l'ensemble je suis d'accord, bien que j'aie des doutes en ce qui concerne le paragraphe 2 de la page 15 ; si vous acceptiez de modifier X pour que ça devienne Y, je serais heureux de me rallier à votre texte ».* ».

<sup>238</sup> Selon Frederick MORTON, sur environ 5000 requêtes annuelles qu'elle reçoit, la Cour en accepte environ 275 dont seulement 160 seront tranchées par un jugement écrit. Il note aussi que « *si certains présidents ont tendance à rédiger plus d'arrêts que d'autres, la différence est minime. Tous les présidents de la période récente ont cherché à confier un nombre plus ou moins égal d'arrêts à chaque juge, la moyenne annuelle étant d'environ 14 arrêts par juge* », MORTON (Frederick L.), Op. Cit. Supra, p. 45 et s.

<sup>239</sup> COTTIN (Marianne), *La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation*, D. 2002, Doctrine, p. 748, CANIVET (Guy), *La procédure d'admission des pourvois en cassation (Bilan d'un semestre d'application de l'art. L. 131-6 COJ)*, D. 2002, Le point sur..., p. 2195.

En outre, le recours à des collaborateurs permet aux juges de la Cour suprême de gagner du temps. La présence des *law clerks* est appréciée, d'autant que la sélection au niveau de leur recrutement donne l'assurance de pouvoir compter sur leurs grandes compétences<sup>241</sup>. En revanche, elle a contribué à renforcer le caractère individuel du travail des juges. « ...[L]a tradition d'indépendance et de réflexion autonome de chaque Justice crée parfois la sensation que chaque chambers -l'unité de travail de chacun des neuf juges- constitue une juridiction à part entière »<sup>242</sup>.

Les conditions du travail judiciaire ont évolué avec l'augmentation du nombre de *law clerks*. Mme le Professeur ZOLLER reconnaît que lorsqu'ils n'en avaient qu'un<sup>243</sup> les juges « ...se voyaient souvent obligés de renoncer à écrire l'opinion individuelle ou dissidente qu'ils se projetaient de faire, faute de temps »<sup>244</sup>.

En amont de l'étude d'une affaire, au stade de l'enrôlement, les *law clerks* préparent le *memorandum* dont la lecture servira aux juges à se prononcer. Dans ce document, figure tout ce qui est nécessaire aux 4 juges chargés de son examen et principalement les arguments présentés par le requérant<sup>245</sup>. Pour la rédaction des opinions, leur aide est également précieuse puisqu'ils peuvent être chargés de ce travail par le juge qui procédera aux éventuelles modifications nécessaires de ce qui lui est présenté<sup>246</sup>.

Plusieurs observateurs de la Cour suprême ont identifié le lien entre l'augmentation du pourcentage d'opinions séparées et l'existence des *law clerks*<sup>247</sup>. La question se présente de manière plus générale puisque c'est dans le même temps le nombre de décisions non

---

<sup>240</sup> Voir les tableaux de statistiques publiés dans les Rapports annuels de la Cour.

<sup>241</sup> Ils sont recrutés parmi les majors des promotions des plus prestigieuses facultés de droit, LEVASSEUR (Alain A.), *Droit des Etats-Unis*, 2<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 1994, Paris, p. 34.

<sup>242</sup> BRIARD (François-Henri), Op. Cit. Supra, p. 514.

<sup>243</sup> C'était le cas durant l'entre-deux-guerres, contre 4 *law clerks* par chambre aujourd'hui.

<sup>244</sup> ZOLLER (Elisabeth), *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis* in *La République*, Mélanges Pierre AVRIL, Montchrestien, 2001, Paris, p. 614.

<sup>245</sup> WEBER (Jean-François), *La Cour de cassation*, études de la documentation Française, La documentation Française, 2006, Paris, p. 170.

<sup>246</sup> BRIARD (François-Henri), Op. Cit. Supra, p. 515.

<sup>247</sup> Selon Elisabeth ZOLLER, « Cette extrême division des juges qui confine à l'éclatement est certainement sinon due, du moins favorisée par la présence de nombreux assistants (*law clerks*) autour de chaque juge », op.cit., supra. BEST (Bradley J.), *Law Clerks, Support Personnel, and the Decline of Consensual Norms on the United States Supreme Court, 1935-1995*, LFB Scholarly Pub., 2002, New York, IN GARAPON (Antoine) et PAPADOPOULOS (Ioannis), *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, 2003, Paris, p. 202, lesquels rapportent qu'il soutient que les *law clerks* sont un des facteurs les plus importants de la montée des opinions dissidentes.

unanimes qui s'est accru. Cette unanimité de plus en plus rare à la Cour suprême<sup>248</sup> peut s'expliquer en partie par le fait d'une pratique imprégnée d'individualisme, qui conforte les juges dans leur attitude régulière de rédiger une opinion séparée plutôt que de se rassembler autour du rédacteur de l'opinion qui sera délivrée au nom de la Cour.

## §2- Une mise en place trop circonscrite dans les pays romano-germaniques

110. La présentation des opinions séparées comme particularité des pays de *common law* est incomplète puisqu'on assiste à leur expansion dans de nombreux ordres juridiques internes de pays européens de tradition civiliste. Or, un tour d'horizon général met en lumière leur présence essentiellement dans la justice constitutionnelle. Il s'avère délicat de s'inspirer de ces pratiques même si elles ont l'avantage d'être plus proches du juge judiciaire français puisqu'elles se situent dans le système romano-germanique. On peut se demander si les opinions séparées ne sont pas justifiées par le caractère spécifique des juridictions constitutionnelles (A), ce qui ne permettrait pas de généraliser au juge judiciaire les raisons de leur admission en dehors du système de *common law*. La présence des opinions séparées dans certaines juridictions judiciaires reste de son côté une hypothèse sûrement trop marginale pour constituer un élément pertinent de notre recherche (B).

### A- L'admission des opinions séparées en liaison avec la nature constitutionnelle des juridictions européennes

111. La reconnaissance des opinions séparées des juges constitutionnels peut difficilement préparer celle des juges judiciaires. Le mode de nomination des juges constitutionnels, leur attache avec un parti politique, peut générer des critiques sur le caractère plus politique que juridique des décisions constitutionnelles<sup>249</sup>. Aussi, des motifs particuliers peuvent expliquer la large faveur des Etats européens pour les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles, et ceux-ci ne favorisent pas forcément le rapprochement des juridictions judiciaires françaises. Sans compter que, même en matière constitutionnelle, la pratique des

---

<sup>248</sup> Les opinions unanimes représenteraient selon François-Henri BRIARD environ 40% des décisions de la Cour, Op. Cit. Supra.

<sup>249</sup> TROPER (Michel), *Débat : Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ?* in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Colloque des 27-28 octobre 1990, LGDJ, 1999, Paris, p.190-191.

opinions séparées n'a pas donné lieu à de grands bouleversements car leur pourcentage n'a pas atteint un niveau très élevé<sup>250</sup>.

En se référant au recensement opéré par les Professeurs DAVID et JAUFFRET-SPINOSI des Etats européens appartenant à la famille romano-germanique<sup>251</sup>, il convient de constater que près de la moitié de ces Etats a fait évoluer le modèle traditionnel de soumission du juge à la loi<sup>252</sup> pour l'adapter à la nécessité de rendre la justice constitutionnelle plus transparente. Les opinions séparées ont généralement été mises en place pour assurer la légitimité de ces juridictions considérées comme trop proches du pouvoir politique, comme trop peu juridictionnelles. Elles favorisent ainsi la transparence du processus décisionnel nécessaire à leur reconnaissance en tant que véritables juridictions<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> On pourrait conclure que la pratique des opinions séparées n'a pas rencontré un grand succès dans le système constitutionnel romano-germanique, or Charles GONTHIER a estimé le pourcentage de décisions rendues par la Cour suprême du Canada comportant des motifs dissidents à 30%, ce qui, selon lui, démontre que les juges n'y ont recours que parcimonieusement mais tout de même plus que les juridictions suprêmes espagnole et allemande. En réalité, ni ces juridictions ni la Cour suprême du Canada, pourtant issue d'un système de droit mixte différent de celui du système romano-germanique, ne connaissent une fréquence équivalente à celle que l'on trouve à la Cour suprême des Etats-Unis : GONTHIER (Charles), *Les opinions dissidentes in Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du Premier Congrès de l'AHJUCAF, 17-19 mai 2004, Marrakech, disponible sur la page internet : [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/gonthier.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/gonthier.htm).

<sup>251</sup> Leur liste contient les pays suivants : Albanie, Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Islande, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède, Suisse, Turquie, Le Vatican, DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, Dalloz, 2002, Paris, annexe 2, p. 506 et s. Il convient également de se référer aux indications d'André TUNC s'agissant des pays scandinaves, au motif qu'il ne situe pas ces pays dans le système de *civil law* mais de *common law*, ce qui risquerait de porter préjudice à notre énumération. Ainsi, pour mémoire, selon lui, « ... l'expression d'opinions séparées (...) est maintenant admise dans tous les pays scandinaves (...). Elle ne s'est pleinement en Suède que depuis 1977, mais la Norvège, puis la Finlande et le Danemark, l'admettent depuis longtemps, du moins sous certaines modalités », TUNC (André), *La Cour suprême idéale in La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, TUNC (André) (dir.), RIDC 1978, n°1, p. 456. S'agissant de la Norvège, Eivind SMITH indique que « Les méthodes de travail de la Cour suprême de Norvège se comprennent uniquement si l'on tient compte que depuis 1863, la publicité des considérants et votes personnels des juges à la Cour suprême est obligatoire », SMITH (Eivind), *Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles*, VIIIème Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 18 septembre 1992, AIJC 1992, p. 287 et s.

<sup>252</sup> Pour une présentation du modèle européen de la justice constitutionnelle, voir ROUSSEAU (Dominique), *La justice constitutionnelle en Europe*, 3<sup>ème</sup> édition, Clefs / Politique, Montchrestien, 1998, Paris, p. 21 et s.

<sup>253</sup> La matière constitutionnelle est un sujet sensible, ZAGREBELSKY (Gustavo), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 107. C'est ainsi qu'en Italie, la crainte d'une récupération politique empêche les projets d'autorisation des opinions séparées à la Cour constitutionnelle d'aboutir. Alessandro PIZZORUSSO rapporte que « l'opportunité d'introduire les opinions dissidentes ou concurrentes a fait l'objet d'un long débat et en 1993 la Cour a consacré l'un de ses séminaires d'études à ce thème ; en 1997, une proposition de révision constitutionnelle tendant à admettre ces opinions faisait partie du projet de réforme de la seconde partie de la Constitution élaborée par la troisième Commission bicamérale pour les réformes institutionnelles qui a échoué », PIZZORUSSO (Alessandro), *Présentation de la Cour constitutionnelle italienne*, disponible sur la page internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc6/pizzorusso.htm>. Les juges italiens y portent pourtant un grand intérêt, voir le compte rendu de la Commission de Venise qui s'est tenue à Bucarest les 8-10

112. La complexité de l'activité des juges constitutionnels a pour origine celle des affaires qui leur sont soumises. Plusieurs expériences étrangères prouvent que l'expression des opinions séparées en matière constitutionnelle « ... constitue un excellent moyen de tâtonner qui révèle à la fois la complexité du droit et sa capacité à s'adapter »<sup>254</sup>. Etant appelée à être l'interprète suprême de la Constitution dans l'ordre interne, la juridiction constitutionnelle n'est pas confrontée à un contentieux ordinaire comme peut l'être le contentieux judiciaire. Surtout, l'ordre judiciaire est composé de plusieurs degrés de juridictions et l'affaire jugée en première instance est appelée à l'être de nouveau. Egalement, la multitude de juridictions judiciaires, en comparaison de l'unicité de la juridiction constitutionnelle, permet de faire évoluer assez rapidement une question juridique.

113. Globalement, les opinions séparées sont apparues en Europe occidentale après la Seconde guerre mondiale et surtout dans les années 70.

L'Allemagne autorise les opinions séparées au sein de sa Cour constitutionnelle depuis la révision constitutionnelle du 21 décembre 1970<sup>255</sup>. Cette Cour créée en 1951 a donc fonctionné pendant plusieurs décennies sans que les juges puissent s'exprimer séparément. Ainsi, l'article 30 alinéa 2 issu de la modification, le 3 février 1971, de la loi du 12 mars 1951 pour régler l'organisation de la Cour et sa procédure, dispose qu'« un juge peut consigner dans une opinion dissidente la position qu'il a soutenue au délibéré et qui diverge de la décision ou de sa motivation ; l'opinion dissidente doit être jointe à la décision. Les Chambres peuvent communiquer le rapport des voix dans leurs décisions »<sup>256</sup>. Le principe du secret du délibéré est reconnu dans le système allemand mais il n'est pas considéré comme faisant obstacle à l'indication du rapport des voix, ni à ce que chaque juge consigne dans une opinion séparée les points avec lesquels il n'est pas en accord avec la majorité<sup>257</sup>. Du moins

---

juin 1994 : Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit*, disponible sur la page internet : [http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD\(1994\)010-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD(1994)010-f.asp).

<sup>254</sup> PONTTHOREAU (Marie-Claire), *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française, Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, Paris, p. 167.

<sup>255</sup> Pour l'exposé d'un aspect original de la mise en place des opinions séparées à la Cour constitutionnelle, voir MASTOR (Wanda), *Contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille, 2001, p. 143 et s. On y trouve expliqué que les opinions séparées sont apparues de manière prétorienne et que ce n'est qu'ultérieurement, suivants plusieurs étapes, qui sont distinguées, que leur consécration de manière textuelle s'est faite.

<sup>256</sup> AUTEXIER (Christian), *La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, Présentation et traduction*, AIJC 1986, n°2, p. 666 et s.

<sup>257</sup> AUTEXIER (Christian), *Introduction au droit public allemand*, PUF, Collection Droit fondamental, Droit politique et théorique, 1997, Paris, p. 75.

en matière constitutionnelle car lors des débats sur l'admission des opinions séparées, il avait été proposé de les étendre au-delà de la Cour constitutionnelle et des Tribunaux constitutionnels, à l'ensemble des juridictions, ce qui a été refusé. En revanche, l'argument tiré du droit comparé « ...*faisant valoir que les traditions juridiques continentales et anglo-saxonnes étaient tellement différentes que l'on ne pouvait pas simplement transférer une forme de raisonnement (...) d'un système à l'autre sans tenir compte de ces différentes traditions* »<sup>258</sup>, n'a pas convaincu s'agissant de la juridiction constitutionnelle. La spécificité de la matière constitutionnelle, comme nous l'avons relevé, semble avoir été déterminante.

Le cas de l'Allemagne est un exemple significatif d'un pays pour lequel les opinions séparées ne procèdent pas d'une tradition juridique mais au contraire d'un système où le principe du secret des délibérations est très ancré. D'ailleurs, dans un premier temps, il était prévu que les opinions séparées figureraient sur un registre tenu secret. Ultérieurement, les arguments minoritaires ont été insérés dans la décision majoritaire<sup>259</sup>. Souvent, l'admission des opinions séparées s'est faite progressivement, la possibilité de formaliser une opinion séparée étant détachée de sa publication<sup>260</sup>. S'il a fait l'objet d'un aménagement avec la mise en place des opinions séparées, le principe du secret du délibéré n'a pas évolué hors le cadre constitutionnel. Il s'impose toujours dans les mêmes termes pour les juridictions judiciaires. La rédaction d'opinions séparées n'a pas remporté un vif succès. Le Professeur MORTON a pu rapprocher la fréquence minimale des opinions séparées à la Cour constitutionnelle allemande de celle de la Cour suprême du 19<sup>ème</sup> siècle. Selon lui, de très fortes pressions institutionnelles, qui s'exercent sur les juges allemands afin d'empêcher la publication de leurs opinions séparées, explique que plus de 90% des décisions sont unanimes<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> Christian WALTER situe bien la difficulté de l'utilisation du droit comparé dans le débat sur les opinions séparées. Il relève que l'argument de la tradition anglo-saxonne a joué un rôle important, étant utilisé tant par les défenseurs que par les opposants des opinions séparées, WALTER (Christian), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Allemagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p.82-83.

<sup>259</sup> « *L'évolution qui a conduit à l'introduction des opinions séparées en Allemagne est une expérience à méditer en ce qu'elle permet de remédier à l'inconvénient des violations -que l'on sait fréquentes- du secret des délibérations* », ZAGREBELSKY (Gustavo), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 109.

<sup>260</sup> L'Allemagne n'est pas un cas isolé, pour l'Espagne et le Danemark, voir infra, p. 79. Néanmoins, aucune règle ne s'impose sur le sujet. S'agissant de la Cour constitutionnelle d'Albanie, instituée par la loi constitutionnelle du 29 avril 1992, la loi du 10 février 2000, sur l'organisation et le fonctionnement de ladite Cour a autorisé l'expression publique, ce qui montre que le délai d'adaptation peut être rapide ; Article 72, Loi n°8577 du 10 février 2000 relative à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle de la République d'Albanie, <http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES%202005/a16507/b16559/c16560>.

<sup>261</sup> MORTON (Frederick L.), *La rédaction des opinions de la Cour suprême*, Pouvoirs 1991, n°59, p. 51.



Le Président de la Cour reconnaît que leur rédaction est l'exception en Allemagne et précise que de 1971 à 2002, sur les 1781 décisions rendues, seules 115 comprenaient au moins une opinion séparée<sup>262</sup>.

L'exemple allemand de l'admission des opinions séparées dans l'ordre constitutionnel et de leur inexistence dans l'ordre judiciaire ne fournit aucune raison d'opérer un rapprochement avec les juridictions judiciaires françaises.

114. La Grèce, l'Espagne ont en commun, en plus de permettre aux juges de s'exprimer séparément, de le prévoir dans leur Constitution, ce qui tend à démontrer toute l'importance que ces Etats accordent aux opinions séparées. Des circonstances politiques expliquent l'admission des opinions séparées. La libération de leur dictature, comme pour le Portugal, a marqué le point de départ d'un nouveau régime, avec de nouvelles Constitutions et la possibilité pour les juges constitutionnels d'émettre des opinions séparées. Le contexte politique, très particulier, a joué un rôle déterminant dans la mise en place des opinions séparées. Ainsi, l'article 93 §3 de la Constitution grecque du 11 juin 1975 dispose que « *toute décision judiciaire doit être motivée de manière spéciale et complète. Elle est prononcée en audience publique. L'opinion dissidente est obligatoirement publiée. La loi fixe les modalités de l'insertion de l'opinion dissidente éventuelle dans les procès-verbaux, ainsi que les conditions et les termes de sa publicité* »<sup>263</sup>. Dans le système grec, la transparence induite par les opinions séparées est limitée à leur contenu puisque le nom de leurs auteurs reste secret<sup>264</sup>. L'étude des expériences étrangères permet de voir que le caractère public de l'expression des opinions séparées est souvent conçu comme une arrivée à maturité. Or, le cas de la Grèce montre qu'une dose de transparence peut être souhaitée sans qu'il soit jugé opportun d'aller jusqu'à lever le voile sur l'identité des auteurs des opinions séparées.

La Constitution espagnole du 27 décembre 1978 énonce à l'article 164 alinéa 1 que « *les sentences du Tribunal constitutionnel seront publiées dans le Journal officiel, en même temps que les avis contraires qui auraient été exprimés* »<sup>265</sup>. Le système espagnol admet cependant

---

<sup>262</sup> Entretien avec M. Hans-Jürgen PAPIER, Propos recueillis par M. le Professeur Michel FROMONT, *La Cour constitutionnelle allemande*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°15, 2003, p. 103.

<sup>263</sup> <http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES%202005/a16398/b16459>

<sup>264</sup> SPILIOTOPOULOS (Epinionondas), *Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles*, VIIIème Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 18 septembre 1992, AIJC 1992, p. 273.

<sup>265</sup> MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Les grandes démocraties, Constitutions des Etats-Unis, de l'Allemagne, de l'Espagne et de l'Italie*, Armand Colin, Dalloz, 2005, Paris, p. 178.

depuis bien plus longtemps les opinions séparées<sup>266</sup>. La procédure du Tribunal constitutionnel est considérée comme relevant de la tradition juridique du pays.

Pour autant, un débat a eu lieu, lors de l'adoption de l'article 164 alinéa 1, sur la diffusion au public des opinions<sup>267</sup>. La disposition constitutionnelle est reprise par l'article 90 de la Loi organique relative au Tribunal constitutionnel qui prévoit que l'opinion séparée est publiée à la suite de la décision avec la particularité, non énoncée, que si le nom des auteurs des opinions apparaît également<sup>268</sup>, il n'y a pas d'indication du rapport de voix avec lequel la décision a été prise<sup>269</sup>. La distinction entre la publication des opinions séparées et l'indication du nombre des voix est ici bien marquée, ce qui tend à montrer que les deux ne s'envisagent pas forcément de manière commune. Selon le Doyen BON, si « *ce système des opinions dissidentes est diversement apprécié par la doctrine espagnole (...), il postule à tout le moins un consensus sur la légitimité de la juridiction constitutionnelle* »<sup>270</sup>.

La contribution des opinions séparées à la reconnaissance de la légitimité de l'institution du Tribunal constitutionnel est aussi mise en valeur par Mme le Professeur FREIXES. Selon elle, le mode d'élection des membres du Tribunal traduit une carence de légitimité originelle qui doit être compensée par un mode de fonctionnement présentant des garanties de transparence. Ainsi, il est essentiel que « *...la position de chaque juge constitutionnel soit claire et transparente, car c'est là la façon la plus raisonnable de légitimer les décisions prises sur des normes qui offrent plusieurs possibilités d'interprétation* »<sup>271</sup>. L'interprétation multiple d'une règle de droit implique de rendre compte de ses choix.

---

<sup>266</sup> Voir la thèse de MASTOR (Wanda), *Contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, Aix-Marseille, 2001, p.133-141 dans laquelle elle étudie sous l'angle historique la pratique de l'expression des opinions séparées en Espagne.

<sup>267</sup> FREIXES (Teresa), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, *En Espagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p.95-96.

<sup>268</sup> Un temps, les votes des juges étaient conservés dans un livre secret dans lequel figuraient donc également les opinions des juges minoritaires. C'est ce qui était prévu en 1489, par les « Ordenanzas de Medina », et avait été repris par les lois de procédure civile de 1881 et de procédure criminelle de 1882, FREIXES (Teresa), *Op. Cit. Supra*, p. 94. Encore, pour le Danemark, Wanda MASTOR indique que la pratique de la publication des opinions séparées « *...a connu une lente évolution : au départ, les votes étaient bien rends publics mais sous une forme anonyme en vertu de la loi n°112 du 7 avril 1937 ; il faudra attendre la loi n°125 du 10 mai 1958 pour que l'identité des juges minoritaires soit divulguée* », *Op. Cit. Supra*, p. 131.

<sup>269</sup> BON (Pierre), *La justice constitutionnelle en Espagne*, BON (Pierre), MODERNE (Franck), RODRIGUEZ (Yves), *Economica*, Collection Droit public positif, PU d'Aix- Marseille, 1984, p.65-66.

<sup>270</sup> *Op. Cit. Supra*, p. 66.

<sup>271</sup> FREIXES (Teresa), *Op. Cit. Supra*, p.96-97.

Le Portugal, à l'occasion de la révision de sa Constitution du 2 avril 1976, a reconnu aux juges du Tribunal constitutionnel la possibilité d'exprimer leur désaccord. L'article 42-4 de la loi du 15 novembre 1982 relative à l'organisation et au fonctionnement du Tribunal constitutionnel les autorise à « ...faire valoir leur vote vaincu ». Leur opinion séparée sera publiée ultérieurement avec la décision majoritaire<sup>272</sup>.

Le Président du Tribunal constitutionnel portugais a eu l'occasion d'expliquer que « *le fait est qu'au Portugal la question des opinions dissidentes n'est pas une question qui pose des problèmes (...) il serait difficile d'établir un système différent* »<sup>273</sup>. Si la connaissance des opinions séparées permet parfois à certains observateurs de rapprocher le sens du vote d'un juge de ses sensibilités politiques, cela n'est pas le cas général, puisque nombreuses sont les opinions qui ne permettent pas d'établir ce rapport.

#### B- L'extension rare des opinions séparées aux juridictions judiciaires

115. Il convient de relever que dans la plupart des Etats européens qui admettent l'expression des opinions séparées, les juridictions judiciaires sont exclues. Ainsi, les bienfaits des opinions séparées ne sont généralement pas reconnus pour ces dernières. Il est dès lors difficile de se fonder sur les quelques cas dans lesquels les juges judiciaires d'un système romano-germanique sont admis à s'exprimer séparément pour justifier la possibilité d'un rapprochement du juge judiciaire français.

116. Le système espagnol présente la singularité d'autoriser les juges à s'exprimer séparément dans l'ensemble des ordres juridictionnels. L'article 260 de la Loi organique relative au pouvoir judiciaire organise l'expression et la publication des opinions séparées. Aux termes de cet article, il apparaît que même s'ils sont opposés à la décision majoritaire, les juges doivent néanmoins, la signer. S'ils souhaitent formuler une opinion séparée, ils doivent l'annoncer lors de leur vote. Egalement, il est prévu que les opinions séparées sont non seulement publiées avec la décision majoritaire en indiquant le nom de leurs auteurs mais encore notifiées avec elle aux parties<sup>274</sup>. La possibilité d'émettre des opinions séparées est

---

<sup>272</sup> Pour le détail de l'organisation des délibérations, voir NUNES DE ALMEIDA (Luis), *Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles*, VIIIème Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 18 septembre 1992, AIJC 1992, p. 305 et s.

<sup>273</sup> Entretien avec M. José Manuel CARDOSO DA COSTA, *Propos recueillis par M. Dominique ROUSSEAU, Le Tribunal constitutionnel portugais*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°10, 2001, p. 39.

<sup>274</sup> FREIXES (Teresa), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Espagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 95.

considérée comme « *une garantie de l'indépendance de jugement d'un magistrat en particulier, au sein d'un tribunal collégial* »<sup>275</sup>. En dehors donc de spécificités constitutionnelles, que l'on ne retrouve pas forcément dans le contentieux judiciaire, l'expression séparée est vue, dans le système judiciaire espagnol, comme un moyen efficace d'assurer l'indépendance interne des juges. Si l'exemple espagnol montre que les opinions séparées peuvent être étendues aux juridictions judiciaires, il reste peu pertinent car les opinions séparées y sont considérées comme une institution juridique qui a une longue tradition dans le système judiciaire espagnol<sup>276</sup>, ce qui n'est pas le cas du système français.

117. De même au Portugal, les opinions séparées sont véritablement une habitude, le Président de la Cour constitutionnelle portugaise a insisté sur le fait que « *...dans la Cour constitutionnelle portugaise, comme dans la Cour suprême, ou la Cour suprême administrative, chaque juge se sent absolument à l'aise pour émettre une opinion dissidente et personne ne le questionne* »<sup>277</sup>. Ainsi, des opinions séparées peuvent, également, être émises au sein des juridictions ordinaires que sont les tribunaux de première instance. « *Il y a même des juges qui ont soutenu que leur retirer la possibilité d'émettre une opinion dissidente (...) affecte[rait] leur indépendance!* »<sup>278</sup>.

118. Comme cela a été déjà énoncé, en Grèce, les opinions séparées ne sont pas seulement autorisées en matière constitutionnelle puisque la Constitution vise toute décision juridictionnelle. En revanche, on n'en connaît que le contenu<sup>279</sup>. Le système grec a une position favorable puisqu'il étend la possibilité de s'exprimer séparément aux juges de l'ensemble de ses juridictions, à la différence de nombreux Etats qui l'ont limité aux juges constitutionnels. Or, le fait de garder leur nom secret démontre qu'il attache plus d'importance au rôle dialectique des opinions séparées qu'à leur capacité à traduire l'indépendance des juges. Surtout, il prouve la difficulté de mettre en place, pour le juge judiciaire, un mécanisme assurant une pleine transparence de la procédure décisionnelle. Encore une fois, l'exemple est peu pertinent.

---

<sup>275</sup> DIEZ-PICASO (Luis Mana), *Etudes de droit constitutionnel franco-espagnol, Rapport espagnol*, Economica, 1994, Paris, p. 206.

<sup>276</sup> FREIXES (Teresa), Op. Cit. Supra, note 262.

<sup>277</sup> *Entretien avec M. José Manuel CARDOSO DA COSTA, Propos recueillis par M. Dominique ROUSSEAU*, Op. Cit. Supra.

<sup>278</sup> Op. Cit. Supra.

<sup>279</sup> Op. Cit. Supra, p.78.

## **Section II- L'incertaine exemplarité des expériences liées à l'affirmation de la justice supranationale**

119. L'admission des opinions séparées est très fréquente en droit international. Apparues dans l'arbitrage, elles figurent aujourd'hui dans la procédure de nombreuses juridictions supranationales. Les cas de mise en oeuvre de l'expression de la dissidence des juges supranationaux à la CIJ et à la Cour EDH prouvent que les opinions séparées permettent d'asseoir l'autorité des juridictions. L'effectivité de la contribution des opinions séparées à l'élaboration du droit international et des droits de l'Homme est largement reconnue. Or, il convient de se demander si ce succès n'est pas en relation avec leur dimension supranationale. La composition multinationale des juridictions favorise les dissensions entre des juges dont les visions du droit diffèrent. L'expression d'opinions séparées permet à toutes ces conceptions d'être exposées même si la majorité l'emporte. Les arrêts rendus ont la particularité d'être adressés à des Etats qui ont fait le choix de se soumettre à un contrôle supranational. Ces éléments qui sont absents du droit judiciaire français peuvent expliquer la publication des opinions séparées dans l'ordre supranational. Il s'agit d'expériences nécessaires pour refléter le pluralisme (§1) et inhérentes à la nécessité de convaincre des Etats (§2).

### **§1- Des expériences nécessaires pour refléter le pluralisme**

120. Le cadre supranational est favorable aux opinions séparées. La CIJ et la Cour EDH sont des juridictions par nature pluraliste au sein desquelles plusieurs courants de pensée sont représentés. La forme des arrêts traduit cette multiplicité. C'est ainsi que la possibilité pour les juges d'exprimer leur dissidence a contribué de manière significative à la détermination, par la CIJ, des règles internationales et par la Cour EDH, du contenu de la Convention EDH. Si l'institution judiciaire, qui s'exprime d'une seule voix, souffre justement de ne pas être représentative de la diversité des hommes et des opinions, sa dimension nationale peut faire obstacle à une tentative de rapprochement. Il apparaît, en effet, que la justification de l'utilisation des opinions séparées à la CIJ et à la Cour EDH est fortement liée à leur dimension supranationale (A) tout en répondant à certaines caractéristiques procédurales internes (B).

## A- Une utilisation des opinions séparées indissociable de la dimension supranationale

121. La légitimité des juridictions supranationales ne repose pas sur les mêmes fondements que celle des juridictions internes. Elle dépend de l'acceptation des Etats de leur reconnaître une autorité ainsi qu'à leurs décisions. La présence de juges issus de plusieurs systèmes juridiques pourrait effrayer les Etats s'ils n'avaient pas la certitude, grâce aux opinions séparées, que différentes façons de penser sont représentées. Encore plus peut-être lorsqu'il s'agit de la matière des droits de l'Homme puisque les arrêts de la Cour EDH modifient en profondeur le droit étatique. Il semble ainsi, que l'existence des opinions séparées soit justifiée par la nature universelle de la CIJ (1) tout comme elle apparaît liée à la logique judiciaire de la Cour EDH (2).

### 1- L'existence des opinions séparées justifiée par la nature universelle de la CIJ

122. Il est une justification de l'admission des opinions séparées à la CIJ qui est liée au caractère international de cette juridiction. Certaines des raisons de l'implantation durable des opinions séparées touchent aux caractéristiques de la fonction juridictionnelle internationale. Elles répondent au caractère particulier de l'ordre juridique international, ce qui peut avoir pour effet de justifier leur exclusion au sein des juridictions judiciaires françaises.

L'existence des opinions séparées est pleinement liée à l'universalité de la Cour et aux incidences de celle-ci. L'article 9 du Statut de la CIJ relatif à la composition de la Cour dispose que les juges élus doivent assurer, dans leur ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde. La composition de la Cour se présente comme le reflet des grandes tendances de la société internationale. Etant donné les disparités entre les systèmes juridiques, il apparaît que la prise en compte de leurs particularités lors du règlement d'un différend<sup>280</sup> est conditionnée par la possibilité de présenter plusieurs aspects, plusieurs thèses. Chaque juge doit pouvoir faire entendre personnellement sa voix. S'il ne parvient pas à le faire dans la décision majoritaire, il l'exprimera dans une opinion séparée. Il a été constaté que dans de telles juridictions, « *la rédaction d'un jugement majoritaire conduit souvent à l'édulcoration de plusieurs termes et à l'utilisation de phrases générales dans le but d'obtenir l'assentiment d'autant de juges que possible. Souvent, le jugement final apparaît ainsi plutôt fade et laconique, et parfois, les*

---

<sup>280</sup> Ainsi, la Cour peut avoir à résoudre des différends d'ordre juridique particulièrement complexes.

*étapes intermédiaires du raisonnement en ont été éliminées »*<sup>281</sup>. L'on en a ainsi déduit que : « *le véritable fondement du raisonnement ne peut ressortir que d'une expression plus détaillée et personnelle contenue dans une opinion séparée ou dans une réfutation du jugement par un juge dissident »*<sup>282</sup>.

Le critère de l'universalité qui s'exprime par le biais de l'expression d'opinions séparées, donne à chaque Etat l'assurance, même s'il ne représente pas un courant significatif, de faire connaître sa position. Les opinions séparées constituent un moyen de diffuser l'ensemble des conceptions juridiques quelle que soit leur importance<sup>283</sup>.

Le recours aux opinions séparées pour permettre de faire entendre plusieurs voix, celle du gagnant et celle du perdant est très utile à l'échelle internationale. La résolution d'un litige par une juridiction judiciaire est normalement d'une richesse juridique plus limitée puisque les juges sont issus du même ordre judiciaire. Etant donnée qu'une juridiction nationale n'a pas de nature universelle, le fait de laisser les juges s'exprimer séparément comporte un enjeu différent.

Une institution à caractère universel peut difficilement appliquer un droit avec des règles préétablies<sup>284</sup>. Le droit international est largement fondé sur l'application des principes

---

<sup>281</sup> "Finally, the drafting of a majority judgment often leads, to the softening down of many terms and the use of general phrases in order to obtain the assent of as many judges as possible. The final judgment often therefore appears rather bland and laconic, and sometimes intermediate steps in the reasoning have been eliminated altogether. This means that the real basis of the reasoning may only be evident from a more detailed and personal expression of it in a separate opinion, or in deed, in a refutation of it by a dissenting judge." (Traduction par nos soins), PROTT (Lyndel V.), *The justification of decisions in the International Court of Justice in La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches et de logique, Etudes publiées par PERELMAN (Chaïm) et FORIERS (Paul), Bruylant, Bruxelles, p. 341.

<sup>282</sup> Ibidem.

<sup>283</sup> « *En définitive, la pratique des opinions séparées se trouve en parfaite harmonie avec le principe d'universalité (...) qui, vise à garantir l'expression (...) de toutes les conceptions juridiques, aussi minoritaires soit-elles, les opinions dissidentes constituant justement un moyen de diffuser ces conceptions »*, MARTIN (Jacky), *Les opinions dissidentes des juges occidentaux devant la cour internationale de justice*, Thèse de doctorat, 1978, Orléans, p. 9. Déjà, Angelo Piero SERENI, avait constaté cette harmonie, SERENI (Angelo Piero), *Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux*, RGDIP 1964, p.842-843. Dans sa thèse, Sandra MOULAY-LEROUX, *La Dissidence à la Cour Internationale de Justice*, Thèse de doctorat, 1996, Poitiers, p. 34 et s., a repris cette idée que l'une des causes endogènes de l'admissibilité de la reconnaissance de la dissidence à la CIJ se situe dans le nécessaire pluralisme d'une juridiction à caractère universel. Plus directement, les opinions séparées permettent de garantir le caractère objectif de l'universalité du droit international. « *La loi internationale, d'origine principalement occidentale est amenée à prendre un tour universel. Or, si l'universalité du Droit international est nécessairement objective, il est essentiel que les systèmes juridiques autres que la pensée anglo-saxonne ou occidentale, ne se fondent pas, ne perdent pas leur voix dans la majorité, surtout s'il s'agit de problèmes ou litiges importants. Cette objectivité ne semble pouvoir être réalisée que par le biais des opinions séparées.* ».

<sup>284</sup> « *...dans l'intention des Etats qui les constituent, certains tribunaux internationaux n'ont pas seulement pour fonction immédiate et directe de résoudre les différends qui leur sont soumis, il sont chargés en outre de fixer le droit international et de contribuer à son intégration et son évolution. L'exercice d'une telle fonction se justifie*

généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations. Il a besoin de se développer dans un cadre souple qui laisse place à des interprétations multiples. Débutée avec la mission traditionnelle des juges internationaux d'élaboration des règles de droit international<sup>285</sup>, l'expression d'opinions séparées se poursuit avec l'évolution du droit, contribuant toujours à marquer le rôle déterminant des juges en la matière. Le succès des opinions séparées apparaît dans ce cas, intrinsèquement lié au mouvement de création du droit. Si le juge judiciaire bénéficie aujourd'hui d'un rôle essentiel dans l'évolution des règles de droit, il n'a pas la même envergure que celui du juge international puisqu'il repose sur des textes écrits et assez souvent précis. En outre, il est moins marqué que dans le système de *common law*. Selon M. HUSSAIN, les opinions séparées « ... sont une source de progrès dans le développement du droit international » ou encore « ... un élément du processus dynamique et dialectique qui peut faire évoluer le droit international »<sup>286</sup>. Elles sont donc associées au travail créatif du juge international qui a une dimension peu comparable à celui du juge judiciaire.

## 2- L'admission des opinions séparées liée à la logique judiciaire de la Cour EDH

123. Dès le premier arrêt de la Cour EDH<sup>287</sup>, des opinions séparées ont été émises. Comme en droit international, le droit européen a adopté ce mode d'expression permettant au juge de faire connaître publiquement son opinion personnelle de manière distincte de la majorité<sup>288</sup>. L'admission des opinions séparées peut s'expliquer, plus que par le contexte, par le rôle de la Cour EDH. Les travaux préparatoires ne traduisent pas de conflit d'idées lors de la mise en place des opinions séparées mais un choix qui s'est opéré sans difficultés.

---

*par le fait que (...) une partie importante de l'ordre juridique international se compose en effet de principes et de normes qui n'ont pas été formulés en termes rigoureux et précis.* », SERENI (Piero Angelo), Op. Cit. Supra, p. 841.

<sup>285</sup> Pour l'impact de la jurisprudence, voir ADOUKI (Delphine Emmanuel), *Droit international public*, Tome 1 : Les sources, L'Harmattan, 2002, Paris, p. 311 et s.

<sup>286</sup> HUSSAIN (Ijaz), *Le rôle dialectique des opinions dissidentes et individuelles dans le développement du droit international à la CIJ*, Thèse de doctorat, 1974, Nice, p. 17 et 23.

<sup>287</sup> Dans l'arrêt *Lawless contre Irlande* du 14 novembre 1960, le Juge MARIDAKIS a joint une opinion dissidente, requête n°332/57, disponible sur le site <http://www.echr.coe.int>.

<sup>288</sup> Ce n'est pas le cas de la CJCE qui a été mise en place en même temps que la Cour EDH (la Cour EDH est issue de la Convention EDH adoptée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, et la CJCE du Traité de Paris du 15 avril 1951 (Traité CECA) et consacrée institution commune par le Traité de Rome du 25 mars 1957 (Traité CEE)). Cette juridiction a opté pour une méthode de jugement différente, après avoir discuté de la possibilité d'autoriser les opinions séparées.



Les opinions séparées sont émises de manière assez harmonieuse au sein de la Cour. Elles sont même qualifiées de « ...*spécificité consubstantielle au système européen des droits de l'homme* »<sup>289</sup>.

124. La mise en place des opinions séparées à la Cour EDH est liée à la tendance d'une nouvelle juridiction internationale à adopter les règles de fonctionnement des tribunaux déjà existants. La parenté entre la procédure de la CIJ et celle de la Cour EDH est assez marquée<sup>290</sup>. La reproduction du modèle procédural de la CIJ peut justifier l'absence de débat autour des opinions séparées au moment de la mise en place de la Cour EDH. Cependant, il ne renseigne pas vraiment sur les motifs du succès qu'elles ont rencontré.

125. De nombreuses affaires comportent pour les Etats un enjeu important qui touche à leur image sur la scène internationale. La publicité que les médias accordent aux affaires jugées par la Cour EDH fait peser sur les juges européens le risque de voir leur décision contestée publiquement par l'Etat condamné.

126. Les sujets sur lesquels la Cour prend position sont souvent des sujets de controverse<sup>291</sup>. C'est également le cas de certaines décisions de la Cour de cassation. Lorsqu'une juridiction judiciaire intervient dans un domaine sensible, l'opinion publique sollicite, en général, des explications plus poussées que les quelques éléments de motivation qui figurent dans la décision. Les opinions séparées permettent de constater que l'affaire a été largement discutée avant qu'une majorité se dégage. En revanche, il n'est pas certain qu'un Etat réagisse de la même façon qu'un particulier. Si la publication d'opinions séparées permet à un Etat de mieux accepter sa condamnation, elle risque de favoriser le sentiment contestataire d'un particulier.

---

<sup>289</sup> LAMBERT (Elisabeth), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p.420-421.

<sup>290</sup> « (...) *les dispositions sur le fonctionnement et en particulier celles qui ont trait aux opinions séparées reproduisent presque mot pour mot les articles correspondants du Statut et du Règlement de la Cour internationale de Justice* », SERENI (Piero Angelo), *Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux*, RGDIP 1964, p.840-841. L'auteur situe, le présent facteur en seconde place. Son énoncé des principaux éléments qui ont influencé la matière des opinions séparées en droit international commence par « ... *la tendance instinctive qu'ont les Etats qui instituent un tribunal international à suivre les règles de leurs propres tribunaux nationaux ; (...) en troisième lieu, les préférences personnelles des juristes chargés de rédiger le Règlement du tribunal ; enfin la nature des fonctions que les Parties entendent faire exercer au tribunal qu'elles constituent* ».

<sup>291</sup> Selon Jean-Pierre MARGUENAUD, « *N'en déplaise à l'immense majorité des civilistes français, c'est toujours à la Cour européenne des droits de l'homme qu'il revient de trancher les questions de droit civil les plus graves et les plus difficiles que l'évolution des mœurs, des sciences et des techniques fait surgir* », MARGUENAUD (Jean-Pierre), *Le triste sort des embryons in vitro du couple séparé, (Cour EDH 4<sup>ème</sup> section, 7 mars 2006, Evans c/ Royaume-Uni)*, RTDCiv. 2006, p. 255.

Les droits de l'Homme sont une matière empreinte de pluralisme, ce qui favorise tant les décisions seulement prises à la majorité et non à l'unanimité que la poursuite des débats au-delà de la décision. C'est pourquoi l'existence des opinions séparées s'impose largement à la Cour EDH. Comme l'a indiqué le Président WILDHABER, elles « ...*rendent les discussions au sein de la Cour vivantes, transparentes et pluralistes, elles mettent en évidence les tendances et controverses, soulignent la liberté d'expression et l'indépendance des différents juges et, dans ce sens, appartiennent à la philosophie générale de la Cour* »<sup>292</sup>. Alors que la charge de travail des juges européens aurait pu avoir pour conséquence de limiter la fréquence des opinions séparées, tel n'est pas le cas. C'est la preuve que la contribution des opinions séparées à l'amélioration du travail juridictionnel prime sur l'inconvénient de ralentir la procédure<sup>293</sup>.

## B- Des particularités procédurales internes

127. Les arrêts rendus par la CIJ et la Cour EDH ont pour particularités d'être toujours issus d'une collégialité et de contenir une longue motivation. Ces éléments favorisent en grande partie l'existence d'opinions séparées, or on ne les retrouve pas dans la procédure judiciaire française. Le caractère collégial est justifié par le type de contentieux à traiter et il traduit, comme on vient de le voir, le pluralisme juridictionnel, ce qui le rend obligatoire (1). Il n'est pas issu, comme en droit national, d'une volonté de protéger les juges. De surcroît, les décisions judiciaires sont élaborées suivant le style typique de la concision française, loin de la présentation des arrêts supranationaux (2).

### 1- Une collégialité obligatoire dans la procédure supranationale

128. Le principe du caractère collégial des décisions s'impose en droit supranational. Les juges de différentes tendances sont réunis non seulement pour trancher un conflit mais aussi

---

<sup>292</sup> WILDHABER (Luzius), *Opinions dissidentes et concordantes des juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme* in *Droit et Justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p. 529.

<sup>293</sup> Dans le Rapport de Lord WOOLF daté de décembre 2005 sur les méthodes de travail de la Cour aucune référence n'est faite à la rédaction des opinions séparées, disponible sur la page internet : <http://www.echr.coe.int/fr/Press/2005/dec/RapportdeLordWoolfsurlesmethodesdetravail.pdf>. De même, elles sont absentes, par exemple, des diverses contributions réunies dans l'ouvrage *La Réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Actes de la table ronde du 28 mars 2003, COHEN-JONATHAN (Gérard) et PETTITI (Christophe) (éd.), Droit et Justice, Bruylant, 2003, Bruxelles.

pour discuter, faire circuler des idées et diffuser des conceptions évolutives. La collégialité est une nécessité pour faire accepter au plus large auditoire possible la teneur des décisions. Elle est rendue obligatoire par le pluralisme attaché aux juridictions supranationales. Seulement, la diversité des origines des juges, en plus de leur nombre<sup>294</sup>, rend l'unanimité peu probable. En ce cas, les décisions supranationales peuvent avoir du mal à s'imposer si elles n'expriment qu'une conception, elles doivent par le biais des opinions séparées en laisser d'autres apparaître. C'est ainsi qu'en droit international, la collégialité va de pair avec l'expression d'opinions séparées.

129. A l'opposé, dans les juridictions judiciaires, c'est uniquement pour les affaires complexes, délicates médiatiquement que la réunion des juges sous forme collégiale intervient. Les cas dits simples justifient quant à eux un recours au juge unique. La raison de la collégialité correspond alors au souhait de soustraire les juges à d'éventuelles pressions. On est bien loin de la logique supranationale de la collégialité. Les formations judiciaires françaises sont composées de juges internes issus d'une même culture juridique et l'unanimité est plus facile à rassembler car la collégialité comprend en général trois juges hormis le cas de la Cour de cassation où on trouve des formations plus importantes. L'intérêt de la divulgation des opinions séparées se comprend peut-être moins pour le juge judiciaire français alors qu'on l'identifie assez bien pour les juges supranationaux.

130. A la Cour EDH, les opinions séparées des juges sont prévues à l'article 45 §2 de la Convention révisée par le Protocole n°11 lequel dispose que « *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ». Le principe de l'admission des opinions séparées étant posé, le Règlement intérieur de la Cour datant de juillet 2006, à l'article 74 §2 précise que « *Tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment* »<sup>295</sup>.

Les opinions séparées peuvent jouer à l'intérieur de la collégialité un rôle important dans les affaires complexes afin de rassembler la diversité des opinions autour d'un projet commun élaboré par un comité de rédaction<sup>296</sup>. L'influence des opinions séparées est donc fonction de

---

<sup>294</sup> La CIJ comprend 15 juges et la Cour EDH connaît deux types de formations de 7 et 17 juges.

<sup>295</sup> A consulter sur le site <http://www.echr.coe.int>.

<sup>296</sup> C'est lors de la seconde délibération que «... les éventuelles opinions séparées de certains juges doivent être présentées dans leurs grandes lignes, et qu'un délai est fixé pour que les juges concernés remettent leur texte rédigé au greffe » Toutes les affaires ne donnent cependant pas lieu à la constitution d'un comité de rédaction et donc à plusieurs délibérations puisque « (...) seules les affaires particulièrement complexes, ou pour lesquelles les juges sont très divisés, semblent impliquer un renvoi du travail de rédaction en comités restreints », EUDES

la complexité de l'affaire puisque dans cette hypothèse la procédure prévoit qu'elles seront transmises préalablement au vote, ce qui permettra de retravailler le projet d'arrêt<sup>297</sup>.

Ainsi, dans les affaires qui ont un intérêt juridique certain, les opinions séparées peuvent avoir un effet sur la rédaction de la décision majoritaire. Il s'agit d'un élément non négligeable quant on connaît les critiques dont la motivation des décisions judiciaires françaises fait l'objet. Cependant, il reste à savoir si les opinions séparées peuvent pallier une motivation jugée souvent trop succincte mais ancrée dans une tradition juridique.

131. Les opinions séparées ont toujours existé au sein de la CIJ<sup>298</sup>. Lorsqu'elle a succédé en 1946 à la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), créée en 1920<sup>299</sup>, l'article 57 de son Statut, aux termes duquel l'expression de la dissidence était prévue, fut modifié.

La motivation des arrêts internationaux n'est pas toujours aisée car elle doit rassembler une majorité composée d'Etats de traditions différentes. Les susceptibilités étatiques peuvent empêcher certaines thèses, certaines évolutions de figurer dans le texte de la décision. Ainsi, les opinions séparées ont été utilisées pour pallier la très discrète reconnaissance par la jurisprudence des droits de l'Homme en tant que sources du droit international. Comme l'indique le Professeur GOY, et même si l'attitude de la CIJ s'explique, ce sont surtout les juges qui ont évoqué les droits de l'homme dans leurs opinions séparées et même invoqué

---

(Marina), *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH), Paris, 2005, p. 244 et 242 L'auteur se réfère pour décrire l'organisation des délibérations à la *Résolution sur la pratique interne de la Cour en matière judiciaire* en précisant que ce document est confidentiel, qu'il a été adopté le 22 juin 1983 puis amendé le 26 janvier 1989 et qu'il n'existe pas, à sa connaissance, de document équivalent au sein de l'actuelle Cour.

<sup>297</sup> « Pour une affaire « simple », la règle est que le juge rapporteur (le juge national en général) soumette à la Cour un projet d'arrêt. La Cour se prononce sur celui-ci en une seule et même délibération. Dans cette hypothèse, si les juges n'ont pas usé de la faculté de joindre au projet d'arrêt leur projet d'opinion séparée, la Cour n'aura pas connaissance des opinions séparées avant que l'arrêt ne soit adopté. Les opinions séparées seront alors dépouillées de leur dimension stratégique. Il en va autrement lorsque l'affaire soulève des questions difficiles ou nouvelles. Dans ce cas, le juge rapporteur peut requérir de la Cour (Section ou Grande Chambre) des instructions. La Cour, après un premier tour de table, peut alors confier l'examen de l'affaire à un comité de rédaction, ce qui implique une deuxième délibération sur l'affaire. Dès lors, les juges désireux de le faire peuvent porter leurs opinions séparées à la connaissance de leurs pairs entre la première et la seconde délibération de la Cour. Les opinions séparées sont alors à même de jouer un rôle stratégique, d'exercer une « pression », notamment sur les juges indécis », RIVIERE (Florence), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Bruylant, 2004, Bruxelles, p. 238.

<sup>298</sup> Présentes dans le cadre de l'exercice de la fonction tant contentieuse que consultative, nous ne nous intéresserons qu'à la réglementation des opinions séparées en matière contentieuse. Pour l'énoncé des compétences de la Cour, voir MARTIN (Pierre-Marie), *Droit international Public*, Editions Masson, 1995, Paris, p. 231. Selon André ORAISON, « L'essor (...) [des opinions séparées] s'est en fait manifesté il y a plus d'une quarantaine d'années et c'est précisément le Britannique Sir Hersch Lauterpacht qui a auguré la pratique des longues opinions séparées lorsqu'il a commencé sa carrière de juge à la CIJ en 1955 », *L'influence des forces doctrinales académiques sur les prononcés de la CPIJ et de la CIJ*, RBDI 1999, n°1, vol.XXXII, Bruylant, Bruxelles, p.230-231.

<sup>299</sup> DUPUY (Pierre-Marie), *Droit International Public*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006, Paris, p. 226.

ceux-ci dans le silence de la Cour<sup>300</sup>. Les opinions séparées ont eu un rôle d'impulsion sur le développement de la reconnaissance des droits de l'homme dans la jurisprudence internationale qui a conduit cette dernière à s'ouvrir à eux. Ce rôle est lié à l'absence de détermination précise des règles du droit international. Le droit français est, quant à lui, fondé sur l'existence de règles législatives qui laissent au juge judiciaire une faible marge de manœuvre pour créer du droit.

## 2- Un autre style de motivation

132. La publication concomitante de l'arrêt supranational et des opinions séparées ne pose pas de problème sauf cas particuliers dans lesquels un dévoiement de la pratique est susceptible de nuire à l'autorité de la décision. En droit international, les opinions séparées viennent compléter une motivation longue, ainsi elles ne concourent pas matériellement à éclipser la motivation de la décision majoritaire. Cette forme de motivation s'explique, selon certains, par le travail de recherche du juge international du droit applicable ainsi que par la complexité de l'affaire à résoudre<sup>301</sup>. A l'inverse, en droit judiciaire français, la motivation des décisions est assez succincte. Si le fait de laisser les juges s'exprimer individuellement, lorsque la décision majoritaire est largement justifiée, ne risque pas de porter atteinte à l'autorité de la décision, tel ne serait pas forcément le cas d'opinions séparées adjointes à une décision judiciaire française. Celle-ci a en effet pour caractéristique d'être brève et de ne pas faire apparaître clairement les raisons de l'interprétation des juges. En tout cas, cette différence de style de motivation des décisions n'est pas un élément qui favorise un rapprochement du système judiciaire français. Il est impossible de prévoir que les opinions séparées aient le même effet selon qu'elles accompagnent une décision brève ou largement argumentée.

---

<sup>300</sup> GOY (Raymond), *La CIJ et les droits de l'homme*, Droit et Justice, n°36, Bruylant, 2002, Bruxelles, p. 7 et s.. Selon lui, les difficiles débuts de la prise en considération des droits de l'homme ont deux raisons d'être ; « *D'abord (...) les droits de l'homme posent les problèmes sensibles de l'individu en droit international et de la compétence nationale. Ils sont donc à peu près absents du droit international classique et donc de la jurisprudence. (...) Mais l'attitude de la Cour s'explique aussi par l'état du contentieux. Les litiges soumis à la Cour n'impliquent pas souvent des individus et moins encore leurs droits de l'homme. Et les litiges impliquant les droits de l'homme ne sont pas toujours réglés sur cette base. La Cour pratique le plus souvent l'économie de moyens et peut ainsi dire son incompetence ou le défaut d'intérêt, même rattaché au fond, ou l'irrecevabilité devant un litige impliquant les droits de l'homme (...). Elle peut surtout statuer au fond sans évoquer le moyen sensible tiré des droits de l'homme* ».

<sup>301</sup> La motivation est longue « *...soit parce que le tribunal doit souvent se livrer à une recherche du droit avant de l'interpréter et de l'appliquer, soit parce que les règles de droit sont rarement précises, soit enfin parce que chaque cas soulève des questions ambiguës et en partie nouvelles* », SERENI (Angelo Piero), *Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux*, RGDIP 1964, p. 838.

On assimile souvent le rôle du juge international à celui du juge de *common law* ce qui se traduit dans les deux hypothèses par une motivation longue. A l'opposé, on explique la brièveté de la motivation des arrêts de la Cour de cassation par l'appartenance de celle-ci au système romano-germanique. La différence est patente.

La motivation abondante des arrêts de la Cour EDH résulte par exemple de la reprise dans le corps de la décision des éléments de fait, des prétentions des parties, d'informations de droit comparé et du droit interne pertinent. Dans les motifs au sens strict, les juges européens se réfèrent aux arrêts rendus antérieurement. Aussi la décision est-elle d'emblée placée dans une histoire jurisprudentielle qu'il s'agisse d'une continuité ou d'une rupture. Le style des arrêts européens est loin du syllogisme judiciaire, il a pu être identifié comme une juxtaposition de la logique de persuasion, de la logique déductive et de la logique inductive<sup>302</sup>. Lorsque les droits de l'Homme sont en jeu, l'élaboration de la décision de manière argumentée se justifie assez logiquement.

Les méthodes de travail de la CIJ et de la CEDH peuvent contribuer au développement de la motivation<sup>303</sup>. A la CIJ, l'absence de Rapporteur ou d'Avocat général<sup>304</sup> et la préparation d'un projet d'arrêt par un Comité de rédaction composé de trois juges favorisent la réflexion collective. Dans les affaires importantes traitées par la Cour EDH, le Juge rapporteur cède également la place à un comité de rédaction<sup>305</sup>

Le style particulier de la motivation des décisions supranationales s'explique par le travail de justification qui prend d'autant plus d'importance que les juges doivent convaincre des Etats de la justesse de leur position.

## **§2- Des expériences inhérentes à la nécessité de convaincre des Etats**

133. La réception d'une décision n'est pas la même suivant qu'elle concerne un justiciable soumis depuis toujours à une juridiction ou un Etat dont l'action n'était jusque-là pas contrôlée par un juge. Le recours devant une juridiction supranationale est facultatif. Pour y

---

<sup>302</sup> LAMBERT (Elisabeth), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p. 419.

<sup>303</sup> Néanmoins, l'exemple contraire de la CJCE dont les arrêts sont également fort argumentés fait surtout prévaloir le contexte supranational pour expliquer la longueur des motivations.

<sup>304</sup> BEDJAOU (Mohammed), *La fabrication des arrêts à la CIJ in Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel VIRALLY, Pedone, 1995, Paris, p. 105.

<sup>305</sup> Voir Supra.

être attiré, un Etat doit avoir au préalable accepté de reconnaître la légitimité de la juridiction à prononcer des arrêts le condamnant éventuellement et pouvant aller jusqu'à remettre en cause son droit national. S'agissant des Etats, le principe de souveraineté joue pleinement. Ce principe est inexistant dans les rapports entre la justice judiciaire et les justiciables, ce qui ôte semble-t-il toute possibilité d'expliquer l'existence des opinions séparées en droit supranational par des éléments communs avec le droit judiciaire français. C'est ainsi qu'à la différence des particuliers, les Etats choisissent de se soumettre au contrôle d'une juridiction supranationale (A). Ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils sont prêts à abandonner toutes leurs prérogatives étatiques. Ainsi, ils utilisent les opinions séparées pour contrôler l'activité prétorienne d'élaboration du droit (B).

#### A- La soumission volontaire des Etats au contrôle juridictionnel

134. L'expression d'opinions séparées se comprend au regard de l'acceptation nécessaire des Etats de se soumettre à la juridiction d'une Cour<sup>306</sup>. La souveraineté des Etats justifie le caractère facultatif de la juridiction concernée. La nécessité du consentement, pour être rappelée systématiquement, constitue le principe. A la CIJ, l'engagement obligatoire de se soumettre à la juridiction de la Cour, est l'exception dans un cas très spécifique<sup>307</sup>. Un Etat qui accepte que soit rendue à son encontre une décision défavorable doit pouvoir disposer d'un moyen certain de s'exprimer afin de faire entendre sa position. Les opinions séparées favorisent ainsi son acceptation et partant, son exécution. « *L'argumentaire des décisions constitue une base rationnelle permettant de persuader le public d'accepter l'activité de la Cour : c'est une garantie pour ce public que son pouvoir est exercé de façon conforme* »<sup>308</sup>.

Les mesures d'exécution forcée ne sont guère compatibles avec la matière supranationale. Les arrêts des juridictions supranationales n'ont pas la même force qu'en droit interne. Aussi leur exécution nécessite-t-elle de tenir compte de la manière dont les juges s'adressent aux Etats,

---

<sup>306</sup> S'agissant de la Cour EDH, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n°11 en 1998, la compétence de la Cour est devenue obligatoire pour tous les Etats parties à la Convention alors qu'auparavant elle n'était effective qu'en vertu d'une déclaration d'acceptation. Néanmoins, une dénonciation de la Convention restant possible le caractère facultatif demeure.

<sup>307</sup> DAILLIER (Patrick), PELLET (Alain), *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2002, Paris, p.896-900.

<sup>308</sup> "The reasoned judgment provides a rational basis for persuading the public to accept the Court's activity : it is a guarantee to that public that it's power is wielded in an appropriate manner." (Traduction par nos soins), PROTT (Lyndel V.), *The justification of decisions in the International Court of Justice in La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches et de logique, Etudes publiées par PERELMAN (Chaïm) et FORIERS (Paul), Bruylant, Bruxelles, p. 331.

destinataires volontaires de leurs décisions. La Cour EDH rend des arrêts déclaratoires, elle n'a donc pas compétence pour abroger une loi ou annuler une décision de justice. Néanmoins, ils ont force obligatoire, ce qui signifie que les Etats se sont engagés à se conformer aux arrêts de la Cour<sup>309</sup>. Les arrêts de la CIJ sont également obligatoires pour les Etats<sup>310</sup>. Or, dans un cas comme dans l'autre, l'effet obligatoire est limité puisqu'à la Cour EDH comme à la CIJ, il ne s'applique qu'aux litiges dans lesquels les Etats sont parties<sup>311</sup>. Même si, par exemple, la jurisprudence de la Cour EDH a déjà fait évoluer les textes dans un sens plus contraignant pour les Etats<sup>312</sup>, les opinions séparées peuvent favoriser l'exécution de la décision parce qu'elles traduisent une vision pluraliste du droit.

135. Une fonction de relais avec les destinataires de la décision est assurée particulièrement par la Cour EDH. La matière des droits de l'Homme a révolutionné le droit interne français<sup>313</sup> et la mise en conformité du droit aux exigences européennes ne se fait pas toujours sans heurts. L'ingérence de la Cour EDH est plus ou moins appréciée selon le sens de la décision qu'elle rend. L'expression d'opinions séparées permet de tempérer les condamnations prononcées par la Cour dans les affaires sensibles. A l'occasion des arrêts Slimane-Kaïd et Kress<sup>314</sup>, de nombreuses personnalités ont quasiment nié la légitimité de la Cour à remettre en

---

<sup>309</sup> MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p. 29 et s.

<sup>310</sup> Pour la portée des arrêts de la CIJ et la question de la possibilité d'une exécution forcée, voir DAILLIER (Patrick), PELLET (Alain), *Op. Cit. Supra*, p. 907.

<sup>311</sup> Article 53 de la Convention EDH et article 59 du Statut de la Cour.

<sup>312</sup> «...le juge d'un Etat tiers qui résiste à la jurisprudence de la Cour européenne, risque fort de permettre la mise en jeu de la responsabilité européenne de son propre Etat par un justiciable insatisfait, si la situation juridique présente des éléments similaires... », FRICERO (Natalie), *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire ?* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, Petites Affiches, 2004, Paris, p.233. Pour la mise en œuvre par la Cour de cassation des arrêts de la Cour EDH ; voir également LAURENT-BOUTOT (Carine), *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, 2006, Limoges, p. 230 et s. De même, à la CIJ, « ...les points de droit dégagés par la Cour possèdent une valeur de précédent et ont une portée générale, même si le résultat de l'espèce ne concerne évidemment que les seules parties au litige », CARREAU (Dominique), *Droit international*, 9<sup>ème</sup> édition, Pedone, 2007, Paris, p. 216 et s. Pour les nouveaux recours prévus par le Protocole 14 additionnel à la Convention EDH pour l'exécution des arrêts de la Cour EDH, voir BORE EVENO (Valérie), *La Cour européenne des droits de l'homme, la France et le commissaire du Gouvernement. (Réflexions autour de la question de l'exécution des arrêts de la CEDH relatifs à la présence du commissaire du gouvernement au délibéré)*, PA 24 août 2006, p.14-15.

<sup>313</sup> Pour un panorama de l'influence de la Cour EDH sur l'interprétation des textes de droit interne, sur le fonctionnement et sur la jurisprudence de la Cour de cassation, voir l'ouvrage récent de WEBER (Jean-François), *La Cour de cassation*, études de La documentation Française, 2006, Paris, p. 139 et s.

<sup>314</sup> CEDH, Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France, 31 mars 1998, requêtes n°21/1997/805/1008 et n°22/1997/806/1009 ; CEDH, Kress c/ France, requête n°39594/98. Ces arrêts sont disponibles sur le site <http://www.echr.coe.int>.



cause des institutions et pratiques procédurales anciennes. Certaines opinions séparées dénonçaient même l'appréciation excessive des juges majoritaires de la notion d'impartialité objective.

136. Fonctionnant sur le principe de l'adhésion d'un Etat<sup>315</sup> à un système juridictionnel supranational, la Cour EDH doit faire accepter les condamnations qu'elle prononce. C'est en réussissant à convaincre au travers de ses arrêts de sa légitimité qu'elle va s'imposer. Le lien entre la faculté de persuasion des juges et l'autorité de leurs décisions est patent. En tant que « ... corollaires de la logique juridique de la persuasion, les opinions individuelles ne sauraient rester sans effets sur l'autorité des arrêts européens »<sup>316</sup>.

Il est vrai que le complément utile de motivation qu'elles apportent à l'arrêt de la Cour fait, en général, apparaître les opinions séparées comme un élément positif pour la prise en compte effective de la jurisprudence européenne. Cette fonction est décisive puisque, c'est en ayant foi dans la décision de condamnation rendue à leur rencontre, qu'au plan national, le législateur et le juge vont s'obliger à en tirer les conséquences.

L'expérience de la Cour EDH met en valeur l'utilité des opinions séparées pour favoriser les rapports entre l'institution juridictionnelle et ceux à qui les décisions sont adressées. Il n'est pas certain que la recherche de l'acceptation de la décision ait la même importance lorsqu'il s'agit de décisions adressées à des particuliers et non des Etats.

La reprise, dans une opinion séparée, des arguments de l'Etat est, de ce point de vue, essentielle. Les opinions séparées des juges de la Cour EDH sont appréhendées comme les « ...gages d'une jurisprudence de meilleure qualité (...) [qui permet] (...) d'assurer la légitimité de (...) [la Cour] à l'égard des Gouvernements défendeurs éventuellement déboutés »<sup>317</sup>.

137. Une particularité de la procédure européenne réside dans la présence du juge national qui joue un rôle essentiel de relais entre la Cour et les Etats. Les opinions séparées permettent au juge national de s'exprimer sur la teneur de la décision prise par la Cour qu'il s'agisse de

---

<sup>315</sup> A cet égard, l'engagement de la France a été long à se concrétiser, « Ce n'est que depuis peu que l'ensemble des juristes français (universitaires ou « praticiens ») ainsi que les Pouvoirs publics, prennent une nette conscience de l'incidence concrète de la convention européenne des droits de l'homme dans toutes les branches du droit. Ce mouvement a été progressif, pour ne pas dire tardif », COHEN-JONATHAN (Gérard), *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, SUDRE (Frédéric) (dir.), Actes du colloque de Montpellier, février 1993, éditions N.P. Engel-Kehl Strasbourg Arlington, 1994, Strasbourg, p. 1.

<sup>316</sup> LAMBERT (Elisabeth), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p.419-420.

<sup>317</sup> EUDES (Marina), *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH), Paris, 2005, p.281-282.

l'appuyer ou de la contester. Précisément quand une loi de son pays est en cause, le juge national a un rôle essentiel à jouer tant au sein de la Cour qu'à l'égard des instances étatiques envers lesquelles il se présente comme un élément central de garantie de légitimité.

Plusieurs raisons peuvent motiver cette position. Dans ses opinions séparées, le juge national peut discuter de manière plus large de la question en cause et aider son Etat à comprendre les raisons de sa condamnation. Il peut la lui faire mieux accepter en expliquant les raisons de son engagement personnel aux côtés de la Cour pour constater une violation<sup>318</sup> ou encore, aborder les suites générales à donner à cet arrêt au-delà du cas présent<sup>319</sup>. Lorsque la décision, trop obscure sur certains points, laisse subsister des interrogations, les opinions séparées sont précieuses pour les autorités nationales qui peuvent s'y référer pour connaître l'étendue de leurs obligations<sup>320</sup>.

Il est permis de constater qu'à la Grande Chambre, le juge national qui décide d'exprimer publiquement sa position opte toujours pour la rédaction d'une opinion séparée. On sait que la déclaration a pour but limité de permettre au juge d'indiquer le sens de son vote<sup>321</sup>. Après avoir, dans le cadre de la Cour fait connaître les spécificités du système judiciaire de son pays, le juge national, s'il estime devoir se dédouaner du sens de son vote, opte pour la rédaction d'une opinion séparée, autrement dit, pour un cadre d'expression qui lui confère une place d'intermédiaire essentielle<sup>322</sup>. Cette fonction donne aux opinions séparées une raison d'être particulière sans équivalent en droit judiciaire français.

---

<sup>318</sup> Pierre LAMBERT a souligné la volonté de pédagogie du Juge PETTITI et selon lui « *En témoigne le nombre inhabituel d'opinions concordantes, dans lesquelles il souhaite donner une motivation plus large que celle contenue dans l'arrêt* », LAMBERT (Pierre), *Les opinions séparées de M. le Juge PETTITI in Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p. 57. Et de prendre pour exemple, son opinion concordante dans l'arrêt Saïdi du 20 septembre 1993, condamnant la France à l'unanimité.

<sup>319</sup> Jean-Pierre MARGUENAUD a reproduit la conclusion de l'opinion concordante du Juge COSTA dans son commentaire de l'arrêt Vaudelle condamnant la France à l'unanimité, dans laquelle ledit juge expose son souhait de voir réformer les régimes juridiques de protection en matière pénale, MARGUENAUD (Jean-Pierre), *De la nécessité d'une réforme du régime de la curatelle pour organiser l'assistance du curatellaire en matière pénale (Cour EDH Vaudelle c/ France, 30 janv. 2001)*, RTDCiv. 2001, p.441.

<sup>320</sup> EUDES (Marina), Op. Cit. Supra, p. 296.

<sup>321</sup> Il convient de souligner cependant l'intérêt de certaines déclarations (la déclaration du Président de la Cour EDH dans l'arrêt Martinie contre France, rendue par la Grande Chambre le 12 avril 2006 en est un exemple) et de noter que c'est de manière générale, qu'étant donné leur caractère succinct, elles ont une moindre utilité au niveau doctrinal par rapport aux opinions séparées.

<sup>322</sup> Pour marquer le lien parfois ambigu qui uni le juge français à la Cour EDH aux instances étatiques, Judith VAILHE n'a pas caché que certaines administrations internes, dans le cas où le juge national se prononce pour la constatation de la violation par la France d'une disposition de la Convention, attendent de lui « *...pour le moins un exposé dans une opinion concordante des raisons juridiques ayant guidé son choix. Ces différentes administrations [ministères des Affaires étrangères et de la Justice] n'attendent pas du « juge national » qu'il prenne systématiquement la « défense » du gouvernement français mis en cause en votant contre un constat de*

138. L'intérêt grandissant suscité par les opinions séparées des juges européens dans la doctrine tient au fait que certaines affaires justifient une réflexion d'ensemble et non une analyse isolée. La doctrine les utilise pour retracer l'évolution jurisprudentielle d'un thème juridique et pour anticiper un changement éventuel de position<sup>323</sup>. Il est évident qu'en droit européen les opinions séparées rédigées dans des affaires précédentes et présentes, sont un outil essentiel d'analyse juridique permettant aux Etats de prévoir d'éventuels changements d'orientation politique.

#### B- Le moyen pour les Etats de contrôler le droit prétorien

139. Les Etats ont un intérêt particulier à se servir des opinions séparées pour contrôler indirectement l'activité jurisprudentielle du juge supranational, intérêt que l'on ne retrouve pas en droit interne. En effet, la souveraineté des Etats justifie que s'ils décident de se placer sous l'autorité d'une juridiction supranationale, ils puissent maîtriser le développement d'un droit qui engendre pour eux des obligations au niveau national. Par leur jurisprudence, la CIJ et la Cour EDH n'ont pas seulement tranché des conflits, elles ont contribué à élaborer de manière significative le droit international et le droit européen. On comprend que les Etats souhaitent garder une certaine maîtrise du contenu du droit supranational et pouvoir anticiper un changement de politique jurisprudentielle. Cette logique semble propre au système international.

A la CIJ, les Etats doivent pouvoir, si ce n'est influencer, du moins contrôler l'évolution du droit international. L'absence de règles déterminées a contribué à l'avènement de leur établissement par voie prétorienne. L'incertitude qui entoure dès lors la jurisprudence internationale peut faire craindre aux Etats des bouleversements importants qui résulteraient d'une modification jurisprudentielle. Ils auraient pour conséquence de porter atteinte à leurs intérêts propres.

---

*violation. Cependant des « explications » sur son vote sont attendues », VAILHE (Judith), Les opinions individuelles des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, Thèse de doctorat, 2002, Paris, p. 449.*

<sup>323</sup> Se penchant sur l'arrêt Goodwin pour étudier l'interprétation individualiste par la Cour de l'article 8 de la Convention, Florence RIVIERE indique que la Cour a cédé à des arguments qui avaient été mis en avant en 1990 par le juge MARTENS, RIVIERE (Florence), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Bruylant, 2004, Bruxelles, p.394-395. L'arrêt Storck contre Allemagne du 16 juin 2005 a fait l'objet d'un commentaire relevant l'influence d'opinions séparées antérieures sur la présente espèce et indiquant que « l'affaire Storck illustre l'importance que peuvent avoir les opinions séparées des juges », SOUMY (Isabelle), *L'effet horizontal de l'article 5,§1, première phrase comme limite à la tyrannie familiale : l'affaire Storck c. Allemagne du 16 juin 2005*, RTDH 2006, p. 238, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, chronique rédigée par SUDRE (Frédéric), JCP 2005, doctrine, p. 1452 et 1454.

Mme MANOUVEL étudie dans sa thèse l'utilisation par les Etats des opinions séparées comme moyen de contrôler toute création prétorienne. La fonction des opinions séparées qu'elle développe est celle du contrôle indirect du droit prétorien par les Etats. Leur maintien dans la procédure a relevé d'un enjeu capital. Selon elle, « *ce seul fait mérite que l'on accorde un intérêt au rôle joué par les opinions séparées comme intervention indirecte des Etats dans le contrôle de la jurisprudence de la Cour internationale ou, plus précisément, dans le contrôle de la portée que cette jurisprudence est susceptible d'acquérir* »<sup>324</sup>.

Les Etats peuvent ainsi voir dans les opinions séparées un moyen d'atténuer la portée d'une décision défavorable. Celles-ci font office de contrepoids et tempèrent son éventuelle dureté. Le mode de désignation des juges internationaux permet indirectement aux Etats d'influencer l'évolution du droit<sup>325</sup>. Aux juges permanents peuvent s'ajouter des juges *ad hoc* dont la nomination consiste en un choix tactique des Etats<sup>326</sup>. La présence de juges ressortissants d'un Etat au sein de la Cour permet de penser qu'ils jugeront en accord avec la conception du droit, le système juridique de cet Etat.

A la Cour EDH, cette finalité de contrôle du droit par les opinions séparées n'apparaît pas dans les travaux préparatoires. Néanmoins, les similitudes entre la CIJ et la Cour EDH incitent à voir dans les opinions séparées des juges européens un moyen indirect de contrôler l'évolution du droit qu'ils élaborent, même s'il n'a pas été voulu à l'origine<sup>327</sup>. L'existence d'une juridiction supranationale, appliquant des règles largement de création prétorienne, explique que les opinions séparées puissent servir à encadrer l'évolution du droit européen mais de manière plus discrète peut-être.

---

<sup>324</sup> « (...) *c'est pour cette seule raison que [les Etats ayant joué un rôle déterminant dans l'élaboration du Statut de la Cour permanente de Justice internationale] ont rétabli l'existence de ces opinions séparées alors que les juristes auteurs du projet initial en proposaient la suppression* », MANOUVEL (Mita), *Les opinions séparées à la Cour internationale comme instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, Thèse de doctorat, 2002, St Denis Réunion, p. 11. « *Il serait à cet égard étonnant qu'un Etat qui ne se sent lié par une convention que s'il l'a signée, qui ne se sent lié par une coutume que s'il l'a reconnue, se sente lié par une règle prétorienne, élaborée en dehors de lui, qui n'aurait pas son aval. Il serait, en d'autres termes, étonnant que les Etats acceptent d'abdiquer un tant soit peu leur droit d'interprétation et de création du droit international au profit d'une juridiction en laissant à cette juridiction le soin de trancher, à la majorité des voix, un point de droit international qu'eux-mêmes, Etats, n'auraient pas le pouvoir de trancher à la majorité de voix* », p. 7.

<sup>325</sup> Les juges sont présentés par les groupes nationaux de la Cour permanente d'arbitrage puis élus par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies à la majorité absolue des voix, GUILLAUME (Gilbert), *De l'indépendance des membres de la Cour internationale de Justice in La CIJ à l'aube du XXIème siècle. Le regard d'un juge*, Pedone, 2003, Paris, p. 111.

<sup>326</sup> GUILLAUME (Gilbert), *Op. Cit. Supra*, p. 112.

<sup>327</sup> Florence RIVIERE conclut sa thèse en évoquant l'idée d'un contrôle du juge européen qui s'exprime séparément, selon elle, « *...l'opinion séparée ébauche les lignes d'un « contrôle » sous l'empire duquel le juge viendrait de lui-même se placer, puisque rien ne l'obligerait jamais à écrire une opinion séparée* », *Op. Cit. Supra*, p. 436 et s.

A la différence de la CIJ, la composition de la Cour apparaît assez homogène. Dans ses arrêts, la Cour EDH se réfère souvent aux traditions communes des Etats. En outre, elle compte un nombre de juges égal au nombre d'Etats parties à la Convention. Cet élément permet d'éviter une composition trop éclatée<sup>328</sup>, ce qui minimise les hypothèses de désaccords et donc de rédaction d'opinions séparées.

140. Si les opinions séparées trouvent une raison d'être dans l'exercice d'un contrôle du travail prétorien, c'est pour répondre à un besoin bien caractéristique du contexte supranational. Dès lors que cette dimension est exclue en droit interne, la raison du développement des opinions séparées en droit international ne peut être généralisée au juge judiciaire français.

---

<sup>328</sup> MALINVERNI (Giorgio), *L'indépendance de la Cour européenne des droits de l'Homme in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume II, Bruylant, 2004, Bruxelles, p. 1180.

## Conclusion du Chapitre II

141. Le risque de l'absence d'une exemplarité des expériences antérieures dans le système judiciaire français est sérieux tant les opinions séparées semblent parfaitement correspondre à une logique de *common law* ou internationaliste. Si le mécanisme permet de garantir la légitimité de nombreuses juridictions, il n'existe aucune assurance d'un même résultat dans l'ordre judiciaire français. Au contraire, l'étude de son origine diminue les perspectives de déploiement des opinions séparées.

La conception du juge de *common law* est en effet très éloignée de celle du juge romano-germanique. Puisque le juge de *common law* a un pouvoir de création de la règle de droit, il rend des décisions largement motivées. Cette motivation s'accompagne en général d'une expression plurielle. La faculté de faire connaître sa dissidence découle d'une conception qui fonde l'autorité des décisions sur l'autorité personnelle du juge. Dès lors, il aurait pu sembler que l'opposition historique des deux systèmes soit un obstacle dirimant à son expansion. Pourtant, l'expression des opinions séparées a déjà dépassé ses frontières originaires. Plusieurs juridictions romano-germaniques autorisent leurs juges à s'exprimer séparément. La transposition du modèle anglo-saxon est réussie. Ce qui démontre que l'objectif des opinions séparées n'est pas de révéler au public les divisions internes à la formation de jugement, mais d'agir au stade des délibérations, pour concilier les différents points de vue. Or, les juridictions romano-germaniques concernées par la mise en œuvre des opinions séparées sont essentiellement de nature constitutionnelle. Certaines critiques portées sur le caractère politique des décisions constitutionnelles mais surtout l'importance des questions à résoudre ont conduit de nombreux Etats européens à les introduire dans leur système constitutionnel. Notre étude comparée montre, en revanche, qu'ils ne sont que quelques uns à admettre l'expression des opinions séparées des juges judiciaires ; ce qui minimise encore plus l'invocation des exemples étrangers dans le but de justifier l'admission des opinions séparées devant le juge judiciaire français.

142. Le modèle anglo-saxon a très largement inspiré les juridictions supranationales. Seulement, l'expression des opinions séparées répond à une nature pluraliste inconnue du système judiciaire. Les juges supranationaux représentent différents systèmes juridiques, différents modes de pensée. En se soumettant à une juridiction supranationale, les Etats renoncent à une part de leur souveraineté tout en souhaitant conserver une certaine maîtrise de l'évolution d'un droit auquel ils se soumettent volontairement. L'existence des opinions

séparées est ainsi justifiée du côté des juges supranationaux par la nécessité de rendre les décisions plus acceptables pour les Etats afin qu'ils s'y conforment<sup>329</sup>, et du côté des Etats pour contrôler l'activité prétorienne du juge. Les opinions séparées en droit supranational sont fréquentes car elles sont conçues comme l'expression d'une vision démocratique. Il faut reconnaître qu'à la différence des Etats, les justiciables n'ont pas le choix de se soumettre au contrôle des juridictions judiciaires. L'autorité des juridictions judiciaires dépend donc nettement moins de la conviction emportée par leurs décisions.

Les raisons de l'existence des opinions séparées, dans les juridictions que nous avons étudiées, apparaissent trop spécifiques pour pouvoir être étendues au juge judiciaire français.

---

<sup>329</sup> Selon Lyndel V. PROTTE, « *Even a dissenting opinion may be useful in this fashion, for it may render a decision more acceptable to a State by exposing a detailed justification at the judicial level of that State's opinion. Even though that reasoning has not been accepted by the majority, it stands as having achieved some kind of judicial recognition, and provides an alternative to which a later Court may even return* », « *Une opinion dissidente pourrait être utile à cet effet, en ce qu'elle pourrait rendre une décision plus acceptable pour un Etat en exposant une justification juridique détaillée de la position de cet Etat. Même si cette justification n'a pas été celle retenue par la majorité, elle passe pour avoir obtenu une certaine forme de reconnaissance judiciaire, et constitue une alternative à laquelle pourrait se rallier une décision ultérieure de la Cour* » (Traduction par nos soins), PROTTE (Lyndel V.), *The justification of decisions in the international court of justice in La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches et de logique, Etudes publiées par PERELMAN (Chaim) et FORIERS (Paul), Bruylant, 1978, Bruxelles, p. 340.

## Conclusion du Titre I

143. La recherche d'un moyen de résorber le manque de confiance des justiciables dans l'institution judiciaire française nous a incité à nous intéresser aux opinions séparées. Au terme de ce premier titre, la question de leur opportunité reste en suspens. Il est impossible de déterminer si les opinions séparées ont des chances de réussite dans le système judiciaire français. Le risque d'un affaiblissement de l'autorité des décisions existe ; il est difficile d'évaluer les effets d'une contestation émanant de l'intérieur de la formation de jugement dans un système où l'autorité des décisions repose sur une apparence d'unanimité. La révélation publique d'un désaccord entre les juges pourrait susciter la contestation de leur capacité à rendre la justice. En s'exposant, les juges pourraient perdre en considération et en indépendance. Les données de droit interne qui touchent à la légitimité de l'institution judiciaire ne laissent pas supposer une adaptation certaine des opinions séparées au système judiciaire français. Comme elles sont employées pour légitimer les décisions de juridictions étrangères et supranationales, il était fortement permis de s'interroger sur leur utilité pour résorber le déficit démocratique judiciaire. Seulement, l'opposition des systèmes de *common law* et romano-germaniques, ainsi que les spécificités de la justice supranationale contribuent plus à isoler les caractères propres du système judiciaire qui apparaissent comme un obstacle à une exemplarité des autres expériences. Notamment, par le style de ses décisions, le juge judiciaire traduit la sobriété de son raisonnement. Il ne cherche pas à être pédagogique mais à imposer leur autorité en évitant toute argumentation allant au-delà de ce que le principe de motivation exige<sup>330</sup>.

144. Même si l'on peut craindre que les opinions séparées portent atteinte à la légitimité de l'institution judiciaire et que les autres expériences, du fait de leurs particularités, ne soient pas toujours pertinentes, il faut pourtant se demander si les avantages procurés ne sont pas supérieurs. Nous avons vu que les opinions séparées sont analysées comme «...*one of the major indicators of a strong and independant legal system* »<sup>331</sup>. L'institution judiciaire française aurait peut-être intérêt, si ce n'est à transposer les modèles existants, du moins à

---

<sup>330</sup> Selon Antoine GARAPON, « *L'arrêt à phrase unique et le refus des dissenting opinions marquent, plus qu'un style judiciaire, une vraie centralisation de la pensée, un jacobinisme jusque dans la manière de voir la production de la raison* », GARAPON (Antoine), *Cultures judiciaires* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), p. 303.

<sup>331</sup> LYNCH (Andrew), *Is judicial dissent constitutionnaly protected ?* Macquarie Law, disponible sur la page internet : <http://www.austlii.edu.au/au/journal>, p. 1. (*Traduction, «...un des principaux indicateurs d'un système robuste et indépendant* »).



s'en inspirer pour consolider sa légitimité. L'étude des autres expériences a mis en lumière deux fonctions essentielles des opinions séparées ; la première consiste à faciliter l'acceptation des décisions et la seconde à permettre un contrôle de l'activité du juge. Or, le déficit démocratique dont souffre la justice judiciaire résulte justement du défaut d'explication du juge et du sentiment d'une irresponsabilité personnelle du juge. La poursuite de notre étude de l'opportunité des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français nécessite désormais de rechercher si, malgré l'existence des risques que l'on a relevé, elles ne pourraient pas servir à identifier les conditions de la confiance, qui restaurera sa légitimité à l'institution judiciaire.

## Titre II

### La potentialité des avantages

145. La confiance des citoyens dans la justice est une condition de légitimité du système judiciaire. L'enjeu est primordial. Or, les décisions judiciaires français sont difficilement accessibles et les juges cristallisent toutes sortes de soupçons. Si le travail d'élaboration des décisions fait l'objet de critiques, c'est en raison de l'opacité qui l'entoure.

L'incapacité du juge à livrer ses secrets de fabrication n'est pas propre au juge judiciaire puisque le principe du secret du délibéré s'applique à l'ensemble des juridictions. Seulement, les décisions judiciaires ont la réputation d'être très ésotériques alors que dans le même temps, l'action du juge judiciaire est au cœur de polémiques.

146. En 1974, Adolphe TOUFFAIT et André TUNC plaidaient déjà pour une motivation plus explicite des décisions de justice<sup>332</sup>. Pourtant, le style de la motivation n'évolue pas. L'erreur consiste à appréhender la motivation uniquement comme une règle procédurale qui garantit les parties contre l'arbitraire du juge<sup>333</sup>. Dans ce sens, elle exprime un droit reconnu aux parties contre le juge<sup>334</sup>. Cette opposition des participants au procès empêche de faire de la motivation un moyen de communication. Ainsi, pour que la motivation remplisse un rôle dialectique, elle doit être complétée. La mise en place des opinions séparées serait un moyen privilégié de renforcer la motivation et donc de rendre les décisions plus compréhensibles. L'expression d'opinions séparées rendrait le processus décisionnel plus transparent et de fait légitimerait l'action du juge.

147. Néanmoins, s'il rédige une opinion séparée, le juge est individualisé. On peut craindre que cette levée de la confidentialité sur l'identité et le sens du vote du juge judiciaire ait pour effet de personnaliser sa responsabilité. Ce qui représenterait un danger pour son indépendance.

L'admission des opinions séparées ne doit dès lors pas être envisagée comme un mécanisme de responsabilité mais de responsabilisation. En ayant accès aux opinions séparées, les justiciables disposeraient d'un moyen de vérifier l'indépendance et l'impartialité du juge.

---

<sup>332</sup> TOUFFAIT (Adolphe), TUNC (André), *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation*, RTDCiv. 1974, p. 487.

<sup>333</sup> PERELMAN (Chaïm), *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, Bruxelles, p. 670 et s.

<sup>334</sup> ZENATI-CASTAING (Frédéric), *La motivation des décisions de justice et les sources du droit*, D. 2007, Chron., p. 1553.

L'institution judiciaire pourrait peut-être y trouver la légitimité démocratique qui lui fait défaut. La revendication populaire d'une responsabilité personnelle du juge pourrait s'estomper si les juges, au lieu de se fondre dans la collégialité, faisaient le choix de rendre des comptes publiquement de l'exercice de leur action dans les conditions imposées par la loi. 148. Donc, l'échec est double ; la motivation ne réussit pas à rendre les décisions accessibles et la responsabilité du juge ne peut être mise en œuvre dans des conditions propres à répondre aux attentes des justiciables. Ce constat incite à examiner les modalités d'utilisation des opinions séparées et à s'intéresser particulièrement à leur capacité de crédibiliser une institution très affectée.

Ainsi, il convient de se demander si les opinions séparées, tout en favorisant la transparence du processus décisionnel (Chapitre I) ne pourraient pas surtout constituer un mécanisme de responsabilisation du juge (Chapitre II).

## **Chapitre I**

### **Un facteur de transparence du processus décisionnel**

149. Le déficit de transparence du processus juridictionnel a des conséquences très néfastes puisqu'il porte atteinte au crédit des juges et à l'autorité de leurs décisions. L'immixtion du juge judiciaire dans la vie quotidienne des citoyens ne peut être acceptée que si les décisions les concernant sont accessibles. L'obligation de motivation des décisions judiciaires consiste pour le juge à donner les raisons de sa décision. Ceci est essentiel tout en restant insuffisant car cette obligation de motivation est respectée dans un esprit plus ou moins pédagogique. Si la motivation était accompagnée d'une explication des raisons des motifs, la réception des décisions n'en serait que meilleure. La connaissance du cheminement intellectuel qui a déterminé les juges permettrait de pallier l'insuffisance de clarté et de développement de la motivation.

L'expression d'opinions séparées améliorerait le mécanisme judiciaire car, en autorisant chaque juge à rédiger son opinion personnelle, la qualité de la discussion serait meilleure et partant, la décision plus ouverte à son auditoire. Les opinions séparées auraient une double finalité. La première serait juridique puisque, par leur fonction doctrinale, elles enrichiraient la réflexion juridique et garantiraient un approfondissement de l'analyse juridique (Section I). Leur capacité à mettre en valeur différents aspects d'une justice démocratique reflèterait une fonction sociale qui, étant donné le mouvement d'opinion actuel de défiance vis-à-vis de l'institution judiciaire, est loin d'être subsidiaire (Section II).

#### **Section I- Un approfondissement de l'analyse juridique**

150. Par manque de caractère explicatif, la motivation des décisions judiciaires oblige souvent à rechercher ailleurs les informations utiles à leur analyse juridique. Les opinions séparées fournissent des renseignements permettant de rendre les décisions plus intelligibles. Qu'elles appuient ou contestent la solution majoritaire, elles ont généralement pour conséquence d'éclairer le public. Parfois, un juge peut même être incité à rédiger une opinion séparée dans le but de pallier l'insuffisance de motivation qu'il a identifiée. Les opinions séparées permettraient alors de saisir plus aisément le sens donné et voulu par la formation collégiale, et, dans une vision plus large, de situer la décision dans son contexte

jurisprudentiel et général. Elles viendraient améliorer l'analyse juridique de la décision judiciaire en elle-même (§1) et l'appréciation de ses suites juridiques (§ 2).

### **§ 1- Un éclairage quant à la décision**

151. Les opinions séparées, sans être jamais un élément de la motivation, sont appelées à en constituer le prolongement. Lorsqu'elles sont concordantes, les opinions éclairent la décision d'une manière spécialement intéressante puisqu'elles ne remettent pas en question la solution mais discutent son fondement. Dans ces conditions, elles peuvent compenser une motivation lacunaire afin d'étayer le raisonnement des juges majoritaires. Néanmoins, la menace ou l'existence de toute opinion séparée peut contraindre la majorité à revisiter sa motivation afin de garantir, à la décision, son autorité morale. L'admission des opinions séparées contribueraient ainsi à améliorer l'analyse juridique en apportant un complément de motivation de la décision (A), mais aussi, par une action directe sur la motivation, elle permettrait de corriger la qualité rédactionnelle peu séduisante de la décision (B).

#### A- Un complément d'analyse inédit

152. La formulation d'une opinion séparée est une source d'analyse privilégiée puisqu'elle éclaire le contenu de la décision d'une manière inédite. Les auteurs des opinions séparées abordent de l'intérieur la motivation de la décision et ont donc accès à une connaissance plus approfondie de celle-ci. La participation antérieure des juges au délibéré leur permet d'assortir la motivation du développement de points principalement discutés dans l'intimité des discussions. Le contenu des opinions séparées peut être plus ou moins apte à éclairer la décision. Cette rédaction se fait cependant en connaissance des raisons profondes qui ont déterminé la majorité à se prononcer dans un sens plus que dans un autre. Dès lors, il ne dépend que de l'auteur de restituer, au travers de l'exposé des motifs de son vote, celles qui lui paraissent essentielles à la bonne compréhension de la décision quitte à aller au-delà et à enrichir l'analyse d'autres éléments.

L'analyse serait plus complète car elle serait faite de l'intérieur. Sans compter qu'une opinion séparée est publiée aux côtés de la décision, ce qui permettrait au public d'accéder dans le même temps à la motivation et à sa critique.

De surcroît, le fait d'adjoindre des opinions séparées à une décision prouve qu'elle n'exprime pas une vérité obligatoire. Selon l'Avocat général LYON-CAEN, « *décider, c'est faire des*

choix »<sup>335</sup>. On sait que le doute fait partie du raisonnement des juges judiciaires, au point que certains considèrent que « *bien souvent le choix d'une solution, qui paraît la meilleure (...) revient à renoncer à une solution différente qui, elle aussi, pouvait se prévaloir de raisons solides* »<sup>336</sup>. Face à une décision qui n'exprime qu'une vision de l'affaire, la connaissance de celles qui n'ont pas réuni la majorité suscite un intérêt doctrinal certain. Dès lors que l'autorité juridique de la décision judiciaire est garantie par la loi, le risque que l'exposé d'opinions séparées diminue son autorité morale est inférieur à l'utilité d'argumentations parallèles. L'analyse serait plus large puisque les opinions séparées éclaireraient le raisonnement majoritaire en envisageant la question à juger sous d'autres angles. Ainsi, il ne s'agirait pas de communiquer une seule mais plusieurs manières de résoudre le litige, mettant fin au dogme de la solution unique.

153. Concrètement, les opinions séparées enrichiraient l'analyse de la décision judiciaire de deux façons. Soit elles pourraient apporter une explication supplémentaire à la motivation trop lapidaire, soit elles viendraient compléter la décision par la communication d'éléments d'analyse pas forcément nécessaires mais instructifs. En d'autres mots, elles donneraient du sens à la décision ou elles l'approfondiraient.

La première fonction est liée à un déficit de la motivation qui ne permet pas de disposer d'une décision intelligible. Parfois, la motivation, sans encourir le risque d'une censure juridique, ne remplit pas suffisamment son rôle explicatif à l'attention du public. L'ensemble des décisions judiciaires est potentiellement concerné. Ainsi, les juges du fond pourraient être tentés de ne pas développer leur motivation afin de ne pas se placer sous le coup d'une réformation ou d'une cassation. S'agissant des juges de la Cour de cassation, ils pourraient trouver un intérêt à rester volontairement dans le flou afin de conserver la maîtrise de la jurisprudence<sup>337</sup>. En réalité, la motivation s'envisage comme un moyen de soumettre le juge judiciaire à un contrôle juridictionnel interne ou supranational. C'est pourquoi, pour des raisons différentes, tous les juges sont susceptibles de préférer une motivation laconique à une argumentation explicite. La conséquence étant, avec l'augmentation du nombre d'affaires à juger, de trouver de plus en plus de décisions dont la motivation n'est pas claire.

---

<sup>335</sup> LYON-CAEN (Pierre), *Le rôle du magistrat est-il neutre ?* in *Justice, Transparence et Démocratie*, Enquête de Catherine SAMET, Conférence Olivaint, L'archer, p. 56.

<sup>336</sup> ANCEL (Jean-Pierre), *Le doute du magistrat, Le doute et le droit*, Dalloz, 1994, Paris, p. 29.

<sup>337</sup> BERENGER (Frédéric), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, Mémoire de DEA, PU d'Aix-Marseille, 2003, Aix-Marseille, p.188-189.

Il est pour le moins déconcertant, par exemple, de voir un auteur avouer son embarras à restituer le sens d'une décision<sup>338</sup>. Ainsi, tant les parties que la doctrine pourraient être satisfaites de trouver des opinions séparées pour accéder à des motifs plus détaillés. Si elles ont pour but de donner aux juges la possibilité d'expliquer leur désaccord, elles explicitent de ce fait la motivation. En ajoutant à l'analyse majoritaire, les juges combleraient une insuffisance d'explication.

154. Certaines opinions séparées fournissent une explication plus approfondie d'un point ou d'un terme particulier. Si les juges suspectaient une équivoque, ils pourraient rédiger une opinion concordante afin d'appuyer la démonstration de la majorité en introduisant une réflexion dont elle s'était dispensée<sup>339</sup>. A la Cour EDH, le Juge PETTITI a rédigé de très nombreuses opinions concordantes dans lesquelles il donnait une motivation plus large que celle contenue dans l'arrêt<sup>340</sup>. Ce type d'opinion séparée, ayant pour objet d'expliquer un désaccord relatif aux seuls motifs, a une vocation plus marquée à expliquer les raisons de la décision. Au lieu d'être entièrement rejeté comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une opinion dissidente, le raisonnement majoritaire est repris, détaillé, ses carences sont mises en lumière pour préparer l'énoncé du désaccord du juge.

155. Les opinions séparées pourraient aussi compléter une décision judiciaire dont la motivation est satisfaisante<sup>341</sup> en y ajoutant des informations doctrinales<sup>342</sup> ou jurisprudentielles. On trouve des opinions séparées dans lesquelles les juges ont pris soin de replacer l'arrêt rendu dans une évolution jurisprudentielle<sup>343</sup>. Tous ces éléments d'analyse

---

<sup>338</sup> Par exemple, dans une note d'Alain Devers, l'auteur indique « *Plus sérieusement, on cherchera à déterminer, derrière l'économie de moyens de l'arrêt (qui place l'interprète dans l'embarras...), quelle est cette « doctrine de la Cour de cassation* », DEVERS (Alain), *La doctrine de la Cour de cassation sur le transfert d'entreprise*, note ss. Soc. 13 sept 2005, D. 2006, Jurisprudence, p. 280.

<sup>339</sup> Les Juges ROZAKIS, TULKENS et CASADEVALL ont joint à l'arrêt Kress, rendu le 7 juin 2001 par la Cour EDH, une opinion concordante permettant de préciser ce qu'il fallait entendre par l'observation selon laquelle la note en délibéré contribue au respect du principe du contradictoire.

<sup>340</sup> LAMBERT (Pierre), *Les opinions séparées de M. le juge Pettiti* in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p. 25 et s.

<sup>341</sup> Dans le sens où la motivation permet à tout lecteur de comprendre le sens de la décision.

<sup>342</sup> A la CIJ, on note que par l'intermédiaire des opinions séparées, la citation des travaux des auteurs s'est fortement accentuée, CARREAU (Dominique), *Droit international*, 9<sup>ème</sup> édition, Pedone, 2007, Paris, p. 217 et s.

<sup>343</sup> Dans l'arrêt *Martinie contre France*, (requête n°58675/00), rendu par la Cour EDH, le 12 avril 2006, les Juges COSTA, CAFLISH et JUNGWIERT ont rédigé une opinion commune en partie dissidente. Celle-ci commence par le rappel de jurisprudences permettant d'inscrire l'arrêt dans une longue évolution jurisprudentielle, ce développement représente la moitié de l'opinion.

sont particulièrement intéressants puisqu'ils sont livrés en même temps que la décision et qu'ils permettent d'évaluer sa valeur et sa portée.

De plus, l'introduction d'éléments de droit comparé va favoriser la mise en perspective de la solution rendue. Par exemple, le Professeur FLAUSS a étudié le phénomène de prise en compte de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis par la Cour EDH en notant que ce sont les opinions séparées qui, les premières, ont procédé à ces analyses comparatives<sup>344</sup>. Le fait d'exposer les décisions étrangères permet de confronter la décision aux solutions apportées à un même problème juridique par d'autres juridictions.

156. L'avantage des opinions séparées ne se limiterait donc pas à proposer d'autres interprétations permettant d'évaluer le « *degré de criticabilité* » de la décision<sup>345</sup>, elles seraient le vecteur privilégié de renseignements utiles qui ne figurent pas dans la motivation. Par exemple, on note l'absence de mention de la situation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence antérieure. Pourtant, cette indication éviterait les erreurs d'interprétation. Une opinion séparée pourrait fort bien, au détour de la critique émise par son auteur faire apparaître des indices permettant de situer la décision dans la lignée jurisprudentielle. Une approche plus aiguisée de la place d'un arrêt de la Cour de cassation notamment participerait d'une meilleure lisibilité qui ne manquerait pas d'intérêt pour le lecteur.

Le caractère doctrinal des opinions séparées permettrait d'aller au-delà des contingences dans lesquelles l'élaboration des décisions judiciaires françaises est enfermée. Leur aspect explicatif clarifierait une motivation monolithique trop brève.

## B- Une incitation à une meilleure motivation

157. Les opinions séparées sont liées à la motivation de façon atypique. La recherche d'une majorité la plus large possible dans les affaires importantes, peut faire du délibéré un moment d'échanges plus riches entre les juges, d'écoute plus attentive de l'analyse de chacun. Les points de vue des juges acquièrent un intérêt particulier puisque, s'ils sont formalisés ultérieurement, ils pourront constituer des opinions séparées. L'éventualité de l'expression d'une opinion séparée renforce le sérieux de son élaboration. La motivation de la décision sera d'un niveau d'autant plus élevé qu'elle sera rédigée en fonction des arguments

---

<sup>344</sup> FLAUSS (Jean-François), *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme*, RTDH 2005, p. 313 et s.

<sup>345</sup> DEUMIER (Pascale), *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation* in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Tome 50, Dalloz, 2007, Paris, p. 68.



développés durant le délibéré. On peut penser que s'ils ne trouvent pas leur place dans le corps de la décision, ces éléments figureront dans une opinion séparée<sup>346</sup>. Le Professeur TROPER estime que « ...l'échange d'opinions très développées conduit nécessairement à une montée dans l'argumentation : pour contredire un adversaire ou un partenaire, il faut trouver un argument de rang plus élevé que les siens »<sup>347</sup>. Le délibéré va mettre en lumière les éventuelles défaillances du projet de décision qui doivent mener à sa reprise au cours de discussions poussées. L'effet d'opinions séparées qui semble se dessiner est double. Déjà, la décision judiciaire sur laquelle se porterait la majorité se trouverait mise à l'épreuve d'une critique interne. Il ne faudrait ensuite pas négliger la parenté entre le contenu de cette critique de l'intérieur et celle que la décision va rencontrer à l'extérieur. L'utilité d'un délibéré ouvert consisterait à anticiper les critiques doctrinales et à ajuster la motivation en fonction. Il ne s'agirait pas, pour les juges judiciaires, de se prémunir contre toutes attaques mais de rendre une décision dont on discuterait le fond et non la forme.

La possible publication d'opinions séparées est censée avoir « ...pour effet d'améliorer la qualité de l'argumentation de l'opinion majoritaire à partir du moment où circule au sein du collège des juges une opinion différente »<sup>348</sup>. Les juges majoritaires sont conduits à étayer leur raisonnement pour convaincre leurs collègues<sup>349</sup> et à employer des éléments de motivation de leur position qu'ils n'auraient peut-être pas songé utile de développer. Ces motifs pourront, dès lors qu'ils ont été abordés, être inclus dans le corps de la décision. Les oppositions internes, en mettant à jour les faiblesses du raisonnement majoritaire, obligent à revoir, si ce n'est la position, du moins la manière dont la décision va être livrée au public.

158. Il est important que l'expression des opinions séparées ait lieu en cours de délibéré. C'est une condition essentielle de l'attrait que les opinions séparées peuvent représenter pour améliorer la motivation des décisions judiciaires. La motivation du projet de décision

---

<sup>346</sup> La possibilité d'expression d'une opinion séparée « (...) impose une réflexion plus profonde sur les raisons que l'on a de se décider dans un certain sens. Par elle-même, sans doute, une motivation explicite présente cet avantage. Mais cet avantage est renforcé si une décision risque de s'accompagner de sa propre critique », TUNC (André), *La Cour suprême idéale* in *La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, TUNC (André) (dir.), RIDC 1978, p. 457.

<sup>347</sup> TROPER (Michel), *Table ronde : Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ?* in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, LGDJ, 1999, Paris, p. 191.

<sup>348</sup> SALAS (Denis), *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, Justices, Le Dalloz, Hors-Série, p. 20.

<sup>349</sup> Surtout, le juge qui a écrit au nom de la majorité peut s'être approprié le projet de décision et s'estimer investi de la défense de celui-ci. « Les opinions dissidentes permettent ainsi d'améliorer en principe la qualité des décisions, puisque le juge qui écrit au nom de la majorité sait qu'il doit persuader ses collègues de la justesse de son avis ou risquer de perdre publiquement la partie. », L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidente : voix de l'avenir ?* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 93.

majoritaire peut être enrichie si les opinions séparées sont émises avant le vote final. C'est en général le cas car les opinions séparées s'inscrivent dans le cadre d'un dialogue entre les juges. Le Professeur ROUSSEAU, en synthèse des « *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles* », relie l'exigence classique, dans les pays concernés par l'étude<sup>350</sup>, d'annonce et de présentation des opinions dissidentes en séance aux nécessités « ...de satisfaire l'obligation de loyauté et de favoriser la recherche d'une décision acceptable par tous ... »<sup>351</sup>. La prise en compte des éléments présentés par chacun des juges, si elle n'est pas obligatoire ; ce qui expliquera la publication ultérieure d'opinions séparées, doit être la plus aisée possible pour que la majorité, dans l'intérêt de tous, rende sa décision de manière éclairée.

Pourtant, les opinions séparées ne sont parfois disponibles qu'en fin de délibéré. A la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après CCI), la prise de connaissance des opinions séparées par les arbitres antérieurement à leur vote ne revêt pas un caractère essentiel. C'est seulement si elles ont été rédigées à temps qu'elles leur seront « soumises » au moment de l'examen de la sentence majoritaire. Il est vrai qu'une opinion séparée n'a pas vocation à faire l'objet dans la décision de remarques d'approbation ou de désapprobation des juges majoritaires<sup>352</sup>. Le délibéré a permis déjà, à chacun des juges, de mettre en valeur oralement sa position. Cependant, une explication écrite est, en général, plus mûrie que celle donnée oralement. On peut donc en tirer plus d'éléments propres à convaincre la majorité des faiblesses de son raisonnement. Même si participer au délibéré consiste à faire connaître sa position, « ...quand il se met à formuler son raisonnement par écrit, l'arbitre dissident peut mettre en lumière des questions de fond importantes que la majorité des arbitres n'auraient pas pleinement comprises »<sup>353</sup>.

159. Comme l'explique le Professeur OST, pour qui les juges ont tendance à se dérober devant les exigences de légitimation de la décision, les opinions séparées sont « ...un moyen

---

<sup>350</sup> Ces contributions sur la pratique des opinions dissidentes à l'étranger recensent les cas de l'Allemagne, du Canada, de l'Espagne et de la Hongrie.

<sup>351</sup> ROUSSEAU (Dominique), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, Synthèse*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 110.

<sup>352</sup> DONOVAN (Francis Patrick), *Les opinions dissidentes*, Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1/12/96, Vol. 7, n°2, p. 79.

<sup>353</sup> HUNTER (Martin), *Document ; Rapport final sur les opinions dissidentes et exprimées séparément*, Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1/6/91, n°1, p. 35.

*efficace d'inciter les juges à motiver plus rigoureusement leurs arrêts* »<sup>354</sup>. Il est essentiel pour la majorité de rédiger une motivation solide pour contrer les éléments développés dans les opinions séparées qui seraient non plus en préparation, mais en attente d'être publiées. L'autorité d'une décision ne se trouve certes pas dans les opinions séparées, néanmoins une motivation de qualité joue en sa faveur. L'identification en amont des arguments critiques de la décision, avant donc que celle-ci ne soit rendue, pourrait être employée à améliorer la rédaction des décisions judiciaires françaises. Puisque les opinions séparées expriment une critique, leur existence transformerait profondément la motivation car celle-ci ne peut être trop concise face à des réflexions argumentées. Forcément, une décision accompagnée d'opinions séparées n'est pas rédigée de la même manière. Les juges de la majorité ne peuvent pas donner l'impression de ne pas s'expliquer alors que leur décision bénéficie de l'autorité de chose jugée tandis que les juges justifieraient individuellement leur désaccord. C'est par un effet naturel que la décision constituant l'opinion majoritaire présentera une motivation argumentée afin de justifier de sa justesse<sup>355</sup>.

L'explication par les juges majoritaires, dans la décision, des motifs qui les ont déterminé permettrait de conférer une autorité à leur argumentation, sans toutefois faire de la motivation une réponse aux opinions séparées. Il est permis de croire que la motivation de la décision majoritaire aurait des chances d'être meilleure en cas d'opinions séparées parce que les juges, s'ils ont pris le temps d'une discussion véritable lors du délibéré, envisageront la rédaction de la décision majoritaire dans le même esprit et chercheront non pas à imposer mais à convaincre. Les échanges sont plus poussés si certains juges expriment lors du délibéré leur volonté de rédiger une opinion séparée même s'ils ne parviennent pas à faire accepter leur point de vue. La rédaction d'opinions séparées obligera les juges majoritaires à opérer de vrais choix entre les interprétations présentées<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> OST (François), *Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés* in *Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruylant, 2002, Bruxelles, p. 21. La qualité du raisonnement doit s'extérioriser et dans ce but, « ...il semble que la possibilité d'une opinion dissidente demande aux juges qui appartiennent à la majorité de reconsidérer leurs arguments et de préciser leur raisonnement », WALTER (Christian), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, En Allemagne, Op. Cit. Supra, p. 84.

<sup>355</sup> «... [l]e choix en faveur d'une motivation ample peut s'expliquer aussi par le fait que (...) la publication des opinions dissidentes est admise. Cela oblige la majorité à justifier ses préférences et ne contraint pas à taire les questions controversées... », GREWE (Constance), *Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne*, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE (Frédéric) (dir.), Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, Bruxelles, p. 213.

<sup>356</sup> « Reconnaître les opinions dissidentes, c'est, précisément, reconnaître la confrontation des interprétations supportées par un énoncé juridique, donc le débat contradictoire, donc la nécessité d'un choix entre ces

Le fait de disposer d'une motivation approfondie permettrait de comprendre la décision en elle-même mais il présenterait également l'avantage de mieux cerner les raisons de son évolution.

## **§ 2- Un éclairage quant à l'évolution jurisprudentielle**

160. La publicité des opinions séparées met en avant l'absence d'accord entre les juges sur la manière de résoudre le problème juridique qui leur est soumis. En d'autres termes, une majorité s'est portée sur la décision tandis que certains de ses points n'ont pas convaincu les juges minoritaires. En tant que doctrine judiciaire, les opinions séparées seraient donc des instruments d'information de l'évolution jurisprudentielle au sein des juridictions. Elles permettraient de renseigner le lecteur sur un changement à venir.

L'approche d'un revirement de jurisprudence pourrait naître de l'écriture d'opinions séparées et être préparé par leur intermédiaire (A). Aussi, sans qu'il soit question d'aborder concrètement les conditions du devenir futur de la règle de droit, sa critique lui garantirait son dynamisme (B).

### A- Un facteur de prévisibilité des revirements de jurisprudence

161. Une réflexion s'est engagée en doctrine sur les moyens de limiter les effets néfastes de la rétroactivité des revirements. Il existe une réelle volonté de lutter contre les inconvénients de la remise en cause d'une situation juridique. L'approche comparatiste présente souvent un intérêt quand il est question de régler une difficulté technique. Pourtant, on ne peut qu'être étonné de la faible audience des opinions séparées dans le Rapport MOLFESSIS (1) alors que Christian MOULY avait déjà souligné l'intérêt de l'utilisation des opinions séparées dans le but d'atténuer la soudaineté des revirements (2).

---

*interprétations pour parvenir à une décision* », ROUSSEAU (Dominique), *Pour les opinions dissidentes in Droit constitutionnel*, Mélanges Patrice GELARD, Montchrestien, 2000, Paris, p. 327.

## 1- La faible audience des opinions séparées dans le Rapport MOLFESSIS

162. La conceptualisation du revirement de jurisprudence a pu amener à le définir comme « ...*l'ensemble des mouvements de la jurisprudence de la Cour suprême qui se caractérise par la succession brutale de propositions contradictoires* »<sup>357</sup>.

Le revirement peut intervenir parce que le juge a constaté une erreur qu'il est souhaitable de réparer ou en raison d'une évolution des circonstances<sup>358</sup>.

Si la Cour de cassation doit assurer la stabilité de la jurisprudence qu'elle élabore, le revirement répond à la nécessité de ne pas « ...*laisser perdurer les effets d'arrêts conçus dans l'ignorance d'éléments qui ne sont connus que postérieurement, ou encore de décisions que les changements du contexte économique et social condamnent* »<sup>359</sup>.

Cependant, les revirements ont fait l'objet de fortes critiques doctrinales. On leur a reproché essentiellement leur caractère imprévisible, leur difficulté d'identification et l'effet rétroactif qui leur est attaché.

L'insuffisance de motivation des revirements peut faire que « *leur repérage même est source de difficultés* »<sup>360</sup>. Le sens de la décision n'est pas toujours clair et il convient, dans ce cas, d'attendre qu'une décision ultérieure vienne confirmer ou anéantir l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence.

---

<sup>357</sup> COLSON (Renaud), *Genèse du concept de revirement de jurisprudence*, RRJ 2000, n°3, PU Aix-Marseille, p. 1007. Les définitions du revirement sont nombreuses. Parmi elles, encore, celle de François TERRE, « *Pour que l'on puisse pleinement faire état d'un revirement, il faut supposer que la Cour de cassation abandonne non pas même une solution adoptée précédemment par telle ou telle de ses Chambres, mais une position qu'en termes de jurisprudence, sinon constante, du moins suffisamment établie, elle a retenue par le passé* », *Rapport de « synthèse »* in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, sous l'égide de l'IHEJ, La documentation Française, 1994, Paris, p. 247.

<sup>358</sup> Selon Christian ATIAS, « *L' « évolution de la jurisprudence », en l'absence de réforme législative, peut avoir deux origines distinctes. Ou bien le juge estime devoir reconnaître l'erreur qu'il avait précédemment commise (...) Ou bien il prend acte d'un changement des circonstances de fait ou de droit* », ATIAS (Christian), *Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique, note ss. Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 oct. 2002*, D. 2003, Jurisprudence, p. 513.

<sup>359</sup> GELINEAU-LARRIVET (Gérard), *Le rôle des revirements de jurisprudence in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 162. Selon Georges RIPERT, de manière générale, « *si l'ordre juridique que nous sommes tenus de respecter n'est que la réalisation d'une conception périmée il faut le renverser pour satisfaire des besoins nouveaux. Après quoi il sera nécessaire de détruire celui qui aura été créé à sa place, et ainsi de suite, la destruction étant la condition nécessaire à la création* », RIPERT (Georges), *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> édit., LGDJ, 1955, Paris, p. 60.

<sup>360</sup> MOLFESSIS (Nicolas), *Les revirements de jurisprudence in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Op. Cit. Supra, p. 138. Celui-ci s'est intéressé au recensement des différentes causes qui peuvent faire douter de l'existence d'un revirement, p. 137 et s.

La controverse la plus dense sur le sujet a touché les inconvénients de l'effet rétroactif des revirements<sup>361</sup>. La rétroactivité a pour objet de traiter de la même manière aujourd'hui une situation juridique sans tenir compte de la date à laquelle elle s'est nouée. Il s'agit d'une expression particulière du principe d'égalité de traitement. Toutes les personnes placées dans la même situation sont traitées de la même manière quand bien même elles ne le souhaitent pas. Autrement dit, la mise en œuvre de l'égalité de traitement revêt ici un aspect coercitif et c'est au niveau des conséquences de la rétroactivité qu'il apparaît clairement. Les revirements qui posent des problèmes sont ceux qui engendrent un déséquilibre en raison d'une jurisprudence impossible à prévoir<sup>362</sup>.

Le Rapport MOLFESSIS (ci-après le Rapport) sur la question de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence a été rendu le 30 novembre 2004<sup>363</sup> et a été examiné au cours d'un colloque organisé le 12 janvier 2005 à la Grand'Chambre de la Cour de cassation réunissant plus de 500 participants<sup>364</sup>.

La nécessité de réfléchir sur ce thème signalait la prise de conscience du caractère insatisfaisant de la situation<sup>365</sup> et autorisait donc des perspectives nouvelles<sup>366</sup>. La doctrine a largement

---

<sup>361</sup> Pour la particularité de l'effet rétroactif des revirements la distinction entre loi rétroactive et revirement de jurisprudence, voir TERRE (François), *Introduction au droit*, 7<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2006, p. 437, Paris, p. 461, ROUBIER (Paul), *Le droit transitoire, Conflits de lois dans le temps*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1960, Paris, p. 25.

<sup>362</sup> Qu'il s'agisse du déséquilibre subi « ...par la partie qui succombe en vertu d'une jurisprudence nouvelle qu'elle ne pouvait pas connaître au moment des faits [ou d'] un déséquilibre de masse pour toutes les situations affectées par la nouvelle règle jurisprudentielle », CANIVET (Guy), *Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ?* Entretien avec Guy CANIVET et Nicolas MOLFESSIS, Propos recueillis par Jacques BEGUIN, Procédures déc. 2004, p. 7. Deux affaires souvent citées illustrent très bien ces difficultés ; l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du 9 octobre 2001 lequel dit engagée la responsabilité civile d'un médecin pour manquement en 1974 à une obligation d'information à laquelle il n'était alors pas soumis puisqu'elle n'est apparue qu'en suite d'un arrêt de la même Chambre du 7 octobre 1998, CACHARD (Olivier), *La contagion rétroactive de l'obligation médicale d'information, note ss. Civ. 1<sup>ère</sup> 9 octobre 2001*, JCP 2002, II, 10045 ; *Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin*, Rapport de Pierre SARGOS et note de Dominique THOUVENIN, D. 2001, Jurisprudence, p. 3470 ; LIBCHABER (Rémy), *Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence*, RTDCiv. 2002, p. 176 et l'arrêt de la Chambre sociale du 17 décembre 2004 qui décide l'application immédiate de l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non concurrence, issue du revirement opéré par arrêt du 10 juillet 2002 à un contrat conclu antérieurement ; RADE (Christophe), « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005, Chron., p. 988 ; MORVAN (Patrick), *Le revirement pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D. 2005, Chron., p.247.

<sup>363</sup> *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Litec, 2005, Paris.

<sup>364</sup> Colloque sur le Rapport du groupe de travail sur les revirements de jurisprudence, Cour de cassation, 12 janvier 2005, JCP 2005, Aperçu rapide, p. 119 et s.

<sup>365</sup> « *La question n'est pas nouvelle, mais elle a trouvé un regain d'actualité et un renouveau avec les valeurs véhiculées par le droit européen : le droit au procès équitable, le droit à la sécurité juridique et la confiance*

discuté de la possibilité pour la Cour de cassation de moduler dans le temps les effets des revirements. Une partie d'entre elle a pris soin de noter que cette proposition devrait pousser la Cour de cassation à « ...remettre en question sa méthode de raisonnement. (...) [Qu'] (...) elle devrait progressivement s'acclimater à une autre technique de motivation, avant de prétendre intégrer les nombreuses avancées suggérées par le Rapport »<sup>367</sup>. L'évolution de la motivation pour souhaiter qu'elle ait plus d'ampleur correspondrait à l'extension des pouvoirs du juge judiciaire. La reconnaissance du pouvoir créateur du juge justifierait qu'il dispose d'une place plus large pour motiver ses décisions.

La dénonciation des inconvénients de l'effet rétroactif des revirements de jurisprudence aura été une énième occasion de souhaiter une évolution de la motivation sans que la question annexe des opinions séparées soit débattue.

163. Certes, les opinions séparées ne sont pas totalement absentes du Rapport. Mme le Professeur FERRAND a ainsi renseigné le groupe de travail sur leur pratique à la Cour constitutionnelle fédérale allemande ainsi que sur celle consistant à énoncer dans l'arrêt lui-même à quelle majorité la décision a été obtenue. De la publication des opinions dissidentes elle estime qu'« elle permet de voir la solidité de la solution retenue et d'envisager un éventuel futur revirement » et indique que l'énoncé du partage des voix présente l'avantage

---

*légitime qui s'opposent en principe à toute rétroactivité de la règle de droit* », MALINVAUD (Philippe), *A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, RTDCiv. 2005, p. 313.

<sup>366</sup> Cependant, Jean-Luc AUBERT estime que la prohibition des arrêts de règlement s'oppose à une remise en cause du principe de rétroactivité, « Pour ma part, je n'ai jamais vu qu'un revirement fût décidé à la légère. Faut-il dès lors agir sur ses effets en limitant au moins dans certains cas sa naturelle rétroactivité ? L'idée est intéressante, mais vaine me semble-t-il, sauf à renoncer au principe de prohibition des arrêts de règlement, ce qui serait, à mon sens, un remède infiniment pire que le mal ! », AUBERT (Jean-Luc), *Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation* in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Dalloz, 2006, Paris, p.23-24.

<sup>367</sup> DEUMIER (Pascale), *Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport*, RTDCiv. 2005, Chron., p. 88. Voir aussi, Soraya MEKKI, « Au-delà, il y a évidemment une altération profonde de l'office du juge que relève parfaitement le rapport de droit comparé. Il y a un passage d'un syllogisme judiciaire, qui n'avait certes le plus souvent de consistance que le nom, à un jugement conséquentialiste », MEKKI (Soraya), *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Quelques réflexions procédurales*, RTDCiv. 2005, p. 297 ou encore Joël MONEGER, «...l'information sur la potentialité de l'évolution pourrait être largement améliorée. Même si c'est au prix d'un allongement de certains arrêts et d'une évolution de leur sacro-sainte rédaction, le risque d'un arrêt à l'allemande ou à l'européenne reste largement hypothétique. André Tunc et Adolphe Touffait l'ont écrit dans cette Revue, il y a des lustres. La relecture de leur étude mériterait d'être faite », MONEGER (Joël), *La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines*, RTDCiv. 2005, p. 327. Horatia MUIR WATT indique d'ailleurs dans le rapport rédigé sous sa direction que le style syllogistique mériterait d'être abandonné pour le raisonnement conséquentialiste, MUIR WATT (Horatia), *La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common-law*, Les revirements de jurisprudence, Op. Cit. Supra, 2<sup>ème</sup> Partie, Rapports annexes, p.70-71.

« ...[d'] envisager un revirement possible dans les années à venir, la solution de constitutionnalité ayant été obtenue avec un résultat extrêmement faible »<sup>368</sup>.

Le groupe de travail a relevé dans son Rapport l'existence des opinions séparées au titre de la « ... panoplie de techniques (...) ayant pour but d'atténuer l'effet de surprise qui accompagne inéluctablement les revirements de jurisprudence »<sup>369</sup>. Néanmoins, il ne s'y intéresse pas vraiment puisqu'il conclut que ces mêmes techniques ne « ...suffisent pas à empêcher les effets néfastes attachés à la rétroactivité des revirements de jurisprudence »<sup>370</sup>.

On ne comprend pas bien cette absence d'intérêt. Même si le groupe de travail avait pour mission de proposer une alternative aux inconvénients de la rétroactivité, ce que les opinions séparées ne peuvent constituer, l'annonce d'un revirement fait partie des conditions de sa mise en œuvre.

## 2- Une atténuation de l'effet de surprise identifiée par Christian MOULY

164. Si les opinions séparées ne peuvent faire échec à l'application rétroactive aux justiciables de règles dont ils n'avaient pas connaissance, elles ont le mérite de l'annoncer, ce qui leur permet de souffrir le moins possible de ce changement. Le fait d'éviter l'effet de surprise d'un revirement est essentiel car il permet de s'y préparer et d'en minimiser les inconvénients.

Ce qui surprend, c'est que le groupe de travail a laissé apparaître clairement que c'est la conjugaison du caractère imprévisible du droit et de la rétroactivité de la règle de droit qui est en cause<sup>371</sup>. Il explique que la modulation dans le temps des revirements ne suffit pas et qu'il est « ...également nécessaire que le juge recoure aux techniques par lesquelles il annonce le revirement et permet par là même son anticipation »<sup>372</sup>. Il ne conteste pas non plus que les opinions séparées figurent au nombre des moyens permettant de prévenir la soudaineté du changement des règles de droit. La communauté juridique, saisissant l'effet déstabilisant que peut avoir un revirement, a donc compris l'importance de lutter contre son imprévisibilité

---

<sup>368</sup> FERRAND (Frédérique), *La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand*, *Les revirements de jurisprudence*, Op. Cit. Supra, 2<sup>ème</sup> Partie, Rapports annexes, p. 86.

<sup>369</sup> Op. Cit. Supra, p.23-24.

<sup>370</sup> Op. Cit. Supra, p. 35.

<sup>371</sup> Op. Cit. Supra, p. 15.

<sup>372</sup> Op. Cit. Supra, p. 21.



mais par d'autres moyens. En comparaison, les *obiter dicta*, connus de la Cour de cassation, sont bien plus mis en valeur que les opinions séparées. Pourtant, ne serait-ce que par leur concision, ils ont moins de chance d'annoncer clairement un revirement<sup>373</sup>.

On trouve dans les opinions séparées les futurs éléments de la jurisprudence. C'est en laissant tous les juges s'exprimer, que l'on verra se dégager avec le temps une évolution. Le ralliement de plusieurs juges pourra constituer un indice d'un revirement proche. L'énoncé d'opinions séparées peut être envisagé comme une étape dans la préparation des revirements.

165. Il y a longtemps que Christian MOULY a assuré la promotion des opinions séparées en tant que moyen d'annoncer les revirements de jurisprudence. Selon lui, la prévisibilité des revirements devait être renforcée et il fallait « ...préparer les revirements de jurisprudence comme on prépare les changements de législation »<sup>374</sup>. Or, ce n'est pas la motivation sibylline des arrêts de la Cour de cassation qui permet de préparer les revirements. Il voyait les opinions séparées comme une « ...source vivante de revirements, car l'expression des arguments en renforce la finesse, et leur lecture ouvre le débat. Préparation et amélioration des solutions nouvelles en sont la conséquence »<sup>375</sup>.

Certains, à l'instar du Président WACQUET, ne considèrent pas que les opinions séparées sont utiles puisque, après que des juges aient déclaré leur désaccord avec la décision majoritaire, c'est elle seule qui s'impose à tous<sup>376</sup>. Pourtant, la construction progressive d'un revirement nécessite que des points de désaccord se fassent jour.

Au contraire, le Professeur MONEGER inspiré par le Professeur TERRE et par l'idée que « *la jurisprudence c'est la science des prudents* » aborde l'hypothèse d'une « *information [qui] pourrait encore passer par l'énoncé des réserves de la minorité de la Cour ou de la chambre sans que ne soit mis en péril le secret du délibéré ou le voile de la décision unique* »<sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> Pour l'étude de la distinction entre les opinions séparées et les *obiter dicta*, voir Infra, Partie II, T I, C II, S II, §1.

<sup>374</sup> MOULY (Christian), *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* PA 18 mars 1994, n°33, p. 16.

<sup>375</sup> Op. Cit. Supra, p. 18.

<sup>376</sup> Aussi, il estime que « *du point de vue de la sécurité juridique, ça devient effrayant. C'est le loto. Les compositions des chambres de la Cour de cassation varient, vous avez des formations restreintes, des formations plénières, avec tel magistrat absent, malade ...L'on supputerait des changements de jurisprudence qui dépendraient uniquement du fait qu'une personne est absente ! L'effet serait désastreux* », WACQUET (Philippe), *Les revirements et la chambre sociale*, Forum : *Les revirements en débat*, Semaine sociale Lamy, n°1195, 20 décembre 2004, p. 12.

<sup>377</sup> « *...la jurisprudence ne doit pas devenir selon le mot de François Terré une jurisimprudence. (...) Elle est la philosophie du droit chez les Anglo-Saxons. Il faut que l'inévitable revirement soit construit dans le temps : le temps lent des arrêts successifs qui, par touches légères, annoncent le changement ; l'instant de l'arrêt qu'il faut*

Les opinions séparées font tout autant partie du droit positif que du droit prospectif. Ce second aspect s'explique par la possibilité qu'ont les juges de faire savoir, dans leurs opinions séparées, que l'état du droit positif n'est plus satisfaisant et qu'une évolution est souhaitable. En expliquant leur désaccord, principalement dans une opinion dissidente, les juges s'attaquent directement à la décision majoritaire, or c'est elle qui constitue l'état du droit positif. Les juges critiquent en fait le droit tel qu'il a été mis en œuvre par les juges, c'est-à-dire le droit en vigueur. Les reproches émis à l'encontre de la décision sont autant de développements dans lesquels les juges envisagent ce que l'état du droit devrait être.

Ce type de renseignements existe déjà d'ailleurs, seul le support change.

166. En effet, les juges de la Cour de cassation saisissent en général l'opportunité de la rédaction du Rapport annuel pour informer le public de modifications prochaines dans l'application des règles de droit. Ces interventions ne semblent pouvoir qu'être appréciées des destinataires, en tout cas, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris se félicite que ce besoin d'information soit partagé par les juges. Dans sa contribution au Rapport sur les revirements, elle salue l'initiative des « ...*déclarations de certains Présidents de chambre qui ont pour objet de donner un aperçu des évolutions à venir ainsi que (...) la publication par la Cour de cassation de son rapport annuel, dans lequel elle interpelle sur certaines difficultés et esquisse les grandes lignes de ses prochaines orientations* »<sup>378</sup>.

Cette transparence évite l'effet de surprise du revirement. Qu'il soit ou non appréhendé comme favorable, au moins le revirement est annoncé et ses raisons déjà expliquées<sup>379</sup>. Les opinions séparées des juges judiciaires permettraient de préparer un revirement parce qu'elles informeraient sur « ...*le poids subjectif d'une règle de droit, selon qu'elle est incontestable, parce qu'unanimement soutenue, ou au contraire fragile parce que soutenue par une majorité*

---

*rendre est l'aboutissement des années ou des mois de réflexion. Le revirement est connu avant de se produire. »*, MONEGER (Joël), *La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines*, Op. Cit. Supra, p. 327.

<sup>378</sup> La CCI de Paris cite en exemple une déclaration du Président de la Chambre sociale de 2003 annonçant les prochains grands arrêts au programme de la juridiction et renvoie à la *Semaine sociale Lamy*, n°1130, 7 juillet 2003, p. 5, *Les revirements de jurisprudence*, 2<sup>ème</sup> Rapport, Contributions des professionnels, Op. Cit. Supra, p. 159.

<sup>379</sup> L'explication antérieure du revirement se double d'une explication ultérieure, ce que les conclusions des avocats généraux ne permettent pas. Selon Régis DE GOUTTES, « *lorsqu'un revirement de jurisprudence se produit, il (...) incombe [aux avocats généraux] d'expliquer notamment à la fois les raisons de ce revirement et, le cas échéant, les motifs pour lesquels il a été prévu d'en limiter les effets dans le temps* », (DE GOUTTES (Régis), *Le Parquet général de la Cour de cassation et la problématique des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence in La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 254) or étant donné que les conclusions précèdent la décision, on ne voit pas comment cette explication, au demeurant très utile, pourrait venir des avocats généraux.

*qui s'effiloche* »<sup>380</sup>. A la différence du Rapport annuel, les opinions séparées donneraient régulièrement et donc plus rapidement des indices de changement. Elles ressembleraient assez à l'expression de la politique des « petits pas » que la Cour de cassation utilise parfois pour annoncer un revirement futur. En revanche, il ne s'agirait pas du fruit de la formation toute entière mais d'une piste amorcée seulement par l'un ou plusieurs de ses membres.

## B - Une stimulation de la règle de droit

167. Les opinions séparées expriment et, par là même, garantissent la continuité de la réflexion juridique. Préserver l'ouverture de cette réflexion est primordiale puisque le progrès du droit en découle. Les juges qui s'expliquent individuellement sont amenés à développer leur propre interprétation de la règle de droit, en sus de celle déjà opérée par la majorité. Ils proposent une analyse alternative à celle qui a été faite dans la décision<sup>381</sup>. Il est essentiel pour permettre l'évolution de la règle de droit de laisser s'exprimer les opinions minoritaires. Le Professeur ROUSSEAU estime d'ailleurs que « ...*la publication des opinions dissidentes offre [sa] légitimité [à la décision majoritaire] en signifiant que la décision majoritaire s'inscrit dans un processus de discussion continue...* »<sup>382</sup>.

Grâce aux opinions séparées, la règle de droit privé serait véritablement un sujet de débat. Une position doit bien être tranchée pour pouvoir rendre la décision mais il n'est pas certain qu'elle puisse dans tous les cas évacuer l'ensemble des interrogations soulevées par l'interprétation de la règle à appliquer. Nul n'a un intérêt à ce qu'elles soient gardées enfermées dans le secret du délibéré si ces questions sont susceptibles de faire évoluer le droit. La discussion est une condition du devenir d'une règle. Le Président BRAIBANT, pourtant hostile aux opinions séparées, leur reconnaît cette capacité « ...*d'ouvrir un certain*

---

<sup>380</sup> MAYMAT (Jean-Christophe), *L'effet injuste d'un jugement juste* in *De l'injuste au juste*, FRISON-ROCHE (Marie-Anne), BARANES (William) (dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, Paris, p. 99.

<sup>381</sup> « ... *les opinions dissidentes sont pour les juges un mode d'expression possible d'idées ou d'approches alternatives et nouvelles qui n'imposent pas pour autant un changement immédiat du statu quo* », L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidentes : voix de l'avenir ? Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, Etudes et doctrines, p. 88.

<sup>382</sup> ROUSSEAU (Dominique), *Pour les opinions dissidentes* in *Droit constitutionnel*, Mélanges Patrice GELARD, Montchrestien, 2000, Paris, p. 328.

*espace de dialogue, un certain espace d'incertitude qui permettrait le progrès ultérieur de la jurisprudence... »*<sup>383</sup>.

168. Les opinions séparées sont résolument tournées vers l'avenir. Il est vrai que d'autres sources du droit permettent déjà de stimuler la règle de droit privé. La pratique joue certainement un rôle plus important en droit privé qu'en droit administratif. On pourrait alors considérer que la règle privatiste a moins besoin des opinions séparées puisque la pratique notariale ou les stipulations contractuelles suppléent l'absence de stimulation. Néanmoins la pratique a une utilité limitée par rapport à celle des opinions séparées. Le fait que l'auteur d'une opinion séparée soit un juge qui émane de la formation de jugement est essentiel. Les idées qu'il présente ne sont pas celles de la juridiction mais elles seront regardées comme étant rattachées à une personne dont la fonction est principalement de juger et donc de dire le droit. Sa vision novatrice a des chances de constituer un jour le droit positif.

L'activité créatrice de droits de la pratique répond à la demande de personnes qui sont elles-mêmes les destinataires de la règle. Ainsi, la stimulation de la règle de droit est restreinte par l'intention des parties. Il n'y a pas chez un particulier de volonté autre que de profiter lui-même d'un acte juridique et l'utilisation par d'autres de cet acte ne présente pas d'intérêt pour lui.

Les opinions séparées, du point de vue de leur auditoire, ont un effet stimulateur que la pratique ne peut avoir. L'approche nouvelle de la règle de droit par l'auteur d'une opinion séparée est formulée à l'attention d'un large auditoire, qu'il s'agisse des parties, des juridictions, du public, ou de la doctrine. Sa large diffusion est une garantie spécifique de l'enrichissement de la règle de droit. A l'inverse, l'effet relatif d'un contrat peut empêcher que la règle de droit mise en œuvre par la pratique soit portée à la connaissance du public.

169. Parce que le développement du droit n'est pas l'affaire des seuls juges, l'expression d'opinions séparées enrichirait le débat public avec la doctrine<sup>384</sup>. Le Juge PETTITI a écrit que les opinions séparées sont importantes « ...tant pour l'évolution de la jurisprudence que pour la position de la doctrine »<sup>385</sup>. C'est en elles que la doctrine peut puiser des éléments de réflexion sur l'évolution du droit, issus des discussions entre les juges, qui alimenteront les

---

<sup>383</sup> BRAIBANT (Guy), *Débats : Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ?* in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, 1999, Paris, p. 201.

<sup>384</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges* in *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 188.

<sup>385</sup> PETTITI (Louis-Edmond), *Préface* in BERGER (Vincent), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 10<sup>ème</sup> édition, 2007, Paris, p. XI.

siens. Pourtant, cette source d'analyse n'a pas toujours trouvé son public<sup>386</sup>. Le mouvement s'est amplifié, en France, du fait de l'intérêt grandissant porté par la doctrine privatiste à la jurisprudence de la Cour EDH. L'indication du nombre et du nom des auteurs d'opinions séparées ainsi que le contenu de ces écrits sont souvent mentionnés pour appuyer un argument, développer une conception nouvelle ou contester le bien-fondé de la solution<sup>387</sup>. Au sujet de l'arrêt *Martinie* rendu par la Cour européenne le 12 avril 2006, le Professeur SUDRE, dans une courte note, indique que « *la question reste ouverte mais l'évolution de la Grande Chambre sur la violation de l'article 6,§1 (10 voix c/7 dans l'arrêt Kress ; 14 voix c/3 dans l'arrêt Martinie) n'incite qu'à un optimisme très mesuré...* »<sup>388</sup>. Certes, il a rédigé dans le même numéro de la revue un article fort détaillé analysant la position actuelle de la Cour et l'évolution pouvant intervenir sur la question de la présence du Commissaire du Gouvernement au délibéré. Néanmoins, il faut remarquer que la note fait suite à la publication d'extraits de l'arrêt de la Cour, laquelle est accompagnée de la publication d'extraits de l'opinion en partie dissidente rédigée par trois des juges<sup>389</sup>. Cette publication se justifie d'autant mieux que les auteurs d'opinions séparées citent pour partie les développements d'une contribution en attente de parution du Professeur SUDRE. Cet exemple marque de manière significative le dialogue bénéfique qui peut s'instaurer avec les membres de la doctrine. L'échange utilise la voie de l'expression d'une opinion séparée du côté de la doctrine judiciaire<sup>390</sup>.

170. Dans ce contexte, les opinions séparées pourraient contenir en germe l'évolution du droit privé qui permettra de consacrer dans le futur une application différente de la règle de droit. Il est nécessaire « *...de ne pas fermer la porte à des revirements salutaires (...), de*

---

<sup>386</sup> Mme Judith VAILHE a pu estimer que « *La possibilité pour les juges (...) d'exprimer leur opinion individuelle sur la décision qu'ils viennent ou non d'approuver (opinion concordante ou dissidente) est une source d'analyse et de compréhension pour les commentateurs encore assez méconnue* », VAILHE (Judith), *L'apport des opinions individuelles des juges dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne. A propos de l'élaboration d'un principe de séparation des fonctions judiciaires dans l'une de ses manifestations*, RSC janv-mars 1998, p. 83.

<sup>387</sup> Il en est ainsi principalement des décisions qui génèrent d'importants mécontentements comme ce fut le cas de la jurisprudence européenne relative à la communication du rapport du Conseiller rapporteur à l'Avocat général et à sa présence au délibéré, toute comme celle relative à la présence au même délibéré du Commissaire du Gouvernement.

<sup>388</sup> SUDRE (Frédéric), AJDA mars-avril 2006, p. 307.

<sup>389</sup> Il s'agit des Juges COSTA, CAFLISCH et JUNGWIERT.

<sup>390</sup> Voir Jean-Louis BAUDOIN au sujet de SALEILLES qui selon lui trouvait un réel intérêt aux opinions séparées des décisions de la Cour suprême du Canada ; « *Ceci lui permet d'élaborer considérablement son analyse, en fonction des commentaires de chacun des magistrats* », BAUDOIN (Jean-Louis), *Regard étranger sur la Revue*, Colloque, RTDCiv. 2002, p. 760.

*laisser une certaine place à une interprétation évolutive... »*<sup>391</sup>. Néanmoins, les opinions séparées ont des qualités prophétiques qui, même si elles sont justifiées par le débat qu'elles entretiennent, sont difficiles à établir. Il n'y a guère que l'influence des opinions séparées des juges de la Cour suprême des Etats-Unis sur l'évolution du droit américain qui soit largement mise en valeur<sup>392</sup>.

A la Cour EDH, il semble qu'il soit « ... *aléatoire de chercher dans les opinions séparées les prémices d'un revirement de jurisprudence ultérieure* »<sup>393</sup>. Même inspirée directement des travaux de Mme le Professeur LAJOIE<sup>394</sup>, la recherche spécifique de l'influence potentielle des opinions séparées sur la jurisprudence ultérieure de la même Cour EDH, est peu concluante<sup>395</sup>.

---

<sup>391</sup> EISSEN (Marc-André), *Discipline de vote à la Cour européenne des Droits de l'Homme ?* in *Human rights and constitutional law*, Mélanges WALSCH, The Round Hall Press, 1992, Dublin, p. 83.

<sup>392</sup> De l'aveu de Claire L'HEUREUX-DUBE, ancien juge à la Cour suprême du Canada, «... *ce sont surtout les « grands dissidents » américains des deux siècles derniers qui font la preuve de la puissance potentielle des opinions dissidentes quant à l'évolution du droit* », L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidente : voix de l'avenir ?* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Etudes et doctrine, n°8, 2000, p. 89. Néanmoins le système canadien perçoit les opinions séparées de la même manière évolutive, dans son allocution lors de son départ en retraite en 2002, la Juge L'HEUREUX-DUBE a indiqué pour caractériser le système de justice canadien, « *Une dissidence est une force positive qui favorise la collégialité, fournit à la collectivité juridique une alternative, influence la majorité et, si l'on en croit ce qu'en dit le juge en chef Hugues de la Cour suprême des Etats-Unis : Une dissidence dans un tribunal de dernière instance constitue un appel au mûrissement du droit, un appel à l'espoir qu'un jour la cour corrigera l'erreur que le juge dissident croit qu'elle a commise* », disponible sur la page internet [http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/CeremonyCLHD\\_F.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/CeremonyCLHD_F.asp).

<sup>393</sup> RIVIERE (Florence), *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Bruylant, 2004, Bruxelles, p. 434. L'auteur poursuit, « *L'affirmer ne revient pas pour autant à leur dénier toute influence sur l'évolution de la jurisprudence ultérieure de la Cour ; une influence qui s'exerce toutefois en amont de l'arrêt, au stade du débat d'idées que l'opinion séparée vient nourrir et enrichir, sans que l'on puisse établir de manière avérée un lien de causalité entre une opinion séparée et un arrêt ultérieur. Et ce, même si la motivation qu'elle adopte à certaines rares occasions peut en rappeler le contenu* ».

<sup>394</sup> Elle a montré, avec notamment l'exemple du Juge Le DAIN, comment les juges de la Cour suprême du Canada, par leur dissidence, peuvent arriver à rallier la Cour à leur opinion. L'influence des opinions séparées sur l'évolution de la jurisprudence peut donc parfois être marquée. LAJOIE (Andrée), ROLLAND (Louise), Gérard Le DAIN : *sur la société libre et démocratique*, Revue de droit McGill, vol.38, octobre 1993, n°4, p.921-922, IN, VAILHE (Judith), *Les opinions individuelles des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, 2002, Paris, p.31-32.

<sup>395</sup> Op. Cit. Supra. L'auteur a élaboré une grille de lecture très complète mais rappelle de manière récurrente l'intérêt de l'apport doctrinal des opinions individuelles qui donne aux arrêts un éclairage particulier, ce qui relativise tout de même l'intérêt de la seule recherche par les juges s'exprimant séparément du ralliement de la majorité à son point de vue. Pour une synthèse, voir les conclusions des deux parties, p. 164 et s. et 442 et s. Elle range en deux catégories les critères qu'elle a relevé : la première, qualifiée de critères inhérents aux arrêts comportant des opinions dissidentes comprend l'existence dans un arrêt d'une pluralité d'opinions dissidentes ou, au contraire, d'une dissidence isolée et la formation de la Cour dans laquelle s'inscrivent les opinions dissidentes- formation restreinte ou plénière de la Cour-, la seconde, qualifiée de critères applicables à l'ensemble des arrêts contient le sens du vote du juge national, le rôle du président de la Cour et la personnalité des juges.

De toute façon, les opinions séparées entrent en ligne de compte dès lors qu'il s'agit de déterminer les facteurs de l'évolution du droit. Qu'elles soient ou non consacrées ultérieurement par la majorité ne les ampute pas de leur intérêt. Parfois, le changement de conception est long à se mettre en place et sa lente élaboration est souvent plus riche d'enseignements. S'il n'a pas lieu, il aura tout de même permis l'expression d'idées, de visions nouvelles.

171. En réalité, les opinions séparées participent à la stimulation de la règle de droit parce qu'elles reflètent véritablement la contradiction qui a animé le débat entre les juges. Or, le secret entourant le dialogue des juges, même une fois la décision publique, ne permet pas de rendre compte de cette contradiction. En droit privé, le principe du contradictoire compte au nombre de ceux qui fondent la loyauté des rapports juridiques. Seulement, il est limité au temps du procès. M. MAYMAT relie le caractère fondamental du contradictoire au fait qu'il devrait survivre au jugement. Il estime que « *ce n'est pas parce que le litige cesse dans la décision judiciaire que le débat qu'il a suscité s'épuise du même coup* »<sup>396</sup>. Le décalage manifeste entre l'intérêt porté au débat contradictoire et l'étroitesse de son appréhension juridique tient à « *...une conception fermée de la décision normative...* »<sup>397</sup>. L'utilité du contradictoire au-delà de la décision judiciaire devrait pouvoir convaincre d'une pleine reconnaissance de son extension et de la consécration de son mode d'expression par les opinions séparées. Les opinions séparées mettraient en œuvre le principe du contradictoire pour stimuler continuellement la règle de droit.

## **Section II- Une contribution au renforcement d'une justice démocratique**

172. Les opinions séparées présentent l'avantage de concrétiser le caractère démocratique de la justice. Si les vertus cardinales de la démocratie occidentale sont le respect de

---

<sup>396</sup> MAYMAT (Jean-Christophe), *L'effet injuste d'un jugement juste* in *De l'injuste au juste*, FRISON-ROCHE (Marie-Anne) et BARANES (William) (dir.), Collection Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1997, Paris, p. 100.

<sup>397</sup> IDOUX (Pascale), *La contradiction en droit constitutionnel français*, disponible sur la page internet <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/IDOUX>, p. 5. Elle développe « (...) alléguer aujourd'hui le risque d'atteinte à l'autorité des décisions du Conseil pour déconseiller la publication des opinions dissidentes implique que la légitimité de ces décisions pourrait procéder du postulat selon lequel il existe, a priori, une vérité unique qui aurait été découverte consensuellement par le juge. Démentie par la pratique, cette conception fermée des fondements de la légitimité de la décision normative a pour corollaire une appréhension juridique minimaliste du rôle de la contradiction ».

l'opposition et de l'individu<sup>398</sup>, elles doivent être également celles de la justice occidentale. Laisser l'opposition s'exprimer dans une assemblée politique ou dans une juridiction est un gage de légitimité. Dans le système judiciaire, les opinions séparées pourraient conforter le « *signe de la démocratie* »<sup>399</sup> parce qu'en laissant les juges exprimer leurs désaccords, elles permettraient de prévenir les soupçons des justiciables et feraient obstacle à ce sentiment d'arbitraire qu'il leur inspire. Les juridictions judiciaires doivent être plus représentatives pour obtenir la confiance des justiciables<sup>400</sup>. Cette représentativité est assurée dans un premier temps par la diversité des personnes recrutées pour exercer les fonctions de juge judiciaire puis elle disparaît dès lors qu'il y a collégialité pour ne laisser place qu'à une seule voix. Afin de retrouver sa crédibilité, la justice judiciaire doit renouer le dialogue avec les justiciables. Les opinions séparées permettraient de concevoir une approche simplifiée des rapports entre l'institution judiciaire et les justiciables (§1) qui concourrait à faciliter l'acceptation des décisions (§2).

### **§1- Une approche simplifiée des rapports entre l'institution judiciaire et les justiciables**

173. Il importe d'insister sur l'effort à opérer pour rendre la justice plus accessible aux justiciables. L'hermétisme des décisions judiciaires est un obstacle à l'élaboration d'un système pleinement cohérent. La logique veut que la justice soit adaptée aux citoyens. Leur donner les moyens de la comprendre est conditionné par une plus grande transparence procédurale. Les opinions séparées favoriseraient la communication en donnant l'image d'une

---

<sup>398</sup> GICQUEL (Jean), GICQUEL (Jean-Eric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 21<sup>ème</sup> édition, Domat, Droit Public, Montchrestien, 2007, Paris, p.197-199.

<sup>399</sup> Au sens d'Alain SAUVET, à savoir « *...l'existence d'une justice accessible à tous, simple, humaine et réaliste* », SAUVET (Alain), *La justice mutilée*, Lettres du Monde, 1991, Paris, p. 141. La démocratie s'exprime aussi par l'intégration des opinions minoritaires, selon Dominique ROUSSEAU, « (...) *si formellement, les décisions sont arrêtées, à un moment donné, par ceux qui disposent au parlement de la majorité arithmétique, elles ne sont plus le produit de la seule volonté majoritaire ; elles ont intégré, selon des proportions variables, les opinions minoritaires. Cette intégration est le résultat nécessaire de la généralisation du principe délibératif qui pousse à considérer les solutions proposées par les différents entrepreneurs législatifs- associations, commissions de sages, ...- non comme des erreurs mais comme des possibles raisonnés qui méritent un examen attentif et, le cas échéant, dont certaines propositions peuvent être accueillies dans la décision qui sera finalement reconnue* », ROUSSEAU (Dominique), *De la démocratie continue* in *La démocratie continue*, ROUSSEAU (Dominique) (dir.), Actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992, LGDJ, Bruylant, 1992, Bruxelles, p. 22.

<sup>400</sup> « *C'est autour de cette notion de confiance que l'on peut concevoir le rôle de la Justice dans une démocratie : la Justice permet en effet d'établir la confiance dans le lien démocratique ; mais son rôle est également de maintenir la confiance dans le système démocratique* », PAULIAT (Hélène), *La Justice, un instrument de confiance dans la démocratie ?* in *Justice et démocratie*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 491 et s.



justice ouverte (A) sans négliger le rôle pédagogique qu'elles pourraient jouer à l'égard des parties (B).

### A- Une justice ouverte

174. On fonde la relation des justiciables avec la justice sur une invraisemblance qui consiste, en l'absence d'indication du sens des votes et d'opinions séparées, à présenter les décisions collégiales comme des décisions toujours unanimes et à donner l'impression que les juges sont des êtres toujours convaincus des mêmes choses. Cela ne fait qu'entretenir l'incompréhension.

L'éloignement entre la justice et les justiciables trouve son origine dans le fait qu'elle ne reproduit pas en son sein l'une des caractéristiques de toute société, à savoir la diversité de ses membres<sup>401</sup>. La justice judiciaire doit se présenter de manière cohérente et les opinions séparées pourraient être un élément en faveur d'une plus grande cohérence.

175. Déjà, elles permettraient de fonder les rapports entre justice et justiciables sur « *un avantage de véracité* »<sup>402</sup>. Elles laisseraient apparaître le processus décisionnel tel qu'il est sans chercher à dissimuler, au prix d'une distorsion de la réalité, le fait que collégialité ne signifie pas forcément unanimité. Qu'une décision soit prise suffit bien à rendre la justice et point n'est besoin de taire les discussions des juges sur l'affaire pour assurer son exécution. Cependant, la présentation des décisions collégiales repose sur « le paraître »<sup>403</sup>, un paraître qui contribue à éloigner les justiciables de la justice. Certes, faire reposer l'institution judiciaire sur « l'être » obligerait à sa désacralisation et à laisser voir qu'au sein du collège le désaccord peut exister. Pourtant cette démarche aurait pour avantage de faciliter une plus grande reconnaissance des justiciables en leur justice. Nous avons vu que le fait de cacher

---

<sup>401</sup> Les juges ne sont pourtant à cet égard point exceptionnels, pour Jean DESPREZ, « *Selon sa sensibilité personnelle [aux] questions [de société], selon les jugements qu'il porte sur sa propre société et son système de valeurs, le comportement ou la décision du juge pourront varier considérablement et ce, en toute légalité et sans arbitraire, dans tous les cas où à l'application mathématique de la loi se substitue la compréhension humaine, le dosage dans la répression, l'interrogation sur les conséquences de la sanction ou sur son efficacité sociale* », DESPREZ (Jean), *A propos du rapport annuel de la Cour de cassation « Sois juge et tais-toi » (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité)*, RTDCiv. 1978, p. 526.

<sup>402</sup> AUBERT (Jean-Luc), *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la cour de cassation* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 12.

<sup>403</sup> Jean-Christophe MAYMAT déplore que « (...) soit entretenue l'idée artificielle et hypocrite du droit positif comme étant une espèce d'évidence limpide, comme si les hésitations et les combats que le contentieux met à nu pouvaient comme par enchantement se dissoudre dans la sagesse unanimiste du jugement de nos magistrats », *L'effet injuste d'un jugement juste*, Op. Cit. Supra, p. 99.

l'absence d'unanimité des juges participe de la tradition judiciaire qui lie l'autorité des décisions à leur caractère indiscutable<sup>404</sup>. Tout contribue à sacraliser la justice judiciaire ; les lieux, les habits, le langage. S'y ajoute l'absence de critique de l'intérieur de la décision, la doctrine étant seule habilitée à porter une appréciation sur le travail des juges. Or, ce dernier élément constitue une double fiction à laquelle les justiciables n'adhèrent pas. La première repose sur le fait que personne ne peut croire que toutes les décisions sont prises à l'unanimité et que jamais un juge n'exprime de critique vis-à-vis de l'une d'entre elles. En revanche, nombreux sont ceux qui imaginent les tractations des juges et la partialité de leurs décisions. Ce qui est caché est immanquablement suspecté. Ce culte du secret, de la dissimulation est en contradiction avec les attentes des justiciables qui évoluent dans une société qu'ils souhaitent toujours plus transparente. C'est pourquoi, il est non seulement difficile de prétendre que les opinions séparées affaibliraient l'autorité des décisions judiciaires<sup>405</sup> mais en plus, on peut présumer qu'elles donneraient aux justiciables une meilleure justice. En tous cas, meilleure dans le sens où elle serait plus accessible et ses décisions mieux compréhensibles.

176. La fiction consiste également à laisser penser que l'objectif d'une justice plus ouverte n'est pas étranger à l'institution judiciaire, puisque la Cour de cassation elle-même a engagé une politique de communication<sup>406</sup>. Depuis la mise en place du Rapport annuel, la Cour de cassation a multiplié les occasions d'intervenir pour préciser le contenu de ses arrêts. Surtout, elle n'empêche pas ses juges de commenter des décisions auxquelles ils ont participé<sup>407</sup>. La critique d'une décision judiciaire de l'intérieur existe déjà. Seulement, comme elle n'apparaît pas sous la forme d'opinions séparées adjointes à la décision, elle n'est connue du grand public que par des indiscretions relatées dans les médias. Admettre les opinions séparées constituerait une remise en question du caractère sacré, indiscutable de la décision, car celles-ci montreraient au public qu'elle n'est pas approuvée par l'ensemble des juges. Si la vérité réside dans la division entre les juges, il vaut mieux transmettre cette information car l'expression de plusieurs opinions a des chances de convaincre un plus large public. En effet, une décision accompagnée d'opinions séparées est représentative des visions, des sensibilités

---

<sup>404</sup> Op. Cit. Supra, Partie I, T I, C I, S I, §2, A.

<sup>405</sup> Selon Jean-Pierre ANCEL, on perçoit mal en quoi les opinions séparées affaibliraient la décision. « *Cet affaiblissement dont serait atteint le jugement publié avec une opinion dissidente résiderait-il dans le fait que la décision n'a pas été unanime ?* ». Il estime que « ...sur le plan logique et rationnel, l'argument a de quoi étonner », ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente in La création du droit par la jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 2.

<sup>406</sup> Déjà évoquée Supra dans l'introduction, elle sera précisée Infra, Partie II, T I, C II, S I, §2, A.

<sup>407</sup> Voir Infra, Partie II, T I, C II, S I, §2, B.

différentes des juges. Si la justice judiciaire reposait sur « l'être », elle serait plus à l'image de la société et des justiciables auxquels elle s'adresse.

L'existence d'opinions séparées force à repenser la forme de la justice et offre aux lieu et place de l'image imposante d'une justice institutionnelle, qui parle d'une même voix, l'image plus nuancée d'une justice composée de juges qui peuvent s'exprimer en termes d'accord ou de désaccord. Aussi, au-delà de la seule connaissance de l'absence éventuelle d'unanimité, les opinions séparées autoriseraient-elles les juges à expliquer aux justiciables les raisons propres pour lesquelles ils ont tranché dans tel ou tel sens. Elles favoriseraient la communication entre juges et justiciables dans le cadre d'un dialogue renouvelé au sein duquel les juges s'exprimeraient à la première personne<sup>408</sup>.

177. Encore, l'accès au cheminement intellectuel individuel du juge donnerait une autre dimension de la motivation en ce que le juge qui donne sa position personnelle argumentera son choix par des considérations qu'il n'est pas coutume de trouver dans les décisions de justice. Comme l'a reproché André TUNC à la Cour de cassation, malgré l'importance des considérations sociales qui servent de base à ses décisions, elle ne les énonce pas<sup>409</sup>. Le principe tiré de l'article 12 du NCPC, selon lequel le juge doit statuer en droit et non en équité, pousse parfois les juges à élaborer une motivation hermétique, concentrée sur l'énonciation de la règle de droit. Une telle motivation manque nécessairement son objectif de communication avec les justiciables, objectif obligé puisque si le principe existe, ils en sont la justification. Le juge ne peut être extérieur à la société et détaché des évolutions sociales sous peine de se heurter à l'incompréhension de l'opinion publique<sup>410</sup>. Il intègre donc dans ses

---

<sup>408</sup> Sur le plan symbolique également la différence entre le fait de s'exprimer à titre personnel ou au nom du tribunal est importante, voir ROBIN (Cécile), *La langue du procès*, Thèse de doctorat, PU de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2000, p. 140.

<sup>409</sup> TUNC (André), « *En tranchant, par exemple, un problème de responsabilité civile, pourquoi ne se permettrait-elle jamais d'évoquer l'existence de l'assurance, alors que le législateur lui-même a rendu l'assurance obligatoire en plus de 50 domaines, et qu'elle bouleverse le fonctionnement des règles de responsabilité ? En cette même matière, le juge ne peut pas ne pas considérer l'intérêt des riches, mais aussi les besoins de la prévention et la nécessité de ne pas imposer à certaines personnes des charges qu'elles ne pourraient supporter. Pourquoi ne s'en explique-t-il pas ?* », *La cour suprême idéale in La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, TUNC (André) (dir.), RIDC 1978, p.468-469.

<sup>410</sup> Jean CHAZAL rapporte toute la difficulté qu'il y a de devoir appliquer une loi qui n'est pas en harmonie avec les mentalités, « *Le juge ne peut refuser de la prendre en considération. Il entreprend alors d'utiliser les ressources de l'arsenal juridique pour atténuer les conséquences les plus dommageables, les indignations les plus justifiées que susciterait une application catégorique et brutale des dispositions légales déphasées par rapport à la conscience publique* ». Prenant pour illustration la loi réprimant l'avortement, il indique qu'« *il fallait bien prononcer des condamnations. C'était la loi. Mais, dès 1956, dans la chambre que je présidais, les plus larges circonstances atténuantes et le bénéfice du sursis étaient presque constants. Les femmes riches, on le savait, allaient se faire avorter en Suisse ou en Angleterre, pour des raisons bien moins valables [que l'état de*

décisions des considérations autres que juridiques, mais ne les restitue pas. En s'exprimant séparément, le juge judiciaire pourrait plus facilement rendre compte de ces éléments non juridiques mais qui l'auraient néanmoins déterminé dans son choix<sup>411</sup>.

Le Professeur PERELMAN restitue bien la dualité de la notion de motivation qui « ...peut être comprise tantôt comme l'indication des raisons qui motivent le jugement, comme c'est le cas dans la terminologie française, et tantôt comme l'indication des mobiles psychologiques d'une décision »<sup>412</sup>. Les opinions séparées, sans toucher au premier sens, permettent d'intégrer le second. Si dans l'énoncé de la motivation le juge judiciaire n'a pas à motiver ses motifs, il aurait loisir de le faire dans une opinion séparée et de restituer aux justiciables tous les fondements de sa décision.

Les juges doivent donner une solution au litige qui s'élève entre les parties et ils ont chacun à cette occasion la faculté d'aller au-delà, en montrant aux justiciables la volonté qu'ils ont de s'expliquer avec eux. Il faut considérer qu'en retenant l'existence des opinions séparées, la justice n'apparaîtrait plus comme un milieu cloisonné où le mystère empêche de construire un lien véritable avec les justiciables.

178. Elles correspondent somme toute à l'application d'une idée démocratique. L'on peut trouver illusoire aujourd'hui d'entendre dire que les juges jugent « au nom du peuple français » faute d'un degré suffisant de représentation, ils donnent plutôt l'impression de juger le peuple français en intervenant dans leurs relations individuelles pour faire de l'un un gagnant et de l'autre un perdant. Au moins les juges judiciaires grâce aux opinions séparées auraient l'occasion de juger pour le peuple français en construisant les bases d'un échange. Juger au nom du peuple est un acte de soumission des juges à la loi. Conçus dans un premier temps comme étant la bouche qui prononce les paroles de la loi, les juges judiciaires n'étaient pas une institution jugée dangereuse par le peuple puisque celui-ci était à l'initiative de la loi via les représentants élus dans les assemblées parlementaires. Ainsi, tant que les juges n'avaient aucun pouvoir autre que celui d'appliquer la loi, leur légitimité était fondée sur le

---

détresse]. Une condamnation, même minime, ne pouvait que heurter l'équité. L'opprobre était réservé aux défavorisées de la fortune », CHAZAL (Jean), *Les magistrats*, Editions Grasset, 1978, Paris, p. 181.

<sup>411</sup> « C'est [dans la motivation] que l'on prend conscience des raisons plus ou moins explicites d'une solution, même si parfois -sinon souvent- celle-ci puise sa véritable sève dans des considérations qui dépassent la raison raisonnée : les exigences de justice et d'équité sont intrinsèques -qu'on le veuille ou non- au principe de légalité même si celui-ci formellement apparaît antinomique avec l'équité », BLONDEL (Philippe), *Le fait, source de droit* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 208.

<sup>412</sup> PERELMAN (Chaïm), *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse* in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches et de logique, Etudes publiées par PERELMAN (Chaïm) et FORIERS (Paul), Bruylant, 1978, Bruxelles, p. 415.

fait qu'ils représentaient indirectement le peuple en faisant respecter la loi. La reconnaissance du pouvoir créateur du juge judiciaire a mis fin à ce schéma. L'acquisition de ce pouvoir a fait exploser la conception d'une justice représentative du peuple puisqu'elle peut intervenir là où le peuple n'a pas donné mandat pour le faire. Les juges judiciaires n'étant pas élus par le peuple ne bénéficient déjà pas d'une légitimité directe, en se détachant de la loi pour exercer leur pouvoir créateur, ils perdent celle qui leur était indirectement reconnue. Ainsi, pour garantir la légitimité des juges judiciaires, il est nécessaire de tirer les conséquences de ce changement. Dans le cas contraire, elle ne cessera d'être contestée au gré des décisions qui déplairont. Il est donc essentiel que les juges judiciaires soient plus représentatifs du peuple<sup>413</sup>. C'est pour cette raison qu'on peut douter du fait que la crédibilité de l'institution judiciaire se situe dans l'absence de communication des discordances entre les juges. L'avantage des opinions séparées de pouvoir mettre en œuvre cette ouverture de la justice judiciaire est primordial. Elles favoriseraient une meilleure représentativité de l'institution en laissant les juges faire partager au public leur propre vision. Parce que l'expression d'opinions séparées est significative de la volonté des juges de s'expliquer personnellement, la distance avec les justiciables serait réduite et la légitimité renforcée.

179. Mme le Professeur GUIDICELLI-DELAGE souligne que « ...c'est à l'abus de pouvoir que la motivation a pour but de faire échec »<sup>414</sup>. Ce qui distingue motivation et opinions séparées, c'est que la raison d'être de ces dernières ne répond à aucune crainte tel un abus de pouvoirs, étant donné que les opinions séparées interviennent non dans la phase du jugement mais dans celle de l'après jugement et que, en tout cas, elles ne peuvent se prévaloir des effets attachés aux jugements. Ce qui rassemble motivation et opinions séparées, c'est qu'il s'agit de deux moyens de conforter la démocratie.

## B- Une justice pédagogique

180. La place de la justice dans la société fait du juge judiciaire un acteur privilégié pour jouer un rôle éducatif à l'égard des justiciables. Le caractère obscur du fonctionnement judiciaire ne fait pas une grande place à des vertus pédagogiques. Pourtant, si l'effet

---

<sup>413</sup> Les justiciables ont besoin d'avoir « ...l'assurance que les juges partagent leurs valeurs ou, du moins, vont les intégrer au droit », LAJOIE (Andrée), *Jugements de valeurs*, PUF, 1997, Paris, p. 193.

<sup>414</sup> GUIDICELLI-DELAGE (Geneviève), *La motivation des décisions de justice*, tome I, Thèse de doctorat, 1979, Poitiers, p. 317.

pédagogique de la loi a été reconnu<sup>415</sup>, il doit pouvoir en être de même des décisions judiciaires. L'hypothèse est permise même si la manière de procéder n'est pas la même. Pour le Doyen CARBONNIER, en effet, « *si le législateur sème le bon grain à la volée, le juge, lui, procède par leçons particulières* »<sup>416</sup>.

L'étendue du possible effet pédagogique des décisions judiciaires est peut-être plus large qu'il n'y paraît à première vue. Elles pourraient constituer un atout majeur de socialisation et non seulement de re-socialisation. Le fait de rendre une décision a pour but de rétablir l'ordre juridique tandis que la rédaction d'opinions séparées a pour avantage d'être, comme toute expression doctrinale, un espace de liberté pour la réflexion. En revanche, cette liberté devrait être employée à une mission de service public, celle d'expliquer aux justiciables comment fonctionne la justice judiciaire. Le fait d'adjoindre aux décisions des opinions séparées permettrait d'introduire plus de démocratie dans un système trop opaque pour être intelligible. Ainsi, les opinions séparées pourraient avoir une utilité pédagogique à l'égard de toutes parties au litige. Il est certain qu'il importe surtout d'expliquer au succombant pourquoi il a perdu mais il pourrait être intéressant de ne pas écarter le gagnant. Pourquoi ne serait-il pas positif d'expliquer pareillement à son adversaire les raisons pour lesquelles il a gagné ? Cette démarche aurait le mérite de clarifier la décision, puisque le perdant pourrait ainsi connaître lesquelles de ses prétentions ont réellement convaincu les juges. Un plus large public aurait également tout intérêt à savoir où se situaient les faiblesses de l'argumentation car une question juridique similaire peut être posée dans une autre affaire.

Il ne peut dépendre que de la rédaction des décisions d'avoir cet effet certes secondaire mais positif pour les rapports entre l'institution judiciaire et les justiciables. La tradition d'une motivation judiciaire *a minima* devrait céder devant l'avantage procuré par une motivation large. Surtout, la légitimité de la juridiction judiciaire se mesure de plus en plus à sa capacité de s'expliquer. Comme le note M. BARTHELEMY, « *...doter sa motivation d'une vertu pédagogique, voire démonstrative (...) assurera (...) [l'] imperium [du juge régulateur] de*

---

<sup>415</sup> « *...mais non pas [du] droit tout entier, qui eût englobé avec la loi les décisions de justice* », CARBONNIER (Jean), *Flexible droit*, 10<sup>ème</sup> édit., LGDJ, 2001, Paris, p. 155.

<sup>416</sup> « *... et sa leçon n'existe qu'assumée par une expérience personnelle de l'élève justiciable (telle l'amertume d'une condamnation pénale), tandis que l'enseignement de la loi (celui que diffuse, par exemple, une incrimination) n'est perçu qu'abstraitement – distraitement – par ses destinataires sans visage, comme une démonstration lointaine au tableau, tant que la règle de droit n'a pas eu l'occasion de s'abattre sur eux* », CARBONNIER (Jean), Op. Cit. Supra.

*meilleure manière que le quasi-mutisme qui résulte quelques fois d'une rédaction absconse ou stéréotypée* »<sup>417</sup>.

Parce que le juge judiciaire n'a pas toujours le temps, parce qu'il n'est pas aisé de trouver une motivation sur laquelle s'accorder, les opinions séparées offrent un cadre pour ce type d'évolution. Il pourrait faire part des limites de son pouvoir imposées par l'application de la règle de droit. A lui de saisir l'occasion d'une décision pour aider les justiciables à mieux cerner son rôle.

181. M. WEBER rappelle que hors les cas où il sera demandé au juge par les parties de statuer en équité, le juge n'a pas l'obligation d'être équitable et d'estimer *qu' « il ne faut donc pas lui faire porter la responsabilité de l'inéquité de certaines de ses décisions »*<sup>418</sup>. Pourtant, si le juge est dans l'obligation d'appuyer ses décisions sur des textes de loi notamment, c'est bien lui qui endosse la responsabilité de celles-ci tant pour lui-même que pour les justiciables. Les justiciables auront du mal à comprendre que la décision qui a été prise n'est pas forcément juste mais qu'elle est la seule permise en l'état des dispositions légales. Il s'agirait alors de les renseigner pour qu'ils comprennent mieux le fonctionnement de la justice au travers de l'appréhension du rôle du juge dans son rapport avec le législateur.

182. De la même manière, le juge judiciaire voit son initiative limitée par ce qui lui est demandé. L'énoncé des principes directeurs de l'instance<sup>419</sup> laisse soin aux parties de formuler leurs prétentions et au juge de statuer sur elles et seulement sur elles<sup>420</sup>. Il faut admettre que cette remarque procède d'une vision simpliste du rôle du juge qui dans le cadre de son office a un pouvoir de requalification de la demande et de relevé d'office d'un moyen<sup>421</sup>. Le succès d'une action dépend néanmoins avant toute chose de la compétence des

---

<sup>417</sup> BARTHELEMY (Jean), *Le droit au pourvoi* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 194.

<sup>418</sup> WEBER (Alain), *Pratiques : danse avec les juges*, in *La justice : l'obligation impossible*, collectif dir. par BARANES (William) et FRISON-ROCHE (Marie-Anne), édit. Autrement, Série Morale, mai 1995, p. 208.

<sup>419</sup> CORNU (Gérard), *Les principes directeurs par eux-mêmes (fragments d'un état des questions)* in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Litec, 1991, Paris, p. 83 ; BOLARD (Georges), *Les principes directeurs du procès dans le droit positif depuis Henri Motulsky*, JCP 1993, I, 3693.

<sup>420</sup> Le juge ne peut méconnaître les termes du litige sans risquer une violation de l'article 4 et/ou de l'article 5 du NCPC, voir HERON (Jacques), *Office du juge : l'assimilation critiquable de l'infra petita et de l'ultra petita*, Justices 1995, n°1, p. 244.

<sup>421</sup> Parmi une doctrine abondante sur ce thème, voir Martin (Raymond), *Le juge devant la prétention*, D. 1987, Chron., p. 35 ; NORMAND (Jacques), *Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain*, RTDCiv. 1998, p. 461.

conseils des parties. La liberté de ton de la doctrine lui permet de dénoncer à l'occasion certaines erreurs dans la formulation des prétentions<sup>422</sup>.

Dans le cadre de contentieux délicats tel celui de la compensation financière après divorce, il est certain que les erreurs de procédure des conseils restent des « ...subtilités [qui] ne sont en général guère comprises par les justiciables même si elles s'expliquent [juridiquement] »<sup>423</sup>.

Le juge peut certes indiquer dans ses motifs qu'il lui est impossible d'accéder à une demande d'indemnisation qui ne peut juridiquement être considérée comme ayant été sollicitée. Mais il aurait la possibilité de laisser entrevoir dans des opinions séparées certaines critiques quant à l'action engagée. A condition d'être élaborées dans un langage plus abordable pour les parties et différenciées du jugement proprement dit, elles offriraient une sorte de tribune pour dénoncer l'inutilité, les erreurs de la procédure engagée, pour expliquer en quoi elle ne pouvait prospérer. Les justiciables pourraient donc tirer argument de ces opinions séparées pour inciter leurs conseils à leur rendre des comptes. Là encore il y a pédagogie à donner aux justiciables les moyens de ne pas se sentir écrasés par le « monde judiciaire ».

183. Le poids de la tradition empêche une évolution qui est pourtant justifiée par la nécessité de donner confiance aux justiciables dans leurs juridictions judiciaires<sup>424</sup>. Ainsi, sous couvert de respect d'une tradition, le juge judiciaire n'assume pas un rôle qui dépasse le cadre traditionnel de sa mission à l'égard des justiciables. Or, vu la fréquence d'intervention du juge judiciaire dans les rapports privés, en peu de temps les justiciables pourraient acquérir, par l'expression d'opinions séparées, une meilleure maîtrise du mécanisme judiciaire et du fonctionnement de ses institutions. Il ne s'agit pas de donner des cours d'introduction au droit dans les opinions séparées, car leur objectif est bien de donner au juge

---

<sup>422</sup> Jean HAUSER à l'occasion de l'arrêt de la 2<sup>ème</sup> civ., du 8 juin 1995, Bull.civ., II, n°168, relève que l' « *On peut regretter que les conseils des parties, nonobstant cette jurisprudence bien établie [selon laquelle la défenderesse à une procédure de divorce pour rupture de la vie commune ne peut se voir octroyer des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 266 du code civil qui dispose d'une indemnisation dans le cadre du divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux], aient cru possible de saisir le juge sur le fondement de l'article 266, ce dernier ayant alors repoussé la demande. Devant la Cour de cassation, faute de mieux [sic], c'est un autre grief qui était présenté en reprochant au juge de n'avoir pas lui-même opéré la requalification sur le fondement de l'article 1382 du code civil* », HAUSER (Jean), *Personnes et droit de la famille*, RTDCiv. 1995, p. 869.

<sup>423</sup> HAUSER (Jean), *L'indemnité de l'article 280-1 et la prestation compensatoire : pas de requalification par le juge*, RTDCiv. 1996, p. 585.

<sup>424</sup> Comme le font remarquer Mrs SOULEZ LARIVIERE et DALLE simplement « *Par habitude exagonale, le juge français n'a pas le droit de dire « je », de laisser entendre que la loi ne serait pas tout donc la décision de principe doit être suffisamment obscure pour que le juge disparaisse derrière une décision motivée par l'évidence, la loi ou la nature* » « *D'où aussi [selon eux toujours] cette absence de dissent, c'est-à-dire d'expression de l'opinion minoritaire, dans les décisions de justice française* », *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Laffont, 2002, Paris, p. 423.



la possibilité d'exprimer sa désolidarisation de la décision. Pourtant, de manière indirecte, elles pourraient servir à donner aux justiciables des outils d'une meilleure compréhension du système judiciaire. Si le juge judiciaire prenait effectivement en compte la dimension pédagogique qu'il peut donner à ses décisions, il permettrait d'introduire plus de démocratie dans les rapports entre l'institution judiciaire et les justiciables.

## **§2- Pour une meilleure acceptation de la décision judiciaire**

184. Les justiciables souhaitent de plus en plus comprendre les raisons qui ont poussé le juge à statuer dans tel sens. Ainsi, leur attention se portera sur l'étude soit des motifs du rejet de l'argumentation par les juges, soit des moyens qui ont réussi à les convaincre. Les reproches de décisions incompréhensibles sont liés à la prise de conscience de l'opinion publique que le juge et l'institution judiciaire ne sont pas infallibles. Ce qui a pour effet d'inciter les justiciables à s'intéresser de plus près au contenu des décisions<sup>425</sup>.

185. Parce que les décisions judiciaires obéissent à des impératifs ou à des habitudes rédactionnels peu accessibles aux non initiés, les opinions séparées pourraient être exploitées comme un moyen de montrer aux parties qu'un débat préalable a bien eu lieu sur la pertinence des arguments qu'elles ont présentés avant qu'une décision ne soit rendue (A). Encore, les opinions séparées sont rédigées sous une forme simplifiée vu que les auteurs sont libres de les rédiger selon leurs convenances. Elles permettraient ainsi de renouveler le style des décisions judiciaires en l'adaptant mieux à son auditoire (B).

### A- L'assurance d'un débat préalable

186. La motivation des décisions judiciaires ne suffit pas à faire disparaître le sentiment d'arbitraire des justiciables. Elle n'éclaire pas suffisamment le processus juridictionnel. En levant le voile sur l'élaboration de la décision, les opinions séparées feraient disparaître le soupçon d'arbitraire qui pèse sur elle au point de lui ôter parfois sa crédibilité<sup>426</sup>. Les soupçons naissent de ce que l'on veut cacher. De fait, les justiciables ont du mal à accepter

---

<sup>425</sup> Contra, MORVAN (Patrick), *Le principe de droit privé*, Thèse de doctorat, Editions Panthéon Assas, Droit privé, LGDJ, 1999, Paris, p. 464.

<sup>426</sup> « ...l'élaboration à visage découvert de la décision judiciaire permettrait aux citoyens d'en mieux percevoir le mécanisme, et par là même de mieux l'accepter, en tout cas d'éloigner soupçons et suspicions », les propos de l'auteur portent sur le délibéré public et non directement sur les opinions séparées, DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges* in *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris p. 188.

une décision qui est issue d'une procédure obscure. Une plus grande publicité du processus juridictionnel aiderait à ce que les décisions judiciaires soient mieux acceptées.

Comme l'ont souligné le Professeur BOLARD et le Doyen GUINCHARD, « ...le juge doit expliquer aux justiciables qu'à défaut d'avoir raison, ils ont été écoutés »<sup>427</sup>. Cette écoute peut se traduire par une motivation stricte<sup>428</sup> mais pas seulement. Elle consiste aussi à montrer aux justiciables qu'avant que la décision ne soit rendue il y a eu débat, discussion autour des arguments qu'ils ont fait valoir. Permettre les opinions séparées serait un moyen d'éviter de générer le sentiment de crainte que le sort de leur affaire soit décidé d'avance. Dans une opinion séparée, le juge, en livrant sa réflexion personnelle, va indiquer qu'il a été séduit par tel argument, qu'il a estimé tel autre non pertinent. En réalité, tout ce qu'il voudra bien écrire sera la garantie de l'existence d'un débat préalable dont le justiciable a besoin pour mieux accepter le sens de la décision. L'adjonction en elle-même d'opinions séparées à la décision prouve que l'affaire a été discutée puisqu'elle fait ressortir l'existence de désaccords entre les juges. En attestant de l'existence d'un véritable débat, les opinions séparées pourraient atténuer les sentiments d'injustice. L'assurance d'avoir été compris par au moins l'un des juges pourrait favoriser une sorte de deuil de la revendication.

187. Un autre avantage des opinions séparées s'envisage alors. Il consisterait à penser qu'une décision dont on sait qu'elle a été rendue après un débat véritable devrait être moins critiquée par l'exercice d'une voie de recours. Les opinions séparées agiraient sur les décisions judiciaires en leur conférant une légitimité. Si on reconnaît la légitimité d'une décision, on est bien moins enclin à la critiquer quand bien même elle nous est défavorable.

Selon Mme le Professeur LAJOIE<sup>429</sup>, la légitimité des juges<sup>430</sup> est étroitement liée à la recherche de l'adhésion des adressataires. On a tendance à considérer que cette recherche de l'adhésion est très bien exprimée par les juges qui optent pour un style discursif. La motivation descriptive, ample, de certaines décisions, souvent issues du système de *common law*, est justifiée par le fait que les juges tirent leur légitimité de la force de persuasion qu'ils parviennent à donner à leur argumentation. C'est pourquoi, celle-ci est largement développée.

---

<sup>427</sup> BOLARD (Georges), GUINCHARD (Serge), *Le juge dans la cité*, JCP 2002, I, 137, p. 977.

<sup>428</sup> A ce sujet, Georges BOLARD et Serge GUINCHARD critiquaient le fait que les juges n'aient pas à analyser expressément les moyens et prétentions des parties pour motiver leurs décisions, Op. Cit. Supra.

<sup>429</sup> LAJOIE (Andrée), *Jugements de valeurs*, PUF, 1997, Paris, p. 193. « Dès lors cette légitimité « ne sera plus fondée sur la puissance intrinsèque de la norme, mais sur la recherche de l'adhésion des adressataires...[et dépendra de l'étendue] du consensus qu'elle est capable de recueillir ».

<sup>430</sup> C'est bien de cette légitimité que vient celle de la décision.

Cette recherche d'adhésion ressort également de la rédaction d'opinions séparées. En effet, les juges tout en expliquant leurs désaccords cherchent à convaincre que la majorité est dans l'erreur et qu'ils ont raison. Les décisions judiciaires interviennent dans les rapports privés dont la sensibilité peut justifier, plus qu'ailleurs, que les juges prennent en compte la manière dont leur décision va être reçue. La motivation, trop elliptique, ne peut pas suffire pour convaincre l'auditoire. L'expression d'opinions séparées tendrait, alors, à faciliter cette adhésion, en raison de sa capacité à rendre plus transparente une phase dont la régularité est soupçonnée. Cette phase si secrète, tant qu'elle le sera entièrement, donnera toujours l'impression aux justiciables malheureux qu'ils n'ont pas été entendus et que, pour cette raison, ils ont perdu. Par la présence d'opinions séparées, ils sauraient au moins que s'ils ont perdu, ils ont tout de même été entendus. De fait, la décision judiciaire se présenterait telle quelle est en règle générale ; une décision rendue à l'issue d'une discussion entre les magistrats concernés et, en tous cas, dans une affaire donnée.

188. Les opinions séparées permettraient d'appréhender la décision judiciaire comme ne constituant pas une vérité définitive mais plutôt une vérité à caractère provisoire, qui correspond à des données précises. Le caractère provisoire d'une décision ressort directement du contenu des opinions séparées lesquelles sont nourries des diverses réflexions de leur auteur et plus spécifiquement de celle, éventuelle, qui concernerait le devenir selon lui de la règle de droit appliquée. Il aurait pour effet d'atténuer la « violence »<sup>431</sup> avec laquelle la décision est rendue et permettrait au justiciable d'accepter celle-ci plus aisément, sans avoir le sentiment que pour des motifs qu'il ne comprend pas du fait de leur langage technique, le couperet judiciaire est tombé.

## B- L'adaptation du style judiciaire

189. La technicité des décisions judiciaires est souvent critiquée, elle empêche les justiciables de les comprendre alors qu'elles ont une influence importante sur leur vie quotidienne. Cela tient tant à la présentation générale de la décision qu'au vocabulaire utilisé par les juges<sup>432</sup>. Le style judiciaire reste bien obscur pour qui n'est pas juge. Il faut alors

---

<sup>431</sup> Avec pertinence Paul MARTENS s'interroge en ces termes, « ...dans un monde où les maîtres mots de la pacification sociale sont ceux de consensus et de compromis, le jugement n'apparaît-il pas comme une forme de violence d'autant plus inadmissible qu'elle émane d'une institution à laquelle on demande d'assurer la pacification avec des moyens qui ont gardé la marque de la belligérance ? », MARTENS (Paul), *Réflexions sur le maniérisme judiciaire*, RTDH 2002, p. 343.

déchiffrer un vocabulaire de spécialiste et distinguer différentes parties dans la décision. Pourtant, s'agissant du langage, déjà, les formules latines pourraient être évitées<sup>433</sup>. Le vocabulaire pourrait être modernisé pour ne plus faire apparaître des mots ou expressions obsolètes, à la signification ambiguë ou multiple. S'agissant de la structure de la décision, il serait possible d'ôter, à la manière de certains juges de premier degré, les attendus qui saccadent le raisonnement permettant un style plus littéraire. Ces archaïsmes pesants perdurent néanmoins et l'on se rend compte que la spécialité du style judiciaire<sup>434</sup> est difficilement « gommable ». La solution consiste alors à faire appel à ceux qui savent<sup>435</sup>.

Même si l'opacité du vocabulaire n'est pas spécifique à la matière juridique<sup>436</sup>, le style judiciaire a des caractéristiques, des spécificités, qui posent un réel problème car elles rendent opaques les décisions à l'endroit de ceux à qui elles sont destinées.

L'admission des opinions séparées pourrait réduire les inconvénients liés à la motivation peu claire de nombreuses décisions judiciaires. Elles apporteraient un style ouvert plus adapté aux besoins des justiciables et, en renouvelant ce style judiciaire, elles participeraient à l'acceptation de la décision. En effet, la présentation des opinions séparées dépend de leurs auteurs, qui n'ont pas à se plier au style classique de la présentation des décisions puisqu'ils ne sont pas dans leur fonction juridictionnelle. Ils exercent une activité purement doctrinale ; ce qui signifie qu'ils ne font pas part de leur position personnelle en s'exprimant sous la forme d'attendus. La rédaction d'une opinion séparée se rapproche du modèle de la note doctrinale et n'a rien à voir avec l'écriture d'une décision judiciaire. Notamment, son contenu n'est pas destiné à être contrôlé par une juridiction supérieure comme c'est le cas lorsqu'un recours est exercé contre la décision.

---

<sup>432</sup> Pour ne prendre qu'un exemple, citons le Rapport COULON dans lequel Pierre MAZEAUD indique que « *le langage judiciaire doit être rendu plus accessible tant au niveau du vocabulaire que de la mise en forme* », *Réflexions et propositions sur la procédure civile, Rapport au garde des Sceaux*, COULON (Jean-Marie) (dir.), Collection des rapports officiels, La documentation française, 1997, Paris, p. 102.

<sup>433</sup> Selon Marie-Anne FRISON-ROCHE, « *Le langage judiciaire, la persistance du latin, assure le fossé entre langage commun et langage technique* », *De l'injuste au juste in La procédure injuste*, FRISON-ROCHE (Marie-Anne), BARANES (William) (dir.), Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1997, p. 84.

<sup>434</sup> Pour Jacques ROBERT, c'est surtout au juge judiciaire qu'il convient d'attribuer l'usage volontaire d'un langage ésotérique, ROBERT (Jacques), *La bonne administration de la justice*, AJDA 1995, p.119-120.

<sup>435</sup> « *Mieux vaut ne pas comprendre -comme en tant d'autres secteurs de la vie- et par conséquent se renseigner, que croire que l'on comprend et se tromper* », TERRE (François), *Introduction générale au droit*, 7<sup>ème</sup> édition, Précis, Dalloz, 2006, Paris, n° 458, p. 376.

<sup>436</sup> CHATILLON (Stéphane), *Droit et Langue*, RIDC 2002, p. 691, « (...), si la moitié des citoyens ne peuvent entendre un jugement, la proportion est-elle plus forte des citoyens en état de suivre un discours de réception à l'Académie française ? » ; MIMIN (Pierre), *L'archaïsme dans la langue judiciaire*, JCP 1947, I, 662.

190. L'absence systématique d'attendus devrait jouer sur la longueur des phrases<sup>437</sup>, laissant place à des phrases plus courtes ; lesquelles correspondent mieux à ce que les justiciables ont pour habitude de lire. Surtout, si les juges susceptibles de s'exprimer séparément prenaient conscience de ce que leurs opinions contribuent à « *trouver une juste distance entre la justice et ses usagers* »<sup>438</sup>, le vocabulaire employé aurait des chances d'être volontairement simplifié en comparaison du langage utilisé dans la décision<sup>439</sup>.

Pour disposer d'une justice démocratique, c'est-à-dire plus proche des citoyens, l'adaptation du style judiciaire est obligatoire. L'utilisation dans ce but des opinions séparées est précieuse tant le *statu quo* semble être acquis s'agissant d'une modification de la forme de la décision.

191. Beaucoup sont d'accord pour dire que le style judiciaire est archaïque<sup>440</sup> mais ne souhaitent pas le voir modifié pensant que la banalisation du vocabulaire ferait perdre de sa précision et de son autorité à la décision<sup>441</sup>. Cette justification est contestable parce que la justice est faite avant tout pour les plaideurs et que ceux-ci doivent être mis en mesure de la comprendre<sup>442</sup>. Si l'institution judiciaire prend le risque de rester en décalage avec son

---

<sup>437</sup> ROBERT (Jacques), Op. Cit. Supra, p. 119.

<sup>438</sup> JEAN (Jean-Paul), *Les demandes des « usagers » de la justice, La qualité de la justice, Perspectives sur la justice*, Mission de recherche « Droit et Justice », La documentation Française, Paris, 2002, p. 28. Il rapporte page 33 le résultat d'une étude réalisée par l'Institut IPSOS pour le compte de la Mission de recherche en décembre 2000 indiquant : « *les personnes ne savent pas « comment ça marche », le cours de la justice leur passe majoritairement au dessus de la tête. Le caractère impressionnant, le lieu, les codes, le langage empêchent l'appropriation des processus judiciaires. Il existe une impression d'inadaptation globale face aux cas individuels* ». Pour une analyse des sondages d'opinions sur la justice, voir BASTIEN (François), *Opinion (des justiciables), Dictionnaire de la justice*, CADIET (dir.), PUF, 2004, Paris, p. 937 et s.

<sup>439</sup> « *L'usage d'une langue de spécialistes élimine le justiciable profane du traitement de son conflit. (...) Aggravée par le mécanisme procédural de la Cour, cette mise à distance du justiciable reflète le caractère de domination conféré par la langue au juge. (...) L'emploi de la langue juridique constitue pour le juge de cassation un instrument de pouvoir. Elle permet l'éviction totale et définitive du justiciable profane* », ROBIN (Cécile), *La langue de la Cour de cassation*, RRJ 2001, n°2, p.516-517.

<sup>440</sup> Ce qualificatif est, selon Gérard CORNU, bien ou mal fondé suivant l'objet de la critique, « *l'impression d'archaïsme qu'éprouve le profane est bien fondée lorsque le langage juridique, pour désigner des choses courantes, continue d'employer des termes ou des tournures qui ne le sont plus dans l'usage ordinaire actuel (...) [Elle] n'est pas fondée lorsque le langage juridique emploie, pour désigner des choses juridiques, des termes juridiques de précision qui n'ont aucun équivalent dans le lexique général* », CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, 3<sup>ème</sup> édition, Domat, droit privé, Montchrestien, 2005, Paris, p. 20.

<sup>441</sup> «... *le particularisme de son vocabulaire est dans l'ensemble une difficulté moins gênante que ne le serait la banalisation de son langage, si elle devait se réaliser au prix de son imprécision* », VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André), *Institutions judiciaires*, 8<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2005, Paris, p. 232, «... *la matière du droit impose un certain recul par rapport au langage profane, faute de quoi l'expression du juridique en termes élémentaires est de nature à le corrompre et à nuire à sa prévisibilité, donc à la sécurité juridique* », TERRE (François), Op. Cit. Supra, p. 376.

<sup>442</sup> TOUFFAIT (Adolphe), MALLET (Louis), *La mort des Attendus ?* D. 1968, Chron., p. 24. On trouve avec désespoir sous la plume de ces auteurs en 1968 les mêmes questions que celles posées encore aujourd'hui, « *D'un côté, maintien d'une prétendue tradition, sans doute respectable, mais surannée et dépassée dans*

auditoire en ne changeant pas le style de ses décisions, une prise de conscience des bienfaits de l'adjonction d'opinions séparées est nécessaire. L'incertitude d'une adaptation d'un nouveau style de présentation et d'un nouveau langage ne doit pas empêcher d'imaginer d'autres moyens permettant à l'institution judiciaire de donner d'elle une image plus accessible, plus démocratique. Sans toucher à la décision elle-même, les opinions séparées pourraient être une alternative à effet d'adapter directement le langage du juge aux destinataires dans le but plus large de conférer une légitimité à l'institution judiciaire.

---

*certaines de ses aspects secondaires ; de l'autre, service du justiciable qui a droit à la plus grande facilité de compréhension des décisions le concernant. Quel sera le plus lourd de ces deux plateaux dans la balance d'une Justice qui se pèse elle-même ? A une époque où les institutions les plus anciennes et les plus vénérables, poussées par l'évolution des esprits vers de nécessaires préoccupations sociales, s'efforcent à un rajeunissement destiné à les rapprocher de leurs « usagers », la Justice resterait-elle la seule, sur le terrain des coutumes et de la pratique, à se dérober à une indispensable révision ? ».*



## Conclusion du Chapitre I

192. Si les opinions séparées étaient admises dans l'ordre judiciaire français, il y a de sérieuses chances qu'elles ne nuisent pas à la clarté du droit mais qu'elles traduisent, au contraire, toute sa richesse. Comme le constate M. SILANCE, « *les arrêts et jugements doivent dans leur motivation être cohérents, c'est-à-dire exempts de toute contradiction ; le droit, en général, et dans son intégralité ne comporte pas une telle exigence* »<sup>443</sup>. Le style des décisions judiciaires est très souvent critiqué pour son caractère elliptique. Il ne retrace qu'un minimum d'éléments des échanges entre les juges alors que la résolution d'une affaire est fondée sur la confrontation des points de vues. Le système judiciaire français n'admet pas de «... *polyphonie de voix et de voies de droit* »<sup>444</sup>. Ses décisions ne reflètent donc pas la réalité de leur élaboration. Cette absence d'explication n'est pas seulement un critère de distinction entre les droits de *common law* et romano-germanique, elle ne se limite pas à une question de conceptions différentes de la fonction du juge. Le manque de transparence du processus juridictionnel a amené à la situation déplorable dans laquelle se trouve l'institution judiciaire. Tout déficit de justification entretient et élargit la distance entre le juge et les justiciables.

193. Il est certain que la qualité de l'argumentation, la capacité de convaincre l'auditoire est une bien meilleure sauvegarde de la légitimité de l'institution judiciaire qu'une motivation peu explicite. Les opinions séparées pourraient être un formidable élément d'approfondissement de l'analyse juridique. Elles accompagneraient les décisions judiciaires afin de donner au public connaissance de l'existence de plusieurs solutions possibles à une même question. Elles pourraient aussi améliorer la qualité de la motivation de la décision majoritaire. En effet, la simple menace ou la rédaction d'une opinion séparée pousserait logiquement les juges majoritaires à motiver plus rigoureusement la décision. Ceux-ci devraient d'autant plus convaincre l'auditoire de la pertinence de la décision qu'elle serait accompagnée de l'énoncé de points de vue différents.

194. Egalement, en fournissant une alternative, elles pourraient préparer les évolutions du droit et prévenir contre l'effet de surprise des revirements de jurisprudence. Qu'elles agissent directement sur la motivation en obligeant les juges majoritaires à une motivation plus

---

<sup>443</sup> SILANCE (Luc), *La motivation et la cohérence du droit* in *La motivation des décisions de justice*, in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches et de logique, Etudes publiées par PERELMAN (Chaim) et FORIERS (Paul), Bruylant, 1978, Bruxelles, p. 231.

<sup>444</sup> L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidente : voix de l'avenir ?* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 85.



complète, ou qu'elles apportent un complément d'explication, les opinions séparées rendraient les décisions plus abordables pour le public.

Les opinions séparées contribueraient certainement au renforcement d'une justice démocratique. En replaçant les justiciables au cœur du système et en recherchant leur adhésion, les décisions judiciaires complétées par les opinions séparées gagneraient en autorité.

195. Il serait évidemment intéressant d'aller plus loin dans l'utilisation des opinions séparées comme facteur de transparence du processus décisionnel. En s'exprimant séparément, le juge judiciaire serait individualisé. Ainsi, les justiciables pourraient constater la réalité de son investissement personnel ce qui permettrait peut-être de redorer le crédit de la justice fortement terni depuis que la responsabilité de certains juges judiciaires a été mise en cause. Il faut envisager la manière dont les opinions séparées pourraient devenir un mécanisme de responsabilisation résolument utile à la recherche d'un moyen de combler le déficit de confiance des justiciables dans l'institution judiciaire.

## Chapitre II

### Un mécanisme de responsabilisation du juge

196. L'embryonnaire régime de responsabilité du juge judiciaire est impropre à rétablir la confiance des justiciables en leur justice car il donne l'impression générale d'une irresponsabilité de principe. Depuis longtemps, le législateur estime qu'il est nécessaire d'accroître la responsabilité des juges pour répondre aux attentes de l'opinion publique. Différents projets de réforme de la justice, dont le plus récent a donné lieu à la loi du 5 mars 2007<sup>445</sup>, ont présenté la responsabilité comme la contrepartie nécessaire de l'indépendance des juges. Or, toute mise en cause de la responsabilité personnelle fait courir un risque important à la garantie essentielle qu'est la liberté de jugement. Ainsi, la tentative d'asseoir la crédibilité de l'institution judiciaire sur l'engagement de la responsabilité du juge se heurte à la nécessaire sauvegarde de son indépendance. Si la liberté de jugement implique de rendre des comptes aux justiciables en cas de faute, la voie de la responsabilité personnelle n'est pas la bonne.

197. Il faut prendre du recul par rapport à la question de la responsabilité des juges et s'intéresser à son but qui est de donner confiance aux justiciables en la justice. Que veulent les justiciables ? Avoir l'assurance qu'ils ont été ou qu'ils seront jugés correctement, loyalement, en somme de manière indépendante et impartiale. L'objectif de la responsabilité personnelle du juge est bien de mettre en œuvre un dispositif adapté aux attentes des justiciables, la responsabilité n'est que le moyen censé y parvenir. Ce que le législateur recherche dans la responsabilité, c'est un moyen de crédibiliser l'action du juge judiciaire en sanctionnant ses fautes. Etant donné qu'elle ne permet pas d'atteindre pleinement l'objectif souhaité, un autre moyen peut valablement être proposé, qui consisterait en la responsabilisation.

198. La responsabilisation se distingue de la responsabilité par l'absence de sanction juridique, qu'elle soit pénale, civile ou disciplinaire. Ainsi, elle ne poserait *a priori* pas les problèmes d'atteinte à l'indépendance du juge judiciaire rencontrés précédemment par la responsabilité. En revanche, il est nécessaire de s'assurer qu'elle puisse répondre au déficit de confiance des justiciables dans l'institution judiciaire. Paradoxalement, les opinions séparées pourraient mettre en œuvre cette responsabilisation. A première vue, elles semblent favoriser

---

<sup>445</sup> Loi organique n°2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JO n°55 du 6 mars 2007, p. 4184, disponible aussi sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

plutôt l'engagement de la responsabilité personnelle du juge puisqu'elles facilitent l'identification des responsabilités de chacun des juges dans l'élaboration de la décision. En réalité, elles permettraient à la responsabilisation d'apparaître comme le meilleur moyen d'assurer un équilibre entre la responsabilité et l'indépendance du juge judiciaire.

199. On a vu qu'aux Etats-Unis, les opinions séparées engagent la responsabilité politique des juges de la Cour suprême, susceptibles de faire éventuellement l'objet d'une procédure d'*impeachment*<sup>446</sup>. Le sens aigu de l'implication des juges américains dans leur mission a pour corollaire l'exercice d'un contrôle du pouvoir politique sur le contenu de leurs décisions. Cette responsabilité politique serait dangereuse pour l'indépendance du juge judiciaire français car, non seulement elle ne respecte pas la séparation des pouvoirs, mais en plus, elle vise à le sanctionner personnellement. Il ne s'agit donc pas de militer en faveur de la transposition de ce type de responsabilité. Néanmoins, la perspective d'un contrôle non juridique est intéressante. On pourrait retenir de l'approche américaine des opinions séparées, l'idée de juges qui s'investissent personnellement, sans se cacher derrière la collégialité, et qui ont un sens développé du devoir de rendre des comptes de leur action judiciaire.

200. L'identification du statut juridique des opinions séparées comme « mécanisme » de responsabilisation démontre que si l'utilité des opinions séparées est attachée à une finalité ; restaurer la confiance des justiciables, c'est par un enchaînement de plusieurs éléments qu'elles pourraient y parvenir.

Nous allons tenter de démontrer que l'objectif de renforcement de la crédibilité de l'institution judiciaire pourrait être atteint si les opinions séparées étaient utilisées non pas dans une perspective de responsabilité (Section I) mais de responsabilisation (Section II).

### **Section I- L'impasse de la voie de la responsabilité**

201. Devant les mises en cause de certains juges, la crédibilité de l'institution judiciaire a été fortement entamée. Tout déficit de confiance des justiciables compromet la réputation d'indépendance et d'impartialité de la justice. Pourtant, malgré l'urgence qu'il y a de rétablir une bonne image sous peine qu'elle se dégrade de plus en plus, les remèdes proposés ne font pas long feu. Après l'émotion publique suscitée par l'affaire d'Outreau, la mise en place exceptionnelle d'une Commission parlementaire pour entendre les explications des magistrats

---

<sup>446</sup> Op. Cit. Supra, Partie I, T I, C I, S I, §1, B, 1.

sur les erreurs commises et la rédaction d'un rapport formulant plusieurs propositions, un projet de loi organique a été déposé à l'Assemblée nationale contenant notamment deux dispositions censées « ...permettre aux Français de retrouver la confiance dans leur justice »<sup>447</sup>. La première était relative au régime disciplinaire des magistrats. La seconde, à la saisine directe du Médiateur. Elles ont été déclarées inconstitutionnelles, le 1<sup>er</sup> mars 2007<sup>448</sup>, par décision du Conseil constitutionnel. C'est la dernière manifestation du fourvoiement du législateur qui recherche obstinément à répondre aux attentes des justiciables en accroissant la responsabilité des juges.

202. Vouloir réformer le régime de la responsabilité disciplinaire et développer un contrôle de l'activité du juge ne peut se faire sans toucher à la question sensible de l'indépendance. Celle-ci est centrale, la solution au déficit démocratique de l'institution judiciaire tourne autour d'elle. L'indépendance, c'est la garantie dont le juge judiciaire est titulaire pour le compte des justiciables. On ne peut que constater l'incapacité du législateur à mettre en place un régime de responsabilité qui réponde à l'objectif de renforcement de la crédibilité du juge judiciaire sans, dans le même temps, faire courir de risques à son indépendance. Proposer d'introduire les opinions séparées dans le contexte de l'après Outreau n'est pas forcément la meilleure chose car le risque de dérive est important. En effet, le pouvoir politique à la recherche de moyens permettant d'accroître la responsabilité du juge judiciaire pourrait s'en servir pour engager plus fréquemment la responsabilité personnelle des juges réunis collégalement. Aussi, la voie de la responsabilité apparaît-elle comme une impasse car le danger d'une atteinte à l'indépendance du juge judiciaire pourrait augmenter avec l'introduction des opinions séparées (§1). Or, il s'avère que ce danger existe indépendamment de l'existence des opinions séparées puisqu'un système de responsabilité fait de toute façon courir un risque à l'indépendance du juge (§2).

---

<sup>447</sup> Discours de Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, *Réforme de la Justice*, Assemblée nationale – Jeudi 14 décembre 2006, disponible sur la page internet : <http://www.justice.gouv.fr/discours/d141206.htm>.

<sup>448</sup> Décis. C.Constit, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, n°2007-551 DC - 1<sup>er</sup> mars 2007, disponible sur la page internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, Jurisprudence, disponible sur la page internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc22/jurisp551.htm>.

## §1- Un risque supplémentaire d'atteinte à l'indépendance lié à l'introduction des opinions séparées

203. Certains Etats protègent le juge judiciaire d'un risque d'atteinte à son indépendance en instituant des systèmes d'immunité. Notamment, en matière de responsabilité civile<sup>449</sup>, il existe une distinction entre les systèmes anglo-saxons qui font prévaloir l'immunité du juge et ceux qui, comme le système français, admettent le principe de leur responsabilité<sup>450</sup>. Le travail du législateur consiste, dès lors que le juge judiciaire ne bénéficie pas d'immunité, à rechercher un équilibre entre indépendance et responsabilité. Même si elle est restreinte par la nécessité de ne pas l'exposer systématiquement à une mise en cause potentiellement attentatoire à son indépendance, la responsabilité personnelle du juge judiciaire est admise<sup>451</sup>. Dans le système existant, la collégialité constitue une sphère imperméable à l'engagement de la responsabilité personnelle du juge judiciaire. Il est vrai que le secret du délibéré empêche les juges de révéler des éléments sur la participation de chacun dans l'élaboration de la décision et indirectement d'imputer une faute à l'un d'entre eux. Il est ainsi impossible de sanctionner un juge d'une formation collégiale. Or, l'introduction des opinions séparées pourrait faire courir un danger plus important à l'indépendance du juge judiciaire en allant

---

<sup>449</sup> Pour mémoire, s'agissant de la responsabilité pénale : en vertu du principe d'égalité de tous devant la loi pénale, le juge judiciaire est traité comme tout citoyen. Ses décisions ne peuvent pas constituer un crime ou un délit. Il peut aussi être poursuivi en tant que dépositaire de l'autorité publique.

<sup>450</sup> CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, RIDC 2006, n°4, p. 1061 et s.

<sup>451</sup> Le premier régime de responsabilité, issu de l'article L 141-1 du COJ, prévoit la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service public de la justice en cas de faute lourde ou de déni de justice ; SARDA (François), *Les responsabilités des juridictions*, Que sais-je ? PUF, 1999, Paris, p. 81 et s. ; MÈNURET (Jean-Jacques), *Compatibilité du régime spécial de responsabilité de la puissance publique de l'article L 781-1 du code de l'organisation judiciaire avec l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et redéfinition de la notion de faute lourde*, JCP 2001, II, 10583, p. 1626 ; DEBBASCH (Charles), *Le nouveau régime de responsabilité de la justice*, D. 2001, Chron., p. 1752. Un autre régime est établi par l'article 11-1 de l'ordonnance de 1958 portant statut de la magistrature, son alinéa 1 énonce le principe de la responsabilité civile du juge pour faute personnelle ; la faute personnelle correspond à celle commise en dehors de l'exercice des fonctions mais aussi à la faute intentionnelle ou à la faute lourde même commise dans l'exercice des fonctions, CSM, *Rapport d'activité 1999*, Les éditions des journaux officiels, p. 121. Cette responsabilité, dès lors qu'elle se rattache au service public de la justice ne peut, en vertu de son alinéa 2, être recherchée directement à l'encontre du juge mais uniquement sur action récursoire de l'Etat ; PLUYETTE (Gérard), CHAUVIN (Pascal), *Responsabilité de la justice et des magistrats*, Juris-Classeurs, Procédure civile, fascicule 74, p.24-25 ; WIEDERKEHR (Georges), *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, Justices 1997, n°5, p. 23 ; MARTIN (Raymond), *La justice en faute lourde ou simple*, Procédures 2001, Chron., p. 4 ; GICQUEL (Jean), *La justice et l'Etat*, PA 2000, n°213, p. 47 et s. ; JOLY-HURARD (Julie), *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats in Etudes de droit contemporain, Contributions françaises au 17<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé*, 16-22 juillet 2006, Utrecht, RIDC 2006, n°2, p. 454. Le régime disciplinaire organise la sanction des fautes disciplinaires ; CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), Op. Cit. Supra, p. 1085 et s.

rechercher sa responsabilité personnelle même en cas de collégialité. La question de la responsabilité du juge judiciaire depuis la campagne présidentielle de 2007 est récurrente. La crainte d'une récupération politique des opinions séparées, qui permettraient indirectement d'individualiser la faute, pour augmenter la responsabilité du juge judiciaire n'est pas à exclure. En effet, les opinions séparées rendent possible l'individualisation de la faute en cas de collégialité (A), ce qui pourrait avoir pour conséquence d'augmenter le risque d'un engagement de la responsabilité du juge judiciaire (B).

#### A- La possibilité d'individualiser la faute en cas de collégialité

204. La rédaction d'une opinion séparée permet au juge d'indiquer et d'expliquer les raisons de son désaccord avec la décision majoritaire. Néanmoins, en levant le voile sur son identité, le juge donne indirectement des informations sur la participation respective de chacun dans l'élaboration de la décision. Si celle-ci s'avérait être mauvaise, les opinions séparées pourraient servir à faire disparaître l'obstacle que la collégialité représente à l'individualisation de la faute. L'affaiblissement de l'indépendance du juge judiciaire pourrait alors être réel si les opinions séparées étaient utilisées pour favoriser l'identification de l'auteur de la faute (1). Pourtant, il a déjà été proposé de les utiliser dans la perspective d'individualiser la faute disciplinaire (2).

##### 1- Une identification de l'auteur de la faute facilitée

205. La collégialité est une limite à l'engagement de la responsabilité personnelle du juge judiciaire. La sanction individuelle d'une faute suppose de pouvoir identifier son auteur. La mise en cause du juge est restreinte étant donné que le secret du délibéré s'applique et qu'il a pour effet de dépersonnaliser la décision. Celle-ci se présente plus comme émanant d'une entité impersonnelle, le collège, que de la réunion de chacun des juges pris individuellement. L'association du secret du délibéré à la collégialité<sup>452</sup> empêche donc d'individualiser l'auteur de la faute. Le contenu du délibéré devant rester secret, aucun des juges ne pourra se voir reprocher une faute personnelle puisque cela impliquerait de leur demander de révéler

---

<sup>452</sup> PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Domat, Droit privé, Montchrestien, 2006, Paris, p. 482.

l'identité de celui qui est exclusivement ou le plus impliqué dans la réalisation de celle-ci<sup>453</sup> et ils ne peuvent être relevés de leur serment.

Le secret du délibéré empêche de connaître l'identité de celui qui, par exemple, parmi les juges a été le plus impliqué dans la détermination de son sens. Si les opinions séparées étaient autorisées, il s'agirait, au contraire, d'un élément qu'elles pourraient indirectement révéler.

Dans un collège de trois juges, une seule opinion dissidente suffirait à identifier ceux qui ont voté pour le dispositif. Si une action en responsabilité était ultérieurement ouverte, la rédaction de l'opinion dissidente permettrait indirectement d'identifier les deux juges majoritaires comme les auteurs de la faute à l'exclusion du juge dissident. Leur identification étant permise, elle ferait moins obstacle, en pratique, à ce qu'ils soient poursuivis tous les deux. Elle résulterait d'une utilisation négative des opinions séparées.

Encore plus, la rédaction d'une opinion majoritaire pourrait faire ressortir de manière positive l'implication de son auteur dans la prise de décision. Ainsi identifié, il serait plus aisé de lui imputer une faute et d'engager éventuellement sa responsabilité.

Plus le collège serait large, plus le nombre d'opinions séparées nécessaire à l'individualisation de la position de chacun des juges augmenterait. L'admission des opinions séparées permettrait donc de faciliter dans une plus ou moins grande mesure, en fonction du nombre et de leur contenu, l'identification des juges à poursuivre ultérieurement sur le terrain de la responsabilité au cas où une action soit engagée. Cette admission contribuerait à renforcer le domaine de la responsabilité, et, de manière subséquente, comporterait le risque d'amoinrir la liberté de jugement du juge ; surtout si les opinions séparées devaient servir à étendre la responsabilité du juge judiciaire à son appréciation des pièces du dossier.

206. Actuellement, la décision judiciaire relève du pouvoir d'appréciation du juge et ne peut être critiquée que par l'exercice d'une voie de recours à moins d'être considérée comme « *un acte étranger à toute activité juridictionnelle* ». C'est ce qu'a indiqué le CSM dans sa décision du 8 février 1981 ; « *...leurs décisions ne peuvent être critiquées, dans les motifs et dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi* ». Ce principe a souvent été réitéré, ainsi dans ses plus récentes décisions, il souligne : « *Le CSM, réuni comme conseil de discipline des magistrats du siège, ne peut porter une quelconque appréciation sur les actes juridictionnels des juges, lesquels relèvent*

---

<sup>453</sup> L'élaboration de la décision étant soumise au secret du délibéré, il n'est pas permis d'imputer la paternité de la décision à l'un des juges issus du collège. C'est ce qu'a rappelé Pierre TRUCHE dans sa lettre critique adressé au directeur du Monde au sujet d'un article présentant Philippe WACQUET comme « gardien du droit » et « mémoire à penser » de la Chambre sociale de la Cour de cassation, *Lettre à M.Colombani, Directeur du Monde*, 22 avril 1998, GP 16 juillet 1998, Libres propos, p. 901.

du seul pouvoir de ceux-ci et ne sauraient être critiqués que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige »<sup>454</sup>. Néanmoins, il connaît une exception qui a été posée par le CSM dès le 8 février 1981. Il a relevé que le principe « ...trouve sa limite lorsqu'il résulte de l'autorité même de la chose définitivement jugée qu'un juge a, de façon grossière et systématique, outrepassé sa compétence ou méconnu le cadre de sa saisine, de sorte qu'il n'a accompli, malgré les apparences, qu'un acte étranger à toute activité juridictionnelle »<sup>455</sup>.

207. La dérive consistant à trouver dans les opinions séparées un moyen d'étendre à des cas bien plus fréquents le contrôle des actes juridictionnels remettrait dangereusement en cause la liberté d'appréciation du juge judiciaire. Celui-ci risquerait d'être exposé à des tentatives de déstabilisation l'empêchant de statuer en toute indépendance. A la lecture des opinions séparées, une erreur d'appréciation ou une mauvaise application du droit pourrait être rattachée plus aisément à certains juges. Cette lisibilité aurait pour effet d'engager une large responsabilité du juge judiciaire à raison de ses décisions.

Le détournement de la fonction explicative des opinions séparées pour faciliter l'identification de l'auteur d'une faute serait néfaste s'il devait servir à accroître les mises en causes personnelles. Néanmoins, l'hypothèse d'une telle utilisation a été envisagée.

## 2- Une perspective d'individualisation de la faute disciplinaire

208. L'objectif d'utilisation des opinions séparées pour individualiser la faute n'est pas totalement inconnu. Il est vrai que cette idée a peu été relayée par la doctrine. Pourtant elle fait partie d'un dispositif imaginé par le Doyen GUINCHARD pour réformer la responsabilité disciplinaire du juge judiciaire.

Le Doyen GUINCHARD a ainsi évoqué la publication des opinions séparées devant la Commission parlementaire chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements dans l'affaire d'Outreau. L'une de ses propositions consiste à mettre en œuvre « *une nouvelle responsabilité disciplinaire pour garantir l'éthique des juges* ». La difficulté qu'il souligne est celle de la collégialité. Selon lui, elle limite la mise en cause de la responsabilité

---

<sup>454</sup> CSM, 27 juin 1991, CSM, 6 novembre 1996, disponibles sur le site <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>.

<sup>455</sup> La position du CSM a été validée par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Bidalou, requête n°33724, 5 mai 1982, DOKHAN (David), *Le Conseil d'Etat, garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire*, RFDA Juillet/Août 2002, Droit administratif et droit judiciaire, p. 785.



individuelle et disciplinaire aux hypothèses dans lesquelles le juge agit seul<sup>456</sup>. C'est dans ces conditions qu'il indique que « ...le système de la publication des opinions dissidentes faciliterait la mise en œuvre de cette responsabilité »<sup>457</sup>. Cette proposition conduit à utiliser les opinions séparées dans un but qui n'est pas le leur<sup>458</sup>. Elle a surtout l'inconvénient de faire des opinions séparées un instrument de responsabilité. On a vu que la responsabilité est potentiellement attentatoire à l'indépendance du juge judiciaire. Le Doyen GUINCHARD ne s'intéresse aux opinions séparées et à leur capacité d'individualiser la faute uniquement dans la perspective de développer le régime de la responsabilité disciplinaire<sup>459</sup>. Cependant, rien ne garantit que le même système ne serait pas reproduit pour individualiser la faute civile. Le fait de se servir de l'expression d'opinions séparées comme un moyen d'identifier l'auteur de la faute risquerait d'augmenter, de manière générale, les hypothèses d'engagement de la responsabilité.

209. L'introduction des opinions séparées dans un schéma de responsabilité réduirait également leur caractère facultatif comme peau de chagrin. Or, il constitue leur substance car elles sont fondées sur la liberté du juge d'exprimer son opinion. Si on devait employer les opinions séparées dans une finalité d'individualisation, chaque membre du collège qui estimerait que la décision rendue peut être constitutive d'une faute, se verrait obligé d'exprimer une opinion dissidente pour ne pas encourir de responsabilité. La désolidarisation du juge dissident ne tiendrait plus à sa liberté d'expression mais à sa crainte d'être tenu pour responsable. Il n'est pas certain que nourrir les peurs des juges judiciaires soit le meilleur moyen de donner une image positive de la justice.

---

<sup>456</sup> Selon Gwenola KERBAOL, la collégialité n'est qu'une difficulté technique dans la mise en œuvre de la responsabilité personnelle du juge, difficulté non insurmontable comme l'atteste un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1914 aux termes duquel, une « *Cour d'appel saisie d'une prise à partie contre un Tribunal de commerce pour déni de justice, peut en retenant le déni de justice à la charge du tribunal, rechercher auquel, parmi les membres qui la composent, incombent spécialement le refus de statuer et le préjudice qui en est résulté pour les requérants* ». Selon l'auteur, « *cette décision montre que, si le déni de justice est réputé être l'œuvre collective de la juridiction, il est possible, lorsque les faits de l'espèce le permettent, de rechercher l'auteur individuel de la faute* », KERBAOL (Gwenola), *La responsabilité des magistrats*, Droit et justice, Les Notes, PUF, 2006, Paris, p. 17.

<sup>457</sup> GUINCHARD (Serge), *La responsabilité des magistrats*, GP 7-8 avril 2006, p. 7.

<sup>458</sup> L'auteur le reconnaît lui-même.

<sup>459</sup> Le fait d'envisager le potentiel des opinions séparées dans un but de responsabilité exclusivement disciplinaire s'explique par le fait que, dans son schéma, le Doyen GUINCHARD propose de supprimer le régime de la responsabilité civile du juge et de ne garder que celui de la responsabilité disciplinaire à côté de la prise en charge exclusive par l'Etat d'une indemnisation des victimes. Ainsi, il ne cherche pas de moyen permettant d'individualiser la faute sur le terrain de la responsabilité civile.

## B- Le risque d'un engagement plus fréquent de la responsabilité du juge judiciaire

210. Lorsqu'une faute est individualisée, elle est imputable juridiquement à son auteur qui encourt une action en responsabilité. L'utilisation perverse qui pourrait être faite des opinions séparées consisterait à opérer un tri entre les juges qui ont élaboré collégalement la décision pour engager la responsabilité de ceux qui auraient commis une faute. Une adaptation de la loi italienne sur la responsabilité des magistrats (1) risquerait d'inspirer le pouvoir politique qui ne cache pas sa volonté d'accroître la responsabilité du juge judiciaire (2).

### 1- La possibilité d'adapter le régime de responsabilité des juges italiens

211. La loi du 13 avril 1988<sup>460</sup> réglementant la responsabilité civile des magistrats a introduit récemment la possibilité pour le juge dissident de formaliser sa position minoritaire. Cette mesure s'applique à tout type de procès<sup>461</sup>. Ainsi, depuis 1998, les juges peuvent déposer leur « opinion divergente » dans une enveloppe et se distinguer au cas où la responsabilité de l'Etat serait engagée<sup>462</sup>. De même, sur le terrain disciplinaire, « *s'il arrive (...) que des poursuites soient engagées contre les magistrats, auteurs de la décision suspectée d'avoir été rendue pour des motifs étrangers au droit (cas de corruption, de connivences entre juges et parties...), le magistrat dissident peut se soustraire aux poursuites disciplinaires grâce à cet avis consigné* »<sup>463</sup>.

Il faut noter qu'en l'occurrence, le système italien ne concerne pas à proprement parler les opinions séparées. En effet, à la différence de celles-ci, seule l'indication du sens du vote est essentielle puisque sa motivation doit être succincte<sup>464</sup>. Le juge peut uniquement manifester un *dissent*. Surtout, il est destiné à rester secret tant qu'aucune action n'est engagée. Personne n'a communication de la répartition des voix et du sens du vote des juges.

---

<sup>460</sup> CANTERINI (Maïa-Kallyste), *La responsabilité de l'Etat italien du fait du service de la justice* in *Justice et responsabilité de l'Etat*, DEGUERGUE (Maryse) (dir.), Droit et justice, PUF, 2003, Paris, p. 111 et s.

<sup>461</sup> ZAGREBELSKY (Gustavo), *Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles, En Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 107.

<sup>462</sup> CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, RIDC 2006, n°4, p. 1070.

<sup>463</sup> CRENIER (Anne), VAUDANO (Mario), *La responsabilité disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire : éléments de comparaison entre la France et l'Italie*, RIDP 2000, Vol. 71, p. 275.

<sup>464</sup> ZAGREBELSKY (Gustavo), Op. Cit. Supra.

En Italie, la mention d'une dissidence permet au juge en désaccord avec la décision majoritaire de se désolidariser. C'est sous un aspect négatif que le système est organisé. Pour ne pas encourir de responsabilité individuelle, le juge doit exprimer sa dissidence à l'égard de la décision majoritaire ayant déclenché des poursuites. A première vue, le système donne l'impression d'organiser une « de-responsabilité » du juge dissident et en ce sens laisse entendre une réduction des hypothèses d'engagement de la responsabilité. Or, pour une responsabilité personnelle exclue, ce sont celles des autres juges qui sont rendues possibles.

212. Dans le prolongement de ce dispositif, il pourrait être envisagé de faire jouer aux opinions séparées un rôle similaire à celui de l'avis italien. La rédaction d'opinions dissidentes pourrait avoir pour effet de permettre d'engager la responsabilité des autres juges là où sans celle-ci, le secret du délibéré aurait rendu impossible l'engagement de la responsabilité personnelle. Ainsi, les opinions séparées pourraient être envisagées comme un outil de développement de la responsabilité du juge judiciaire.

## 2- La volonté du pouvoir politique d'accroître la responsabilité

213. Plusieurs réformes concernant la justice judiciaire sont intervenues depuis l'élection présidentielle de 2007. Pour l'instant, aucune ne concerne la responsabilité du juge judiciaire. Etant donné que le Président de la République a fait valoir ses opinions et désirs de changement avant son élection, il y a fort à parier que le régime de responsabilité du juge judiciaire est amené à évoluer.

Alors qu'il était Ministre d'Etat, M. SARKOZY a proposé de rendre automatique l'action récursoire contre les juges qui auraient commis une faute lourde<sup>465</sup>. Interrogé sur cette proposition, le Garde des Sceaux de l'époque a indiqué que l'exercice d'une action récursoire lui paraissait difficilement pouvoir présenter un caractère d'automaticité en raison notamment de l'obstacle constitué par la collégialité et le secret du délibéré quant à la recherche d'une faute personnelle<sup>466</sup>. Force est de considérer que les opinions séparées pourraient fortement être instrumentalisées dans le but de lever cet obstacle dès lors que la mise en place de l'automaticité de l'action récursoire, si elle venait à être finalisée, contraindrait à se poser la question de sa mise en œuvre pratique. L'ancien Ministre d'Etat ne s'est pas non plus dit

---

<sup>465</sup> SARKOZY (Nicolas), *Justice : pas de pouvoir sans responsabilité !* Interview à la Revue Dalloz, disponible sur la page internet : <http://sarko2007.free.fr:articles.php?Ing=fr&pg=104&pri=2>, p. 2.

<sup>466</sup> CLEMENT (Pascal), Entretien, JCP 2005, I, 164, p. 1617. Sur l'exercice de l'action récursoire, voir BADINTER (Robert), *Synthèse, L'indépendance des juges à l'épreuve de leur responsabilité* in *Droit et démocratie*, Colloque du 5 mars 2006, Paris, GP 10-12 septembre 2006, p. 32.

opposé à une extension de la responsabilité des juges dans le cadre de leur activité juridictionnelle<sup>467</sup>. Si ce projet devait être étudié, encore une fois les opinions séparées pourraient jouer un rôle pervers. En facilitant l'individualisation de la faute, elles seraient éventuellement utilisées pour renforcer la responsabilité du juge judiciaire d'une manière telle qu'elles porteraient indirectement atteinte à son indépendance.

214. S'agissant de l'extension de la responsabilité du juge à ses décisions, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà fait connaître son absence d'hostilité envers cette éventualité. Dans sa décision du 1<sup>er</sup> mars 2007<sup>468</sup>, il a censuré l'article 14 de la loi organique du 5 mars 2007<sup>469</sup>, qui étendait la responsabilité disciplinaire à la faute commise dans l'activité juridictionnelle. Cependant, il a auparavant concédé que l'indépendance de l'autorité judiciaire et le principe de la séparation des pouvoirs « ... *n'interdisent pas au législateur organique d'étendre la responsabilité disciplinaire des magistrats à leur activité juridictionnelle en prévoyant qu'une violation grave et délibérée d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties puisse engager une telle responsabilité* ». Il signifie par là qu'il n'est pas défavorable à l'extension de l'action disciplinaire à l'activité juridictionnelle. Comme le notent les Conseillers LUDET et MARTINEL, le Conseil « ...*délivre en quelque sorte une « feuille de route » pour la rédaction d'une future disposition...* »<sup>470</sup>.

Cette « feuille de route » encourage donc le législateur à un développement de la responsabilité. Si une nouvelle réforme devait voir le jour par l'intermédiaire d'un projet de loi, le gouvernement pourrait, il est vrai, trouver dans les opinions séparées un moyen de mettre en œuvre pleinement cette nouvelle responsabilité.

Néanmoins, alors qu'il n'était pas question des opinions séparées, la censure du Conseil constitutionnel du 1<sup>er</sup> mars 2007 a rappelé que c'est l'accroissement de la responsabilité du juge judiciaire qui constitue un risque d'atteinte à son indépendance. Plus le législateur

---

<sup>467</sup> « *Qu'on ne me dise pas, par exemple, que les juges ne peuvent être responsables de leurs fautes, même quand elles sont lourdes de conséquences, parce que l'acte de juger n'est pas un fait quelconque, eh bien ça je ne peux l'accepter !* », SARKOZY (Nicolas), Op. Cit. Supra.

<sup>468</sup> Décis. C.Const, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, n°2007-551 DC - 1<sup>er</sup> mars 2007, disponible sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°22, Jurisprudence, disponible sur la page internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc22/jurisp551.htm>.

<sup>469</sup> « *Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision devenue définitive* ».

<sup>470</sup> LUDET (Daniel), MARTINEL (Agnès), *Les demi-vérités du Conseil constitutionnel*, D. 2007, Notes, p. 1404.

s'engage sur le terrain de la responsabilité, plus l'action du juge peut être paralysée par la menace de l'engagement d'une action mettant en cause sa responsabilité. Le risque d'une augmentation de l'atteinte à l'indépendance du juge judiciaire vient non pas de l'existence des opinions séparées mais de la mise en place d'un régime de responsabilité.

## **§2- Un risque inhérent au seul régime de responsabilité**

215. Mettre en action la responsabilité du juge judiciaire tout en préservant son indépendance est difficile. Le principe de l'indépendance fait obstacle à ce que le régime de responsabilité évolue profondément. Dans la Constitution du 4 octobre 1958, l'indépendance de l'unique autorité judiciaire est visée. Certes le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'ensemble des juridictions, néanmoins cette disposition souligne l'importance attachée à la sauvegarde de l'indépendance du juge judiciaire. Pour qu'elle soit effective, le juge ne doit pas faire l'objet de pressions, de tentatives de déstabilisation. Cependant, on perçoit bien que toute recherche de la responsabilité personnelle du juge risque d'affecter son indépendance.

216. A la suite de l'affaire d'Outreau, le Gouvernement a souhaité répondre à l'émotion publique en proposant certaines modifications du régime de responsabilité. Après avoir été soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, le projet de loi a été amputé de ses dispositions les plus polémiques sur la responsabilité du juge judiciaire au nom du principe d'indépendance. Cet épisode traduit la difficulté du législateur à trouver un équilibre entre responsabilité et indépendance<sup>471</sup>. La censure au nom de l'indépendance du juge judiciaire (A) des dispositions relatives à la responsabilité des magistrats (B) démontre que le renforcement de la responsabilité est en lui-même dangereux pour l'indépendance du juge judiciaire.

### A- Une censure préservant l'indépendance du juge judiciaire

217. L'article 64 de la Constitution dispose que le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, qu'il est assisté dans cette tâche par le CSM, qu'une

---

<sup>471</sup> « Il semble aujourd'hui nécessaire de trouver une ligne de partage entre la responsabilité collective de l'Etat et la responsabilité individuelle de son agent, selon que la faille provienne de l'institution judiciaire ou du juge dans son comportement éthique ou dans ses actes. Pareil partage n'est pas aisé tant l'équilibre en indépendance et responsabilité demeure fragile », DEFFIGIER (Clotilde), GABORIAU (Simone), MARSHALL (Didier), PAULIAT (Hélène), PLAZY (Jean-Marie), *L'administration de la justice et l'évaluation de sa qualité en France* in *La qualité de la justice en Europe*, Colloque ENM, 26-27 mai 2003, Paris, disponible sur la page internet : <http://www.gip-recherche-justice.fr/dossiers/qualite-justice/qualite-justice-europe.htm>, p.10.

loi organique portant statut des magistrats est en vigueur et que les juges du siège sont inamovibles. Chaque alinéa de cet article place l'indépendance du juge judiciaire au cœur du système démocratique. L'inscription du principe dans la Constitution démontre déjà son importance<sup>472</sup>. La personnalité du garant de l'indépendance est à relever puisqu'il s'agit de la plus haute dans l'organigramme étatique. Le CSM, composé essentiellement de magistrats, participe à cette mission précise de sauvegarde de l'indépendance. Le fait que la loi qui porte statut des magistrats est de nature organique rend obligatoire l'intervention du Conseil constitutionnel, lequel va contrôler systématiquement, avant leur entrée en vigueur, la compatibilité des dispositions proposées au principe d'indépendance. L'inamovibilité des juges du siège renforce également l'indépendance dans le sens où le juge maîtrise l'évolution de son parcours sauf à faire l'objet d'une procédure disciplinaire particulière. D'autres mesures comme le régime des incompatibilités, la rémunération, la mobilité viennent renforcer l'indépendance du juge judiciaire.

218. Dans sa décision du 1<sup>er</sup> mars 2007, le Conseil constitutionnel a censuré le pan des dispositions de la loi organique du 5 mars 2007 relative à la responsabilité des magistrats sur le double fondement du principe de la séparation des pouvoirs et de celui de l'indépendance de l'autorité ou des juridictions judiciaires. Ces deux principes vont de pair car l'objet du second est d'éviter l'intrusion des autres pouvoirs. Cela se traduit par la nécessité d'une absence d'ingérence de toute personne extérieure dans le travail du juge judiciaire et plus précisément dans ses prises de décisions. Il s'agit de prévenir un empiètement d'origine politique ou administrative. Dans sa décision du 11 janvier 1990, le Conseil constitutionnel a indiqué que «...l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative »<sup>473</sup>. S'agissant du risque de pression exercée par un syndicat ou un supérieur hiérarchique, la mise en œuvre des règles de procédure doit permettre de garantir au juge judiciaire la neutralité nécessaire pour ne pas faire peser de soupçon sur sa décision. L'accroissement de la responsabilité personnelle du juge judiciaire risque de ruiner une indépendance sur laquelle est fondée une partie de la confiance des justiciables. Le pouvoir politique est pour beaucoup dans le fait de revendiquer la

---

<sup>472</sup> Toutes les Constitutions ne proclament pas expressément le principe d'indépendance, voir ARDANT (Philippe), *Comment les Cours constitutionnelles peuvent-elles, par les garanties données à la justice, contribuer à la démocratie ? Quelques exemples de jurisprudences des Cours constitutionnelles* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'AGUESSEAU, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 109.

<sup>473</sup> Décis. C.Constit, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, n°89-271 DC – 11 janvier 1990, disponible sur le site : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

responsabilité du juge judiciaire comme la conséquence obligée de son indépendance<sup>474</sup>. Les projets de loi présentés vont dans le sens d'une plus grande responsabilité personnelle du juge judiciaire. Leur compatibilité avec le principe constitutionnel de l'indépendance est peu fréquente.

## B- Une tentative avortée d'étendre la responsabilité du juge judiciaire

219. Le législateur n'a pas su trouver le bon équilibre entre responsabilité et indépendance dans son dispositif d'examen des réclamations des justiciables, ce qui a valu à celui-ci, présenté comme essentiel pour redonner du crédit à la justice judiciaire, d'être censuré. L'article 21 de la loi organique du 5 mars 2007 prévoyait que toute personne pouvait saisir le Médiateur de la République, d'une réclamation, lorsqu'elle considérait, à l'occasion d'une affaire la concernant, que le comportement d'un magistrat constituait une faute disciplinaire. Le texte comportait des garanties pour l'indépendance du juge puisque le Médiateur ne pouvait porter une quelconque appréciation sur les actes juridictionnels des magistrats et que le Garde des Sceaux avait toute latitude quant à l'opportunité de saisir le CSM, même s'il était obligé de faire procéder à une enquête au cas où le Médiateur estimait finalement devoir lui transmettre la réclamation. Selon M. le Conseiller SCHOETTL, ces précautions étant prises, la procédure n'aurait pas plus affecté la sérénité et l'indépendance de la justice que la possibilité actuelle de saisir « *directement et bruyamment* » le Ministre de la Justice d'une réclamation<sup>475</sup>. Or, le Conseil constitutionnel a une jurisprudence bien assise interdisant tout empiètement d'une autorité administrative sur une procédure juridictionnelle<sup>476</sup>. La censure est intervenue au double visa de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et de l'article 64 de la Constitution, en raison de diverses dispositions donnant au Médiateur des pouvoirs pouvant avoir pour effet de nuire à l'indépendance du juge judiciaire<sup>477</sup>. Le fait que le Conseil

---

<sup>474</sup> DUFOUR (Olivia), *Réforme de la justice : qui a peur de l'indépendance des juges ?* PA 25 janvier 2000, n°17, p. 3 et s.

<sup>475</sup> SCHOETTL (Jean-Eric), *Discipline et nomination de droit : les censures du Conseil constitutionnel*, JCP 2007, II, 10044, p. 52.

<sup>476</sup> Décis. C.Constit, 11 janvier 1990, Op. Cit. Supra.

<sup>477</sup> Si le Médiateur ne pouvait porter une appréciation sur les actes juridictionnels, il pouvait néanmoins « solliciter tous éléments d'informations utiles » auprès des premiers présidents de Cours d'appel ou des présidents des tribunaux supérieur d'appel, lorsqu'il estimait que les faits étaient de nature à recevoir une qualification disciplinaire, il était prévu qu'il transmette la réclamation au Ministre de la Justice aux fins de saisine du CSM, si le Ministre n'était pas tenu d'engager des poursuites disciplinaires, il devait informer le

constitutionnel développe son visa pour rappeler que la Constitution garantit l'indépendance des juridictions ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative, démontre la vitalité de son contrôle. Il signifie avec éclat le caractère essentiel du respect de l'indépendance du juge judiciaire<sup>478</sup>.

220. La censure de l'article 14 de la loi organique du 5 mars 2007<sup>479</sup> reflète également la difficulté de concilier la responsabilité disciplinaire et l'indépendance du juge. Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il contrevenait à l'indépendance de l'autorité judiciaire et au principe de séparation des pouvoirs dans la mesure où des poursuites disciplinaires ne peuvent être engagées que si la faute a été préalablement constatée par une décision de justice définitive. L'atteinte aux principes constitutionnels consistait donc dans l'absence de prévision d'un constat préalable de la violation par le juge de ses devoirs. L'absence de ce constat par une juridiction supérieure aboutissait à une confusion entre l'office du juge de la procédure, c'est-à-dire du juge d'appel et de cassation et l'office du juge disciplinaire. Cette confusion était attentatoire à l'indépendance du juge.

L'intervention du Conseil constitutionnel a eu pour effet de susciter l'incompréhension de l'opinion publique à laquelle avaient été présentées des mesures ouvertement destinées à rendre la responsabilité du juge judiciaire plus effective.

221. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 1<sup>er</sup> mars 2007 n'a pas censuré l'article 20 de la loi<sup>480</sup>, instaurant une passerelle entre la responsabilité civile de l'Etat en raison d'un fonctionnement défectueux du service public et la responsabilité disciplinaire des magistrats. Cependant, il n'est pas aisé d'estimer dans quelle mesure cette passerelle, en projet depuis longtemps<sup>481</sup>, va augmenter les mises en causes personnelles du juge judiciaire.

---

Médiateur de son choix par une décision motivée et le Médiateur pouvait alors « établir un rapport spécial qui était publié au JO ».

<sup>478</sup> Dans ce sens, voir LUDET (Daniel), MARTINEL (Agnès), Op. Cit. Supra, p. 1405.

<sup>479</sup> « Constitue un des manquements aux devoirs de son état la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, commise dans le cadre d'une instance close par une décision devenue définitive ».

<sup>480</sup> L'article 20 de la loi du 5 mars 2007 a inséré un article 48-1 après l'article 48 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 aux termes duquel « Toute décision définitive d'une juridiction nationale ou internationale condamnant l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice est communiquée aux chefs de cour d'appel intéressés par le garde des sceaux, ministre de la justice. Le ou les magistrats intéressés sont avisés dans les mêmes conditions. Des poursuites disciplinaires peuvent être engagées par le ministre de la justice et les chefs de cour d'appel intéressés dans les conditions prévues aux articles 50-1, 50-2 et 63 ».

<sup>481</sup> La mise en place d'une passerelle procédurale entre responsabilité civile et responsabilité disciplinaire figurait dans le Rapport de la commission sur la réflexion de la justice présenté par Pierre TRUCHE, ALBERT



Tant que le législateur poursuivra sa tentative de restauration de la confiance des citoyens par l'accroissement de la responsabilité personnelle du juge, il fera courir un risque à son indépendance. C'est pourquoi, ce n'est pas dans un système de responsabilité qu'il faut utiliser les opinions séparées.

## **Section II- L'expérimentation de la voie de la responsabilisation**

222. L'exigence d'un contrôle de l'activité du juge judiciaire est nécessaire. Dans une société démocratique, aucun pouvoir tel que le pouvoir judiciaire ne peut s'exercer sans contre-pouvoir. Selon le Premier président CANIVET et Mme JOLY-HURARD, « *il est (...) temps qu'un contrôle public et démocratique sur le fonctionnement de la justice soit institué, sous une forme ou sous une autre, afin de rétablir la confiance des justiciables en la Justice* »<sup>482</sup>. Le régime de la responsabilité s'entend d'un arsenal législatif destiné à encadrer l'action du juge. Or, il pose le problème de porter potentiellement atteinte à l'indépendance du juge judiciaire, empêchant de développer la responsabilité de manière satisfaisante aux yeux des justiciables. Il est certain que le régime en vigueur ne bénéficie pas de leur adhésion et que, dès qu'un dysfonctionnement ou une faute sera à nouveau révélée par les médias, le législateur se proposera de réétudier la question de la responsabilité une nouvelle fois. La voie de la responsabilisation par les opinions séparées est intéressante car elle permettrait de sortir d'un débat traditionnel fort limité. En effet, l'engagement de la responsabilité du juge pour redonner du crédit à l'institution judiciaire, relève d'une conception étriquée des possibilités d'assurer une image positive de la justice. Il y a certainement un juste milieu à trouver entre les deux idées qui s'affrontent : celle d'un juge que l'on soupçonne de dépendances et celle d'un juge dont le rôle et l'image sont exaltés<sup>483</sup>. La responsabilisation pourrait constituer ce juste milieu. Paradoxalement, le moyen idéal pour la mettre en œuvre résiderait dans l'expression d'opinions séparées, à condition de ne pas l'employer à rechercher la responsabilité du juge. Pour conjurer le risque de déviance vers une augmentation des mises en causes personnelles, les opinions séparées devraient être soustraites à un système de

---

(Nathalie), *De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats* in *Justice et responsabilité de l'Etat*, DEGUERGUE (Maryse) (dir.), Droit et justice, PUF, 2003, Paris, p. 244.

<sup>482</sup> CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, RIDC 2006, n°4, p. 1081.

<sup>483</sup> BREDIN (Jean-Denis), *Qu'est-ce que l'indépendance du juge?* Justices 1996, n°3, p. 164.

responsabilité trop risqué pour l'indépendance du juge judiciaire. A condition d'être incluses exclusivement dans un système de responsabilisation (§1), elles pourraient alors se révéler comme le meilleur moyen de combler le déficit de confiance des justiciables dans l'institution judiciaire (§2).

### **§1- L'utilisation exclusive des opinions séparées comme mécanisme de responsabilisation**

223. La crédibilité de l'institution judiciaire suppose principalement que le comportement des juges soit conforme à l'attente des justiciables d'être jugé de manière impartiale, sans parti pris<sup>484</sup>. Ils doivent avoir la garantie première qu'au sein de l'institution judiciaire ce sont des juges effectivement indépendants<sup>485</sup> qui agissent. Cependant, jusqu'alors le législateur ne leur en a pas donné les moyens. Pour redonner confiance au public, il faudrait encourager la mise en place d'une « *éthique de la communication* »<sup>486</sup> au sein de l'institution judiciaire. Dans l'hypothèse où elle ne pourrait engager ni la responsabilité de son auteur, ni celle de ses collègues, l'expression d'une opinion séparée manifesterait au contraire l'indépendance et l'impartialité du juge<sup>487</sup>. Rendant le processus décisionnel plus transparent, la publication d'opinions séparées offrirait la possibilité aux justiciables d'exercer un contrôle du bon exercice de ses fonctions par le juge judiciaire. Le maintien des opinions séparées dans le champ de la responsabilisation (B) permettrait d'organiser un contrôle de l'activité du juge (A) sans risquer qu'une atteinte soit portée à l'indépendance du juge.

---

<sup>484</sup> Cour EDH, Worm c/ Autriche, 29 août 1997, par. 40, <http://www.hudoc.echr.coe.int>, « L' « impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris », MAGNIER (Véronique), « La notion de justice impartiale », JCP 2000, I, 252, p. 1596, « Par définition, être impartial, c'est peser sans acception des choses ou des personnes, les raisons pour ou contre. (...) Et l'on définit alors l'impartialité comme la qualité de ce qui est exempt de préjugé, de ce qui est objectif ».

<sup>485</sup> « Situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions », CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée avec locutions latines, PUF, 2005, Paris, V° le mot « indépendance ».

<sup>486</sup> OST (François), *Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ?* in *Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruylant, 2002, Bruxelles, p. 20 et s.

<sup>487</sup> Pour une distinction entre les deux termes, voir FRICERO (Natalie), *Impartialité* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIAT (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris, p. 607 ; FRAISSEIX (Patrick), PA 22 juin 2000, n°124, p. 15 ; COMMARET (Dominique Noëlle), *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat*, D. 1998, Chron., p. 262.

## A- L'organisation d'un contrôle de l'activité du juge judiciaire

224. L'exercice par le juge judiciaire de pouvoirs de plus en plus importants doit être soumis à un contrôle. Jusqu'à présent les justiciables sont exclus de ce contrôle. Or, ils devraient être au cœur d'un dispositif dont le but serait de favoriser leur respect et leur confiance dans l'institution judiciaire<sup>488</sup>. Alors qu'un contrôle direct des justiciables sur l'activité du juge est risqué pour son indépendance dans un schéma de responsabilité, il ne l'est plus dans une optique de responsabilisation. Les opinions séparées pourraient, sans crainte pour l'indépendance du juge, organiser un contrôle démocratique (1) dont la particularité tiendrait à la soumission volontaire du juge à celui-ci (2).

### 1- Un contrôle démocratique

225. La légitimité de l'activité du juge doit être constatée par les justiciables car ce sont eux les destinataires de la confiance que l'institution judiciaire doit inspirer<sup>489</sup>. La prise de connaissance par le public des opinions séparées pourrait s'apparenter à un contrôle de la fonction juridictionnelle. En effet, il s'organiserait comme l'exercice d'un pouvoir du côté des justiciables de vérifier si le juge a rendu sa décision de manière libre. L'indépendance et l'impartialité du juge judiciaire doivent non seulement exister mais également se voir<sup>490</sup>. La rédaction d'une opinion séparée montrerait de manière éclatante qu'il dispose de sa pleine liberté de jugement et qu'ainsi il a les moyens de rendre des décisions impartiales. Le fait de pouvoir prendre le contre-pied de la décision majoritaire publiquement manifesterait l'absence de pressions, qu'elles soient internes ou externes.

---

<sup>488</sup> Selon Guy CANIVET, « ...la légitimité des juges vient du respect de la confiance que suscite notamment leur indépendance », CANIVET (Guy), *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale in La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, 2006, Paris, p. 11.

<sup>489</sup> « La confiance, la crédibilité et la légitimité attachées à la décision sont étroitement liées à la constatation par le justiciable de la compétence, de l'indépendance, du respect de la dignité des plaideurs et de l'impartialité manifestés par le juge », FRICERO (Natalie), *L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation in La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 182.

<sup>490</sup> L'impartialité doit s'extérioriser, voir FRISON-ROCHE (Marie-Anne), *L'impartialité du juge*, D. 1999, Chron., p. 55. Dans l'arrêt Gubler c/ France du 27 juillet 2006, la Cour EDH a rappelé que « Pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant », il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance », Cour EDH, 2<sup>ème</sup> Section, Gubler c/ France, 27 juillet 2006, (requête n°69742/01), disponible sur le site <http://www.echr.coe.int>, § 27, Chronique du Professeur SUDRE, JCP 24 janvier 2007, I, 106, p. 20.

Le contrôle serait extérieur à l'institution judiciaire ; ce qui permettrait d'échapper à la critique de dépendances internes, autrement dit préviendrait le sentiment de corporatisme. L'inscription de l'action des juges dans une plus grande transparence devrait, en effet, affaiblir ce sentiment. Lorsque les juges s'expliquent réellement comme ils peuvent le faire dans une opinion séparée, qu'ils exposent publiquement leur accord ou leur désaccord avec la décision majoritaire, les justiciables s'aperçoivent qu'ils ont des arguments à faire valoir. Même si les explications du juge peuvent être plus ou moins convaincantes, les parties ont une meilleure assurance d'avoir été jugées par des juges indépendants et impartiaux que si elles ne disposaient que de la décision majoritaire car elle est souvent trop peu motivée. Le contenu de l'opinion séparée, en faisant apparaître les raisons pour lesquelles son auteur estime la décision majoritaire justifiée ou non, enrichit la motivation pour qu'elle soit efficace, c'est-à-dire plus compréhensible. L'expression individuelle donnerait aux justiciables le sentiment d'être mieux protégés contre les déficiences dans l'activité du juge. Le fait de laisser le juge judiciaire s'exprimer séparément favoriserait une meilleure identification des justiciables à l'institution judiciaire car il mettrait en valeur sa représentativité. Il s'agirait d'un contrôle qui tendrait pleinement à les rapprocher.

226. Tout en étant extérieur, ce contrôle démocratique ne devrait pas aller jusqu'à sanctionner l'action du juge. Les justiciables ne pourraient dès lors exercer de pressions externes. Il s'agirait d'un droit de regard qui leur serait octroyé pour stimuler le respect par le juge de son devoir d'impartialité. Certes, la collégialité est censée atténuer le risque de partialité<sup>491</sup>. La réunion collégiale permet de soumettre les discussions entre les juges au contrôle des uns et des autres. Néanmoins, seule la publicité des opinions séparées atteste que les juges ont été convaincus par les éléments objectifs présentés par l'affaire. Parce que cet aspect essentiel est actuellement enfermé dans le secret total du délibéré, le contrôle par les justiciables ne peut avoir lieu et l'image de l'institution judiciaire continue de se ternir. Puisque le contexte de secret dans lequel le travail du juge est enfermé nourrit les soupçons de dépendance et de partialité, une extériorisation de celui-ci devrait avoir l'effet inverse.

## 2- Un contrôle suspendu à la volonté du juge

227. La rédaction des opinions séparées est considérée comme facultative puisqu'elle dépend du choix personnel du juge de livrer sa réflexion sur la décision majoritaire. Le juge

---

<sup>491</sup> COUCHEZ (Gérard), *Procédure civile*, 14<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2006, Paris, p. 19, KOERING-JOULIN (Renée), *Le juge impartial*, Justices 1998, n°10, p. 1.

décide volontairement de rendre sa position publique. Envisagées sous l'aspect d'un moyen de contrôler l'activité juridictionnelle, les opinions séparées mettraient le juge judiciaire dans un état de soumission. Cet état est particulier puisqu'il émane de la volonté du juge. En général, l'existence d'un contrôle suppose la subordination du contrôleur et la soumission du contrôlé. Or l'utilisation des opinions séparées comme mécanisme de responsabilisation aurait la particularité d'instaurer une interactivité entre les justiciables et le juge judiciaire. L'existence du contrôle serait conditionnée par le fait que le juge judiciaire, fort de son éthique, place lui-même son activité sous le contrôle des justiciables.

228. Néanmoins, il peut se rattacher à une sorte d'obligation morale contre laquelle le juge diligent ne pourrait pas lutter. Mmes les Professeurs BELLEAU et JOHNSON, qui ont largement étudié la personnalité des juges-auteurs d'opinions séparées à la Cour suprême du Canada, ont mis en avant le fait que les juges féminins ont en commun d'être dissidentes. Les auteurs rattachent cet élément à deux besoins, celui d'exprimer les nuances de leur raisonnement juridique et celui de faire valoir publiquement leur point de vue<sup>492</sup>. Le fait de traduire l'écriture d'une opinion séparée comme un besoin contribue à diminuer son caractère pleinement facultatif. L'écriture d'une opinion séparée pourrait être considérée comme un devoir moral du juge lié à l'exercice de sa fonction. En rédigeant une opinion séparée, le juge ferait la preuve de son indépendance puisqu'il se détache de la majorité pour s'exprimer à titre individuel. Etant donné que la légitimité de son action repose sur cette indépendance, il serait possible de considérer que ce faisant, il s'acquiesce d'un devoir inhérent à sa fonction plus qu'il n'exerce un droit. Sa conscience, son éthique, qui le guide dans sa démarche d'investissement personnel permettrait de traduire des qualités professionnelles qui sont essentielles puisqu'elles assurent l'égalité de traitement des justiciables. Elle instillerait un devoir de loyauté<sup>493</sup> du juge envers les parties en même temps qu'elle améliorerait l'image de la justice. La légitimité du juge judiciaire reposerait alors sur la confiance qu'il aura su inspirer aux justiciables en rendant publique son indépendance.

---

<sup>492</sup> BELLEAU (Marie-Claire), JOHNSON (Rebecca), *Les opinions dissidentes in Les méthodes de jugement*, Cycle de conférences annuelles, Grand'Chambre de la Cour de cassation, Cinquième conférence, 18 octobre 2005, disponible sur la page internet : [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18\\_10\\_2005\\_intervention\\_belleau\\_johnson.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18_10_2005_intervention_belleau_johnson.pdf), p. 15.

<sup>493</sup> « *N'est-ce pas un principe de morale universelle que l'on est en droit d'attendre de toute activité humaine ?* », FRICERO (Natalie), Observations sur l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du 7 juin 2005, La jurisprudence commentée, Droit et procédures 2006, n°1, p. 37. Selon Paul MARTENS, « *...pour autant qu'on assortisse le devoir de loyauté d'épithètes qui en précisent le domaine, le mot peut dessiner les contours d'une déontologie judiciaire* », *Sur les loyautés démocratiques du juge in La loyauté*, Mélanges offerts à Etienne CEREXHE, De Boeck et Larcier, 1997, Bruxelles, p. 258.

## B- Le maintien des opinions séparées dans le champ de la responsabilisation

229. Il faut bien séparer la responsabilisation et la responsabilité. Dans notre système, les opinions séparées se situeraient exclusivement dans le champ de la responsabilisation. Leur rédaction ne pourrait mener à l'engagement de la responsabilité personnelle du juge judiciaire. Ainsi entendue, l'expression d'opinions séparées pourrait être déterminante pour l'image de la justice judiciaire. Il serait possible de l'utiliser comme vecteur d'une meilleure communication avec les justiciables. Elle permettrait de développer une « *éthique du comportement* »<sup>494</sup>. A la différence de la responsabilité, la responsabilisation du juge judiciaire ne comporterait pas de risque d'atteinte à son indépendance parce qu'elle ne relèverait pas de la discipline mais de l'éthique (1), domaine auquel les opinions séparées appartiendraient (2).

### 1- Le rattachement de la responsabilisation à l'éthique du juge

230. La responsabilisation du juge judiciaire est un concept qui doit être identifié en le distinguant de celui de la responsabilité et notamment de la responsabilité disciplinaire. Elle est éloignée du caractère prescriptif des règles déontologiques ainsi que de leur sanction juridique. Selon le Doyen GUINCHARD, si la responsabilité fait penser à une action en justice, la responsabilisation évoque « *une évolution, un espoir* »<sup>495</sup>. Ainsi, la responsabilisation n'a pas le même domaine que la responsabilité. Elle bénéficie d'une sorte de caractère permanent dans le sens où elle est présente tout au long du procès et qu'elle n'intervient pas, comme c'est le cas pour la responsabilité, à la fin de la procédure par l'engagement d'une action devant les juridictions judiciaires ou le CSM.

231. La distinction entre la responsabilisation et la responsabilité rejoint celle qui oppose la notion d'éthique à celle de déontologie professionnelle. Le Conseiller LUDET relève que l'éthique « *...n'évoque pas (...) la sanction formelle d'un comportement fautif, une perspective « répressive », mais un état permanent...* »<sup>496</sup>. Certes un manquement à l'éthique

---

<sup>494</sup> CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, RIDC 2006, n°4, p. 73.

<sup>495</sup> GUINCHARD (Serge), *Synthèse in La réforme du code de procédure civile autour du rapport COULON*, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1997, Paris, p. 86.

<sup>496</sup> LUDET (Daniel), *Quelle responsabilité pour les magistrats ?* Pouvoirs 1995, n°74, p. 135. Daniel LUDET parle d'une responsabilité-action qui viendrait se superposer à la responsabilité-sanction. Pour éviter toute confusion, le terme de responsabilisation paraît plus opportun néanmoins il semble rejoindre la responsabilité-

peut également constituer une faute déontologique, laquelle est susceptible d'être sanctionnée<sup>497</sup> ; c'est-à-dire qu'une même exigence peut relever à la fois de l'éthique et de la déontologie. Néanmoins, l'éthique se caractérise par une autodiscipline du juge, alors que le non respect d'une règle déontologique est susceptible d'une sanction extérieure. Elle exclut la perspective de toute répression. L'éthique du juge reflète son comportement individuel, sa propre perception de la fonction qu'il exerce alors que la déontologie est liée à un comportement collectif, celui de la profession. Le travail essentiel du CSM dans sa tâche de détermination des principes déontologiques a permis d'affiner les contours de la faute disciplinaire et d'identifier des principes éthiques. Il est dorénavant chargé par le législateur d'établir un Code de déontologie. Il faut souhaiter que la discipline n'empiète pas trop sur l'autodiscipline car cela amoindrirait l'espace de responsabilisation de chaque juge qui permet de le faire réfléchir au poids de ses choix au moment de rendre une décision et de s'imposer individuellement certains principes de conduite<sup>498</sup>. « *Le comportement du magistrat ne peut être la simple mise en œuvre de directives résultant de la norme étatique, disposition du statut ou jurisprudence de l'instance disciplinaire* »<sup>499</sup>.

232. La responsabilisation se distingue de la responsabilité par son fondement moral. Il est possible de rapprocher l'éthique et la morale, même si le fait de considérer l'éthique comme l'appellation moderne de la morale peut être discuté<sup>500</sup>. L'équivalence de l'origine

---

action dans le sens où l'auteur indique qu'«...à la responsabilité-sanction, qui ne s'exprime vraiment qu'à l'occasion des accidents de la vie judiciaire, doit se superposer la responsabilité-action, qui doit accompagner, environner, animer en permanence, au quotidien, l'exercice des fonctions judiciaires » et que selon lui, «deux éléments paraissent déterminants du point de vue de la responsabilité active, partagée des magistrats : leur compétence professionnelle et leur éthique », p. 133.

<sup>497</sup> La sanction peut intervenir non seulement sur le terrain disciplinaire mais, également, un manquement à la déontologie peut faire l'objet d'une action récursoire en cas de faute personnelle détachable du service ainsi qu'être réprimé par diverses dispositions issues du Code pénal.

<sup>498</sup> Les craintes inspirées par la codification de la déontologie ont été soulignées par le Conseil Consultatif des Juges Européens dans son avis rendu en novembre 2002 au Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Il conclut que « ...bien qu'il y ait autant chevauchement qu'effet réciproque, la déontologie devrait (...) rester indépendante du système de discipline ». « ...les principes de déontologie devraient être l'émanation des juges eux-mêmes ; ils devraient être conçus comme un instrument d'autocontrôle du corps, généré par lui-même, qui permet au pouvoir judiciaire d'acquiescer une légitimité par l'exercice de fonctions dans le cadre de standards éthiques unanimement admis », EPINEUSE (Harold), *L'éthique et la déontologie des juges en Europe* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'AGUESSEAU, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 153.

<sup>499</sup> LUDET (Daniel), Op. Cit. Supra.

<sup>500</sup> COMMARET (Dominique), *Statut du juge, Ethique et Démocratie* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'AGUESSEAU, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 139.

étymologique des deux termes va tout de même dans ce sens<sup>501</sup>. Mme MATRAY oppose la déontologie et le caractère obligatoire des règles de la discipline à l'éthique, « ...*qui s'organise dans la conscience de chacun, avec des règles morales facultatives* »<sup>502</sup>. Appliquée à l'activité judiciaire, l'éthique comprend, selon Mme le Professeur FRICERO, « ...*des principes de morale professionnelle dont la méconnaissance ne se traduit pas par une sanction disciplinaire* »<sup>503</sup>. Avant d'être envisagée de manière collective, l'éthique du juge s'entend d'une réflexion personnelle sur la manière d'exercer sa fonction. Son étendue dépend de la personnalité du juge. Suivant celle-ci, il sera plus ou moins exigeant au regard des nécessités éthiques de son activité. Individuellement, le juge judiciaire en se dotant lui-même « ...*de balises, de contraintes, venant limiter l'impact de [la] part de subjectivité de [ses] jugement[s]* »<sup>504</sup> moralise l'éthique judiciaire en y apportant des données personnelles susceptibles d'évoluer.

Le rattachement de la responsabilisation à l'éthique du juge se caractériserait donc par l'existence d'un engagement personnel d'adopter une conduite conforme à certaines valeurs morales et l'absence de sanction extérieure de celle-ci.

## 2- L'appartenance des opinions séparées au domaine de l'éthique

233. Il conviendrait de n'utiliser les opinions séparées qu'en tant que mécanisme de responsabilisation. Pour ce faire, il faut vérifier l'appartenance des opinions séparées au domaine de l'éthique. Déjà, elles ne sont pas prescriptives à la différence des décisions de justice, lesquelles autorisent ou interdisent un acte, un comportement. L'absence de caractère normatif des opinions séparées est patente et elle a pour conséquence de les exclure de toute idée de sanction. A cet égard, il convient de rappeler que la doctrine s'accorde

---

<sup>501</sup> CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), *La déontologie des magistrats*, Connaissance du droit, Dalloz, 2004, Paris, p.11-12.

<sup>502</sup> MATRAY (Christine), *Magistrature et démocratie : à la recherche des devoirs de la charge* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p. 590.

<sup>503</sup> FRICERO (Natalie), *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire ?* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, Petites Affiches 2004, Paris, p. 230.

<sup>504</sup> BEGIN (Luc), *L'expansion du pouvoir des juges : enjeux et lieux communs* in *Dossier l'acte de juger, Ethique de la magistrature*, Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale 2001, Volume 3, n°2, Liber INRS, p. 15.



majoritairement sur la reconnaissance d'un statut doctrinal aux opinions séparées<sup>505</sup>. Ce statut doctrinal est incompatible avec l'idée d'un manquement qui engagerait la responsabilité du « juge-auteur » puisque l'activité doctrinale repose sur une indépendance caractérisée par le principe fort de la liberté d'expression.

234. Egalement, les opinions séparées consistent en l'expression personnelle d'un désaccord du juge qui fournit au public une certaine transparence du processus décisionnel. En cela, il apparaît clairement qu'elles procèdent du même esprit que l'éthique du juge, de cet «...ensemble de règles (...) qui font qu'au-delà du rapport au droit, se construi[t] pour l'avocat, la fonction de défense et pour le magistrat, l'œuvre de justice... »<sup>506</sup>. Le juge judiciaire qui rédigerait une opinion séparée ferait le choix de s'exposer personnellement alors qu'il pouvait garder le silence et se fondre dans la collégialité. Il prendrait l'initiative de porter sa réflexion à la connaissance de l'opinion publique pour espérer rendre la décision intelligible lorsque, dans sa conscience, il estimerait qu'elle ne l'est pas suffisamment. La rédaction d'une opinion séparée correspond à une démarche éthique. Par l'exposé d'un désaccord et de ses raisons, le juge judiciaire pourrait pleinement participer à « l'œuvre de justice » en la rendant accessible à un plus large public.

Dès lors qu'un juge déciderait d'émettre une opinion séparée, il se soumettrait inmanquablement à « une éthique de comportement » par opposition à « une éthique de responsabilité »<sup>507</sup>. Si le devoir d'une éthique professionnelle est essentiel, son développement pourrait se faire sans qu'il soit sanctionné. Le juge judiciaire a de plus en plus conscience des obligations qu'impose sa fonction en raison, notamment, d'une meilleure connaissance de celles-ci par la diffusion de la jurisprudence et des travaux du CSM. La jurisprudence disciplinaire est reconnue comme ayant permis de passer « ...d'un système purement répressif, fondé sur la responsabilité des juges, à la proclamation d'une véritable éthique du comportement, plus proche de l'idée de responsabilisation »<sup>508</sup>. Cette évolution rendrait le juge judiciaire apte à mettre en œuvre de lui-même une nouvelle relation avec les

---

<sup>505</sup> Voir Supra, introduction et Partie II, T I, CII, S II, §1.

<sup>506</sup> GABORIAU (Simone), *Avant propos* in *L'éthique des gens de justice*, Entretiens d'AGUESSEAU, Actes du colloque des 19-20 octobre 2000, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2001, Limoges, p. 10.

<sup>507</sup> Il s'agit de l'expression utilisée notamment par Dominique COMMARET pour rendre compte de la jurisprudence du CSM en matière de responsabilité disciplinaire, COMMARET (Dominique), *La déontologie des magistrats à travers la jurisprudence du CSM* in *La responsabilité du juge*, Colloque de l'ENM, 25-26 mars 1999, Annexe 4. Alain SERIAUX l'attribue à Max WEBER et renvoie à l'ouvrage *Le métier et la vocation d'homme politique* in *Le savant et la politique*, Plon, 1959, Paris, p. 172 et s.

<sup>508</sup> CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie), *La déontologie des magistrats*, Op. Cit. Supra, p. 73.

justiciables. Une relation fondée sur la loyauté du juge envers les parties s'installerait. Elle aurait été préparée par la mise en place du régime de responsabilité qui a fait ressortir durablement la question de l'éthique du juge<sup>509</sup>. En période de contestation de la crédibilité de l'institution judiciaire, il est insuffisant de rendre des décisions impartiales, encore faut-il qu'elles apparaissent ainsi aux yeux des justiciables<sup>510</sup>. C'est pourquoi, elles doivent comporter une argumentation plus complète<sup>511</sup>. Les opinions séparées sont une garantie de transparence qui pourrait corriger le déficit de communication de la motivation des décisions judiciaires. Selon M. GARAPON, « *le véritable problème de l'éthique des juges n'est pas dans sa nécessité- incontestable, mais sa visibilité* ». Aussi, il prône la combinaison du souci du bien juger avec l'obligation de transparence<sup>512</sup>. Les opinions séparées pourraient traduire l'éthique du juge judiciaire qui sort du confort que lui procure la collégialité pour donner aux parties les gages d'une justice impartiale par ses explications.

235. Les opinions séparées tout comme l'éthique seraient extérieures à l'emprise de la loi. Le juge n'aurait pas de comptes à rendre au législateur mais seulement à lui-même. Les opinions dissidentes sont, pour M. GARAPON, « *...dans le domaine de l'éthique pure, dans un domaine d'activité du juge absolument incontrôlable par la loi* »<sup>513</sup>. L'absence de contrôle extérieur répressif serait déterminant parce qu'il signifierait dans le même temps l'absence de pressions et donc de risque d'atteinte à l'indépendance du juge. En rédigeant une opinion séparée, le juge exercerait un autocontrôle de son travail. Il se confronterait à sa propre exigence d'indépendance et d'impartialité. La collégialité, en l'absence d'opinion séparée, ne favorise pas forcément cette réflexion individuelle. Cet autocontrôle préserverait son indépendance puisqu'il supposerait qu'il n'y ait aucune intervention extérieure et donc aucun risque de pressions. Le juge-auteur se soustrairait à toute dépendance et, ce faisant, il se doterait d'une nouvelle légitimité fondée sur sa liberté d'exprimer une opinion séparée.

---

<sup>509</sup> « *En définitive, l'exigence de responsabilité marque l'émergence du respect et de l'éthique dans la relation à l'autre, tout particulièrement à l'égard de celui sur qui s'exerce un pouvoir* », GALLET (Louis), *Compétence, éthique, responsabilité et légitimité du juge*, GP 12 décembre 1998, Chron., p. 1705.

<sup>510</sup> Pour l'apport du droit européen dans l'externalisation de l'impartialité, voir MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue-t-elle une source nouvelle de régulation de l'éthique des magistrats ?* in *L'éthique des gens de justice*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 19-20 octobre 2000, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2001, Limoges, p. 130-131.

<sup>511</sup> « *Dans une société plurielle, le décideur est contraint d'assumer de façon argumentative toutes les étapes du processus discursif qui conduisent à la décision...* », OST (François), *Le rôle du juge in Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruylant, 2002, Bruxelles, p. 21.

<sup>512</sup> GARAPON (Antoine), *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, Paris, p. 313.

<sup>513</sup> Op. Cit. Supra.

## **§2- Le meilleur moyen de combler le déficit de confiance de l'institution judiciaire**

236. La responsabilisation, par les opinions séparées, pourrait combler le manque de confiance suscité chez les justiciables par l'institution judiciaire. La transparence du processus décisionnel, rendue possible par l'expression d'opinions séparées, serait un élément essentiel car elle permettrait d'inciter le juge judiciaire à rendre des comptes de son action sans être dans le même temps redevable sur le terrain de la responsabilité. Les opinions séparées pourraient rendre effective la responsabilisation qui constituerait le juste équilibre entre la responsabilité et l'indépendance du juge (A) et aurait le potentiel de redonner à la justice judiciaire sa crédibilité (B).

### A- Un juste équilibre entre la responsabilité et l'indépendance du juge

237. La mise en place d'un système de contrôle de l'action du juge judiciaire équilibré est délicate. Pourtant, la responsabilisation pourrait assurer cet équilibre entre la responsabilité et l'indépendance. Tout en organisant un moyen d'obtenir du juge qu'il rende des comptes (1), son indépendance serait pleinement sauvegardée (2).

#### 1- Une reddition de comptes sans sanction

238. La rédaction d'une opinion séparée n'étant pas une obligation pour le juge, il faudrait qu'il soit néanmoins incité à s'y soumettre. La différence entre la reddition de comptes classique et celle qui serait attachée aux opinions séparées réside dans le moment de son intervention. L'action de rendre des comptes est en général postérieure à un acte ou une action. Dans le cas des opinions séparées prises comme mécanisme de responsabilisation, on se situerait sur un terrain préventif. Ainsi, c'est en amont de son activité que le juge judiciaire favoriserait la communication avec les justiciables.

Pour qu'un tel système de contrôle fonctionne, il serait nécessaire que le juge ait l'assurance de n'encourir aucune responsabilité du fait de la rédaction de son opinion séparée. Les opinions séparées ne devraient pas être sanctionnées juridiquement, elles devraient rester hors du champ de la responsabilité.

La responsabilisation, par les opinions séparées, offrirait de nouvelles perspectives pour restaurer la confiance des justiciables dans la justice judiciaire sans déstabiliser le juge en multipliant les recherches de sa responsabilité. Contrairement à l'éventuel engagement de la

responsabilité qu'il encoure en raison de son activité juridictionnelle, le juge judiciaire ne pourrait être poursuivi pour le contenu de son opinion séparée. La responsabilisation le mettrait ainsi à l'abri de sanction qu'il soit l'auteur d'une opinion majoritaire ou dissidente. De même, une opinion séparée ne pourrait avoir pour effet d'engager la responsabilité des juges majoritaires. L'absence de sanction liée à la publication d'une opinion séparée devrait être totale.

En légitimant l'action du juge judiciaire par leur capacité à refléter des garanties d'indépendance et d'impartialité, les opinions séparées ne le responsabiliseraient pas en lui faisant encourir une sanction, une punition éventuelle. Au contraire, elles le responsabiliseraient en amont ; leur rédaction traduirait l'engagement éthique du juge d'assumer sa position personnelle. La responsabilisation exclurait toute responsabilité personnelle. Il ne serait pas question de se servir des opinions séparées pour mettre en œuvre la responsabilité individuelle du juge mais pour développer son sens de la responsabilisation, c'est-à-dire son implication sur le plan éthique.

## 2- Une sauvegarde de l'indépendance

239. La nécessité d'assurer l'indépendance du juge judiciaire est fondamentale. Le rattachement des opinions séparées à une éthique de responsabilisation présenterait l'atout inestimable de ne pas laisser le juge agir à sa guise tout en le protégeant, au nom de l'indépendance, d'une action en responsabilité. En l'absence de sanction liée à la rédaction d'une opinion séparée, l'indépendance du juge judiciaire serait pleinement sauvegardée. Ainsi, dans un système de responsabilisation, le juge judiciaire n'aurait pas à craindre de manifester publiquement son opinion personnelle. Le juge n'est véritablement à l'abri des pressions de toutes sortes<sup>514</sup> qu'à condition de disposer d'un moyen de revendiquer son indépendance tel que celui de pouvoir s'exprimer séparément.

Pivot d'une justice démocratique, l'indépendance est la condition d'une justice impartiale. Cette impartialité doit fonder l'ensemble des décisions judiciaires. Le soupçon qui porterait sur la neutralité du juge ferait perdre à la décision toute son autorité et du même coup, porterait atteinte à la crédibilité de l'institution. En tant que garantie constitutionnelle, l'indépendance du juge judiciaire est un fondement essentiel de la justice dans un état démocratique. Selon Mme le Juge en chef Mc LACHLIN, « *dans l'exercice de son nouveau*

---

<sup>514</sup> L'indépendance doit être assurée de manière externe à l'égard des autres pouvoirs et de manière interne en protégeant le juge de l'influence de ses collègues.

rôle, le pouvoir judiciaire moderne doit revenir à la source des forces à laquelle il s'est abreuvé au cours de siècles - son indépendance institutionnelle et l'indépendance de chacun de ses membres »<sup>515</sup>. La Constitution garantit la protection du juge judiciaire non tant pour lui-même que dans l'intérêt des justiciables. L'indépendance du juge sert à assurer aux justiciables une égalité de traitement. Elle est tournée vers eux. Dans un communiqué de presse en date du 21 décembre 2006, le CSM a rappelé que « ...l'indépendance n'est pas un privilège octroyé pour son confort au juge, mais constitue, pour le citoyen, une garantie essentielle d'égalité devant la loi »<sup>516</sup>.

240. En plus de préserver l'indépendance du juge, les opinions séparées, comprises dans un système de responsabilisation, pourraient même aller jusqu'à la renforcer. Plutôt que de craindre que l'admission des opinions séparées ne favorise l'exercice de pressions sur le juge judiciaire, il apparaît au contraire que l'exposition personnelle du juge pourrait consolider son indépendance. En effet, le juge judiciaire exprimerait véritablement son indépendance en rédigeant une opinion séparée. Il pourrait se désolidariser de l'opinion de ses collègues en justifiant les raisons de son désaccord dans une opinion dont la publicité serait assurée. Ainsi, il bénéficierait d'une totale liberté d'expression ; ce dont il ne dispose pas actuellement puisqu'il est soumis à l'obligation de ne pas révéler le sens de son vote, en application d'une conception absolue du secret du délibéré. L'indépendance du juge judiciaire sortirait renforcée par l'utilisation des opinions séparées comme mécanisme de responsabilisation. La responsabilisation par les opinions séparées pourrait garantir efficacement la légitimité du juge judiciaire puisque les justiciables disposeraient d'un moyen de constater qu'ils ont été jugés par des juges indépendants et impartiaux sans qu'il y ait de risque, en contrepartie, de ruiner leur indépendance.

## B- Une crédibilité retrouvée

241. Le manque de lisibilité de certaines décisions et le défaut de compréhension du fonctionnement de l'institution judiciaire rendent nécessaire le développement de la responsabilisation, qui appartient au domaine de la prévention. La responsabilisation du juge judiciaire dans un système préventif devrait le conduire à adopter un comportement éthique

---

<sup>515</sup> Mc LACHLIN (Beverly), *Le rôle des juges dans la société moderne*, The Fourth Worldwide Common Law Judiciary Conference, 5 mai 2001, Vancouver, Colombie-Britannique, disponible sur la page internet : [http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/role-of-judges\\_f.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/role-of-judges_f.asp).

<sup>516</sup> Disponible sur le site <http://www.conseil-magistrature.fr>.

dont l'extériorisation par le biais des opinions séparées permettrait de redonner sa crédibilité à l'institution judiciaire. La responsabilisation garantirait en amont la mise en place d'une nouvelle légitimité du juge fondée sur l'éthique (1) et son développement, par la multiplication des opinions séparées, pourrait même aboutir à diminuer les cas d'engagement de la responsabilité en aval (2).

### 1- Une nouvelle légitimité du juge fondée sur l'éthique

242. La responsabilisation par les opinions séparées devrait irradier le système actuel. Elle établirait une vraie relation de confiance entre le juge judiciaire et le justiciable sur le mode de l'interactivité. Pour être opérationnelle au plus tôt, afin de combler les défaillances du système de responsabilité, elle devrait être intégrée dans un programme global d'apprentissage.

243. Pendant longtemps, l'opacité constituée par l'absence de publication de la jurisprudence du CSM n'a pas permis aux futurs juges judiciaires d'avoir pleinement connaissance et conscience des fautes qui pourraient leur être reprochées. Désormais, ils peuvent aborder plus clairement les questions qui touchent à l'éthique de leur fonction. Si l'éthique renvoie en priorité à la conscience de chacun, la large diffusion de la jurisprudence du CSM doit permettre de « ...promouvoir une réflexion démocratique et collective sur l'éthique judiciaire... »<sup>517</sup>. L'Ecole Nationale de la Magistrature (ci-après ENM) qui a en charge la formation des futurs magistrats dispose d'un espace de réflexion permettant de placer la question de l'éthique au cœur de l'enseignement qu'elle dispense<sup>518</sup>.

Il apparaît nécessaire qu'avant d'entrer en fonctions, les juges aient déjà eu l'occasion de réfléchir aux exigences éthiques requises pour un bon accomplissement de leur mission. La « culture du doute » du juge judiciaire dont l'absence a si fortement été reprochée par la Commission parlementaire réunie après l'affaire d'Outreau mériterait d'être développée. L'enseignement de la déontologie est déjà devenu une discipline à part entière à l'ENM. Néanmoins, l'étude de la rédaction d'un jugement pourrait s'accompagner de l'élaboration d'opinions séparées. L'analyse de décisions de juridictions étrangères ou de la Cour EDH

---

<sup>517</sup> COMMARET (Dominique), *La déontologie des magistrats à travers la jurisprudence du CSM* in *La responsabilité du juge*, Colloque de l'ENM, 25-26 mars 1999, Annexe 4.

<sup>518</sup> « Il y assurément matière à des convergences entre la formation des magistrats, qui, confiée à une école jouissant d'une large autonomie, leur procure un espace de liberté, et la réflexion de ceux-ci sur les finalités de leur liberté », LUDET (Daniel), *Quelle responsabilité pour les magistrats ?* Pouvoirs 1995, n°74, p. 137.

permettrait de familiariser le futur magistrat à d'autres systèmes de raisonnement qui laissent la porte ouverte à diverses conceptions juridiques.

La formation commence à l'entrée à l'ENM mais la responsabilisation mériterait de faire l'objet d'une formation continue obligatoire<sup>519</sup> étant donnée qu'elle est appelée à évoluer avec les changements sociaux et l'étendue des missions confiées au juge judiciaire.

244. La mise en place d'un organe indépendant pourrait remplir également cette fonction didactique de l'éthique. Par exemple, au Canada, un Comité consultatif de déontologie judiciaire constitué de dix juges a été créé. Il est chargé d'interpréter les « Principes de déontologie judiciaire » institués par les juges et de donner à ceux-ci un avis sur leur application<sup>520</sup>. M. EPINEUSE a d'ailleurs relevé que le modèle présenté dans l'avis du Conseil Consultatif des Juges européens adressé en 2002 au Comité des ministres du Conseil de l'Europe s'inspire largement du modèle canadien<sup>521</sup>. L'intérêt de mettre en place un organe composé de juges ayant à guider des collègues dans leur conduite est donc déjà reconnu. Le système canadien est d'autant plus intéressant qu'il cumule les avantages de la constitution d'un organe ne pouvant être suspecté de corporatisme et ceux de la promotion par ses membres d'une « culture du doute ». Mme le Juge JACKSON, membre du Comité consultatif, indique en effet que dans le domaine de l'éthique « ...il y a plus qu'une seule réponse à la même question et parfois [les] avis reflètent une opinion majoritaire et une autre en dissidence »<sup>522</sup>.

245. Le fondement de la légitimité du juge judiciaire restera régulièrement contesté tant qu'il ne se traduira pas par une meilleure ouverture sur l'extérieur. Le regard des justiciables qui est multiplié par l'accroissement de l'intervention du juge doit le pousser à s'adresser à eux. En recherchant la confiance des justiciables, le juge se doterait d'une nouvelle légitimité. Il pourrait utiliser les opinions séparées pour y parvenir. Le fait qu'elles garantissent un autocontrôle par le juge de son activité doit être lié à une mesure de publicité. C'est la

---

<sup>519</sup> Dans le cadre de son programme annuel de formation continue, l'ENM a déjà proposé une réflexion sur l'impartialité en 1997 et sur la responsabilité en 1998. Néanmoins, celles-ci reposent sur la base du volontariat.

<sup>520</sup> JACKSON (Georgina R.), *L'éthique et la déontologie des juges en Amérique du Nord : l'exemple du Canada*, in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'AGUESSEAU, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 162.

<sup>521</sup> EPINEUSE (Harold), *L'éthique et la déontologie des juges en Europe in Justice et Démocratie*, Entretiens d'AGUESSEAU, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 153.

<sup>522</sup> JACKSON (Georgina R.), Op. Cit. Supra .

communication de la réalité de l'éthique judiciaire, issue de la rédaction d'opinions séparées, qui pourrait pleinement assurer la confiance des justiciables.

## 2- Un système idéal reposant sur l'augmentation de la responsabilisation pour diminuer la responsabilité

246. Les opinions séparées individualisent la position du juge. Il devrait être *de facto* fortement enclin à observer scrupuleusement des valeurs telles que l'indépendance et l'impartialité. La responsabilisation pourrait diminuer ainsi le champ de la responsabilité. Non pas uniquement parce que les opinions séparées, dans ce système, ne seraient pas susceptibles d'une action en responsabilité, mais parce qu'elles rendraient également les juges plus diligents.

Dès lors que la responsabilisation apparaît comme le concept le mieux disposé à répondre aux attentes des justiciables, sa mise en œuvre devrait avoir pour effet de soustraire l'action du juge judiciaire à la responsabilité, car, engagé sur le terrain préventif, sa diligence aura permis de désamorcer la commission d'une faute. La responsabilisation développerait alors un état permanent de vigilance expliquant une diminution de responsabilité par l'exercice correct du juge de sa mission. Elle permettrait d'éliminer les quelques cas de responsabilité en encourageant le juge judiciaire à un autocontrôle de son travail. L'expression d'opinions séparées valoriserait l'image d'un juge qui se préoccupe plus des parties au litige que de lui-même.

Etant donné que la rédaction d'une opinion séparée dénonce indirectement une mauvaise appréciation des juges, une mauvaise application du droit, c'est l'ensemble de la formation de jugement qui devrait être incité à plus de diligence. L'autocontrôle d'un juge devrait avoir des répercussions sur le travail des autres. La personnalisation de l'opinion séparée augmente le sens de la responsabilisation du juge-auteur tandis que la publication de celle-ci responsabilise ses collègues. La responsabilisation des juges pourrait être accrue sans même qu'ils rédigent une opinion séparée car, pour éviter de se voir reprocher une faute publiquement, ils s'attacheraient en amont à la prévenir. Une implication plus importante des juges dans leur choix en raison d'une éventuelle publication d'une opinion séparée devrait les empêcher de commettre certaines fautes.

Dans un système de responsabilisation, les opinions séparées apparaissent étonnement comme un facteur de diminution de la responsabilité. A ce titre, elles sont la meilleure garantie de l'indépendance du juge judiciaire.





## Conclusion du Chapitre II

247. L'engagement de la responsabilité du juge judiciaire est généralement présenté comme le moyen de redonner du crédit à la justice lorsqu'une faute a été commise dans le traitement d'une affaire. Plusieurs régimes de responsabilité sont prévus mais ils n'emportent pas vraiment l'adhésion des justiciables qui ont plutôt le sentiment qu'en pratique, il n'existe pas de véritable sanction. Parfois le juge est même présenté comme le dernier irresponsable d'un monde dans lequel plus personne n'échappe à son devoir de rendre des comptes devant les juridictions. La question de la responsabilité du juge est récurrente dans la procédure judiciaire. Il est amené à se prononcer dans des litiges qui peuvent susciter l'émotion publique et l'évolution de la société, avec la médiatisation des erreurs judiciaires, la rend de plus en plus prégnante. Ainsi, le législateur recherche à étendre la responsabilité pour satisfaire au mieux les justiciables qui sont dans l'attente de la punition du juge coupable. Les tentatives d'augmenter la responsabilité se heurtent néanmoins à la protection de l'indépendance du juge judiciaire. Plus sa responsabilité est engagée, plus le juge risque de sentir une pression importante qui l'empêche de disposer d'une pleine liberté de jugement. La voie de la responsabilité présente donc un danger pour l'indépendance du juge. Elle a également le défaut d'intervenir postérieurement à la commission d'une faute, alors qu'il faudrait privilégier le terrain préventif. Nul ne peut douter qu'il est plus pertinent de chercher à combler le déficit de confiance des citoyens dans la justice en prévenant la commission d'une faute plutôt qu'en la sanctionnant. C'est dans cette perspective que l'introduction des opinions séparées pourrait être primordiale, à condition de poser clairement les conditions de leur utilisation. De sérieuses précautions devraient être prises car les opinions séparées pourraient produire un effet désastreux sur l'indépendance du juge en raison de la publicité de sa position personnelle. Actuellement, la responsabilité personnelle, en cas de collégialité, est limitée par l'absence d'individualisation de la faute. Les juges s'exprimant d'une seule voix, l'auteur d'une faute est peu identifiable au sein du collège. Le pouvoir politique, dans sa volonté d'accroître la responsabilité du juge judiciaire, pourrait être tenté de se servir des opinions séparées pour engager la responsabilité personnelle du juge. Il faudrait donc mettre en œuvre les moyens d'éviter une telle utilisation qui n'a d'autre conséquence que de risquer encore plus de porter atteinte à l'indépendance du juge. C'est ainsi que l'utilisation exclusive des opinions séparées comme mécanisme de responsabilisation exclurait tout risque d'atteinte à l'indépendance du juge, sans pour autant le soustraire à tout contrôle de son activité. En

s'exprimant séparément, le juge judiciaire ne ferait pas que formuler un désaccord, il rendrait l'élaboration de la décision plus transparente. Cette transparence manifesterait la haute exigence qu'il se fait de sa fonction en termes d'éthique. Insérées dans un mécanisme de responsabilisation, les opinions séparées permettraient aux justiciables de contrôler l'activité du juge de l'extérieur sans qu'en contrepartie la responsabilité de celui-ci soit engagée. Publiées avec la décision, les opinions séparées agiraient en amont pour donner de la consistance à l'éthique du juge qui, en communiquant des éléments explicatifs aux justiciables, se soumettrait volontairement à leur contrôle. « ...[L]e devoir de juger dans le respect de l'éthique est un élément fort de la construction du rapport de confiance entre le juge et les citoyens »<sup>523</sup>. Le but de notre démarche n'est pas d'opérer une substitution entre la responsabilité et la responsabilisation mais de proposer une nouvelle voie, la première ayant montré ses limites. La responsabilisation pourrait s'envisager comme un complément ou un correctif de la responsabilité.

248. Il est fort probable que la responsabilisation par les opinions séparées puisse permettre d'atteindre ce que la responsabilité ne réalise qu'en partie, à savoir un équilibre entre la responsabilité du juge et la sauvegarde de son indépendance. La responsabilisation, par son aspect préventif, devrait même permettre de diminuer les cas de responsabilité.

---

<sup>523</sup> GABORIAU (Simone), *L'enjeu démocratique de la Justice* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 31.

## Conclusion du Titre II

249. Nous avons abordé ce deuxième titre avec l'idée qu'à première vue les opinions séparées n'étaient pas adaptées au système judiciaire français et que si le mécanisme fonctionnait ailleurs, la probabilité d'une même réussite était minime. Les éléments qui viennent d'être présentés vont en sens contraire. Non pas qu'ils contrecarrent les risques présentés mais ils démontrent que l'introduction des opinions séparées pourraient avoir des avantages inestimables.

250. Aux décisions judiciaires peu explicites, les opinions séparées pourraient apporter une réelle légitimité. Le style monolithique ne favorise pas leur compréhension par le public. Comme la prise de connaissance des éventuelles opinions séparées et de la décision est concomitante, elles seraient un puits d'informations sur son élaboration. Elles pourraient inciter les juges majoritaires à approfondir leur raisonnement. L'évolution du droit serait plus prévisible. Les opinions séparées pourraient être un facteur d'une plus grande démocratie de la justice. En améliorant les rapports entre le juge et les justiciables, elles donneraient de l'institution judiciaire l'image d'une justice ouverte et pédagogique. Il est certain que si les juges exprimaient un plus grand souci de leur réception, les justiciables accepteraient plus aisément les décisions prononcées à leur encontre.

251. Sans qu'il y ait lieu de considérer que la responsabilité est contraire à l'indépendance du juge judiciaire au point qu'elle ne devrait pas pouvoir être recherchée, il est clair qu'elle constitue une limite à la liberté du juge. Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le juge est perpétuellement exposé à un risque de sanctions. Toute affaire suppose un succombant, lequel peut exercer une action en responsabilité personnelle. A chaque fois, son indépendance peut être remise en cause. L'accroissement souhaité par l'opinion publique de la responsabilité du juge mène à une impasse. La recherche de l'équilibre entre indépendance et responsabilité est difficile. Le législateur s'est encore heurté à la censure du Conseil constitutionnel qui veille sur la sauvegarde du principe d'indépendance. Il souhaitait mettre en place un système de réclamations au profit des justiciables qui ne verra pas le jour. Elargir la responsabilité sans risquer de porter atteinte à l'indépendance du juge, tel est le déficit que pourraient relever les opinions séparées pourtant peu utilisables au premier abord pour diminuer les cas d'engagement de la responsabilité. Effectivement, on aurait pu penser que, leur publication permettant d'identifier plus facilement l'auteur d'une faute, elles pouvaient lever l'obstacle de la collégialité afin de rechercher la responsabilité personnelle du juge.

Nous avons souligné l'inadéquation d'une telle instrumentalisation des opinions séparées au but que nous nous sommes fixé, à savoir trouver un moyen de combler le déficit démocratique de l'institution judiciaire. L'exigence de contrôle de l'activité du juge nous pousse à aller vers un système de responsabilisation dans lequel les opinions séparées seraient essentielles. Elles nous apparaissent, en effet, comme la solution au dilemme auquel le régime de responsabilité ne parvient pas à répondre correctement. En excluant la responsabilité sans pour autant renoncer à tout contrôle du juge et en sauvegardant de ce fait son indépendance, les opinions séparées pourraient opérer l'équilibre parfait entre la responsabilité et l'indépendance du juge judiciaire.

## Conclusion de la Partie I

252. Les développements de cette première partie nous ont convaincu de l'opportunité des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français. Le début de l'analyse fut marqué par la crainte que les opinions séparées affaiblissent l'autorité des décisions judiciaires et favorisent une remise en question de la crédibilité du juge. En effet, le système judiciaire rejette les opinions séparées par application d'une tradition fortement hostile à laisser les juges s'exprimer à titre personnel en cas de collégialité. Le principe du secret du délibéré est un des fondements de la pratique judiciaire française.

253. Dans les systèmes international et européen, les opinions séparées participent à l'enrichissement du droit mais aussi au contrôle de son élaboration. Nous avons vu que la recherche de l'adhésion des Etats nécessite des décisions convaincantes et que les opinions séparées favorisent pleinement leur acceptabilité. Les représentants des différents Etats soumis au contrôle de ces juridictions peuvent, par la rédaction d'opinions séparées, influencer de l'intérieur l'évolution du droit en augmentant ou en minimisant la portée de la décision majoritaire. Indirectement, les Etats gardent une certaine maîtrise du droit auquel ils ont choisi de se soumettre.

L'examen de la pratique de la Cour suprême des Etats-Unis nous a permis de comprendre que le contrôle de l'activité du juge par le biais des opinions séparées pouvait poser un problème s'il était utilisé pour mettre en cause la responsabilité politique du juge. La menace d'une procédure d'*impeachment* peut être ressentie par le juge comme une limite à sa liberté de décision.

Ce qu'il faut retenir de ces différentes expériences, c'est la capacité des opinions séparées à organiser un contrôle de l'activité du juge. Elles nous incitent à estimer que l'exigence de confiance des citoyens dans l'institution judiciaire pourrait dépendre de l'admission des opinions séparées. Selon Jean-François BURGELIN, « *[l']œuvre de justice sera d'autant meilleure qu'elle aura été le fruit d'une collaboration franche et ouverte entre ceux qui ont pour vœu commun de parvenir à son plein épanouissement* »<sup>524</sup>. Dès lors que les citoyens disposeront d'un mécanisme de contrôle, cette « œuvre de justice » sera pleinement démocratique. Il est donc nécessaire de mettre en place les conditions d'un contrôle par les justiciables de l'activité du juge judiciaire. Puisque la responsabilité n'est pas apte à répondre aux attentes de la société, il faut envisager un mécanisme de responsabilisation. Ses deux

---

<sup>524</sup> BURGELIN (Jean-François), *La paille et la poutre*, D. 2004, Doctrine, p. 1252.

éléments constitutifs seraient d'une part, un contrôle démocratique, c'est-à-dire exercé par les citoyens, et d'autre part, un contrôle auquel le juge judiciaire se soumettrait volontairement. A la différence d'un mécanisme de responsabilité, il exclurait toute sanction juridique. Issu de son éthique, le juge judiciaire serait maître de l'effectivité de ce contrôle en choisissant de rédiger une opinion séparée. L'absence de sanction juridique lui permettrait de conserver sa liberté de juger sans donner l'impression de ne pas s'investir personnellement. La collégialité ne serait plus un obstacle à ce que le juge rende des comptes à titre individuel. Simplement, l'identification de la position du juge ne pourrait aboutir à engager sa responsabilité. L'équilibre démocratique entre indépendance et impartialité pourrait enfin être réalisé.

254. La mise en balance des risques liés à l'admission des opinions séparées dans l'ordre judiciaire avec ses avantages, surtout avec sa probable capacité de répondre au déficit de confiance des justiciables dans l'institution judiciaire, a mis en valeur l'idée que sans négliger les premiers, les seconds sont d'une telle importance qu'il faut examiner la mise en place des opinions séparées. La première difficulté à aborder sera sans conteste le principe du secret du délibéré. Il se présente *a priori* comme un obstacle à l'admission des opinions séparées dans le système judiciaire. Son incompatibilité supposée avec l'exercice d'un contrôle par les citoyens du bon exercice de l'activité des juges doit être vérifiée afin de déterminer si elle est réelle ou apparente. Au cas où la restauration de la confiance des citoyens en la justice dépende de la possibilité de mettre en place les opinions séparées, l'étude de cette réalisation serait décisive.

## Partie II

### La mise en place des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français

255. Lors de son entrée en fonction, le juge judiciaire prête serment de conserver le secret du délibéré<sup>525</sup>. Il s'oblige ainsi à ne pas révéler ce qui s'est dit durant le délibéré, précisément, « *il ne doit jamais indiquer ni le sens de son vote, ni celui de ses collègues, ni la teneur des discussions internes de la juridiction* »<sup>526</sup>. Cette conception large du secret du délibéré a pour conséquence d'engager la responsabilité du juge pour violation au cas où il prendrait l'initiative de publier une opinion séparée sous une décision à l'élaboration de laquelle il a participé.

Pour la doctrine majoritaire, l'argument tiré du secret du délibéré apparaît comme décisif et interdit toute perspective d'autorisation des opinions séparées<sup>527</sup>. Selon Mme le Professeur DEUMIER, la diffusion des opinions séparées dépasse la simple question de choix rédactionnel puisqu'elle heurterait de plein front le secret du délibéré<sup>528</sup>.

Si l'on devait estimer que le principe du secret du délibéré est en effet inconciliable avec les opinions séparées, la perspective de leur mise en place serait fortement obstruée. Il sera essentiel de parvenir à lever cet obstacle. Ensuite, en cas de réussite, il ne suffira pas de conclure que le juge judiciaire peut s'exprimer séparément. Il faudra s'attacher à adapter les opinions séparées au système judiciaire puisqu'elles en sont absentes pour l'instant. Nous verrons de quelle manière l'opportunité des opinions séparées que nous avons mise en valeur dans la première partie peut être effectivement réalisée.

Ainsi, la mise en place des opinions séparées nécessitera dans un premier temps de s'interroger sur la possibilité de concilier les opinions séparées et le secret du délibéré (Titre I)

---

<sup>525</sup> Article 6 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* ».

<sup>526</sup> BURGELIN (Jean-François), *Le juge et son secret* in *Essai, Secrets professionnels*, FRISON-ROCHE (Marie-Anne) (dir.), Autrement, 1999, Paris, p. 191.

<sup>527</sup> CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2006, Paris, p. 450 ; PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Domat droit privé, 2006, Paris, p. 482.

<sup>528</sup> DEUMIER (Pascale), *Création du droit et rédaction des arrêts de la Cour de cassation* in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Tome 50, Dalloz, 2007, Paris, p. 68.



avant de pouvoir proposer leur adaptation aux spécificités du système judiciaire français (Titre II).

# Titre I

## La conciliation des opinions séparées et du principe du secret du délibéré

256. Le délibéré a été défini par le Doyen CORNU comme le « *nom spécialement donné aux délibérations des juges, c'est-à-dire à la phase secrète du jugement qui s'intercale entre les débats et le prononcé...* »<sup>529</sup>. Le principe du secret du délibéré est ancien puisqu'il existait déjà à l'époque féodale<sup>530</sup>.

257. Dans de nombreux domaines, le secret recule. Le cas est significatif en matière bancaire. Synonyme un temps d'une absence totale de divulgation d'informations, le secret bancaire connaît aujourd'hui des exceptions nées avec la répression du blanchiment d'argent<sup>531</sup>. La réforme de la procédure pénale<sup>532</sup> vient à nouveau de réduire la protection du secret de l'instruction<sup>533</sup>. Le secret du délibéré paraît être le seul à devoir être conservé dans les mêmes termes depuis toujours. Il interdit au juge judiciaire d'exprimer publiquement ses opinions, non seulement pendant le délibéré, mais aussi avant et après celui-ci<sup>534</sup>. En générant l'opacité de l'élaboration de la décision, la jurisprudence souhaite protéger l'indépendance du juge. Pourtant, ce fondement justifie difficilement l'engagement de la responsabilité du juge-auteur d'une opinion séparée. Aussi le principe n'est-il déjà plus appliqué de manière absolue

---

<sup>529</sup> CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée avec locutions latines, PUF, 2005, Paris, p. 278.

<sup>530</sup> « *A l'époque féodale, lorsque les fonctions judiciaires se circonscrivent dans l'entourage immédiat du seigneur, le secret fait son apparition, du moins au stade du délibéré* », CARBASSE (Jean-Marie), *Secret et Justice, les fondements historiques du secret de l'instruction in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, Paris, p. 1245.

<sup>531</sup> Voir Cass. Com., 28 avril 2004. Dans cet arrêt, les juges ont refusé de dédommager une société s'estimant victime d'un préjudice lié à l'obligation d'une banque de respecter l'article L 563-3 du Code monétaire et financier. Il a été évoqué par Guy CANIVET, dans son intervention aux Entretiens du Palais, *Quel secret pour les acteurs judiciaires ?* Rencontres avocat-magistrat, Bordeaux 8 et 9 oct. 2004, Forum, GP 18-19 fév. 2005, p. 57. L'article 132-22 du Code pénal issu de la loi du 13 décembre 2005 dispose désormais, « *Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal saisi peuvent obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret* ».

<sup>532</sup> PRADEL (Jean), *Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. A propos de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007*, JCP 4 avril 2007, I, 138, p. 13 et s., spécialement p. 15 pour la publicité des débats et de la décision relatifs à la détention.

<sup>533</sup> RIBEYRE (Cédric), *La communication du dossier d'instruction aux parties privées*, JCP 2006, I, 152, p. 1275 et s.

<sup>534</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juge in Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 183.

puisque des pratiques peu éloignées de la rédaction d'une opinion séparée sont déjà admises. Le principe du secret du délibéré n'interdit pas la publication du rapport du Conseiller rapporteur<sup>535</sup> ou d'articles écrits par l'un des juges qui a participé au délibéré. Afin de préserver l'indépendance du juge-auteur, il faudrait qu'il bénéficie du même traitement.

Nous nous demanderons si l'objectif de protection de l'indépendance du juge est réellement atteint s'agissant du juge-auteur (Chapitre I) avant de proposer que l'autonomie qui est déjà reconnue au juge judiciaire soit étendue à l'hypothèse de la rédaction d'une opinion séparée (Chapitre II).

---

<sup>535</sup> Le Conseiller rapporteur en tant que membre de la juridiction de jugement est bien soumis au secret, son rapport peut toutefois faire l'objet d'une publication dans le Bulletin d'information de la Cour de cassation, dans des revues juridiques et désormais sur le site internet de la Cour de cassation.

## **Chapitre I**

### **Secret du délibéré et indépendance du juge-auteur**

258. La contrainte imposée au juge judiciaire de conserver le secret absolu sur les discussions internes lui interdit d'exprimer son opinion séparée. Elle est essentiellement fondée sur la protection des membres de la formation de jugement. Il s'agit de garantir leur anonymat, empêchant ainsi d'éventuels plaideurs indéliques d'exercer des représailles à l'encontre de l'un d'eux. Ainsi, il apparaît capital de ne pas permettre au public de connaître le nom de celui ou ceux qui ont voté pour la décision. Cet argument protecteur valait pleinement lorsque la procédure judiciaire ignorait l'institution du juge unique. Au moment de sa mise en place, il était déjà moins pertinent. Les débuts du juge unique ont pu être analysés comme une violation du secret du délibéré autorisée par le législateur puisque, le juge étant seul à se prononcer, tout un chacun connaît son opinion<sup>536</sup>. L'accroissement du nombre d'affaires dans lesquelles un juge statue seul en fait désormais un argument obsolète qui a surtout pour inconvénient d'organiser une inégalité de protection puisque le juge judiciaire en bénéficie uniquement en cas de collégialité. Dans le même temps, l'opposition des détracteurs des opinions séparées considérant que la protection de l'indépendance du juge justifie leur interdiction perd en consistance.

Il apparaît clairement que la raison de l'existence du principe du secret du délibéré consiste en une protection de l'indépendance du juge judiciaire (Section I) dont l'effectivité diminue avec l'extension de la pratique du juge unique (Section II).

#### **Section I- Une tradition juridictionnelle conçue comme une protection de l'indépendance du juge judiciaire**

259. Le secret du délibéré est envisagé comme un principe général du droit processuel français. Au-delà du seul ordre judiciaire, il irradie toutes les procédures de tous les ordres juridictionnels. Il prohibe la divulgation des échanges intervenus durant cette phase essentielle d'élaboration de la décision au nom de la protection de l'indépendance du juge. L'interdiction d'exprimer publiquement une opinion séparée est liée à la conservation du secret exigée dans le but de ne pas nuire à l'indépendance du juge. Or, il n'est pas certain que de la publication

---

<sup>536</sup> FLORIOT (René), COMBALDIEU (Raoul), *Le secret professionnel*, Flammarion, 1973, Paris, p. 169.

d'une opinion séparée ou d'une action en responsabilité pour violation du secret du délibéré, ce soit la première la plus attentatoire à l'indépendance du juge judiciaire. Ainsi, le secret reste une barrière à l'expression d'opinions séparées (§1) alors que l'on peut s'interroger sur la réalité de la protection qu'il confère à l'indépendance du juge-auteur (§2).

### **§ 1- Une barrière à l'expression d'opinions séparées**

260. Malgré un énoncé législatif peu explicite, le secret du délibéré est un principe reconnu en procédure comme essentiel. Il est nécessaire d'en examiner le contenu pour mesurer le degré d'incompatibilité des opinions séparées. Ceci permettra de vérifier la réalité de la critique, faite à leur encontre, d'une atteinte insurmontable au secret du délibéré. En raison de la rigueur de l'énoncé du principe (A), le travail de définition est essentiellement revenu aux juges qui ont élaboré une conception large (B).

#### A- La rigueur de l'énoncé législatif d'un principe fondamental

261. Le législateur a multiplié les occasions d'énoncer le principe du secret du délibéré, toujours de manière assez stricte. Il est nécessaire de s'intéresser à la consécration du principe dans les textes (1) ainsi qu'à sa valeur (2) pour avoir une vision correcte de son domaine d'application.

##### 1- La consécration du principe

262. Le principe du secret du délibéré a été énoncé par le législateur dans deux sortes de textes. De manière générale, il figure dans les codes de procédure et dans le serment prêté par les juges.

Ainsi, l'article 448 du NCPC dispose que « *les délibérations des juges sont secrètes* »<sup>537</sup>. De façon similaire, l'article L 8 du Code de la justice administrative prévoit que *le délibéré des juges est secret*. Ce recensement du principe dans les codes met en exergue l'absence de mention du secret du délibéré des juges dans le Code de procédure pénale (ci-après CPP) ; même si cette absence peut surprendre en matière pénale où le secret du délibéré se justifie le

---

<sup>537</sup> En vertu de l'article 749 du NCPC, cet article s'applique « ...devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homales, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction ».

plus. Il demeure que le juge pénal est soumis à la même règle que le juge civil. D'ailleurs, l'article 355 du CPP, relatif à la Cour d'assises, indique que « *les magistrats de la cour et les jurés se retirent dans la chambre des délibérations* ».

Il convient de souligner que le législateur étend le secret du délibéré au-delà des juridictions étatiques, aux juridictions privées qui sont soumises aux règles du droit arbitral. L'article 1469 du NCPC dispose que « *les délibérations des arbitres sont secrètes* ». La présence en matière arbitrale du secret du délibéré est la preuve de son large rayonnement en droit français. La particularité de la justice arbitrale autorise cependant une limitation à l'énoncé du principe. L'article 1473 du NCPC précise que « *la sentence arbitrale est signée par tous les arbitres. Toutefois, si une minorité d'entre eux refuse de la signer, les autres en font mention et la sentence a le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres* ». Ainsi, l'arbitre qui est en désaccord avec les arbitres majoritaires peut publiquement se désolidariser de la sentence. En revanche, l'article 1473 du NCPC n'autorise pas l'arbitre minoritaire à rédiger une opinion séparée. Il s'agit en l'occurrence d'un petit tempérament au principe intangible du secret du délibéré. La procédure d'arbitrage connaît des spécificités et à celles-ci répond un aménagement particulier des règles du secret du délibéré<sup>538</sup>, il n'est en aucun cas possible d'en tirer une conséquence quant à l'attachement du droit français au secret du délibéré.

263. Les juges dans leur prestation de serment sont directement visés par l'obligation de respecter le secret du délibéré. Sans distinction entre le domaine civil et pénal, tous les juges de l'ordre judiciaire sont concernés. Ainsi, l'article 6 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 dispose que tout magistrat « *...jure de garder religieusement le secret des délibérations* ». Cette disposition donne de l'envergure au secret du délibéré puisque l'ordonnance de 1958 porte loi organique relative au statut de la magistrature. La loi organique est d'un rang élevé dans la hiérarchie des normes étant donné qu'elle précise ou complète la Constitution et elle est dès lors soumise à une procédure particulière<sup>539</sup>.

---

<sup>538</sup> Selon Gérard CORNU et Jean FOYER la différence de portée de la règle du secret dans l'arbitrage s'expliquerait par le fait que « *la justice arbitrale n'est pas rendue au nom du peuple (indivisible) français (a.454), mais par des individus qui, même s'ils sont juges – et non chacun mandataire d'une partie- entrent avec leur personnalité dans le tribunal arbitral* », CORNU (Gérard), FOYER (Jean), *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> édition, Thémis, Droit privé, PUF, 1996, Paris, p. 754.

<sup>539</sup> Le Lexique des termes juridiques définit la loi organique comme la « *loi votée par le Parlement pour préciser ou compléter les dispositions de la Constitution. La Constitution de 1958 prévoit limitativement les cas de recours aux lois organiques et fait de celles-ci une nouvelle catégorie de lois entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires en les soumettant à des conditions particulières d'adoption et de contrôle (art.46)* », GUILLIEN (Raymond), VINCENT (Jean), *Lexique des termes juridiques*, GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel) (dir.), 15<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2005, Paris, p. 386.

264. Le serment des jurés comporte également l'obligation de « ...*conserver le secret des délibérations, même après la cessation de [leurs] fonctions* ». L'article 304 du CPP contient donc une précision législative sur la durée de conservation du secret par les jurés. L'hypothèse est inédite, on ne la retrouve dans aucune autre disposition. Le législateur a certainement insisté sur les modalités du secret parce qu'il s'adresse à des juges non professionnels.

265. Les auditeurs de justice qui suivent la formation dispensée par l'ENM et ne peuvent participer à aucun délibéré avec voix délibérative doivent, en vertu de l'article 20 de l'ordonnance du 22 décembre 1958<sup>540</sup>, « ...*garder religieusement le secret professionnel* ». Si leur serment ne mentionne pas expressément le secret du délibéré, celui-ci est inclus dans le secret professionnel. D'ailleurs l'emploi du terme « religieusement », qui figure également dans le serment du juge judiciaire, ne laisse aucun doute quant à la soumission des auditeurs de justice au secret du délibéré. En réalité, les différences d'énonciation du principe du secret du délibéré n'ont aucune incidence.

266. En matière constitutionnelle, le législateur a consacré le secret du délibéré de manière restrictive. Les juges constitutionnels sont, en vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, tenus de « *garder le secret des délibérations et des votes* ». Le législateur fait ici une distinction nette entre le secret qui touche aux délibérations et celui qui touche aux votes. Certes, le fait de doubler l'objet du secret va dans le sens d'une protection large. Néanmoins, cette précision laisse entendre que le secret des délibérations n'implique pas celui des votes. C'est un aspect intéressant à souligner car l'expression d'opinions séparées semble avoir surtout pour effet de lever le secret des votes<sup>541</sup>.

D'autres dispositions obligent les juges au secret du délibéré<sup>542</sup>.

La consécration par le législateur du principe du secret du délibéré met surtout en valeur le nombre de dispositions adressées directement aux juges. On constate, dans les textes, l'importance attachée à l'engagement personnel du juge de conserver le secret du délibéré, qu'il soit juge professionnel ou occasionnel.

---

<sup>540</sup> Modifiée par la loi organique du 17 juillet 1970.

<sup>541</sup> Voir *Infra*, Partie II, T I, C II, S II, §2, A, 2.

<sup>542</sup> Pour les juges des tribunaux de commerce, article L 722-6 du Code de commerce ; pour les assesseurs des tribunaux paritaires des baux ruraux, article L 492-4 du Code rural ; pour les assesseurs des tribunaux pour enfants, article L 251-5 du COJ ; pour les juges de la Cour de justice de la République, article 2 loi 23 novembre 1993. Pour la poursuite d'un membre de la Cour de justice de la République pour violation du secret du délibéré suite à l'arrêt rendu le 9 mars 1999 dans l'affaire du sang contaminé, voir ROBERT (Jacques), *Une ténébreuse affaire*, RDP 1999, n°2, p. 384.

## 2- La détermination de la valeur du principe

267. Le législateur n'a pas précisé dans les textes la valeur du principe du secret du délibéré. En effet, l'article 458 du NCPC mentionne diverses dispositions dont le non respect est sanctionné par la nullité. Etonnement, l'article 448 du NCPC, socle du secret du délibéré, n'y figure pas<sup>543</sup>. Il ne s'agit cependant que d'un oubli, jamais réparé par le législateur, en raison de l'intervention de la jurisprudence pour le combler. Les juges ne considèrent pas que l'absence de mention de l'obligation de respecter le secret du délibéré à l'article 458 du NCPC signifie que son non respect ne peut être sanctionné juridiquement. Les juges prononcent la nullité d'une décision qui n'a pas respecté le secret du délibéré. En revanche, la mention dans la décision que le délibéré a été secret n'étant pas prescrite par la loi, son défaut est sans incidence<sup>544</sup>. D'éminents auteurs ont indiqué que la nullité « ...pourra toujours être prononcée si l'on admet qu'il puisse exister des causes de nullité fondées sur les principes généraux »<sup>545</sup>. Le secret du délibéré est facilement identifiable comme principe général, ce qui laisse peu de doute sur le caractère volontaire ou involontaire de l'absence de mention expresse du non respect du secret du délibéré à l'article 458 NCPC. D'ailleurs, comme le Professeur BENABENT l'a noté<sup>546</sup>, même si l'analyse des textes pouvait laisser penser que la violation du secret du délibéré n'avait pas forcément vocation à être sanctionnée par la nullité de la décision, elle pouvait de toute façon ouvrir une action disciplinaire. En revanche, la mention dans une décision que le délibéré a été secret n'a pas à figurer dans la décision<sup>547</sup>. Les juges ont ainsi refusé de faire droit à la demande d'annulation de la décision pour défaut de la mention selon laquelle le délibéré a été secret.

En ne se prononçant pas clairement sur la nullité de la décision en cas de violation du secret du délibéré, le législateur, malgré l'attachement au secret du délibéré, a laissé un temps la question du caractère d'ordre public du principe en suspens.

---

<sup>543</sup> Au contraire de l'article 454 du NCPC dont les mentions qu'il énumère sont prescrites expressément à peine de nullité. Parmi elles on ne trouve pas celle certifiant que le délibéré a été tenu secrètement. En revanche celle qui contient le nom des juges qui ont délibéré permet dans une certaine mesure de vérifier qu'aucune personne étrangère au délibéré n'y a assisté.

<sup>544</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1992, Bull. civ., n°182.

<sup>545</sup> VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), *Procédure civile*, 27<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2003, Paris, p. 910.

<sup>546</sup> BENABENT (Alain), *Jugement*, Répertoire Dalloz, Procédure civile, 1979, p. 16 (version actuelle EUDIER (Frédérique), 2002).

<sup>547</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1992, JCP 1992, IV, 2534, les juges relèvent que la mention dans une décision que le délibéré avait été secret ne compte pas au nombre de celles qu'aux termes de l'article 454 du NCPC doit contenir le jugement.



Selon le Conseil d'Etat, « *le secret des délibérations dans les assemblées juridictionnelles est un principe général du droit public français ...* »<sup>548</sup>. Néanmoins, dans un arrêt du 8 juillet 1949, les juges administratifs sont venus préciser qu'il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public<sup>549</sup>.

268. En revanche, la jurisprudence judiciaire est en sens contraire. Dans deux arrêts d'appel qui datent de la fin des années 1970<sup>550</sup>, les juges judiciaires ont estimé que le secret des délibérations est une règle d'ordre public. Ils prononceront en conséquence la nullité de chacun des jugements déférés. S'agissant de la procédure applicable aux tribunaux paritaires des baux ruraux, l'annulation a été prononcée non pas sur le fondement de l'article 448 du NCPC mais sur le fondement des dispositions spécifiques aux juridictions. Ce qui n'empêche pas de voir une consécration bien plus large.

La Cour de cassation, après avoir relevé également que le secret des délibérations constitue un principe général du droit<sup>551</sup>, se réfère largement à la notion de nullité d'ordre public<sup>552</sup>. Dans un arrêt du 9 octobre 1997, la Chambre sociale a prononcé la nullité d'une décision pour violation du secret du délibéré, moyen que les juges ont relevé d'office<sup>553</sup>.

La possibilité pour le juge de relever d'office la violation du secret du délibéré ne fait pas de doute, du moins devant les juridictions judiciaires. La partie qui invoque une nullité fondée sur ce motif n'a pas à justifier d'un grief devant le juge. Cela atteste encore une fois de l'importance du principe et, par conséquent, de la difficulté à envisager la mise en place des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français.

## B- L'élaboration jurisprudentielle d'une conception large du principe du secret du délibéré

269. Ayant à apprécier la violation d'un principe peu défini par le législateur, les juges judiciaires ont véritablement participé à son élaboration. Ils ont fait preuve, en l'occurrence,

---

<sup>548</sup> Conseil d'Etat, 17 novembre 1922, Sieurs Légillon, Rec. CE, p. 849.

<sup>549</sup> Conseil d'Etat, 8 juillet 1949, Michel, Rec. CE, p. 339.

<sup>550</sup> Reims, Ch.soc, 29 juin 1977, dame Goffart c. époux Mollin et Versailles, 5<sup>ème</sup> Ch., Ch. Soc., 22 mars 1979, époux Kacsmarek c. veuve Gallot et autres., D. 1981, IR, p. 145, JCP 1980, II, 19300, observations PERRIN (Pierre-Antoine).

<sup>551</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 février 1995, Bull. civ., n°48, GP 1995, pan. juris., p. 221.

<sup>552</sup> Civ. 2<sup>ème</sup> section, 19 juillet 1960, Bull. civ., n°501 ; Soc., 15 janvier 1964, Bull. civ., n°49 ; Civ. 2<sup>ème</sup> section, 4 décembre 1964, Bull. civ., n°795 ; Civ. 2<sup>ème</sup> section, Bull. civ., n°952.

<sup>553</sup> Soc., 9 octobre 1997, Bull. civ., n°305, JCP G 1997, n°47, IV, n°2278, JCP E 1997, pan. juris., n°1328.

d'un activisme particulier en conférant un contenu large au secret du délibéré, qui a abouti à une définition rigide du principe. Plus ils ont fait entrer de situations dans le champ de la protection, plus ils ont contribué à faire du secret du délibéré un principe d'application stricte. Considéré classiquement comme l'expression de leur indépendance, il n'est pas surprenant que les juges judiciaires aient eu une vision très englobante du principe. Elle semble anéantir toute perspective d'introduire les opinions séparées dans le système judiciaire français et ce d'autant plus que, récemment, la jurisprudence européenne a eu pour effet d'accroître l'étendue du secret en droit judiciaire. Ainsi, la jurisprudence a mis en œuvre un principe rigide (1) que la jurisprudence européenne a conduit à renforcer (2).

### 1- La mise en œuvre d'un principe rigide

270. Le secret du délibéré signifie que toute divulgation du contenu du délibéré est prohibée. Ainsi certaines mentions sont interdites et seules certaines personnes sont admises lors du délibéré. La conception jurisprudentielle du délibéré n'interdit pas seulement la divulgation du contenu du délibéré, elle empêche également la révélation de la position des juges. La Cour de cassation a jugé, il y a longtemps, que le magistrat qui refuse de signer un jugement viole le secret du délibéré<sup>554</sup>. Le secret du vote apparaît indissociable du secret du délibéré.

Entendu ainsi, le secret du délibéré condamne la mention selon laquelle les juges ont statué à l'unanimité. La révélation du sens du vote de tous les juges est sanctionnée par la nullité de la décision<sup>555</sup>. Dans cette continuité, les juges ont également prononcé la nullité d'un jugement contenant une mention qui indiquait qu'il avait été « ...rendu à la majorité de trois voix (celles du Président et de deux conseillers ouvriers), contre deux (deux conseillers patrons)... »<sup>556</sup>. L'atteinte au secret du délibéré était caractérisée par la révélation du sens du vote de chacun des juges. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles, rendu le 22 mars 1979<sup>557</sup>, les juges ont annulé la décision au motif que la mention suivant laquelle la décision

---

<sup>554</sup> Crim., 27 mai 1847, Sirey, 1847, 1, p. 547, cité par LAMBERT (Pierre), *Secret professionnel*, Bruylant, 2005, Bruxelles, p. 255.

<sup>555</sup> Soc., 9 novembre 1945, GP 1948, I, p.22 ; Reims, Ch. soc., 29 juin 1977, Op. Cit. Supra.

<sup>556</sup> Soc., 15 janvier 1964, Bull. civ., n°49.

<sup>557</sup> Versailles, 22 mars 1979, Op. Cit. Supra, les juges du fond relèvent expressément que la mention entraîne la nullité de la décision parce que dans le cas présent « ...l'indication « à la majorité » révélait nécessairement l'opinion des deux seuls membres composant le Tribunal ».

avait été prise à la majorité des voix violait le secret du délibéré. En l'occurrence, le tribunal n'était composé que de deux juges, le Président et un assesseur. La mention litigieuse divulguait en réalité le sens du vote de l'ensemble de la juridiction.

271. Il est intéressant, dès lors, de se demander si une mention qui ne dévoilerait pas la position de tous les juges mais seulement celle de certains d'entre eux serait autorisée. En effet, ce n'est qu'en fonction du nombre d'opinions séparées que le sens du vote de l'ensemble des juges peut être connu. Dans deux arrêts qui datent de 1974, la Chambre sociale et la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation ont estimé que si les juges indiquent uniquement que la décision a été prise à la majorité des voix, il n'y a pas de violation du secret du délibéré<sup>558</sup>. Or, la Chambre sociale a fondé le rejet du moyen tiré de la violation du secret du délibéré sur le fait que d'une part, l'arrêt ne précise pas la majorité à laquelle la décision a été prise et, d'autre part, que la mention ne fait que constater que la loi a été respectée puisqu'elle édicte que toute décision est prise à la majorité des voix. De la même façon, les juges de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile ont indiqué dans leur motivation que « ...*la mention critiquée, qui se borne à constater l'observation de la prescription légale, sans faire apparaître en quel sens chacun des juges a opiné, n'a pas porté atteinte au secret du délibéré* ». Dans l'esprit des juges, le fait d'indiquer expressément que la décision a été prise à la majorité ne signifie pas *ipso facto* que les juges n'étaient pas unanimes. Cette mention consiste simplement en l'énoncé de la règle légale qui figure à l'article 449 du NCPC et ne dévoile pas le secret du délibéré.

De manière très claire, dans l'arrêt du 9 octobre 1997<sup>559</sup>, la Chambre sociale a prononcé la nullité, pour violation du secret du délibéré, d'un jugement rendu par un conseil de prud'hommes au motif que l'un des juges avait indiqué sous le texte de la décision qu'il était en désaccord. Le fait qu'un seul juge ait indiqué son désaccord a suffi à caractériser une violation du secret du délibéré. En toute logique, les juges opèreront la même analyse s'agissant de la rédaction d'une opinion séparée.

Pourtant, quelques mois avant, un autre arrêt, de l'Assemblée plénière, pouvait laisser croire à un assouplissement de la jurisprudence favorable aux opinions séparées. Elle a rendu le 20 décembre 1996<sup>560</sup> un arrêt de cassation partielle au motif que « ...*l'énoncé des conditions*

---

<sup>558</sup> Soc., 14 mars 1974, Bull. civ., n°182 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juin 1974, D. 1975, Jurisprudence, p. 173, note AUBERT (Jean-Luc).

<sup>559</sup> Op. Cit. Supra.

<sup>560</sup> D. 1997, IR, p. 18 et Bulletin d'information n°446 du 15 mars 1997, disponible sur le site [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/bulletin\\_inf](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_inf).

*dans lesquelles une décision a été prise par un conseil départemental de l'Ordre des médecins n'a pas pour effet de rendre publique la délibération qui l'a précédée* ». Les juges ont, par cette décision, sanctionné le raisonnement du tribunal d'instance d'Annecy au motif que les délibérations de ce conseil étaient restées secrètes en dépit de la mention de l'opinion de ses membres. Or, cette décision a peu de portée en droit judiciaire processuel.

Selon les conclusions du Premier Avocat général MONNET<sup>561</sup>, le tribunal d'Annecy a étendu de façon abusive le principe du secret du délibéré juridictionnel en assimilant la délibération d'un organisme administratif à un délibéré juridictionnel. Dans sa note, le Conseiller rapporteur COLCOMBET<sup>562</sup>, va dans le même sens et opère une distinction entre la délibération visée par l'article L 397 du Code de la Santé publique (« *Les délibérations du conseil de l'Ordre ne sont pas publiques* ») laquelle est non publique et le délibéré, qui n'a pas à être secret<sup>563</sup>. Si, en l'espèce, les deux magistrats cités plus haut n'ont pas estimé utile d'appliquer le secret du délibéré dans son sens strict, c'est pour des questions d'opportunité<sup>564</sup> propres à la matière administrative. Ils ont conclu leur intervention en se fondant sur l'utilité de ne pas appliquer au cas présent le secret du délibéré dans son sens strict pour permettre un contrôle du processus d'élaboration de la décision et garantir une plus grande transparence de la procédure. D'ailleurs la cassation de l'arrêt intervient uniquement au visa des articles L 394 alinéa 3 et L 397 du Code de la Santé publique, sans mentionner l'article 448 du NCPC.

272. Le caractère secret du délibéré a également des conséquences quant aux personnes qui peuvent y assister. Il est fermé à toute personne autre que celles dont la présence est requise par la loi. L'article 447 du NCPC en vertu duquel « *il appartient aux juges devant lesquels l'affaire a été débattue d'en délibérer* », ne connaît pas de dérogation<sup>565</sup>. Ainsi, le ministère public<sup>566</sup> est exclu du délibéré tout comme le greffier<sup>567</sup>.

---

<sup>561</sup> Bulletin d'information, Op. Cit. Supra, p.7-9.

<sup>562</sup> Op. Cit. Supra, p.2-6.

<sup>563</sup> Il utilise la distinction entre les termes « délibéré » et « délibération » pour estimer que la délibération seule doit être non publique dans le sens où personne ne peut y assister mais que son compte-rendu n'a pas à être secret. Ce qui justifie le traitement particulier à réserver au secret touchant l'élaboration d'une décision à caractère administratif.

<sup>564</sup> Il s'agissait pour les juges de trouver un moyen de ne pas faire échapper un médecin à son obligation de cotisation professionnelle.

<sup>565</sup> Sauf celles expressément prévues par la loi, voir pour la présentation de ce que Jean-Pierre DUMAS nomme les exceptions à la règle du secret du délibéré, DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges in Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p.186-187.

<sup>566</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 avril 1986, Bull. civ., n°61, 1<sup>ère</sup> espèce, p. 41.

La mention du nom du greffier dans la composition de la Cour lors des débats et du délibéré a généré des divergences jurisprudentielles entre les Chambres de la Cour de cassation. Egalement, certaines décisions d'une même Chambre varient selon l'espèce. Les juges ne sanctionnent pas toujours la violation du secret et partant, ne prononcent pas systématiquement la nullité de la décision. Ainsi, dans deux arrêts du même jour, rendus l'un par la deuxième et l'autre par la troisième Chambre civile<sup>568</sup>, les juges ont estimé qu'il résultait de la mention du nom du greffier dans la composition de la Cour, lors des débats et du délibéré, que celui-ci avait assisté au délibéré des magistrats. Cette interprétation renforce le principe du secret du délibéré après que la troisième Chambre civile a, dans un arrêt du 15 février 1995, indiqué qu'il ne résulte pas d'une telle mention que le greffier, qui fait partie de la juridiction, a participé au délibéré<sup>569</sup>. La première Chambre civile a rejeté la demande de nullité au motif que « ...le grief ne repose que sur une inadvertance de rédaction dont il ne saurait résulter à l'évidence que le greffier qui a participé aux débats ait aussi assisté au délibéré »<sup>570</sup>. De même, elle a rejeté le moyen tiré de la violation du secret du délibéré après avoir relevé que « ...la participation du greffier ne saurait résulter de la seule mention de son nom à la suite du paragraphe « composition de la cour, lors des débats et du délibéré » »<sup>571</sup>. L'Assemblée plénière s'est prononcée, par un arrêt du 12 juillet 2000<sup>572</sup>. Selon elle, s'il convient de tirer du secret du délibéré l'interdiction pour le greffier d'assister à celui-ci, les juges du fond ne peuvent se voir reprocher d'avoir violé l'article 448 du NCPC car l'indication du nom du greffier sous la rubrique « composition de la cour, lors des débats et du délibéré » ne signifie pas qu'il ait assisté au délibéré. Cette position met sur le compte d'une simple erreur de présentation la mention du nom du greffier dans la composition de la formation de jugement. La solution est certainement appelée à varier selon les espèces et la façon dont la mention sera présentée<sup>573</sup>. Il n'est pas possible de déduire de cette jurisprudence une ouverture vers une application plus souple du principe qui pourrait profiter aux opinions

---

<sup>567</sup> Civ.2<sup>ème</sup>, 5 juin 1996, Bull. civ., n°125, p. 77 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 juin 1998, Bull. civ., n°210, p. 123, RGDP 1999, 212, obs. WIEDERKEHR (Georges).

<sup>568</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 juin 1998, Bull. civ., n°210, p. 123 et Civ. 3<sup>ème</sup>, 24 juin 1998, Bull. civ., n°13, p. 91.

<sup>569</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 février 1995, GP 1995, pan. jurisp., p. 221.

<sup>570</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 2 mars 1999, Bull. civ., n°70.

<sup>571</sup> Civ.1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1999, Bull. civ., n°283 ; D. 2000, Jurisprudence, p. 310, note CHARTIER (Yves).

<sup>572</sup> AP, 12 juillet 2000, Société Peugeot contre Canal plus, disponible sur le site <http://www.courdecassation.fr>.

<sup>573</sup> Voir la note du Conseiller rapporteur M. BARGUE, disponible sur la page internet [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/bulletin\\_](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_), p.5.

séparées. Elle traduit simplement l'équilibre à trouver entre le fait de ne pas permettre aux plaideurs de profiter d'une occasion de faire rejurer l'affaire et celui de garantir le secret du délibéré.

## 2- Le renforcement du principe du secret du délibéré par la jurisprudence européenne

273. La Cour EDH a modifié les contours du secret du délibéré français. Elle a élargi l'étendue du secret et a ainsi contribué à renforcer le principe. Il convient de relever l'emprise du droit européen et de la jurisprudence de la Cour EDH sur un élément appartenant à la tradition juridictionnelle française.

Une tradition consistait à permettre à l'Avocat général à la Cour de cassation d'assister au délibéré de la Chambre. La notion d'impartialité objective a été utilisée par la Cour EDH<sup>574</sup> pour l'exclure du délibéré<sup>575</sup>. Le Commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat avait déjà connu le même sort<sup>576</sup>. Ni l'Avocat général, ni le Commissaire du Gouvernement<sup>577</sup>, après s'être exprimé publiquement, ne prenaient part au délibéré en votant. Leur présence a été néanmoins considérée comme une atteinte au droit au procès équitable.

274. La Cour de cassation, par une modification de sa procédure interne, a interdit, en 2002, la présence de l'Avocat général au délibéré. Un nouvel article R. 732-1 du Code de justice administrative prohibe, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2006, la présence du Commissaire du Gouvernement au délibéré. Ces deux décisions, destinées à tirer en droit interne les conséquences des condamnations européennes, ont renforcé le principe du secret du délibéré

---

<sup>574</sup> Pour son utilisation par la Cour de cassation, voir GRIDEL (Jean-Pierre), *L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, Petites Affiches, 2004, Paris, p. 241 et s.

<sup>575</sup> Cour EDH, Slimane Kaïd contre France (n°2), 27 novembre 2003, requête n°48943/99, disponible sur le site <http://www.echr.coe.int> ; D. 2003, IR, p. 32 ; JCP Administrations et collectivités territoriales 2004, Europe n°1122, p. 241, note GAUTHIER (Catherine).

<sup>576</sup> Cour EDH, Kress contre France, 7 juin 2001, requête n°39594/98. voir parmi de multiples références, JCP 2001, II, 10578, obs. SUDRE (Frédéric) ; Droit et procédures 2001, n°6, p. 374, obs. MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; CHABANOL (Daniel), *Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress*, AJDA 2002, p. 9, confirmé par l'arrêt Martinie contre France, 12 avril 2006, requête n°58675/00, SERMET (Laurent), *L'arrêt Martinie contre France : Un arrêt de Grande Chambre ? Assurément. Un grand arrêt ? Non. Commentaire de l'arrêt Martinie contre France, Grande Chambre, 12 avril 2006*, RFDA mai-juin 2006, p. 577, ainsi que par l'arrêt Roux contre France, 25 avril 2006, requête n°16022-22, HOSTIOU (René), *Un commissaire du gouvernement peut-il en dissimuler un autre ? Après l'arrêt Martinie, l'arrêt Roux c/ France*, AJDA 2006, p. 1441 et s. et récemment par l'arrêt Poulain de Saint père contre France du 28 février 2007 (dans lequel les juges indiquent qu'il n'existe aucun motif susceptible de la convaincre qu'il y a lieu de réformer sa jurisprudence), tous disponibles sur le site <http://www.echr.coe.int>.

<sup>577</sup> MARGUENAUD (Jean-Pierre), LANGENIEUX (Anne), *De l'impartialité et de l'indépendance des juges de la Cour edh*, Droit et procédures 2003, n°6, p. 338.

en excluant des personnes auparavant admises à y assister. L'accès à la Chambre des délibérés est plus limité, puisque l'Avocat général et le Commissaire du Gouvernement ne peuvent plus y être présents. Le fait de ne plus avoir connaissance de ce qui s'est dit durant le délibéré a pour conséquence d'augmenter l'importance du secret.

Les nouvelles règles processuelles du droit interne ont adapté le délibéré à la nécessité de préserver l'indépendance et l'impartialité du juge même s'il ne s'agit que d'une apparence. Ce faisant, le champ d'application du principe du secret a été étendu. Cette évolution est à contre-courant de l'accès à certains éléments du délibéré qui résulte de l'expression d'opinions séparées.

## **§2- Un objectif manqué de protection de l'indépendance du juge-auteur**

275. Le principe du secret du délibéré est conçu de manière absolue dans le système judiciaire français parce qu'il est censé avoir pour but d'assurer au juge la protection nécessaire à sa liberté de jugement. A titre personnel, tous les juges encourent une sanction en cas de violation de leur devoir de conserver le secret du délibéré. Le fait de prêter serment engage leur responsabilité. Or, il apparaît plus dangereux pour l'indépendance du juge judiciaire de mettre en œuvre à son encontre une action en responsabilité au cas où il publierait une opinion séparée que de le laisser s'exprimer. La protection de l'indépendance du juge par la garantie d'une décision anonyme est faible (A) en comparaison des risques encourus en cas de rédaction d'une opinion séparée (B).

### A- La faible protection de l'indépendance du juge par l'anonymat de la décision

276. Selon le Conseil d'Etat, l'exigence du secret du délibéré est un principe général du droit juridictionnel destiné à assurer l'indépendance de juges et l'autorité morale de leurs décisions<sup>578</sup>.

Le juge judiciaire reprend ces mêmes fondements en y ajoutant parfois le concept de dignité. Ainsi, la Chambre criminelle, dans un arrêt du 25 janvier 1968, a jugé que l'obligation de garder le secret des délibérations « ...a pour but d'assurer l'indépendance et la dignité des juges en même temps que l'autorité morale de leur décision... »<sup>579</sup>.

---

<sup>578</sup> CE, 17 novembre 1922, Sieurs Légillon, Rec. CE, p. 849.

<sup>579</sup> JCP 1968, 15368, obs. LESTANG (Roger).

Il est bien sûr essentiel de garantir l'indépendance du juge judiciaire pour qu'il jouisse d'une véritable liberté de jugement. Dans cette perspective, la jurisprudence a favorisé une conception absolue du principe du secret du délibéré. Afin de garantir la protection du juge, elle s'oppose à ce qu'un membre d'une formation collégiale fasse connaître son opinion individuelle. Or, ce n'est pas en prohibant les opinions séparées que l'indépendance du juge judiciaire est le mieux protégée mais en supprimant la publication d'une opinion séparée des cas d'engagement de la responsabilité. La protection de l'indépendance du juge réside plus dans l'absence d'engagement d'une action en responsabilité pour violation du délibéré que dans le caractère anonyme de la décision. En effet, les sanctions pouvant être prononcées à l'encontre d'un juge qui serait considéré comme auteur d'une violation du secret du délibéré pour avoir publié son opinion séparée sont très lourdes<sup>580</sup>. Pour préserver l'indépendance du juge judiciaire, nécessaire à ce qu'il juge les parties de manière impartiale, il vaudrait mieux laisser le juge s'exprimer dans une opinion séparée plutôt que d'imposer un anonymat qu'il est susceptible de ne pas respecter. Moins le juge judiciaire risque d'être mis en cause, plus il conserve son indépendance. En interdisant au juge de s'exprimer séparément, sa liberté d'opinion est doublement atteinte. Etant contraint de ne pas dévoiler son opinion, nul ne saura si le juge s'est exprimé librement et s'il tente de la faire connaître publiquement, il encourt une action en responsabilité. Selon M. LAURIN, la publication d'une opinion séparée ne met pas en cause les deux critères du procès équitable que sont l'indépendance et l'impartialité, parce que cette opinion a été arrêtée en toute indépendance<sup>581</sup>. L'indépendance du juge judiciaire est plus efficacement garantie par la possibilité d'extérioriser sa position individuelle que par le devoir de conserver l'anonymat de la décision car l'engagement de la responsabilité du rédacteur d'une opinion séparée est attentatoire à son indépendance. Comme nous l'avons vu précédemment, il convient d'estimer que toute action en responsabilité comporte un risque d'atteinte à l'indépendance du juge tel qu'elle ne devrait pas être exercée en cas de publication d'une opinion séparée<sup>582</sup>.

277. Certes, en révélant sa position, un juge pourrait dans le même temps rendre celle des autres publique. Ainsi, la première raison d'être du secret du délibéré consiste-t-elle dans la protection de l'éventuelle vindicte des plaideurs qui ne peuvent savoir ce que chacun des

---

<sup>580</sup> Voir *Infra*, Partie II, T I, C I, S I, §2, B.

<sup>581</sup> LAURIN (Yves), *Le secret du délibéré*, D. 2007, Entretien, p. 856.

<sup>582</sup> Voir *Supra*, Partie I, T I, C II, S I, §2.



juges a décidé personnellement<sup>583</sup>. Il serait possible alors de voir dans la conception actuelle une protection accordée à ceux qui auraient souhaité maintenir leur opinion secrète.

Pourtant, cette justification ne peut être générale car la connaissance du sens du vote de l'ensemble des juges n'est permise que dans les cas où les opinions séparées ont été exprimées en quantité suffisante au regard du nombre de juges composant le collège. Il faut aussi prendre en compte le fait que le juge judiciaire est expressément protégé contre les menaces qui lui seraient adressées<sup>584</sup>.

La protection de l'indépendance du juge ne passe pas forcément par l'anonymat de la décision. Si l'on considère sa liberté d'opinion comme essentielle, le fait de sanctionner la publication d'une opinion séparée comporte au contraire le risque d'y porter atteinte.

### B- L'engagement de la responsabilité du juge-auteur pour violation du secret du délibéré

278. La violation du secret du délibéré, malgré le silence des textes, est une irrégularité sanctionnée civilement par la nullité. La nullité ayant un effet rétroactif qui conduit au re-jugement de l'affaire, le régime juridique applicable est assez strict. Le législateur a souhaité ne pas se laisser enfermer dans un formalisme étroit afin d'éviter les manœuvres dilatoires des plaideurs<sup>585</sup>. Etant donné que cette sanction ne vise pas individuellement le juge mais la décision, son étude représente pour nous un intérêt limité<sup>586</sup>. Ce que nous devons établir, c'est l'étendue des risques encourus à titre individuel par le juge judiciaire qui aurait rédigé une opinion séparée. Suivant leur qualité, les débiteurs de l'obligation de conservation du secret se verront appliquer des sanctions différentes. En l'occurrence, le non respect par le juge judiciaire de la prohibition des opinions séparées est susceptible d'engager sa responsabilité pénale (1) et disciplinaire (2).

---

<sup>583</sup> BURGELIN (Jean-François), *Le juge et son secret* in *Essai, Secrets professionnels*, FRISON-ROCHE (Marie-Anne) (dir.), Autrement, 1999, Paris, p. 191.

<sup>584</sup> L'article 11 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 dispose « *Indépendamment des règles fixées par le code pénal et les lois spéciales, les magistrats sont protégés contre les menaces, attaques de quelque nature que ce soit, dont ils peuvent être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions. L'Etat doit réparer le préjudice direct qui en résulte, dans tous les cas non prévus par la législation des pensions* ».

<sup>585</sup> VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), *Procédure civile*, 27<sup>ème</sup> édition Précis Dalloz, 2003, Paris, p. 921.

<sup>586</sup> Voir FRICERO (Natalie), *Jugements*, Juris-Classeur, Procédure civile, Fascicule 509.

## 1- Une action réprimée pénalement

279. Le secret du délibéré est un principe pénalement protégé. En vertu de l'article 226-13 du Code pénal, « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ».

L'hypothèse étant peu courante<sup>587</sup>, le jugement du tribunal correctionnel de Paris, du 31 mars 1989, est généralement cité pour illustrer l'application de la sanction pénale à un juré d'assises<sup>588</sup>. Dans cette affaire, le prévenu avait remis à un journaliste des feuillets relatant le contenu des délibérations du procès auquel il avait participé. Cette action avait été voulue puisque le prévenu indiquait qu'il s'agissait pour lui de révéler les irrégularités de la procédure. Reconnu coupable, il a été condamné à une peine d'un mois d'emprisonnement avec sursis et de 10.000 francs d'amende. Le tribunal n'a pas manqué de relever que la révélation avait été faite en connaissance de cause. En effet, l'infraction pénale de la violation du secret exige l'établissement d'un élément moral, constitué ici par le caractère volontaire et éclairé de la violation du secret du délibéré.

La nécessité d'un élément moral peut donc limiter le champ des violations pouvant être caractérisées. A défaut d'une violation répondant aux exigences pénales, aucune sanction ne sera prononcée. C'est ainsi que, dans un arrêt du 16 mars 1994<sup>589</sup>, la Chambre criminelle est venue dire que, pour être illégale, la communication d'un juré avec un tiers sur les faits du procès doit être volontaire, que tel n'est pas le cas de propos adressés à un juré spontanément. Elle approuve ainsi les juges qui par arrêt incident avaient auparavant conclu à l'absence d'atteinte au serment des jurés. On pourrait en déduire que si le secret est violé du fait d'une inadvertance, il n'est pas punissable. Ce qui tendrait à sanctionner le juge judiciaire de manière limitée. Or, la faute d'un juré est plus pardonnable que celle qui serait commise par un magistrat. En tant que juge professionnel, il a notamment plus l'habitude de gérer les relations avec la presse. Il est difficile de faire respecter le devoir de conservation du secret de

---

<sup>587</sup> Voir précédemment, l'arrêt rendu le 9 novembre 1966 par la Cour de Paris (GP 21 février 1967 avec note), condamnant pour violation du secret du délibéré un juré parlementaire qui avait relaté le délibéré de la Haute Cour de Justice ayant conduit à la condamnation à mort du maréchal Pétain, LEVASSEUR (Georges), RSC 1967, Chronique de jurisprudence, p.454-455.

<sup>588</sup> Trib. corr. Paris, 17<sup>ème</sup> chambre, 31 mars 1989, Procureur de la République c. A..., JCP 1989, II, 21356, note DUBREUIL (Edith).

<sup>589</sup> Crim., 16 mars 1994, pourvoi n°93-83796, disponible sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>, Bull. crim., n°103, p. 230.

manière identique, sans tenir compte de la plus ou moins grande aptitude du juge à saisir l'illégalité d'une communication d'éléments du délibéré<sup>590</sup>. Il faut, ici, souligner que la rédaction d'une opinion suppose une action volontaire.

Le droit pénal protège largement le secret du délibéré. Il ne sanctionne pas uniquement l'auteur de la violation, il punit des peines applicables au délit de recel d'informations, un journal, par exemple, qui diffuserait des informations couvertes par le secret du délibéré<sup>591</sup>.

## 2- Une action sanctionnée disciplinairement

280. Les juges professionnels s'étant engagés dans leur serment à garder le secret des délibérations, ils sont susceptibles de faire l'objet de poursuites disciplinaires devant le CSM<sup>592</sup>. L'examen des quelques décisions constatant une violation du secret du délibéré fait apparaître le caractère marginal de la sanction disciplinaire. Le fait que le CSM n'ait eu à sanctionner que de rares cas de violation du secret du délibéré démontre principalement que le principe est largement respecté. Il n'écarte en aucun cas la menace importante qui pèse sur chaque juge judiciaire de voir sa responsabilité engagée ; ce qui représente un danger pour le juge qui rédigerait une opinion séparée.

La violation du secret des délibérations constitue un manquement professionnel pouvant être sévèrement sanctionné par diverses mesures énoncées à l'article 45 de l'ordonnance du 22 décembre 1958<sup>593</sup>.

---

<sup>590</sup> FLORIOT (René), COMBALDIEU (Raoul), *Le secret professionnel*, Flammarion, 1973, Paris, p. 174.

<sup>591</sup> En vertu de l'article 321-1 du Code pénal, « *Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende* ».

<sup>592</sup> FRICERO (Natalie), *Jugements*, Juris-Classeur, Procédure civile, Fascicule 504, p. 8.

<sup>593</sup> Il en existait sept : la réprimande avec inscription au dossier, le déplacement d'office, le retrait de certaines fonctions, l'abaissement d'échelon et l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximum d'un an avec privation totale ou partielle du traitement, la rétrogradation, la mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque la magistrat n'a pas droit à une pension de retraite et la révocation avec ou sans suspension des droits à pension. La loi organique du 5 mars 2007 en a ajouté une autre ; l'interdiction d'être nommé ou désigné dans les fonctions de juge unique pendant une durée maximum de cinq ans ; loi organique n°2007-287 du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, JO n°55 du 6 mars 2007, p. 4184, disponible aussi sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr/>, article 45, 3° bis de l'ordonnance du 22 décembre 1958. L'article 46 de la même ordonnance précise que la mise à la retraite d'office emporte interdiction de se prévaloir de l'honorariat des fonctions.

Le CSM est l'organe de discipline compétent à l'égard des magistrats du siège<sup>594</sup>. L'exercice d'un recours au motif tiré d'une violation du secret du délibéré reste assez fermé. La proposition qui a été faite d'ouvrir aux justiciables la saisine du CSM n'a pas été retenue. Ainsi, seules certaines personnes sont habilitées à dénoncer au CSM des faits susceptibles d'être qualifiés de violation du secret du délibéré. En application des articles 50-1 et 50-2 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, le CSM peut être saisi par le Garde des Sceaux, Ministre de la justice et par les Premiers présidents de Cour d'appel et Présidents de tribunal supérieur d'appel.

La passerelle mise en place entre la responsabilité civile de l'Etat en raison du fonctionnement défectueux du service public de la justice et la responsabilité disciplinaire des magistrats<sup>595</sup> pourrait amener le CSM à être plus souvent saisi de cas de violation du secret du délibéré par le juge judiciaire.

Dans son Rapport annuel 2005, le CSM fait valoir que « *la nature et le nombre d'affaires soumises au Conseil ainsi que le niveau des sanctions prononcées, ramenées au nombre de magistrats en exercice, témoignent d'une absence de laxisme en ce domaine* », et entend rappeler au préalable que notamment « *le Conseil n'est pas maître du volume de son activité disciplinaire* »<sup>596</sup>.

281. La récente publicité des décisions disciplinaires du CSM permet d'avoir accès à l'ensemble de celles qui ont sanctionné une violation du secret du délibéré. En utilisant le moteur de recherche thématique et en indiquant les termes « secret du délibéré », seules trois affaires sont recensées<sup>597</sup>.

Dans une décision du 24 juillet 2000, le CSM a estimé que l'assesseur d'une Chambre des appels correctionnels qui, après l'audience et avant le prononcé de la décision, révèle à une personne en relation d'affaires avec le prévenu que la peine d'emprisonnement ferme infligée par le tribunal correctionnel ne sera pas maintenue, viole le secret des délibérations. La sanction prononcée a été la mise à la retraite d'office.

Le 23 mai 2002, le CSM a prononcé une interdiction temporaire de l'exercice de ses fonctions à l'encontre d'un magistrat mis en examen pour trafic d'influence par personne dépositaire de

---

<sup>594</sup> Ainsi qu'à l'égard des magistrats du parquet dans la formation compétente. Ce n'est pas le CSM mais le Garde des Sceaux qui décide, après avis du CSM, des sanctions.

<sup>595</sup> Article 48 de l'ordonnance du 22 décembre 1958.

<sup>596</sup> <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels/rapport2005/chap1-3.htm>.

<sup>597</sup> Il y en a en réalité quatre mais la dernière est sans rapport avec le thème annoncé, site <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>.

l'autorité publique, qui avait siégé à l'audience correctionnelle lors de laquelle avait comparu un élu local, ancien membre du gouvernement poursuivi pour abus de confiance, puis avait rencontré le prévenu à trois reprises entre l'audience et le prononcé du jugement, et s'était entretenu avec lui de l'affaire en délibéré.

Par décision du 13 mai 2003, un magistrat a fait l'objet d'une révocation sans suspension des droits à pension pour avoir trahi le secret du délibéré en révélant le sens de la décision adoptée à l'encontre d'un prévenu, avant que la décision ne soit rendue publiquement par le tribunal.

Les sanctions prononcées sont très sévères. Certes, elles ne sanctionnent pas uniquement la violation du secret du délibéré puisque, dans ces affaires, les juges poursuivis se sont vus reprocher en même temps d'autres manquements. Ils ont été condamnés pour un ensemble d'actes<sup>598</sup>. Un seul élément favorable aux opinions séparées pourrait ressortir de ces décisions. Chacune d'entre elles a en effet sanctionné une violation du secret qui était intervenue avant que la décision ne soit prononcée. S'agissant des opinions séparées, l'hypothèse d'une violation précédant le prononcé de la décision est peu envisageable étant donné qu'elle intervient après que la décision ait été prise et qu'elle est livrée à la connaissance du public au même moment que le prononcé de la décision.

## **Section II- Une protection atténuée avec l'extension de la pratique du juge unique**

282. Il n'est pas question ici d'apprécier les avantages et les inconvénients respectifs de la collégialité et du juge unique<sup>599</sup>. Simplement, le constat d'un réel déclin de la collégialité en droit judiciaire s'impose. Dès lors, que penser de la justification de la conception absolue du principe du secret du délibéré ? Nous venons de voir qu'elle repose sur l'idée que c'est l'anonymat de la décision qui garantit l'indépendance du juge judiciaire. Ce qui expliquerait que les opinions séparées soient interdites, étant donné qu'elles lèvent le voile sur cet anonymat. Cependant, le juge unique ne bénéficie pas non plus de cette protection contre l'exercice de pressions ou de menaces. Sa fonction l'oblige à révéler publiquement sa position personnelle. Statuant seul, si l'existence d'une faute est invoquée, le juge encourt une action

---

<sup>598</sup> Dans son Rapport annuel 2000, le CSM indiquait sa politique en matière d'insuffisance professionnelle, « *Tout manquement professionnel avéré ne suffit pas à caractériser une faute disciplinaire. (...) pour revêtir un caractère disciplinaire, ces manquements doivent être répétés et pas apparaître véniels* », p. 101.

<sup>599</sup> Voir GUINCHARD (Serge), *Synthèse in La réforme du code de procédure civile autour du rapport COULON*, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1997, Paris, p. 83 et s. ; CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2006, p.14 et 15 ; STRICKLER (Yves), *Le juge unique en procédure pénale*, PA 18 février 2002, n°35, p. 10 et s.

en responsabilité sans que la collégialité et le secret du délibéré lui permettent d'échapper à une poursuite individuelle.

283. Si le principe de l'indépendance du juge n'a pas constitué un obstacle à la mise en place du juge unique, il n'est pas logique qu'il serve d'argument central pour condamner celle des opinions séparées. Il est très discutable de continuer à prohiber les opinions séparées dans l'ordre judiciaire au motif qu'elles porteraient atteinte au secret du délibéré et de ce fait feraient courir un risque pour l'indépendance du juge. En indiquant le sens de son vote, l'auteur d'une opinion séparée ne fait pas autre chose que ce qu'un juge unique fait à chaque fois qu'il rend une décision. Si, en s'exprimant à titre personnel, le juge permet au public de savoir dans quel sens les autres membres du collège ont voté, ce ne peut être que de façon incidente. Alors que le juge unique endosse la pleine responsabilité de sa décision, le fait d'avoir connaissance du sens de leur vote est bien moins choquant que de justifier son caractère secret par la nécessaire garantie de leur indépendance.

En instaurant une exception au secret du délibéré (§1), le législateur a créé une inégalité de protection entre les juges (§2) qui affaiblit considérablement l'explication d'une interdiction des opinions séparées par l'atteinte trop importante qui serait portée à l'indépendance du juge judiciaire.

### **§1- L'instauration d'une exception légale au secret du délibéré**

284. Le juge unique, étant seul à se prononcer, ne peut garder secret le sens de son vote puisque chacun sait qu'il est l'unique auteur de la décision<sup>600</sup>. En l'instituant dans la procédure judiciaire, le législateur a diminué les hypothèses de réunion en collégialité. De ce fait, il a indirectement contribué à relativiser la force du principe du secret du délibéré. L'absence d'anonymat de la décision du juge unique (A) réduit d'autant plus fréquemment l'étendue du secret du délibéré que les cas de jugements rendus par un juge seul sont de plus en plus nombreux (B).

---

<sup>600</sup> « Il est, pour le magistrat, trois types de secret. Le premier, absolu est celui des délibérations des juges sur une affaire. Quelque soit la juridiction, on ne doit pas savoir ce qui s'est dit au moment du choix, les hésitations, les partages de voix. L'autorité de la justice serait à ce prix. Plaignons les juges uniques, de plus en plus nombreux, qui doivent assumer seuls leur décision ! », TRUCHE (Pierre), *Juger, être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001, Paris, p. 155.

## A- L'absence d'anonymat de la décision du juge unique

285. La protection du secret du délibéré s'envisage essentiellement en cas de collégialité. Le principe est historiquement lié au collège de juges puisque le juge unique n'est apparu pour la première fois qu'en 1945<sup>601</sup>. Les deux éléments sont souvent analysés comme étant indissociables<sup>602</sup>. Selon le Professeur PERROT, « ...il n'est pas excessif de dire que la notion de collégialité implique nécessairement le secret du délibéré »<sup>603</sup>. Pourtant, il n'y a pas de corrélation absolue<sup>604</sup>.

Le secret du délibéré ne s'applique pas uniquement lorsque les juges sont réunis en collégialité. Même s'il statue seul, le juge a bien l'obligation de délibérer<sup>605</sup> et son délibéré est aussi secret que s'il était entouré de collègues. Nous avons vu que la jurisprudence estime que le secret du délibéré implique que personne ne puisse y assister sauf dérogation exceptionnelle. Le fait que le délibéré n'ait pas lieu en présence du public vaut aussi lorsque l'affaire est jugée à juge unique. Ainsi, la présence du greffier lors du délibéré devrait être susceptible d'entraîner la nullité de la décision pour violation du secret. La communication du sens de la décision à un tiers par le juge unique avant qu'elle ne soit rendue publique devrait conduire à une sanction disciplinaire pour le même motif.

En revanche, le secret du délibéré ne couvre pas la position du juge unique. La révélation du sens de son opinion est insusceptible d'être considérée comme une violation du secret du délibéré puisqu'elle est exigée par sa fonction juridictionnelle. Ce qui est prohibé pour le juge appartenant à une formation collégiale est exigé de celui qui statue seul. Ainsi, le Président DUMAS estime que le délibéré du juge unique est « ...par essence, (...) hors du champ du secret »<sup>606</sup>.

---

<sup>601</sup> ROUSSELET (Marcel), *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, tome 1, Plon, 1957, Paris, p. 387.

<sup>602</sup> Le secret du délibéré « ...ne laissera rien paraître de l'intensité d'un débat au cours duquel chaque membre de la chambre aura poursuivi sa réflexion personnelle lors de la confrontation des idées », TRICOT (Daniel), *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions*, Droits 1994, n°20, p. 120.

<sup>603</sup> PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Domat, Droit privé, 2006, Paris, p. 482.

<sup>604</sup> On a l'impression que le secret du délibéré et la collégialité se justifient mutuellement afin de trouver à l'un et à l'autre une utilité, voir BOLZE (Antoine), *Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit*, GP 16-18 février 2003, doctrine, p. 7.

<sup>605</sup> C'est ce que dispose l'article 447 du NCPC.

<sup>606</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges in Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 179.

Plus les décisions sont rendues à juge unique, moins il y a de secret<sup>607</sup>. Le législateur a créé des cas dans lesquels il concède que l'indépendance du juge ne fait pas obstacle à ce qu'il fasse connaître son opinion personnelle. Il en régleme la mise en œuvre. L'expression des opinions séparées reste interdite sans que l'on comprenne vraiment pourquoi le secret du délibéré doit inclure le secret du sens du vote étant donné que le paysage juridictionnel reflète la prépondérance du recours au juge unique. L'incohérence de la conception absolue du secret du délibéré consiste à justifier la prohibition des opinions séparées par la nécessité de sauvegarder l'indépendance du juge alors qu'aucune atteinte n'a été retenue s'agissant de l'admission du juge unique.

286. La question de la conformité du juge unique au principe constitutionnel de l'indépendance a été posée concrètement au Conseil constitutionnel. De ses deux décisions rendues en 1975 et en 1995<sup>608</sup>, le Professeur RENOUX tire la conclusion selon laquelle le principe de la collégialité n'a pas de valeur constitutionnelle<sup>609</sup>. Ainsi, le principe de l'indépendance ne s'oppose pas à la généralisation du juge unique contrairement à l'argumentation de certains auteurs consistant à analyser la collégialité comme une garantie contre d'éventuelles atteintes à l'indépendance du juge qui peut faire l'objet de pressions auxquelles il est plus facile de résister collectivement<sup>610</sup>.

Or, l'indépendance du juge unique a bien plus de chances d'être remise en question que celle du juge-auteur d'une opinion séparée. A chacune de ses décisions, il mécontente forcément une partie et celle-ci peut être tentée à engager sa responsabilité. Dès lors, les risques d'atteinte à son indépendance sont importants. En comparaison, l'expression d'opinions séparées, dans le système de responsabilisation que nous préconisons<sup>611</sup>, n'a pas de conséquence sur l'indépendance du juge judiciaire. Si le juge unique répond aux exigences constitutionnelles alors même qu'il endosse une responsabilité accrue, les opinions séparées ne devraient pas être interdites. Le juge unique, comme il n'est pas protégé par le secret du

---

<sup>607</sup> «...la grande majorité des décisions juridictionnelles est rendue à juge unique, notamment les jugements ou ordonnances du juge des référés, du juge d'instance, du juge des enfants, du juge d'instruction, du juge aux affaires familiales, du juge de l'exécution, du juge de la mise en état, etc...Là, il n'y a pas de secret », BURGELIN (Jean-François), *Les petits et grands secrets du délibéré*, D. 2001, n°34, p. 2755.

<sup>608</sup> Décis. CC, n°75-56 DC, 23 juillet 1975 et decis. CC, n°95-360, 2 février 1995.

<sup>609</sup> RENOUX (Thierry S.), *Le Conseil constitutionnel et la collégialité* in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?* Travaux du 21<sup>ème</sup> colloque des IEJ, Toulon, 1995, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1996, Paris, p. 115.

<sup>610</sup> RENOUX (Thierry S.), *Op. Cit. Supra*, p. 117.

<sup>611</sup> Voir *Supra*, Partie I, TII, CII, S II.



délibéré, assume pleinement ses choix. La crainte de voir les opinions séparées personnaliser l'institution judiciaire<sup>612</sup> est sans fondement tant cette personnalisation est déjà largement avancée avec la pratique toujours plus développée du juge unique.

### B- Une étendue du secret du délibéré constamment réduite

287. L'explication première du fait que les formations collégiales sont remplacées de plus en plus par les juges uniques ne se trouve pas toute entière dans l'avènement d'une nouvelle philosophie politique. Des contingences matérielles ont largement conduit à la nécessité de ce changement de l'organisation procédurale<sup>613</sup>. Néanmoins, l'extension du recours au juge unique a des conséquences sur la perception de l'étendue du secret du délibéré. Le déclin de la collégialité, avec l'accroissement des cas de recours au juge unique a eu pour effet de réduire les hypothèses dans lesquelles le secret joue pleinement. La conception absolue du principe du secret du délibéré, selon laquelle aucun élément lié au délibéré ne doit être divulgué, est en opposition avec la constante atténuation du périmètre de la collégialité<sup>614</sup>.

Si l'on rend compte de l'ensemble des cas dans lesquels le législateur organise la compétence d'un juge unique ou d'un tribunal statuant à juge unique, le paysage judiciaire traduit aujourd'hui l'existence d'une justice largement assumée à titre individuel. Cet accroissement du nombre de décisions rendues par un juge seul réduit le champ du secret<sup>615</sup>. L'extension législative du recours au juge unique donne un nouveau visage à la justice judiciaire<sup>616</sup>, au

---

<sup>612</sup> FLAUSS (Jean-François), *Opinion dissidente* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF 2004, Paris, p. 942.

<sup>613</sup> KUBIAK (Caroline), CHEVAL (Patrice), FORNO (Jean-Luc), *La collégialité ?* RRJ 2002, n°5, Cahiers de méthodologie juridique, p. 2197. « Depuis de nombreuses années, avec pour objectif la rationalisation des moyens mis à la disposition de la justice, le législateur a admis notamment des entorses au principe de la collégialité en permettant de recourir plus fréquemment au juge unique... », CSM, *Rapport d'activité 1999*, Les éditions des Journaux officiels, p. 107.

<sup>614</sup> « ...il est vrai que l'érosion continue et tout à fait regrettable de la collégialité de notre système judiciaire modifie quelque peu l'assise [du principe du secret du délibéré] », AUBERT (Jean-Luc), *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 1999, Paris, p. 12.

<sup>615</sup> Jean-François BURGELIN estimait même la portée pratique des arguments avancés au soutien du secret du délibéré minime au regard du fait que la grande majorité des décisions juridictionnelles est rendue à juge unique, Op. Cit. Supra.

<sup>616</sup> Si, par tradition, les juridictions administratives sont restées très attachées à la collégialité, selon Roger PERROT, « ...c'est un fait que les juridictions administratives sont gagnées à leur tour par le juge unique, et pour la même raison que partout ailleurs : l'importance du contentieux administratif a rendu indispensable un abandon partiel de la collégialité », PERROT (ROGER), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Domat, Droit privé, 2006, Paris, p. 403.

sein de laquelle les juges sont de plus en plus nombreux à s'engager personnellement dans la prise de décision.

Dans les juridictions civiles, l'institution du juge unique est largement répandue<sup>617</sup>. Comme l'a indiqué le Professeur CADIET, pour prendre la mesure de l'importance de cette évolution procédurale, il ne suffit pas de constater une augmentation des hypothèses de jugement à juge unique, il faut aussi tenir compte de l'accroissement de la compétence des juridictions à juge unique<sup>618</sup>. La mise en place récente du juge de proximité poursuit ce mouvement<sup>619</sup>.

En matière pénale, si le phénomène était moins marqué, la loi du 8 février 1995 l'a amplifié en transférant au tribunal correctionnel statuant à juge unique des affaires traitées auparavant par la collégialité<sup>620</sup>. Le Professeur PERROT fait le constat d'un réel déclin de la collégialité au tribunal correctionnel<sup>621</sup>.

La modification de la composition des formations de jugement touche donc l'ensemble de l'institution judiciaire. Le modèle judiciaire contemporain est assez éloigné de la tradition française de la collégialité. Force est de reconnaître que si le législateur diminue les hypothèses de recours à cette forme classique de jugement, il fait disparaître dans le même temps, les éléments qui lui sont attachés ; à savoir, l'anonymat des juges et le secret du délibéré. Ainsi, s'agissant du juge unique, « *ses responsabilités sont accrues étant seul à siéger et amené à mesurer la portée de ses jugements* »<sup>622</sup>.

Il faut reconnaître que l'avancée du juge unique a contribué à amenuiser de manière importante l'étendue du principe du secret du délibéré.

---

<sup>617</sup> Le législateur a élargi la compétence du juge d'instance et multiplié les juges spécialisés au sein du tribunal de grande instance ; on trouve le juge d'instance, le juge de l'expropriation, le juge aux affaires familiales, le juge des accidents de la circulation terrestre, le juge des demandes en reconnaissance et en *exequatur* des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales françaises ou étrangères, le juge de l'exécution, le juge de la mise en état, le juge des référés, le juge des requêtes.

<sup>618</sup> CADIET (Loïc), *Le juge unique en question* in *Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ?* Travaux du 21<sup>ème</sup> colloque des IEJ, Toulon, 1995, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1996, Paris, p. 7 et s.

<sup>619</sup> Articles L 231-2 du COJ et s.

<sup>620</sup> L'alinéa 3 de l'article 398 du CPP issu de la loi n°95-125 du 8 février 1995 dispose « *Toutefois, pour le jugement des délits énumérés à l'article 398-1 « sauf si la peine encourue, compte tenu de l'état de récidive légale du prévenu, est supérieure à cinq ans d'emprisonnement », il est composé d'un seul de ces magistrats exerçant les pouvoirs conférés au président* ». La loi est complétée par une circulaire du 14 février 1995 qui est reproduite dans le CPP. Voir, pour une étude de la question du juge unique en matière pénale, STRICKLER (Yves), *Le juge unique en procédure pénale*, PA 2002, n°35, p. 9 et s.

<sup>621</sup> PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Domat droit privé, 2006, Paris, p. 402.

<sup>622</sup> KUBIAK (Caroline), CHEVAL (Patrice), FORNO (Jean-Luc), *Op. Cit. Supra*, p. 2200.

## §2- L'inégalité de la protection

288. La progression du juge unique<sup>623</sup> a créé une césure dans le statut du juge judiciaire. Evidemment, il ne s'agit pas de remettre en question l'existence du statut de juge mais simplement de noter que la fonction de juge unique a réduit son unité. Selon le Professeur WIEDERKEHR, « *le rôle essentiel du statut est de garantir l'indépendance du juge indispensable à l'exercice de sa fonction* »<sup>624</sup>. Dans cette perspective, il doit mettre le juge à l'abri des pressions. L'inamovibilité, une durée de fonction ne se terminant qu'à l'âge de la retraite, des rémunérations et une discipline échappant au pouvoir exécutif sont autant de garanties qui concourent à l'indépendance du juge<sup>625</sup>. Elles bénéficient à l'ensemble des juges judiciaires. Cependant, le risque, pour le juge unique, de voir sa responsabilité personnelle mise en cause est bien plus important que celui encouru par le membre d'une formation collégiale. Il ressort de la jurisprudence que les cas dans lesquels un manquement d'un juge est constaté ne concernent que des juges identifiables en ce que chacun d'entre eux a pris seul une position ou une décision<sup>626</sup>. Dès lors que seulement certains juges peuvent voir leur responsabilité engagée, l'unité du statut des juges vole en éclats. Le même régime de responsabilité n'est pas appliqué à l'ensemble des juges.

289. La collégialité et le secret du délibéré posent un véritable problème puisqu'en matière de responsabilité civile et disciplinaire, ils sont la cause d'une grave inégalité de traitement entre les juges<sup>627</sup>. S'ils sont un obstacle à la recherche de la faute individuelle du juge qui fait partie d'une formation collégiale, ils n'empêchent pas de rechercher la responsabilité du juge unique. Alors que la collégialité atténue la responsabilité individuelle du juge, le fait de statuer à juge unique l'expose particulièrement. Le développement du juge unique dans des domaines sensibles comme celui de l'application des peines ou de la détention augmente les

---

<sup>623</sup> VILLACEQUE (Jean), *Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques*, D. 1995, Chron., p. 318 ; RENOUX (Thierry S.), *La liberté des juges Pouvoirs* 1995, n°74, p. 62. ; RENOUX (Thierry S.), *Le Conseil constitutionnel et la collégialité in Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ? Travaux du 21<sup>ème</sup> colloque des IEJ, Toulon, 1995, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1996, Paris, p. 114.*

<sup>624</sup> WIEDERKEHR (Georges), *Qu'est-ce qu'un juge ? in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, Paris, p. 579.*

<sup>625</sup> CANIVET (Guy), *Activisme judiciaire et prudence interprétative in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 11.*

<sup>626</sup> MAGENDIE (Jean-Claude), *La responsabilité des magistrats*, D. 2003, Chron., p. 1181.

<sup>627</sup> Sans compter qu'« *Etablir une distinction de régime de responsabilité, selon que la décision rendue dans des conditions critiquées l'a été par une juridiction collégiale ou à juge unique, porte atteinte au principe d'égalité* », MAGENDIE (Jean-Claude), *Op. Cit. Supra.*

risques d'insatisfaction des parties et de multiplication des recours<sup>628</sup>. Ce qui contribue à creuser l'écart de traitement que l'on constate déjà. La faille dans l'unité du statut de juge est assez caractérisée pour permettre d'en déduire l'absence de rigidité du régime de responsabilité. Il laisse largement apparaître que la protection de l'indépendance du juge judiciaire varie selon qu'il y a ou non collégialité, avec pour effet de ne pas pouvoir constituer un argument sérieux à opposer à l'admission des opinions séparées. Il n'est pas convaincant de justifier leur interdiction par l'argument tiré de la garantie de l'indépendance quand, dans le même temps, le juge unique risque à chaque décision de voir son indépendance remise en question par l'engagement d'une action en responsabilité. De deux choses l'une, soit l'anonymat de la décision est nécessaire à l'indépendance du juge et dans ce cas il faut supprimer le juge unique, soit l'indépendance du juge est susceptible d'être plus ou moins protégée et, dans ce cas, la crainte d'une atteinte à celle-ci ne doit plus être faire obstacle aux opinions séparées<sup>629</sup>.

---

<sup>628</sup> KUBIAK (Caroline), CHEVAL (Patrice), FORNO (Jean-Luc), Op. Cit. Supra, p. 2199.

<sup>629</sup> Il n'est pas normal d'imputer sa décision au juge unique et de ne retenir en règle générale aucune responsabilité personnelle des juges sous couvert de l'anonymat attachée à la collégialité. Selon Daniel SOULEZ LARIVIERE, « *En cas de maintien nécessaire de la collégialité pour le contrôle de certaines décisions, [il faut] autoris[er] les juges minoritaires à dire pourquoi ils sont en désaccord avec les autres (...) au moyen de ce qu'on appelle en technique juridique l'opinion dissidente* », SOULEZ LARIVIERE (Daniel), *Les juges dans la balance*, Ramsay, revue et mise à jour en 1990, Paris, p. 305.



## **Conclusion du Chapitre I**

290. Le principe du secret du délibéré est considéré comme un obstacle à l'admission des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français. Classiquement conçu comme une protection de l'indépendance du juge judiciaire, il est mis en œuvre de manière large par la jurisprudence. Ainsi, en cas de collégialité, aucun juge ne doit faire connaître sa position individuelle car cette révélation pourrait exercer une pression sur ses collègues qui se sentiraient exposés à la rancœur éventuelle du succombant. La recherche de la soustraction du juge à un risque d'atteinte à son indépendance apparaît encore comme le moteur de l'acceptation actuelle du principe du secret du délibéré. Or, l'analyse n'est pas correcte. Il n'est pas pertinent d'interdire l'expression d'opinions séparées au nom du respect du secret du délibéré tout en justifiant le principe par la sauvegarde de l'indépendance du juge. En effet, l'engagement de la responsabilité du juge qui rédigerait une opinion séparée, pour violation du secret du délibéré, porte elle-même un risque d'atteinte à son indépendance. Afin de garantir l'indépendance du juge judiciaire, la jurisprudence met en œuvre un système de responsabilité, avec des sanctions lourdes, qui conduit justement à la limiter dans l'hypothèse où il rédigerait une opinion séparée.

Il n'est pas possible de justifier l'interdiction des opinions séparées par la protection de l'indépendance du juge-auteur. Et ce, d'autant plus que la jurisprudence ne sanctionne pas pour violation du secret d'autres contributions doctrinales rédigées également par des juges ayant pris part au délibéré. Il semble que la doctrine judiciaire bénéficie déjà de la reconnaissance d'une autonomie par rapport à l'institution judiciaire. Son rapprochement avec les opinions séparées conduit à analyser la possibilité de l'étendre à l'expression d'opinions séparées.



## Chapitre II

### Pour une pleine reconnaissance de l'autonomie du juge-auteur

291. La conception absolue du principe du secret du délibéré contribue de manière injustifiée à menacer les juges d'une action en responsabilité pour violation du secret du délibéré au cas où ils se risqueraient à rédiger une opinion séparée. Selon le Conseil d'Etat, le principe du secret du délibéré répond à deux objectifs ; l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions<sup>630</sup>. Nous avons vu dans le chapitre précédent que ce n'est pas en réprimant les opinions séparées que l'indépendance du juge judiciaire est sauvegardée. La question de l'atteinte qui serait portée à l'autorité morale des décisions par les opinions séparées doit être examinée en comparaison des manifestations doctrinales actuelles. Si les décisions font l'objet de critiques formulées à titre principal par la doctrine universitaire, on assiste à l'émergence à ses côtés d'autres types de doctrine<sup>631</sup>. C'est à n'en pas douter le cas de la doctrine judiciaire<sup>632</sup>, laquelle, alors que les juges multiplient les supports d'expression, vient rivaliser avec la doctrine universitaire. Plusieurs de leurs travaux apparaissent même comme des atténuations au principe absolu du secret du délibéré. Or, ils ne sont pas sanctionnés pour violation. Les annotations des juges, sur des affaires auxquelles ils ont participé, bénéficient d'une certaine bienveillance alors qu'elles laissent entendre leur position. Certes, une partie de la doctrine considère que ces écrits violent le secret du délibéré. Pour les auteurs qui, comme le Professeur PERROT, estiment que le secret du délibéré implique que « ...rien de ce qui s'y est dit ne doit transparaitre, cette pratique (...) trahit le secret du délibéré et révèle une dissidence »<sup>633</sup>. Néanmoins, l'accès à la doctrine judiciaire est essentiel pour remédier au manque de lisibilité de certaines décisions. La participation du juge judiciaire au travail doctrinal permet, en effet, d'avoir connaissance des éléments qui font débat à l'intérieur de la formation de jugement. Cela justifie les entorses déjà faites à la conception absolue du principe du secret du délibéré.

---

<sup>630</sup> CE, 17 novembre 1922, Sieurs Légillon, Rec. CE, p. 849.

<sup>631</sup> François Terré cite l'émergence d'une doctrine de type syndical sous l'effet du développement du syndicalisme et note que « le phénomène est constaté en droit rural, en raison du rôle des syndicats agricoles. Il est manifeste en droit social : on peut, à ce sujet, parler d'une doctrine syndicale, plus ou moins « engagée » », TERRE (François), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, 2006, p. 157.

<sup>632</sup> Parce que ses membres sont des juges et non pas parce qu'elle a des décisions judiciaires pour objet.

<sup>633</sup> PERROT (Roger), *Droit judiciaire privé*, Les Cours de droit, Fascicule II, 1977, Paris, p. 627.



292. La véritable indépendance du juge judiciaire passe par l'autorisation de publier une opinion séparée et non par sa répression. Il est nécessaire de ne plus empêcher le juge judiciaire de s'exprimer séparément. Il existe déjà des manifestations d'opinions que l'on peut qualifier d' « opinions autonomes » du juge judiciaire pour marquer leur autonomie par rapport à l'institution judiciaire et signifier leur caractère personnel. Elles devraient minimiser les craintes d'une atteinte à l'autorité de la décision et faciliter la reconnaissance de l'autonomie du juge-auteur d'une opinion séparée. Si les opinions autonomes, lesquelles sont déjà une manifestation de l'autonomie du juge judiciaire, sont autorisées, cela signifie que les opinions séparées peuvent l'être également. L'absence de sanction dont profitent les opinions autonomes du juge judiciaire (Section I) devrait ainsi être étendue à leurs opinions séparées (Section II).

### **Section I- L'absence de sanction des opinions autonomes du juge judiciaire**

293. La doctrine universitaire, dans ses commentaires de jurisprudence, peut formuler des réserves quant à la résolution d'une affaire et même remettre en question la pertinence du raisonnement des juges. Ces critiques profitent à l'analyse de la décision parce qu'elles sont émises par des personnes qui jouissent dans leur travail d'une grande liberté d'opinion. Le juge judiciaire est également amené, dans plusieurs hypothèses, à faire connaître sa dissidence et à participer à une réflexion générale de type doctrinal. Si le terme de doctrine a plusieurs significations<sup>634</sup>, il a toujours été possible d'y inclure les juges et leurs productions hors leur activité juridictionnelle. Ainsi, malgré le fait que la doctrine ait souvent été définie par

---

<sup>634</sup> Parmi les multiples références, voir CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée avec locutions latines, Quadrige, PUF, 2005, Paris, p. 304, « *Opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit, ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit* », ARNAUD (Jean-André) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> édition corrigée et augmentée, LGDJ, 1993, Paris, p. 327, « *Au sens large, ensemble des productions dues à la science juridique par opposition à la jurisprudence, en tant que ces travaux ont pour objet d'exposer le droit ou de l'interpréter (Capitant). Au sens strict, opinions émises par leurs auteurs dans les ouvrages (Carbonnier)* ».

opposition à la jurisprudence<sup>635</sup>, il est permis de retenir qu'elle inclut les juges qui l'élaborent<sup>636</sup>.

Quand ils écrivent un article dans lequel ils critiquent une affaire qu'ils ont contribué à résoudre, les juges ne portent pas plus atteinte à l'autorité de la justice que ne le ferait un universitaire. C'est la carence du raisonnement des juges majoritaires qui affaiblit l'autorité de la décision. La doctrine judiciaire prend aussi la forme de conclusions, de rapports que les juges rédigent pour aider à la prise de décision et pour éclairer ensuite le public sur les enjeux de l'affaire. Lorsque la décision a été rendue, le contenu de ces documents peut laisser apparaître une approche du litige différente de celle que la décision reflète. Même si elles dévoilent la position du juge, ces opinions autonomes ne sont, en tout cas, jamais sanctionnées au nom du devoir de respect du principe du secret du délibéré. Le rôle de la doctrine judiciaire a d'autant plus d'intérêt qu'elle peut livrer au public un commentaire de l'intérieur et donner accès à des éléments connus des seuls membres de la formation de jugement. Etant donné que la doctrine universitaire commente de l'extérieur les décisions judiciaires, la participation du juge judiciaire au travail doctrinal a un caractère essentiel (§1) qui justifie que l'expression de sa dissidence soit déjà admise (§2).

## **§1- La participation essentielle du juge judiciaire au travail doctrinal**

294. Le travail doctrinal, dont l'étude de la jurisprudence représente une grande part<sup>637</sup>, s'est ouvert à des auteurs autres que des universitaires. Ces auteurs, du fait de leur qualité de

---

<sup>635</sup> Daniel GUTMANN distingue l'office du juge de celui de la doctrine juridique, cette dernière étant « ...dispensée de l'obligation de juger, et c'est dans ce détachement à l'égard du jugement qu'elle (...) paraît trouver sa spécificité », le juge étant lui « ...obligé de prendre parti lorsqu'un litige lui est soumis, et cette obligation est encadrée par sa soumission politique et institutionnelle au législateur », GUTMANN (Daniel), *La fonction sociale de la doctrine juridique, Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, RTDCiv. 2002, p. 461.

<sup>636</sup> « La doctrine ne se confond pas avec le groupe des enseignants du droit : elle est à la fois plus large, dans la mesure où des praticiens et des juges peuvent s'y intégrer, et plus restreinte, dans la mesure où le titre universitaire ne garantit pas nécessairement l'autorité doctrinale », CHEVALLIER (Jacques), *Les interprètes du droit*, La doctrine juridique, PUF, 1993, Paris, p. 268. Encore, « quelques soient les incertitudes qui portent sur son identification, la doctrine se reconnaît d'abord par l'appartenance commune de ses représentants à un milieu scientifique qui la soude », LIBCHABER (Rémy), *Une transformation des missions de la doctrine ?*, RTDCiv. 2002, p. 610.

<sup>637</sup> Certains auteurs comme Adhémar ESMEIN ont su déceler la nécessité pour la doctrine de se tourner vers la jurisprudence. Il indiquait, « Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude : elle ne perdra point, pour cela, son originalité et sa force ; elle acquerra au contraire une sève rajeunie et des floraisons nouvelles », ESMEIN (Adhémar), *La jurisprudence et la doctrine*, RTDCiv. 1902, p. 11. Selon Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, la doctrine civiliste n'aurait certainement pas survécu à l'absence de détachement des textes et d'étude approfondie des décisions de justice alors qu'au même moment

praticiens ou de juges forcent l'abandon d'une analyse du droit en termes seulement théoriques pour en apporter une analyse pratique, ce qui donne au droit une moindre solennité. Le Professeur ZENATI parle d' « *un droit post-doctrinal* » et il situe à ce jour « ... *l'avènement de l'union de la théorie et de la pratique* »<sup>638</sup>.

Il y a une certaine interactivité entre les travaux des juges et la doctrine universitaire<sup>639</sup>. Des éléments doctrinaux sont souvent présents dans le rapport du Conseiller rapporteur et réciproquement, un auteur peut s'intéresser au rapport dans son commentaire d'arrêt. Néanmoins, cet enrichissement réciproque ne se déroule pas en même temps. Alors que le rapport est diffusé avec la décision, le commentaire intervient parfois bien après que la décision ait été rendue. Le travail de la doctrine universitaire n'intervenant pas dans l'élaboration directe de la décision, il ne peut jamais constituer un document l'accompagnant. Les membres de la doctrine universitaire sont extérieurs à la formation de jugement. Ainsi, ils ont accès aux travaux préparatoires lorsqu'ils sont publiés et aux notes lorsque l'intérêt de la décision justifie leur rédaction. Ces documents ont pour objet de donner accès à des éléments de réflexion internes partagés par les membres de la formation de jugement. Sans eux, la doctrine universitaire ne peut que supposer la problématique qui se posait aux juges. Nous serons amené à aborder la richesse des enseignements des productions doctrinales de la Cour de cassation et de ses juges<sup>640</sup>, mais d'ores et déjà il apparaît clairement que l'information interne la plus aboutie consisterait en la rédaction d'une opinion séparée puisque son auteur a eu auparavant connaissance de tous les éléments discutés lors du délibéré et qu'il la diffuse

---

les publicistes avaient l'avantage de parler des problèmes sociaux ; JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, Paris, p. 108. Néanmoins, ce sont essentiellement les arrêts de la Cour de cassation qui intéressent la doctrine. Michelle GOBERT a pu déceler « ...*la propension marquée des auteurs à (...) commenter un nombre de plus en plus important [de décisions des juridictions du fond]...* » ; GOBERT (Michelle), *La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée* in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTDCiv. 1992, p. 345. Or cette faveur de la doctrine pour les décisions des juges du fond ne s'est pas confirmée, voir GOUBEAUX (Gilles), *Il était une fois...La Doctrine, A propos du livre de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, La Doctrine, publiée aux éditions Dalloz, dans la collection Méthodes du droit*, RTDCiv. 2004, p. 249.

<sup>638</sup> ZENATI (Frédéric), *L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique*, Colloque, Deuxième demi-journée, *Quelles revues pour le 21<sup>ème</sup> siècle ?* RTDCiv. 2002, p. 710.

<sup>639</sup> Yves CHARTIER parle d'interactivité au sujet des rapports entre la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon lui, « *sans la première qui alimente sa réflexion, la seconde se dessècherait. Sans cette jurisprudence, à partir de laquelle s'échafaudent nombre de ses constructions, qu'elle l'approuve ou qu'elle la rejette, la doctrine tournerait à vide...* », CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions*, Droits 1994, n°20, p.113-114. Rémy LIBCHABER parle de « *relation perverse* », selon lui « *cette surévaluation de la jurisprudence place la doctrine dans une situation de dépendance extrême, où il n'y a de pas de partage dans l'élaboration de la décision* », LIBCHABER (Rémy), *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine*, RTDCiv. 2000, p. 684.

<sup>640</sup> Voir *Infra*, Partie II, T I, C II, S I, §2.

avec la décision. Le caractère elliptique de certaines décisions contribue à ce que la doctrine universitaire les commente<sup>641</sup> tout en ne partageant pas leur élaboration. Les conditions particulières dans lesquelles s'exerce le travail de la doctrine universitaire donnent son intérêt au développement du rôle doctrinal du juge judiciaire, qui se trouve bien placé pour fournir une analyse complète des décisions.

295. La matière judiciaire tend aujourd'hui à se rapprocher d'un schéma bien connu en matière administrative<sup>642</sup>. Le Professeur CHEVALLIER rappelle comment l'importance du rôle joué par les juges en matière administrative dans l'élaboration dudit droit « ... *a favorisé la confusion des rôles, en donnant aux juges un rôle essentiel dans l'exercice de la fonction doctrinale* »<sup>643</sup>. Le juge administratif n'est pas le seul à qui on reconnaît un rôle doctrinal. La matière constitutionnelle a également connu cette évolution<sup>644</sup>.

Plus récente ou plus diffuse, étant donné l'emprise de la doctrine universitaire sur l'étude de la jurisprudence judiciaire, la doctrine judiciaire, peu reconnue, n'en existe pas moins. Elle est une manifestation aboutie de la fin de la catégorisation de l'interprétation du droit et de ses

---

<sup>641</sup> Selon Rémy LIBCHABER, « ...parce que (...) [la] norme est rarement posée comme telle (...); il résulte qu'elle est toujours élaborée par voie judiciaire, mais parfois révélée par la doctrine qui la synthétise pour rendre compte du contenu indécis de l'interprétation des tribunaux », LIBCHABER (Rémy), *Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence*, RTDCiv. 2002, p. 179.

<sup>642</sup> Selon Frédéric ZENATI, « Dans l'ordre de la recherche, la littérature juridique s'évade du monopole universitaire pour s'ouvrir au juge. Le phénomène, apparu très tôt dans l'ordre administratif en raison du particularisme des sources qui l'affecte, s'étend à présent au droit privé ... », ZENATI (Frédéric), Op. Cit. Supra, p. 707.

<sup>643</sup> CHEVALLIER (Jacques), *Les interprètes du droit* in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, Paris, p. 267. « (...) en l'absence de textes généraux, c'est le juge administratif qui a été amené à forger les grands principes autour desquels a été réellement construit le droit administratif; et ce travail fondateur, qui a doté la jurisprudence d'un prestige sans égal, a laissé des traces profondes. (...) les premiers grands traités de droit administratif à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle sont le fait de praticiens; et cette tradition subsiste dans les revues actuelles de droit administratif où les chroniqueurs attitrés sont souvent membres du Conseil d'Etat. ». Alain BERNARD et Yves POIRMEUR pour minimiser l'antagonisme entre théoricien et praticiens indiquent qu' « il est des degrés dans la théorie, comme dans la pratique. Une réflexion sur la théorie générale du droit ne se compare pas à une synthèse de jurisprudence eût-elle des prétentions théoriques. Par ailleurs, et pour ne citer qu'un exemple, les magistrats de l'ordre administratif ont un rôle fondamental de construction doctrinale », BERNARD (Alain), POIRMEUR (Yves), *Doctrines civiliste et production normative* in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, Paris, p. 128.

<sup>644</sup> « C'est en effet l'essor de la jurisprudence constitutionnelle qui a permis aux professionnels de ce droit d'asseoir leur monopole d'interprétation, en établissant une clôture savante avec le monde des profanes. Dès lors, on retrouve sans surprise cette imbrication et ces interférences entre fonction juridictionnelle et fonction doctrinale qui étaient la marque du droit administratif ... », CHEVALLIER (Jacques), Op. Cit. Supra.

interprètes. Les universitaires et les juges judiciaires se partagent désormais la tâche doctrinale. Des conflits peuvent d'ailleurs naître entre eux à ce sujet<sup>645</sup>.

296. Cet engagement commun et la reconnaissance inhérente du rôle doctrinal du juge ne peuvent se faire néanmoins qu'à la condition que le statut du juge lui garantisse son indépendance d'auteur. La doctrine est très attachée à son indépendance laquelle lui sert à faire la preuve de sa légitimité. Dans le cadre de son activité juridictionnelle, le juge bénéficie d'une garantie d'indépendance. Elle doit dominer également son activité doctrinale.

L'indépendance est un dénominateur commun aux statuts de juge et d'auteur. Elle signifie leur liberté dans l'interprétation des règles de droit<sup>646</sup>. « *La pensée scientifique ne vaut que par son indépendance...* »<sup>647</sup>, notamment son indépendance d'esprit. La doctrine universitaire à laquelle la plupart des auteurs appartient a été d'ailleurs, pour une partie, sensible à l'utilisation du terme « entité » pour la définir. Elle est revenue sur « *...le caractère essentiel de la diversité des auteurs et de leurs opinions, aux antipodes d'une « entité homogène et compacte »* »<sup>648</sup>. Les grandes controverses illustrent l'indépendance de la doctrine<sup>649</sup>.

S'agissant de l'indépendance du juge-auteur, il est vrai que l'on peut se demander dans quelle mesure ce juge commente librement. Il n'est pas forcément facile de mesurer le degré

---

<sup>645</sup> « Il apparaît de moins en moins incongru que le juge soit lui-même l'interprète de son droit, ce qui provoque parfois des tensions avec l'Ecole », ZENATI (Frédéric), Op. Cit. Supra

<sup>646</sup> « Grande est la liberté du juriste [y inclus du juge] qui n'est investi d'aucun pouvoir propre de contrainte ou d'exécution dans la découverte et la proposition des solutions susceptibles d'être présentées comme des implications du droit positif », ATIAS (Christian), *Une doctrine pour un droit menacé*, Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, Paris, p. 18. Yves CHARTIER a eu néanmoins l'occasion d'énoncer divers éléments pouvant minimiser cette considération. Selon lui, « Par rapport au conseiller, l'universitaire jouit d'un avantage incontestable : il vit dans le domaine de la théorie, de la spéculation, de la pensée, et à ce titre il bénéficie d'une liberté absolue. Le conseiller au contraire a plusieurs contraintes... », CHARTIER (Yves), *De l'Université à la Cour de cassation in La Cour de cassation, l'Université et le Droit. André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation, Etudes en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, Paris, p. 149.

<sup>647</sup> JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, Paris, p. 176 et s.

<sup>648</sup> AYNES (Laurent), GAUTIER (Pierre-Yves), TERRE (François), *Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine)*, D. 1997, Chron., p. 229 en réponse à JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *L'entité doctrinale française*, D. 1997, Chron., p. 167. Voir en réponse, JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, Paris, p. 261 puis GAUTIER (Pierre-Yves), *Doctrines du passé et de l'avenir*, D. 2005, p. 1044. Néanmoins, pour Gilles GOUBEAUX, « Selon le discours le plus souvent tenu, « il n'y a pas de doctrine, mais des auteurs de droit dont la liberté favorise la diversité de leurs pensées » (Jean-Louis Bergel). On peut sans contradiction adhérer à une telle formule tout en suivant Philippe Jestaz et Christophe Jamin lorsqu'ils soutiennent que la doctrine s'exprime et se comporte comme un corps, car les deux propositions ne se situent pas sur le même plan », GOUBEAUX (Gilles), *Il était une fois... La Doctrine, A propos du livre de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, La Doctrine, publié aux éditions Dalloz, dans la collection Méthodes du droit*, RTDCiv. 2004, p. 245.

<sup>649</sup> Pour celles du passé comme du présent, avec une analyse de celle relative au projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel, voir MOLFESSIS (Nicolas), *La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine, Sources du droit en droit interne*, RTDCiv. 2003, p. 161.

d'indépendance du juge qui cherchera peut-être à ménager dans ses écrits les susceptibilités des autres membres de la formation de jugement qui sont ses collègues.

297. Il est intéressant d'étudier les incidences du passage de la carrière d'universitaire à celle de juge<sup>650</sup> pour voir comment l'articulation entre les deux s'opère. Beaucoup de professeurs ont poursuivi leur activité doctrinale après avoir été nommés à la Cour de cassation. Selon le Premier président CANIVET, la pratique qui consiste, pour certains, à commenter les décisions auxquelles ils ont participé peut poser un problème d'ordre déontologique si les juges laissent apparaître la manière dont ils ont voté. Il juge ces travaux avec une certaine sévérité en ne leur reconnaissant qu'une « portée doctrinale relative »<sup>651</sup>. L'intensité de la portée doctrinale des travaux d'écriture des juges varie, en somme, au regard des libertés plus ou moins grandes qu'ils prennent avec leur statut et les obligations qui y sont attachées. Pour le reste, la qualité doctrinale de leurs travaux, comme pour la doctrine universitaire, est liée à l'autorité que l'auteur peut revendiquer ainsi qu'au type d'exercice auquel il se livre.

Il semble que l'on reconnaisse au juge un véritable rôle doctrinal à condition que cette activité soit exercée en retrait par rapport à sa fonction juridictionnelle, qu'elle ait une place secondaire<sup>652</sup>.

298. Certains soulignent aussi le lien particulier qui unit ce travail doctrinal à la jurisprudence sans pour autant les y associer<sup>653</sup>. Souvent ce que le juge rédige n'a pas tant

---

<sup>650</sup> Pour une illustration historique, voir HALPERIN (Jean-Louis), *Les professeurs de droit à la Cour de cassation jusqu'à la seconde guerre mondiale* in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit. André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Etudes en l'honneur de André Ponsard, Litec, 2003, Paris, p. 195 et s.

<sup>651</sup> « ... pour le plus grand nombre, la nomination à la Cour de cassation n'a pas interrompu l'activité de publication, certains même n'hésitant pas à assortir de leurs propres commentaires, tirés de leurs rapports et avis, les décisions auxquels ils ont participé », CANIVET (Guy), *Des « professeurs-juges » aux « juges-professeurs »* in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit. André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Etudes en l'honneur de André Ponsard, Litec, 2003, Paris, p. 120.

<sup>652</sup> Cet aspect est souligné par Guy CANIVET dans la contribution sus-citée, de même Yves CHARTIER, au sujet de la rédaction du Rapport annuel de la Cour de cassation, « ...cette mission a un rôle tout à fait secondaire, et de caractère essentiellement technique », CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions*, Droits 1994, n°20, p. 121. De manière générale, Frédéric ZENATI parle de « doctrine intermédiaire », ZENATI (Frédéric), *La jurisprudence*, Méthodes du droit, Dalloz, 1991, Paris, p. 248.

<sup>653</sup> Pour Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, au sujet des conclusions de l'Avocat général et du rapport du magistrat rapporteur, « ... ces interventions peuvent faire l'objet d'une publication, grâce à quoi chacun peut voir qu'au point de vue du droit savant, elles sont tout aussi argumentées qu'une note écrite par un professeur. Aussi admet-on qu'il s'agit là de doctrine. Mais l'opinion qui y verrait une annexe de la jurisprudence ne serait pas absurde, loin de là », JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, Paris, p. 178. Encore, selon Evelyne SERVERIN et Antoine JEAMMAUD, « Auteurs d'exposés synthétiques sur « la jurisprudence » de leur Cour, de rapports ou de conclusions publiées avec les décisions, de commentaires de certaines d'entre elles, acteurs parfois de leur sélection pour des revues privées, mais aussi

pour fonction d'envisager sous divers angles un problème juridique que d'expliquer la décision qui a justifié cette contribution.

En réalité, même si le juge judiciaire a une fonction juridictionnelle qui l'inhibe dans son travail d'auteur normalement plus que ne le sera un universitaire, cela ne l'empêche pas d'avoir un rôle doctrinal. Dès lors qu'il s'exprime à titre individuel et non au nom de l'institution à laquelle il appartient, il n'a pas de compte à rendre à ses collègues ou à sa hiérarchie puisqu'il ne les implique pas<sup>654</sup>. La contribution personnelle des juges au travail doctrinal doit être distinguée de l'activité doctrinale reconnue à la Cour de cassation<sup>655</sup>.

Signe des temps, l'expression « doctrine de la Cour de cassation » a fait son apparition dans les arrêts de ladite Cour. Il y a une correspondance entre l'utilisation de cette expression et l'importance de la place prise par l'activité judiciaire dans la société moderne. Le Professeur LIBCHABER considère que « *l'aveu d'une doctrine traduit (...) une affirmation renforcée de la conscience qu'a la Cour de son rôle, de ses pouvoirs, et de la portée de sa jurisprudence* »<sup>656</sup>. La Cour de cassation se démarque ainsi de son rôle proprement juridictionnel pour se placer sur le terrain doctrinal. Même si son sens est discuté<sup>657</sup>, cette expression met en avant le lien qui peut unir doctrine et Cour de cassation, prise dans son

---

*artisans de rapports annuels qui proposent une sélection et une interprétation « officielle », ils [les membres des juridictions suprêmes] jouent un rôle croissant dans les processus par lesquels se produit la jurisprudence », SERVERIN (Evelyne), JEAMMAUD (Antoine), Concevoir l'espace jurisprudentiel, D'autres propos sur la jurisprudence, RTDCiv. 1993, p. 93.*

<sup>654</sup> Comme le souligne Daniel TRICOT, les juges-auteurs « (...) ne peuvent exprimer la doctrine de la Cour de cassation qui résulte nécessairement d'un débat collégial », TRICOT (Daniel), *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions*, Droits 1994, n°20, p. 120. L'auteur réserve néanmoins l'hypothèse du Rapport annuel de la Cour de cassation « ...qui comprend, outre des propositions de réformes législatives et des études juridiques, un panorama anonyme mais très précis des décisions les plus importantes rendues au cours de l'année considérée ».

<sup>655</sup> Passim, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'IHEJ, La documentation Française, 1994, Paris.

<sup>656</sup> LIBCHABER (Rémy), *Une doctrine de la Cour de cassation ? (Soc. 27 oct. 1999, à paraître au Bulletin)*, RTDCiv. 2000, p. 199.

<sup>657</sup> Voir LIBCHABER (Rémy), Op. Cit. Supra, p. 197 et s., qui distingue l'existence d'une doctrine de la Cour de cassation de sa jurisprudence, MOLFESSIS (Nicolas), *Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents*, RTDCiv. 2003, « ... elle a vocation à rendre compte de la teneur de la décision de la Cour de cassation lorsqu'elle casse et renvoie l'affaire devant une autre juridiction. », p.567 et il estime que « (...) l'expression abrite (...) une solution qui mérite indéniablement attention, invitant sur le fond, à une réflexion sur la place de la théorie du précédent dans notre système juridique. », p. 568 ; DEUMIER (Pascale), *La « doctrine de la Cour de cassation » : opinion ou précédent ?*, RTDCiv. 2006, qui étudie l'expression à partir des contextes procéduraux dans lesquels elle apparaît, et pour elle il s'agit non pas d'un précédent mais d'« (...) une opinion exprimée sur le droit, qui peut agir indirectement mais ne peut contraindre comme une règle de droit directement applicable », p. 75.

ensemble, lorsque cette dernière s'y réfère dans ses arrêts. Mme le Professeur DEUMIER parle même d'une « *hybridation inattendue de la doctrine et de la jurisprudence* »<sup>658</sup>.

299. En théorie juridique, le développement de la doctrine judiciaire marque la fin de l'antagonisme entre la jurisprudence et la doctrine. Quand il entre dans la sphère doctrinale, le juge devient libre de s'exprimer à titre personnel. Il peut, dans un commentaire, porter une appréciation sévère sur la décision à l'élaboration de laquelle il a participé. Ce faisant, il contribue avec la doctrine universitaire à donner à l'opinion publique l'image d'une justice faillible, pour s'être trompée ou ne pas s'être assez expliquée.

En acceptant que son travail soit apprécié par ses membres pour qu'il en soit rendu compte à l'extérieur et non dans ses murs, l'institution judiciaire gagne en légitimité. Le juge judiciaire, en sortant de sa fonction principale, réduit la distance qui le sépare du justiciable.

300. A titre individuel, le juge judiciaire, dans le cadre ou en marge de ses fonctions, ne bénéficie pas suffisamment d'une reconnaissance doctrinale. Or, ses travaux proprement doctrinaux méritent d'être appréhendés comme tels, de manière distincte d'une doctrine de la Cour de cassation.

## **§2- L'admission de l'expression d'une dissidence par le juge judiciaire**

301. L'absence de cantonnement de la Cour de cassation et de ses juges dans un rôle strictement juridictionnel est réelle, même si elle n'est souvent mentionnée qu'en aparté. Se développe même une idée de concurrence de la doctrine judiciaire sur un terrain appartenant essentiellement aux universitaires. Il faut constater que le juge judiciaire exprime déjà sa dissidence au sens où il formule une critique d'une décision de l'intérieur. Certains éléments peuvent être identifiés comme des manifestations d'opinions autonomes des juges. En réalité, les opinions séparées sont présentes dans le système judiciaire depuis l'admission des opinions autonomes, même si elles ne sont pas encore tout à fait des opinions séparées. Les opinions autonomes sont bien distinctes de la décision tout comme le sont les opinions séparées. Or, à la différence des opinions séparées, elles ne sont pas considérées comme portant atteinte à l'autorité des décisions judiciaires. Par exemple, aucune action en responsabilité pour violation du secret du délibéré n'est jamais engagée contre un juge qui

---

<sup>658</sup> DEUMIER (Pascale), Op. Cit. Supra, p. 73. Gilles GOUBEUX, marque aussi cet aspect, quand il la qualifie d' «... *opinion construite et raisonnée sur une question de droit expliquant la solution donnée dans un ou plusieurs arrêts, opinion que fait sienne l'institution elle-même et non celle de quelques magistrats* », GOUBEUX (Gilles), *Il était une fois... La Doctrine, A propos du livre de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, La Doctrine, publié aux éditions Dalloz, dans la collection Méthodes du droit, RTDCiv. 2004, p. 243.*



aurait commenté une décision à laquelle il aurait participé. Il est important d'examiner la manière dont se manifeste cette doctrine judiciaire car si celle-ci est admise, il se pourrait que les opinions séparées puissent l'être également. Pour avoir une vision correcte des manifestations de la doctrine judiciaire autorisées actuellement, il faut aborder dans un premier temps le travail doctrinal de la Cour de cassation, même si son appartenance à la doctrine judiciaire est discutable (A) afin de pouvoir isoler dans un second temps celui des juges pris individuellement (B).

#### A- La contribution doctrinale de la Cour de cassation en marge de la doctrine judiciaire

302. Indépendamment de sa fonction juridictionnelle stricte, la Cour de cassation peut s'exprimer de manière collégiale à plusieurs titres. En tant que juridiction de jugement, elle motive ses arrêts en faisant référence à sa « doctrine »<sup>659</sup> ou en formulant un *obiter dictum*, mais aussi, en tant que juridiction suprême, elle a la responsabilité de présenter au public les arrêts qui font la jurisprudence. Si le fait de la collégialité ne l'exclut pas réellement de la doctrine judiciaire, il lui confère une position à part puisqu'il s'agit, en ce cas, d'une représentation institutionnelle de la Cour, ainsi on parlera plus volontiers de doctrine de la Cour de cassation.

Pourtant, il n'est pas permis de négliger les différentes manières dont la Cour de cassation peut contribuer à fournir des éléments doctrinaux étant donné qu'elle partage avec ses membres le même objectif de clarification de la décision ou du point de droit en cause. Toutes les interventions de la Cour, en dehors de ce qui est strictement nécessaire à la prise de décision, peuvent revêtir, avec plus ou moins de fermeté, un caractère doctrinal.

Par exemple, en formulant un *obiter dictum*, la Cour peut prétendre fournir une analyse doctrinale de la règle juridique en cause. Il s'agit d'une « *opinion que le juge livre à titre indicatif (...), pour faire connaître par avance, à toutes fins utiles, son sentiment sur une question autre que celles que la solution du litige exige de trancher* »<sup>660</sup> et s'envisage souvent comme l'annonce d'un revirement de jurisprudence<sup>661</sup>. C'est la raison pour laquelle, il est

---

<sup>659</sup> Voir Supra, Partie II, T I, C II, S I, §1.

<sup>660</sup> CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée avec locutions latines, Quadrige, PUF, 2005, Paris, p. 613. De même, SALMON (Jean), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, Bruxelles, p. 762, « *Opinion émise par une juridiction et qui n'est pas essentielle à la motivation d'une décision adoptée par ladite juridiction* ».

<sup>661</sup> Selon Nicolas MOLFESSIS, l'*obiter dictum* est même au premier rang des mécanismes d'information des revirements, puisque « *par une incidente ajoutée au raisonnement mais inutile à la solution, l'arrêt viendrait*

étudié dans les manuels sous cet angle fonctionnel, sa nature d'expression doctrinale n'étant en général pas même évoquée<sup>662</sup>. Pourtant, ce moyen n'est pas négligeable et le commentateur de l'arrêt, qui ne manquera certainement pas d'utiliser un *obiter dictum* qui y figurerait pour développer son analyse de la portée de l'arrêt, le sait fort bien. En revanche, ils sont encore peu nombreux en matière judiciaire<sup>663</sup>, mais un renforcement de leur fréquence se profile peut-être avec le Rapport MOLFESSIS sur les revirements de jurisprudence<sup>664</sup>. Le Professeur ORAISON, à partir de l'étude d'un arrêt de la CIJ, leur a consacré une étude générale dans laquelle il indique que « ...les *obiter dicta* peuvent être assimilées à des œuvres de nature doctrinale qui présentent toutefois la particularité d'être toujours encadrées dans la décision d'une instance juridictionnelle ». Il affine cette observation en soulignant qu'un tel procédé peut se revendiquer comme de la « doctrine d'action », « doctrine des praticiens », « doctrine judiciaire », ou encore « doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse »<sup>665</sup>. Cela signifie que, pour lui, si le juge qui rédige un article est un auteur, tel n'est pas le cas de celui qui, dans le cadre de sa fonction, va formuler un *obiter dictum* ou une opinion séparée<sup>666</sup>.

303. Egalement, la décision de publication d'un arrêt revêt en elle-même une connotation doctrinale puisqu'elle signifie que l'arrêt est susceptible d'intéresser le public<sup>667</sup>. En

---

*renseigner - à bon entendeur - sur la solution nouvelle à venir* », MOLFESSIS (Nicolas), *Les revirements de jurisprudence in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 156.

<sup>662</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE ne manque pas, dans son ouvrage d'introduction au droit, de terminer sa définition de l'*obiter dictum* par l'appréciation suivante, « *Le juge formule alors une sorte d'avis doctrinal* », FRISON-ROCHE (Marie-Anne), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1996, Paris, p. 31.

<sup>663</sup> CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions*, Droits 1994, n°20, p. 111.

<sup>664</sup> *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS*, Litec, 2005, Paris. Cette « technique préventive » est reconnue mais en même temps est jugée insuffisante, p. 32 et s.

<sup>665</sup> ORAISON (André), *Réflexions générales sur la nature des obiter dicta enchâssés dans les décisions de justice rendues par la cour internationale de Justice, Le cas de l'obiter dictum contenu dans l'arrêt Barcelona Traction du 5 février 1970, ( Une inflorescence de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse au même titre que les opinions individuelles et dissidentes ?)*, RRJ 2002, n°4, PU Aix-Marseille, p.1926-1927. André ORAISON y relate l'épisode de l'*obiter dictum* que le Conseil constitutionnel a énoncé dans sa décision du 22 janvier 1999 sur le statut de la Cour pénale internationale relatif à la responsabilité du chef de l'Etat.

<sup>666</sup> Nous reviendrons sur cet article, dans lequel les *obiter dicta* et les opinions séparées sont étudiés de manière comparée, ce qui permettra de reprendre certains éléments de définition présentés succinctement.

<sup>667</sup> « *La décision de publication d'un arrêt, bien plus qu'un simple procédé de transmission des solutions dégagées par les juridictions, constitue en effet un véritable moyen de « création » jurisprudentielle, une prise de position sur une solution, bref un travail de doctrine* », ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafaël), LHUILIER (Gilles), *Introduction au droit*, Flammarion, 2002, Paris, p. 315 ; « *Le choix du support est lui-même un indice*

généralisant, la publication garantit ou du moins constitue un indice sérieux d'identification d'un arrêt dont la valeur ou la portée mérite d'être soulignée. Ainsi, l'absence d'argument tiré de la publication d'un arrêt peut laisser perplexe. Le Professeur BENABENT estime qu'il y a lieu de s'étonner « ... de voir passer sous silence le fait important qu'il a eu les honneurs de la publication au Bulletin civil (...) Si, véritablement, il s'agissait d'un pur « non-arrêt », (...) quel sens aurait cette publication, décidée par la Cour elle-même ... »<sup>668</sup>. Que la décision de publication appartienne non pas au Service de documentation et d'études mais à la Cour justifie sa nature doctrinale. Le Conseiller TOIS a été sollicité pour expliquer les conditions de publication des arrêts de la Cour de cassation dans une contribution jointe au Rapport MOLFESSIS sur les revirements de jurisprudence<sup>669</sup>. L'initiative des propositions de publication appartient au Président de chaque Chambre et au-delà au Premier président qui décide de la diffusion des arrêts rendus dans des affaires médiatiques<sup>670</sup>. L'annonce d'une publication future au Rapport annuel conduit évidemment à porter sur l'arrêt une attention encore plus particulière<sup>671</sup>. A l'inverse, s'il est inédit, l'arrêt est censé ne pas avoir pour la

---

délivré par la Cour de cassation sur la portée doctrinale de l'arrêt diffusé : la gradation Bulletin d'information de la Cour de cassation, Bulletin, Rapport annuel et internet est désormais connue », DEUMIER (Pascale), *Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation*, RTDCiv. 2006, p. 510.

<sup>668</sup> BENABENT (Alain), *Doctrines ou Dallas ?* D. 2005, Point de vue, p. 853. Est visé par les propos de l'auteur le commentaire fait par Denis MAZEAUD de l'arrêt rendu par la 1<sup>ère</sup> chambre civile le 16 mars 2004 (Bull. civ., n°86).

<sup>669</sup> TOIS (Emmanuel), *La signification des lettres utilisées pour rendre compte de l'étendue de la publication des arrêts de la Cour de cassation* in *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, 2<sup>ème</sup> Partie, Rapport annexe Litec, 2005, Paris, p. 139 et 140. La présence au sein d'un rapport qui met en avant le rôle créateur du juge judiciaire du présent article, même court, rédigé par un Conseiller référendaire est assez significative.

<sup>670</sup> « ... la publication au Bulletin est proposée par le président de chaque chambre (...). Dans la pratique, la proposition du président (souvent émanation de la discussion en délibéré) est systématiquement suivie ; (...) les mentions au BICC, au rapport annuel et sur le site internet de la Cour de cassation fonctionnent de la même manière que la publication au Bulletin, observation faite que pour le site internet, rubrique Actualité jurisprudence, la diffusion dépasse les propositions des présidents de chambre, puisque cette rubrique contient également (...) les arrêts dont le premier président de la Cour de cassation souhaite la mise en ligne ou les arrêts dont le retentissement médiatique est prévisible ou avéré », Op. Cit. Supra, p. 140. La publication au Bulletin est signalée par la lettre P, au BICC par la lettre B, au Rapport annuel par la lettre R.

<sup>671</sup> Pour Yves CHARTIER, « ...le commentaire d'un arrêt au rapport peut apparaître comme une marque supplémentaire de l'importance que la Cour de cassation attache, sinon d'ailleurs à l'arrêt lui-même, du moins à la jurisprudence dont il est porteur », « Dans la catégorie des jurisprudences sur lesquelles la Cour de cassation entend attirer l'attention, le rapport apparaît ainsi comme la distinction suprême », CHARTIER (Yves), *Le rapport de la Cour de cassation. A propos du Rapport pour l'année 1999*, JCP, I, 238, p. 1182.

Cour une grande portée doctrinale. La signalétique s'applique donc en fonction de l'intérêt doctrinal que la Cour entend conférer à l'arrêt<sup>672</sup>.

Il convient de remarquer que la publication peut intervenir de manière plus ou moins développée. Internet est aujourd'hui un moyen privilégié de diffusion des arrêts. Ceux qui figurent sur le site de la Cour sont préalablement triés selon l'intérêt qu'ils peuvent avoir<sup>673</sup>. Surtout, le site internet<sup>674</sup> est conduit à mettre en ligne l'avis de l'Avocat général et le rapport du Conseiller rapporteur notamment dans les arrêts d'Assemblée plénière ou de Chambre mixte qui constituent des écrits doctrinaux très complets<sup>675</sup>. La publication sur internet de ces documents est significative de la volonté de la Cour de cassation de ne pas limiter son travail à ce qu'il a de strictement juridictionnel, alors qu'elle s'est vue reprocher de ne pas rendre accessibles ces rapports et avis<sup>676</sup>. Le décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par internet a encore renforcé la communication par la Cour de ses arrêts et documents s'y rattachant, réduisant un peu son retard par rapport au Conseil d'Etat<sup>677</sup>.

---

<sup>672</sup> Plus exactement, voir le sens de l'utilisation des lettres selon Rafaël ENCINAS DE MUNAGORRI et Gilles LHUILIER, « La lettre « D » désigne l'arrêt d'espèce qui ne fait pas œuvre de doctrine. La lettre « P » indique au contraire que cet arrêt sera publié au Bulletin des arrêt de la Cour de cassation, qu'il s'agit donc d'un arrêt de « police », c'est-à-dire d'administration judiciaire ou de doctrine, qui reflète donc la position de la Cour de cassation sur ce point de droit. (...) La lettre « B » signale que l'arrêt a une forte importance pratique puisqu'il sera publié au bulletin adressé aux magistrats, le Bulletin d'information de la Cour de cassation. La lettre « R » consacre l'arrêt d'une force doctrinale encore plus importante, car la Cour de cassation le commentera elle-même dans le rapport annuel de l'année suivante », Op. Cit. Supra.

<sup>673</sup> Le procédé mérite d'être encouragé sous réserve du respect d'une gestion correcte au niveau de la publication. Nicolas MOLFESSIS a pu évoquer l'utilisation contestable par le Conseil constitutionnel de son site internet, qui en suite de sa décision du 22 janvier 1999 (citée plus haut n°221), a procédé par voie de communiqué. « C'est plus que d'interprétation qu'il est dès lors question puisqu'il s'agit d'imposer la signification officielle d'une solution, le plus souvent en y ajoutant des éléments qu'elle ne comprenait pas : le communiqué prêtant être partie prenante à la décision en prolongeant sa motivation. Le procédé est bien contestable, si l'on admet qu'une décision rendue n'appartient plus à son auteur mais à ses interprètes. Il s'expose d'autant plus à la critique qu'il émane non pas des membres ayant rendu, collégialement, la décision en cause mais de l'administration de l'institution, qui se croit ainsi autorisée à assurer l'après-vente des solutions rendues.», MOLFESSIS (Nicolas), *La Cour de cassation réfute l'existence d'un ordre constitutionnel*, RTDCiv. 2002, p. 170. La distinction de la décision de justice et des éléments doctrinaux s'y rattachant doit en effet être claire pour éviter ce type de reproche.

<sup>674</sup> <http://www.courdecassation.fr>.

<sup>675</sup> Pour leur étude, voir Infra, Partie II, T I, C II, S I, §2, B.

<sup>676</sup> Pour une critique sans concession, voir BOCCARA (Bruno), *Les dévastations de la Vème République, La démolition de la justice et vers le renouveau démocratique*, Traité de la Nouvelle Science politique, Justice : La démolition, Tome IV, Démocratica, 2000, Paris, p. 51 et s.

<sup>677</sup> Selon Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, « ... la publication [des conclusions et rapports des magistrats] est beaucoup moins fréquente en droit privé qu'en droit administratif. Que ce soit là une cause ou plus probablement un effet imputable à d'autres causes, il ne s'est jamais constitué une doctrine propre de la Cour de cassation comparable à celle du Conseil d'Etat », JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *La*

304. C'est peut-être à l'occasion de la publication de son Rapport annuel<sup>678</sup> que le rôle doctrinal de la Cour de cassation est le plus remarqué par la doctrine. N'étant plus dans sa fonction judiciaire, la Cour peut faire acte de « franchise » et d' « esprit critique »<sup>679</sup>. Pour le Professeur TERRE, cet ouvrage « ... témoigne de l'existence d'une évolution assez profonde dans la formation du droit positif »<sup>680</sup>.

Divisé en quatre parties, dans la première d'entre elles<sup>681</sup> intitulée « Suggestions de modifications législatives et réglementaires », la Cour fait le bilan des propositions de réforme précédentes et en suggère d'autres. Répondant aux attaques d'Henri MAZEAUD à l'égard des remarques adressées par les juges au législateur dans le Rapport annuel de 1975, Jean DESPREZ fit remarquer « ...qu'en avertissant le législateur comme elle l'a fait, la Cour de cassation n'a pas démerité et que rien dans son rapport ne peut prêter à l'accusation de dépassement de fonction ou de déviation politique »<sup>682</sup>. Cette initiative que la Cour tire de son expérience, même si les suites données aux suggestions peuvent être jugées décevantes<sup>683</sup>, n'est pas jurisprudentielle mais doctrinale<sup>684</sup>. Encore plus, la partie consacrée à l'analyse par la Cour de ses principaux arrêts constitue un travail doctrinal, lequel sous couvert d'anonymat de ses auteurs<sup>685</sup> exprime la doctrine de la Cour de cassation. Après avoir été triés, les arrêts sont véritablement analysés à la manière d'une œuvre doctrinale, en tenant compte tant du droit positif que des répercussions éventuelles.

---

doctrine, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, Paris, p. 185. Par décret n°2005-13 du 7 janvier 2005, la publication des décisions judiciaires a été généralisée, ainsi les décisions rendues par les juridictions autres que la Cour de cassation, présentant un intérêt particulier font aussi partie des bases de données du service de documentation et d'études et sont insérées dans le BICC et ce, par transmission des chefs de Cours et de juridictions et présidents de formation.

<sup>678</sup> Articles R131-12 et R131-13 du COJ.

<sup>679</sup> DESPREZ (Jean), *A propos du Rapport annuel de la Cour de cassation*, « Sois juge et tais-toi » (*Réflexions sur le rôle du juge dans la cité*), RTDCiv. 1978, p. 505.

<sup>680</sup> TERRE (François), *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, 2006, n°196, p. 156.

<sup>681</sup> La deuxième est relative aux « Etudes et documents », la troisième aux « Principaux arrêts de l'année (...) [écoulée] » et la quatrième fait le bilan de l' « Activité de la Cour de cassation ».

<sup>682</sup> DESPREZ (Jean), Op. Cit. Supra, p.507-508.

<sup>683</sup> FOYER (Jean), *Le corps judiciaire et la loi*, Justices 1996, n°3, p. 96.

<sup>684</sup> Contra, AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 11<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2006, Paris, p. 170. Il cite l'appel au législateur de la Cour de cassation dans son Rapport annuel comme une manifestation de son « autorité jurisprudentielle ».

<sup>685</sup> « ... les rédacteurs des commentaires (...) en règle générale, ne sont autres que les conseillers-rapporteurs ... », CHARTIER (Yves), Op. Cit. Supra, p. 1182.

305. S'agissant de la saisine pour avis de la Cour de cassation<sup>686</sup>, il semble que cette procédure soit peu exploitée. Sa mise en place<sup>687</sup> devait montrer qu'il n'y a pas de séparation nette entre sa fonction juridictionnelle et une autre<sup>688</sup>. Or, en se contentant de donner des réponses succinctes, la Cour saborde l'intérêt doctrinal qu'elles auraient pu avoir. Il est difficile de reprocher à l'avis de ne pas être ce qu'il n'est pas. Ce n'est pas un arrêt et si son apport déçoit, il convient de reconnaître que cette différence de nature justifie qu'il n'apporte pas autant qu'un arrêt<sup>689</sup>. Néanmoins, rien n'empêche la Cour de cassation d'aller plus loin dans l'indication de sa réflexion à l'aune des avis du Conseil d'Etat<sup>690</sup>. Une ouverture de ses conditions d'accès pourrait relancer la procédure d'avis et permettre à la Cour de l'utiliser comme outil de réflexion doctrinale. Il serait intéressant qu'elle se livre à un effort de motivation approfondie de ses réponses étant donné qu'elles ne lient quiconque.

306. Sur son site internet, la Cour de cassation diffuse, depuis 2001, des communiqués pédagogiques afin de donner les informations nécessaires à la bonne compréhension de ses arrêts<sup>691</sup>. Parfois, ils dépassent la simple clarification des arrêts, ce qui a conduit Mme le Professeur DEUMIER à estimer que « ...les communiqués remplissent pour partie la mission des commentaires d'arrêt (fonction critique évidemment mise à part), seul l'auteur du commentaire les distinguant de l'interprétation doctrinale »<sup>692</sup>. La Cour de cassation développe donc les supports dans lesquels elle se prête, collectivement, à une activité

---

<sup>686</sup> Pour sa présentation, voir CHAUVIN (Patrick), *La saisine pour avis in L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'IHEJ, La documentation Française, 1994, Paris, p. 109 ; ZENATI (Frédéric), *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, D. 1992, p. 247 ; KEROMNES (Gwen), *La saisine pour avis de la Cour de cassation. Examen des conditions de recevabilité des demandes*, GP 4 décembre 1997, doctrine, p. 1571.

<sup>687</sup> Article L 441-1 du COJ (ancien art. L 151-1 et s. du COJ issu de la loi n°91-491 du 15 mai 1991), et Décret n°92-228 du 12 mars 1992, art. 1031-1 et s. du NCPC.

<sup>688</sup> « Pour la première fois, la Cour de cassation était autorisée à interpréter de façon abstraite, sans le support d'un débat judiciaire préalable : autant dire que l'interprétation préconisée ne peut plus guère résulter que d'une doctrine antérieure à l'application du texte... », LIBCHABER (Rémy), *Une doctrine de la Cour de cassation ? ( Soc.27oct.1999, à paraître au Bulletin)*, RTDCiv. 2000, p. 199.

<sup>689</sup> LIBCHABER (Rémy), *La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel*, RTDCiv. 2003, p. 160.

<sup>690</sup> Pour la comparaison, voir LIBCHABER (Rémy), Op. Cit. Supra, p. 159. POUYAUD (Dominique), *Les avis contentieux du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. La pratique in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Dalloz, 2004, Paris, p. 328 et s.

<sup>691</sup> DEUMIER (Pascale), *Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation*, RTDCiv. 2006, p. 511.

<sup>692</sup> DEUMIER (Pascale), Op. Cit. Supra, p. 514.

doctrinale. Cette production doctrinale judiciaire a en commun avec les opinions séparées d'être détachée de la décision. Or, elle n'exprime pas encore une opinion individuelle.

## B- La doctrine judiciaire épanouie dans les opinions autonomes de ses membres

307. A côté des contributions doctrinales de la Cour de cassation par lesquelles elle s'exprime dans son ensemble, le travail des membres de la Cour considéré de manière autonome est très riche en termes de doctrine. Dans tous les cas, ils ne représentent qu'eux-mêmes et non la Cour de cassation, quoique, pour certains, c'est précisément au sein de celle-ci qu'ils s'expriment.

Il en est ainsi, à la Cour de cassation, du Conseiller rapporteur et de l'Avocat général dont les rapports et avis ont souvent une grande valeur doctrinale tout en étant des documents judiciaires par le fait de leur élaboration lors d'un procès. Les Professeurs JESTAZ et JAMIN rangent les avis et les rapports présentés devant les tribunaux dans ce qu'ils nomment « *la doctrine orale* »<sup>693</sup> en raison de la faible publication de ces documents avec une petite réserve pour les interventions relatives aux arrêts de la Cour de cassation. Si l'on ne peut que s'associer à ce constat, la diffusion via internet du rapport du Conseiller rapporteur et l'avis de l'Avocat général dans les arrêts de la Cour de cassation soulevant une question de droit importante, vient heureusement modifier cet état des choses<sup>694</sup>. Le fait que ces écrits interviennent dans l'hypothèse déterminée de l'étude d'une affaire entretiendra toujours une certaine ambiguïté. M. SALAS, par exemple, tout en reconnaissant leur apport doctrinal les voit comme l'expression de « *la véritable doctrine de la cour* »<sup>695</sup>. Selon lui, le rapport du Conseiller rapporteur et l'avis de l'Avocat général constituent « ... *un discours interne où se trouvent tous les chemins interprétatifs que le juge a ou non suivis* ». Pourtant, dès lors qu'elles sont signées de leur auteur, ces contributions si elles sont bien doctrinales ne sont pas celles de la Cour entière. Elles expriment une analyse personnelle.

---

<sup>693</sup> JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *La doctrine*, Méthodes du droit, Dalloz, 2004, Paris, p. 190. Philippe MALAURIE au sujet de la diversité de la doctrine classe les conclusions et les rapports dans les « *hybrides* » de part la confusion des genres que ces travaux soulignent eu égard à la fonction de leurs auteurs, MALAURIE (Philippe), *Rapport français in Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXI (1980), Economica, Paris, 1982, p.84-85.

<sup>694</sup> Ce qui ne change rien à l'absence générale de publication de documents analogues présentés devant les juridictions du fond ( l'article 785 du NCPC applicable au tribunal de grande instance dispose qu'un juge rapporteur peut être désigné pour rédiger un rapport).

<sup>695</sup> SALAS (Denis), *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, Justices, Le Dalloz, Hors-Série, 2001, Paris, p. 19.

308. Le caractère doctrinal des avis des avocats généraux a été souligné par l'Avocat général LYON-CAEN alors qu'il revenait sur la décision de la Cour de cassation de ne plus communiquer les entiers travaux du Conseiller rapporteur. Selon lui, « *les avis publiés des avocats généraux servent (...) à fournir les explications qui vont permettre de mieux comprendre, de mieux situer la décision dans l'ensemble de la jurisprudence de la cour* »<sup>696</sup>. L'importance de ces avis a été plus soulignée récemment en raison des modifications de procédure ayant pour motif l'application de la jurisprudence européenne. Surtout, la reconnaissance de leur caractère doctrinal a bénéficié d'un rapprochement avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat<sup>697</sup>. Le Conseil d'Etat n'ayant jamais cherché à minimiser le rôle doctrinal des juges administratifs, c'est en pleine collaboration avec eux que le Commissaire du Gouvernement assure sa fonction doctrinale. Pour le Professeur ZENATI, « *la pertinence et la finesse de ses conclusions sont en général telles que maints auteurs renoncent à y ajouter une glose : la doctrine est faite, à quoi bon la reprendre ?* »<sup>698</sup>. Il est logique d'associer le travail de l'Avocat général à celui du Commissaire du Gouvernement du point de vue de sa nature doctrinale. L'avis de l'Avocat général contient souvent des analyses non seulement pertinentes mais ouvertes en ce sens que l'on y trouve des références au passé et à l'avenir<sup>699</sup>.

L'avis de l'Avocat général s'entend d'autant mieux comme élément de la doctrine judiciaire qu'il n'y a pas de collusion entre le fait d'être l'auteur de travaux doctrinaux et membre de la formation de jugement. L'Avocat général intervient antérieurement à l'ouverture du délibéré et il n'y participe pas. Aucune atteinte au principe du secret du délibéré ne peut être dès lors constatée.

---

<sup>696</sup> LYON-CAEN (Pierre), *Le parquet général de la Cour de cassation*, Interview par Pierre RANCE, D. 2003, p. 212.

<sup>697</sup> C'est ce rapprochement qui a pour partie conduit à la décision du bureau de la Cour de cassation étant donné que l'arrêt Kress est relatif au Commissaire du Gouvernement. Néanmoins pour une distinction des deux fonctions, voir par exemple HAIM (Victor), *Le commissaire du gouvernement et le respect du contradictoire*, D. 1999, Chron., p. 201 et s.

<sup>698</sup> ZENATI (Frédéric), *La jurisprudence*, Méthodes du droit, Dalloz, 1991, Paris, p.255-256.

<sup>699</sup> « *Les avocats généraux près la Cour de cassation et, dans une certaine mesure, certains avocats généraux des juridictions du fond jouent (...) un authentique rôle de jurisconsulte. Leurs conclusions sont lues avec intérêt et souvent publiées ; la qualité de leur culture juridique et leur aptitude au raisonnement n'a rien à envier à celles de la doctrine universitaire* », Op. Cit. Supra, p.256-257.



309. Le Conseiller rapporteur<sup>700</sup> a une position bien plus délicate. La difficulté particulière tenant au rapport du Conseiller rapporteur réside dans le fait qu'une partie de son contenu est officiellement couvert par le secret du délibéré. Le rapport au sens large se compose de trois éléments ; le rapport au sens strict, la note et le projet d'arrêt. On trouve dans le premier quatre types d'informations, à savoir l'énoncé des faits et de la procédure, l'énoncé des moyens du pourvoi, l'indication des problèmes de droit qui se posent, et *in fine* un état des précédents jurisprudentiels et commentaires ou études doctrinaux, aidant à les résoudre, qui peut être plus ou moins développé. Ce dernier type d'information est l'occasion de déterminer l'opinion du Rapporteur. Le Président TRICOT estime que « ... *la position qui semble parfois en résulter ne tient qu'à l'unanimité des décisions ou des opinions publiées et non au délibéré du rapporteur* »<sup>701</sup>. Quelle qu'en soit la cause, la manière dont le Conseiller a présenté objectivement les premiers éléments de réflexion peut donc ne laisser que peu de doute quant à son opinion. L'opinion du Conseiller rapporteur peut paraître dès le rapport même si c'est dans la note qu'elle est normalement révélée<sup>702</sup>. Cette note, ainsi que le projet d'arrêt qui suit, ne doivent pas être publiés afin de préserver le secret du vote du Conseiller. Cependant, le Conseiller CHARTIER reconnaît que la publication de rapports constituant une synthèse du rapport et de la note peut se justifier par son intérêt doctrinal<sup>703</sup>.

La jurisprudence de la Cour européenne<sup>704</sup> a modifié les conditions de communication de la note et du projet de rapport au sein de la Cour de cassation. Classiquement, ces travaux étaient transmis à l'Avocat général afin que celui-ci puisse élaborer ses conclusions. Le bureau de la Cour de cassation a décidé que, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2002, seul un rapport analysant

---

<sup>700</sup> Le Conseiller rapporteur est peut-être plus limité dans sa réflexion personnelle puisqu'il est tenu par les moyens du pourvoi. Jean-Louis NADAL estime que « ... *là où le parquet général est libre de ses écrits, de ses paroles, de ses sources, le conseiller de la chambre est enserré dans les limites techniques et procédurales du moyen de cassation soulevé par l'auteur du pourvoi, dont il ne peut se dégager pour porter sa réflexion sur des questions qui lui paraîtraient plus générales ...* », *La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation*, D. 2005, Chron., p. 801.

<sup>701</sup> Le classement des différents éléments contenus dans le rapport s'inspire de celui opéré par TRICOT (Daniel), *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation in La Cour de cassation, l'Université et le Droit*, Etudes en l'honneur de André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p. 265 et s.

<sup>702</sup> C'est dans la note qu'il est amené « ... *à exposer les raisons pour lesquelles (...), dans l'état actuel de sa réflexion, [il] oriente son délibéré vers telle ou telle solution ...* », TRICOT (Daniel), Op. Cit. Supra, p. 267.

<sup>703</sup> Selon lui « *Cette publication [ il ne peut, il ne doit, s'agir que d'extraits, laissant dans l'ombre l'opinion de leurs auteurs telle qu'elle s'est exprimée au cours du délibéré], (...) est toujours délicate - ce qui explique sa rareté, et souvent son refus opposé à une demande en ce sens - : elle peut cependant se justifier par l'éclairage qu'elle apporte aux lecteurs de l'arrêt* », CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation*, 2<sup>ème</sup> édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2001, Paris, p. 80.

<sup>704</sup> Cour EDH, Reinhardt et Slimane-Kaïd contre France, 31 mars 1998, requêtes n°21/1997/805/1008 et 22/1997/806/1009, site <http://echr.coe.int>, RTDCiv. 1998, obs. MARGUENAUD (Jean-Pierre).

« objectivement » la question de droit posée serait fournie à l'Avocat général et aux parties. L'Avocat général SAINTE-ROSE a dénoncé la manière dont la Cour de cassation a décidé de se conformer à la jurisprudence européenne<sup>705</sup> et a plaidé pour un retour à la pratique consistant à communiquer aux parties le sens de la note si ce n'est son intégralité<sup>706</sup>. Une telle demande, qui va dans le sens d'une diminution du périmètre du secret du délibéré, fait apparaître tout l'intérêt doctrinal du rapport du Conseiller rapporteur. Si la Cour de cassation n'a pas souhaité étendre plus largement la communication des travaux, elle a fait preuve d'ouverture en mettant à la disposition des parties et des Avocats généraux un « *rapport enrichi* ». Selon le Président ANCEL, « ...ce rapport nouveau, synthèse de la problématique soumise à la cour, contribue puissamment à la qualité des débats et à la transparence dans la méthode de jugement »<sup>707</sup>.

La publicité du rapport apparaît tout de même comme une atténuation au principe absolu du secret du délibéré car à la différence de l'Avocat général, le Conseiller rapporteur est membre de la formation de jugement. La divulgation de ses travaux, dès lors qu'elle permet de comprendre sa position, lève le voile sur le secret du délibéré. Elle indique dans quel sens un membre de la formation de jugement se propose de voter et pour quels motifs. Certes, à la différence des annotations de jurisprudence, dans lesquelles le juge souhaite expliquer son point de vue, l'atteinte au secret est moins caractérisée si on tient compte du fait que le Conseiller a la possibilité de changer d'avis lors du délibéré, mais elle n'en est pas moins réelle.

Dans les conditions actuelles de définition du secret du délibéré, la pratique des juges du siège ou du parquet de rédiger des études<sup>708</sup> dans le cadre du Rapport annuel sur un thème particulier est également contestable. Malgré leur participation à un ouvrage collectif publié

---

<sup>705</sup> L'ensemble du parquet général s'est élevé contre la décision du bureau de la Cour, c'est en son nom que Jean-François BURGELIN a prononcé une allocution réprobatrice lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 11 janvier 2002, Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, p. 49 et s.

<sup>706</sup> SAINTE-ROSE (Jerry), *Le parquet général de la Cour de cassation « réformé » par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme : mythe ou réalité ?* D. 2003, Chron., p. 1444.

<sup>707</sup> ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente* in *La création du droit par le jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 4. Jean-François WEBER parle d'un « *rapport objectif* » qui informe sur l'ensemble du débat juridique, les questions du litige et le nombre de projets préparés par le Rapporteur, WEBER (Jean-François), *La Cour de cassation*, études de la documentation française, 2006, Paris, p. 84.

<sup>708</sup> « *Il ne s'agit pas, en règle générale, d'articles de doctrine qui, comme tels, seraient destinés à soutenir une thèse, à argumenter dans le sens d'un parti, à discuter dans le détail des opinions doctrinales, à imaginer d'habiles constructions théoriques.* » « *Si, par conséquent, les études ne tendent pas à être des œuvres de doctrine universitaire, elles ont néanmoins une valeur doctrinale...* », CHARTIER (Yves), *Le rapport de la Cour de cassation. A propos du Rapport pour l'année 1999*, JCP, I, 238, p. 1184.

sous l'égide de la Cour de cassation, les auteurs s'expriment à titre personnel et non de manière anonyme. L'anonymat signifie que derrière les auteurs se trouve la Cour de cassation comme c'est le cas pour la partie du Rapport consacrée à l'analyse des arrêts. Ces études, reliées entre elles par un même thème général permettent à leur auteur de raisonner sous un angle large puisqu'il n'écrit pas sur une affaire particulière. Néanmoins, il est amené à analyser des arrêts à l'élaboration desquels il a participé<sup>709</sup>.

310. Les juges sont fréquemment sollicités pour participer à des conférences, à des colloques et, à leur terme, ils remettent leur contribution en vue de sa publication dans une revue qui souhaite en publier le compte-rendu ou dans un ouvrage entièrement consacré au thème étudié. Encore, certains juges peuvent être l'auteur d'ouvrages ou de manuels, c'était par exemple le cas du Conseiller CHARTIER qui a écrit un ouvrage sur la Cour de cassation ou du Conseiller AUBERT, auteur d'un manuel d'introduction au droit. Dans sa contribution aux *Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, le Président LEMONTEY, en rapportant l'ampleur du travail doctrinal élaboré par le Conseiller AUBERT<sup>710</sup>, montre la relativité de l'importance du secret du délibéré. Les prises de position du Conseiller AUBERT sont connues au travers de ses écrits, ce qui laisse plus ou moins augurer le sens de ses votes en délibéré.

Il n'est pas rare de constater que les juges qui ont participé à l'élaboration d'une décision de justice sont parfois conduits à écrire sur celle-ci<sup>711</sup>. Leur devoir de réserve est d'un contour si

---

<sup>709</sup> Par exemple, le Président SARGOS a rédigé, dans le Rapport annuel 2004, une étude en se référant à certains arrêts rendus sous sa présidence, SARGOS (Pierre), *La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise* in *La vérité*, Rapport annuel 2004, La documentation française, 2005, Paris, p. 109 et s.

<sup>710</sup> LEMONTEY (Jacques), *De la doctrine à la loi par la jurisprudence ?* in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Dalloz, 2005, Paris, p. 484. En plus de la rédaction d'un ouvrage sur la responsabilité civile des notaires, il a créé au Répertoire Defrénois une chronique dans laquelle il fait régulièrement paraître ses commentaires. L'auteur laisse même entendre l'importance du rôle du Conseiller AUBERT dans l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du 22 mai 2002. De la même façon, Jacques ROBERT, dans les Mélanges LUCHAIRE, indique que François LUCHAIRE pendant qu'il était au Conseil constitutionnel, a rédigé un ouvrage, de nombreux articles, de multiples commentaires sur les principales décisions rendues, notamment à la Revue de droit public. Il évalue le poids de sa participation à certaines décisions, ROBERT (Jacques), *François LUCHAIRE et le Conseil constitutionnel* in *François LUCHAIRE, un républicain au service de la République, Liber amicorum*, De Republica-7, Publications de la Sorbonne, 2005, Paris, p.160-163.

<sup>711</sup> Il semble que Jacques MASSIP a assez souvent commenté des arrêts de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile lorsqu'il la présidait, ainsi, il a écrit une note sur l'important arrêt Lejeune pour expliquer « ... la doctrine qui se dégage de l'arrêt rendu le 10 mars 1993 par la Cour de cassation », D. 1993, Jurisprudence, p. 361. Aussi, il explique, après avoir présidé la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, dans l'arrêt Mme X c/ Epx Y, rendu par elle le 31 mars 1992, que la solution s'imposait en raison de l'impossibilité pour la Cour de cassation d'interpréter les circonstances de fait de l'affaire, D. 1992, Jurisprudence, p. 508. De même Yves CHARTIER relève certains écrits d'André PONSARD sur des affaires qu'il a connues, «...à lire les commentaires qu'il en a publiés, on est en droit de penser que certains arrêts rendus au rapport d'André Ponsard ont été pour lui source de profondes joies

incertain qu'il ne peut pas vraiment empêcher les juges qui souhaitent s'exprimer personnellement de le faire<sup>712</sup>. Les Professeurs JESTAZ et JAMIN retiennent une conception large du devoir de réserve en utilisant la distinction entre les termes affaire et décision<sup>713</sup>. Le devoir de réserve ne s'appliquerait qu'aux affaires sur lesquelles les juges se sont prononcés et non sur la décision elle-même. Dès lors qu'elle est publiée, toute personne peut procéder à son analyse juridique. Les personnes qui auraient participé à la prise de décision n'ont pas à se voir interdire la possibilité de faire connaître leur appréciation juridique. Le commentaire d'une décision de l'intérieur a un caractère explicatif, lequel prend toute sa dimension pédagogique lorsqu'il a pour auteur le juge qui a présidé la formation de jugement. A ce titre, le Professeur LIBCHABER a relaté l'épisode de la publication au Dalloz des explications du Conseiller GRIMALDI en raison de l'incompréhension doctrinale d'un arrêt rendu sous sa présidence<sup>714</sup>. Ce type de commentaire trouve son origine dans une attaque que le Conseiller a jugé personnelle au point en tout cas qu'il en a oublié le secret du délibéré.

311. Les notes publiées au Bulletin d'information de la Cour de cassation peuvent aussi constituer une autre manifestation des opinions autonomes du juge judiciaire. La récente

---

*intellectuelles... »*, CHARTIER (Yves), *De l'université à la Cour de cassation* in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit*, Etudes en l'honneur de André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p. 152.

<sup>712</sup>L'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 organisant le statut de la magistrature contient trois dispositions faisant référence au devoir de réserve ; l'article 6, « *Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonctions, prête serment en ces termes : « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat (...)* », l'article 10, « *Toute délibération politique est interdite au corps judiciaire. Toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la république est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. Est également interdite toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions* », et l'article 43, « *Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire* ». Pour le devoir de réserve des fonctionnaires en général voir, *De l'obligation de réserve. A propos d'un arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 1993*, PA 3 août 1993, n°92, jurisprudence, p. 32, note L.R. (sic). Selon Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, « *... un membre en exercice, ou un ancien, peut se livrer à un exercice purement didactique. Mais, depuis peu, l'obligation de réserve est semble-t-il, interprétée de façon extensive. A preuve, l'article de M. Jacques Robert consacré aux sanctions administratives et au juge constitutionnel (...) et son enseignement de droit constitutionnel dispensé à l'Université de Paris II. A l'opposé, le président Robert Badinter s'est borné au droit judiciaire privé à l'Université de Paris I, tels naguère Marcel Waline et François Luchaire professant des matières étrangères aux compétences du Conseil* », AVRIL (Pierre), GICQUEL (Jean), *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, Clefs politiques, 1992, Paris, p. 85 (nouvelle édition en 2005).

<sup>713</sup> JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe), *L'entité doctrinale française*, D. 1997, Chron., p. 170.

<sup>714</sup> LIBCHABER (Rémy), *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine*, RTDCiv. 2000, p. 679 et s. Paul GRIMALDI, Président de la chambre commerciale, a écrit un article afin de revenir sur le sens de l'arrêt du 26 octobre 1999 après que celui-ci a été critiqué par de nombreux commentateurs et notamment pas Christian LARROUMET qui, dans son commentaire, l'a qualifié de bévue (*L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire*, D. 2000, Chron., p. 155). L'auteur cité également l'exemple du Conseiller BEZARD qui a répliqué au « *zéro pointé* » du Professeur BENABENT, dans sa note sous l'arrêt de la Chambre commerciale du 30 juin 1992 (D. 1994, p. 454).

personnalisation de certaines notes pose la question de leur statut. Elles n'expriment pas le point de vue de la formation puisqu'elles sont rédigées à titre personnel or, selon Mme le Professeur DEUMIER, elles peuvent difficilement constituer de la doctrine d'auteur en raison de « ...l'officialité du support, interne à la juridiction, et sa place, aux côtés de l'arrêt et de ses travaux préparatoires »<sup>715</sup>. Pourtant, il s'agit d'une interprétation personnelle au même titre que les travaux préparatoires dont la valeur doctrinale est reconnue.

Il existe donc une doctrine judiciaire assez variée au travers de laquelle le contenu des décisions peut être controversé. Celles-ci font déjà l'objet d'appréciations plus ou moins critiques de la part du juge judiciaire, sans que dans le même temps leur autorité soit affectée.

## **Section II- La remise en question de la sanction des opinions séparées**

312. Les opinions autonomes qui viennent d'être présentées s'apparentent à des opinions séparées dans le sens où elles expriment une position personnelle du juge judiciaire. Si les opinions revêtent une forme originale en faisant l'objet d'une publication en dessous de la décision, elles apportent surtout des informations d'une dimension particulière. Leur rédaction par des juges ayant participé au délibéré, à l'issue de celui-ci, c'est-à-dire après avoir entendu le contenu des échanges entre les membres du collège, et leur publication concomitante à celle de la décision confèrent aux opinions séparées un intérêt inédit. Le risque pour le juge judiciaire de voir sa responsabilité engagée pour violation du secret du délibéré en cas de rédaction d'une opinion séparée est pourtant réel. Or, l'autorité de la décision ne pâtit pas plus de la publication des opinions séparées que de celle des opinions autonomes. L'absence d'unanimité, la relativité de la portée sont des éléments intrinsèques à la décision, révélés tant par les unes que par les autres. La publication des opinions séparées ne devrait donc pas être sanctionnée. Contrairement à l'idée répandue, les opinions séparées ne trahissent pas le secret du délibéré. Seulement, leur acceptation nécessiterait de dépasser la conception radicale qui prévaut généralement. La sanction des opinions séparées devrait être écartée parce qu'il s'agit d'une autre forme d'opinions autonomes du juge judiciaire (§1) qui mériterait à ce titre de bénéficier du même traitement que celles qui existent déjà (§2).

---

<sup>715</sup> DEUMIER (Pascale), *Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion*, (BICC n°651, 1<sup>er</sup> déc.2006, note de M. Assié, conseiller rapporteur, ss Cass., ass.plé., 6 oct. 2006), RTDCiv. 2007, p. 63.

## §1- Une autre forme d'opinions autonomes du juge judiciaire

313. Le rapprochement des opinions séparées des travaux doctrinaux déjà connus est permis. De ce point de vue, elles s'insèreraient plus aisément dans le schéma doctrinal actuel. Les rapports du Conseiller rapporteur et l'avis de l'Avocat général ont parfois été qualifiés d'opinions séparées. Christian MOULY, dans son étude des perspectives de mise en place des opinions séparées, estimait que « *l'opinion dissidente peut être celle du rapporteur, ou de l'avocat général, et sera divulguée par la publication du rapport ou des conclusions* »<sup>716</sup>. Les conclusions du Commissaire du Gouvernement font l'objet du même type d'analyse. Selon M. HAIM, « *... parfois, les conclusions lues seront l'expression de ce qui pourra être assimilé à une « opinion dissidente* »<sup>717</sup>. Dans l'arrêt Kress, l'argumentation du gouvernement français va même plus loin puisqu'elle s'articule autour de la similitude des opinions séparées et des conclusions du Commissaire du Gouvernement. Ainsi, le gouvernement fait savoir que « *lorsque le sens de l'arrêt est contraire à celui des conclusions, celles-ci représentent ce que le droit français ignore en théorie, et même bannit, mais qu'il pratique en fait dans la juridiction administrative, à savoir l'opinion dissidente d'un juge par rapport à celle de la majorité de ses collègues* »<sup>718</sup>.

314. L'assimilation vient de ce que les opinions séparées sont abordées du point de vue de leur contenu et non de leur définition. Si les éléments du rapport ont convaincu la majorité des juges, sa publication amènera à le considérer comme présentant l'opinion concordante du Rapporteur et dissidente dans le cas de non reprise de ses arguments. Seulement, une opinion séparée, si elle est publiée dans le même temps que le rapport, est une opinion qui s'est forgée en réaction à la décision et non pas indépendamment de celle-ci comme c'est précisément le cas du rapport ou de l'avis. De la confrontation du rapport ou de l'avis avec la décision, il sera dit que les juges ont suivi l'un ou l'autre ou ont décidé conformément aux deux analyses présentées. Concernant les opinions séparées, la démarche est inversée puisque le ou les juges

---

<sup>716</sup> MOULY (Christian), *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* PA 18 mars 1994, n°33, p.18. Cela constitue selon lui une première étape de l'utilisation des opinions séparées dans le but d'atténuer le caractère imprévisible des revirements.

<sup>717</sup> HAIM (Victor), *Le commissaire du gouvernement et le respect du contradictoire*, Dalloz 1999, Chron., p. 203.

<sup>718</sup> Cour EDH, Kress contre France, 7 juin 2001, requête n°39594 /98, disponible sur le site <http://echr.coe.int>, par. 61. L'argumentation du gouvernement est reprise par la Cour dans sa motivation au par. 78 « (...) *les conclusions du commissaire du Gouvernement, si elles sont suivies par la formation de jugement, constituent une sorte d'explication de texte de l'arrêt. Dans le cas contraire, lorsque les conclusions du commissaire du Gouvernement ne se reflètent pas dans la solution adoptée par l'arrêt, elles constituent une sorte d'opinion dissidente qui nourrira la réflexion des plaideurs futurs et de la doctrine* ».

s'étant exprimés individuellement se démarquent postérieurement à la prise de décision. Ils remettent directement en cause la décision majoritaire et c'est d'eux qu'il sera dit qu'ils n'ont pas suivi la majorité des juges, qu'il s'agisse du contenu ou du sens de la décision. Les opinions séparées rédigées par les membres de la formation de jugement, sont donc, au contraire tant du rapport que de l'avis, définies *a priori* comme l'expression d'un désaccord total ou partiel.

315. Il convient d'insister sur le caractère facultatif de ce dévoilement pour les opinions séparées. Celles-ci ne sont, en effet, jamais obligatoires juridiquement. Que certains estiment de leur devoir moral d'en rédiger systématiquement une en cas de désaccord ne remet pas en cause cette propriété. L'appréciation de l'intérêt de rédiger un article s'envisage de manière semblable. Aucune véritable pression<sup>719</sup> ne peut amener un juge à s'exprimer contre son gré. La situation est toute autre pour le rapport dont la rédaction est obligatoire pour celui qui a été désigné en tant que Rapporteur<sup>720</sup>. Reste le principe selon lequel le sens de son vote ne doit pas transparaître, le Rapporteur pouvant alors maintenir le secret sur son vote. S'agissant de l'avis de l'Avocat général, si l'emploi de l'indicatif doit s'entendre d'une obligation pour les juges de cassation de rendre leur décision après leur prononcé<sup>721</sup>, leur forme varie. L'Avocat général ne rédige pas forcément son avis et peut le présenter seulement oralement.

316. Une différence entre les opinions séparées et les écrits des juges-auteurs publiés dans des revues juridiques est relative à leur situation. Les opinions séparées sont reproduites en dessous de la décision. Cette publication commune réduit parfois d'un point de vue extérieur l'espace de liberté du juge qui s'exprime dans une opinion séparée, au contraire d'une contribution extérieure. Elle entretient aussi l'absence de détachement du juge de sa fonction judiciaire lorsqu'il s'exprime pourtant en tant qu'auteur. Le respect du principe de la collégialité veut que ce soit un collège et non un juge seul qui se prononce sur l'affaire litigieuse, ce qui signifie que la décision est celle du collège et ne résulte aucunement d'une opinion séparée. Dans ces conditions, il n'est pas permis de considérer que c'est en sa qualité de juge que l'auteur de l'opinion s'exprime puisque celle-ci ne constitue pas la décision pour

---

<sup>719</sup> Sauf cas particuliers des juges ad hoc, « *La conclusion qui s'impose est donc que les juges ad hoc occidentaux ont encore un peu plus que les autres tendance à rédiger des opinions dissidentes détaillées afin de défendre le plus parfaitement possible le point de vue de l'Etat qui les a désignés et établir en droit le bien-fondé de ses prétentions* », MARTIN (Jacky), *Les opinions dissidentes des juges occidentaux devant la CIJ*, Thèse de doctorat, 1978, Orléans, p. 387, ce constat n'est pas circonscrit à la CIJ et se retrouve dans la pratique à la Cour EDH, et des arbitres, nous procéderons au sujet de ces derniers à une étude particulière dans un développement ultérieur.

<sup>720</sup> Articles 1012 et 1017 du NCPC.

<sup>721</sup> Article 1019 du NCPC.

laquelle il a tenu son rôle de juge. Même si elles sont publiées en dessous de la décision, les opinions séparées figurent dans un document distinct. Ainsi, elles s'écartent des *obiter dicta* qui ont la particularité de figurer dans la décision. En n'étant pas inclus dans le corps de la décision, les opinions séparées expriment une opinion minoritaire. Tandis que les *obiter dicta* sont l'oeuvre de la majorité des juges. C'est ainsi que nous les avons classé précédemment parmi la doctrine de la Cour de cassation et non de ses membres considérés individuellement. Le Professeur ORAISON opère cette distinction en qualifiant les opinions séparées d' « *œuvres doctrinales qui sont signées par leurs auteurs et qui émanent d'une « minorité » de la Cour* » et les *obiter dicta* d' « *opinions doctrinales collectives de la Cour et, plus exactement, à des opinions doctrinales anonymes de la cohorte majoritaire de la Haute Assemblée* »<sup>722</sup>.

317. Les opinions séparées sont interdites là où les autres formes de doctrine judiciaire sont licites et leur utilité reconnue. En effet, les décisions sont souvent accompagnées de ces documents complémentaires. Cependant, ils n'éclairent pas le débat juridique avec la même intensité que les opinions séparées. Le lecteur y trouve, il est vrai, des renseignements essentiels pour comprendre des décisions parfois ésotériques. Selon Mme le Professeur MUIR WATT, les conclusions de l'Avocat général sont des « *équivalents fonctionnels* »<sup>723</sup> d'une motivation qui n'est pas exprimé dans le corps de la décision. Ainsi, elles peuvent même « *...apporter au débat des éléments pertinents ne se trouvant pas nécessairement dans le dossier* »<sup>724</sup>. Il est fait ici référence à la possibilité pour le parquet de consulter, afin de présenter une vision d'ensemble du dossier à juger. Cette pratique présente l'avantage de comprendre le poids que ceux-ci ont eu dans le processus décisionnel, expliquant par là certaines prises en compte de considérations autres que proprement juridiques. La décision, du fait de la connaissance de tels éléments, est vouée à faire l'objet d'une explication approfondie. Le Professeur LIBCHABER a remarqué que la Cour de cassation se montre « *plus qu'autrefois sensible à la réception de ses arrêts, elle intensifie les efforts pour expliquer*

---

<sup>722</sup> Au titre des principales dissemblances entre les *obiter dicta* et les opinions séparées, il relève aussi la question de la longueur. ORAISON (André), *Réflexions générales sur la nature des obiter dicta enchâssés dans les décisions de justice rendues par la cour internationale de Justice, Le cas de l'obiter dictum contenu dans l'arrêt Barcelona Traction du 5 février 1970, (Une inflorescence de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse au même titre que les opinions individuelles et dissidentes ?)*, RRJ 2002, n°4, PU Aix-Marseille, p. 1939.

<sup>723</sup> MUIR WATT (Horatia), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Etudes juridiques, Economica, 2004, Paris, p. 56.

<sup>724</sup> NADAL (Jean-Louis), *La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation* », D. 2005, Chron., p. 802.



*le sens de la jurisprudence... »*<sup>725</sup>. Elle a choisi de fournir une explication en dehors de ses arrêts plutôt que de les motiver de manière explicite<sup>726</sup>. La publication des opinions séparées avec la décision s'inscrit pleinement dans cette volonté actuelle de livrer au public une décision, si ce n'est motivée de manière précise, du moins accompagnée de ses outils explicatifs. Le meilleur des outils est celui qui est délivré en même temps que la décision tout en étant ultérieur au moment où elle a été arrêtée. Ce qui n'est pas le cas du rapport du Conseiller rapporteur et de l'avis de l'Avocat général. Pour Mme le Professeur DEUMIER, « ...ces documents doivent être maniés avec précaution : antérieurs au délibéré, il est difficile de mesurer la part exacte de leur influence sur la décision finalement adoptée »<sup>727</sup>. Cette précaution n'est nullement nécessaire s'agissant des opinions séparées puisqu'elles interviennent à l'issue du délibéré, une fois la décision arrêtée. Il est possible de faire valoir l'existence de différentes contributions de doctrine judiciaire rédigées ultérieurement au délibéré, dans ce cas, s'il n'est pas nécessaire de les manier avec précaution, leur tardiveté leur ôte une grande part de leur intérêt.

La manière dont le juge, qui déciderait d'écrire une opinion séparée, sort de son rôle strictement juridictionnel ne met pas plus en cause l'autorité de la décision qu'un commentaire critique d'un universitaire. Le traitement différencié de l'ensemble des contributions doctrinales du juge judiciaire s'explique mal, toujours est-il que le juge encourt une action en responsabilité pour violation du délibéré s'il livre son opinion séparée<sup>728</sup>. Au contraire des autres contributions, les opinions séparées sont associées à la publicité du sens du vote des juges délibérants. Ainsi, le Président WAQUET, a-t-il pu exprimer sa crainte que les opinions séparées permettent de dévoiler l'identité des auteurs. Ceci pourrait, selon lui,

---

<sup>725</sup> LIBCHABER (Rémy), *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine*, RTDCiv. 2000, p. 679. L'auteur critique au passage ce qu'il nomme « la motivation à rebours » de la Cour de cassation qui utilise son Rapport annuel pour rétablir la signification de ses arrêts.

<sup>726</sup> Passim, LASSER (Mitchel), *Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste américain*, RTDCiv. 2006, p. 691 et s.

<sup>727</sup> DEUMIER (Pascale), *Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation*, RTDCiv. 2006, p. 511.

<sup>728</sup> « Les délibérations sont secrètes. (...) En conséquence, le jugement ne doit pas rendre compte de l'opinion dissidente des juges minoritaires (...) », CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2006, Paris, p. 451, « Le secret du délibéré entraîne aussi cette conséquence qu'un juge ne peut faire connaître ce qui a pu se dire au cours du délibéré. En particulier, un membre d'une juridiction collégiale ne peut faire connaître son opinion si elle ne correspond pas à celle qui a été finalement retenue par la majorité », HERON (Jacques), par LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2002, Paris, p. 352.

conduire à des délibérés où les juges n'oseraient plus voter<sup>729</sup>. Pourtant un point commun de l'ensemble des travaux des juges est d'être relatifs à une décision, que celle-ci soit ou non encore rendue. Les opinions séparées peuvent s'envisager comme une critique d'une décision votée par la majorité. Certes les opinions séparées révèlent le sens du vote de leur auteur, ce qui n'est pas admis en l'état du principe du secret du délibéré<sup>730</sup> mais c'est le hasard de l'énoncé multiple d'opinions séparées qui seul peut constituer un dévoilement du sens du vote des autres juges. Aussi, est-il permis d'en tirer la conclusion que tout est affaire de circonstances et de considérer à tout le moins que les opinions séparées ne portent pas en leur sein une violation du secret entourant le vote.

La critique selon laquelle les opinions séparées affaiblissent l'autorité d'une décision est mal dirigée et d'ailleurs, en l'appliquant aux opinions autonomes, cela est flagrant. Ce n'est pas parce qu'un juge ayant participé à l'élaboration d'une décision exprime ensuite sur celle-ci une opinion critique, dans un article de doctrine, qu'une atteinte est portée à l'autorité de la décision voire de la justice elle-même. La nature doctrinale des opinions séparées devrait inciter à les considérer comme n'importe quelle autre contribution du juge judiciaire. Une décision ne devient pas critiquable par l'effet de la rédaction d'un article ou d'une opinion séparée, elle l'est intrinsèquement. Reprocher aux opinions séparées d'affaiblir l'autorité d'une décision correcte revient à les doter d'une force qu'elles n'ont pas. Il faudrait donc que le principe du secret du délibéré soit appliqué de manière restreinte.

## **§2- Une absence de violation du secret du délibéré**

318. Le principe du secret du délibéré est essentiel au bon fonctionnement des juridictions judiciaires et ne doit pas être remis en cause. Seulement, son étendue doit être restreinte. L'article 448 du NCPC pose le principe du secret du délibéré. La jurisprudence, de manière extensive, a analysé l'article 449 du NCPC selon lequel la décision est rendue à la majorité des voix, comme un prolongement du secret. Ainsi, comme nous l'avons vu, elle a pu reprocher aux juges d'avoir indiqué que la décision avait été prise à l'unanimité. Cette assimilation est contestable car l'article 449 est un article autonome. Il signifie simplement que la décision doit réunir une majorité de voix pour être adoptée. La jurisprudence confond

---

<sup>729</sup> « Je suis pour la transparence, mais ne risque-t-on pas d'avoir en plus des juges qui n'oseront pas voter dans un sens ou dans un autre sens, parce qu'ils auront peur d'être étiquetés, ce qui les rendra encore plus frileux ? », WACQUET (Philippe), *Les revirements et la chambre sociale*, *Forum : Les revirements en débat*, Semaine sociale Lamy, n°1195, 20 décembre 2004, p. 12.

<sup>730</sup> Lequel déjà a une étendue limitée puisqu'il ne couvre pas les publications autres.

secret des votes et secret du délibéré. En application d'une conception plus souple du principe, les opinions séparées ne devraient pas être sanctionnées pour violation du secret du délibéré. Elles devraient l'être encore moins étant donné que, comme nous le verrons, elles n'impliquent même pas obligatoirement la publicité des votes. Les opinions séparées révèlent la position personnelle de leur auteur sur la décision alors que le délibéré est clos. Or, il y a une différence entre l'obligation au secret du délibéré et le devoir de confidentialité. En présence d'opinions séparées, le secret du délibéré demeure (A), seul le caractère confidentiel d'une position personnelle disparaît à l'issue du délibéré (B).

#### A- La persistance du secret du délibéré

319. L'admission des opinions séparées respecterait le secret du délibéré. Par une interprétation extensive de la règle de l'article 448 du NCPC, la jurisprudence a déduit du secret du délibéré l'obligation de garder également le secret des votes. Les deux éléments sont liés en ce qu'ils sont censés viser les mêmes buts de garantie d'indépendance des juges et de préservation de l'autorité morale des décisions. Cette assimilation oblige à démontrer que l'autorisation de publication d'une opinion séparée serait différente d'une règle qui disposerait que le délibéré est public (1) comme d'une règle qui prévoirait que les votes sont publics (2).

##### 1- La distinction entre opinions séparées et publicité du délibéré

320. Le délibéré s'ouvre sur une discussion entre les juges délibérants et se termine par le vote final. Les opinions séparées n'ont pour effet de remettre en cause aucun moment du déroulement du délibéré. Le secret sur les discussions serait préservé (a) et celui sur le vote final serait maintenu (b). C'est pourquoi on ne devrait pas considérer que l'expression d'une opinion séparée est contraire au principe du secret du délibéré.

##### a- La préservation du secret des discussions

321. Le secret du délibéré implique qu'aucune personne étrangère au délibéré n'ait connaissance de la teneur des échanges entre les juges. Les quelques exceptions réglementées

au caractère secret du délibéré concernant des personnes assermentées<sup>731</sup>. Aussi, les juges judiciaires sont protégés contre la divulgation extérieure de leurs propos. Ils ont la garantie de pouvoir s'exprimer avec leurs collègues en toute liberté sur l'affaire en cause. Personne n'est autorisé à relater et à attribuer à un juge en particulier certains propos tenus durant le délibéré. Le secret du délibéré se manifeste donc principalement à l'égard de la personne du juge.

322. Il a également des conséquences vis-à-vis du jugement. Quels qu'aient pu être les désaccords, la décision ne doit pas révéler ces points ou les incertitudes des juges. Même si l'opinion des juges a pu évoluer lors du délibéré, rien dans la décision ne laissera paraître une telle évolution. Au contraire, elle transcrira uniquement le résultat des discussions. La décision ne doit donc pas refléter la difficulté de son élaboration mais sa seule issue<sup>732</sup>.

Les opinions séparées ne devraient donc pas être réprimées pour violation du secret. Déjà, il ne faut pas oublier que les opinions séparées ne sont pas intégrées à la décision comme c'est par exemple le cas des opinions individuelles des juges à la Chambre des Lords. Ayant la particularité d'être exprimées sur un support distinct, elles ne peuvent de toute façon pas avoir pour effet d'introduire dans la décision des éléments d'incertitude ou de controverse. La décision et plus précisément, sa conformité au secret du délibéré ne peuvent pas matériellement être remise en cause par l'expression, dans un document à part, d'une opinion séparée.

323. La rédaction d'une opinion séparée n'aurait surtout pas pour objet de révéler des tactiques de votes ou les opinions des collègues. Comme le fait remarquer M. LAURIN, les opinions séparées ne contreviennent pas au secret du délibéré parce que « ... *les juges ne font pas état des positions et des arguments développés pendant le délibéré par les autres juges. (...) Leur débat restera entièrement confidentiel* »<sup>733</sup>. L'objet d'une opinion séparée est de faire connaître une position personnelle, et ne porte pas sur la discussion. C'était également l'opinion de Christian MOULY pour qui « ...*l'opinion dissidente ne révèle pas le délibéré ; elle révèle l'opposition d'arguments fondés* »<sup>734</sup>. Tant que le débat constitué des divers

---

<sup>731</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges*, in *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p.186-187.

<sup>732</sup> « (...) *il importe que tout jugement, dans la partie juridique de sa discussion, ne comporte pas la moindre trace d'une réserve, d'une réticence, d'un doute ou d'un regret* », PERDRIAU (André), *Les incertitudes du juge*, GP 7 février 1995, doctrine, p. 201.

<sup>733</sup> LAURIN (Yves), *L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, GP 5 janvier 1993, doctrine, p.12-13.

<sup>734</sup> MOULY (Christian), *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* PA 18 mars 1994, n°33, p. 19.

échanges entre les juges n'est pas divulgué dans une opinion séparée, il reste secret. Or, le propre d'une opinion séparée n'est pas de revenir sur des éléments du débat puisqu'elle est une extension, un prolongement de la décision. Une opinion séparée ne porte pas sur ce qui a précédé la décision mais a justement pour sujet, la décision. Selon le Premier président CANIVET, « ... ce n'est pas parce que l'on va autoriser les juges membres d'une Cour à donner après coup une opinion différente de l'opinion majoritaire ou une opinion concordante que l'on va rendre public le délibéré. Le secret du délibéré persiste »<sup>735</sup>. Il s'agit là d'une observation formulée au cours d'un Congrès après que l'un de ses homologues se soit étonné que la question du secret du délibéré se pose à l'égard de l'admission des opinions séparées<sup>736</sup>. Ce qui démontre que vu de l'extérieur, la conception absolue du secret du délibéré ne se comprend pas. De même, le fait que le Premier président de la Cour de cassation s'exprime dans le sens d'une absence d'incompatibilité entre les opinions séparées et le secret du délibéré limite la portée de nombreux arrêts et rend désuète l'interprétation trop stricte des juges.

#### b- Le maintien du secret sur le vote final

324. Les règles sur les modalités du vote varient selon les juridictions<sup>737</sup>. Tout comme pour les discussions qui précèdent le moment du vote final, le secret du délibéré empêche de divulguer des informations sur le vote final des juges. Ainsi, aucune personne extérieure au délibéré ne peut savoir qu'un juge a voté dans tel sens. Le secret interdit d'imputer un vote à une personne déterminée.

Certes, le secret n'est pas renforcé comme c'est le cas dans la procédure d'assises et le sens du vote est connu des collègues. Le délibéré d'assises a une particularité qui tient à ce que le sens du vote ne soit pas connu des juges et des autres jurés qui participent au jugement de

---

<sup>735</sup> CANIVET (Guy), *Débats in Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du Premier Congrès de l'AHJUCAF, à Marrakech, les 17 et 19 mai 2004, [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/debats.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/debats.htm), p. 3.

<sup>736</sup> Voir les propos Charles GONTHIER, Juge Honoraire à la Cour suprême du Canada, Op. Cit. Supra, p. 2.

<sup>737</sup> Pour les modalités de vote à la Cour de cassation, voir TRICOT (Daniel), « *Le président donne la parole au rapporteur (...) [puis] au doyen qui donne le sens et les raisons de son délibéré et, à la suite, chaque conseiller par ordre d'ancienneté à la Cour, et chaque conseiller référendaire, dans le même ordre, fait de même. Le président parle en dernier et fait le compte des voix* », *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation in La Cour de cassation, l'Université et le Droit*, Etudes en l'honneur de André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p. 271.

l'affaire puisque chacun se prononce par bulletin secret<sup>738</sup>. Ce n'est qu'une fois le vote terminé que le Président dépouille chaque scrutin et constate le résultat du vote, au contraire du vote dans les autres procédures lequel se dégage petit à petit par un énoncé oral. Même si le vote est donné oralement par chaque juge, le secret du délibéré s'étend à cette ultime étape. Les opinions séparées ne révèlent pas la manière dont la décision a été acquise, le vote des juges conserve son secret. Seule l'issue du vote final de l'auteur de l'opinion fait l'objet d'une publicité. Elle consiste dans l'exposé des motifs qui à la fin de son délibéré l'ont conduit à s'écarter de la décision majoritaire.

325. L'existence d'opinions séparées peut simplement, dans certains cas, relativiser la portée du secret sur le vote final dans le sens où la façon dont l'auteur exprime son désaccord va éventuellement laisser entendre le sens de son vote final. En revanche, elle ne remet pas en cause le secret des votes des autres juges.

Il existe des situations dans lesquelles l'auteur d'une opinion séparée ne pourrait pas, même incidemment, indiquer le sens dans lequel il a voté. Ainsi, dans certains délibérés, le dernier juge dans l'ordre du tableau doit s'abstenir de voter lorsque la Cour siège en nombre pair<sup>739</sup>. Considéré comme délibérant, il pourrait souhaiter rédiger une opinion séparée pour marquer son désaccord avec la décision majoritaire. Matériellement, étant donné qu'il n'a pas pris part au vote, il ne pourrait pas révéler son vote dans son opinion séparée.

## 2- La distinction entre opinion séparée et publicité des votes

326. Comme l'explique le Conseiller GRIDEL, « *la question de la publicité est celle de l'éventuelle faculté des tiers d'assister à l'élaboration de la décision, ou, si l'on préfère, « le droit à l'information » de la collectivité tout entière* »<sup>740</sup>. La publicité des votes implique qu'une règle organisant l'accès du public aux votes individuels des juges soit prise. Il n'existe que deux modalités de publicité des votes et les opinions séparées n'en font pas partie. Suivant la délimitation souhaitée, la décision devra préciser si elle a été prise à la majorité ou à l'unanimité (a) ou bien elle indiquera le rapport des votes (b).

---

<sup>738</sup> Article 356 et 357 du CPP, et voir ANGEVIN (Henri), *La pratique de la cour d'assises*, Traité-formulaire, 3<sup>ème</sup> édition, Jurisclasseur, Litec, 2002, Paris, p. 423 et s.

<sup>739</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 2004, Bull. civ., n°210.

<sup>740</sup> GRIDEL (Jean-Pierre), *Introduction au droit et au droit français*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1994, Paris, p. 145.

a- L'indication de la mention selon laquelle la décision a été prise à la majorité ou à l'unanimité

327. Le législateur peut souhaiter rendre les votes des juges publics pour informer le public que la décision rendue a réuni soit une majorité soit une unanimité des voix. Cela n'a rien à voir avec une autorisation d'expression séparée.

Certes, si un juge rédige une opinion séparée dans laquelle il laisse transparaître le sens de son vote, il sera bien sûr possible d'en déduire que la décision n'a pas été rendue à l'unanimité. Or, à supposer qu'une affaire pose une question de recevabilité avant d'être examinée au fond, les juges devront se prononcer sur ces deux points. Une opinion séparée peut ne concerner que le premier point. Si l'auteur choisit de divulguer son désaccord sur ce point, cela n'implique pas de sa part qu'il justifie sa position sur le fond. Ainsi, sauf à caractériser son opinion dans son intitulé, il peut laisser son vote dans l'inconnu.

Le caractère facultatif de l'expression d'une opinion séparée fait obstacle à ce que l'on sache, dans tous les cas, le taux d'adhésion des juges au dispositif.

C'est sans doute pourquoi, dans la procédure de la Cour EDH par exemple, le Règlement intérieur contient deux dispositions distinctes, l'une autorisant les juges à exprimer leur opinion séparée, l'autre, disposant de manière générale que tous les arrêts de la Cour devront indiquer s'ils ont été pris à la majorité ou à l'unanimité. De telles dispositions n'existent pas en droit français.

L'indication d'une unanimité ou d'une majorité est une mention obligatoire de l'arrêt au contraire de la rédaction d'une opinion séparée qui est simplement autorisée. En toute hypothèse, le public peut savoir que la décision n'a pas réuni une unanimité indépendamment de l'existence d'une opinion séparée. Même si aucun juge ne décide de s'exprimer séparément, le désaccord au sein de la Cour sera rendu public. Il ne dépend donc pas des opinions séparées que cet élément soit connu. La règle autorisant les opinions séparées ne donne pas obligatoirement accès à la connaissance de l'étendue du vote.

b- La révélation du rapport des votes majoritaires et minoritaires

328. L'indication du rapport des votes est susceptible de deux applications. L'une consiste à indiquer le nombre de votes émis respectivement lors du délibéré dans les camps majoritaire et minoritaire. L'autre, intrusive, réside dans l'ajout de la mention du nom des juges ayant composé la majorité et la minorité.

Estimer que les opinions séparées violent le secret du délibéré parce qu'elles ont pour effet de rendre les votes publics est une erreur. En l'absence de l'indication du rapport du nombre de voix, on peut défier quiconque de pouvoir rendre les votes des juges publics à partir d'une opinion séparée. Il faudrait qu'elles soient fort nombreuses et très explicites sur le sens du vote de leur auteur lors du délibéré pour connaître le rapport des voix majoritaires et minoritaires et/ou l'identité des juges.

A la différence de la publication des opinions séparées, la publicité des votes avec le nom des juges anéanti le secret du délibéré. Son objet porte directement sur le sens du vote émis lors du délibéré et il est attribué à chacun des juges, de manière autoritaire. Le caractère obligatoire de l'indication de l'identité des juges, avec la mention du sens de leur vote porte à la connaissance du public des informations que la rédaction d'une opinion séparée ne peut fournir.

Certes, la reconstitution *a posteriori* du partage des votes reste possible mais cette possibilité dépend non pas de l'admission des opinions séparées dans le système judiciaire mais du nombre d'opinions rédigées à l'occasion d'une affaire donnée.

La publicité des votes avec le nom des juges se distingue de l'expression d'opinions séparées par le but visé. Dans le premier cas, la règle qui organise la publicité des votes avec la mention du nom des juges répond à la volonté de contrôler l'action des juges sans leur laisser la moindre échappatoire de responsabilité. L'hypothèse des opinions séparées permettrait un contrôle indirect, léger car elle laisserait aux juges judiciaires un espace de liberté qu'ils utiliseraient comme ils le souhaitent en fonction de l'idée qu'ils se font de leur devoir et de l'utilité de rédiger une opinion séparée.

### B- La levée de la confidentialité d'une position personnelle après le délibéré

329. Rédiger une opinion séparée relèverait plus d'une limitation de l'obligation de confidentialité à laquelle les juges judiciaires sont tenus par leur statut. Or, en France, le principe de confidentialité n'est pas appliqué largement. Sa violation n'a de conséquence qu'à l'égard du juge qui peut se voir reprocher son attitude sur le plan disciplinaire, tandis qu'aucune décision ne peut être annulée pour non respect du devoir de confidentialité. Cette confidentialité fait partie des devoirs déontologiques du juge judiciaire. Si l'on tolère que des juges ayant participé à une décision s'expriment ensuite sur son contenu dans une contribution écrite sans contrevenir à leur devoir de confidentialité, il convient de ne pas les



sanctionner lorsqu'ils rédigent des opinions séparées<sup>741</sup>. En choisissant de faire connaître sa position, le juge judiciaire ne ferait qu'exercer, après l'issue du délibéré, un droit d'expression individuel d'une opinion. Il ne serait dès lors pas opportun d'opposer la violation du secret du délibéré à l'admission des opinions séparées.

Les opinions séparées sont reproduites sous la décision. C'est cette localisation qui fait des opinions séparées un prolongement de la motivation de la décision et concourt à suspecter une atteinte au secret du délibéré. Le fait qu'elles interviennent après le délibéré contribue pourtant à les en éloigner.

Le terme « séparée » qui qualifie l'opinion marque une antériorité de la décision. Le titre de l'opinion est déterminé par rapport à la décision, elle sera concordante ou dissidence selon l'étendue du désaccord de son auteur avec la majorité. Même non titrée, une opinion séparée consiste en l'expression, après l'issue du délibéré, des raisons pour lesquelles l'auteur ne partage pas la décision adoptée, que ce désaccord porte sur ses seuls motifs ou également sur son dispositif.

330. La véritable question est de savoir où se situent les opinions séparées dans la procédure. Il ne s'agit pas de s'interroger sur une éventuelle violation du secret du délibéré mais bien plus de se demander si elles font ou non partie de la procédure. Si la réponse est positive, elles doivent être considérées comme des éléments couverts par le secret. En cas contraire, elles constituent des documents publics auxquels l'accès est libre.

Le délibéré s'ouvre après l'audience publique<sup>742</sup>. Parfois, plusieurs délibérations sont nécessaires pour dégager le sens de la future décision et le délibéré perdure jusqu'à ce que la décision soit prononcée publiquement. Si durant ce laps de temps, des opinions sous forme écrite sont échangées entre les juges ou transmises au Rapporteur, il ne s'agit pas d'opinions séparées *stricto sensu* mais de notes couvertes par le secret du délibéré. Elles peuvent servir de base à l'élaboration future d'une opinion séparée dans deux hypothèses uniquement. Cela pourra être le cas si la position du juge-auteur n'a pas évolué pendant le délibéré, ou si la position première des juges majoritaires, qui est à l'origine d'une opinion individuelle du juge, a perduré jusqu'à l'issue du délibéré.

---

<sup>741</sup> La Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, présidée par Jean CABANNES a indiqué dans son rapport de novembre 2003 que l'obligation au secret ne fait pas obstacle à la publication, par le magistrat, d'ouvrages ou d'articles sur les affaires dont il a eu à connaître, après que celles-ci aient été définitivement jugées, <http://www.lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000695/0000.pdf>, p. 23.

<sup>742</sup> Exception faite du délibéré à la Cour de cassation qui se situe dès la conférence et s'interrompt pour être repris après l'audience publique.

331. Certains délibérés sont plus longs que d'autres, notamment à la Cour de cassation<sup>743</sup>. M. LAURIN insiste sur cet élément « ...*l'opinion donnée par un juge après le délibéré ne s'apparente pas (...) à une atteinte au secret du délibéré* »<sup>744</sup>.

Ce n'est pas en montrant l'absence d'homogénéité de la formation de jugement que l'auteur d'une opinion séparée révèle le secret du délibéré. Le désaccord entre les juges appartient au délibéré, les opinions séparées font suite à cette étape. La rédaction d'une opinion séparée est un travail d'interprétation de la décision. C'est ce qui distingue une opinion séparée du rapport du Conseiller rapporteur. D'ailleurs, selon le Président ANCEL, « ... *la vertu essentielle de l'avis minoritaire est, précisément, d'être l'opinion, non pas du juge qui « rapporte » l'affaire (qui en expose la substance juridique) mais celui du « juge qui juge », qui, ayant construit son opinion, s'engage et décide, dans l'inconfort (...) de l'acte de juger* »<sup>745</sup>. Sa participation au délibéré ne devrait pas interdire au juge de rédiger une opinion si la décision rendue l'a déçu.

La publication d'une opinion séparée n'est pas antérieure mais ultérieure au règlement définitif de l'affaire à juger. La décision étant définitive, l'obligation à la confidentialité ne pèse plus sur le juge qui devrait être autorisé à publier une opinion séparée. En effet, le secret du délibéré justifie une réserve absolue des juges délibérants tant que le prononcé de la décision en séance publique n'est pas intervenu. Ils ne doivent pas laisser entendre qu'ils sont susceptibles de voter dans un sens donné, ni que le collège penche pour une issue particulière. Dès lors que le délibéré est terminé, que la décision est définitive, le juge judiciaire devrait pouvoir s'exprimer librement sur son contenu.

---

<sup>743</sup> « ... *il arrive assez souvent que le cours du délibéré, y inclus, évidemment le propos ultime du président, dévoile, par rapport à ce qu'a pu dire le rapporteur, des arguments nouveaux ou des éclairages différents de la question. Il est alors d'usage qu'un nouveau tour de délibéré soit organisé pour vérifier les opinions de chacun et permettre ainsi, notamment à ceux qui avaient opiné en premier, de réviser éventuellement leur opinion en considération de l'ensemble des éléments d'appréciation successivement mis en lumière* », Aubert (Jean-Luc), *Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation in Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Dalloz, 2006, Paris, p. 21.

<sup>744</sup> LAURIN (Yves), *L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, GP 5 janvier 1993, doctrine, p.12-13.

<sup>745</sup> ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente in La création du droit par la jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 5.



## Conclusion du Chapitre II

332. La rédaction d'une opinion séparée ne devrait pas être sanctionnée par l'engagement de la responsabilité du juge pour violation du secret du délibéré. Nous avons identifié l'existence dans la doctrine judiciaire de différentes opinions autonomes qui constituent les signes d'une évolution du secret. L'exemple le plus significatif est peut-être celui du juge qui n'est jamais sanctionné pour avoir rédigé une contribution sur une décision à l'élaboration de laquelle il a participé. La doctrine judiciaire joue un rôle essentiel. Elle trouve son utilité dans les limites de la doctrine universitaire qui tiennent principalement à l'absence de participation des auteurs au jugement. Ainsi, le juge judiciaire sort de son rôle juridictionnel pour exercer une fonction doctrinale de premier plan. Si les manifestations actuelles de la doctrine judiciaire sont admises, les opinions séparées devraient pouvoir l'être également et même encore plus. L'absence de crainte que les opinions autonomes puissent porter atteinte à l'autorité de la décision relativise celle qui peut être exprimée à l'égard des opinions séparées. En effet, elles ont les caractéristiques d'une opinion autonome émise à titre personnel par le juge judiciaire. Leur originalité ne remet pas en question cette appartenance, au contraire elle justifie de façon manifeste leur acceptation en tant que nouvelle forme de doctrine judiciaire qui cumule des avantages que les opinions autonomes actuelles se partagent. Les opinions séparées expriment un désaccord qui met en lumière les faiblesses de la décision et peut incidemment révéler des éléments d'analyse qui n'y figurent pas textuellement mais qui sont connus du juge-auteur grâce à sa participation au délibéré. Leur publicité est concomitante à celle de la décision, ce qui permet de disposer immédiatement d'une information primordiale en cas d'ambiguïté.

333. Pour envisager la mise en place de cette étape supplémentaire dans l'activité doctrinale du juge, il fallait analyser de manière détaillée les effets des opinions séparées sur la règle procédurale du secret du délibéré. Notre réflexion nous a permis de voir que l'introduction des opinions séparées dans le système judiciaire français pourrait se faire sans y porter atteinte. En délimitant strictement l'objet du secret, les opinions séparées ne constituent plus une hypothèse de violation. Le désaccord, c'est-à-dire le résultat du délibéré est connu, toutefois le délibéré reste secret. Les opinions séparées ne peuvent mentionner les tactiques de votes entre les juges, ni relater les réflexions des juges en les imputant nommément. Seule une règle instaurant le délibéré public pourrait autoriser la connaissance de ces éléments. Elles ne dévoilent que le sens du vote du juge-auteur et son incidence sur celui des autres juges qui

n'ont pas souhaité manifester leur position personnelle est totalement aléatoire puisqu'elle dépend du nombre d'opinions séparées émises en rapport avec le nombre de membres de la formation de jugement. C'est ainsi que l'expression d'une opinion séparée ne contrevient pas au principe du secret entendu strictement. Le fait d'autoriser les juges à exprimer leur désaccord avec la décision après qu'elle ait été prise ne rend pas le délibéré public. Dès lors que l'opinion séparée est émise en réaction à la décision et que l'affaire est définitivement jugée, le juge-auteur ne fait que donner connaissance de ses points de désaccord avec la décision et de leurs raisons.

## Conclusion du Titre I

334. Nous savions, en entamant cette deuxième partie que la mise en place des opinions séparées nécessitait une évolution du principe du secret du délibéré. Nous avons tenté de démontrer qu'elle avait déjà eu lieu et qu'il suffisait de l'appliquer aux opinions séparées.

La jurisprudence a élaboré une conception large du principe du secret en adéquation avec le fondement qui lui est classiquement attaché ; l'indépendance du juge judiciaire. Afin d'assurer sa protection, elle interdit aux juges d'exprimer leur opinion individuelle. L'anonymat de la décision permet de ne pas savoir qui a voté quoi, ce qui est censé donner plus de liberté à la parole des juges au moment du délibéré. Pourtant, cette protection n'existe pas lorsque le juge statue seul. Son opinion personnelle est connue de tous. Nous avons vu l'absence de pertinence de l'explication d'une conception large du principe du secret du délibéré par la nécessité d'assurer la protection de l'indépendance alors que le juge unique est très présent dans la procédure judiciaire. On ne peut considérer que l'anonymat procuré par le secret est nécessaire à l'indépendance du juge sauf à comprendre que, lorsqu'il statue seul, le juge n'est pas indépendant. Surtout, l'institution du juge unique est une sérieuse exception au principe du secret puisqu'il est contraint d'exprimer sa position. Dans ces circonstances, l'interdiction des opinions séparées afin de conserver le secret du délibéré n'est plus fondée.

335. Elle l'est d'autant moins que le juge judiciaire ne se limite déjà plus à sa fonction juridictionnelle sans que l'autorité de la décision ou de l'institution en pâtisse. Nous avons isolé différentes formes d'opinions autonomes dont certaines consistent à rendre public l'avis d'un juge membre de la formation de jugement sur une décision qu'il a connue. Celles-ci sont autorisées car elles expriment une opinion doctrinale essentielle. Or, l'intérêt d'une contribution élaborée de l'intérieur nécessite d'aller au-delà de ce qui se fait déjà et d'autoriser les opinions séparées. Elles sont dans tous les cas exprimées après le délibéré, c'est-à-dire en connaissance de tous les éléments d'analyse et arguments développés par les juges et publiées en même temps que la décision, c'est la forme parfaite d'opinion autonome. Notre analyse a démontré qu'il existe des éléments permettant de remarquer que le secret a déjà évolué. Une fois acquise la justification d'une évolution clairement énoncée, il restait à appliquer aux opinions séparées la conception restreinte suivant laquelle le secret du délibéré persiste en cas d'opinions séparées. Etant donné que les opinions séparées expriment le point de vue de leur auteur une fois l'affaire jugée définitivement, celui-ci ne risque plus, de voir sa responsabilité engagée pour violation du secret du délibéré.

Nos développements de première partie ont démontré que les opinions séparées pouvaient être la source d'une plus grande légitimité de l'autorité judiciaire. L'obstacle du secret du délibéré étant levé, il faut désormais envisager l'adaptation des opinions séparées aux spécificités du système judiciaire français.

## **Titre II**

### **L'adaptation des opinions séparées aux spécificités du système judiciaire français**

336. Après avoir compris la nécessité d'autoriser les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français et vu que le principe du secret du délibéré n'a pas à être considéré comme un obstacle dirimant, l'ultime question à étudier est celle de l'adaptation des opinions séparées aux spécificités du système judiciaire. Nous allons nous interroger sur la meilleure manière de prévoir cette adaptation. Disposant d'un mécanisme probablement essentiel pour l'avenir de l'institution judiciaire, il serait tentant de formuler une mise en oeuvre *a maxima*. Dans ce cas, tous les juges, de toutes les juridictions judiciaires, qu'ils exercent leur activité à titre professionnel ou occasionnel pourraient être autorisés à s'exprimer séparément. Il n'est cependant pas certain que le bouleversement que constituerait la mise en place des opinions séparées justifie une acclimatation à l'ensemble du système judiciaire. L'absence d'unicité des juridictions judiciaires pourrait expliquer que seules certaines d'entre elles soient concernées et que, pour d'autres, l'entreprise manque de pertinence. Une adaptation *a minima* pourrait ainsi être envisagée s'il apparaissait que les opinions séparées, dans certaines hypothèses, risqueraient de ne pas améliorer le système judiciaire tel qu'il se présente. Il conviendra de déterminer les hypothèses d'adaptation des opinions séparées aux différentes juridictions judiciaires. Nous tenterons donc dans un premier temps, d'identifier les juridictions concernées par la mise en place des opinions séparées (Chapitre I) puis, en conséquence, d'élaborer de nouvelles règles processuelles (Chapitre II).





## **Chapitre I**

### **La détermination des juridictions concernées**

337. Il convient de déterminer les juridictions au sein desquelles les opinions séparées permettraient de garantir une transparence nécessaire à la légitimation de l'action du juge judiciaire. Nous verrons que les propositions de mise en place des opinions séparées sont en général formulées pour atténuer les inconvénients liés à une motivation trop peu explicite des arrêts rendus par la Cour de cassation. Encore trop rares, elles nécessitent d'être affinées. Néanmoins, elles ne doivent pas minimiser l'intérêt d'une mise en place au sein des juridictions du fond. Les opinions séparées s'inscrivent dans l'évolution générale de la société vers une plus grande exigence de transparence. Cette transparence apparaît aujourd'hui comme l'ultime moyen de rendre crédible la justice judiciaire aux yeux des citoyens. Réduire l'opacité de l'élaboration du processus décisionnel concourt à l'acceptation des décisions. L'ampleur de la mission du juge judiciaire et de ses pouvoirs justifie de mettre en œuvre les opinions séparées, en tant que mécanisme de responsabilisation.

L'objectif de responsabilisation du juge judiciaire afin de combler le déficit démocratique dont souffre l'institution peut justifier d'autoriser les juges de la Cour de cassation (Section I) et les juges du fond (Section II) à exprimer leur opinion séparée.

#### **Section I- Les opinions séparées des juges de la Cour de cassation**

338. Si la mise en place des opinions séparées au sein des juridictions judiciaires devait avoir lieu, elle concernerait de manière privilégiée la Cour de cassation. Sa position de juridiction suprême justifie d'envisager, dans un premier temps, la possibilité pour ses juges d'exprimer leur opinion séparée. Nous allons voir que certaines particularités de la Cour fondent la pertinence d'une telle évolution (§1). Il appartiendra alors de déterminer les types de formation pour lesquels il est autorisé de croire que cette nouveauté va dans le sens d'une amélioration du système judiciaire (§2).

## §1- La pertinence de la mise en place des opinions séparées des juges de la Cour de cassation

339. L'admission des opinions séparées à la Cour de cassation se pose dans des termes particuliers. Sa fonction normative (A) bénéficie aujourd'hui d'une large reconnaissance et de cette fonction découle la nécessité d'assurer une meilleure compréhension de ses décisions afin qu'elles soient appliquées. La Cour, consciente de sa mission, a déjà fait évoluer en conséquence ses méthodes de travail (B). Ces deux éléments, qui la distinguent des juges du fond, sont les meilleurs arguments en faveur de la mise en place des opinions séparées à la Cour de cassation.

### A- Une fonction normative déterminante

340. L'unité de la Cour de cassation assure dans une large mesure le caractère homogène de sa jurisprudence. Elle exerce, au sommet de la hiérarchie judiciaire, une mission de contrôle du respect, par les juges du fond, de la bonne application de la règle de droit ainsi que d'édiction du droit<sup>746</sup>. Cela lui permet d'unifier l'application du droit sur l'ensemble du territoire afin de garantir aux justiciables une égalité de traitement. La Cour de cassation peut être ainsi amenée à rendre des arrêts de valeur normative<sup>747</sup>.

Dès lors que l'on reconnaît à la Cour de cassation une fonction normative, la question de la compréhension du droit qu'elle élabore est essentielle. L'énoncé de toute règle, mais encore plus lorsque celle-ci est nouvelle, doit s'accompagner d'une explication appropriée pour sa bonne application. A cet égard, les informations transmises par la Cour de cassation à l'adresse des juridictions du fond sont déterminantes pour l'avenir de la règle de droit. Pour Mme VIGNON-BARRAULT, « *une décision de justice devrait donc nécessairement être*

---

<sup>746</sup> « *Le juge a, comme le législateur, un pouvoir normatif, mais il l'exerce au terme d'une procédure qui n'est ni législative, ni réglementaire, mais bien juridictionnelle. Il ne doit jamais en oublier les contraintes, et notamment tenir compte du justiciable qui l'a saisi et qui est donc la source de sa compétence pour édicter une norme jurisprudentielle* », BORE (Louis), *L'obscurité de la loi* in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 37.

<sup>747</sup> Sur la création normative de la Cour, voir ANCEL (Jean-Pierre), *L'élaboration de la norme et le contrôle de la Cour de cassation* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p.95-96.

*didactique et, pour remplir pleinement cette mission, être directement et parfaitement intelligible pour ceux qui la reçoivent* »<sup>748</sup>.

Les juridictions qui reçoivent les arrêts de la Cour de cassation se distinguent des autres destinataires par leur mission d'appliquer la règle de droit interprétée par la Cour. « *La sauvegarde de l'unité du droit exige sans doute que le juge suprême désormais rédige ses arrêts, non pour lui-même, non pas seulement pour les plaideurs, mais aussi, et peut-être d'abord, pour les juridictions du premier degré* »<sup>749</sup>. Lorsque les arrêts sont trop ésotériques, les juges du fond peuvent avoir de réelles difficultés à remplir leur mission. Il n'est pas approprié de dissocier l'élaboration d'une règle de droit des éléments permettant d'en comprendre le sens et la portée. Sans une large explication de la règle de droit nouvelle et de ses conditions d'application, il n'est pas étonnant que parfois les juges du fond aient des difficultés à l'appliquer. Le Conseiller FROUIN a pu souligner que la construction de certains arrêts de la Cour de cassation ne permet pas d'identifier leur nature<sup>750</sup>.

Les opinions séparées sont liées au pouvoir normatif des juges de la Cour de cassation parce qu'elles sont un moyen indirect d'information. L'espace de réflexion intellectuelle nécessaire à la résolution du litige, principalement lorsqu'il a conduit à l'élaboration d'une règle de droit, doit faire l'objet d'une publicité qui pourrait prendre la forme d'opinions séparées. Elles accompagneraient ainsi la norme dégagée par l'arrêt. Son contenu normatif serait éclairé par les opinions séparées, permettant d'en appréhender plus facilement le sens et la portée.

L'intérêt d'élaborer des règles de droit est d'en permettre la compréhension et d'en indiquer la portée, éventuellement dans des opinions séparées si la motivation est trop elliptique pour le faire.

341. Étonnement, certains auteurs sont favorables à la publication des opinions séparées mais sous réserve du cas de la Cour de cassation en raison justement de sa mission normative

---

<sup>748</sup> VIGNON-BARRAULT (Aline), *Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur* in *Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, Actes du Colloque du 21 octobre 2005, organisé par le CRDP de l'Université de Tours, PA 25 janvier 2007, n°19, p 22. « *Les difficultés sont d'un autre ordre en ce qui concerne les divergences ou les conflits d'interprétation qui opposent les juridictions du fond à la Cour de cassation. Il s'agit d'abord de convaincre les juridictions de la justesse des positions prises par la Cour de cassation, de porter cette jurisprudence à leur connaissance avec tous les accessoires utiles des arrêts, rapports et avis des avocats généraux...* », CANIVET (Guy), *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ?* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 19.

<sup>749</sup> RIVERO (Jean), *Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice*, D. 1954, Chronique, p. 159.

<sup>750</sup> FROUIN (Jean-Yves), *La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt* in *Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, Op. Cit. Supra, p. 20 et s. L'auteur cite les arrêts qui amorcent une évolution ou qui comportent un *obiter dictum*, les arrêts qui dégagent ou qui inventent un concept juridique nouveau et ceux qui posent une règle de droit un peu abrupte voire contestable dans sa brutalité.

qui consiste à assurer l'unité dans l'interprétation du droit<sup>751</sup>. Cette critique est discutable. C'est justement en raison de son rôle d'unificatrice du droit qu'il conviendrait d'autoriser les opinions devant la Cour de cassation puisque qu'elle a des difficultés à l'assumer au travers de la motivation de ses arrêts.

Le rôle de guide de la Cour de cassation pour les juges du fond sur la manière de résoudre en droit les litiges exige que ses arrêts soient toujours compréhensibles pour eux. Comme l'a analysé M. BERENGER, elle a su le faire mais aujourd'hui, son manque d'effort dans la motivation de ses arrêts peut conduire à ce que les juges de la Cour d'appel de Paris la désavouent sans demi-mesure<sup>752</sup>. Selon lui, « *nul doute que les juges du fond seraient plus réceptifs à des arrêts de qualité, expliquant l'intention réelle des magistrats* »<sup>753</sup>.

La différence de style entre les arrêts de la Cour de cassation et les autres décisions est très marquée. L'analyse du laconisme de la motivation a évolué. Largement jugé comme une conséquence de la soumission du juge à la loi, l'absence de développement a tendance à s'expliquer dorénavant par son contraire, c'est-à-dire sa mission normative<sup>754</sup>. Le problème réside dans le fait que la situation trouve toujours une justification, ce qui empêche la motivation d'évoluer.

Or, le fait de justifier une motivation brève par la mission normative de la Cour permet plus facilement d'envisager l'expression d'opinions séparées. Cette mission n'exclut pas les opinions séparées puisque ce n'est pas la Cour qui s'exprime mais les juges individuellement. Non seulement, le rôle actuel de la Cour n'est pas un obstacle à l'admission des opinions séparées mais encore, il y incite parce qu'une norme nouvelle doit être claire, expliquée si

---

<sup>751</sup> De RIEMAECKER (X.), LONDERS (G.), *Déontologie et discipline in Statut et déontologie du magistrat*, Bruxelles, La Charte, 2000, p. 316 IN OST (François), *Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? in Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruylant, 2002, Bruxelles, p. 22.

<sup>752</sup> BERENGER (Frédéric), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, Mémoire de DEA, PU Aix-Marseille, 2003, p. 212. L'auteur conclut son analyse en retenant que « *Les questions juridiques se perdent au profit d'une motivation de quelques lignes dont même les magistrats de la Cour ont du mal à comprendre le sens. Pire que tout, la Cour de cassation n'est plus le guide d'autrefois. Elle n'hésitait pas, au XIX<sup>ème</sup> siècle, à remarquer les erreurs de raisonnement des juges du fond ; elle poursuivait même en montrant les conséquences qu'un tel raisonnement pouvait avoir. Que reste t-il aujourd'hui de ce fabuleux guide ?* ».

<sup>753</sup> Op. Cit. Supra, p. 199. Frédéric BERENGER a analysé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 6 février 1998, relatif à la question de l'annulation d'un contrat-cadre pour indétermination du prix, comme l'illustration d'une critique ouverte de la Cour de cassation. Selon lui, « *C'est dire si la motivation a une fonction de rassemblement et de cohésion* », D. Cahier Affaires avril 1998, n°114, p. 713 et s.

<sup>754</sup> ZENATI (Frédéric), *La nature de la Cour de cassation*, Conférence prononcée le jeudi 14 novembre 2002 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, BICC n°575 du 15 avril 2003, disponible sur la page internet : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/bulletin](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin) ; CROZE (Hervé), *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation in Mélanges Philippe MALAURIE, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, Paris, p. 189 et s.

nécessaire pour être comprise et ensuite appliquée. Aussi pour le Professeur LASSER, « reconnaître ce pouvoir normatif [à la Cour de cassation] devrait servir non pas à raffermir l'autorité du juge, mais plutôt à inviter le juge à en assumer la charge »<sup>755</sup>.

L'évolution du rôle de la Cour de cassation gagnerait en légitimité à accompagner ses décisions des opinions séparées des juges. Une fonction normative requiert peut-être une motivation brève mais elle doit surtout permettre aux solutions de s'imposer et ce, dès que les arrêts sont rendus. Ce serait tout l'apport des opinions séparées.

## B- Une continuité des méthodes de travail de la Cour

342. Nous avons déjà eu l'occasion d'identifier les moyens d'expression du rôle doctrinal de la Cour de cassation et de ses juges<sup>756</sup>. Parmi eux figure le rapport du Conseiller rapporteur. Ce document a connu des aménagements depuis la condamnation de la France par la Cour EDH. La publication des opinions séparées et celle du rapport du Conseiller rapporteur tendent au même but d'une plus grande transparence du processus décisionnel. Selon le Président ANCEL, il faut rapprocher la publication de l'opinion minoritaire de l'évolution récente des méthodes de travail de la Cour caractérisée par l'avènement du rapport enrichi. Sa publication marque l'engagement de la Cour de cassation de rendre plus lisible le débat juridique<sup>757</sup>.

L'objet des travaux préparatoires est d'éclairer les juges sur l'environnement juridique qui entoure la décision à prendre et à donner des indications sur la manière dont le problème juridique posé par l'affaire pourrait être résolu. Il assure ensuite au lecteur de l'arrêt un meilleur accès à la décision. La décision de publier ce nouveau rapport est l'acte peut être le plus significatif de la volonté de la Cour de cassation de faciliter la compréhension de ces arrêts<sup>758</sup>. En effet, on connaît la particularité du délibéré à la Cour de cassation qui tient au fait

---

<sup>755</sup> LASSER (Mitchel), *Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain*, RTDCiv. 2006, p. 697.

<sup>756</sup> Voir Supra, Partie II, T I, C II, S I.

<sup>757</sup> ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente in La création du droit par la jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 4 : le rapport enrichi est «... destiné à informer les parties et le Ministère public de l'ensemble du débat juridique suscité par le pourvoi ; ce rapport nouveau, synthèse de la problématique soumise à la cour, contribue puissamment à la qualité des débats et à la transparence dans la méthode de jugement : la ou les questions en litige sont clairement posées et analysées, les réponses possibles clairement envisagées ».

<sup>758</sup> Même s'il est imparfait puisque la publication du rapport n'est pas automatique pour tous les arrêts de la Cour de cassation.

que les juges se prononcent directement sur le rapport, et plus particulièrement sur les projets d'arrêt, qui leur sont soumis et non sur la décision objet du pourvoi<sup>759</sup>. Certes, les projets peuvent faire l'objet d'amendements divers, néanmoins les chances sont grandes de pouvoir y trouver l'une des voies suivie par la majorité des juges expliquant ainsi les raisons de la solution adoptée.

Cela signifie d'une certaine manière que la Cour de cassation, par cette publicité, admet que soit connue une part du délibéré. En agissant de la sorte, la Cour de cassation ne fait que confirmer ce qu'une partie de la doctrine pense déjà de la force du délibéré devant une Cour suprême<sup>760</sup>.

343. Il convient de remarquer qu'avec la publication du rapport objectif, le décalage entre le discours officiel de la Cour de cassation avec des arrêts très peu motivés et son discours interne riche en débats tend à s'estomper<sup>761</sup>.

344. Une autre manifestation de la rupture de la Cour avec ses méthodes de travail traditionnelles consiste dans les « réponses » transmises par son Service de documentation et d'études. De manière préventive, hors tout contentieux, le SDE s'est vu confier la mission de régler les premières difficultés d'application pouvant se poser lors de l'entrée en vigueur de lois nouvelles. Selon le Professeur MOLFESSIS, « *dans cette revendication d'une nouvelle forme d'expression, la Cour de cassation exprime (...) le besoin de sortir du cadre habituel qui enserme son pouvoir* »<sup>762</sup>. Cette pratique traduit la volonté de la Cour de cassation de répondre au besoin pour la société de disposer d'informations claires pour éviter les contentieux ainsi désamorçés. Elle sort de son rôle juridictionnel pour, via son SDE, participer d'une autre manière à l'application du droit.

---

<sup>759</sup> Voir AUBERT (Jean-Luc), *Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation* in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Dalloz, 2006, Paris, p. 20

<sup>760</sup> Selon BURGELIN (Jean-François), « *S'agissant d'une juridiction du droit où les faits sont par hypothèse hors du débat, on voit moins la nécessité de maintenir un secret très strict* », BURGELIN (Jean-François), *Les petits et grands secrets du délibéré*, D. 2001, n°34, Point de vue, p. 2756. Dans le même sens, LYON-CAEN (Arnaud), « *...n'y a-t-il pas lieu de considérer que le secret du délibéré (...) revêt infiniment moins de force devant une juridiction suprême exclusivement chargée de dire le droit de façon objective et qui n'a pas, comme une juridiction du fond, à porter une appréciation nécessairement plus ou moins subjective sur des questions de fait ?* », *A propos des observations orales des avocats dans les procédures écrites* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, D. 1999, Paris, p. 424.

<sup>761</sup> Voir LASSER (Mitchel), Op. Cit. Supra, p. 691 et s. Dans sa contribution, l'auteur ne cache pas les risques d'une modification trop profonde du modèle de la Cour de cassation et estime qu'un rapprochement de celui-ci du modèle de la Cour suprême n'est pas approprié si les questions de recrutement et de formation des magistrats sont laissées de côté.

<sup>762</sup> MOLFESSIS (Nicolas), *Les avis spontanés de la Cour de cassation*, D. 2007, Chronique, p. 37.

Le développement de cette pratique permet à la Cour de cassation, en dehors de toute saisine puisqu'elle se saisit elle-même des questions à résoudre, d'étendre son rôle normatif<sup>763</sup>.

Qu'il s'agisse de la publication du rapport ou des « réponses », la Cour de cassation démontre dans les deux cas qu'elle a conscience que sa mission nécessite des évolutions qui correspondent mieux aux attentes des justiciables, des juridictions et des praticiens. Mme le Professeur DEUMIER a très bien mis en avant la volonté de la Cour de cassation d'aider à la compréhension de certains de ses arrêts par l'utilisation de ses communiqués même si elle est encore parcimonieuse<sup>764</sup>. Envisager la publication d'opinions séparées est, dans ce contexte, loin d'être incongru.

## **§2- La détermination des formations au sein desquelles introduire les opinions séparées**

345. Prévoir la possibilité pour les juges de la Cour de cassation de s'exprimer séparément requiert d'étudier si une disposition générale, applicable à l'ensemble de la Cour, serait appropriée. Plusieurs éléments nous conduisent à penser que si leur mise en place au sein des formations solennelles de la Cour serait certainement à privilégier (A), les opinions séparées seraient également fondées à être admises devant les formations ordinaires (B).

### A- Une mise en place privilégiée au sein des formations solennelles

346. Ceux qui sont favorables à l'admission des opinions séparées formulent souvent ce vœu pour l'Assemblée plénière ou la Chambre mixte<sup>765</sup>.

Effectivement, ces formations rassemblent un nombre de juges plus élevé qu'en Chambre. Lorsque les juges sont nombreux, les chances de voir se multiplier les points de vue sont augmentées. L'expression d'arguments différents fait la richesse d'un délibéré qui réunit une

---

<sup>763</sup> ZENATI (Frédéric) déjà, en 2002, au sujet de la procédure des avis de la Cour, issue de la loi du 15 mai 1991, estimait « *Le développement de la saisine pour avis, actuellement embryonnaire, permettrait, à la faveur d'un dépassement de la cassation, de promouvoir une saisine indépendante des caprices des plaideurs et un développement du rôle normatif de la Cour de cassation* », Op. Cit. Supra, p. 7.

<sup>764</sup> « *En revanche, le communiqué reste pour l'instant étranger à la deuxième chambre civile et exceptionnel pour la troisième chambre, la chambre commerciale et la chambre criminelle, qui le réservent aux sujets dont on peut prédire un large intérêt public, à l'instar de l'amiante, des déchets nucléaires ou Métaeurop* », DEUMIER (Pascale), *Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation*, RTDCiv. 2006, p. 512.

<sup>765</sup> MOULY (Christian), *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* PA 18 mars 1994, n°33, p. 18 ; TRUCHE (Pierre), *Juger, être jugé*, Fayard, 2001, Paris, p.156-157 ; LAURIN (Yves), *Le secret du délibéré*, D. 2007, Entretien, p. 856.



vingtaine de juges<sup>766</sup>. La qualité de ce type de délibéré tient à la quantité des opinions émises et à la variété des compétences juridiques des juges qui sont réunis. La réunion de ces éléments permet d'aborder le problème juridique sous plusieurs angles et favorise une discussion complète. Les opinions séparées pourraient refléter toute cette richesse. Confrontées à des questions délicates, ces formations solennelles ne dégagent certainement pas fréquemment une unanimité et c'est là que réside l'intérêt de leurs délibérés. C'est ainsi qu'« *a priori, les délibérés d'assemblée plénière ou de chambre mixte sont ceux qui peuvent susciter une opinion minoritaire solidement motivée* »<sup>767</sup>. Les opinions séparées pourraient, en étant communes à plusieurs juges, offrir à son contenu une réelle densité.

Surtout ces formations de jugement sont amenées à se prononcer sur des problèmes juridiques particulièrement importants, ce qui justifierait tout particulièrement de prévoir l'expression d'opinions séparées.

347. L'article L 431-5 du COJ dispose que la Chambre mixte intervient lorsqu'une affaire pose une question qui relève normalement de la compétence de plusieurs Chambres ou si cette question a déjà fait l'objet ou risque de conduire à un traitement différent devant les Chambres. Ce même article souligne l'importance de la formation plénière en disposant qu'elle peut se réunir lorsqu'une affaire pose une question de principe et qu'elle est compétente en cas d'exercice d'un second pourvoi. Il ressort de cet article que c'est dans ces deux formations que la Cour de cassation rend le plus d'arrêts à caractère normatif<sup>768</sup>. Nous avons justement souligné l'intérêt de disposer d'opinions séparées pour compléter les arrêts à portée normative.

348. La Cour de cassation, et principalement lorsque l'Assemblée plénière ou la Chambre mixte sont saisies, élabore une jurisprudence qui est destinée pour partie aux juges du fond. Elle a pour mission d'unifier la jurisprudence applicable par l'ensemble des juridictions du fond. Le style concis de ses arrêts l'empêche d'être un bon guide. Les conséquences néfastes d'une éventuelle incompréhension de l'arrêt sont à éviter encore plus que dans toute autre

---

<sup>766</sup> Article L 421-4 du COJ pour la composition de la Chambre mixte, article L 421-5 du COJ pour celle de l'Assemblée plénière. La Chambre mixte peut comprendre de 13 à 25 membres et l'Assemblée plénière 19 : VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André), *Institutions judiciaires*, 8<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, Droit privé, Dalloz, 2005, Paris, p.616-617.

<sup>767</sup> ANCEL (Jean-Pierre), Réponse à un questionnaire qui lui a été adressé. Le Président considère que les opinions dissidentes peuvent être ouvertes à d'autres formations de la Cour de cassation.

<sup>768</sup> « *C'est dans ces formations et particulièrement lorsque l'Assemblée plénière casse sans renvoi, que la Cour de cassation exerce la plénitude de sa souveraineté dans l'interprétation du droit* », BURGELIN (Jean-François), *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de la jurisprudence ?* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 27.

formation<sup>769</sup>. C'est ce qui explique que la Cour prévoit la publication des conclusions de l'Avocat général et du rapport du Conseiller rapporteur justement pour les arrêts de l'Assemblée plénière et de la Chambre mixte. La publicité des opinions séparées trouverait un appui dans le fait que la Cour estime déjà que ces arrêts nécessitent un complément d'explication.

#### B- Une mise en place fondée au sein des formations ordinaires

349. L'expression d'opinions séparées devrait également être permise dans les formations ordinaires pour plusieurs raisons.

La première consiste à rappeler que ces formations peuvent également rendre des arrêts normatifs. Ainsi, il conviendrait de reconnaître aux juges des formations ordinaires la même possibilité d'émettre des opinions séparées s'ils disposent du même pouvoir normatif.

Une autre raison réside dans l'intérêt d'un délibéré qui réunit un nombre raisonnable de personnes. En effet, un délibéré plus restreint peut permettre d'approfondir les points de vue et de dégager quelques tendances qui pourraient ensuite être reprises dans le cadre d'opinions séparées. Cela favoriserait la rédaction commune d'une opinion séparée plutôt que l'élaboration individuelle d'opinions séparées multiples dont le contenu ne ferait apparaître que quelques nuances de raisonnement. Ainsi, au lieu de risquer de diluer l'attention du public dans des opinions séparées somme toute peu différentes, une alliance pour exprimer une seule opinion plus riche pourrait être plus facilement trouvée devant les formations ordinaires.

Les opinions séparées puiseraient leur richesse argumentative dans un délibéré plus approfondi. C'est ainsi, qu'un délibéré au sein des formations spéciales a un intérêt différent de celui d'une Chambre. Soit la qualité du délibéré est plutôt liée à la quantité des opinions échangées, soit elle tient plutôt à la profondeur des analyses. Il ne s'agit que de tendances qui montrent que toute forme de délibéré est intéressante.

350. Il existe plusieurs types de formations devant les Chambres : la formation à trois magistrats, qui est la formation normale de la Cour, est réunie lorsque la solution du pourvoi

---

<sup>769</sup> « S'agissant d'une décision d'une formation solennelle de la Cour, la solution de la Chambre mixte s'impose évidemment aux autres chambres de la Cour dont la divergence a été à l'origine de sa saisine, mais elle a une autorité plus large auprès de l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire et est reçue comme d'une importance analogue à celle des assemblées plénières », WEBER (Jean-François), *La Cour de cassation*, études de La documentation Française, 2006, Paris, p. 41.

s'impose<sup>770</sup>. La formation de section doit être quant à elle composée d'au moins cinq conseillers ayant voix délibérative et comprend entre neuf et treize conseillers ou conseillers référendaires<sup>771</sup>, elle est appelée à statuer dans les affaires qui requièrent une évolution jurisprudentielle ou qui posent une difficulté nouvelle<sup>772</sup>. La dernière formation est la formation plénière de la Chambre au sein de laquelle tous les magistrats du siège sont présents avec voix délibérative ou consultative et elle est compétente en cas d'affaires intéressants les sections de la Chambre<sup>773</sup>.

Selon le Professeur AUBERT, le meilleur délibéré est celui de la formation à cinq conseillers. « *Les formations de jugement – plénières de chambre, parfois, mais surtout, Chambres mixtes et Assemblée plénière- sont trop lourdes, et le plus souvent insuffisamment spécialisées, pour un délibéré vraiment convaincant* »<sup>774</sup>. A la qualité du délibéré, il associe non seulement le nombre limité de juges mais aussi leur niveau de spécialisation.

Le fait que chaque Chambre ait une compétence particulière selon la matière de l'affaire à traiter signifie que les opinions séparées qui seraient émises à la suite de la décision auraient pour auteur des juges sensibilisés. Ce qui présenterait l'avantage de livrer au public une décision assortie d'explications répondant aux spécificités de la matière.

351. S'agissant de la préparation du dossier, le rôle du Rapporteur et de l'Avocat général est essentiel pour informer les juges sur le débat qu'ils ont à mener. Or, c'est principalement dans les affaires jugées par les Chambres, qui n'ont pas forcément l'attrait de celles examinées par la Chambre mixte ou l'Assemblée plénière, que les travaux préparatoires constitués du rapport du Conseiller rapporteur et de l'avis de l'Avocat général ne sont que rarement publiés. La Cour de cassation, on le sait, privilégie la diffusion de ces documents

---

<sup>770</sup> Article L 431-1 du COJ. Il s'agit de la formation restreinte qui comprend le Président, le Doyen de l'une ou l'autre des sections de la chambre et le Rapporteur.

<sup>771</sup> Voir WEBER (Jean-François), Op. Cit. Supra, p.39-40. Les Conseillers référendaires siègent avec voix consultative sauf s'ils sont chargés de rapporter l'affaire, article L 431-3 du COJ.

<sup>772</sup> TRICOT (Daniel), *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation* in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit*, Mélanges en l'honneur de André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p. 266. Selon lui, «... il importe alors que le plus grand nombre des magistrats de la chambre en délibère, que chacun soit appelé à développer ses arguments, et qu'une majorité s'étant dégagée, tous les magistrats informés du sens et de la portée de la décision prise soient en mesure d'adapter leur réflexion ultérieure en considération de l'évolution consacrée ».

<sup>773</sup> Si l'on excepte l'audience d'admission du pourvoi, voir TRICOT (Daniel), Op. Cit. Supra, p. 267.

<sup>774</sup> « *Pour être vraiment riche et efficace, le délibéré doit être animé par un nombre d'opinants qui ne soit ni insuffisant, ni excessif et qui aient une bonne maîtrise de la matière concernée. La formation de trois magistrats (...) convient sans doute à l'élimination des pourvois qui ne sont pas fondés sur un moyen sérieux comme au jugement des pourvois qui ne soulèvent pas de véritables difficultés* », AUBERT (Jean-Luc), *Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation* in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Dalloz, 2006, Paris, p. 25.

pour les arrêts rendus en Chambre mixte et en Assemblée plénière. Aussi, les opinions séparées pourraient pallier cette absence de publicité. Elles contribueraient utilement à éclairer le sens et la portée de ces arrêts en y apportant un complément explicatif.

## **Section II- Les opinions séparées des juges du fond**

352. Après avoir vu qu'une adaptation des opinions séparées à la Cour de cassation serait certainement appropriée, il convient d'établir leur opportunité pour les juges du fond. Il est judicieux, pour avoir une vision d'ensemble de la question, d'opérer une distinction entre les juges professionnels et les juges occasionnels. Nous avons choisi de mettre en lumière les particularités des opinions séparées de ces derniers en s'intéressant aux jurés de la Cour d'assises. La raison de cette étude limitée est justifiée par le fait qu'elle cristallise deux difficultés. Non seulement la Cour d'assises est constituée en majorité de juges non professionnels, c'est-à-dire de citoyens non ou peu expérimentés, mais elle ne doit pas non plus être suspectée d'arbitraire. Etant donné que les peines encourues sont les plus lourdes et que les procès criminels sont souvent médiatisés, la nécessité d'assurer la légitimité d'une telle juridiction est renforcée. Pourtant, aucune transparence de la décision n'est assurée. Il faut donc analyser la mise en place des opinions séparées au sein des juridictions du fond en distinguant les juges professionnels (§1) des jurés d'assises (§2).

### **§1- Les opinions séparées des juges professionnels**

353. Etant donné les différences entre la Cour de cassation et les juges du fond, la mise en place des opinions séparées ne se présente pas sous le même angle. En effet, les juges du fond n'ont pas à remplir la même mission que les juges de la Cour de cassation. Les opinions séparées revêtent, devant les juridictions du fond, des fonctions dont la particularité doit être, dans un premier temps, soulignée (A) afin de pouvoir, ensuite, se prononcer sur le caractère approprié de leur introduction (B).

#### **A- Les fonctions particulières des opinions séparées devant les juridictions du fond**

354. Emettre une opinion séparée consiste à se différencier de la majorité pour expliquer sa position personnelle. Le rapport que les juridictions du fond entretiennent avec la Cour de

cassation peut parfois reproduire ce schéma. Autoriser les opinions séparées des juges du fond pourrait éventuellement leur permettre de faire entendre leur opposition d'une manière plus douce et partant plus constructive que celle qui résulte d'une résistance frontale (1). Une autre fonction intéressante est de nature temporelle. Il ne faut pas perdre de vue que la célérité de la procédure commence au bas de l'échelle juridictionnelle. Ainsi, nous allons nous demander si le fait de disposer des opinions séparées des juges du tribunal de grande instance ou de toute autre juridiction du premier degré ou deuxième degré ne pourrait pas faire réaliser un gain de temps, en cas de recours, pour le traitement ultérieur de l'affaire (2).

### 1- Une manière enrichissante de résister à la jurisprudence de la Cour de cassation

355. La portée des arrêts de la Cour de cassation n'induit pas que les juges du fond doivent systématiquement se ranger à la position de la Cour. Il existe des hypothèses de divergences entre la Cour de cassation et les juges du fond<sup>775</sup> auxquelles le mécanisme du pourvoi a pour but de mettre fin.

Ainsi, la juridiction de renvoi, suivant les termes de l'article L 431-4 du COJ, doit se conformer à la solution retenue par l'arrêt de cassation s'il est rendu par l'Assemblée plénière. La Cour de cassation a donc, par le biais de la saisine de l'Assemblée plénière, les moyens d'imposer aux juges du fond son interprétation de la règle de droit.

Néanmoins, l'autorité attachée à ses arrêts n'est pas absolue. Ainsi, si la juridiction de renvoi doit, sur un deuxième pourvoi, se ranger à sa position, aucune règle juridique n'oblige les autres juridictions du fond à procéder de la même manière. La relativité de l'autorité de la chose jugée ne permet pas de contraindre l'ensemble des juridictions du fond à une position uniforme, et ce au détriment d'une égalité entre les justiciables<sup>776</sup>.

---

<sup>775</sup> Le Premier président CANIVET parle précisément de « rébellions de jurisprudence » qu'il définit comme l'hypothèse après cassation d'un premier arrêt ou jugement, d'une décision rendue par la juridiction de renvoi attaquée par les mêmes moyens : CANIVET (Guy) *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de la jurisprudence ?* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 10. En droit de la concurrence et de la consommation, l'attitude de la Cour d'appel de Paris a pu être qualifiée de frondeuse : CHEVRIER (E.), note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 20 février 2007, D. 2007, n°11, Actualité jurisprudentielle, p. 724.

<sup>776</sup> Pour une vision particulière, voir ZENATI (Frédéric), *La nature de la Cour de cassation*, Conférence prononcée le jeudi 14 novembre 2002 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, BICC n°575, du 15 avril 2003, site de la Cour de cassation [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/bulletin](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin). Selon l'auteur, il n'est approprié de déduire de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt de renvoi sur second pourvoi que la résistance est permise sur premier pourvoi : « On oublie que cette résistance peut être sanctionnée par une cassation comme n'importe quelle violation de loi, en sorte que l'autorité de la chose jugée qui s'ajoute à la

Les juges du fond, en général, suivent la jurisprudence de la Cour de cassation mais ils peuvent aussi résister parce qu'ils souhaitent faire évoluer la question en cause<sup>777</sup>.

356. Autoriser les opinions séparées permettrait aux juges d'exprimer les changements qu'ils estimeraient souhaitables, s'ils étaient en désaccord avec la Cour de cassation, sans faire perdre aux justiciables la garantie d'être traités de la même manière. Ce qui implique qu'ils se rangent dans leur décision à cet arrêt qu'ils n'approuvent pas. Il s'agirait de donner aux juges du fond la possibilité d'exprimer leur dissidence par rapport à la Cour de cassation sans que les parties aient à pâtir de l'opposition des jurisprudences. Ils pourraient directement faire connaître leur désaccord vis-à-vis de la décision, conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, rendue au nom de la majorité du collège. Ce ne serait qu'indirectement qu'ils entreraient en conflit avec elle. Ne pas faire taire les désaccords entre les juges garantirait le développement du droit, il faudrait donc dans une certaine mesure les préserver. Leur expression en dehors de la décision, par le biais d'opinions séparées, ne ferait pas obstacle à l'application de la jurisprudence telle qu'elle a été définie par la Cour de cassation tout en signifiant que la question n'est pas close. Le Conseiller AUBERT a très bien traduit l'intérêt de ce qu'il nomme « *des rébellions constructives* ». Selon lui, le fait pour les juges du fond de retenir la position de la Cour de cassation permet de gagner du temps et d'éviter des dépenses liées à l'exercice d'un recours, de même qu'il permet « *...une meilleure unité de la jurisprudence tout en sauvegardant les éléments d'un débat qui pourrait, plus tard, revenir à l'ordre du jour* »<sup>778</sup>.

Il est important de disposer d'une possibilité de faire progresser le droit sans mettre en cause les droits des justiciables. C'est ce que permettraient les opinions séparées devant les juridictions du fond.

---

*force du deuxième arrêt de renvoi apparaît comme un simple mécanisme procédural destiné à renforcer l'autorité normative d'un arrêt qui est déjà acquise par l'effet du principe même de cassation* ».

<sup>777</sup> Selon Jean-François WEBER, Op. Cit. Supra, p. 42 : « *Si les juges du fond ont toute liberté pour se rebeller, ils n'en abusent pas : entre 1980 et 2005, l'Assemblée plénière a été réunie sur rébellion 156 fois, soit en moyenne 7 fois par an. Ce mécanisme établissant un dialogue juridique entre juges du fond et juges de cassation n'est pas du tout théorique car, sur ces 156 affaires, l'Assemblée plénière a finalement rejeté 57 pourvois, soit une approbation dans 36,5 % des cas de la rébellion exprimée* ».

<sup>778</sup> AUBERT (Jean-Luc), *Pour des rébellions constructives* in *La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée*, RTDCiv. 1992, p. 339. Il n'est pas fait allusion de manière directe aux opinions séparées mais à la pratique qui « *...consiste, pour le juge, à exposer dans son jugement son opinion personnelle avant de se référer à l'interprétation consacrée par la Cour de cassation, pour s'y soumettre finalement* ». Pour lui, l'avantage est de « *donner[r] immédiatement gain de cause à celle des parties dont la prétention est fondée au regard de cette jurisprudence (...) [et à] fourni[r], dans le même temps, à l'autre partie, à la fois une indication sur une remise en question possible de la décision, mais aussi une information très précise sur les risques de poursuite du débat judiciaire* ».

## 2- Une procédure de traitement des affaires plus rapide

357. Prévoir la mise en place des opinions séparées devant les juridictions du fond pourrait permettre à la juridiction supérieure d'examiner plus rapidement la procédure.

Les décisions des juges du fond sont rédigées différemment des arrêts de la Cour de cassation. Ils ont à statuer en droit et en fait et doivent permettre à la Cour de cassation d'effectuer son contrôle, ce qui contribue à une motivation au style plus étoffé. Néanmoins, l'absence de développement de certains motifs, l'incertaine compréhension des choix opérés par les juges ou l'incapacité de la décision à relater les termes du débat peut nécessiter la reprise en profondeur du dossier. Aussi, la présence d'opinions séparées à côté de la décision donnerait rapidement accès aux moyens pertinents.

Les explications des juges du premier degré relatives aux raisons qu'ils ont eu de statuer dans un certain sens vont permettre un examen plus rapide du dossier par les juges du deuxième degré. La décision devrait pouvoir être rendue plus rapidement grâce à l'accès aux opinions séparées.

Si la Cour de cassation pouvait elle-même disposer des opinions séparées des juges du fond lorsqu'un pourvoi est exercé, surtout si la décision a fait l'objet de deux examens, elle aurait entre les mains des éléments de raisonnement déjà approfondis.

En outre, au stade de l'instruction, le traitement des affaires qui arrivent devant la Cour de cassation serait plus rapide. La rédaction par les Conseillers rapporteurs de leur rapport nécessiterait moins de recherches et elle serait facilitée par l'exposé des points des juges des juridictions du fond. Lorsque ces Rapporteurs ont, comme c'est le cas dans les affaires délicates, à préparer des projets d'arrêts en sens contraire, le fait d'avoir connaissance des opinions séparées ne serait pas négligeable. Les opinions concordantes qui viendraient affiner la motivation majoritaire pourraient constituer un point de départ pour le premier projet. Le second, en sens contraire, s'inspirerait quant à lui du contenu des opinions dissidentes.

Les opinions séparées des juges du fond influeraient sur le temps global consacré à l'étude de l'affaire. La mise à disposition des juges d'un recours contre une décision d'informations telles que les raisons qui ont incité les premiers à se prononcer dans un certain sens serait une véritable contribution à l'allègement du travail des juges. Le temps de rédaction des opinions séparées, surtout s'il est correctement encadré, pourrait être compensé par celui qui serait gagné ultérieurement dans l'étude du recours. C'est ainsi que l'inquiétude liée au contentieux de masse que l'ensemble des juridictions judiciaires doit traiter est mal orientée. Surtout, le manque de moyens de la justice ne devrait pas servir à réserver l'expression des opinions

séparées aux juges de la Cour de cassation. Puisque l'affaire qu'ils auront à connaître aurait déjà été explicitée, si les juges du fond ont eu l'occasion d'indiquer leur position personnelle, l'arrêt pourrait intervenir dans un délai plus court.

Il faut se méfier des gains de temps qui sont en fait illusoires comme c'est le cas de l'allègement de la motivation<sup>779</sup> et souhaiter que derrière l'illusion d'un surplus de travail on sache déceler un véritable gain de temps.

#### B- La question du caractère approprié des opinions séparées devant les juridictions du fond

358. Il est difficile de déterminer l'opportunité de prévoir la possibilité pour les juges du fond de rédiger des opinions séparées<sup>780</sup>. Si l'intérêt de disposer de ces contributions est évident, comme on vient de le voir, la question d'éventuels inconvénients liés à la qualité de juridiction du fond doit être posée. Il convient donc de mettre en balance les arguments qui plaident et ceux qui militent moins pour cette évolution. S'interroger sur l'adaptation des opinions séparées devant les juridictions du fond laisse penser que l'hypothèse ne va pas de soi. Il est vrai que les données de droit comparé que nous avons soulignées précédemment ont révélé que les opinions séparées sont peu fréquentes devant des juridictions inférieures de droit commun<sup>781</sup>. Il s'agit donc d'apprécier si l'on retrouve pour les juridictions du fond certains éléments qui justifient les opinions séparées devant la Cour de cassation ou bien si leur absence est compensée par des aspects propres aux juridictions du fond.

359. Le caractère approprié de la mise en place des opinions séparées devant les juridictions du fond pourrait apparaître faible en raison de deux éléments. Déjà, la formation collégiale ne réunit que trois juges. Il n'y a donc pas de grands délibérés comme ceux qui réunissent plusieurs juges de la Cour de cassation. Egalement, il existe peut-être une particularité de la matière pénale qui justifie que l'expression d'opinions séparées présenterait en l'occurrence des inconvénients ignorés des juges civils. Ce sentiment tient au fait que certains auteurs convaincus de la nécessité d'assurer une plus grande transparence des

---

<sup>779</sup> Voir la thèse de CHOLET (Didier), *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006, Paris, p.139. L'auteur y analyse les effets pervers sur la célérité de la justice de dispositions organisant l'allègement de la motivation par le renvoi aux moyens des parties ou la reprise des décisions antérieures.

<sup>780</sup> Les débats sur cette question sont rares car l'intérêt de l'introduction des opinions séparées est mis en avant pour les arrêts de la Cour de cassation, surtout ceux rendus par les formations solennelles. Néanmoins, il a pu être suggéré de permettre aux juges de s'exprimer séparément indifféremment devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ou les Chambres réunies d'une Cour d'appel : LAURIN (Yves), *L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, GP 5 janvier 1993, doctrine, p. 12.

<sup>781</sup> Voir Supra, Partie I, T I, C II, S I.



décisions judiciaires traitent à part la matière pénale. Jean-François BURGELIN soulignait que « *tout bien pesé, le secret du délibéré a vraiment tout son sens dans les affaires pénales, correctionnelles et criminelles* »<sup>782</sup>. La soustraction de la matière pénale répondrait à l'objectif d'assurer une protection particulière aux juges concernés qui peuvent prononcer des peines importantes<sup>783</sup>. D'un autre côté, un tel argument revient à nier l'impact des affaires civiles qui ne se limitent pas à poser un problème juridique mais nécessitent aussi de porter une appréciation sur des éléments de fait dans des contextes sensibles.

A la différence de ce qui se passe à la Cour de cassation, les juges du fond jugent tant en droit qu'en fait les affaires portées devant eux. Ils n'ont certes pas de rôle normatif développé puisque cette mission est principalement dévolue à la Cour de cassation lorsqu'elle se prononce suite à l'exercice d'un pourvoi. Pourtant, il ne faut pas nier le pouvoir normatif des juges du fond. Etant saisie avant la Cour de cassation, une juridiction du fond peut être amenée à rendre un arrêt de principe.

Un autre argument en faveur des opinions séparées des juges des juridictions du fond est lié à la critique, que nous avons déjà mentionné, selon laquelle la Cour de cassation ne saurait voir la mise en place des opinions séparées en raison de son rôle essentiel dans l'unification de la jurisprudence. Il a l'avantage de présenter sous un jour nouveau l'intérêt de l'expression des opinions séparées par les juges du fond.

La motivation des décisions du fond est différente de celle des arrêts rendus par la Cour de cassation. Elle est plus explicite puisque des voies de recours pourront éventuellement être exercées à leur encontre. Pour les Cours d'appel qui doivent permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle, l'obligation de motivation est encore plus contraignante<sup>784</sup>. Devant la Cour de cassation, leur mise en place s'envisagerait comme une rupture avec le strict office du juge. Au contraire, les juges du fond étant naturellement amenés à dissenter plus longuement, leurs opinions séparées se comprendraient aisément comme une continuité de leur obligation de motivation.

---

<sup>782</sup> BURGELIN (Jean-Pierre), *Les petits et grands secrets du délibéré*, D 2001, Point de vue, p. 2756.

<sup>783</sup> L'importance de certaines mesures en matière pénale a aussi incité, dans certains cas, le législateur à imposer aux juges une motivation renforcée. Il en est ainsi des décisions décidant de la prolongation de la détention provisoire au-delà d'un an en matière criminelle et de huit mois en matière correctionnelle. Pour une sanction du non respect de l'article 145-3 du CPP, voir AJP, déc. 2005, n°12, jurisprudence, note C.S.E., p. 456.

<sup>784</sup> LACOSTE (Gachouche), *La responsabilité du juge dans la rédaction de sa décision* in *La responsabilité du juge*, COMMARET (Dominique) (dir.), Colloque de l'ENM des 25 et 26 mars 1999.

## §2- Les opinions séparées des jurés d'assises

360. La loi du 15 juin 2000 a réformé la procédure criminelle de manière importante<sup>785</sup>. Elle a créé une voie d'appel à l'encontre des arrêts de condamnation rendus par une Cour d'assises jugeant en premier ressort. Or, elle n'a apporté aucune amélioration de la motivation des arrêts. Le souhait d'une justice plus transparente alors que les décisions criminelles prononcent les sanctions les plus élevées de l'ensemble du système judiciaire (A) nécessite de s'intéresser aux opinions séparées comme moyen éventuel de corriger les critiques faites à l'encontre de la non-motivation même si cela soulève certaines interrogations (B).

### A- La recherche d'une solution adaptée à l'opacité du procès d'assises

361. Les décisions d'assises sont motivées de manière très atypique. C'est un ensemble de réponses à des questions qui tient lieu de motivation. Après avoir prononcé la clôture des débats, le Président de la Cour d'assises donne lecture des questions auxquelles la Cour et le jury auront à répondre<sup>786</sup>. L'audience est ensuite suspendue et le délibéré s'ouvre. Après une phase de discussion, le vote a lieu. Il n'est pas unique en ce sens que plusieurs questions sont posées à chacune desquelles les juges et les jurés répondent par oui ou par non. Une majorité de huit voix au moins doit être dégagée pour chaque question défavorable à l'accusé<sup>787</sup>. Lorsque la culpabilité de l'accusé est acquise, le Président fait procéder au vote sur la peine. Une fois le délibéré achevé, la Cour retourne dans la salle d'audience pour que soient lues les réponses données aux questions successives. Ce sont ces réponses qui vont constituer la motivation de l'arrêt. La Cour d'assises, composée essentiellement de jurés, n'a pas à justifier sa décision d'acquittement ou de condamnation. Cette non-motivation favorise la suspicion alors que la motivation reste difficile à mettre en place.

---

<sup>785</sup> Parmi de nombreuses références, voir plus particulièrement LE GUNEHEC (Francis), *Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Troisième partie : Dispositions concernant la phase de jugement*, JCP 2000, Actualité, p. 1352 et s. ; PRADEL (Jean), « *L'appel* » contre les arrêts d'assises : un apport heureux de la loi du 15 juin 2000, D. 2001, Chron., p. 1964 et s. Elle a été complétée par la loi du 4 mars 2002.

<sup>786</sup> Le président n'a pas à procéder à cette lecture si les questions sont posées dans les mêmes termes que l'arrêt de mise en accusation ou si l'accusé ou son défenseur y renonce ; article 348 du CPP, voir pour des références de décisions, STEFANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure pénale*, Précis Dalloz, 19<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2004, Paris, p. 829.

<sup>787</sup> Il s'agit de la question sur la culpabilité, de celle sur les circonstances aggravantes...

362. Le Doyen GUINCHARD et M. BUISSON formulent, dans leur manuel de procédure pénale, une critique vigoureuse à l'encontre de la non-motivation des arrêts d'assises<sup>788</sup>. Selon eux, des raisons de principe et d'opportunité militent pour une évolution de la motivation<sup>789</sup>. La motivation doit prévenir l'arbitraire du juge, c'est ainsi qu'elle constitue une exigence européenne et que l'article 485 du CPP dispose que « *tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif* ». La motivation est encore opportune car elle permet de connaître les raisons d'une condamnation en vue de l'exercice éclairé d'un recours.

Il est possible de se demander comment est évalué l'intérêt d'un recours contre l'arrêt d'assises rendu en premier ressort alors que les parties ne savent pas vraiment quelles sont les raisons qui justifient cet arrêt. Il est logique que des verdicts soient publiquement contestés sur la scène publique puisque, sauf à ce que le bon sens permette d'imaginer les raisons qui ont déterminées la Cour et le jury, leur fondement n'apparaît pas.

De la même manière, on peut s'interroger sur le contrôle opéré par la Cour de cassation de la légalité de la motivation. Il ne s'agit pas à l'évidence d'un examen classique de la motivation. En l'absence de réelle motivation, son contrôle est nécessairement restreint. Ainsi, il se limite à vérifier si l'arrêt énonce les réponses aux questions et la concordance des énonciations de l'arrêt avec la feuille de questions qui lui sert de base<sup>790</sup>.

363. On associe souvent la non-motivation des arrêts d'assises à l'intime conviction qui guide la Cour d'assises dans ses choix<sup>791</sup>. Le fait de juger selon l'intime conviction dispenserait d'explications. La conviction étant intime, elle n'aurait pas à se fonder sur un élément de preuve<sup>792</sup>. C'est pourquoi l'arrêt n'énonce pas les preuves sur lesquelles la réponse aux questions est fondée.

---

<sup>788</sup> GUINCHARD (Serge), BUISSON (Jacques), Procédure pénale, Manuels, 3<sup>ème</sup> édition, Litec, 2005, Paris, p. 184 et s.

<sup>789</sup> Dans leur contribution commune, Rodolphe JUY-BIRMAN, Jean-Marc FLORAND et Jean REYNAUD estiment qu' « *il faut motiver pour des raisons de clarté et de loyauté, compte tenu du fait que notre procédure pénale admet le principe de la liberté de la preuve, principe également reconnu dans la plupart des législations étrangères* », *Pour une motivation des arrêts d'assises*, PA 7 mars 2005, n°46, p. 8.

<sup>790</sup> ANGEVIN (Henri), *La pratique de la cour d'assises*, Traité-formulaire, 3<sup>ème</sup> édition, Juris-Classeur, Litec, 2002, Paris, p.452-453 et 454 et s. Avec de nombreuses références d'arrêts de condamnation cassés pour absence de concordance entre les énonciations de l'arrêt et celles de la feuille de questions. BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière pénale*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz 2004, Paris, p. 183.

<sup>791</sup> Article 353 du CPP ; « *la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus (...)* La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : « *Avez-vous une intime conviction ?* ».

<sup>792</sup> Une étude approfondie de l'intime conviction démontrerait qu'elle ne permet pas de justifier la non-motivation des arrêts d'assises ; voir ROUMIER (William), *L'avenir du jury criminel*, LGDJ, 2003, Paris, p.229 et s., spécialement p. 233. L'auteur indique qu'il est aussi fait mention du principe en matière de délit et de

Comme l'absence de motivation génère des craintes d'arbitraire qui ont des répercussions sur le crédit de l'institution judiciaire, la motivation des arrêts d'assises a fait l'objet de nombreuses études. Sa mise en place ne serait pas simple, peut-être moins que celle des opinions séparées. Elle devrait permettre de conférer aux arrêts d'assises une légitimité fragilisée par l'absence de transparence de la justice criminelle, or la voie de la motivation n'est pas forcément la bonne.

364. Le Garde des Sceaux a déposé le 26 juin 1996 un projet de loi prévoyant, entre autres évolutions de taille, la motivation des arrêts d'assises<sup>793</sup>. La dissolution de l'Assemblée nationale et le changement de majorité parlementaire qui s'en est suivi ont empêché son adoption. En 2000, lors du vote du projet de loi sur la présomption d'innocence, un amendement parlementaire a été déposé pour y voir repris le principe d'un appel des décisions criminelles qui figurait dans le projet de loi de 1996<sup>794</sup>. La question de la motivation n'a pas été abordée. De nombreuses questions pratiques devaient être résolues pour assurer la motivation des arrêts. Il semble que le projet de loi ne répondait qu'imparfaitement aux inconvénients qui lui étaient opposés. Il a fait l'objet de nombreuses critiques.

Le projet prévoyait que la déclaration de la Cour et du jury, pour les deux degrés de juridiction, devait s'accompagner d'une motivation. Cette motivation devait consister en l'énoncé pour chacun des faits reprochés à l'accusé des principaux moyens par lesquels la juridiction s'est convaincue. De même, en cas de condamnation, elle devait préciser les éléments de fait et de personnalité qui ont justifié le choix de la peine.

Le Haut Comité consultatif institué lors de l'examen du projet de loi avait estimé que « *la présence de jurés au sein d'une juridiction n'interdisait pas de prévoir, selon certaines modalités, la motivation des décisions, si celles-ci étaient confiées à un magistrat*

---

contravention (articles 427 et 536 du CPP). « Tout comme les juges du Tribunal de police ou ceux du Tribunal correctionnel doivent rendre compte du travail de réflexion sur lequel repose leur intime conviction, ceux de la Cour d'assises doivent justifier aux yeux de tous des raisons qui les ont convaincus. ». Marie-Thérèse DE GIVRY a prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Versailles de 1995, un discours ayant pour thème « *La fonction de juré* » dans lequel elle revient sur la naissance historique du jury. Elle explique que lorsqu'il est apparu en Angleterre le jury était « *un instrument de conviction de preuve et non de jugement au sens strict du terme (...) garant des droits individuels contre la toute puissance des juges et l'empiètement du pouvoir* ». « *C'est parce que le jury est une sorte de « témoin inspiré » qu'on ne lui demande pas de motiver son verdict* », GP 29 avril 1995, p. 520 et s. ; FAYOLLE (Bernard), *La procédure criminelle entre permanence et réforme* in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique*, Actes du colloque des 11-12 juin 1999, Cour de cassation, AFHJ, La documentation Française, 2001, Paris, p. 87. La même référence à l'existence de l'article 427 du CPP sert d'élément justificatif.

<sup>793</sup> Projet de loi portant réforme de la procédure criminelle, n°2938, présenté par Jacques TOUBON, Assemblée nationale, 26 juin 1996, dossier législatif à consulter sur le site <http://www.senat.fr/dossierleg/pj196-192.htm>.

<sup>794</sup> Voir, sur la genèse de la réforme, ANGEVIN (Henri), Op. Cit. Supra, p. 1796, PRADEL (Jean), « *L'appel* » contre les arrêts d'assises : un apport heureux de la loi du 15 juin 2000, D. 2001, Chron., p. 1965.

*professionnel* »<sup>795</sup>. L'option a été retenue et le projet de loi confiait au Président ou à l'assesseur qu'il aura choisi le soin de rédiger la motivation.

Ce que le Doyen ANGEVIN a qualifié d'« *imagination débridée* »<sup>796</sup>, c'est la dissociation du prononcé des arrêts et de leur motivation. Ainsi, à l'issue du délibéré, le Président lirait les réponses aux questions et quelques jours ou semaines après, il communiquerait un document rédigé par lui seul qui serait annexé à la feuille de questions. Ce document aurait été, entre temps, contresigné par le premier juré<sup>797</sup>. Il est vrai que ce dispositif serait décevant. Il consiste à valider une motivation *a posteriori* d'un arrêt dont les enjeux sont essentiels. Comment justifier le fait de condamner une personne un jour et de lui dire qu'elle saura plus tard, voire longtemps après<sup>798</sup>, pourquoi les juges ont décidé de le faire ?

365. La volonté de mettre en place une véritable motivation se heurte d'abord à des obstacles de principe ; ceux de la continuité et de l'oralité des débats<sup>799</sup>, et ensuite à des obstacles pratiques tirés de la difficulté à prévoir des modalités satisfaisantes.

La motivation des arrêts d'assises risquerait de remettre en cause le principe de la continuité des débats énoncé à l'article 307 du CPP. Il signifie que les débats ne peuvent être interrompus avant le prononcé du verdict, ce qui n'empêche pas qu'ils peuvent être suspendus<sup>800</sup>. Dans le projet de loi de 1996, le temps de rédaction de la motivation par le Président nécessitait d'interrompre les débats à la suite du délibéré et ce, de manière importante d'ailleurs puisque la motivation devait intervenir dans un délai de 8 jours à 15

---

<sup>795</sup> Extrait du rapport remis par son président, Jean-François DENIAUX, au Garde des Sceaux le 1<sup>er</sup> avril 1996 cité dans le Rapport sur la réforme de la procédure criminelle, adopté par l'Assemblée générale du Conseil national des Barreaux, le 10 juillet 1999, disponible sur la page internet : [http://www.cnb.avocat.fr/PDF/1999-07-10\\_Procedurecriminelle.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/1999-07-10_Procedurecriminelle.pdf), p. 3. A cette occasion, le CNB a rappelé sa position selon laquelle une réforme des arrêts d'assises réaliserait «... un progrès indéniable. La motivation a l'avantage de permettre à l'accusé, non seulement de comprendre pourquoi ses juges ont décidé, le cas échéant, de le condamner, mais aussi de mieux étayer les moyens qu'il soulèvera à l'appui de son éventuel appel », p. 2.

<sup>796</sup> ANGEVIN (Henri), *De la motivation des décisions des juridictions comportant un jury*, Droit pénal 1996, Chroniques, p. 1.

<sup>797</sup> Cf. pour une présentation du contenu du projet de loi, le Rapport n°275 de M. Jean-Marie GIRAULT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mars 1997, disponible sur la page internet : <http://cubitus.senat.fr/rap/196-275/196-275167.html>.

<sup>798</sup> Le délai prévu était de 8 jours au plus, pouvant atteindre, à titre exceptionnel, 15 jours. Pour Jacques TOUBON, cette disposition n'est pas une innovation, elle consiste en la reprise de la pratique que l'on trouve en matière correctionnelle, Op. Cit. Supra, p. 3.

<sup>799</sup> Sans compter l'argument que nous avons développé plus haut d'une contrariété au principe de l'intime conviction.

<sup>800</sup> Et ne doivent pas manquer de l'être sous peine d'une violation du droit au procès équitable, voir Cour EDH, 19 octobre 2004, Makhfi contre France, D. 2005, Jurisprudence, p. 472, note ROETS (Damien).

jours. Renvoyer à une date ultérieure l'énoncé des motifs nie le principe de la continuité des débats mais est bien plus inacceptable en raison du caractère inhumain de la pratique.

Le principe de l'oralité des débats exige que la Cour d'assises forme sa conviction d'après les débats qui se déroulent oralement et non d'après l'instruction écrite<sup>801</sup>. Il est appliqué très strictement devant la Cour d'assises<sup>802</sup>. Ainsi, l'article 347 du CPP dispose qu'en principe<sup>803</sup> la Cour d'assises ne peut emporter le dossier de l'affaire dans la salle des délibérations. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que les magistrats et les jurés peuvent, en revanche, conserver les notes qu'ils ont prises durant l'audience lorsqu'ils entrent en délibéré<sup>804</sup>. Certains estiment que l'oralité des débats serait remise en cause en raison de la mise à disposition du dossier lors du délibéré pour rédiger la motivation de l'arrêt<sup>805</sup>.

### B- Le moyen de corriger la non-motivation des arrêts d'assises

366. Bien sûr, la proposition la plus accomplie, pour mettre fin à l'opacité du procès d'assises, résiderait dans l'exigence de motivation des arrêts d'assises avec la possibilité pour les magistrats et les jurés d'exprimer leur opinion séparée. Elle nécessiterait peut-être de lever pour l'heure trop d'obstacles. Celle que nous défendons, intermédiaire, consisterait à approuver comme le font la Cour de cassation<sup>806</sup>, la Cour EDH<sup>807</sup> et une partie de la doctrine

---

<sup>801</sup> ANGEVIN (Henri), *Cour d'Assises*, Juris-Classeur, Procédure pénale, fasc. 20, p. 18 et s. Voir également CONTE (Philippe) et MAISTRE DU CHAMBON (Patrick), lesquels rappellent que « *cependant, devant toute juridiction, le principe de l'oralité connaît des limites* » : Procédure pénale, Armand Colin, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2002, Paris, p. 361.

<sup>802</sup> STEFANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure pénale*, 19<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2004, Paris, p. 803.

<sup>803</sup> « *Néanmoins, au cours des délibérations, la Cour d'assises peut estimer nécessaire d'examiner une pièce de procédure. Le dossier peut alors être rouvert en chambre des délibérations en présence du ministère public et des avocats des parties* », VERGES (Etienne), Procédure pénale, Objectif Droit, Litec, 2005, Paris, p. 257.

<sup>804</sup> Crim., 21 avril 1982, Bull. crim., n°97.

<sup>805</sup> Le projet de loi de 1996 prévoyait que les juges se retirent après les débats avec le dossier de procédure. La critique est mince car il suffit de ne pas autoriser la consultation du dossier comme c'est le cas actuellement. Michel DANTI-JUAN juge même que l'oralité des débats rend inutile la motivation de la décision, laquelle « (...) *transpire suffisamment de ces mêmes débats et des réponses fournies par les juges aux questions posées à leur issue. (...) [La réforme] gagnerait donc à renoncer purement et simplement à cette exigence de motivation. L'oralité des débats y supplée et en dépend à la fois* », DANTI-JUAN (Michel), *Le point de vue d'un universitaire, Quelle participation des citoyens au jugement des crimes ?* in *A propos de la réforme de la Cour d'assises*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, PRADEL (Jean) (dir.), Editions Cujas, 1997, Paris, p. 111.

<sup>806</sup> La Chambre criminelle a été saisie d'un recours l'amenant à se prononcer, par un arrêt du 30 avril 1996 (Bull. crim., n°181 ; RSC oct.-déc. 1996, note DINTILHAC (Jean-Pierre)), sur une prétendue violation de l'article 6 de la Convention EDH tirée de la motivation très particulière des arrêts d'assises. Sur ce fondement, le demandeur

la non-motivation des arrêts d'assises. C'est à dire, qu'il faudrait se satisfaire de la déclaration de la Cour et du jury comme motifs de l'arrêt. Il suffirait pour cela d'adhérer à l'argument selon lequel les particularités de la juridiction criminelle nécessitent une motivation d'une forme particulière. A l'arrêt qui resterait inchangé dans son contenu, il conviendrait d'autoriser l'adjonction d'opinions séparées.

Le maintien de la déclaration est suggéré par le projet de loi de 1996. Celui-ci ne prévoyait pas de substituer la motivation aux questions-réponses puisqu'il était prévu que la motivation figure dans un document qui y serait annexé. L'avancée résiderait dans l'adjonction à la déclaration, qui est le résultat d'une décision collégiale, d'opinions individuelles permettant d'éclairer les parties sur les motifs de la décision et surtout le condamné sur les motifs de sa condamnation et de sa peine.

Il conviendrait donc de partir du constat suivant lequel l'obligation de motivation des arrêts d'assises, malgré sa nécessité, reste confrontée à des critiques. La jurisprudence, très stricte sur sa position défavorable à la motivation, ne donne pas beaucoup d'espoir de changement en l'état actuel des textes.

367. Il est certain que l'autorisation donnée aux jurés d'exprimer leur opinion séparée ne serait pas sans poser certaines interrogations. La première consisterait à craindre que l'effet des opinions séparées puisse être parfois plus néfaste que bénéfique. En effet, pour rendre un arrêt de culpabilité, la Cour et le jury, composés de trois juges professionnels et de neuf jurés, doivent se prononcer à la majorité de huit voix contre quatre<sup>808</sup>. Cette disposition permet d'éviter que les magistrats exercent un trop fort ascendant sur les jurés<sup>809</sup> puisque la réunion d'au moins cinq sur les neuf présents est nécessaire. Dès lors, on peut imaginer qu'au moins

---

au pourvoi faisait valoir que l'arrêt le condamnant ne comportait aucun motif. Par deux brefs attendus, la Cour de cassation a rejeté le moyen. Elle a estimé que l'ensemble des réponses données aux questions conformément à l'arrêt de renvoi tenait lieu de motifs à l'arrêt de condamnation et que dès lors l'accusé bénéficiait de l'information préalable des charges fondant l'accusation, du libre exercice des droits de la défense et de la garantie de l'impartialité des juges, issus pour l'ensemble de l'article 6 de la Convention EDH ; voir BORE (Louis), *La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme*, JCP 2002, I, 104, p. 1214, pour qui « *Pourtant, répondre par oui ou par non à une question portant sur la culpabilité, c'est prendre une décision sur cette culpabilité, mais ce n'est pas motiver cette décision* ».

<sup>807</sup> Ayant à se prononcer sur le grief tiré de l'insuffisance de motivation formulé par Maurice Papon, la Cour EDH a déclaré la requête irrecevable de ce chef, dans une décision du 15 novembre 2001 ; CEDH, 1<sup>ère</sup> Section, 15 novembre 2001, décision sur la recevabilité de la requête n°54210/00, disponible sur le site <http://echr.coe.int>. Selon la Cour, « *si le jury n'a pu répondre que par « oui » ou par « non » à chacune des questions posées par le président, ces questions formaient une trame sur laquelle s'est fondée la décision. La précision de ces questions permet de compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury* », §2, f.

<sup>808</sup> Article 359 du CPP.

<sup>809</sup> PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Domat droit privé, Montchrestien, 2006, Paris, p. 163.

huit des jurés se prononcent pour la culpabilité et que l'ensemble des juges professionnels soit en désaccord avec cette décision. Si ces juges devaient faire part de leur désaccord dans une opinion séparée, le poids donné à leur opinion, étant donné qu'ils sont professionnels, risquerait de faire penser à un cas d'erreur judiciaire. En cas de recours contre le premier arrêt<sup>810</sup>, les opinions séparées des juges professionnels pourraient finalement exercer sur le jury populaire l'influence que le législateur a voulu éviter.

Si certains risques d'une influence trop importante des juges professionnels sur les jurés ne sont pas à écarter, ils devront être courus si l'on décidait de garantir aux justiciables une justice criminelle plus transparente. La mise en place des opinions séparées serait en effet certainement plus simple que celle d'une motivation des arrêts criminels.

368. La plupart des obstacles à la motivation des arrêts d'assises que nous avons soulignés perdent de leur vigueur lorsqu'il s'agit d'envisager de joindre à l'arrêt d'assises des opinions séparées. Le prétendu non respect du principe de l'oralité des débats, peu solide en matière de motivation<sup>811</sup>, ne le serait pas plus en cas d'opinions séparées.

L'inconvénient d'une suspension du délibéré pour laisser au Président le temps de rédiger la motivation disparaîtrait en présence d'opinions séparées. Il n'y aurait pas de renvoi à une date ultérieure pour avoir connaissance des opinions séparées. Elles seraient rédigées non par le Président mais par les magistrats et les jurés eux-mêmes. Le style varierait certainement mais le greffier pourrait être investi de la charge de retravailler la forme de la contribution des jurés si besoin est. La particularité de la motivation attendue avait déjà été soulignée par M. TOUBON lors de l'examen de son projet de loi, elle pourrait être reprise pour justifier une certaine liberté de style des opinions séparées<sup>812</sup>. D'un autre côté, les opinions séparées n'ont jamais eu à satisfaire des exigences en la matière.

Le fait de ne plus solliciter le Président, comme c'était le cas pour la motivation, serait compatible avec la particularité qui tient aux modalités du vote. Les magistrats et les jurés votent ensemble sur la culpabilité et le cas échéant sur la peine par bulletins secrets qui sont

---

<sup>810</sup> Articles 380-1 à 380-15 du CPP.

<sup>811</sup> Voir Supra, Partie II, TI, C I, S II, §2, A.

<sup>812</sup> Voir le Rapport n°275 de M. Jean-Marie GIRAULT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mars 1997, disponible sur la page internet : <http://cubitus.senat.fr/rap/196-275/196-275167.html>, p. 2 : « ... l'objectif recherché (...) [n'est] pas de demander aux juridictions d'assises une motivation similaire à celle des autres juridictions. (...) il ne [doit] s'agir ni d'un résumé de la procédure, (...) ni d'une motivation juridique, (...) ni d'une démonstration mathématique ... ».



brûlés juste après le dépouillement<sup>813</sup>. Autoriser chacun d'entre eux à rédiger une opinion séparée éviterait les questions d'incompatibilité entre une motivation par le Président et le caractère secret des votes non seulement pour le public mais également pour l'ensemble des autres juges.

Il serait possible d'envisager la mise en place d'opinions séparées des juges d'assises sans toucher aux règles en vigueur et sans ajouter de difficultés pratiques.

Les opinions séparées n'auraient pas pour objet direct de palier la non-motivation des décisions de justice, même s'il s'agirait d'une de leur conséquence indirecte. Ainsi, elles ne devraient pas être conçues comme un substitut à une motivation défailante mais comme un utile complément.

Elles ne seraient acceptables que si elles expriment un choix et non une obligation pour son rédacteur. Il n'y a que la motivation qui soit obligatoire. Ainsi, il serait faux d'analyser l'existence d'opinions séparées dans les arrêts d'assises comme un traitement différencié condamnable au regard du droit au procès équitable. Il ne s'agirait pas de dire qu'il n'y a pas d'égalité entre les accusés selon que les juges se seraient ou non exprimés. Si la motivation des arrêts d'assises devrait avoir pour fonction de faire connaître à un condamné les raisons de sa condamnation et de sa peine, tel n'est pas le cas des opinions séparées.

369. Tandis que l'intérêt des opinions séparées réside dans leur publicité, il serait souhaitable que cette publicité n'englobe pas l'identité de l'auteur de l'opinion séparée. Un aménagement essentiel consisterait donc à prévoir l'anonymat des opinions séparées des jurés qui accompagneraient les arrêts d'assises. En effet, des craintes de représailles, en raison de l'inexpérience des jurés, pourraient les inciter à ne pas rédiger d'opinion séparée si leur nom devait y apparaître. Une telle prévision n'a, en revanche, pas lieu d'être pour les magistrats.

Autoriser l'ensemble des juges criminels à s'exprimer de manière individuelle pour exposer les raisons de leur position aurait l'avantage de responsabiliser également les jurés populaires. La fonction de juré fait souvent l'objet de critiques<sup>814</sup>. La rédaction d'une opinion séparée par un juré atteste de l'étendue de son implication et justifie sa participation au procès.

370. Le Président FAYOLLE a déjà pu proposer comme alternative à une motivation formelle qu'il juge inopportune d'autres modalités telles que l'énoncé oral d'« ...une

---

<sup>813</sup> Voir par exemple, FOURMENT (François), *Procédure pénale*, 7<sup>ème</sup> édition, Paradigme, 2006, Orléans, p. 270.

<sup>814</sup> « ... Le problème de la participation des citoyens au jugement des crimes n'est pas nouveau. De même, il n'est pas sûr que la légitimité de jury dans l'esprit des spécialistes ait beaucoup évolué. En effet, sa versatilité et son incompétence sont encore souvent soulignés par les manuels de procédure pénale », DANTI-JUAN (Michel), *Op. Cit. Supra*, p. 103.

*explication sommaire des motifs et une clarification de la décision qui peuvent contribuer à en faire admettre le bien-fondé* »<sup>815</sup>. Même si réglementer la motivation non écrite suppose de résoudre les mêmes difficultés que celles posées par la motivation formelle, l'ambition de rénover les arrêts d'assises pour les rendre plus légitimes est réelle. La mise en place des opinions séparées serait en l'occurrence pleinement justifiée.

---

<sup>815</sup> Selon lui, il serait intéressant de s'inspirer des pratiques anglaise et canadienne suivant lesquelles le juge donne oralement les motifs de sa sentence, explique de vive voix la raison de la condamnation et de la peine à l'accusé : FAYOLLE (Bernard), *La procédure criminelle entre permanence et réforme* in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique*, Actes du colloque des 11-12 juin 1999, Cour de cassation, AFHJ, La documentation Française, 2001, Paris, p. 90. Voir aussi pour un compte-rendu de l'ensemble du Colloque de l'AFHJ qui s'est tenu à Paris, les 11 et 12 juin 1999, BACHELET (Olivier), RSC oct-déc. 1999, p. 925 et s.. La forme orale est envisageable ici en raison de l'existence d'une procédure orale. Elle nécessite de régler une nouvelle question ; celle qui consiste à déterminer qui serait en charge de cette lecture. Surtout, la proposition n'empêche pas les difficultés notamment techniques que nous avons abordées puisqu'il s'agit toujours de motivation même si la forme est originale.



## Conclusion du Chapitre I

371. L'étude de l'identification des juridictions concernées par l'intégration des opinions séparées a permis de constater la remarquable possibilité de prévoir de les mettre en place aussi bien devant la Cour de cassation que devant les juges du fond. A la Cour de cassation, la valeur normative de ses décisions garantit leur utilité. Etant donné qu'elle est située au sommet de la hiérarchie judiciaire, ses arrêts, s'ils étaient accompagnés d'opinions séparées, manifesteraient son implication dans l'évolution du droit<sup>816</sup>. L'engagement de la Cour vers une plus grande communication ne doit pas masquer les inconvénients que comporte un discours postérieur au prononcé de l'arrêt. Cette situation permet de considérer que les opinions séparées interviennent à un moment propice. La Cour de cassation tente de palier le fait que le rapport du Conseiller rapporteur ainsi que l'avis de l'Avocat général sont rédigés antérieurement à la prise de décision grâce au développement, par exemple, de l'usage de ses communiqués. L'intégration des opinions séparées apparaît de plus en plus comme le meilleur moyen pour la Cour de cassation d'aider à la compréhension de ses arrêts. Dans toutes les formations de la Cour, les opinions séparées pourraient être autorisées même si les délibérés de certaines formations pourraient sembler constituer le terrain privilégié de leur admission. Pour autant, il ne conviendrait certainement pas d'exclure les opinions séparées des juges du fond. Evidemment, la volonté de responsabiliser le juge judiciaire est le premier argument de cette mise en place, néanmoins nous avons vu que les opinions séparées pourraient être utilisées dans le but d'accélérer la durée du procès.

L'analyse de la mise en place des opinions séparées des jurés d'assises s'est même révélée fructueuse. Le *statu quo* sur l'évolution de la motivation des arrêts d'assises pourrait être dépassé par l'intégration des opinions séparées.

Après avoir identifié les juridictions devant lesquelles les opinions séparées pourraient être mise en place, il convient d'élaborer les règles processuelles appropriées.

---

<sup>816</sup> Selon le Juge HUGUES, « Une dissidence dans un tribunal de dernière instance constitue un appel au mûrissement du droit, un appel à l'espoir qu'un jour la cour corrigera l'erreur que le juge dissident croit qu'il a commise », cité et traduit par L'HEUREUX-DUBE (Claire), Allocution prononcée lors de la Cérémonie de son départ à la retraite, le 10 juin 2002, disponible sur le site [http://www.scc-csg.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/CeremonyCLHD\\_f.asp](http://www.scc-csg.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/CeremonyCLHD_f.asp).



## **Chapitre II**

### **L'élaboration de nouvelles règles processuelles**

372. Les opinions séparées renforceraient l'indépendance du juge judiciaire. Leur autorisation serait la preuve qu'il peut s'exprimer en toute liberté puisque s'il n'était pas d'accord avec le dispositif ou les motifs de la décision majoritaire, il pourrait s'en écarter et en expliquer les raisons. Néanmoins, on sait que diverses craintes sont liées à la mise en œuvre des opinions séparées, notamment celle de voir se reproduire les déviations de la Cour suprême des Etats-Unis avec la pratique des *plurality opinions*<sup>817</sup>. C'est pourquoi, leur introduction dans le procès judiciaire français pourrait nécessiter, selon nous, de prévoir des dispositions nombreuses et précises qui seraient déterminantes. Chacune d'entre elles aurait pour objet de répondre à une critique éventuelle. Concevoir une réglementation assez stricte se heurterait obligatoirement aux fondements des opinions séparées. En effet, par leur biais, les juges exprimeraient leur indépendance et leur liberté d'expression. C'est pour cela qu'en général, l'autodiscipline est préférée à la règle. Néanmoins, l'introduction nouvelle des opinions séparées dans notre système judiciaire, en raison de l'incertitude doctrinale qui entoure son bénéfice, aurait tout intérêt à être inspirée d'un souci constant d'anticiper les difficultés. Il ne s'agit pas de vider les opinions séparées de leur utilité au moment même où l'on propose leur admission, simplement une période transitoire pourrait être nécessaire<sup>818</sup>. C'est dans cet esprit qu'il convient de proposer les règles d'organisation des opinions séparées (Section I) ainsi que celles relatives à leur utilisation (Section II).

#### **Section I- Les règles d'organisation des opinions séparées**

373. La rédaction d'une opinion séparée se distingue de sa publicité puisque l'une n'implique pas forcément l'autre. C'est sous ces deux aspects qu'il faudrait réunir les

---

<sup>817</sup> ZOLLER (Elisabeth), *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis* in *La République*, Mélanges Pierre AVRIL, Montchrestien, Paris, 2001, p. 613. Comparer avec les *plurality opinions* canadiennes, selon Claire L'HEUREUX-DUBE, ces décisions longues et complexes qui ont fait l'objet de virulentes critiques à la Cour suprême du Canada sont devenues rares : L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidente : voix de l'avenir ?* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 85.

<sup>818</sup> Nous avons vu que le droit comparé enseigne qu'une mise en place progressive des opinions séparées a souvent été privilégiée par les juridictions constitutionnelles romano-germaniques, voir Supra, Partie I, TI, CII, §2, A.

dispositions réglementant les conditions d'organisation des opinions séparées. Certaines pourraient s'inspirer de la pratique des juridictions qui reconnaissent déjà à leurs juges le droit de s'exprimer séparément et pourraient être reprises tout en justifiant une certaine adaptation. D'autres mériteraient d'être élaborées en réaction aux inconvénients de l'absence de règle. La difficulté principale ici est d'organiser les opinions séparées sans perdre de vue le but qui leur est assigné, c'est-à-dire le développement de la responsabilisation du juge judiciaire par l'extériorisation de son indépendance. Ainsi, après avoir envisagé l'encadrement éventuel de l'énonciation des opinions séparées dans le respect de l'indépendance du juge judiciaire (§1), nous proposerons de réglementer la publicité des opinions séparées conformément à l'objectif de responsabilisation (§ 2).

### **§1- Un encadrement éventuel de l'énoncé des opinions séparées dans le respect de l'indépendance du juge judiciaire**

374. La rédaction des opinions séparées reflète l'engagement de son auteur. Le juge judiciaire qui choisirait de s'exprimer individuellement se tournerait vers l'extérieur, principalement vers le justiciable. Les opinions séparées ne sont pas destinées à flatter l'ego du juge mais bien à améliorer le fonctionnement interne de la prise de décision afin de permettre de donner une image plus positive de la justice. Pour corriger l'idée que les opinions séparées comportent d'inévitables risques de détournement de leur utilisation, il est envisageable de prévoir un encadrement tant de leur forme (A) que de leur contenu (B).

#### A- La forme des opinions séparées

375. La première question à se poser sur la forme des opinions séparées peut, au premier abord, sembler incongrue. Elle consiste à opérer un choix entre une unicité et une pluralité d'opinions (1). Il s'agit de savoir si on entend autoriser l'expression d'une seule ou de plusieurs opinions séparées. Soit, chaque juge pourrait écrire une opinion séparée, soit, le juge ou les juges mis en minorité seraient invités, à écrire, s'ils le souhaitent, une opinion séparée pour présenter les raisons de l'opposition de la minorité. La question de la limitation de la longueur des opinions séparées doit être également examinée puisque l'utilisation des opinions séparées est souvent liée au mode discursif des arrêts qu'elles accompagnent. Nous verrons comment il serait possible d'éluder cet aspect (2).

## 1- Le choix entre unicité et pluralité d'opinions

376. Il faut se demander si les adversaires des opinions séparées n'admettraient pas avec plus de facilité leur introduction s'il était prévu la possibilité d'exprimer non pas plusieurs opinions séparées mais une seule.

Le succès des opinions séparées dépend beaucoup des contingences de moyens financiers et humains. La pluralité d'opinions séparées pourrait se concevoir avec réticence pour des questions pratiques. En règle générale, les opinions séparées sont destinées à être publiées. Même si l'étendue de cette publicité peut varier<sup>819</sup>, elle implique la reproduction de documents. Le coût induit par la rédaction d'opinions séparées devrait être pris en compte. Autoriser une opinion séparée réunissant les vues des juges minoritaires au lieu de permettre à chaque juge de rédiger sa propre opinion séparée limiterait la dépense.

L'argument tiré du partage du travail pourrait également être avancé. S'il s'agissait d'accompagner la décision majoritaire d'une seule opinion séparée, la réunion des juges souhaitant exprimer leur désaccord devrait effectivement permettre de répartir entre eux la tâche relative à la rédaction de l'opinion séparée. L'avantage de cette formule résiderait dans sa plus grande rapidité.

377. Devant les juridictions du fond, il conviendrait de donner à chaque juge la possibilité de rédiger seul son opinion séparée, ce qui pourrait avoir pour effet de joindre à la décision plusieurs opinions séparées. La difficulté étant que, dans les formations classiques de trois juges, l'alliance de deux juges serait nécessaire pour exprimer une opinion concordante. Cette alliance serait plus délicate à établir que dans les formations nombreuses. En cas de rédaction d'une opinion dissidente, elle serait même impossible puisque le juge dissident est forcément seul face à ses deux collègues majoritaires. Aussi il faudrait laisser à chaque juge la possibilité de rédiger son opinion séparée seul puisque décider le contraire contribuerait, faute d'alliance, à ne lui attribuer qu'un droit conditionnel de s'exprimer. L'unicité de l'opinion séparée ne devrait pas être décidée de manière générale, elle ne conviendrait pas aux petites formations, notamment celles des juridictions du fond, mais également de la Cour de cassation, lorsqu'il s'agit de formations restreintes.

---

<sup>819</sup> Voir *Infra*, Partie II, T II, C II, S I, §2, A.



378. Pour les formations plus importantes en nombre, essentiellement de la Cour de cassation, il serait plus justifié d'aménager l'expression unique de l'opinion séparée<sup>820</sup>. Ce caractère unique résulterait de la réunion des juges pour exprimer leur position.

L'admission des opinions séparées devant les formations solennelles de la Cour de cassation justifie le plus nettement la proposition d'une opinion séparée unique. Laisser chaque juge exprimer son point de vue personnel pourrait faire courir le risque de perdre le lecteur de la décision. La prise de connaissance d'un nombre d'informations trop important ne serait pas forcément pertinente. En effet, les arrêts de l'Assemblée plénière tout comme ceux de la Chambre mixte bénéficient déjà de l'éclairage régulier du rapport du Conseiller rapporteur et de l'avis de l'Avocat général. Si l'utilité de disposer d'une opinion séparée est réelle, il n'est pas certain que l'effet d'une pluralité d'opinions séparées, dans ce cas bien précis, serait positif. Il ne faudrait peut-être pas pallier le manque de transparence du processus décisionnel par une mise à disposition trop riche d'informations au risque de produire l'effet inverse de celui qui est recherché. Certaines critiques ont été récemment formulées au sujet de la propension de la Cour de cassation à fournir tant de travaux complémentaires qu'elle nuit parfois à la clarté de ses décisions<sup>821</sup>. En dépit des particularités des opinions séparées, une certaine rationalisation pourrait s'imposer.

379. La question à se poser si on optait pour l'unicité de l'opinion séparée serait relative à la nature de cette opinion. En effet, il conviendrait de déterminer si l'on entend limiter l'opinion séparée à l'une de ses deux catégories. Il ressort des travaux de Christian MOULY qu'il n'envisageait semble-t-il que l'introduction des opinions dissidentes<sup>822</sup>. De la même manière, selon le Président ANCEL, il serait bénéfique d'admettre une publication de l'opinion minoritaire laquelle serait «... rédigée par les magistrats ayant émis cette opinion »<sup>823</sup>. Il ne serait pas approprié, dans un souci évident de clarté, de mélanger dans une même opinion séparée, les points de vues des juges dissidents et des juges seulement en

---

<sup>820</sup> C'est le cas de la formation de section et de la formation plénière de chambre, la première comptant au moins cinq juges avec voie délibérative, la seconde réunissant l'ensemble des juges.

<sup>821</sup> « *Qu'aux demandes récurrentes d'une motivation plus explicite, la Cour de cassation préfère la diffusion d'informations complémentaires est un choix, selon nous regrettable, qui est néanmoins un progrès dans la compréhension des arrêts, mais à la condition qu'il satisfasse à une éthique minimale* » : DEUMIER (Pascale), *Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion (BICC n°651, 1<sup>er</sup> déc. 2006, note de M. Assié, conseiller rapporteur, ss Cass., ass. plén., 6 oct. 2006)*, RTDCiv. 2007, p. 63.

<sup>822</sup> MOULY (Christian), *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* PA 18 mars 1994, n°33, p. 18.

<sup>823</sup> ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente in La création du droit par la jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 2.

désaccord avec le mode de raisonnement opéré par la majorité. Proposer de n'autoriser que l'expression d'une opinion dissidente serait intéressant en ce sens que la dissidence fournit une vision en totale opposition avec celle des juges majoritaires. Le lecteur disposerait de deux manières d'appréhender une même question. La présentation d'une décision accompagnée de l'énoncé argumenté d'un point de vue différent offrirait une approche globale de l'affaire. Pourtant, il ne serait pas opportun d'exclure l'opinion concordante. Elle a pour effet indirect de préciser la position de la majorité puisque si elle discute ses motifs, elle adhère à la solution. Etant donné que c'est la décision majoritaire qui emporte autorité de la chose jugée, l'énoncé d'une opinion majoritaire pourrait être déterminant pour la bonne exécution de la décision.

Il y a une indépendance et une vraie complémentarité des deux types d'opinions séparées, ils mériteraient d'être conservés. Il ne faut pas oublier que les opinions séparées sont facultatives et le fait de prévoir la possibilité pour les juges d'exprimer leur position minoritaire dans le cas d'une dissidence totale ou seulement partielle ne signifie nullement que chaque décision sera effectivement accompagnée d'une opinion dissidente et d'une opinion concordante.

380. On peut donc penser que chaque juge pourrait être autorisé à émettre sa propre opinion séparée dans trois cas : devant les juridictions du premier degré, du second degré ainsi que devant chaque Chambre en formation restreinte de la Cour de cassation. Au contraire, une seule opinion pourrait être autorisée si les juges d'une Cour d'appel sont réunis en audience solennelle ou si les juges de la Cour de cassation sont réunis en formation de section ou formation plénière de la Chambre, en Assemblée plénière ou en Chambre mixte. Devant ces deux dernières, elle pourrait être ouverte soit à une Chambre entière pour qu'elle exprime son désaccord<sup>824</sup>, soit, toutes Chambres confondues, aux juges minoritaires réunis, les uns pour exprimer leur dissidence, les autres leur désaccord quant à la motivation de l'arrêt sans discuter le dispositif qu'ils estimeraient justifié.

## 2- La possible limitation de la longueur

381. La longueur des opinions séparées pourrait être limitée afin de ne pas nuire à la clarté de la décision. Rédiger des opinions séparées doit avoir pour but d'éclairer le débat et non de l'alourdir. La rédaction des décisions judiciaires étant si concise qu'il est difficile de souhaiter

---

<sup>824</sup> Il est possible qu'à l'intérieur d'une même chambre, les juges ne s'accordent pas. Il semble judicieux de prévoir en ce cas que la voie de la majorité des juges l'emporte pour décider qu'il ne sera rédigé qu'une opinion séparée, dissidente ou concordante. Cela permettrait d'éviter l'effritement du raisonnement juridique.

que leur rédaction ne dépasse pas la longueur de celles qu'elles accompagnent. Pourtant, il serait essentiel que la décision concentre l'attention et les opinions séparées ne devraient pas la concurrencer mais l'accompagner. Puisqu'elles n'ont pas de valeur juridique, elles devraient peut-être respecter une certaine limite en nombre de pages afin de ne pas affaiblir l'autorité du point de vue de la majorité. Il faudrait éviter l'effet d'une « ...*explosion d'auto-justifications argumentatives* »<sup>825</sup> qui conduit comme à la Cour suprême des Etats-Unis à des décisions longues dont la moitié est composée d'opinions séparées.

Certes, la compatibilité entre la limitation de la longueur des opinions séparées et le souci de préserver la liberté d'expression des juges complique l'idée de cette réglementation. Il s'agirait d'un côté de permettre aux juges de rédiger des opinions séparées en y voyant une consécration de leur liberté d'expression et de l'autre, de brider cette liberté. Surtout que du côté du justiciable, l'expression d'opinions séparées permettrait de vérifier l'indépendance et l'impartialité du juge-auteur.

382. Pourtant, il faut certainement dépasser ce débat idéologique. Même si, à notre connaissance, la longueur des opinions séparées n'a jamais fait l'objet d'une réglementation, celle-ci est probablement nécessaire. Il convient de se rappeler que l'introduction des opinions séparées dans le système communautaire a échoué, pour partie, du fait de l'impossibilité d'en limiter la longueur<sup>826</sup>. En pratique, il pourrait être prévu une double limitation du nombre de pages ; l'une concernant chaque opinion séparée, l'autre relative à l'ensemble des contributions.

La plupart des dispositions qui autorisent le juge à s'exprimer séparément prévoient également la possibilité de faire connaître sa position par le biais d'une déclaration. La déclaration est un moyen terme entre l'interdiction d'opinions séparées et l'expression d'opinions séparées. Tout comme l'opinion séparée, elle permet au juge de faire constater son désaccord total ou partiel. La forme de la déclaration implique, en revanche, l'absence d'explication des motifs. Il s'agit donc d'écrits succincts qui présentent seulement l'avantage de permettre au juge d'exprimer sa position. L'intérêt dialectique est inexistant. A la CIJ, le développement de documents intitulés « déclaration » dont la longueur est telle qu'ils se distinguent mal des opinions séparées a incité le Juge GUILLAUME à proposer une

---

<sup>825</sup> LASSER (Mitchel), *Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain*, RTDCiv. 2006, p. 295.

<sup>826</sup> Délégation des Barreaux de France, *Suggestions dans les domaines juridictionnel et quasi-juridictionnel*, Conférence intergouvernementale 1996, disponible sur la page internet : [http://www.europarl.eu.int/hearings/icg2/doc75dfr\\_fr](http://www.europarl.eu.int/hearings/icg2/doc75dfr_fr), p. 5.

modification du Règlement de la Cour. Elle consisterait à indiquer que le juge peut choisir d'exprimer succinctement ses vues sous la forme d'une déclaration<sup>827</sup>.

Cette proposition correspond à celle formulée pour la Cour de cassation par le Président ANCEL qui suggère la rédaction d'une « *courte notice synthétique* » pour accompagner les arrêts de la Cour de cassation<sup>828</sup>.

Pour éviter d'encourir des critiques liées à la longueur des opinions séparées, la solution pourrait consister à inscrire soit une règle précise sur le nombre de pages à respecter, soit une disposition plus souple qui permettrait de le moduler en fonction des situations.

## B- Le contenu des opinions séparées

383. Lorsqu'il rédige une opinion séparée, le juge-auteur reste un membre de la formation de jugement. Sa désolidarisation peut l'individualiser mais ne conduit pas à son exclusion. Même si les règles de forme des arrêts n'exigent pas que l'ensemble des juges signe la décision<sup>829</sup>, tous ont participé dans une plus ou moins grande mesure à son élaboration. Du moins, ils ont exprimé leur opinion lors du délibéré. L'appartenance des juges à un même corps, mais aussi à une même équipe de travail conduit généralement au respect de la décision rendue par la majorité et à l'entretien de rapports loyaux entre collègues. Néanmoins, il vaut mieux se prémunir contre les désaccords sans consistance ou les conflits de personnalités.

Il serait souhaitable pour garantir la crédibilité de l'institution judiciaire que la mise en place des opinions séparées ne devienne pas l'occasion de présenter au grand jour des éléments négatifs, comme les tensions pouvant exister entre les juges. C'est ainsi que le contenu des opinions séparées pourrait être encadré par certaines dispositions (1) et qu'un contrôle interne pourrait être prévu (2).

---

<sup>827</sup> GUILLAUME (Gilbert), *Les déclarations des juges de la CIJ in La CIJ à l'aube du XXIème Siècle. Le regard d'un juge*, Editions Pedone, 2003, Paris, p. 171. L'article dont la modification est proposée est l'article 95§2. Selon lui, « *En définitive, les déclarations remplissent, semble-t-il, une fonction fort utile : celle de permettre aux juges, et notamment au président de la Cour, de faire connaître leur point de vue brièvement sur une affaire, sans affaiblir la décision à laquelle, dans l'immense majorité des cas, il souscrivent pour l'essentiel. (...) Elles concilient au mieux l'autorité morale de la Cour et la liberté du juge* ».

<sup>828</sup> Op. Cit. Supra.

<sup>829</sup> Pour la Cour de cassation, l'article 1021 du NCPC dispose « *L'arrêt est signé par le président, le rapporteur et le greffier* ». Concernant les jugements, il convient de se référer à l'article 456 du NCPC « *Le jugement est signé par le président et par le secrétaire. En cas d'empêchement du président, mention en est faite sur la minute qui est signée par l'un des juges qui en ont délibéré* ».

## 1- Un contenu encadré

384. Ne faisant en général pas l'objet d'un régime particulier, le style employé peut détourner les opinions séparées de leur but. Ainsi, le contenu de certaines opinions séparées des juges de la Cour constitutionnelle allemande a été la cible de fortes critiques et a nécessité de rappeler que leur but est de faire connaître un raisonnement juridique différent et non pas de polémiquer sur la décision majoritaire<sup>830</sup>.

La question du style et du langage des opinions séparées mériterait d'être réglée concomitamment à leur admission. L'absence de limites dans la présentation des arguments de l'auteur de l'opinion serait néfaste parce qu'en même temps qu'elle décrédibiliserait son auteur, elle porterait atteinte à l'institution dont il est membre.

385. Les critiques personnelles, même si on les imagine très rares, devraient être interdites en raison de leur aptitude à entraîner un bouleversement tel qu'il serait difficile de réparer le préjudice qu'il causerait tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la juridiction. De la même manière, les critiques adressées à la formation de jugement prise dans sa globalité, sans être proscrites, devraient du moins être exprimées dans des termes et suivant un style adaptés.

Il conviendrait encore d'imposer aux auteurs d'opinions séparées l'absence de polémique. Une opinion séparée doit être conçue comme une manière constructive de participer à l'élaboration du droit. Ainsi, le juge judiciaire ne devrait pas tomber dans la controverse facile en rédigeant son opinion séparée.

386. Egalement, il serait possible de limiter le risque de laisser se propager des opinions séparées qui seraient utilisées comme un moyen d'énoncer des conceptions personnelles du droit. Les opinions séparées seraient alors détournées de leur but pour servir l'intérêt d'un juge. Ainsi, il penserait pouvoir faire valoir sa propre vision à l'occasion d'affaires ayant un lointain rapport avec le thème de ses propos. L'attitude du Juge ALVAREZ à la CIJ a été fortement critiquée justement parce qu'il utilisait les opinions séparées essentiellement pour faire connaître sa propre doctrine<sup>831</sup>. Si un juge a pour ambition de faire connaître ses idées, rien ne l'empêche de rédiger une contribution destinée à être publiée dans un ouvrage

---

<sup>830</sup> WALTER (Christian), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Allemagne*. Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 84. L'auteur rapporte l'intervention d'un professeur à l'Université de Bonn dans un discours de 1996 voyant un signal d'alarme dans le style de certaines opinions.

<sup>831</sup> ORAISON (André), *Quelques réflexions générales sur les opinions séparées individuelles et dissidentes des juges de la Cour internationale de justice (Montée en puissance et restructuration formelle de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse)*, RRJ 1999, p. 1282.

juridique. Il ne conviendrait pas forcément de le laisser se livrer, dans une opinion séparée, à un débat idéologique trop éloigné de la décision.

Il semble que cet aspect pourrait impliquer une autre mesure qui limiterait la répétition dans plusieurs opinions séparées de mêmes développements. Le Professeur FLAUSS a dénoncé l'attitude du Juge K.-S. MARTENS consistant, selon lui, à « ...traqu[er] et dénonc[er] systématique[ment] toutes les déficiences de la solution retenue par la Cour »<sup>832</sup>. Dès lors qu'un point de vue a été exprimé dans une opinion séparée publiée, il est connu. Il n'est pas utile de le reprendre en l'absence d'évolution de celle-ci à moins que les données de l'affaire à juger aient changées. Interdire la répétition pourrait être un atout non négligeable au cas où certains juges auraient l'intention de se démarquer pour être identifiés au bout d'un certain temps dans l'opinion publique comme les tenants d'une doctrine particulière. La rédaction d'opinions séparées n'a pas pour fonction d'attirer l'attention des médias sur leur auteur mais sur leur contenu.

387. Un autre élément consisterait en l'interdiction de se livrer à un commentaire de la décision. Déjà, un commentaire suppose une certaine longueur que l'on propose justement de limiter. Surtout, il s'agirait de circonscrire les opinions séparées à l'énoncé des seuls points de désaccord et non de permettre la reprise, point par point, de tous les éléments étudiés dans la décision. Ainsi, les craintes d'un affaiblissement de l'autorité de la décision majoritaire seraient amoindries. Cela pourrait éviter aussi les dérives d'autosatisfaction. En recentrant l'objet des opinions séparées sur l'expression des désaccords, l'auteur ne se trouverait pas habilité à disserter sur sa satisfaction de voir ses idées reprises avec succès dans la décision majoritaire.

Le fait d'exposer ces quelques idées a surtout pour finalité de démontrer qu'il serait tout à fait possible d'adapter l'expression des opinions séparées pour qu'elle produise le moins d'inconvénients possibles.

La seule véritable exigence est de respecter le secret du délibéré. En parallèle de toutes ces dispositions de nature éthique, le respect du secret exige précisément que le contenu de l'opinion séparée ne divulgue pas les propos tenus par les juges lors du délibéré. La reprise d'éléments de discussions lors du délibéré pourrait contribuer utilement à enrichir

---

<sup>832</sup> FLAUSS (Jean-François), *Turbulences à la Cour européenne des droits de l'homme*, AJDA 1996, p. 1005. Contra, WILDHABER (Luzius), *Opinions dissidentes et concordantes des juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme* in *Droit et justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p. 533 ; « ...le juge Martens était peut-être moins un grand « Dissenter » comme Sir Gerald Fitzmaurice, mais en même temps un avocat ou un précurseur influent d'opinions majoritaires ».

l'explication de la position du juge. Seulement, elle devrait se faire de manière générale sans imputer à un juge précis certains propos.

Toutes les règles relatives au contenu des opinions séparées pourraient figurer dans un document interne à la juridiction.

## 2- Un contenu soumis à un contrôle interne

388. Dès lors que des règles précises et connues de l'ensemble des juges seraient élaborées, il faudrait s'intéresser à la sanction de leur inobservation. Plusieurs hypothèses sont envisageables.

La première consisterait à laisser l'application de ces règles à la discrétion de chaque juge-auteur d'une opinion séparée. Cela reviendrait à s'en remettre à sa sagesse pour ce qui est de l'écriture de l'opinion. Il s'agit de celle qui reflèterait le plus la dimension éthique de l'expression des opinions séparées. Néanmoins, dans un premier temps, elle ne serait pas forcément adaptée.

Une autre résiderait dans l'attribution à certains juges de la mission de contrôler le contenu des opinions séparées sans pouvoir obliger les juges-auteurs à le reprendre. Il s'agirait de leur conférer un pouvoir d'incitation. Ils interviendraient pour mettre en garde les auteurs d'opinions séparées contre une rédaction mal à propos.

Une troisième hypothèse serait celle d'un contrôle du contenu de l'opinion séparée assortit d'un pouvoir de sanction consistant en sa non publication. C'est celle qui présenterait le plus d'intérêt en période transitoire afin de favoriser l'apprentissage des opinions séparées par le juge judiciaire. En l'absence de sanction, le contrôle serait opéré sur un mode persuasif qui nécessite du temps. Or, il n'est pas question de laisser s'installer entre les juges des discussions plus ou moins longues qui empièteraient sur la procédure et risqueraient de retarder le moment de la publication de la décision.

Afin de ne pas faire naître de rivalités entre les membres d'une juridiction, le Président de la formation de jugement serait certainement le mieux placé pour exercer ce contrôle. C'est sous sa direction que les débats sont dirigés devant les juridictions du fond. Le Président ANCEL propose une publication de l'opinion minoritaire sous le contrôle du Président de Chambre et du Doyen<sup>833</sup>. A la Cour de cassation, les Présidents de Chambre ont en charge

---

<sup>833</sup> ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente in La création du droit par la jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 2.

l'administration de leur Chambre et la signature des minutes des arrêts<sup>834</sup>. Aussi, leur compétence pour contrôler le contenu des opinions séparées ne poserait pas de difficultés. Choisir le Président et le Doyen de la Chambre serait judicieux parce qu'ils ont surtout l'occasion de se réunir pour la conférence préparatoire. Considérée comme « *la pierre angulaire du bon fonctionnement de la Cour de cassation* »<sup>835</sup>, elle consiste à vérifier que la Chambre disposera de tous les éléments nécessaires à la prise de décision. Egalement, le Président et le Doyen de la Chambre y ont autorité pour charger le Rapporteur de revoir son travail<sup>836</sup>. Les prérogatives du Président et du Doyen de la Chambre leur donnerait une légitimité afin d'assurer, avec autorité, le contrôle du contenu des opinions séparées. Devant les formations solennelles de la Cour de cassation, cette mission serait confiée au Premier président et aux Doyens de Chambre<sup>837</sup>. Malgré l'intérêt de ce contrôle, le manque de temps pourrait cependant être un obstacle à son organisation. En effet, le risque que ces différentes personnalités, en raison de leur charge de travail, aient des difficultés à assumer en plus le contrôle des opinions séparées est réel.

## **§2- Une réglementation de la publicité des opinions séparées conforme à l'objectif de responsabilisation du juge judiciaire**

389. Prévoir des dispositions adaptées en matière de publicité est une étape cruciale. C'est la publicité des opinions séparées qui est directement à l'origine de la discussion sur leur opportunité dans le système judiciaire. Si elles étaient présentées comme des documents de travail internes aux juridictions, destinés à ne pas être connus du public, les opinions séparées existeraient sans poser de problèmes. Surtout, l'étendue de la responsabilisation du juge judiciaire dépend des règles retenues en matière de publicité. N'étant pas prévues dans la

---

<sup>834</sup> WEBER (Jean-François), *La Cour de cassation*, études de La documentation Française, 2006, Paris, p. 47.

<sup>835</sup> Op. Cit. Supra, p. 87.

<sup>836</sup> « *Ceux-ci modifient souvent le projet ou même en établissent un autre* », WACQUET (Philippe), *Rapport de synthèse in Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, Actes du colloque organisé par le CRDP de l'Université de Tours, le 21 octobre 2005, PA 25 janvier 2007, n°19 p. 51.

<sup>837</sup> Article L 421-4 du COJ : « *La Chambre Mixte est présidée par le premier président, ou, en cas d'empêchement de celui-ci par le plus ancien des présidents de chambre. Elle comprend, en outre, les présidents et doyens des chambres qui la composent ainsi que deux conseillers de chacune de ces chambres* » ; article L 421-5 du COJ : « *L'Assemblée Plénière est présidée par le premier président, ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par le plus ancien des présidents de chambre. Elle comprend, en outre, les présidents et les doyens des chambres ainsi qu'un conseiller de chaque chambre* ».



procédure applicable devant les juridictions judiciaires, il convient d'élaborer tant leur mode (A) que leur champ (B) de diffusion.

#### A- Le mode de publicité

390. Une opinion séparée peut remplir une fonction essentielle, au sein de la juridiction, en assurant des échanges constructifs entre les juges membres d'un même collège. Pour ce faire, il faudrait établir des règles relatives à leur communication interne (1). Or, elles s'avèreraient très insuffisantes pour remplir l'objectif de responsabilisation du juge judiciaire. Puisqu'il exige de faire connaître publiquement le contenu des opinions séparées, il conviendrait essentiellement d'envisager les principes applicables à leur divulgation externe (2).

##### 1- L'insuffisance d'une communication interne

391. Une approche classique consisterait à organiser la communication des opinions séparées lors du délibéré. En effet, elles sont émises en général au moment de la discussion entre les juges. Or, elle occulterait les potentialités d'une diffusion antérieure à son ouverture, c'est-à-dire avant l'audience.

Il n'est pas utile de s'étendre sur la justification d'une communication avant la rédaction finale de la décision. Si les opinions séparées peuvent contribuer, indirectement, à améliorer la qualité de la motivation majoritaire, il est nécessaire qu'elles ne soient pas présentées au dernier moment. Leur utilité serait en effet réduite, si l'intention de les rédiger n'était révélée qu'une fois la rédaction définitive décidée. La prise de connaissance des opinions séparées avant, en début ou en milieu de délibéré est, dans tous les cas, le gage d'une délibération fructueuse. Il serait souhaitable que ses bienfaits profitent à la rédaction de la décision qui sera rendue.

392. Il conviendrait surtout de décider si les opinions séparées doivent être transmises avant que les juges se réunissent pour délibérer ou à cette occasion. Quand la procédure est écrite, l'affaire est déjà bien connue des juges lorsqu'elle vient à l'audience. Surtout, si sa complexité a nécessité la désignation d'un juge rapporteur<sup>838</sup>. Dans ce cas, le mieux serait

---

<sup>838</sup> Nous nous limiterons à l'hypothèse d'affaires justifiant le recours au Rapporteur, lequel est amené à intervenir dans les affaires compliquées. L'article 785 du NCPC dispose que le Président peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, faire établir ou établir lui-même un rapport écrit, « *Le rapport expose l'objet de la demande et les moyens des parties. Il précise les questions de fait et de droit soulevées par le litige et fait*

d'associer la communication aux autres juges des opinions séparées à la communication du rapport.

Le moment à propos pour communiquer les opinions séparées se situe forcément après que tous les juges aient eu connaissance du rapport du Rapporteur. En effet, ce document détermine la première orientation de la décision et l'écriture d'une opinion séparée se ferait en fonction de son contenu. Cela signifie que les opinions séparées, tout comme les propositions du Rapporteur, seraient communiquées avant l'audience de jugement. Elles devraient intervenir rapidement et suivre le rapport dans un temps proche. Elles pourraient faire l'objet d'une transmission dans les jours suivants celle du rapport, et en tout cas, avant que les juges se rassemblent pour discuter de la solution.

Ce choix permettrait d'ouvrir la discussion du délibéré sur un débat clair puisque chaque juge aura eu le temps de réfléchir à l'affaire en disposant de différentes appréciations. Préparer ainsi cette étape devrait accélérer la durée du délibéré proprement dit, ce qui anticiperait une éventuelle critique relative à l'allongement du temps de la procédure<sup>839</sup>. La qualité d'un délibéré ne se mesure pas qu'au temps qui lui est consacré un fois les juges réunis pour discuter. S'il est bien préparé, le délibéré est logique qu'il soit plus rapide.

Il ne s'agit pas de voir dans cette proposition une volonté de transformer le délibéré à la française en délibéré à l'américaine. La collégialité de la discussion telle qu'on la connaît mérite d'être conservée. Nous avons eu l'occasion de voir que les Etats-Unis ont une conception du délibéré qui leur est propre. Elle passe par un travail personnel de chaque juge et un interlocuteur privilégié, l'auteur de la décision, auquel sont adressées les modifications dont il devra tenir compte pour obtenir la faveur du vote du juge. La procédure du délibéré est donc caractérisée par la circulation entre les juges de plusieurs projets et opinions séparées. Elle est critiquée parce qu'elle conduit à affaiblir le caractère collégial de la décision, la privant des bénéfices de la recherche d'un consensus.

393. Ce n'est pas le modèle vers lequel il est souhaitable de tendre. Le travail collectif n'a pas obligatoirement à pâtir des opinions séparées. Leur existence ne conduirait pas à faire disparaître le délibéré si leur contenu reste discuté par les juges réunis. Elle ne ferait que faciliter, comme les travaux préparatoires, la délibération au terme de laquelle la décision sera élaborée.

---

*mention des éléments propres à éclairer le débat* », alinéa 2, « *Le magistrat chargé du rapport présente celui-ci à l'audience, avant les plaidoiries, sans faire connaître son avis* », alinéa 3.

<sup>839</sup> Même s'il n'est pas question de proroger le délibéré pour permettre aux juges d'écrire et de communiquer leurs opinions séparées.

Les opinions séparées émises seraient provisoires. Elles pourraient être transmises tant que la rédaction finale de la décision n'aurait pas été arrêtée par la majorité. Etant donné que le délibéré a pour fonction de permettre aux juges délibérants de faire valoir et de confronter leurs points de vue, les discussions peuvent faire évoluer la décision dans un autre sens. De la même manière, les opinions séparées qui seraient émises pourraient faire l'objet de modifications jusqu'au terme du délibéré. Leur auteur resterait libre de la retirer si, dans le courant du délibéré, il obtenait une satisfaction ne justifiant plus selon lui l'intérêt de son opinion.

Un rapprochement avec le rapport s'impose aussi pour définir le mode de communication des opinions séparées. C'est ainsi qu'il conviendrait de prévoir la rédaction effective des opinions séparées et non pas leur présentation orale. L'écriture des opinions séparées est nécessaire dès lors qu'il est prévu que les juges puissent en prendre connaissance avant la discussion du délibéré. Sans compter que le mode écrit serait plus apte à livrer le contenu de la pensée de l'auteur de l'opinion séparée.

Ce que nous proposons est donc une communication interne d'opinions séparées provisoires antérieure à la tenue de l'audience. Elle pourrait être ultime ou bien être renouvelée durant tout le temps du délibéré. La communication interne des opinions séparées supposerait un découpage en deux temps ; avant l'audience et pendant le délibéré. Les opinions séparées seraient, d'abord, formulées de manière provisoire et leur devenir dépendrait de la discussion entre les juges.

Il reste à savoir s'il serait possible de communiquer une opinion séparée durant le délibéré alors qu'elle ne l'aurait pas été avant l'audience. La présentation antérieure à la réunion des juges a tout son sens puisqu'elle permet d'enrichir le contenu des discussions entre les juges. Néanmoins, elle ne pourrait provoquer le rejet d'une communication en cours de délibéré.

394. A la Cour de cassation, il faut reconnaître que la communication interne des opinions séparées avant l'audience s'envisage avec une certaine facilité. L'examen du déroulement de la procédure fait apparaître que, dans les faits, des écrits assimilables à des opinions séparées font déjà l'objet d'une transmission entre les juges. Ainsi, le Président TRICOT explique qu'« *il est fréquent [qu'à l'issue de la conférence après que chaque rapporteur ait reçu les propositions du président et du doyen] que le rapporteur ou d'autres conseillers ou conseillers référendaires distribuent, à leur tour, aux membres de la chambre, avant l'audience, des rédactions différentes* »<sup>840</sup>. On observe l'existence d'une circulation de

---

<sup>840</sup> TRICOT (Daniel) « (...) ces projets comportent ainsi, très souvent, plusieurs "variantes", de nature à répondre aux multiples possibilités de cassation ou de rejet envisagées tout au long de la phase préparatoire qui

propositions personnelles des juges avec les travaux du Conseiller rapporteur. Ces projets sont ni plus ni moins des opinions séparées destinées pour l'instant soit à être reprises dans la décision majoritaire, soit à disparaître.

## 2- La nécessité d'une divulgation externe

395. La communication interne des opinions séparées pourrait avoir pour effet d'éviter toute divulgation externe. Son intérêt est de permettre, à l'occasion du délibéré, d'intégrer, sans l'indiquer, dans la décision majoritaire des éléments contenus dans les opinions séparées. Lorsque le juge qui défend sa position, par le biais d'une opinion séparée, obtient gain de cause aux yeux de ses collègues majoritaires, la publication de sa contribution est vidée de son sens.

Tant que la rédaction de la décision ne serait pas définitivement arrêtée, les opinions séparées resteraient provisoires et pourraient être modifiées ou disparaître. Elles s'inséreraient dans la phase d'élaboration des décisions judiciaires. Ensuite, leur rédaction définitive devrait être organisée pour assurer leur publicité. Devenues définitives, elles entreraient dans la phase de publicité des décisions judiciaires.

La publicité externe des opinions séparées est la condition *sine qua non* de l'utilisation des opinions séparées comme mécanisme de responsabilisation. Néanmoins la divulgation externe peut nécessiter de réglementer divers points.

396. Le premier se situe encore dans la phase d'élaboration de la décision. Nous avons précédemment mis en exergue le rôle du Président de la formation de jugement, notamment, dans le contrôle du contenu des opinions séparées. Si cette formule était dans un premier temps retenue, il s'agirait donc, avant toute chose, de prévoir que l'opinion séparée dans sa forme définitive lui serait soumise afin qu'il effectue sa mission. Il pourrait décider de ne pas autoriser la publication.

397. Il conviendrait de suggérer éventuellement une autre condition, tenant au délai et d'étendre le contrôle du Président de la formation à son respect. Elle serait relative au délai octroyé aux juges pour rédiger, sous leur forme définitive, leur opinion séparée. Par exemple, les juges de la Cour constitutionnelle hongroise « ...disposent d'un délai de 4 jours à compter de la prise de décision pour présenter leur opinion dissidente, la décision de la Cour

---

*s'achève* » : *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation in La Cour de cassation, l'Université et le Droit, Etudes en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, Paris, p. 269.

n'[étant] publiée que 4 jours après le vote final »<sup>841</sup>. La précision de ce délai n'est pas forcément nécessaire. Aussi, le Président de la formation devrait pouvoir indiquer le délai le plus adéquat pour avoir communication de la version définitive des opinions séparées. De la même manière, le non respect du délai de rédaction des opinions séparées, en vue de leur publication, serait sanctionné par l'absence de publicité externe.

398. Une fois le contrôle de la version définitive de l'opinion séparée opéré, il pourrait être souhaitable de solliciter de la majorité de la formation de jugement l'autorisation d'assurer sa divulgation publique. Ainsi le caractère collégial de l'élaboration des décisions serait maintenu. Afin de ne pas pousser les juges à travailler de manière indépendante et de conserver à la décision les bénéfices de leurs échanges, la publicité des opinions séparées pourrait être soutenue par la formation de jugement<sup>842</sup>. L'ensemble des juges, y compris ceux qui auraient procédé au contrôle formel et temporel, se prononcerait sur l'opportunité de porter à la connaissance des parties et du public les opinions séparées émises<sup>843</sup>.

Il ne serait peut-être pas nécessaire que les juges, autres que ceux habilités à exercer un contrôle, disposent de la version définitive des opinions séparées pour se prononcer. La présentation sous forme provisoire leur ayant été communiquée pour être discutée lors du délibéré, ils en connaissent la substance. Elle ne pourrait être modifiée sur le fond une fois la discussion entre les juges terminée.

Dans tous les cas, il faudrait attendre l'assentiment des contrôleurs avant de se prononcer sur l'utilité de la diffusion des opinions séparées puisqu'ils pourraient, dans un premier temps, décider en amont de l'interdire pour des raisons de forme, d'expression ou de présentation tardive.

399. Les opinions séparées doivent faire l'objet d'une divulgation concomitante à celle de la décision. En effet, elles accompagnent la décision et si leur publicité est autorisée, il serait logique qu'elles suivent le régime juridique applicable aux décisions judiciaires. Or, il n'est

---

<sup>841</sup> TROCSANYI (Laszlo), HORVATH (Alexandra), *Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles, En Hongrie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 105. De leur côté, les juges de la Cour constitutionnelle allemande doivent transmettre le texte de leur décision dans les 3 semaines de la rédaction de la décision, §56 alinéa 1 du règlement procédural du 27 janvier 1971 in MASTOR (Wanda), *Contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, 2001, Aix-Marseille 3, p. 147.

<sup>842</sup> MOULY (Christian), *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* PA 18 mars 1994, n°33, p. 19 et ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente in La création du droit par la jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 2.

<sup>843</sup> De la même manière, à la Cour internationale d'arbitrage, ce sont les arbitres majoritaires qui, dans le silence de la loi étatique, sont habilités à se prononcer sur l'opportunité de la communication aux parties des opinions séparées, voir HASCHER (Dominique) et REYMOND (Claude), *Chronique des décisions de procédure*, JDI 1994, p. 1086 ; HUNTER (Martin), *Rapport final sur les opinions dissidentes et exprimées séparément*, Bull. de la CI d'arbitrage de la CCI, n°1, fascicule du 1<sup>er</sup> juin 1996, p. 34.

pas uniforme. La publicité des décisions judiciaires comprend d'une part leur notification et d'autre part, leur publication.

La notification, aux parties essentiellement, des opinions séparées avec la décision est indépendante de leur publication. En effet, ces deux modes de publicité sont soumis à des règles différentes. Le régime juridique applicable à la notification des décisions judiciaires figure dans les dispositions des articles 675 à 682 du NCPC. La loi ne réglemente pas en revanche la publicité des décisions de justice, laquelle dépend de la pratique ou de dispositions éparses. La formation de jugement serait donc habilitée à se prononcer sur la notification aux parties et sur la publication des opinions séparées. Il convient d'estimer que l'autorisation vaudrait pour les deux modes de publicité.

Même si elle devrait être marginale, il faut envisager la question de la publication des opinions séparées alors que la décision n'est pas publiée. Le régime de la publication des opinions séparées devrait suivre, dans tous les cas, celui des décisions judiciaires. Les opinions séparées seraient publiées à condition que la décision le soit elle-même.

## B- Le champ de la publicité

400. Le champ de la publicité des opinions séparées peut être plus ou moins étendu en fonction du but recherché. Si nous n'avons pas mis en lumière que les opinions séparées ont un statut qui dépasse celui qui leur est généralement assigné, une limitation de la publicité à l'énoncé de l'opinion aurait suffi à rendre le processus décisionnel plus transparent (1). En revanche, pour constituer un mécanisme de responsabilisation, l'indication du nom du ou des auteurs serait primordiale (2).

### 1- Une publicité limitée à l'énoncé de l'opinion pour favoriser la transparence

401. Cette forme de publicité suppose la diffusion du contenu des opinions séparées sans que l'identité de leur rédacteur soit révélée<sup>844</sup>. Elle présenterait certains avantages. En écrivant une opinion séparée tout en sachant qu'à sa publication son nom n'y sera pas associé permettrait une rédaction en toute indépendance. L'écriture d'une opinion séparée exprime déjà l'indépendance de son auteur. On songe à voir dans l'anonymat de l'opinion, une plus grande indépendance encore. Dans l'intimité du délibéré, le juge-auteur serait clairement

---

<sup>844</sup> La condition de l'anonymat de l'opinion minoritaire est posée par le Président Jean-Pierre ANCEL comme préalable nécessaire à l'admission de sa publication, dans le but de respecter le secret du délibéré, Op. Cit. Supra.

identifié. Seulement, si la publicité de l'opinion séparée était décidée, elle se ferait anonymement.

Les effets bénéfiques de cette liberté devraient pouvoir profiter indirectement aux parties. En effet, certains juges peuvent se sentir plus à l'aise dans l'anonymat pour exprimer leur position. Ainsi, ils rédigeraient des opinions séparées là où ils ne l'auraient pas fait si leur nom avait été connu du public. Les parties auraient plus largement connaissance des désaccords des juges. La publicité du seul contenu des opinions séparées des juges judiciaires serait déjà une avancée essentielle. Même anonymes, elles seraient une source d'amélioration de la connaissance du droit.

La doctrine pourrait élaborer des analyses juridiques plus riches grâce à l'éclairage apporté par les opinions séparées sur le sens des décisions et sur l'évolution de la jurisprudence.

Il serait donc faux de penser que l'intérêt de l'anonymat des opinions séparées ne se situe que du côté du juge qui bénéficierait d'une indépendance renforcée. Pourtant, on a le sentiment que cette proposition néglige le fait que la justice a pour but de protéger les parties et non le juge judiciaire et que le statut des opinions séparées peut évoluer vers l'organisation d'un contrôle de l'activité du juge.

402. La faiblesse de l'anonymat réside dans l'impossibilité de responsabiliser l'auteur de l'opinion séparée. Le choix d'écrire une opinion séparée doit impliquer véritablement le juge. Or, taire la paternité des propos crée une déresponsabilisation. Puisqu'il n'est en aucun cas obligé de faire connaître publiquement sa position, il lui revient d'assumer son choix de transparence.

La publication des opinions séparées de manière anonyme risquerait d'accentuer l'absence de responsabilisation des juges dans l'exercice de leur travail. Sous une décision collégiale anonyme, figureraient une ou plusieurs opinions séparées anonymes. Cela ne ferait que renvoyer à l'opinion publique l'image d'une justice qui n'assume ni ses décisions, ni ses choix.

Autant on comprend que l'anonymat soit conservé lorsqu'il s'agit d'insérer les opinions des juges minoritaires dans la décision elle-même<sup>845</sup>, autant l'absence de signature d'un document distinct laisse perplexe. Il n'est pas rare qu'en matière d'arbitrage, les opinions des arbitres minoritaires soient incluses dans la sentence majoritaire<sup>846</sup>. De cette incorporation découle

---

<sup>845</sup> Un temps, la Cour constitutionnelle allemande a procédé ainsi.

<sup>846</sup> Cf. POUURET (Jean-François), *Légitimité et opportunité de l'opinion dissidente dans le silence de la loi ? Poursuite d'un débat amical in Autour de l'arbitrage*, Liber amicorum Claude REYMOND, Litec, 2004, Paris, p. 244 et s.

l'anonymat. L'absence d'identification de l'auteur ne se justifie pas en cas d'opinions véritablement séparées.

2- Une publicité incluant l'identification de l'auteur de l'opinion dans le but de responsabiliser le juge judiciaire

403. Préférer l'identification de l'auteur de l'opinion à son anonymat peut apparaître radicale. Cela revient à proposer le passage d'une procédure opaque à une procédure largement transparente sans étape intermédiaire. Or, l'étude des expériences étrangères nous a donné l'occasion de souligner les cas fréquents de mises en place progressives des opinions séparées au sein des systèmes juridictionnels<sup>847</sup>. La mise en place des opinions séparées reste tout de même souple. Ainsi, la Cour constitutionnelle albanaise a rapidement prévu après son institution tardive l'expression entièrement publique des opinions séparées<sup>848</sup>. Le retard pris par les juridictions judiciaires justifie de faire évoluer plus rapidement le processus juridictionnel vers plus de transparence. Surtout, rendre public le nom de l'auteur de l'opinion séparée s'inscrit dans la recherche actuelle de moyens de favoriser la responsabilisation personnelle du juge. La crise actuelle que vit l'institution judiciaire justifie que le nom du juge-auteur soit indiqué. Une opinion séparée doit engager le juge qui l'a rédigée. L'énonciation publique d'un désaccord avec la majorité doit être assumée personnellement. La publicité de l'opinion séparée devrait donc entraîner *ipso facto* celle du nom de son auteur. Egalement, la nature doctrinale des opinions séparées est un facteur déterminant. La liberté est indissociable du travail de la doctrine. Celle de signer de son nom une opinion séparée est primordiale.

Une hypothèse aurait pu consister à laisser aux auteurs d'opinions séparées le choix de révéler leur identité. Elle n'apparaît pas très opportune. La recherche de l'identité du juge risquerait de prévaloir sur l'intérêt de disposer de son opinion séparée, sans compter les spéculations sur les raisons de l'absence de volonté du juge d'être identifié. Ainsi, étant donné l'importance de l'objectif de responsabilisation du juge judiciaire, chaque auteur devrait signer de son nom son opinion séparée. En cas d'opinion unique, la signature de tous ceux qui auraient contribué à sa rédaction serait requise.

---

<sup>847</sup> Voir *Supra*, Partie I, T I, C II, S I, §2.

<sup>848</sup> La Cour constitutionnelle d'Albanie a été instituée par la loi constitutionnelle du 29 avril 1992 et c'est la loi n°8577 du 10 février 2000, relative à l'organisation et au fonctionnement de la Cour constitutionnelle de la République d'Albanie qui prévoit, dans son article 72, l'expression publique des opinions séparées : <http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES%202005/a16507/b16559/c16560>.



Dans les deux cas, si un juge n'a pas participé à la rédaction d'une opinion séparée à laquelle il adhère néanmoins, il pourrait en la signant, indiquer son ralliement et il en serait fait mention.

Le fait de prévoir l'indication du nom de l'auteur d'une opinion séparée devrait aussi rationaliser l'expression des opinions séparées. L'obligation d'assumer publiquement ses choix pourrait éviter que des opinions séparées soient émises à la légère. Leur publication se ferait dans une mesure peut-être plus raisonnable qu'en cas d'opinions séparées anonymes.

## **Section II- Les règles d'utilisation des opinions séparées**

404. Le désaccord du juge judiciaire avec la décision peut tout autant porter sur une question de droit essentielle que sur une variation de l'analyse des faits de l'espèce. La question est de savoir s'il serait opportun d'autoriser le juge judiciaire à exprimer tout points de discordance ou seulement aux plus importants. Il est ainsi nécessaire de déterminer les modalités d'utilisation des opinions séparées (§1). La Cour de cassation étant la dernière juridiction à se prononcer en droit sur une affaire susceptible d'avoir fait l'objet de décisions accompagnées d'opinions séparées, il convient d'examiner l'utilisation qui pourrait être faite, devant elle, de ces contributions (§2).

### **§1- Les modalités d'utilisation**

405. Pour endiguer la crainte de voir les opinions séparées se propager de manière démesurée dans le système judiciaire, l'argument pourrait consister à réserver les opinions séparées à certains cas de figure. Après avoir isolé les motifs du cantonnement des opinions séparées à certaines questions (A), nous tenterons d'identifier les questions concernées (B).

#### **A- Les motifs du cantonnement des opinions séparées à certaines questions**

406. Les dispositions qui organisent la possibilité pour les juges de s'exprimer séparément ne définissent, en général<sup>849</sup>, pas de cadre précis pour l'exercer. Dans une étude approfondie de la dissidence au Canada, Mmes les Professeurs BELLEAU et JOHNSON ont identifié

---

<sup>849</sup> Voir pour un cas contraire, Infra Partie II, T II, C II, S II, §1, B.

différents types de dissidence afin de faire apparaître les multiples éléments sur lesquels une dissidence, au sens large, peut porter. Ainsi, les opinions séparées des juges de la Cour suprême du Canada, laquelle n'est pas une juridiction uniquement constitutionnelle<sup>850</sup>, sont relatives à : des points techniques, des éléments procéduraux, la qualification des faits, des concepts juridiques (la famille, le consentement...), des développements dans un domaine du droit, des désaccords avec les juges experts sur des points spécifiques au droit, des aspects particuliers aux parties, des désaccords sur les limites et les possibilités du pouvoir judiciaire, la détermination des personnes à protéger et l'établissement de la démarcation entre la collectivité et l'individu, des conflits relatifs sur des débats de société<sup>851</sup>.

L'absence de limitation du contenu des opinions séparées comporterait le risque de dissoudre l'intérêt de celles qui contribuent réellement à faire progresser le droit. Il vaudrait mieux favoriser la rédaction d'opinions séparées sur des questions particulières. De cette manière, elles auraient certainement meilleure presse. Leur concours à la formation du droit ne souffrirait pas de la publication d'opinions séparées de moindre importance.

407. Surtout, l'introduction des opinions séparées dans le système judiciaire français trouve une justification théorique au regard de la crise actuelle. La mise en œuvre pratique des opinions séparées ne doit pas apparaître en discordance avec l'existence d'une masse contentieuse en perpétuel afflux. Ne pas limiter le recours aux opinions séparées reviendrait à s'en remettre à la sagesse des juges pour ne pas consacrer de temps à la rédaction d'opinions séparées dont l'apport serait négligeable. Autoriser les juges à développer leur position sur des points non essentiels risquerait d'être un contresens. Il n'est pas possible de constater le manque de temps des juges judiciaires pour traiter rapidement leurs dossiers et de proposer parallèlement qu'ils en prennent pour rédiger des opinions séparées sur tous points de désaccord avec la décision majoritaire. L'image de la justice ne pourrait être améliorée par la prolifération d'opinions séparées dont le contenu intéresserait plus leur auteur que le lecteur. Nous avons déjà envisagé l'attribution à la formation de jugement d'un pouvoir d'autorisation de publication. Elle pourrait être amenée à apprécier la pertinence de la publication au regard du contenu des opinions séparées. Si elle estimait que par la faiblesse de son intérêt une opinion séparée pourrait nuire à l'autorité de la décision, elle éviterait en toute logique de la

---

<sup>850</sup> Pour le rôle de la Cour, voir sa présentation sur le site [http://www.scc-csc.gc.ca/AboutCourt/role/index\\_f.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/AboutCourt/role/index_f.asp).

<sup>851</sup> BELLEAU (Marie-Claire), JOHNSON (Rebecca), *Les opinions dissidentes*, Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement, 18 octobre 2005, Grand'Chambre de la Cour de cassation, disponible sur le site de la Cour : [http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18\\_10\\_2005\\_intervention\\_belleau\\_johnson.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18_10_2005_intervention_belleau_johnson.pdf), p. 16 et s.

divulguer aux parties et à l'opinion publique. Néanmoins, les questions sur lesquelles les opinions séparées pourraient porter méritent d'être précisées.

#### B- L'identification des questions concernées

408. Pour les raisons qui viennent d'être exposées, la limitation des opinions séparées pourrait être préférable. Il reste à déterminer la nature des questions susceptibles de faire l'objet de l'expression publique des désaccords des juges.

En s'inspirant d'une distinction juridique classique, les opinions séparées pourraient être utilisées en cas de désaccord non pas sur une simple question de fait mais uniquement sur une question de droit. C'est la première limite qu'il semblerait judicieux d'établir pour rationaliser en amont l'utilisation des opinions séparées. Celle-ci doit rester dans des proportions raisonnables pour être crédible. Également, la perspective de l'élaboration des mêmes règles de mise en place des opinions séparées pour l'ensemble des juridictions judiciaires milite dans ce sens. Il faudrait, en effet, tenir compte du fait que la Cour de cassation n'est pas habilitée à apprécier les éléments de fait.

Toute question de droit ne mérite certainement pas d'être discutée dans une opinion séparée. Seule l'expression par le juge judiciaire de son désaccord sur une question juridique importante présenterait un intérêt réel. Même si pour les parties concernées toute affaire est importante, il serait sûrement nécessaire de concentrer l'expression d'opinions séparées pour les affaires qui soulèvent une question juridique qui fait débat. S'agissant de celles présentant un caractère anodin, l'issue s'impose assez rapidement. La controverse n'existe pas.

409. La recherche de la maîtrise de l'expression des opinions séparées pousse encore à s'intéresser, au-delà des questions juridiques importantes, aux questions impliquant l'avenir de la société.

Lorsque la jurisprudence de la Cour de cassation fait l'objet de critiques sévères<sup>852</sup>, c'est en général pour reprocher aux juges la manière dont ils ont traité une question de société. Dans les affaires délicates, les juges ont parfois des difficultés à anticiper correctement la réaction des médias et de l'opinion publique.

Les conséquences d'une mauvaise explication sont l'incompréhension et le rejet des décisions. C'est ce qui s'est produit lors du jugement d'affaires sur la responsabilité

---

<sup>852</sup> La Cour de cassation est la première visée en raison de sa position et de l'importance de certaines questions sur lesquelles elle doit se prononcer. Les juridictions du fond ne sont toutefois pas exemptes de reproches.

médicale<sup>853</sup>, ou sur la responsabilité pénale de l'auteur d'une interruption accidentelle de grossesse. Au sujet de ces affaires sensibles, le Premier président CANIVET estime que l'on peut contester, sur le fondement éthique, les solutions adoptées. Cependant, il ne faut pas méconnaître le fait que les juges ont largement débattu, lors des délibérés, les principes fondamentaux en cause<sup>854</sup>. Il est vrai que la publication du rapport du Conseiller rapporteur et de l'Avocat général atteste la réalité d'une réflexion approfondie. Elle reste, en revanche, insuffisante en comparaison de celle apportée par les opinions séparées. Tous les moyens devraient être mis en œuvre pour que, dès la publication de telles décisions, et sans attendre le prochain BICC ou Rapport annuel de la Cour de cassation, la doctrine et les justiciables en comprennent le sens et soient convaincus de leur bien-fondé juridique à défaut, parfois, de les accepter sur le plan moral. La proposition du Président ANCEL de limiter la publication de l'avis minoritaire « *...aux pourvois posant, non seulement une question juridique importante et controversée, mais également une question de société* »<sup>855</sup> apparaît dès lors très pertinente.

410. Il est important de noter que le Comité consultatif national d'éthique (ci-après CCNE) joint désormais à ses avis des « contributions complémentaires » signées individuellement. Celles-ci ressemblent fortement aux opinions séparées. Le CCNE a été créé en 1983 pour donner des avis sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevées par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé. Il s'agit d'une autorité indépendante composée de plusieurs personnalités nommées pour leurs compétences<sup>856</sup>. La publication de ces « contributions » prend place sous le texte de l'avis, elle émane d'un membre du Comité qui peut signer de son nom et son contenu porte sur l'avis précédemment rendu par l'ensemble du Comité. En outre, comme a pu le souligner le Professeur GALLOUX, on a longtemps pu rapprocher la logique rédactionnelle et la

---

<sup>853</sup> Le souvenir de « l'arrêt Perruche » est éloquent, AP 17 novembre 2000, JCP, II, 10438, Rapport SARGOS (Pierre), conclusions SAINTE-ROSE (Jerry).

<sup>854</sup> CANIVET (Guy), *La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique* in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Dalloz, 2005, Paris, p. 387.

<sup>855</sup> ANCEL (Jean-Pierre), Op. Cit. Supra, p. 2-3. Il définit ces pourvois comme étant ceux qui « *... mettent en cause l'équilibre à trouver entre des intérêts en conflit, que les juges est chargé d'arbitrer pour la recherche du « bien commun* » » et cite, pour illustrer son propos, les affaires en matière de responsabilité médicale, celles concernant les victimes de l'amiante, ou encore celles relatives à la possibilité pour une mère naturelle de déléguer l'autorité parentale sur son enfant à sa concubine homosexuelle.

<sup>856</sup> Voir pour la présentation générale du CCNE, <http://www.ccne-ethique.fr/francais/htm/present.htm>.

présentation des avis du style judiciaire<sup>857</sup>. La nouveauté de la publicité donnée aux contributions des membres du comité l'en éloigne désormais.

La publication sous l'avis de ces « opinions séparées », qui n'en ont pas le titre, n'a pas été considérée comme incompatible avec le secret qui entoure les délibérations du comité. Celui-ci est même renforcé en ce sens que, comme à la Cour d'Assises, le scrutin lui-même peut être secret. En effet, l'article 11 du Décret n°97-555 du 29 mai 1997 dispose que « *les séances du comité et de sa section technique ne sont pas publiques. Le vote au scrutin secret est de droit sur décision du président ou sur demande d'un ou plusieurs membres présents...* »<sup>858</sup>.

Permettre aux membres du comité de s'exprimer séparément ne se posait donc pas comme une évidence. Malgré l'absence de publicité accordée aux séances, une dose de transparence a pu être introduite. Ne pas ouvrir ses délibérations au public permet aux membres du comité de travailler sereinement et de se poser toute sorte d'interrogations. En revanche, en donnant accès aux commentaires de certains membres, le débat a l'avantage de ne pas se clore avec l'avis et de se poursuivre. L'expression d' « opinions séparées » se comprend aux vues de la difficulté des questions auxquelles le comité doit répondre<sup>859</sup>. Le nombre important des membres, issus d'horizons variés favorise les consensus plutôt que l'unanimité<sup>860</sup>. Le Comité a su mettre en place une procédure par laquelle il renseigne sur des problèmes techniques et fait valoir ses points de vue sans faire taire le débat à l'origine de sa saisine<sup>861</sup>.

Si l'absence de caractère juridictionnel du CCNE limite la comparaison avec les juridictions judiciaires, cette expérience met en valeur l'intérêt d'une pluralité d'opinions lorsqu'il s'agit de résoudre des questions délicates.

---

<sup>857</sup> GALLOUX (Jean-Christophe), *Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ?* in *La doctrine juridique*, 1993, Paris, p. 249.

<sup>858</sup> <http://www.ccne-ethique.fr/francais/htm/presen2.htm>.

<sup>859</sup> Le Rapport 2005, paru en 2007, présente les avis de l'année qui portait sur le refus de traitement et l'autonomie de la personne (avis n°87 du 14 avril 2005) ; les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques (avis n°88 du 23 juin 2005) ; la conservation des corps des fœtus et enfants morts-nés (avis n°89 du 22 septembre 2005) ; l'accès aux origines, l'anonymat et le secret de la filiation (avis n°90 du 24 novembre 2005), <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/9782110062970/>.

<sup>860</sup> Le comité comprend, outre son président, 5 personnalités désignées par le Président de la République et appartenant aux principales familles philosophiques et spirituelles + 19 personnalités qualifiées choisies en raison de leur compétence et de leur intérêt pour les problèmes d'éthique + 15 personnalités appartenant au secteur de la recherche.

<sup>861</sup> C'est tout l'intérêt des opinions séparées. Selon Dominique ROUSSEAU, « ...la publication des opinions dissidentes offre cette légitimité en signifiant que la décision majoritaire s'inscrit dans un processus de discussion continue, que le travail d'argumentation n'est pas fini avec la décision, que les interprétations minoritaires participent toujours de ce travail et peuvent, un jour, « faire la décision ». Par ces qualités, elles sont aussi un des instruments qui fait la démocratie continue », ROUSSEAU (Dominique), *Pour les opinions dissidentes* in *Droit constitutionnel*, Mélanges Patrice GELARD, Montchrestien, 2000, Paris, p. 328.

Les opinions séparées devraient être utilisées comme un lien entre la justice judiciaire, peu encline à jouer un rôle didactique, et les justiciables. Les décisions devraient être adaptées à une société qui est parfois en avance sur la réponse que les juges peuvent apporter en l'état du droit. C'est précisément sur les décisions qui concernent les justiciables qu'il est important que les juges puissent expliquer leurs désaccords et présenter un point de vue différent, dans lequel ils se retrouveraient.

411. Certaines affaires concernent l'opinion publique parce qu'elles touchent aux valeurs de la société. Hier, la question du changement de sexe des transsexuels ou encore celle des mères porteuses faisait débat, aujourd'hui elle s'intéresse au délicat problème de l'adoption d'un enfant né sous X ayant fait l'objet d'une reconnaissance paternelle prénatale<sup>862</sup>. Les juges ne doivent pas manquer de s'impliquer personnellement sur de tels sujets. C'est pourquoi il est nécessaire de répondre aux attentes des justiciables. On peut objecter que la société n'est pas uniforme et que tous les individus ne sont pas sensibles aux mêmes choses. Les questions de société, qu'elles divisent ou qu'elles rassemblent ne sont pas difficiles à identifier étant donné que les médias les relaient largement. Selon le Professeur COURBE « ... nos contemporains sont de plus en plus sensibilisés à la survenance de tout évènement ou à l'existence d'une situation qui paraît porter atteinte aux droits de l'homme »<sup>863</sup>. Cette évolution de la société implique que sur les questions importantes pour elle les juges s'investissent personnellement.

De surcroît, les affaires qui impliquent l'examen d'une conformité aux droits de l'homme sont de plus en plus nombreuses. Elles placent le débat sur le terrain des valeurs<sup>864</sup>. L'expression d'opinions séparées permettrait aux différentes philosophies de s'affronter. Ce n'est pas parce

---

<sup>862</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 avril 2006, voir le commentaire de REVEL (Janine), *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père*, D. 2006, Chron., p. 1707.

<sup>863</sup> COURBE (Patrick), *L'application directe de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, D 2006, Chron., p. 1488. L'auteur qualifie même l'opinion publique de « droit de l'homme » au regard des faits ayant conduit à l'arrêt rendu par la Première chambre civile, le 14 juin 2005, qu'il commente. En l'espèce la population d'un village avait fait barrage à l'intervention des forces de l'ordre devant exécuter une décision de justice ordonnant le retour d'un enfant aux Etats-Unis, une pétition circulait sur internet depuis que l'arrêt d'appel avait été rendu.

<sup>864</sup> « La dissidence a valeur particulière lorsque les valeurs de la société sont en cause. L'émergence des droits de l'homme a entraîné une croissance soutenue du nombre de litiges constitutionnels nécessitant l'examen et l'interprétation de valeurs. C'est notamment la situation à laquelle est confrontée la Cour suprême du Canada depuis l'adoption de la Charte des Droits et Libertés en 1982. Il serait toutefois réducteur de chercher à limiter l'influence des philosophies sociales aux seules décisions de droit constitutionnel », GONTHIER (Charles), *Les opinions dissidentes in Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du Premier Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du Français, AHJUCAF, 17 et 19 mai 2004, disponible sur la page internet : [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/gonthier.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/gonthier.htm).

que l'une réunit une majorité que les autres sont sans intérêt et que leur connaissance n'est pas utile pour l'avenir à défaut pour l'heure de s'imposer. Il est important de conserver un pluralisme d'idées lorsque les juges interviennent sur un sujet de société car l'opinion publique a besoin de retrouver dans la justice le reflet de ce qu'elle est.

Son expérience au sein de la Cour suprême du Canada a permis à Mme le Juge L'HEUREUX-DUBE d'estimer que « ... *les opinions dissidentes dans les jugements dont l'objet revêt une grande importance pour la société civile, ou qui soulèvent des questions de droit nouvelles, permettent au droit de s'adapter aux valeurs nouvelles de la société...* »<sup>865</sup>. Parfois, des questions essentielles juridiquement, ou socialement, sont examinées par le juge judiciaire avant de faire l'objet d'une réglementation. Les conceptions des juges s'affrontent alors d'autant plus qu'en l'absence de disposition, plusieurs issues peuvent être envisagées. Sur des domaines nouveaux ou techniques, les juges s'expriment en général au sein d'un collège<sup>866</sup>. Il serait bien que cette collégialité effective lors de l'élaboration de la décision se retrouve au-delà sous la forme individualisée qu'est l'expression d'opinions séparées. Alors que le législateur tarde à élaborer une réglementation, il ne convient pas de fermer la porte à une philosophie qui, dans tous les cas, est celle d'une partie de la société.

Evidemment, les juges privilégieront la rédaction d'une opinion séparée dans les affaires soulevant une question juridique importante parce qu'elle est controversée, parce qu'elle est nouvelle, et/ou qu'elle concerne la société. C'est d'ailleurs le constat qu'a pu faire le Professeur ROUSSEAU au terme de l'examen des différentes contributions qu'il a réunies sur le thème des opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles. Il ressort que les opinions séparées sont soumises à l'exigence d'être utilisées avec discernement, sur des grandes questions ou en cas de différends importants<sup>867</sup>.

412. Pour autant, la limitation des opinions à certaines questions n'est jamais inscrite dans un texte. Le cas du Statut de la Cour pénale internationale adopté le 17 juillet 1998<sup>868</sup> semble

---

<sup>865</sup> L'HEUREUX-DUBE (Claire), *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles* in *L'opinion dissidente : voix de l'avenir ?* Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 94.

<sup>866</sup> « Loin d'être une mascarade, la collégialité lorsqu'elle est vécue comme une équipe solidaire, peut s'avérer précieuse et nécessaire dans certains domaines délicats comme la propriété littéraire et artistique, les diverses responsabilités professionnelles, certains aspects du droit de la presse », RAGUIN (Xavier), *Juge de la mise en état et juge rapporteur* in *TGI de Nanterre, Juge Civil, Juge Consulaire : Esprit et Méthodes*, Colloque du 28 mars 1995, GP 27 juin 1995, p. 713.

<sup>867</sup> *Synthèse*, Op. Cit. Supra, p. 110.

<sup>868</sup> Disponible sur la page internet : [http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Statut\\_du\\_rome\\_120704-FR.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Statut_du_rome_120704-FR.pdf).

être l'exception. Même s'il s'agit d'une juridiction internationale, il est pertinent de souligner l'existence de cette disposition en raison du caractère récent de la Cour et de son Statut. L'article 83 alinéa 4 dispose qu' « ...un juge peut présenter une opinion individuelle ou une opinion dissidente sur une question de droit »<sup>869</sup>. Il serait donc tout à fait envisageable de réglementer le type de questions sur lesquelles des opinions séparées des juges judiciaires pourraient être émises.

## §2- Les cas d'utilisation devant la Cour de cassation

413. L'idée de faire de l'existence d'opinions séparées un cas d'ouverture d'un pourvoi en cassation est liée au sentiment qu'elles peuvent être utilisées comme instrument d'une plus grande rapidité du processus de formation de la jurisprudence. Si les conditions d'utilisation des opinions séparées devaient être effectivement limitées aux questions juridiques importantes et de société, dont la solution est controversée ou nouvelle, il y aurait tout lieu de voir dans leur expression l'indice d'un problème nécessitant l'intervention de la Cour de cassation dans le but de poser des règles de principe permettant d'assurer l'unité du droit applicable. Proposer les opinions séparées comme cas d'ouverture à cassation serait une voie moyenne entre deux situations non souhaitables, l'une, parce qu'elle est trop frileuse, au contraire de l'autre qui dépasse les limites du raisonnable.

414. D'une part, il serait intéressant d'utiliser les opinions séparées comme soutien d'un moyen de cassation. Les avocats, dans les affaires soumises à l'exercice d'un pourvoi, ne manqueraient certainement pas de faire référence aux opinions séparées des juges du fond pour convaincre les juges de la Cour de cassation de leur argumentation. Ils s'appuieraient sur les arguments qui y seraient développés comme ils se servent des autres références que sont les décisions antérieures et la doctrine universitaire. Il conviendrait cependant d'aller au-delà. D'autre part, il n'est pas question que les opinions séparées deviennent un cas de cassation automatique. Elles peuvent révéler une violation de la loi, néanmoins cela ne fait pas d'elles des cas de violation de la loi.

---

<sup>869</sup> Cet article est relatif aux arrêts de la Chambre d'appel de la CPI et débute ainsi « *L'arrêt de la Chambre d'appel est adopté à la majorité des juges et rendu en audience publique. Il est motivé. Lorsqu'il n'y a pas unanimité, il contient les vues de la majorité et de la minorité, mais (...)* ». De manière originale, les opinions séparées ne sont pas prévues pour le premier niveau, ainsi l'article 74 alinéa 5 dispose « *La décision est présentée par écrit. Elle contient l'exposé complet et motivé des constatations de la Chambre de première instance sur les preuves et les conclusions. Il n'est prononcé qu'une seule décision. S'il n'y a pas unanimité, la décision contient les vues de la majorité et de la minorité. (...)* ».



L'hypothèse consistant à fonder un pourvoi sur l'existence d'opinions séparées pourrait nécessiter la création d'un nouveau cas d'ouverture peu opportune à l'heure actuelle (A). En revanche, l'association des opinions séparées à la procédure du pourvoi dans l'intérêt de la loi est une piste qui mérite d'être examinée (B).

#### A- Le caractère inapproprié de la création d'un nouveau cas d'ouverture à cassation fondé sur l'existence d'opinions séparées

415. Il existe plusieurs cas d'ouverture du pourvoi en cassation. Ils figurent de manière éparse dans le NCPC. Souvent mentionnés dans les manuels de procédure, leur nombre n'y est pas toujours indiqué de manière identique<sup>870</sup>. Les parties forment donc leur pourvoi sur l'un de ces fondements.

Ni le fait d'ajouter un autre cas d'ouverture à cassation à ceux déjà existants, ni celui de fonder un pourvoi en cassation sur l'existence d'opinions séparées serait pertinent.

Permettre aux parties d'exercer ce recours aurait pour effet d'augmenter de manière trop importante le nombre de pourvois. Le bénéfice qui pourrait en être tiré serait négligeable face à l'encombrement des juridictions judiciaires que cela entraînerait.

La création d'un nouveau cas d'ouverture d'un pourvoi, au profit des parties, est rendue impossible par le nombre déjà très élevé de recours exercés. Selon le Professeur CHARTIER, « ...le développement de l'usage de moyens comme le défaut de base légale, le défaut de réponse à conclusions, ou le grief de dénaturation, ne pouvait rester sans conséquence »<sup>871</sup>.

Donner aux parties toute latitude pour former un nouveau pourvoi n'est pas une bonne démarche. Une utilisation parcimonieuse des recours est nécessaire. Or, elle ne serait pas

---

<sup>870</sup> Dans leur ouvrage, *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> édition, Objectif droit, Litec, Paris, 2005, p. 87 et s., Hervé CROZE, Christian MOREL et Olivier FRADIN distinguent la liste traditionnelle des cas d'ouverture à cassation de la conception du NCPC. Ils citent, pour la première, la violation de la loi au sens strict, la violation des formes, l'incompétence, l'excès de pouvoir, la perte de fondement juridique, la contrariété de jugements, les vices de motivation de forme – défaut de motif, contradiction de motifs, motifs dubitatifs ou hypothétiques, défaut de réponse à conclusions et ceux de fond – défaut de base légale et pour la seconde, la non conformité du jugement aux règles de droit, l'omission de statuer et *ultra petita*, la contrariété de jugements. Dans son ouvrage, *Procédure civile*, 14<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006, Paris, p. 466 et s., Gérard COUCHEZ présente une liste comprenant la violation de la loi, l'incompétence, l'excès de pouvoir, la contrariété de jugements, l'inobservation des formes et la perte de fondement juridique.

<sup>871</sup> CHARTIER (Yves), *De l'An II à l'An 2000, Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 283. Selon l'auteur, seule une réduction des cas d'ouverture à cassation pourrait permettre à la Cour de cassation d'intégrer dans ses arrêts de longs développements juridiques pour répondre à la critique qui lui est faite de ne pas être didactique.

assurée en l'occurrence malgré le caractère non suspensif du pourvoi<sup>872</sup>. Au contraire, dès lors que son exercice est laissé à l'appréciation des parties, le risque serait grand d'assister à une multiplication des recours sans recherche autre que l'avantage privé qui pourrait en ressortir.

Il ne convient pas de toute façon d'analyser l'existence d'opinions séparées comme fondement possible d'un pourvoi dès lors que l'on s'accorde à leur reconnaître une nature doctrinale. Cette démarche nécessiterait de faire entrer les opinions séparées dans la décision qu'elles ne font qu'accompagner.

L'utilisation des opinions séparées devant la Cour de cassation doit s'envisager de manière exceptionnelle en ce sens qu'il ne s'agit pas de refondre la procédure du pourvoi. Simplement, il serait dommage de ne pas profiter des potentialités des opinions séparées pour adapter le rôle de la Cour de cassation aux nécessités actuelles.

#### B- Le bénéfice réel de l'association des opinions séparées au pourvoi dans l'intérêt de la loi

416. Nous venons de souligner l'inefficacité d'une ouverture plus large du pourvoi en cassation au profit des parties. L'effet supposé serait de contribuer à la lenteur de la justice, objet de critiques croissantes. En revanche, on sait que le Procureur général près la Cour de cassation, bien conscient, lui, des contingences judiciaires, est habilité à former un recours dans l'intérêt de la loi. Il serait approprié d'élargir sa mission à l'hypothèse de l'expression d'opinions séparées. En conservant la procédure existante, il s'agirait de faire des opinions séparées un nouveau fondement du pourvoi dans l'intérêt de la loi (1). Cela permettrait de tirer profit de l'utilité de pouvoir identifier, au travers de l'expression d'opinions séparées, les problèmes nécessitant une étude rapide parce qu'ils sont importants juridiquement ou socialement (2). Ce procédé devrait raccourcir la durée d'élaboration de la jurisprudence. L'ensemble des juges judiciaires connaîtrait la position de la Cour de cassation et aurait donc la possibilité d'en faire application au plus tôt.

##### 1- Un nouveau fondement du pourvoi dans l'intérêt de la loi

417. Suivant les termes de l'article 17 de la loi du 3 juillet 1967, le pourvoi dans l'intérêt de la loi peut être exercé à l'initiative du Procureur général de la Cour de cassation lorsque les

---

<sup>872</sup> Caractère qui implique que la décision soit exécutée et qui a été renforcé par les dispositions de l'article 1009-1 du NCPC permettant au Premier président de la Cour de cassation de retirer du rôle une affaire qui n'a pas fait l'objet d'une exécution.

parties n'ont pas elles-mêmes formé de pourvoi. Il faut donc noter le caractère subsidiaire de l'intervention du Procureur général. Les parties n'ayant pas souhaité faire annuler la décision rendue par la juridiction inférieure, l'issue du pourvoi ne peut modifier leur situation. La cassation est prononcée dans « ... *un intérêt purement doctrinal, pour éclairer les juridictions et les usagers du droit* »<sup>873</sup>.

L'utilisation des opinions séparées pour fonder un pourvoi dans l'intérêt de la loi serait plus que subsidiaire puisque les parties ne pourraient pas, elles-mêmes, fonder un pourvoi sur le moyen tiré de l'existence d'opinions séparées. La maîtrise du flux des affaires à juger exigerait, en effet, de réserver au Procureur général la faculté de saisir la Cour de cassation d'un pourvoi. L'intérêt doctrinal de l'arrêt de cassation résultant d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi serait inchangé.

En revanche, il faudrait élargir l'article 17 de la loi du 3 juillet 1967 afin d'ajouter à la violation des lois, des règlements ou des formes dans lesquelles il convient de procéder, l'existence d'opinions séparées. Lorsque le Procureur général apprendrait que, dans une ou dans plusieurs affaires posant un problème similaire, des opinions séparées auraient été émises, il pourrait saisir la Cour de cassation d'une décision contre laquelle aucun pourvoi n'aurait été formé dans le délai fixé ou qui aurait été exécutée.

418. La saisine de la Cour de cassation se fait de manière large. Toutes les Chambres peuvent se voir attribuer l'examen du pourvoi dans l'intérêt de la loi. En l'occurrence, il serait intéressant de prévoir un renvoi devant la Chambre mixte. C'est la formation la mieux placée pour former une jurisprudence stable<sup>874</sup>. La réunion de la Chambre mixte permettrait de déterminer rapidement la « *politique jurisprudentielle* »<sup>875</sup> de la Cour de cassation. Elle peut intervenir de manière préventive, en application des dispositions de l'article L 431-5 du COJ, afin de poser les bases d'une interprétation uniforme des règles de droit. Cela garantirait aux

---

<sup>873</sup> BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière pénale*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2004, Paris, p. 497.

<sup>874</sup> Récemment, la Chambre mixte est intervenue pour mettre fin à un désaccord opposant la Chambre commerciale et la première Chambre civile de la Cour de cassation sur la question de l'effet substantiel du jugement : Mixte, 17 nov. 2006, D. 2007, note LIBCHABER (Rémy), *Incertitudes sur l'effet substantiel des jugements*, p. 842 et s.

<sup>875</sup> Voir pour une étude de la notion de « *politique jurisprudentielle* » et de la construction des politiques jurisprudentielles, CANIVET (Guy) et MOLFESSIS (Nicolas), *La politique jurisprudentielle* in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, Paris, 2007, p.79 et s. Les auteurs indiquent en introduction que « *la politique jurisprudentielle n'est donc pas la jurisprudence ; elle est le chemin suivi par cette dernière dans un domaine particulier ou sur une question spécifique. Elle entend donc être au fondement de la jurisprudence, comme soubassement des décisions, ligne directrice et donc inspiratrice du juge. Elle veut être le souffle qui guide la jurisprudence* ».

justiciables une plus grande unité dans l'application du droit<sup>876</sup>. Etant donné que le Procureur général est déjà habilité à requérir le renvoi devant la Chambre mixte<sup>877</sup>, aucune disposition nouvelle ne serait nécessaire.

419. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi est rare<sup>878</sup>. Sa réhabilitation serait motivée par le souci de régler un problème au plus tôt et avant qu'il soit à l'origine de multiples procédures. Cela nécessiterait de ne pas entendre le terme de loi strictement.

Pour parfaire ce schéma, il conviendrait de reconnaître au pourvoi exercé par le Procureur général un effet sur les affaires posant la même difficulté, qui auraient fait l'objet d'un pourvoi de la part d'une partie et seraient en attente d'être examinées. On pourrait imaginer un sursis à statuer pour les affaires pendantes devant l'une des formations de la Cour de cassation dans l'attente de la décision de la Chambre mixte.

L'expression d'opinions séparées serait le moteur de ce recours dont la vocation consisterait à répondre sans trop tarder au besoin des juges de disposer d'une ligne directrice de la Cour de cassation dont la stabilité serait garantie par la saisine de la Chambre mixte.

## 2- Une identification des problèmes importants juridiquement ou socialement

420. Les opinions séparées sont un indicateur assez fiable de la nature des questions importantes ou nouvelles portées à la connaissance des juges judiciaires. Il serait intéressant que ce potentiel serve à répondre à l'actuel problème de procédure interne que connaît la Cour de cassation et qui résulte de son engorgement. A l'origine de celui-ci, on trouve une négligence de l'institution judiciaire. En effet, elle ne se préoccupe pas suffisamment de répondre au besoin des justiciables que soient rendues des décisions correctes juridiquement mais aussi acceptables socialement. Peut-être que si les parties étaient plus souvent convaincues par l'argumentation d'une décision, elles engageraient moins de recours.

---

<sup>876</sup> Loïc CADIET estime que pour réduire les divergences de jurisprudence au sein de la Cour de cassation, il serait utile de multiplier le recours aux chambres mixtes. Pour lui, « *une chambre mixte est mieux armée que l'Assemblée plénière pour établir un règlement durable du conflit car l'Assemblée plénière, du fait même de sa composition, représentant l'ensemble des composantes de la Cour, tend à favoriser la recherche d'un consensus par le bas, du plus petit compromis* » : *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ?* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Molfessis (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 48.

<sup>877</sup> Article L 431-7 alinéa 2 du COJ : « *Le renvoi est de droit lorsque le procureur général le requiert avant l'ouverture des débats* ».

<sup>878</sup> Les manuels n'y consacrent pour cette raison pas de grands développements. Voir, par exemple, HERON (Jacques), par LE BARS (Thierry), *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2002, Paris, p. 677.

En plus de la procédure de filtrage des pourvois<sup>879</sup>, une « sélection » des affaires à juger posant des questions fondamentales similaires pourrait donc être mise en place par le Procureur général.

Les opinions séparées agiraient comme un phare destiné à avertir le Procureur général de l'existence d'un problème délicat à régler afin qu'il forme un pourvoi dans l'intérêt de la loi.

L'initiative du ministère public ne devrait pas être analysée comme une résurgence des arrêts de règlement<sup>880</sup>. Un arrêt rendu sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi ne peut jamais s'imposer aux juges du fond puisque l'affaire n'est pas renvoyée devant eux. En outre, selon le Professeur BORE, « ... *il est vain de reprocher à la Cour de cassation, ou au Conseil d'Etat, de vouloir rendre des arrêts de règlement. (...) on ne peut pas leur demander à la fois d'avoir une jurisprudence stable et cohérente, et leur interdire de rendre des arrêts de règlement* »<sup>881</sup>.

421. L'identification des difficultés est primordiale car elle favorise une réponse plus rapide. A cet égard, l'exercice d'un recours par le Procureur général avant même qu'un conflit oppose les formations de la Cour de cassation représente un gain de temps certain.

Plus que toute autre contribution doctrinale, les opinions séparées fixeraient les difficultés rencontrées par les juges judiciaires parce qu'elles émaneraient d'eux et qu'elles seraient consécutives au délibéré. La mission de la Cour de cassation est d'y répondre le plus uniformément possible.

---

<sup>879</sup> Se référer, pour sa présentation, à COTTIN (Marianne), *La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation*, D. 2002, Doctrine, p. 748 et s. ; CANIVET (Guy), *La procédure d'admission des pourvois en cassation. Bilan d'un semestre d'application de l'article L. 131-6 du code de l'organisation judiciaire*, D. 2002, Le point sur..., p. 2195 et s.

<sup>880</sup> Article 5 du Code civil. Voir l'analyse de cet article par DEUMIER (Pascale), *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges* (AP 21 déc. 2006), RTDCiv. 2007, p. 76.

<sup>881</sup> BORE (Louis), *L'obscurité de la loi* in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 37. Selon l'auteur, « *par son arrêt, le juge édicte deux normes : une norme générale, qui figure dans les motifs de sa décision, et qui éclaire et complète la loi, et une norme individuelle, qui figure dans son dispositif, et qui ne s'applique qu'aux parties à l'instance* ».

## Conclusion du Chapitre II

422. La mise en oeuvre des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français pourrait ne nécessiter l'élaboration d'aucune règle processuelle. Les exemples étrangers montrent qu'en général elles sont prévues sans que leur expression soit réglementée, à l'exception de la publicité laquelle peut faire l'objet d'une mention indiquant que l'opinion séparée sera publiée en même temps que la décision et qu'elle lui sera adjointe. Pour ce qui nous concerne, nous avons choisi de proposer de multiples dispositions destinées à organiser assez minutieusement les opinions séparées. Cette démarche se justifie par la nouveauté du sujet et l'impact qu'aurait l'intégration des opinions séparées dans l'ordre judiciaire étant donné que la doctrine est partagée. Il ne faut pas en déduire une volonté de limiter l'expression des opinions séparées. En effet, les règles proposées pourraient n'être prévues que pour les premiers temps de la mise en place et elles pourraient se cumuler dans une plus ou moins grande mesure. Nous sommes partis de l'idée que la réussite des opinions séparées, étant donné l'attachement français au style des décisions judiciaires, pourrait dépendre des craintes qu'il serait possible de déjouer quant à une utilisation excessive. Le plus important est de prévoir des règles processuelles en adéquation avec l'objectif de parvenir, avec les opinions séparées, à résorber le déficit démocratique de l'institution judiciaire. Dès lors, si l'énonciation des opinions séparées pouvait tout à fait être encadrée par des mesures relatives à leur nombre, à leur longueur ou à leur contenu, le souci de respecter l'indépendance du juge judiciaire devrait guider leur opportunité. Le contrôle éventuel du contenu des opinions séparées ne serait *a priori* pas le meilleur moyen de consacrer l'indépendance et la liberté d'expression du juge qui en découlerait, pourtant nous avons vu qu'il pourrait s'avérer intéressant. S'agissant de la publicité des opinions séparées, on s'est rendu compte de la difficulté liée à une possible limitation pour prévenir tout excès. En effet, seule une large publicité pourrait permettre de responsabiliser le juge judiciaire. Nous avons donc tenté de démontrer le caractère insuffisant d'une publicité qui serait uniquement interne dans le sens où les opinions séparées seraient communiquées entre les juges sans que quiconque qui serait étranger au délibéré en ait connaissance. De la même façon, l'énoncé de l'opinion séparée sous forme anonyme, en dépit de l'avantage procuré d'une plus grande transparence du processus décisionnel, manquerait totalement le but recherché. Pour pouvoir être un mécanisme de responsabilisation efficace, les opinions séparées devraient indiquer le nom de l'auteur.



## Conclusion du Titre II

423. Nous venons d'envisager la manière dont les opinions séparées pourraient être adaptées aux spécificités du système judiciaire français. Cette adaptation est essentielle puisqu'elle aurait pour objet premier de mettre fin à une opacité des procédures qui génère l'actuel déficit démocratique de l'institution judiciaire. Il ne faut pas négliger les atouts des opinions séparées au prétexte que leur mise en place serait difficile. Nous avons, en distinguant les juridictions au sein desquelles elles pourraient être prévues, souhaité prouver que l'ordre judiciaire pourrait dans une très large mesure adopter les opinions séparées. Le fait d'être plus justifiées pour les juges de la Cour de cassation n'empêche pas de les prévoir pour les juges du fond. Devant les premiers, elles accompagneraient essentiellement la reconnaissance de leur pouvoir normatif, ainsi elles permettraient d'enrichir l'élaboration et la compréhension des décisions posant des questions juridiques importantes<sup>882</sup>. Devant les seconds, elles auraient certainement un rôle précieux à jouer dans le traitement plus rapide des affaires. Les opinions séparées pourraient, au contraire ce que l'on pense, participer à la recherche essentielle d'une plus grande célérité de la justice.

424. La proposition inédite de permettre aux jurés d'assises d'émettre des opinions séparées est guidée par la nécessité de répondre à un problème spécifique qui tient à la non motivation des décisions criminelles. La justice criminelle a une image rétrograde jugée dangereuse car l'absence de motivation est doublée de l'inexpérience des jurés. La promotion de l'obligation de motivation se heurte au principe de l'intime conviction. Il ressort de nos développements que l'expression d'opinions séparées par les jurés serait préférable à la motivation des décisions d'assises. Si sa mise en œuvre peut nécessiter quelques aménagements, elle serait moins problématique. L'expression par les jurés d'opinions séparées aurait un effet correcteur de l'absence de motivation et permettrait à ces juges occasionnels de rendre compte de la manière dont ils ont utilisé le pouvoir qui leur a été attribué pour un temps.

Toutes sortes de règles processuelles relatives à l'organisation et à la publicité pourraient être prévues, notamment dans une phase d'adaptation des opinions séparées au système judiciaire, à condition de ne pas saper leur utilité. Une large publicité permettrait ainsi de faire remplir aux opinions séparées leur fonction de responsabilisation dans des conditions optimales.

---

<sup>882</sup> « ...cela permet aux décisions des tribunaux de traduire, à travers les opinions majoritaires et dissidentes, les idées et les principes qui se font souvent concurrence au sein d'un seul système normatif », L'HEUREUX-DUBE (Claire), *L'opinion dissidentes : voix de l'avenir ?* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 88.



425. Nous avons examiné dans la première partie qu'une simple transposition des exemples étrangers et supranationaux pouvait ne pas être bénéfique en raison des particularités des juridictions et des décisions judiciaires. Une adaptation de la pratique des opinions séparées serait plus à même d'assurer leur succès. Même si l'ensemble des propositions que nous avons formulées s'agissant des juridictions concernées par la mise en place et de l'élaboration de nouvelles règles processuelles ne se retrouve pas ailleurs, le système judiciaire français pourrait, grâce à elles, bénéficier d'une plus grande légitimité à l'instar des autres juridictions.

## Conclusion de la Partie II

426. La difficulté de la mise en place des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français se posait essentiellement à l'égard du principe du secret du délibéré.

Nous avons vu que, malgré son caractère traditionnel, le secret du délibéré fait l'objet de certains assouplissements. Le développement de la pratique du juge unique vient affaiblir l'argument selon lequel l'autorisation des opinions séparées dans l'ordre judiciaire français serait incompatible avec la sauvegarde de l'indépendance du juge. Il s'avère surtout que le juge judiciaire émet des opinions autonomes, lesquelles sont déjà une manifestation de l'autonomie du juge par rapport à l'institution judiciaire. Aussi n'est-il pas justifié de sanctionner le juge-auteur d'une opinion séparée alors qu'il rédige par ailleurs d'autres contributions à titre personnel. Le secret du délibéré est appliqué à l'égard de ces dernières de manière souple puisqu'elles sont considérées comme licites.

Nous avons vu que le juge judiciaire effectue un véritable travail doctrinal. En produisant des opinions autonomes, la doctrine judiciaire produit déjà des opinions séparées. Dès lors que ces opinions autonomes peuvent être analysées comme une forme incomplète d'opinions séparées, on convient d'aller plus avant dans la reconnaissance de l'autonomie du juge judiciaire et d'autoriser les opinions séparées.

427. Le secret du délibéré ne devant plus être considéré comme un obstacle à la mise en place des opinions séparées, nous avons pu proposer leur adaptation à certaines juridictions judiciaires. L'existence d'opinions séparées devant la Cour de cassation s'expliquerait par sa fonction normative. Les arrêts qu'elle rend doivent être didactiques et les moyens mis en œuvre pour y parvenir mériteraient d'être complétés par l'admission des opinions séparées. Néanmoins, l'objectif de responsabilisation du juge judiciaire que nous avons assigné aux opinions séparées justifie de s'intéresser à une mise en place plus large, incluant les juridictions du fond. Qu'il s'agisse de juges professionnels ou des jurés d'assises, les opinions séparées rempliraient des fonctions particulièrement intéressantes.

428. Ces propositions de mise en place ont nécessité de formuler de nouvelles règles processuelles pour tenir compte des spécificités juridictionnelles. L'étude des règles d'organisation des opinions séparées nous a permis de conclure que l'objectif de transparence du processus décisionnel serait certainement atteint par une publication anonyme des opinions séparées. Or, cette publicité partielle ne permettrait pas de responsabiliser le juge judiciaire. C'est ainsi que même si l'introduction des opinions séparées devait être considérée comme un

véritable bouleversement de la procédure judiciaire, la mention du nom de l'auteur de l'opinion apparaît nécessaire. En revanche, il pourrait être judicieux de limiter l'utilisation des opinions séparées à des questions de principe ou de société.

429. Devant la Cour de cassation, il serait possible de faire des opinions séparées un nouveau fondement du pourvoi dans l'intérêt de la loi. En ce cas, elles favoriseraient l'établissement rapide d'une politique jurisprudentielle de la Cour sur des questions importantes. Ainsi, les objectifs de transparence et de responsabilisation seraient complétés par un objectif de célérité de la justice.

## Conclusion générale

430. Au terme de notre étude, les opinions séparées apparaissent indispensables à la crédibilité du système judiciaire. Elle dépend de la confiance des citoyens dans la manière dont les juges exercent leur pouvoir. Or, le secret compromet sérieusement l'image d'indépendance et d'impartialité de la justice. Le juge judiciaire est tout à fait capable de répondre aux attentes des justiciables<sup>883</sup>. En s'exprimant séparément, il ferait la preuve publique de son indépendance, une indépendance nécessaire à ce qu'il remplisse son œuvre de justice et assure l'égalité de traitement entre les citoyens. Les opinions séparées apporteraient la meilleure des transparences puisqu'elles légitimeraient l'action du juge judiciaire.

431. On parle d'une crise de la justice depuis plusieurs années. Elle touche essentiellement l'ordre judiciaire. Les mises en cause de certains magistrats nécessitent de conforter le pacte démocratique entre le juge et les citoyens afin de leur redonner confiance dans la justice. L'affaire d'Outreau a marqué une nouvelle étape dans la manière d'aborder, au travers des médias, la responsabilité du juge. La Commission d'enquête parlementaire est allée très loin dans la recherche des dysfonctionnements judiciaires puisque les juges interrogés ont du expliquer les raisons de leurs décisions<sup>884</sup>. Elle a offert au public une vision plus moderne de l'obligation de ne rien divulguer de la phase d'élaboration des décisions qui correspond aux besoins de la société. C'est la preuve que la légitimité du juge judiciaire est inéluctablement liée à une plus grande transparence du processus décisionnel.

432. Nous avons fortement insisté sur le fait qu'il serait inopportun de réduire le statut des opinions séparées à un statut uniquement doctrinal même s'il permettrait déjà d'enrichir considérablement la compréhension des décisions judiciaires. A la question de savoir s'il faut aller plus loin dans les réformes engagées par la Cour de cassation, la réponse est positive<sup>885</sup>. Les opinions séparées sont les seules contributions doctrinales à pouvoir remplir une fonction de responsabilisation individuelle du juge judiciaire. Elles mettraient en place une véritable

---

<sup>883</sup> Son statut ne lui confère peut-être pas sa légitimité, néanmoins il lui donne les garanties nécessaires pour qu'il accède lui-même à sa légitimité, WIEDERKEHR (Georges), *Qu'est-ce qu'un juge ? in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, Paris, p. 577.

<sup>884</sup> Le reproche d'une ingérence dans le travail des juges a été souligné deux fois par le CSM dans un avis du 15 décembre 2005 et un autre du 16 février 2006. Dans le premier, il rappelle que « *si les magistrats doivent apporter leur contribution à l'enquête sur le fonctionnement de l'institution judiciaire, le délibéré qui précède toute décision d'un magistrat participant à l'activité juridictionnelle se révèle par les motifs énoncés pour fonder sa décision* », <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/actualites.php>.

<sup>885</sup> Contra LASSER (Mitchel), *Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain*, RTDCiv. 2006, p. 691 et s.

éthique de l'indépendance<sup>886</sup> qui viendrait remédier aux difficultés du juge à donner une image publique qui inspire le respect.

Tous les systèmes juridiques ne sont peut-être pas prêts pour une telle évolution, le notre l'est certainement mais surtout la crise actuelle montre qu'il est urgent de tenter l'expérience.

433. Selon le Président ANCEL, l'environnement européen incite de toute façon à aller en ce sens<sup>887</sup>. Il reflète, au-delà du clivage pays romano-germaniques et pays de *common law*, une vision différente du secret du délibéré. Les pays européens entourant la France entendent généralement ce secret de manière plus souple. Les différences dans l'expression prétorienne du droit entre pays romano-germaniques et de *common law* sont tout aussi maladroitement utilisées pour expliquer le style plus ou moins développé de la motivation des décisions judiciaires<sup>888</sup> que pour traduire l'attachement variable des juridictions au secret du délibéré. Nous avons pu constater que les pratiques étrangères, toutes origines historiques confondues, tendent vers un même type de décision, plus explicatif, plus transparent<sup>889</sup>. L'Espagne, le Portugal et la Grèce autorisent déjà leurs juges judiciaires à rédiger des opinions séparées qui seront publiées avec la décision majoritaire. Le nom de l'auteur de l'opinion est également rendu public<sup>890</sup>.

La prise en compte du contexte européen appelle donc logiquement la conception du secret du délibéré à évoluer vers plus de transparence.

---

<sup>886</sup> « Mieux garantir l'éthique des magistrats consiste d'abord à mieux garantir leur indépendance et leur impartialité », KRIEG (Jean-François), *La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique*, D. 2005, Doctrine, p. 1594.

<sup>887</sup> ANCEL (Jean-Pierre), *Une opinion dissidente* in *La création du droit par la jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 5.

<sup>888</sup> Et parfois maladroitement. Selon le Juge AEMISEGGER, il ne faut pas regarder la motivation courte comme une fatalité du système de *civil law*, ainsi il a remarqué que «...les pays de tradition germanique, l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse, qui sont des pays de *Civil law* en ce sens qu'il y a le droit écrit et que le juge ne crée pas le droit, ont tous une motivation longue », AEMISEGGER (Heinz), *Débats* in *Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du Premier Congrès de l'AHJUCAF, à Marrakech, les 17 et 19 mai 2004, [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/debats.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/debats.htm), p.6.

<sup>889</sup> Certains pays connaissent des procédures qui ignorent pour partie le secret du délibéré, c'est le cas de la Suisse qui a choisi le délibéré public pour des affaires précises ; voir JOMINI (André), *Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle*, [http://www.supreme-court.ch/cahiers\\_conseil\\_constitutionnel\\_def\\_2005.pdf](http://www.supreme-court.ch/cahiers_conseil_constitutionnel_def_2005.pdf). D'autres pays optent pour une conception relative du secret du délibéré ; pour les pays scandinaves voir TUNC (André), *La Cour suprême idéale* in *La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, TUNC (André) (dir.), RIDC 1978, n°1, p. 456 et SMITH (Eivind), *Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles*, VIIIème Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 18 septembre 1992, AIJC 1992, p. 287 et s. En Allemagne, le secret du délibéré ne fait pas obstacle à l'expression publique des opinions séparées des juges de la Cour constitutionnelle, sans compter que le rapport des voix peut aussi être communiqué, voir AUTEXIER (Christian), *La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, Présentation et traduction*, AIJC 1986, n°2, p. 666 et s.

<sup>890</sup> Voir supra.

434. En dehors du système judiciaire, un premier pas très important a été franchi par le Comité consultatif national d'éthique. Repoussant les limites du secret de ses délibérations, il a procédé à une intégration douce des « opinions séparées ». Même s'il ne s'agit pas d'une juridiction, il est très significatif de constater que le public peut avoir désormais accès sur internet à ces compléments d'information des avis rendus sur des problèmes éthiques ou des questions de société<sup>891</sup>.

Cette expérience doit désormais être confirmée par l'introduction des opinions séparées dans le système judiciaire. Pour ce faire, une modification de la loi semble s'imposer.

435. L'unique précédent que l'on connaisse en France d'une tentative d'introduction des opinions séparées consiste dans l'initiative du Sénateur et Doyen GELARD, en 1996, de rénover le fonctionnement du Conseil constitutionnel. Il a proposé au Sénat un texte composé d'un seul article disposant « ... *les décisions du Conseil constitutionnel doivent indiquer si elles ont été adoptées à l'unanimité ou à la majorité. Dans l'hypothèse où elles auraient été adoptées à la majorité, la ou les opinions dissidentes des membres minoritaires peuvent, à leur demande, être jointes à la décision. Dans ce cas elles sont signées de leurs auteurs* »<sup>892</sup>.

On note immédiatement que l'introduction des opinions séparées est conçue comme allant de pair avec l'indication de la mention d'une unanimité ou d'une majorité. Autrement dit, le texte ne projette pas une mais deux modifications. La possibilité de rédiger une opinion séparée n'est ouverte qu'en cas d'adoption de la décision à la majorité, ce qui veut dire que si un juge vote avec la majorité, il ne peut s'exprimer séparément. Cette proposition contrevient au caractère facultatif de l'expression d'opinions séparées. Le résultat peut s'avérer fort négatif, le juge dissident, pour exprimer son désaccord, est contraint de voter contre la majorité pour faire naître l'existence de son désaccord. Cela revient à favoriser la multiplication de décisions non unanimes et celle d'opinions séparées.

La proposition de loi ne concerne en réalité qu'une catégorie d'opinion séparée ; l'opinion dissidente. La limitation est importante puisqu'elle exclut les opinions majoritaires. L'étendue du désaccord doit être total pour qu'il soit rendu public. On peut expliquer cette réserve par la volonté d'une mise en place progressive de la dissidence des juges, en commençant par autoriser les opinions dissidentes puis également les opinions concordantes. L'effet pervers réside ici encore dans le fait que le juge est poussé à être dissident s'il souhaite exprimer son

---

<sup>891</sup> Pour une vision du travail essentiel du CCNE, passim *Travaux du Comité consultatif National d'Éthique, 20<sup>ème</sup> anniversaire, 1<sup>ère</sup> édition*, Coordination Didier SICARD, PUF, Quadrige, 2003, Paris.

<sup>892</sup> Proposition de loi organique déposée le 25 novembre 1996, tendant à compléter l'article 14 de l'ordonnance n°58-1067, *JO*, doc. Sénat, session ordinaire 1996-1997, n°101.

désaccord avec la décision alors qu'il se serait contenté de rédiger une opinion concordante, et aurait voté pour la décision majoritaire lors du délibéré, si cette possibilité lui était ouverte.

Prévoir que les auteurs des opinions dissidentes les signent est conforme à la pratique généralement répandue. Il convient de relever que c'est sur leur demande que les opinions dissidentes peuvent être jointes à la décision, il n'y a donc pas de publication automatique. La proposition visait à compléter l'article 14 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel pour y ajouter l'article que nous avons reproduit. Celui-ci est relatif aux modalités de vote au Conseil<sup>893</sup>.

436. Or, élaborer l'introduction des opinions séparées de manière « discrète » n'est pas forcément adapté étant donné l'état actuel de l'interprétation large du principe du secret du délibéré. Il apparaît si consubstantiel à notre procédure qu'il semble difficile de faire l'économie d'une modification législative même si les opinions séparées ne le remettent pas en cause.

437. La Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, présidée par le Premier Avocat général CABANNES, a remis un Rapport en 2003 à M. PERBEN dans lequel une modification de l'article 6 l'ordonnance du 22 décembre 1958 était proposée. Il s'agissait de remplacer le texte original par le suivant : « *Je jure au service de la loi de remplir mes fonctions avec impartialité et diligence en toute loyauté, intégrité et dignité dans le respect du secret professionnel et du devoir de réserve* »<sup>894</sup>. Cette formule à laquelle aucune suite n'a été donnée faisait disparaître l'obligation textuelle de garder religieusement le secret du délibéré<sup>895</sup>, certainement pas en raison d'une absence d'attachement à ce principe mais plutôt pour signifier qu'il s'agit d'une obligation professionnelle parmi d'autres. Selon nous, il serait justifié déjà de faire disparaître le secret du délibéré du serment car cela permettrait de responsabiliser le juge vis-à-vis de l'ensemble de ses devoirs.

438. Il faudrait néanmoins aller plus loin. Selon le Président DUMAS, « *si le secret devait être levé, ce ne pourrait être qu'ouvertement, au terme d'un large débat de société, par le Parlement, et non par le biais de pratiques ou d'accommodements inconvenants en l'état de*

---

<sup>893</sup> « *Les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus par sept conseillers au moins, sauf en cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal* ».

<sup>894</sup> Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature, Rapport remis en novembre 2003 à Dominique PERBEN, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000695/0000.pdf>.

<sup>895</sup> L'article 6 dispose « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de ma conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* ».

la législation et de son niveau élevé dans la hiérarchie des normes »<sup>896</sup>. Il est vrai que le cas de la mise en place des opinions séparées par la voie prétorienne au sein de la Cour constitutionnelle allemande a de quoi inquiéter les opposants aux opinions séparées<sup>897</sup>. Selon le Président ANCEL, l'article 448 du NCPC qui énonce le principe du secret du délibéré rend une telle hypothèse impossible en France<sup>898</sup>.

439. Nous proposons de modifier l'article 448 du NCPC en tant que texte fondateur du secret pour admettre les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire. Dans sa forme actuelle, le texte est très succinct puisqu'il consiste en une courte phrase ; « *les délibérations des juges sont secrètes* ». Etant entendu que nous n'avons pas pour objectif de faire disparaître le secret du délibéré mais simplement d'en atténuer l'étendue, il conviendrait de conserver l'article 448 dans sa version actuelle en y ajoutant un second alinéa.

Celui-ci pourrait être formulé ainsi : « **Ne violent pas le secret des délibérations les opinions séparées rédigées par les juges en désaccord avec les motifs et le dispositif de la décision ou avec ses seuls motifs, dont la publicité sera assurée conformément au règlement applicable au sein de la juridiction concernée** ». Le renvoi au règlement serait nécessaire dès lors que l'on admettrait des conditions d'énonciation et de publication non uniformes.

---

<sup>896</sup> DUMAS (Jean-Pierre), *Secret de juges* in *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 192.

<sup>897</sup> Pour le rappel du développement historique, voir WALTER (Christian), *Contributions au débat sur les opinion dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Allemagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 82.

<sup>898</sup> Réponse à un questionnaire qui lui a été adressé.





## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages généraux

---

**ADOUKI (Delphine Emmanuel)**

- *Droit international public*, Tome 1 : Les sources, L'Harmattan, 2002, Paris.

**ARNAUD (Jean-André) (dir.)**

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> édition corrigée et augmentée, LGDJ, 1993, Paris.

**AUBERT (Jean-Luc)**

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 11<sup>ème</sup> édition, Sirey, 2006, Paris.

**AUTEXIER (Christian)**

- *Introduction au droit public allemand*, PUF, Collection Droit fondamental, Droit politique et théorique, 1997, Paris.

**AVRIL (Pierre), GICQUEL (Jean)**

- *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, Clefs politiques, 1992, Paris (dernière édition 2005).

**BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte), GAUDEMET (Jean)**

- *Introduction historique au droit XIII<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècles*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2003, Paris.

**BORE (Jacques), BORE (Louis)**

- *La cassation en matière pénale*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2004, Paris.

**CADIET (Loïc)**

- *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, Paris.

**CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel)**

- *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> édition, Litec, 2006, Paris.

**CARREAU (Dominique)**

- *Droit international*, 9<sup>ème</sup> édition, Pedone, N°1, 2007, Paris.

**CHARTIER (Yves)**

- *La Cour de cassation*, 2<sup>ème</sup> édition, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 2001.

**CONTE (Philippe), MAISTRE DU CHAMBON (Patrick)**

- *Procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, Dalloz, 2002, Paris.

**CORNU (Gérard), FOYER (Jean)**

- *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> édition, PUF, 1996, Paris.

**CORNU (Gérard)**

- *Linguistique juridique*, 3<sup>ème</sup> édition, Domat, Droit privé, Montchrestien, 2005, Paris.
- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 7<sup>ème</sup> édition revue et augmentée avec locutions latines, Quadrige, PUF, 2005, Paris.

**COUCHEZ (Gérard)**

- *Procédure civile*, 14<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2006, Paris.

**CROZE (Hervé), MOREL (Christian), FRADIN (Olivier)**

- *Procédure civile*, 5<sup>ème</sup> édition, Objectif droit, Litec, 2005, Paris.

**DAILLIER (Patrick), PELLET (Alain)**

- *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2002, Paris.

**DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille)**

- *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2002, Paris.

**DUPUY (Pierre-Marie)**

- *Droit International Public*, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006, Paris.

**ENCINAS DE MUNAGORRI (Rafaël), LHUILIER (Gilles)**

- *Introduction au droit*, Flammarion, 2002, Paris.

**FOURMENT (François)**

- *Procédure pénale*, 7<sup>ème</sup> édition, Paradigme, 2006, Orléans.

**FRISON (Danièle)**

- *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 3<sup>ème</sup> édition, Ellipses, 2005, Paris.

**FRISON-ROCHE (Marie-Anne)**

- *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1996, Paris.

**GICQUEL (Jean), GICQUEL (Jean-Eric)**

- *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 21<sup>ème</sup> édition, Domat, Droit public, Montchrestien, 2007, Paris.

**GRIDEL (Jean-Pierre)**

- *Introduction au droit et au droit français*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1994, Paris.

**GUILLIEN (Raymond), VINCENT (Jean)**

- *Lexique des termes juridiques*, 15<sup>ème</sup> édition, GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel) (dir.), Dalloz, 2005, Paris.

**GUINCHARD (Serge), BUISSON (Jacques)**

- *Procédure pénale*, Manuels, 3<sup>ème</sup> édition, Litec, 2005, Paris.

**HERON (Jacques), par LE BARS (Thierry)**

- *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> édition, Domat, Montchrestien, 2002, Paris.

**JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe)**

- *La Doctrine, Méthodes du droit*, Dalloz, 2004, Paris.

**JOLOWICZ (John-Antony) (dir.)**

- *Droit anglais*, 2<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 1992, Paris.

**LAVENUE (Jean-Jacques)**

- *Dictionnaire de la vie politique et du droit constitutionnel américains*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 1995, Paris.

**LEGEAIS (Raymond)**

- *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Manuels, Litec, 2004, Paris.

**LEVASSEUR (Alain A.)**

- *Droit des Etats-Unis*, 2<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 1994, Paris.

**MARGUENAUD (Jean-Pierre)**

- *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3<sup>ème</sup> édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris.

**MARTIN (Pierre-Marie)**

- *Droit international public*, Masson, 1995, Paris.

**PERROT (Roger)**

- *Droit judiciaire privé, Les Cours de droit*, Fascicule II, 1977, Paris.

- *Institutions judiciaires*, 12<sup>ème</sup> édition, Domat, Droit Privé, Montchrestien, 2006, Paris.

**RASSAT (Michèle-Laure)**

- *Institutions judiciaires*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, 1996, Paris.

**RENOUX (Thierry S.), ROUX (André)**

- *L'administration de la justice en France*, Que sais-je ? PUF, 1994, Paris.

**ROUSSEAU (Charles)**

- *Droit International Public*, 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1987, Paris.

**SALMON (Jean)**

- *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, Bruxelles.

**SEROUSSI (Roland)**

- *Introduction au droit anglais et américain*, Dunod, 2007, Paris.

**STEFANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard)**

- *Procédure pénale*, 19<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2004, Paris.

**TERRE (François)**

- *Introduction au droit*, 5<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2006, Paris.

**VEDEL (Georges)**

- *Préface* in ROUSSEAU (Dominique), *Droit du contentieux constitutionnel*, 7<sup>ème</sup> édition, Domat, Droit public, Montchrestien, 2006, Paris, p. 7.

**VERGES, (Etienne)**

- *Procédure pénale*, Objectif Droit, Litec, 2005, Paris.

**VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARINARD (André)**

- *Institutions judiciaires*, 8<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2005, Paris.

**VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge)**

- *Procédure civile*, 27<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, Droit privé, 2003, Paris.

**ZOLLER (Elisabeth)**

- *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, Paris.

- *Le droit des Etats-Unis*, Que sais-je ? PUF, 2001, Paris.

**Ouvrages spéciaux, Thèses, Traités, Mémoires, Monographies, Cours :**

**BERENGER (Frédéric)**

- *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, Mémoire de DEA, PU d'Aix-Marseille, 2003.

**BOCCARA (Bruno)**

- *Les dévastations de la Vème République, La démolition de la justice et vers le renouveau démocratique*, Traité de la Nouvelle Science politique, Justice : La démolition, Tome IV, Démocratika, 2000, Paris.

**BON (Pierre), MODERNE (Franck), RODRIGUEZ (Yves),**

- *La justice constitutionnelle en Espagne*, Economica, Collection Droit public positif, PU d'Aix- Marseille, 1984.

**CARBONNIER (Jean)**

- *Flexible droit*, 10<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2001, Paris.

**CHAZAL (Jean)**

- *Les magistrats*, Editions Grasset, 1978, Paris.

**CHOLET (Didier)**

- *La célérité de la procédure en droit processuel*, Thèse de doctorat, LGDJ, 2006, Paris.

**CROMBEZ (Valery)**

- *La doctrine en droit français et en common law (étude comparative)*, Thèse de doctorat, 1995, Lyon.

**D'AMBRA (Dominique)**

- *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Thèse de doctorat, LGDJ, 1994, Paris.

**DIEZ-PICASO (Luis Mana)**

- *Etudes de droit constitutionnel franco-espagnol, Rapport espagnol*, Economica, 1994, Paris.

**FLORIOT (René), COMBALDIEU (Raoul)**

- *Le secret professionnel*, Flammarion, 1973, Paris.

**FRANCOIS (Lyn)**

- *La médiatisation du procès pénal*, Thèse de doctorat, 2001, Limoges.

**GARAPON (Antoine)**

- *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, Paris.

**GARAPON (Antoine), PAPADOPOULOS (Ioannis)**

- *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, 2003, Paris.

**GUIDICELLI-DELAGÉ (Geneviève)**

- *La motivation des décisions de justice*, Thèse de doctorat, 1979, Poitiers.

**GUILLAUME (Gilbert)**

- *La CIJ à l'aube du XXIème siècle. Le regard d'un juge*, Pedone, 2003, Paris.

**HUSSAIN (Ijaz)**

- *Le rôle dialectique des opinions dissidentes et individuelles dans le développement du droit international à la CIJ*, Thèse de doctorat, 1974, Nice ; Thèse publiée en anglais, *Dissenting and separate opinions at the World Court*, Martinus Nijhoffs Kluwer Academic Publishers, 1984, Dordrecht, Boston.

**LACHS (Manfred)**

- *Le monde de la pensée en droit international*, Théories et pratique, Collection Droit international, Economica, 1989, Paris.

**Lajoie (Andrée)**

- *Jugements de valeurs*, PUF, 1997, Paris.

**LAMBERT (Elisabeth)**

- *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles.

**LAMBERT (Pierre)**

- *Secret professionnel*, Bruylant, 2005, Bruxelles.

**LAURENT-BOUTOT (Carine)**

- *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat, 2006, Limoges.

**LERAT (Christian)**

- *La cour suprême des Etats-Unis. Pouvoirs et évolution historique*, PU Bordeaux, 2003.

**LEVY-ULMANN (Henri)**

- *Le système juridique de l'Angleterre*, Droit comparé, LGDJ, 1999, Paris.

**MANOUVEL (Mita)**

- *Les opinions séparées à la Cour internationale comme instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, Thèse de doctorat, 2002, Saint Denis Réunion ; Thèse publiée, L'Harmattan, Bagnaux, Numilog, 2005, Paris.

**MARCOU (Jean)**

- *Justice constitutionnelle et systèmes politiques, Etats-Unis, Europe, France*, PU de Grenoble, 1997.

**MARTIN (Jacky)**

- *Les opinions dissidentes des juges occidentaux devant la Cour internationale de justice*, Thèse de doctorat, 1978, Orléans.

**MASTOR (Wanda)**

- *Contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille, 2001 ; Thèse publiée, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, PU d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 2005.

**MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand)**

- *Les grandes démocraties, Constitutions des Etats-Unis, de l'Allemagne, de l'Espagne et de l'Italie*, Armand Colin, Dalloz, 2005, Paris.

**MONTESQUIEU**

- *De l'esprit des lois*, Livres I-IX, Texte établi et présenté par Jean BRETE DE LA GRESSAYE, Les Textes français, Collection des Universités de France, 1950, Paris.

**MORVAN (Patrick)**

- *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon Assas, Droit privé, LGDJ, 1999, Paris.

**MOULAY-LEROUX (Sandra)**

- *La Dissidence à la Cour Internationale de Justice*, Thèse de doctorat, 1996, Poitiers.

**PERELMAN (Chaim)**

- *Ethique et droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, Bruxelles.

**PETTITI (Louis-Edmond)**

- *Préface* in BERGER (Vincent), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 10<sup>ème</sup> édition, 2007, Paris, p. VII.

**PINTO (Roger)**

- *Des juges qui ne gouvernent pas. Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900-1930)*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Série de monographies de Droit public, Sirey, 1934, Paris.

**PONTHOREAU (Marie-Claire)**

- *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française, Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, 1994, Paris, p. 169.

**POUDRET (Jean-François), BESSON (Sébastien)**

- *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Bruylant, 2002, Bruxelles.

**RENOUX (Thierry S.)**

- *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984.

**RIGAUX (François)**

- *La loi des juges*, Odile Jacob, 1997, Paris.

**RIPERT (Georges)**

- *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>ème</sup> édit., LGDJ, 1955, Paris

**RIVIERE (Florence)**

- *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Bruylant, 2004, Bruxelles.

**ROBIN (Cécile)**

- *La langue du procès*, Thèse de doctorat, PU de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2000.

**ROUBIER (Paul)**

- *Le droit transitoire, Conflits de lois dans le temps*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1960, Paris.

**ROUMIER (William)**

- *L'avenir du jury criminel*, LGDJ, 2003, Paris.

**ROUSSEAU (Dominique)**

- *La justice constitutionnelle en Europe*, 3<sup>ème</sup> édition, Clefs / Politique, Montchrestien, 1998, Paris.

**ROUSSELET (Marcel)**

- *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Tome 1, Librairie Plon, 1957, Paris.

**SARDA (François)**

- *Les responsabilités des juridictions*, Que sais-je ? PUF, 1999, Paris.

**SAUVET (Alain)**

- *La justice mutilée*, Lettres du Monde, 1991, Paris.

**SOULEZ LARIVIERE (Daniel)**

- *Les juges dans la balance*, Ramsay, revue et mise à jour en 1990, Paris.

**SOULEZ LARIVIERE (Daniel), DALLE (Hubert) (dir.)**

- *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Laffont, 2002, Paris.

**THUILLIER (Guy)**

- *L'art de juger*, Economica, 2001, Paris.



**TOINET (Marie-France)**

- *La Cour suprême : les grands arrêts*, Histoire thématique des Etats-Unis, BONNET (Jean-Marie), VINCENT (Bernard) (dir.), PU de Nancy, 1989.

**TOMASIN (Daniel)**

- *Essai sur l'autorité de chose jugée en matière civile*, Thèse de doctorat, LGDJ, 1975, Paris.

**TRUCHE (Pierre)**

- *Juger, être jugé. Le magistrat face aux autres et à lui-même*, Fayard, 2001, Paris.

**TUNC (André), TUNC (Suzanne)**

- *Le droit des Etats-Unis d'Amérique. Sources et Techniques*, Dalloz, 1955, Paris.

**VAILHE (Judith)**

- *Les opinions individuelles des juges de la Cour européenne des droits de l'homme, lecture de la jurisprudence sur le cumul des fonctions judiciaires*, Thèse de doctorat, 2002, Paris.

**WEBER (Jean-François)**

- *La Cour de cassation*, études de la documentation Française, La documentation Française, 2006, Paris.

**ZENATI (Frédéric)**

- *La jurisprudence*, Méthodes du droit, Dalloz, 1991, Paris.

**Articles, Communications, Contributions, Chroniques :**

**ADAMOVICH (Ludwig)**

- *Entretien*, Propos recueillis par Otto PFERSMANN, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°7, 1999, p. 55.

**AEMISEGGER (Heinz)**

- *Débats in Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du Premier Congrès de l'AHJUCAF, à Marrakech, les 17 et 19 mai 2004, page internet : [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/debats.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/debats.htm).

**ALBERT (Nathalie)**

- *De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats in Justice et responsabilité de l'Etat*, DEGUERGUE (Maryse) (dir.), Droit et justice, PUF, 2003, Paris, p. 209.

**ALPA (Guido)**

- *La rédaction de la décision de justice en Italie in Juges et jugement : l'Europe plurielle, L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Institut de droit comparé de Paris Colloque des 5 et 6 mai 1997, Société de législation comparée, 1998, Paris, p. 103.

**ANCEL (Jean-Pierre)**

- *Le doute du magistrat* in *Le doute et le droit*, Dalloz, 1994, Paris, p. 21.
- *La rédaction des décisions de justice en France* in *Juges et jugements : l'Europe plurielle, L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Institut de droit comparé de Paris, Colloque des 5 et 6 mai 1997, Société de législation comparée, 1998, Paris, p. 91.
- *L'élaboration de la norme et le contrôle de la Cour de cassation* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 129.
- *Une opinion dissidente* in *La création du droit par le jurisprudence*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 1.

**ANGEVIN (Henri)**

- *De la motivation des décisions des juridictions comportant un jury*, Droit pénal 1996, Chronique, p.1.
- *Cour d'Assises*, Juris-Classeur, Procédure pénale, fasc. 20.
- *La pratique de la cour d'assises*, Traité-formulaire, 3<sup>ème</sup> édition, Jurisclasseur, Litec, 2002, Paris.

**ARDANT (Philippe)**

- *Comment les Cours constitutionnelles peuvent-elles, par les garanties données à la justice, contribuer à la démocratie? Quelques exemples de jurisprudences des Cours constitutionnelles* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 101.

**ATIAS (Christian)**

- *La mission de la doctrine universitaire en droit privé*, JCP 1980, I, 2999.
- *Une doctrine pour un droit menacé*, Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, Paris, p. 13.

**AUBERT (Jean-Luc)**

- *Pour des rébellions constructives* in *La jurisprudence aujourd'hui, Libres propos sur une institution controversée*, RTDCiv. 1992, p. 338.
- *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 7.
- *Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation* in *Libres propos sur les sources du droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Dalloz, 2006, Paris, p. 19.

**AUTEXIER (Christian)**

- *La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, Présentation et traduction*, AIJC 1986, n°2, p. 665.

**AYNES (Laurent), GAUTIER (Pierre-Yves), TERRE (François)**

- *Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine)*, D. 1997, Chronique, p. 229.

**BACHELET (Olivier)**

- *La Cour d'Assises entre héritage démocratique et interrogations du présent*, à propos du Colloque de l'AFHJ qui s'est tenu à Paris, les 11 et 12 juin 1999, RSC oct-déc. 1999, p. 925.

**BADINTER (Robert)**

- *Synthèse, L'indépendance des juges à l'épreuve de leur responsabilité*, in *Droit et Démocratie*, Colloque du 5 avril 2006, GP 10-12 sept. 2006, p. 32.

**BARON (Charles H.)**

- *La théorie de l'intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources étrangères dans le processus d'interprétation de la Constitution aux Etats-Unis* in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de TROPER (Michel), Economica, Paris, p. 109.

**BARTHELEMY (Jean)**

- *Le droit au pourvoi* in *Le juge entre deux millénaires* Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 185.

**BASTIEN (François)**

- *Opinion (des justiciables)* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris.

**BAUDOIN (Jean-Louis)**

- *Regard étranger sur la Revue*, Colloque, RTDCiv. 2002, p. 760.

**BEDJAOUI (Mohammed)**

- *La fabrication des arrêts à la CIJ* in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel VIRALLY, Pedone, 1995, Paris, p. 87.

**BEGIN (Luc)**

- *L'expansion du pouvoir des juges : enjeux et lieux communs* in *dossier l'acte de juger, Ethique de la magistrature*, Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale 2001, Volume 3, n°2, Liber INRS, p. 7.

**BELLEAU (Marie-Claire), JOHNSON (Rebecca)**

- *Les opinions dissidentes* in *Les méthodes de jugement*, Cycle de conférences annuelles, Grand'Chambre de la Cour de cassation, Cinquième conférence, 18 octobre 2005, page internet :

[http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18\\_10\\_2005\\_intervention\\_belleau\\_johnson.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/File/18_10_2005_intervention_belleau_johnson.pdf).

**BENABENT (Alain)**

- *Jugement*, Répertoire Dalloz, Procédure civile, 1979 (nouvelle version de Frédérique EUDIER en 2002).

- *Doctrine ou Dallas ?* D. 2005, Point de vue, p. 852.

**BERNARD (Alain), POIRMEUR (Yves)**

- *Doctrine civiliste et production normative* in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, Paris, p. 127.

**BLONDEL (Philippe)**

- *Le fait, source de droit* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 203.

**BOLARD (Georges)**

- *Les principes directeurs du procès dans le droit positif depuis Henri Motulsky*, JCP 1993, I, 3693.

**BOLARD (Georges), GUINCHARD (Serge)**

- *Le juge dans la cité*, JCP 2002, I, 137.

**BOLZE (Antoine)**

- *Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit*, GP 16-18 février 2003, doctrine, p. 4.

**BORE (Louis)**

- *La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme*, JCP 2002, I, 104.

- *L'obscurité de la loi* in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 27.

**BORE EVENO (Valérie)**

- *La Cour européenne des droits de l'homme, la France et le commissaire du Gouvernement. (Réflexions autour de la question de l'exécution des arrêts de la CEDH relatifs à la présence du commissaire du gouvernement au délibéré)*, PA 24 août 2006, n°169, p. 3.

**BRAIBANT (Guy)**

- *Débat : Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ?* in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Colloque des 27-28 octobre 1998, LGDJ, 1999, Paris, p. 201.

**BREDIN (Jean-Denis)**

- *Qu'est ce que l'indépendance du juge ?* Justices 1996, n°3, p. 161.

- *Retour au délibéré arbitral* in *Autour de l'Arbitrage, Liber Amicorum Claude REYMOND*, Litec, Paris, 2004, p. 43.

**BRIARD (François-Henri)**

- *La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique et le procès équitable* in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, Dalloz, 2003, Paris.

**BUISSON (Jacques)**

- *Equilibre de la procédure pénale*, Procédures avril 2007, n°4, p. 5.

**BURGELIN (Jean-François)**

- *Le juge et son secret* in *Essai, Secrets professionnels*, FRISON-ROCHE (Marie-Anne) (dir.), Autrement, 1999, Paris, p. 190.

- *Audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 11 janvier 2002*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, p. 49.

- *Les petits et grands secrets du délibéré*, D. 2001, Point de vue, p. 2755.

- *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de la jurisprudence ?* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 21.

- *La paille et la poutre*, D. 2004, Doctrine, p. 1249.

### **CADIET (Loïc)**

- *Le juge unique en question in Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?* Travaux du 21<sup>ème</sup> colloque des IEJ, Toulon, 1995, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1996, Paris, p. 5.
- *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ?* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 41.

### **CANIVET (Guy)**

- *La procédure d'admission des pourvois en cassation. Bilan d'un semestre d'application de l'article L. 131-6 du code de l'organisation judiciaire*, D. 2002, Le point sur..., p. 2195.
- *Des « professeurs-juges » aux « juges-professeurs »* in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit. André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Etudes en l'honneur de André Ponsard, Litec, 2003, Paris, p. 115.
- *La motivation brève en question in Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du premier Congrès de l'AHJUCAF, 17-19 mai 2004, Marrakech, page internet : [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/canivet.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/canivet.htm).
- *Débats in Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du Premier Congrès de l'AHJUCAF, 17-19 mai 2004, Marrakech, [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/debats.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/debats.htm).
- *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de la jurisprudence ?* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 3.
- *Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? Entretien avec Guy CANIVET et Nicolas MOLFESSIS*, *Propos recueillis par Jacques BEGUIN*, Procédures déc. 2004, p. 6.
- *Quel secret pour les acteurs judiciaires ?* Les Entretiens du Palais, Rencontres avocat-magistrat, Bordeaux 8 et 9 oct. 2004, Forum, GP 18-19 fév. 2005, p. 57.
- *La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Dalloz, 2005, Paris, p. 373.
- *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges*, RSC 2005, p. 799.
- *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale in La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Tome 50, Dalloz, 2007, Paris, p. 7.

### **CANIVET (Guy), JOLY-HURARD (Julie)**

- *La déontologie des magistrats*, Connaissance du droit, Dalloz, 2004, Paris.
- *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, RIDC 2006, n°4, p. 1049.

### **CANIVET (Guy), MOLFESSIS (Nicolas)**

- *La politique jurisprudentielle in La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, Paris, 2007, p. 79.

### **CANTERINI (Maïa-Kallyste)**

- *La responsabilité de l'Etat italien du fait du service de la justice in Justice et responsabilité de l'Etat*, DEGUERGUE (Maryse) (dir.), Droit et justice, PUF, 2003, Paris, p. 103.

**CARBASSE (Jean-Marie)**

- *Secret et Justice, les fondements historiques du secret de l'instruction* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, Paris, p. 1243.

**CARDOSO DA COSTA (José Manuel)**

- *Entretien* in *Le Tribunal constitutionnel portugais*, Propos recueillis par M. Dominique ROUSSEAU, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°10, 2001, p. 35.

**CCI de Paris**

- *L'application dans le temps de la règle jurisprudentielle* in *Les revirements de jurisprudence*, Contributions des professionnels, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, 2<sup>ème</sup> Partie, Rapports annexes, Litec, 2005, Paris, p. 156.

**CHARTIER (Yves)**

- *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions*, Droits 1994, n°20, p. 109.  
- *Le rapport de la Cour de cassation. A propos du Rapport pour l'année 1999*, JCP, I, 238.  
- *De l'An II à l'An 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p. 269.  
- *De l'Université à la Cour de cassation* in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit*, Etudes en l'honneur de André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p. 143.

**CHATILLON (Stéphane)**

- *Droit et Langue*, RIDC 2002, p. 687.

**CHAUVIN (Patrick)**

- *La saisine pour avis* in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'IHEJ, La documentation Française, 1994, p. 109.

**CHEVALLIER (Jacques)**

- *Les interprètes du droit* in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, Paris, p. 265.

**CLEMENT (Pascal)**

- Entretien, JCP 2005, I, 164.  
- Discours du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Réforme de la justice, Assemblée nationale - 14 décembre 2006, page internet : <http://www.justice.gouv.fr/discours/d141206.htm>.

**COHEN-JONATHAN (Gérard)**

- *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, SUDRE (Frédéric) (dir.), Actes du colloque de Montpellier, février 1993, éditions N.P. Engel-Kehl Strasbourg Arlington, 1994, Strasbourg, p. 1.

**COHEN-JONATHAN (Gérard) et PETTITI (Christophe) (éd.)**

- *La Réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Actes de la table ronde du 28 mars 2003, Droit et Justice, Bruylant, 2003, Bruxelles.

**COLSON (Renaud)**

- *Genèse du concept de revirement de jurisprudence*, RRJ 2000, n°3, p. 991.

**COMMARET (Dominique Noëlle)**

- *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat*, D. 1998, Chronique, p. 262.  
- *La déontologie des magistrats à travers la jurisprudence du CSM in La responsabilité du juge*, Colloque de l'ENM, 25-26 mars 1999, Annexe 4.  
- *Statut du juge, Ethique et Démocratie in Justice et Démocratie*, Entretiens d'Aguesseau, Actes des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 137.

**CORNU (Gérard)**

- *Les principes directeurs par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) in Etudes offertes à Pierre BELLET*, Litec, 1991, Paris, p. 83.

**COTTIN (Marianne)**

- *La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation*, D. 2002, Doctrine, p. 748.

**COURBE (Patrick)**

- *L'application directe de la Convention des nations Unies sur les droits de l'enfant*, D. 2006, Chronique, p. 1487.

**CRENIER (Anne), VAUDANO (Mario)**

- *La responsabilité disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire : éléments de comparaison entre la France et l'Italie*, RIDP 2000, Vol. 71, p. 261.

**CROCQ (Pierre)**

- *Le droit à un tribunal impartial in libertés et droits fondamentaux*, CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), REVET (Thierry), 12<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2006, Paris, p. 465.

**CROZE (Hervé)**

- *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation in Mélanges Philippe MALAURIE, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, Paris, p. 181.

**DANTI-JUAN (Michel)**

- *Le point de vue d'un universitaire in Quelle participation des citoyens au jugement des crimes ? A propos de la réforme de la Cour d'assises*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, PRADEL (Jean) (dir.), Editions Cujas, 1997, Paris, p. 103.

**DE GIVRY (Marie-Thérèse)**

- *La fonction de juré*, audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Versailles de 1995, GP 29 avril 1995, p. 520.

**DE GOUTTES (Régis)**

- *Le Parquet général de la Cour de cassation et la problématique des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence in La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 247.

**DE VITA (Anna)**

- *Prise de décision – Aperçu comparatif* in *Juges et jugements : l'Europe plurielle, L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Institut de droit comparé de Paris, Colloque des 5 et 6 mai 1997, Société de législation comparée, 1998, Paris, p. 64.

**DEBBASCH (Charles)**

- *Le nouveau régime de responsabilité de la justice*, D. 2001, Chronique, p. 1752.

**DEFFIGIER (Clotilde), GABORIAU (Simone), MARSHALL (Didier), PAULIAT (Hélène), PLAZY (Jean-Marie)**

- *L'administration de la justice et l'évaluation de sa qualité en France*, in *La qualité de la justice en Europe*, Colloque ENM, 26-27 mai 2003, Paris, page internet : <http://www.gip-recherche-justice.fr/dossiers/qualite-justice/qualite-justice-europe.htm>.

**DELMAS-MARTY (Mireille)**

- *Justice télévisée ou médias judiciaires ?* in *Mettre l'homme au cœur de la justice*, Mélanges en hommage à André BRAUNSCHWEIG, AFHJ, Litec, 1997, Paris, p. 151.

**DESPREZ (Jean)**

- *A propos du Rapport annuel de la Cour de cassation*, « Sois juge et tais-toi » (*Réflexions sur le rôle du juge dans la cité*), RTDCiv. 1978, p. 505.

**DEUMIER (Pascale)**

- *Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport*, RTDCiv. 2005, p. 83.

- *La « doctrine de la Cour de cassation » : opinion ou précédent ?* RTDCiv. 2006, p. 73.

- *Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation*, RTDCiv. 2006, p. 510.

- *Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion*, (BICC n°651, 1<sup>er</sup> déc.2006, note de M. Assié, conseiller rapporteur, ss Cass., ass.plé., 6 oct. 2006), RTDCiv. 2007, p. 61.

- *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation* in *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Tome 50, Dalloz, 2007, Paris, p. 49.

**DOKHAN (David)**

- *Le Conseil d'Etat, garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire*, RFDA Juillet/Août 2002, Droit administratif et droit judiciaire, p. 768.

**DONOVAN (Francis Patrick)**

- *Les opinions dissidentes*, Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1/12/96, Vol. 7, n°2, p. 78.

**DUFOUR (Olivia)**

- *Réforme de la justice : qui a peur de l'indépendance des juges ?* PA 25 janvier 2000, n°17, p. 3.

**DUMAS (Jean-Pierre)**

- *Secret de juges* in *Le droit privé français à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p. 179.

- *Secret du délibéré* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris.



**EISSEN (Marc-André)**

- *Discipline de vote à la Cour européenne des Droits de l'Homme ?* in *Human rights and constitutional law*, Mélanges WALSH, The Round Hall Press, 1992, Dublin, p. 71.

**EPINEUSE (Harold)**

- *L'éthique et la déontologie des juges en Europe* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 145.

**ESMEIN (Adhémar)**

- *La jurisprudence et la doctrine*, RTDCiv. 1902, p. 5.

**EUDES (Marina)**

- *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme (FMDH), 2005, Paris.

**FAYOLLE (Bernard)**

- *La procédure criminelle entre permanence et réforme* in *La Cour d'Assises. Bilan d'un héritage démocratique*, Actes du colloque des 11-12 juin 1999, Cour de cassation, AFHJ, La documentation Française, 2001, Paris, p. 65.

**FLAUSS (Jean-François)**

- *Turbulences à la Cour européenne des droits de l'homme*, AJDA 1996, Doctrine, p. 1005.  
- *Opinion dissidente* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris.  
- *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme*, RTDH 2005, p. 313.

**FOYER (Jean)**

- *Le corps judiciaire et la loi*, Justices 1996, n°3, p. 87.

**FRANCOIS (Bastien)**

- *Opinion (des justiciables)* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), 2004, Paris.

**FREIXES (Teresa)**

- *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Espagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 94.

**FRICERO (Natalie)**

- *Jugements*, Juris-Classeur, Procédure civile, Fascicule 504.  
- *Jugements*, Juris-Classeur, Procédure civile, Fascicule 509.  
- *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire ?* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, Petites Affiches, 2004, Paris, p. 229.  
- *Impartialité* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris.  
- *L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation* in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges en l'honneur de Jacques BORE, Dalloz, 2007, Paris, p. 181.

**FRISON-ROCHE (Marie-Anne)**

- *La procédure injuste* in *De l'injuste au juste*, FRISON-ROCHE (Marie-Anne), BARANES (William) (dir.), Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, Paris, p. 77.

- *L'impartialité du juge*, D. 1999, Chronique, p. 53.

**FROUIN (Jean-Yves)**

- *La construction formelle et intellectuelle d'un arrêt* in *Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, Actes du Colloque du 21 octobre 2005, organisé par le CRDP de l'Université de Tours, PA 25 janvier 2007, n°19, p. 15.

**GABORIAU (Simone)**

- *Avant propos* in *L'éthique des gens de justice*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 19-20 octobre 2000, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2001, Limoges, p. 9.

- *L'enjeu démocratique de la Justice* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 19.

**GALLET (Louis)**

- *Compétence, éthique, responsabilité et légitimité du juge*, GP 12 décembre 1998, Chronique, p. 1704.

**GALLOUX (Jean-Christophe)**

- *Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ?* in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, Paris p. 240.

**GARAPON (Antoine)**

- *Les responsabilités du juge* in *La responsabilité du juge*, Colloque de l'ENM, 25-26 mars 1999, Annexe 3.

- *Cultures judiciaires* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris.

**GARAPON (Antoine) (dir.)**

- *Les juges. Un pouvoir irresponsable ?* Editions Nicolas Philippe, 2003, Paris.

**GAUTIER (Pierre-Yves)**

- *Doctrines du passé et de l'avenir*, D. 2005, Chronique, p. 1044.

**GELINEAU-LARRIVET (Gérard)**

- *Le rôle des revirements de jurisprudence* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 161.

**GHESTIN (Jacques)**

- *Les données positives du droit*, RTDCiv. 2002, p. 11.

**GICQUEL (Jean)**

- *La justice et l'Etat*, PA 25 octobre 2000, n°213, p. 46.

**GOBERT (Michelle)**

- *La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée* in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTDCiv. 1992, p. 344.

**GONTHIER (Charles)**

- *Les opinions dissidentes in Le juge de cassation à l'aube du 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du Premier Congrès de l'AHJUCAF, 17-19 mai 2004, Marrakech, [http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte\\_premiercongres/1st/3tr/gonthier.htm](http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/acte_premiercongres/1st/3tr/gonthier.htm).

**GOUBEAUX (Gilles)**

- *Il était une fois... La Doctrine, A propos du livre de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, La Doctrine, publié aux éditions Dalloz, dans la collection Méthodes du droit*, RTDCiv. 2004, p. 239.

**GOY (Raymond)**

- *La CIJ et les droits de l'homme*, Droit et Justice, n°36, Bruylant, 2002, Bruxelles, p. 7.

**GRAFFIN (Thibault)**

- *Le statut des magistrats devant le Conseil constitutionnel : une défense discutable de l'unité du corps judiciaire au profit d'une exigence forte d'indépendance des magistrats*, RDP 2001, n°3, p. 831.

**GREWE (Constance)**

- *Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE (Frédéric) (dir.), Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, Bruxelles, p. 199.

**GRIDEL (Jean-Pierre)**

- *L'impartialité du juge dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation in La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, Petites Affiches, 2004, Paris, p. 241.

**GUILLAUME (Gilbert)**

- *Quelques propositions concrètes à l'occasion du Cinquantenaire*, RGDIP 1996, p. 323.

**GUINCHARD (Serge)**

- *Synthèse in La réforme du code de procédure civile autour du rapport COULON*, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1997, Paris, p. 83.  
- *La responsabilité des magistrats*, GP 7-8 avril 2006, p. 2.

**GUTMANN (Daniel)**

- *La fonction sociale de la doctrine juridique, Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, RTDCiv. 2002, p. 455.

**HAIM (Victor)**

- *Le commissaire du gouvernement et le respect du contradictoire*, D. 1999, Chronique, p. 201.

**HALPERIN (Jean-Louis)**

- *Les professeurs de droit à la Cour de cassation jusqu'à la seconde guerre mondiale in La Cour de cassation, l'Université et le Droit. André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Etudes en l'honneur de André Ponsard, Litec, 2003, Paris, p. 195.

**HARLOW (Carol)**

- *L'évolution du pouvoir judiciaire en Angleterre* in *Gouvernement des juges et démocratie*, BLONDEL (Séverine), FOULQUIER (Norbert), HEUSCHLING (Luc) (dir.), Publications de la Sorbonne, 2001, Paris, p. 117.

**IDOUX (Pascale)**

- *La contradiction en droit constitutionnel français*, page internet : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/IDOUX>, p.5.

**JACKSON (Georgina R.)**

- *L'éthique et la déontologie des juges en Amérique du Nord : l'exemple du Canada* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 159.

**JACOB (Robert)**

- *Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale* in *Juger les juges, Du Moyen Age au Conseil Supérieur de la Magistrature*, Collection Histoire de la justice, AFHJ, Actes du colloque des 5-6 décembre 1997, La documentation française, 2000, Paris.

**JAUFFRET-SPINOSI (Camille)**

- *Comment juge le juge anglais ?* in *La fonction de juger*, Droits 1989, p. 57.

**JEAN (Jean-Paul)**

- *Les demandes des « usagers » de la justice* in *La qualité de la justice, Perspectives sur la justice*, Mission de recherche « Droit et Justice », La doc. Fr., Paris, 2002, p. 23.  
- *Evaluation et qualité* in *Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris.

**JEAN (Jean-Paul), PAULIAT (Hélène)**

- *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, D. 2005, Chronique, p. 598.

**JESTAZ (Philippe), JAMIN (Christophe)**

- *L'entité doctrinale française*, D. 1997, Chronique, p.167.

**JESTAZ (Philippe)**

- *Déclin de la doctrine ?* Droits 1994, n°20, PUF, Paris, p. 85.

**JOLY-HURARD (Julie)**

- *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats* in *Etudes de droit contemporain, Contributions françaises au 17<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé*, 16-22 juillet 2006, Utrecht, RIDC 2006, n°2, p. 439.

**JOMINI (André)**

- *Présentation du Tribunal fédéral suisse comme autorité de juridiction constitutionnelle*, page internet : [www.supreme-court.ch/cahiers\\_conseil\\_constitutionnel\\_def\\_2005.pdf](http://www.supreme-court.ch/cahiers_conseil_constitutionnel_def_2005.pdf).

**JURET (Pierre-Marie)**

- *Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales*, RGDIIP 1960, p. 516

**JUY-BIRMAN (Rodolphe), FLORAND (Jean-Marc), REYNAUD (Jean)**

- *Pour une motivation des arrêts de la Cour d'assises*, PA 7 mars 2005, n°46, p. 7.

**KERBAOL (Gwenola)**

- *La responsabilité des magistrats*, Droit et justice, Les Notes, PUF, 2006, Paris.

**KEROMNES (Gwen)**

- *La saisine pour avis de la Cour de cassation, Examen des conditions de recevabilité des demandes*, GP 4 décembre 1997, Doctrine, p. 1571.

**KOERING-JOULIN (Renée)**

- *Le juge impartial*, Justices 1998, n°10, p. 1.

**KRIEG (Jean-François)**

- *La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique*, D. 2005, Chronique, p. 1594.

**KRINGS (Emmanuel)**

- *Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice in L'efficacité de la justice civile en Europe*, CAUPAIN (Marie-Thérèse), DE LEVAL (Georges) (dir.), Larcier, 2000, Bruxelles, p. 235.

**KUBIAK (Caroline), CHEVAL (Patrice), FORNO (Jean-Luc)**

- *La collégialité ?* RRJ 2002, n°5, Cahiers de méthodologie juridique, p. 2197.

**L'HEUREUX-DUBE (Claire)**

- *L'opinion dissidente : la voix de l'avenir ? in Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 85.

- *Allocution prononcée lors de la Cérémonie de départ à la retraite, 10 juin 2002*, page internet : [http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/CeremonyCLHD\\_F.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/CeremonyCLHD_F.asp).

**LACOSTE (Gachouche)**

- *La responsabilité du juge dans la rédaction de sa décision in La responsabilité du juge*, COMMARET (Dominique) (dir.), Colloque ENM des 25 et 26 mars 1999.

**LAMBERT (Pierre)**

- *Les opinions séparées de M. le Juge PETTITI in Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p. 25.

**LASSER (Mitchel)**

- *Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain*, RTDCiv. 2006, p. 691.

**LAURIN (Yves)**

- *L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*, GP 5 janvier 1993, doctrine, p. 12.
- *Le secret du délibéré*, D. 2007, Entretien, p. 856.

**Le GUNEHEC (Francis)**

- *Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Troisième partie : Dispositions concernant la phase de jugement*, JCP 2000, Actualité, p. 1351.

**LECLERC (Henri)**

- *Transparence et justice in Justice, transparence et démocratie*, Enquête de Catherine SAMET, Conférence Olivaint, L'archer, 1997, Paris, p. 83.

**LECUYER (Yannick)**

- *Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence*, RTDH 2004, p. 197.

**LEMONTEY (Jacques)**

- *De la doctrine à la loi par la jurisprudence in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Dalloz, 2005, Paris, p. 481.

**LENOIR (Noëlle)**

- *Entretien avec Mmes Sandra Day O'CONNOR et Ruth GINSBURG, Membres de la Cour suprême*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°5, 1998, p. 44.
- *La Chambre des Lords : A propos des projets actuels de réformes constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°3, page internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc3/cc3len.htm>.

**LEVASSEUR (Georges)**

- *Chronique de jurisprudence*, RSC 1967, p. 454.

**LIBCHABER (Rémy)**

- *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine*, RTDCiv. 2000, p. 679.
- *Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence*, RTDCiv. 2002, p. 176.
- *Une transformation des missions de la doctrine ?* RTDCiv. 2002, p. 608.
- *La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel*, RTDCiv. 2003, p. 147.

**LUCHAIRE (François)**

- « *Contre* » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 111.

**LUDET (Daniel)**

- *Quelle responsabilité pour les magistrats ?* Pouvoirs 1995, n°74, Paris, p. 119.

**LUDET (Daniel), MARTINEL (Agnès)**

- *Les demi-vérités du Conseil constitutionnel*, D. 2007, Notes, p. 1401.

**LYNCH (Andrew)**

- *Is judicial dissent constitutionally protected?* in *Macquarie Law*, page internet : <http://www.austlii.edu.au/au/journal>.

**LYON-CAEN (Arnaud)**

- *A propos des observations orales des avocats dans les procédures écrites* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 1999, Paris, p. 415.

**LYON-CAEN (Pierre)**

- *Le rôle du magistrat est-il neutre ?* in *Justice, Transparence et Démocratie*, Enquête de Catherine SAMET, Conférence Olivaint, L'archer, 1997, Paris, p. 56.

- *Le parquet général de la Cour de cassation*, Interview par Pierre RANCE, D. 2003, p. 211.

**MAGENDIE (Jean-Claude)**

- *La responsabilité des magistrats*, D. 2003, Doctrine, p. 1177.

**MAGNIER (Véronique)**

- *La notion de justice impartiale*, JCP 2000, I, 252.

**MALAURIE (Philippe)**

- *Rapport français, Droit civil et rural* in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXI (1980), Economica, 1982, Paris, p. 81.

- *La Cour de cassation, son parquet général et la Cour européenne des droits de l'homme*, PA 7 mars 2003, n°48, p. 3.

**MALINVAUD (Philippe)**

- *A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, RTDCiv. 2005, p. 312.

**MALINVERNI (Giorgio)**

- *L'indépendance de la Cour européenne des droits de l'Homme* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume II, Bruylant, 2004, Bruxelles, p. 1179.

**MARGUENAUD (Jean-Pierre)**

- *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue-t-elle une source nouvelle de régulation de l'éthique des magistrats ?* in *L'éthique des gens de justice*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 19-20 octobre 2000, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2001, Limoges, p. 121.

**MARGUENAUD (Jean-Pierre), LANGENIEUX (Anne)**

- *De l'impartialité et de l'indépendance des juges de la Cour edh*, Droit et procédures 2003, n°6, p. 338.

**MARTENS (Paul)**

- *Sur les loyautés démocratiques du juge* in *La loyauté*, Mélanges offerts à Etienne CEREXHE, De Boeck et Larcier, 1997, Bruxelles, p. 249.

- *Pour conclure...* in *L'éthique des gens de justice*, Entretiens d'Aguesseau Actes du colloque des 19-20 octobre 2000, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2001, Limoges, p. 199.

- *Réflexions sur le maniérisme judiciaire*, RTDH 2002, p. 335.

**MARTIN (Arnaud)**

- *Le Conseil Supérieur de la Magistrature et l'indépendance des juges*, RDP 1997, n°1, p. 741.

**MARTIN (Raymond)**

- *Le juge devant la prétention*, D. 1987, Chronique, p. 35

- *La justice en faute lourde ou simple*, Procédures 2001, Chronique, p. 4.

**MATHIEU (Bertrand)**

- *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient* in *Droit constitutionnel*, Mélanges Patrice COMBE, Montchrestien, 1999, Paris, p. 301.

**MATRAY (Christine)**

- *Magistrature et démocratie : à la recherche des devoirs de la charge* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p. 581.

**MAYMAT (Jean-Christophe)**

- *L'effet injuste d'un jugement juste* in *De l'injuste au juste*, FRISON-ROCHE (Marie-Anne), BARANES (William) (dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, Paris, p. 89.

**Mc LACHLIN (Beverley)**

- *Le rôle des juges dans la société moderne*, The Fourth Worldwide Common Law Judiciary Conference, 5 mai 2001, Vancouver, Colombie-Britannique, page internet : [http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/role-of-judges\\_f.asp](http://www.scc-csc.gc.ca/aboutcourt/judges/speeches/role-of-judges_f.asp).

**MEKKI (Soraya)**

- *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, *Quelques réflexions procédurales*, RTDCiv. 2005, p. 293.

**MENURET (Jean-Jacques)**

- *Compatibilité du régime spécial de responsabilité de la puissance publique de l'article L 781-1 du code de l'organisation judiciaire avec l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et redéfinition de la notion de faute lourde*, JCP 2001, II, 10583.

**MICHAUT (Françoise)**

- *Le rôle créateur du juge selon l'Ecole de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit*, RIDC 1987, n°2, p. 343.

**MIMIN (Pierre)**

- *L'archaïsme dans la langue judiciaire*, JCP 1947, I, 662.



**MOLFESSIS (Nicolas)**

- *La Cour de cassation réfute l'existence d'un ordre constitutionnel*, RTDCiv. 2002, p. 169.
- *La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine, Sources du droit en droit interne*, RTDCiv. 2003, p. 161.
- *Doctrines de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents*, RTDCiv. 2003, p. 567.
- *Les revirements de jurisprudence in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Economica, 2004, Paris, p. 135.
- *Les avis spontanés de la Cour de cassation*, D. 2007, Chronique, p. 37.

**MONÉGER (Joël)**

- *La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines*, RTDCiv. 2005, p. 323.

**MORTON (Frederick L.)**

- *La rédaction des opinions de la Cour suprême*, Pouvoirs 1991, n°59, p. 45.

**MORVAN (Patrick)**

- *Le revirement pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D. 2005, Chronique, p. 247.

**MOULY (Christian)**

- *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* PA 18 mars 1994, n°33, p. 15.

**MUIR WATT (Horatia)**

- *La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, MOLFESSIS (Nicolas) (dir.), Etudes juridiques, Economica, 2004, Paris, p. 53.
- *La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common-law in Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, 2<sup>ème</sup> Partie, Rapports annexes, Litec, 2005, Paris, p. 53.

**NADAL (Jean-Louis)**

- *La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation*, D. 2005, Chronique, p. 800.
- *Discours, audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation - 8 janvier 2007*, page internet : [http://www.courdecassation.fr/br\\_institution\\_br\\_br\\_1/audiences\\_solennelles\\_59/debut](http://www.courdecassation.fr/br_institution_br_br_1/audiences_solennelles_59/debut).

**NORMAND (Jacques)**

- *Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain*, RTDCiv. 1998, p. 461.

**NUNES DE ALMEIDA (Luis)**

- *Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles*, VIII<sup>ème</sup> Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 18 septembre 1992, AIJC 1992, p. 297.

**ORAISON (André)**

- *L'influence des forces doctrinales académiques sur les prononcés de la C.P.J.I. et de la C.I.J.*, RBDI 1999, n°1, vol XXXII, Bruylant, Bruxelles, p. 205.
- *Quelques réflexions générales sur les opinions séparées individuelles et dissidentes des juges de la Cour internationale de justice (Montée en puissance et restructuration formelle de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse)*, RRJ 1999, p. 1265.
- *Réflexions générales sur la nature des obiter dicta enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice, Le cas de l'obiter dictum contenu dans l'arrêt Barcelona Traction du 5 février 1970 (Une inflorescence de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques au même titre que les opinions individuelles ?)*, RRJ 2002, n°4, p. 1923.

**OST (François)**

- *Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés* in *Le rôle du juge dans la cité*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruylant, 2002, Bruxelles, p. 15.

**PAPIER (Hans-Jürgen)**

- *Entretien* in *La Cour constitutionnelle allemande*, Propos recueillis par M. le Professeur Michel FROMONT, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°15, 2003, p. 102.

**PAULIAT (Hélène)**

- *La justice, un instrument de confiance dans la démocratie ?* in *Justice et Démocratie*, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque des 21-22 novembre 2002, OMIJ, Textes réunis par GABORIAU (Simone) et PAULIAT (Hélène), Pulim, 2003, Limoges, p. 487.

**PERDRIAU (André)**

- *Les dispositifs implicites des jugements*, JCP 1988, I, 3352.
- *Les incertitudes du juge*, GP 7 février 1995, doctrine, p. 200.
- *Le pragmatisme de la Cour de cassation*, JCP 2001, I, 364.

**PERELMAN (Chaim)**

- *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse* in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches et de logique, Etudes publiées par PERELMAN (Chaim) et FORIERS (Paul), Bruylant, 1978, Bruxelles, p. 415.

**PFERSMANN (Otto)**

- *Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles*, VIII ème Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 18 septembre 1992, AIJC 1992, p. 179.

**PINTO (Roger)**

- *La Cour suprême américaine et l'avortement, Réaffirmation par la Cour Suprême des Etats-Unis de la liberté constitutionnelle de l'avortement (arrêt du 29 juin 1992, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Robert P. Casey et autres)*, RDP 1993, p. 907.

**PIZZORUSSO (Alessandro)**

- *Présentation de la Cour constitutionnelle italienne*, page internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc6/pizzorusso.htm>.

**PLUYETTE (Gérard), CHAUVIN (Pascal)**

- *Responsabilité de la justice et des magistrats*, Juris-Classeurs, Procédure civile, fascicule 74.

**PONTHOREAU (Marie-Claire)**

- *Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français*, RDP 1994, p. 748.

**POUDRET (Jean-François)**

- *Légitimité et opportunité de l'opinion dissidente dans le silence de la loi ? Poursuite d'un amical débat* in *Autour de l'arbitrage*, Liber amicorum Claude REYMOND, Litec, 2004, Paris, p. 243.

**POUYAUD (Dominique)**

- *Les avis contentieux du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. La pratique* in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Dalloz, 2004, Paris, p. 328.

**PRADEL (Jean)**

- « *L'appel* » contre les arrêts d'assises : un apport heureux de la loi du 15 juin 2000, D. 2001, Chronique, p. 1964.

- *Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. A propos de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007*, JCP 2007, I, 138.

**PROTT (Lyndel V.)**

- *The justification of decisions in international court of justice in La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches et de logique, Etudes publiées par PERELMAN (Chaïm) et FORIERS (Paul), Bruylant, 1978, Bruxelles, p. 331.

**RADE (Christophe)**

- *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D. 2005, Chronique, p. 988.

**RAGUIN (Xavier)**

- *Juge de la mise en état et juge rapporteur* in *TGI de Nanterre, Juge Civil, Juge Consulaire : Esprit et Méthodes*, Colloque du 28 mars 1995, GP 27 juin 1995, p. 712.

**RENOUX (Thierry S.)**

- *La liberté des juges*, Pouvoirs 1995, n°74, p. 55.

- *Le Président de la République garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire*, Justices 1996, n°3, p. 97.

- *Le Conseil constitutionnel et la collégialité* in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?* Travaux du 21<sup>ème</sup> colloque des IEJ, Toulon, 1995, Thèmes et Commentaires, Dalloz, 1996, Paris, p. 113.

**REVEL (Janine)**

- *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père*, D. 2006, Chronique, p. 1707.

**RIBEYRE (Cédric)**

- *La communication du dossier d'instruction aux parties privées*, JCP 2006, I, 152.

**RIGAUX (François)**

- *Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire* in *Mélanges Jacques VAN COMPERNOLLE*, Bruylant, 2004, Bruxelles, p. 574.

**RIVERO (Jean)**

- *Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice*, D. 1954, Chronique, p.159.

**ROBERT (Jacques)**

- *La bonne administration de la justice*, AJDA 1995, p. 117.

- *Débat entre Jacques ROBERT et Dominique ROUSSEAU* in *Les 40 ans de la Vème République, Neuf années au Conseil constitutionnel*, RDP 1998, n°spécial, p. 1748.

- *Une ténébreuse affaire*, RDP 1999, n°2, p. 381.

- *François LUCHAIRE et la Conseil constitutionnel* in *François LUCHAIRE, un républicain au service de la République, Liber amicorum*, De Republica-7, Publications de la Sorbonne, 2005, Paris, p. 159.

**ROBIN (Cécile)**

- *La langue de la Cour de cassation*, RRJ 2001, n°2, p. 515.

**ROME (Félix)**

- *Justice : de « réformite » en « réformettes »*, D. 2007, Editorial, p. 713.

**ROUSSEAU (Dominique)**

- *De la démocratie continue* in *La démocratie continue*, ROUSSEAU (Dominique) (dir.), Actes du colloque de Montpellier, 2-4 avril 1992, LGDJ, Bruylant, 1992, Bruxelles, p. 5.

- *Synthèse* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 110.

- « *Pour* » : *une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes* in *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 113.

- *Pour les opinions dissidentes* in *Droit constitutionnel*, Mélanges Patrice GELARD, Montchrestien, 2000, Paris, p. 323.

**RUBIN (A.B.)**

- *Rapport Louisianais, L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées Louisianaises)*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Tome XXIX, Economica, 1978, Paris, p. 204.

**SAINTE-ROSE (Jerry)**

- *Le parquet général de la Cour de cassation « réformé » par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme : mythe ou réalité ?* D. 2003, p. 1443.

**SALAS (Denis)**

- *Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité*, Justices 1995, n°2, p. 181.

**SARGOS (Pierre)**

- *La recherche de la vérité de la communauté de travail en matière de représentation sociale dans l'entreprise* in *La vérité*, Rapport annuel 2004, La documentation française, 2005, Paris, p. 109.

**SARKOZY (Nicolas)**

- *Justice : pas de pouvoir sans responsabilité !* Interview à la Revue Dalloz, page internet : <http://sarko2007.free.fr/articles.php?Ing=fr&pg=104&pri=2>.

**SCHOETTEL (Jean-Eric)**

- *Entretien*, avril 2003, site internet : <http://www.eleves.ens.fr/home/escudie/entretien.html>.  
- *Discipline et nomination de droit : les censures du Conseil constitutionnel*, JCP 2007, II, 10044.

**SERENI (Angelo Piero)**

- *Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux*, RGDIP 1964, p. 819.

**SERVERIN (Evelyne), JEAMMAUD (Antoine)**

- *Concevoir l'espace jurisprudentiel, D'autres propos sur la jurisprudence*, RTDCiv. 1993, p. 91.

**SILANCE (Luc)**

- *La motivation et la cohérence du droit* in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches et de logique, Etudes publiées par PERELMAN (Chaim) et FORIERS (Paul), Bruylant, 1978, Bruxelles, p. 219.

**SIMONEL (Laurent-Xavier)**

- *Le juge et son précédent*, GP 11 décembre 1999, p. 1990.

**SMITH (Eivind)**

- *Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles*, VIII ème Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 18 septembre 1992, AIJC 1992, p. 285.

**SOULEZ LARIVIERE (Daniel), DALLE (Hubert)**

- *La dictature des médias* in *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, SOULEZ LARIVIERE (Daniel), DALLE (Hubert) (dir.), Laffont, 2002, Paris, p. 275.  
- *Conclusions* in *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, SOULEZ LARIVIERE (Daniel), DALLE (Hubert) (dir.), Laffont, 2002, Paris, p. 422.

**SPILIOTOPOULOS (Epaminondas)**

- *Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles*, VIIIème Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 18 septembre 1992, AIJC 1992, p. 267.

**STRICKLER (Yves)**

- *Le juge unique en procédure pénale*, PA 18 février 2002, n°35, p. 9.

**TERRE (François)**

- *Rapport de « synthèse »* in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'IHEJ, La documentation Française, 1994, Paris, p. 247.

**TOINET (Marie-France)**

- *Puissances et faiblesses de la Cour suprême*, Pouvoirs 1991, n°59, p. 17.

**TOIS (Emmanuel)**

- *La signification des lettres utilisées pour rendre compte de l'étendue de la publication des arrêts de la Cour de cassation in Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, 2<sup>ème</sup> Partie, Rapport annexe Litec, 2005, Paris, p. 139.

**TOUFFAIT (Adolphe), MALLET (Louis)**

- *La mort des Attendus ?* D. 1968, Chronique, p. 24.

**TOUFFAIT (Adolphe), TUNC (André)**

- *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation*, RTDCiv. 1974, p. 487.

**TRICOT (Daniel)**

- *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions*, Droits 1994, n°20, p. 116.

- *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation in La Cour de cassation, l'Université et le droit. André PONSARD, un Professeur de droit à la Cour de cassation*, Etudes en l'honneur d'André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p. 263.

**TROCSANYI (Laszlo), HORVATH (Alexandra)**

- *Contributions au débat sur les opinions séparées dans les juridictions constitutionnelles, En Hongrie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 104 .

**TROPER (Michel)**

- *Table ronde : Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ?* in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Colloque des 27-28 octobre 1998, LGDJ, 1999, Paris, p. 190.

**TRUCHE (Pierre)**

- *Lettre à M.Colombani, Directeur du Monde*, 22 avril 1998, GP 16 juillet 1998, Libres propos, p. 901.

**TUNC (André)**

- *La Cour suprême idéale in La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative*, TUNC (André) (dir.), RIDC 1978, n°1, p. 433.

- *L'importance de la doctrine dans le droit des Etats-Unis*, Droits 1994, n°20, p. 75.

**VAILHE (Judith)**

- *L'apport des opinions individuelles des juges dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne. A propos de l'élaboration d'un principe de séparation des fonctions judiciaires dans l'une de ses manifestations*, RSC 1998, p. 83.

**VALERY (Antoine)**

- *Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour EDH ?* in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2000, Bruylant, 2001, Bruxelles, p. 91.

**VALLET (Odont)**

- *Devoir de réserve et liberté d'expression*, La revue administrative 1<sup>er</sup> novembre 1993, Doctrine et informations générales, n°276, p. 533.

**VIGNON-BARRAULT (Aline)**

- Les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur, *Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, Actes du Colloque du 21 octobre 2005, organisé par le CRDP de l'Université de Tours, PA 25 janvier 2007, n°19, p. 22.

**VILLACEQUE (Jean)**

- *Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques*, D. 1995, Chronique, p. 317.

**WACQUET (Philippe)**

- *Les revirements et la chambre sociale*, *Forum : Les revirements en débat*, Semaine sociale Lamy, n°1195, 20 décembre 2004, p. 10.

- *Rapport de synthèse, Le sens des arrêts de la Cour de cassation*, Actes du colloque du 21 octobre 2005, organisé par le CRDP de l'université de Tours, PA 25 janvier 2007, p. 47.

**WALTER (Christian)**

- *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Allemagne*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 81.

**WEBER (Alain)**

- *Pratiques : danse avec les juges in La justice, L'obligation impossible*, collectif dir. par BARANES (William) et FRISON-ROCHE (Marie-Anne), édition Autrement, Série Morale, mai 1995, p. 208.

**WEIR (Tony)**

- *Aspects du procès anglais in Le procès*, Archives de philosophie du droit, Tome 39, Sirey, Dalloz, 1995, Paris, p. 191.

**WIEDERKEHR (Georges)**

- *Limites à l'autorité de chose jugée*, *Justices* 1995, n°2, p. 288.

- *Qu'est-ce qu'un juge ? in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?* Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, Paris, p. 575.

- *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, *Justices* 1997, n°5, p. 13.

- *Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée in Justice et droits fondamentaux*, Etudes offertes à Jacques NORMAND, Litec, 2003, Paris, p. 507.

- *Responsabilité de l'Etat et des magistrats in Dictionnaire de la Justice*, CADIET (Loïc) (dir.), PUF, 2004, Paris.

**WILDHABER (Luzius)**

- *Opinions dissidentes et concordantes des juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme in Droit et justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p. 529.

**ZAGREBELSKY (Gustavo)**

- *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles, En Italie*, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p. 107.

**ZENATI (Frédéric)**

- *La saisine pour avis de la Cour de cassation*, D. 1992, Chronique, p. 247.
- *L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique, Quelles revues pour le 21<sup>ème</sup> siècle ?* Colloque, Deuxième demi-journée, RTDCiv. 2002, p. 691.
- *La nature de la Cour de cassation*, Conférence prononcée le jeudi 14 novembre 2002 en la Grand'Chambre de la Cour de cassation, BICC n°575 du 15 avril 2003, page internet [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/bulletin\\_](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_).

**ZENATI-CASTAING (Frédéric)**

- *La motivation des décisions de justice et les sources du droit*, D. 2007, Chronique, p. 1553.

**ZOLLER (Elisabeth)**

- *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis* in *La République*, Mélanges Pierre AVRIL, Montchrestien, 2001, Paris, p. 609.

**Avis, Conclusions, Notes, Observations et Rapports** :

**ATIAS (Christian)**

- *Les paradoxes de l'office du juge et de la sécurité juridique*, note sous l'arrêt de la 3<sup>ème</sup> Chambre civile, 24 oct. 2002, D. 2003, Jurisprudence, p. 513.

**AUBERT (Jean-Luc)**

- note relative aux arrêts de la Chambre sociale, 14 mars 1974 et de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 12 juin 1974, D. 1975, Jurisprudence, p. 173.

**BARGUE**

- note du conseiller rapporteur relative à l'arrêt de l'Assemblée Plénière, 12 juillet 2000, Société Peugeot contre Canal plus, page internet : [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/bulletin\\_](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_), p. 4.

**CABANNES (Jean)**

- *Rapport de la Commission de réflexion sur l'éthique dans la magistrature*, novembre 2003, page internet : <http://www.lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000695/0000.pdf>.

**CACHARD (Olivier)**

- *La contagion rétroactive de l'obligation médicale d'information*, note sous l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 9 octobre 2001, JCP 2002, II, 10045.

**CHABANOL (Daniel)**

- *Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress*, AJDA 2002, p. 9.

**CHARTIER (Yves)**

- note relative à l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 19 octobre 1999, D. 2000, Jurisprudence, p. 310.



**CHEVRIER (Eric)**

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale, 20 février 2007, D. 2007, n°11, Actualité jurisprudentielle, p. 724.

**DALEAU (Jeanne)**

- note relative à la décision 2007-551 DC, 1<sup>er</sup> mars 2007, D. 2007, Actualité législative, p. 645.

**DEUMIER (Pascale)**

- *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges (AP 21 déc. 2006)*, RTDCiv. 2007, p. 72.

**DEVERS (Alain)**

- *La doctrine de la Cour de cassation sur le transfert d'entreprise*, note relative à l'arrêt de la Chambre sociale, 13 sept 2005, D. 2006, Jurisprudence, p. 279.

**DINTILHAC (Jean-Pierre)**

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle, 30 avril 1996, RSC oct.-déc. 1996.

**DUBREUIL (Edith)**

- note relative au jugement du Tribunal correctionnel de Paris, 17<sup>ème</sup> chambre, 31 mars 1989, Procureur de la République c. A..., JCP 1989, II, 21356.

**FERRAND (Frédérique)**

- *La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand, law in Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, 2<sup>ème</sup> Partie, Rapports annexes, Litec, 2005, Paris, p. 81.

**FRICERO (Natalie)**

- Observations sur l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du 7 juin 2005, La jurisprudence commentée, Droit et procédures 2006, n°1, p. 35.

**GAUTHIER (Catherine)**

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, Slimane Kaïd contre France (n°2), 27 novembre 2003, JCP Administrations et collectivités territoriales 2004, Europe n°1122, p. 241.

**GIRAULT (Jean-Marie)**

- Rapport n°275, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 mars 1997, page internet : <http://cubitus.senat.fr/rap/196-275/196-275167.html>.

**HASCHER (Dominique), REYMOND (Claude)**

- *Chronique des décisions de procédure*, JDI 1994, n°4, p. 1081.

**HAUSER (Jean)**

- *Personnes et droit de la famille*, RTDCiv. 1995, p. 869.

- *L'indemnité de l'article 280-1 et la prestation compensatoire : pas de requalification par le juge*, RTDCiv. 1996, p. 585.

**HERON (Jacques)**

- *Office du juge : l'assimilation critiquable de l'infra petita et de l'ultra petita*, Justices 1995, n°1, p. 244.

**HOSTIOU (René)**

- *Un commissaire du gouvernement peut-il en dissimuler un autre ? Après l'arrêt Martinie, l'arrêt Roux c/ France*, AJDA 2006, p. 1441.

**HUNTER (Martin)**

- *Document ; Rapport final sur les opinions dissidentes et exprimées séparément*, Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 1/6/91, n°1, p. 32.

**JARVIN (Sigvard)**

- *Remarques sur le contrôle de la décision d'incompétence de l'arbitre et sur la pratique des opinions dissidentes*, note relative à l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 7 juillet 1994, Revue de l'arbitrage 1/1/1995, n°1, p. 107.

**LESTANG (Roger)**

- observations sous l'arrêt de la Chambre criminelle, 25 janvier 1968, JCP 1968, 15368.

**LIBCHABER (Rémy)**

- *Une doctrine de la Cour de cassation ? (Soc. 27 oct. 1999, à paraître au Bulletin)*, RTDCiv. 2000, p. 197.

- *Incertitudes sur l'effet substantiel des jugements*, note relative à l'arrêt de la Chambre Mixte, 17 nov. 2006, D. 2007, p. 842.

**L.R.**

- *De l'obligation de réserve. A propos d'un arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 1993*, PA 3 août 1993, n°92, juris., p. 32.

**Lord WOOLF**

- *Rapport sur les méthodes de travail de la Cour EDH, décembre 2005*, page internet : <http://www.echr.coe.int/fr/Press/2005/dec/RapportdeLordWoolfsurlesméthodesdetravail.pdf>.

**MARGUENAUD (Jean-Pierre)**

- observations sur l'arrêt de la Cour EDH, Slimane-Kaïd contre France, RTDCiv. 1998, p. 511.

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, KRESS contre France, 7 juin 2001, Droit et procédures 2001, n°6, p. 374.

- *De la nécessité d'une réforme du régime de la curatelle pour organiser l'assistance du curatelaire en matière pénale (Cour EDH Vaudelle c/ France, 30 janv. 2001)*, RTDCiv. 2001, p. 439.

- *Le triste sort des embryons in vitro du couple séparé, (Cour EDH 4<sup>ème</sup> section, 7 mars 2006, Evans c/ Royaume-Uni)*, RTDCiv. 2006, p. 255.

**MASSIP (Jacques)**

- note relative à l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 31 mars 1992, D. 1992, Jurisprudence, p. 508.

- note relative à l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 10 mars 1993, D. 1993, Jurisprudence, p. 361.

**MAZEAUD (Pierre)**

- *Réflexions et propositions sur la procédure civile, Rapport au garde des Sceaux*, COULON (Jean-Marie) (dir.), Collection des rapports officiels, La documentation Française, 1997, Paris, p. 102.

**MOLFESSIS (Nicolas)**

- Président du groupe de travail, *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET, Litec, 2005, Paris.

**NALLET (Henri)**

- *Rapport de la commission de réflexion sur la justice, Rapport au Président de la République, Annexes*, Commission présidée par Pierre TRUCHE, Les rapports officiels, La documentation française, 1997, Paris, p. 37.

**PERRIN (Pierre-Antoine)**

- observations sur les arrêts de la Cour d'appel de Reims, Ch.soc, 29 juin 1977, dame Goffart c. époux Mollin et de la Cour d'appel de Versailles, 5<sup>ème</sup> Ch., Ch. Soc., 22 mars 1979, époux Kacsmarek c. veuve Gallot et autres., JCP 1980, II, 19300.

**ROETS (Damien)**

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, Makhfi contre France, 19 octobre 2004, D. 2005, p. 472.

**SALAS (Denis)**

- *L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu*, Justices, Le Dalloz, Hors-Série, 2001, p. 14.

**SAINTE-ROSE (Jerry)**

- Conclusions relatives à l'arrêt de l'Assemblée Plénière, 17 novembre 2000, JCP, II, 10438.

**SARGOS (Pierre)**

- Rapport relatif à l'arrêt de l'Assemblée Plénière, 17 novembre 2000, JCP, II, 10438.  
- *Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin*  
Rapport relatif à l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile, 9 octobre 2001, D. 2001, Jurisprudence, p. 3470.

**SERMET (Laurent)**

- *L'arrêt Martinie contre France : Un arrêt de Grande Chambre ? Assurément. Un grand arrêt ? Non. Commentaire de l'arrêt Martinie contre France, Grande Chambre, 12 avril 2006*, RFDA mai-juin 2006, p. 577.

**SUDRE (Frédéric)**

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, Kress contre France, 7 juin 2001, JCP 2001, II, 10578.  
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, Storck contre Allemagne, 16 juin 2005, JCP 2005, I, n°159, p. 1451.  
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, Grande Chambre, Martinie contre France, 12 avril 2006, RFDA 2006, p. 307.  
- chronique relative à l'arrêt de la Cour EDH, 2<sup>ème</sup> Section, Gubler c/ France, 27 juillet 2006, JCP 24 janvier 2007, I, 106.

**SOUMY (Isabelle)**

- *L'effet horizontal de l'article 5 §1, première phrase comme limite à la tyrannie familiale : l'affaire Storck c. Allemagne du 16 juin 2005*, RTDH 2006, p. 237.

**WIEDERKEHR (Georges)**

- observations sous l'arrêt de la 2<sup>ème</sup> Chambre civile, 24 juin 1998, RGDP 1999, 212.

**THOUVENIN (Dominique)**

- *Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin* note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 9 octobre 2001, D. 2001, Jurisprudence, p. 3470.

**Ouvrages des Cours, Juridictions et Institutions** :

**Commission de Venise**

- Commission européenne pour la démocratie par le droit, 8-10 juin 1994, Bucarest, *Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit*, page internet : [http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD\(1994\)010-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD(1994)010-f.asp).

**Conseil consultatif national d'éthique**

- Rapport 2005 ; page internet : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/9782110062970/>.

**Conseil National des Barreaux**

- Rapport sur la réforme de la procédure criminelle, adopté par l'Assemblée générale du Conseil national des Barreaux, le 10 juillet 1999, page internet : [http://www.cnb.avocat.fr/PDF/1999-07-10\\_Procedurecriminelle.pdf](http://www.cnb.avocat.fr/PDF/1999-07-10_Procedurecriminelle.pdf).

**CSM**

- Avis du 15 décembre 2005, page internet : <http://www.conseil-supérieur-magistrature.fr/actualites.php>.  
- Avis du 16 février 2006, page internet : <http://www.conseil-supérieur-magistrature.fr/actualites.php>.  
- Communiqué de presse, 21 décembre 2006, site : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>.  
- Rapport d'activité 1999, Les éditions des journaux officiels  
- Rapport d'activité 2000, Les éditions des Journaux officiels.  
- Rapport d'activité 2005, page internet : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels/rapport2005/chap1-3.htm>.

**Cour de cassation**

- Rapport annuel 2001.  
- Colloque sur le Rapport du groupe de travail sur les revirements de jurisprudence, 12 janvier 2005, JCP 2005, Aperçu rapide, p. 119.

**Délégation des Barreaux de France**

- *Suggestions dans les domaines juridictionnel et quasi-juridictionnel*, Conférence intergouvernementale 1996, page internet : [http://www.europarl.eu.int/hearings/icg2/doc75dfr\\_fr](http://www.europarl.eu.int/hearings/icg2/doc75dfr_fr).

**ISPEC d'Aix-en-Provence**

- *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?* Actes du colloque des 5 et 6 mai 2000, PUAM, 2000, Aix-en-Provence.

## INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

### **A**

<i>Accountability</i>	105
Affaire d'Outreau	201, 208, 216, 243, 427
Arbitrage international	42, 119, 262, 402
Arbitraire	146, 172, 185, 186, 352, 362, 363
Autorité de la justice	18, 19, 293
Avocat général	27, 51, 95, 132, 273, 274, 303, 307-309, 313, 315, 317, 348, 351, 371, 378, 409

### **B**

Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC)	311, 409
---	----------

### **C**

Chambre des Lords	2, 92, 94, 322
Chambre mixte	303, 346-348, 351, 378, 380, 418, 419
Code de déontologie	25, 231
Comité consultatif de déontologie judiciaire	244
Comité consultatif national d'éthique (CCNE)	1, 410, 434
Commissaire du Gouvernement	51, 169, 273, 274, 308, 313
Communiqués	27, 306, 344, 371
Conseil constitutionnel	7, 16, 23, 24, 72, 73, 106, 201, 214, 216-221, 251, 286, 435
Conseiller rapporteur	27, 95, 257, 271, 294, 303, 307-309, 313, 317, 331, 342, 348, 351, 371, 378, 394, 409
Conseil supérieur de la magistrature (CSM)	25, 206, 217, 219, 230, 231, 234, 239, 243, 280, 281
Constitution espagnole	114
Constitution grecque	114
Cour constitutionnelle allemande	113, 163, 384, 438
Cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale (CCI)	158
Cour d'assises	262, 352, 360, 361, 363, 365, 410
Cour de justice des communautés européennes (CJCE)	49
Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)	1, 8, 13, 47, 64, 75, 119-121, 123-127, 130, 132, 134-136, 139, 154, 155, 170, 243, 273, 327, 342, 366
Cour internationale de justice (CIJ)	1, 8, 13, 49, 119-122, 124, 127, 131, 132, 134, 139, 382, 386
Cour pénale internationale	412
Cour permanente de justice internationale (CPJI)	131
Cour suprême des Etats-Unis	1, 84, 89, 92, 101, 106, 155, 170, 253, 372,

Cour suprême du Canada	381
Cours de <i>common law</i>	228, 406, 411
Crise de la justice	2
	23, 427
<b>D</b>	
Déficit de transparence	149, 192, 378
Déontologie	25, 80, 231, 232, 243
<i>Dissenters</i>	102, 105
<i>Distinguishing</i>	92
Doctrines de la Cour de cassation	298, 300, 302, 304, 316
Doctrines universitaires	14, 94, 95, 98, 291, 293-296, 299, 332, 414
Doyen de la chambre	388
<b>E</b>	
Effet pédagogique	
Effet rétroactif des revirements de jurisprudence	162
Ecole nationale de la magistrature (ENM)	243, 265
<b>F</b>	
Faute disciplinaire	204, 219, 231
Fédéralisme	103
Filtrage des pourvois	109, 420
Fonctionnement défectueux du service public	221, 280
<b>G</b>	
Garanties procédurales	3
<b>H</b>	
<i> Holding </i>	5
<b>I</b>	
Impartialité	147, 201, 223, 225, 239, 253, 273, 274, 381, 431
Impartialité objective	135, 273
<i>Impeachment</i>	105, 199, 253
Intime conviction	363, 424
<b>J</b>	
Juge auteur	233, 235, 246, 257, 259, 285, 290, 292, 296, 330, 331, 333, 381, 383, 388, 401, 403
Juge national	137
<b>L</b>	
<i>Law clerks</i>	109
Loi italienne du 13 avril 1988 réglementant la responsabilité civile des magistrats	211

<b>M</b>	
Médiateur	201, 219
Médiatisation	21, 247
Mention du nom du greffier	272
<b>N</b>	
Noétique	14
Notes	294, 311, 330, 365
Notes en délibéré	65
Nullité	267, 268, 270-272, 278, 285
<b>O</b>	
<i>Obiter dictum</i> ou <i>obiter dicta</i>	40, 164, 302, 316
Objectif de célérité de la justice	75
Opinions concordantes	5, 8, 10, 11, 52, 66, 67, 154, 357, 435
Opinions dissidentes	5, 7, 8, 10, 11, 16, 48, 52, 54-58, 61, 66, 67, 71-73, 105, 114, 158, 163, 167, 208, 212, 235, 357, 379, 411, 435
Opinions individuelles	2, 4, 7, 13, 17, 80, 94, 136, 322, 366
<b>P</b>	
Passerelle	221, 280
Pédagogique	173, 180, 183, 250, 306, 310
Personnalisation	32, 69, 76, 77, 79, 82, 246, 286, 311
<i>Plurality opinions</i>	5, 372
Président de la formation de jugement	71, 388, 396
Principe de l'oralité des débats	365, 368
Principe de sécurité juridique	71
Principe de séparation des pouvoirs	220
Prohibition des arrêts de règlements	71, 420
Projet de décision	107, 108, 157, 158
<b>R</b>	
Rapport annuel	27, 166, 176, 303, 304, 309, 401
Rapport objectif	343
<i>Ratio decidendi</i>	3
Recours en annulation	64
Régime de la Terreur	17
Représentativité	172, 178, 225
<b>S</b>	
Saisine pour avis de la cour de cassation	305
Secret bancaire	257
Secret de l'instruction	257
Secret du vote	270, 309
<i>Separate opinions</i>	7
<i>Seriatim opinions</i>	4
Serment	205, 255, 262-265, 275, 279, 280, 433
Service de documentation et d'études	303, 344
Souveraineté	133, 134, 139, 142



<i>Stare decisis</i>	93
Structure fédérale	92, 93, 103
Style archaïque	189, 191
Style discursif	187, 377
Style monolithique	44, 156, 250
Syllogisme judiciaire	38, 133

## **T**

Tactiques de votes	323, 333
Tribunal constitutionnel espagnol	114
Tribunal constitutionnel portugais	114

## **U**

Universalité	122
--------------	-----

## **V**

Valeur normative	340, 371
------------------	----------

## Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français

<b><u>Introduction</u></b>	15
<b><u>Partie I- L'opportunité des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français</u></b>	37
<b><u>Titre I- La réalité des risques</u></b>	39
<u>Chapitre I- La crainte d'une atteinte à la légitimité de l'institution judiciaire</u>	41
<u>Section I- Un affaiblissement de l'autorité des décisions</u>	41
§1- Une motivation de moins bonne qualité	42
A- Une motivation multiforme issue de compromis	42
B- Une perte de lisibilité de la motivation	44
§2- Un dispositif fragilisé	45
A- Une absence d'unanimité susceptible de nuire à l'autorité de la décision	46
1- La prise de connaissance d'une hétérogénéité de positions	46
2- L'atteinte à l'autorité de la décision	51
a- L'absence d'effet sur l'autorité de la chose jugée	51
b- L'obstacle à la reconnaissance de l'autorité morale	53
B- Un encouragement à l'exercice de voies de recours	55
1- La prise en compte des opinions séparées dans le choix d'exercer un recours	55
a- Un doute sur la pertinence de la motivation de la décision	56
b- Une mise en valeur des irrégularités de la procédure	57
2- La difficile évaluation du risque d'augmentation du nombre de recours	59
<u>Section II- Une diminution de la crédibilité des juges</u>	61
§1- La révélation de conflits internes	61
A- Une mise en avant des controverses	61
B- Une mauvaise image de la justice	63
§2- La personnalisation de l'exercice de la fonction judiciaire	65
A- Un risque pour l'indépendance du juge	65
B- Une déconsidération de la fonction du juge	69
<u>Conclusion du Chapitre I</u>	71

<u>Chapitre II- L'incertaine exemplarité des expériences antérieures</u>	73
<u>Section I- L'incertaine exemplarité d'expériences réussies en raison de spécificités nationales</u>	74
§1- Un héritage inexploitable des pays de <i>common law</i>	74
A- Une conception différente de la fonction du juge	75
1- Une reconnaissance originelle de la jurisprudence comme source du droit	75
a- La garantie de l'autorité de la jurisprudence par l'application de la règle du précédent	75
b- L'absence de rôle majeur de la doctrine universitaire	78
2- Une implication originelle du juge dans la construction du droit	81
B- Des facteurs propres explicatifs de l'engouement des juges de la Cour suprême des Etats-Unis	84
1- Des éléments spécifiques tenant à l'organisation judiciaire et au statut des juges américains	84
2- Des méthodes de travail internes favorisant l'individualité au sein de la Cour suprême	88
§2- Une mise en place trop circonscrite dans les pays romano-germaniques	92
A- L'admission des opinions séparées en liaison avec la nature constitutionnelle des juridictions européennes	92
B- L'extension rare des opinions séparées aux juridictions judiciaires	98
<u>Section II- L'incertaine exemplarité des expériences liées à l'affirmation de la justice supranationale</u>	100
§1- Des expériences nécessaires pour refléter le pluralisme	100
A- Une utilisation des opinions séparées indissociable de la dimension supranationale	101
1- L'existence des opinions séparées justifiée par la nature universelle de la CIJ	101
2- L'admission des opinions séparées liée à la logique judiciaire de la Cour EDH	103
B- Des particularités procédurales internes	105
1- Une collégialité obligatoire dans la procédure supranationale	105
2- Un autre style de motivation	108
§2- Des expériences inhérentes à la nécessité de convaincre des Etats	109
A- La soumission volontaire des Etats au contrôle juridictionnel	110
B- Le moyen pour les Etats de contrôler le droit prétorien	114
<u>Conclusion du Chapitre II</u>	117

<u>Conclusion du Titre I</u>	119
<b><u>Titre II- La potentialité des avantages</u></b>	121
<u>Chapitre I- Un facteur de transparence du processus décisionnel</u>	123
<u>Section I- Un approfondissement de l'analyse juridique</u>	123
§1- Un éclairage quant à la décision	124
A- Un complément d'analyse inédit	124
B- Une incitation à une meilleure motivation	127
§2- Un éclairage quant à l'évolution jurisprudentielle	131
A- Un facteur de prévisibilité des revirements de jurisprudence	131
1- La faible audience des opinions séparées dans le Rapport MOLFESSIS	132
2- Une atténuation de l'effet de surprise identifiée par Christian MOULY	135
B- Une stimulation de la règle de droit	138
<u>Section II- Une contribution au renforcement d'une justice démocratique</u>	142
§1- Une approche simplifiée des rapports entre l'institution judiciaire et les justiciables	143
A- Une justice ouverte	144
B- Une justice pédagogique	148
§2- Pour une meilleure acceptation de la décision judiciaire	152
A- L'assurance d'un débat préalable	152
B- L'adaptation du style judiciaire	154
<u>Conclusion du Chapitre I</u>	159
<u>Chapitre II- Un mécanisme de responsabilisation du juge</u>	161
<u>Section I- L'impasse de la voie de la responsabilité</u>	162
§1- Un risque supplémentaire d'atteinte à l'indépendance lié à l'introduction des opinions séparées	164
A- La possibilité d'individualiser la faute en cas de collégialité	165
1- Une identification de l'auteur de la faute facilitée	165
2- Une perspective d'individualisation de la faute disciplinaire	167
B- Le risque d'un engagement plus fréquent de la responsabilité du juge judiciaire	169
1- La possibilité d'adapter le régime de responsabilité des juges italiens	169
2- La volonté du pouvoir politique d'accroître la responsabilité	170

§2- Un risque inhérent au seul régime de responsabilité	172
A- Une censure préservant l'indépendance du juge judiciaire	172
B- Une tentative avortée d'étendre la responsabilité du juge judiciaire	174
<b><u>Section II- L'expérimentation de la voie de la responsabilisation</u></b>	176
§1- L'utilisation exclusive des opinions séparées comme mécanisme de responsabilisation	177
A- L'organisation d'un contrôle de l'activité du juge judiciaire	178
1- Un contrôle démocratique	178
2- Un contrôle suspendu à la volonté du juge	179
B- Le maintien des opinions séparées dans le champ de la responsabilisation	181
1- Le rattachement de la responsabilisation à l'éthique du juge	181
2- L'appartenance des opinions séparées au domaine de l'éthique	183
§2- Le meilleur moyen de combler le déficit de confiance de l'institution judiciaire	186
A- Un juste équilibre entre la responsabilité et l'indépendance du juge	186
1- Une reddition de comptes sans sanction	186
2- Une sauvegarde de l'indépendance	187
B- Une crédibilité retrouvée	188
1- Une nouvelle légitimité du juge fondée sur l'éthique	189
2- Un système idéal reposant sur l'augmentation de la responsabilisation pour diminuer la responsabilité	191
<b><u>Conclusion du Chapitre II</u></b>	193
<b><u>Conclusion du Titre II</u></b>	195
<b><u>Conclusion de la Partie I</u></b>	197
<b><u>Partie II- La mise en place des opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français</u></b>	199
<b><u>Titre I- La conciliation des opinions séparées et du principe du secret du délibéré</u></b>	201
<b><u>Chapitre I- Secret du délibéré et indépendance du juge-auteur</u></b>	203
<b><u>Section I- Une tradition juridictionnelle conçue comme une protection de l'indépendance du juge judiciaire</u></b>	203

§1- Une barrière à l'expression d'opinions séparées	204
A- La rigueur de l'énoncé législatif d'un principe fondamental	204
1- La consécration du principe	204
2- La détermination de la valeur du principe	207
B- L'élaboration jurisprudentielle d'une conception large du principe du secret du délibéré	208
1- La mise en œuvre d'un principe rigide	209
2- Le renforcement du principe du secret du délibéré par la jurisprudence européenne	213
§2- Un objectif manqué de protection de l'indépendance du juge-auteur	214
A- La faible protection de l'indépendance du juge par l'anonymat de la décision	214
B- L'engagement de la responsabilité du juge-auteur pour violation du secret du délibéré	216
1- Une action réprimée pénalement	217
2- Une action sanctionnée disciplinairement	218
<u>Section II- Une protection atténuée avec l'extension de la pratique du juge unique</u>	220
§1- L'instauration d'une exception légale au secret du délibéré	221
A- L'absence d'anonymat de la décision du juge unique	222
B- Une étendue du secret du délibéré constamment réduite	224
§2- L'inégalité de la protection	226
<u>Conclusion du Chapitre I</u>	229
<u>Chapitre II- Pour une pleine reconnaissance de l'autonomie du juge-auteur</u>	231
<u>Section I- L'absence de sanction des opinions autonomes du juge judiciaire</u>	232
§1- La participation essentielle du juge judiciaire au travail doctrinal	233
§2- L'admission de l'expression d'une dissidence par le juge judiciaire	239
A- La contribution doctrinale de la Cour de cassation en marge de la doctrine judiciaire	240
B- La doctrine judiciaire épanouie dans les opinions autonomes de ses membres	246
<u>Section II- La remise en question de la sanction des opinions séparées</u>	252
§1- Une autre forme d'opinions autonomes du juge judiciaire	253
§2- Une absence de violation du secret du délibéré	257
A- La persistance du secret du délibéré	258
1- La distinction entre opinions séparées et publicité du délibéré	258
a- La préservation du secret des discussions	258

b-	Le maintien du secret sur le vote final	260
2-	La distinction entre opinions séparées et publicité des votes	261
a-	L'indication de la mention selon laquelle la décision a été prise à la majorité ou à l'unanimité	262
b-	La révélation du rapport des votes majoritaires et minoritaires	262
B-	La levée de la confidentialité d'une position personnelle après le délibéré	263
	 <u>Conclusion du Chapitre II</u>	 267
	 <u>Conclusion du Titre I</u>	 269
	 <b><u>Titre II- L'adaptation des opinions séparées aux spécificités du système judiciaire français</u></b>	 271
	 <u>Chapitre I- La détermination des juridictions concernées</u>	 273
	 <u>Section I- Les opinions séparées des juges de la Cour de cassation</u>	 273
§1-	La pertinence de la mise en place des opinions séparées des juges de la Cour de cassation	274
A-	Une fonction normative déterminante	274
B-	Une continuité des méthodes de travail de la Cour	277
§2-	La détermination des formations au sein desquelles introduire les opinions séparées	279
A-	Une mise en place privilégiée au sein des formations solennelles	279
B-	Une mise en place fondée devant les formations ordinaires	281
	 <u>Section II- Les opinions séparées des juges du fond</u>	 283
§1-	Les opinions séparées des juges professionnels	283
A-	Les fonctions particulières des opinions séparées devant les juridictions du fond	283
1-	Une manière enrichissante de résister à la jurisprudence de la Cour de cassation	284
2-	Une procédure de traitement des affaires plus rapide	286
B-	La question du caractère approprié des opinions séparées devant les juridictions du fond	287
§2-	Les opinions séparées des jurés d'assises	289
A-	La recherche d'une solution adaptée à l'opacité du procès d'assises	289
B-	Le moyen de corriger la non-motivation des décisions d'assises	293

<u>Conclusion du Chapitre I</u>	299
<u>Chapitre II- L'élaboration de nouvelles règles processuelles</u>	301
<u>Section I- Les règles d'organisation des opinions séparées</u>	301
§1- Un encadrement éventuel de l'énoncé des opinions séparées dans le respect de l'indépendance du juge judiciaire	302
A- La forme des opinions séparées	302
1- Le choix entre unicité et pluralité d'opinions	303
2- La possible limitation de la longueur	305
B- Le contenu des opinions séparées	307
1- Un contenu encadré	308
2- Un contenu soumis à un contrôle interne	310
§2- Une réglementation de la publicité des opinions séparées conforme à l'objectif de responsabilisation du juge judiciaire	311
A- Le mode de publicité	312
1- L'insuffisance d'une communication interne	312
2- La nécessité d'une divulgation externe	315
B- Le champ de la publicité	317
1- Une publicité limitée à l'énoncé de l'opinion pour favoriser la transparence	317
2- Une publicité incluant l'identification de l'auteur de l'opinion dans le but de responsabiliser le juge judiciaire	319
<u>Section II- Les règles d'utilisation des opinions séparées</u>	320
§1- Les modalités d'utilisation	320
A- Les motifs du cantonnement des opinions séparées à certaines questions	320
B- L'identification des questions concernées	322
§2- Les cas d'utilisation devant la Cour de cassation	327
A- Le caractère inapproprié de la création d'un nouveau cas d'ouverture à cassation fondé sur l'existence d'opinions séparées	328
B- Le bénéfice réel de l'association des opinions séparées au pourvoi dans l'intérêt de la loi	329
1- Un nouveau fondement du pourvoi dans l'intérêt de la loi	329
2- Une identification des problèmes importants juridiquement ou socialement	331
<u>Conclusion du Chapitre II</u>	333
<u>Conclusion du Titre II</u>	335



<u>Conclusion de la Partie II</u>	337
<u>Conclusion générale</u>	339
<u>Bibliographie</u>	345
<u>Index</u>	381
<u>Plan général</u>	385