

Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français

Wanda Mastor
Maître de conférences en droit public

Cour de cassation, le mardi 18 octobre 2005

1. Aux constitutionnalistes français avouant leur attrait pour la pratique anglo-saxonne de la publication des opinions minoritaires, le Doyen Vedel répondait qu'il s'agissait d'une « recette infallible à qui voudrait porter malheur au Conseil constitutionnel »¹. Ce sont des sentiments bien plus favorables à la sereine longévité de notre Haute juridiction qui nous animent, forgeant une profonde conviction : celle que l'unanimité n'est pas nécessairement vertueuse. La justice idéale ne sacrifie pas les convictions de chacun au prix de négociations obscures, menant à une artificielle majorité. La justice idéale, loin de ne parler que d'une seule et même voix, est celle qui, ayant tout tenté pour parvenir au consensus le plus large possible, laisse exprimer ses voix minoritaires. Parce que la justice est *transparente*, et que les hommes qui la rendent sont pleinement *responsables* de leurs choix et de leurs conséquences.

Plaider pour la possibilité offerte aux juges d'exprimer leur éventuelle dissidence ne signifie pas plaider pour la divulgation systématique des divisions qui, à force de proliférer, amoindriront la force de persuasion de la décision majoritaire. Estimer qu'un instrument est indispensable au bon fonctionnement d'une institution n'empêche pas de condamner les dérives de son utilisation. Au sein de la Cour suprême des Etats-Unis, modèle du genre, le développement des opinions séparées est tel que l'accès aux décisions devient difficile, tant pour les profanes que pour les observateurs avertis. Les opinions des juges minoritaires se sont multipliées sous la forme de variantes très sophistiquées, telles que les *Plurality opinions*, dans lesquelles la majorité s'entend seulement sur la solution, et non sur les motifs. Ces dérives observées outre-Atlantique, engendrées naturellement par l'immense succès qu'y rencontre la publicité des divergences, ne doivent pas en éclipser les bienfaits.

2. L'expression la plus communément employée pour désigner la faculté pour un juge d'exprimer son désaccord est celle d'« opinion dissidente », reprise par l'intitulé de cette conférence. Or le mot « dissident » pris dans son acception englobante, du moins en ce qui concerne la justice constitutionnelle, doit être réfuté. L'opinion dissidente n'est que l'une des variantes des opinions séparées. Celles-ci peuvent se définir comme des *opinions alternatives à celle de la majorité, rédigées par un ou plusieurs juges, soit parce qu'elle proposent une solution différente, soit parce qu'elles proposent un fondement différent pour une solution identique*. Les premières sont des opinions dissidentes, les secondes, des opinions concordantes (et non « concurrentes », malheureuse traduction des « *concurring opinions* » américaines). Les opinions dissidentes sont l'expression la plus radicale du désaccord, puisque le ou les juges qui en sont les auteurs ont voté contre la décision majoritaire. Les opinions concordantes, plus complexes, peuvent revêtir plusieurs formes. Ainsi, une opinion concordante simple (d'après l'appellation américaine *simple concurrence*) ne va être pour son auteur que l'occasion de préciser certains points de la décision, de développer des motifs supplémentaires ou alternatifs. Très concrètement, son signataire se range du côté des juges

¹ VEDEL (G.), Préface à ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, collection Domat droit public, 6^{ème} édition, Paris, 2001, p. 9.

majoritaires en votant pour la décision. Mais une opinion peut être également « en partie dissidente et en partie concordante », selon l'expression consacrée à la Cour suprême américaine. Il faut dans ce cas soigneusement lire son contenu pour comprendre si son auteur s'est rangé du côté de la minorité ou de la majorité au moment du vote. C'est la prolifération de ce dernier type d'opinion qui fait que la publicité de la dissidence en général a « mauvaise réputation »...

3. Publier les opinions minoritaires est une pratique juridique particulièrement controversée. Que ce soit dans les pays où elle est fortement ancrée, comme aux États-Unis, ou dans d'autres qui s'interrogent sur l'opportunité de son introduction, elle ne cesse de diviser. Le cadre de la présente étude ne nous permet pas d'exposer les critiques avancées par les détracteurs des opinions séparées, globalement identiques d'un pays à l'autre, ni toutes les autres facettes d'un sujet aussi riche que protéiforme. C'est en qualité de « constitutionnaliste française » que nous choisissons de plaider ici pour l'introduction des opinions séparées au sein du Conseil constitutionnel français¹. L'étude d'un sujet tel que celui des opinions minoritaires ne peut que s'inscrire dans une démarche comparatiste. Poussée à l'extrême, cette dernière peut déboucher sur une étude de « transposition ». Une telle perspective n'est possible que dans l'hypothèse où l'objet d'étude observé dans un système étranger n'existe pas dans le nôtre. Certains nous reprocheront alors de nous éloigner du droit positif, en arguant que la réponse à la question « la publication des divergences au sein du Conseil constitutionnel français est-elle envisageable ? » est sans intérêt puisque purement prospective. Or laisser cette question sans réponse, c'est négliger une partie de la doctrine, certes bien minoritaire. Inséré dans une démarche comparatiste, le discours prospectif part d'une analyse critique et permet de mettre en évidence les contradictions, voire les faiblesses des arguments des opposants aux opinions séparées. Ces derniers nous permettent de plaider pour la nécessité d'une réforme tant décriée (I), avant d'en envisager le contenu hypothétique (II).

I. La nécessité de la réforme

Quatre arguments principaux permettent de plaider en faveur de la publication de la dissidence au sein du Conseil constitutionnel. Les trois premiers renvoient à la question de son utilité en général (A) ; le dernier, contextuel, concerne plus précisément le Conseil constitutionnel français (B).

A. Des vertus de la dissidence en général

Si une opinion séparée permet à son auteur d'expliquer à ses collègues les raisons de son dissentiment, elle a également pour finalité de les exposer au public. En rédigeant une telle opinion, le juge ne s'adresse pas uniquement à ses pairs. Il sait que ses propos seront lus par l'ensemble des destinataires de la décision, citoyens, tribunaux inférieurs, pouvoirs publics, mais aussi par les générations futures. L'utilité des opinions séparées peut ainsi s'observer tant à l'égard de leur auditoire interne qu'externe, « universel » selon l'expression aristotélicienne.

1°) Des vertus visionnaires des opinions séparées

¹ Pour l'ensemble de la question, nous nous permettons de renvoyer à notre étude, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, PUAM/Economica, Aix-en-Provence/Paris, 2005, 360 p.

4. Curieux objet du point de vue théorique, les opinions séparées, dénuées de statut normatif, ont pu néanmoins avoir des effets sur l'évolution du droit¹. C'est ainsi que certaines d'entre elles, bénéficiant notamment du soutien d'une large partie de l'opinion publique, ont été à l'origine de révisions constitutionnelles ou de revirements jurisprudentiels, une ancienne opinion minoritaire devenant plus tard l'opinion majoritaire.

Les opinions séparées peuvent donc, en premier lieu, être à l'origine de l'adoption de certaines lois ou de modifications de la Norme suprême. C'est ainsi que les opinions dissidentes de certains juges de la Cour suprême des Etats-Unis relatives à la condamnation de l'esclavage ont été une pierre déterminante de l'édifice d'un long processus de transformation du droit et des mœurs. En 1857, le juge dissident Curtis ose s'opposer à la majorité de la Cour posant la règle selon laquelle un esclave noir ne saurait être un citoyen des Etats-Unis : « je ne vois rien, dans la Constitution, qui ôte la citoyenneté à des personnes qui étaient citoyennes des Etats-Unis au moment de son adoption »². Dix ans plus tard, le XIV^{ème} Amendement de la Constitution énoncera, comme un écho à l'opinion dissidente du juge Curtis, que « toutes personnes nées ou naturalisées aux Etats-Unis, et soumises à leur juridiction, sont citoyens des Etats-Unis et de l'Etat où elles résident ».

5. Les opinions séparées, en second lieu, peuvent annoncer des revirements jurisprudentiels, les opinions minoritaires d'hier devenant les opinions majoritaires de demain. Les exemples en droit étranger ne manquent pas. Ils sont si célèbres aux Etats-Unis que certains juges ont été qualifiés de « visionnaires », *Prophets with Honor*³, pour reprendre l'intitulé de l'étude du Professeur A. Barth. Le dissident s'adresse alors, non plus seulement à l'auditoire direct d'une décision mais aux générations futures : « la voix de la majorité », écrivait dans un style quasi épique le juge Cardozo, « peut être celle du pouvoir triomphant, qui se satisfait de l'approbation du moment sans se préoccuper des lendemains. Le dissident parle pour le futur et sa voix a une tonalité qui traverse les âges. Lisez quelques unes des grandes dissidences, comme par exemple celle du juge Curtis sous la décision *Dred Scott v. Standford*, et vous sentirez encore malgré la froide distance d'un siècle la splendeur et la chaleur d'une conviction, qui se contentait d'attendre son heure. Le prophète et martyr fait fi des clameurs de la foule. Son regard n'est dirigé que vers l'éternité »⁴.

Au sein du Tribunal constitutionnel espagnol, le qualificatif de « visionnaire » revient au juge Francisco Rubio Llorente, dont les dissidences répétées avec une charismatique conviction se retrouvent plus tard au cœur des motifs de la décision majoritaire⁵. Au sein de la Cour suprême des Etats-Unis, des juges comme John Marshall Harlan ou Oliver Wendell Holmes ont incontestablement été à l'origine des plus spectaculaires revirements de la Haute juridiction. C'est ainsi que les célèbres opinions dissidentes du juge Harlan, « prophète

¹ C'est la raison pour laquelle nous les qualifions de "métalangage constitutif". Il est classique d'assimiler les opinions séparées à de simples pages de doctrine, notamment du point de vue de leur valeur juridique. Or, sans pour autant représenter un langage du droit, les opinions minoritaires sont plus qu'un simple métalangage, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, de telles opinions ont la particularité d'être formulées par un juge ayant participé au délibéré. Ensuite, elles sont systématiquement publiées dans l'équivalent de notre journal officiel, « honneur » que ne connaîtra jamais une œuvre doctrinale. Enfin, elles interfèrent dans un processus normatif, en ce qu'elles sont directement à l'origine de modification de la règle de droit (que ce soit par le législateur, le constituant ou les juridictions).

² *Dred Scott v. Sandford*, 60 US (19 How.) 393 (1857).

³ BARTH (A.), *Prophets with honor: great dissents and great dissenters in the Supreme Court*, New American Library, New York, 1974.

⁴ CARDOZO (B.N.), « Law and literature », *Yale Law Review*, n°14, 1925, p. 715.

⁵ Voir son opinion dissidente sous la décision n°12/1982, relative au monopole étatique en matière de moyens de communication, ou celle sous la décision n°22/1984, relative à l'inviolabilité du domicile, annonciatrices respectivement des décisions n°31/1994 et n°160/1991.

séculaire dont nous continuons aujourd'hui (...) à bénéficier de la sagesse et du courage »¹ sous les décisions *Civil Rights Cases*² et *Plessy v. Ferguson*³ ont conduit à l'abandon de la ségrégation raciale par le revirement jurisprudentiel opéré en 1954⁴. De même, les opinions dissidentes répétées du juge Holmes dénonçant l'interprétation trop activiste de la Constitution par la Cour, notamment de la clause de *due process*⁵, ouvriront l'ère du *self restraint* dans les années trente⁶.

2°) Des vertus pédagogiques des opinions séparées

6. Les opinions séparées permettent de rendre les décisions majoritaires davantage compréhensibles, tant pour le lecteur néophyte que le commentateur averti. Ces vertus pédagogiques dont elles sont indéniablement revêtues doivent cependant être abordées de manière critique. Nul doute que les *plurality opinions* américaines, loin de l'éclairer, entraînent la confusion dans l'esprit de l'auditoire de la décision. Incapables de faire ressortir une opinion majoritaire, les juges rendent une opinion « à la pluralité des voix », dans laquelle la majorité des membres coïncident sur le dispositif mais non sur les motifs. Depuis le début du XIX^e siècle, le nombre de *plurality opinions* n'a cessé d'augmenter à la Cour suprême des Etats-Unis, pour atteindre aujourd'hui des proportions fort regrettables. Il n'est pas excessif d'affirmer que ces décisions sont parfois proprement incompréhensibles, y compris pour les tribunaux inférieurs liés par la règle du précédent. Or il est difficile, voire impossible pour lesdites juridictions de distinguer au sein d'une *plurality opinion* la *ratio decidendi* des *obiter dicta*.

7. Seule une utilisation « raisonnable » de la dissidence permet d'aboutir à des effets désirables du point de vue de sa réception par l'auditoire externe. Malgré les excès pouvant être observés à la Cour suprême des États-Unis -la remarque ne vaut d'ailleurs pas pour l'ensemble des autres juridictions permettant la publication des divergences-, les opinions séparées demeurent un précieux outil pédagogique. Tout d'abord, les juges rédacteurs d'une opinion séparée emploient généralement un style et un langage plus accessibles que ceux des décisions majoritaires. Les opinions publiées au côté de la décision de la majorité s'avèrent être notamment un instrument efficace de simplification de sa lecture. Ensuite, les opinions séparées ne se contentent pas de proposer une solution ou une motivation alternatives à celle de la majorité. Leurs motivations contiennent généralement des références doctrinales, jurisprudentielles et comparatistes très précieuses pour le lecteur, dépassant le strict cadre de la décision et revêtant par là une fonction pédagogique certaine.

3°) Des vertus « performatives » des opinions séparées

8. Les opinions séparées ont enfin un « effet ricochet » sur la qualité de la décision majoritaire. Ces vertus « performatives » nourrissent, selon nous, l'argument le plus convaincant dans le débat relatif à l'utilité de la dissidence. La menace que représente une éventuelle publication des divergences entraîne une meilleure qualité argumentative de la décision de constitutionnalité. Les juges majoritaires vont redoubler d'efforts pour exposer

¹ BRENNAN (W. J.), « In defense of dissents », *Hastings Law Journal*, n°37, 1986, p. 432.

² 109 US 3 (1883).

³ 163 US 537 (1896).

⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).

⁵ Voir son opinion dissidente, de même que celle du juge Harlan, sous la décision *Lochner v. New York* (198 US 45, 1905), dénonçant l'interprétation très extensive par la Cour de la clause de *due process*.

⁶ L'abandon de la jurisprudence *Lochner* est traditionnellement attribué à la décision *West Coast Hotel v. Parrish* de 1937 (300 US 379).

des arguments plus convaincants que ceux des juges dissidents, et ainsi de suite. Ils prendront garde à ce que leur raisonnement ne présente pas de failles qu'un juge aux aguets s'empressera de dénoncer. On assiste ainsi 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 »¹. Le moyen de « pression » que représente l'éventualité de l'expression des opinions séparées est d'autant plus important que celles-ci sont portées à la connaissance du public, et que leur contenu est souvent sans complaisance à l'égard de la majorité.

B. De l'opportunité de la dissidence au sein du Conseil constitutionnel en particulier

9. Le droit positif français n'a jamais consacré la publicité des divergences en matière juridictionnelle. Il énonce en outre de manière ferme un principe élevé au rang de dogme : celui du secret des délibérés. Ce dernier est ancré dans notre droit depuis si longtemps et de manière si constante que l'on parle de la « tradition » française du secret, les détracteurs des opinions séparées se servant abondamment de cet argument. Les premiers fondements textuels du secret des délibérations remontent aux ordonnances de Philippe de Valois de 1344 et celles de Charles VII de 1446 et 1453, interdisant aux magistrats de révéler leurs opinions personnelles après le prononcé des jugements qu'elles ont concouru à former². Aujourd'hui, en vertu de l'article 448 du *Nouveau Code de Procédure Civile*, « les délibérations des juges sont secrètes ». Le jugement, rendu au nom du peuple français, doit comporter obligatoirement certaines mentions énumérées à l'article 454, tels que le nom des juges qui ont délibéré ou celui des parties. L'indication du sens des votes, ne figurant pas dans cet article, est ainsi implicitement exclue de l'arrêt. Ainsi, une décision qui mentionnerait qu'elle a été prise à l'unanimité violerait le principe du secret des délibérés³. Un dissident qui aurait la volonté de se faire valoir comme tel encourrait de sévères sanctions. L'ordonnance du 22 décembre 1958 l'astreint d'ailleurs, en son article 6, à « garder *religieusement* le secret des délibérations »⁴.

10. Lors de l'instauration du Conseil constitutionnel, les règles de procédure s'inspirèrent tout naturellement de celles des juridictions ordinaires. Des traditions aussi fortement ancrées que celles du secret des délibérés ou de la collégialité ne pouvaient que pénétrer la juridiction nouvellement créée. Au moment de prêter serment devant le Président de la République, les membres du Conseil constitutionnel « jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, *de garder le secret des délibérations et des votes*, et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil »⁵. L'article 7 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel renvoie à un décret pris en conseil des ministres le soin de définir « les

¹ TROPER (M.), intervention lors de la Table ronde « Faut-il réformer le Conseil constitutionnel ? », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, journées des 27 et 28 octobre 1998, Conseil constitutionnel, LGDJ, Paris, 1999, p. 191.

² « *Post arrestorum prolationem nullus cujus opinionis fuerint domini, debet aliis revelare ; contrarium vero facient perjuri pœnam noverit se incurrisse* ».

³ Voir notamment Cour d'appel de Reims, 29 juin 1977, *JCP*, 1980, II, n° 19300, note Perrin.

⁴ N°58-1270, Souligné par nous. Le mot « religieusement », pour le moins surprenant, rappelle les origines médiévales du secret. Voir DAUCHY (S.) et DEMARS-SION (V.), « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *Revue historique de droit français et étranger*, n°2, 2004, pp. 223-239, spécialement p. 239.

⁵ Article 3 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (souligné par nous).

obligations imposées aux membres du Conseil, afin de garantir l'indépendance et la dignité de leurs fonctions ». Parmi ces obligations figure notamment celle pour les juges constitutionnels « de ne prendre aucune position publique sur les questions ayant fait, ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil (...) ». Le décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel n'apporte que peu de précisions. Son article 1^{er} rappelle d'une manière générale que les membres du Conseil constitutionnel doivent « s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions ». À cette fin, l'article 2 n'ajoute que deux obligations à celle déjà énoncée par l'ordonnance. L'une concerne l'incompatibilité de la fonction de juge constitutionnel avec tout poste de responsabilité au sein d'un parti ou groupement politique ; la seconde l'interdiction de la mention de la qualité de membre du Conseil dans tout document publié relatif à une activité publique ou privée.

11. L'ensemble de ces textes forme donc un véritable rempart à l'introduction des opinions séparées au sein du Conseil constitutionnel. Un rempart d'autant plus redoutable que la doctrine française, dans son écrasante majorité, se prononce pour son maintien, à l'inverse de ce qui peut être observé en Italie. Mais certaines brèches pourraient bien se faire, les principes du secret des délibérés et l'obligation de réserve n'étant peut-être plus aussi sacralisés qu'auparavant. Il n'est ainsi pas utopique d'imaginer que dans les années à venir, les décisions du Conseil puissent par exemple faire mention du nom du rapporteur, comme c'est le cas dans bon nombre de cours constitutionnelles étrangères. Cela permettrait de satisfaire la curiosité de certains commentateurs souvent attisée par des « rumeurs » parfois rendues publiques¹... De même, obligation de réserve ne signifie pas pour autant obligation de silence. Le Conseil constitutionnel n'est pas « une assemblée de retraités »² : les avocats continuent de plaider, les professeurs d'enseigner. Il n'est un secret pour personne que le conseiller Pierre Joxe est fort séduit par la pratique des opinions séparées. Il a fait publiquement souvent part de sa frustration de ne pouvoir exprimer ses divergences. Quant à l'actuel président, il lui est arrivé de prendre position sur une affaire « susceptible de faire l'objet d'une décision de la part du Conseil », ce qui lui est pourtant interdit par l'article 7 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958. Nous pensons notamment à sa réaction suite à l'intervention du Garde des Sceaux qui, redoutant l'inconstitutionnalité de la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, et particulièrement ses articles relatifs au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM), a maladroitement suggéré aux parlementaires de ne pas saisir le juge constitutionnel. Le Président Mazeaud a alors publiquement indiqué que « le respect de la Constitution n'était pas un risque, mais un devoir ! », en laissant sous-entendre que la loi pourrait bien être censurée par la Haute juridiction.

12. Le terrain de la réforme n'est donc peut-être pas aussi hostile que les textes pourraient le laisser penser. Et surtout, l'avènement des opinions séparées au Conseil constitutionnel permettrait de parfaire sa juridictionnalisation amorcée il y a trente ans. La décision fondatrice

¹ Ce fut le cas par exemple lorsque T. Bréhier, commentant la décision du 22 janvier 1999 relative à la responsabilité pénale du Président de la République dans le journal *Le Monde*, dévoila le contenu du procès-verbal de la séance du Conseil : « lorsque les neuf conseillers ont reçu leurs dossiers, la petite phrase litigieuse figurait dans le projet de décision préparée par le rapporteur, N. Lenoir. En présidant les discussions, R. Dumas a fait le nécessaire pour que le débat porte sur ce qui la précédait et sur ce qui la suivait sans que cette incise soit débattue ni même soumise à un vote particulier » (*Le Monde* du 26 janvier 1999, p. 5). De telles « révélations », dont l'objectif s'apparente plus à du sensationnel qu'à de l'information, sont inacceptables. La mention officielle de l'identité du rapporteur permettrait d'éviter l'hypocrisie de ce qui tend de plus en plus à devenir un secret de polichinelle.

² DE VILLIERS (M.) et RENOUX (T.S.), *Code constitutionnel*, Litec, Paris, 2001, 2^{nde} édition, p. 1084.

du 16 juillet 1971¹, l'ouverture de la saisine aux parlementaires en 1974², la publication au *Journal Officiel* des lettres de saisine en 1986³ de même que les observations du Gouvernement à partir de 1994, la publicité des mémoires en défense de la loi en 1994⁴, la mention au bas de chaque décision des noms des juges ayant siégé et délibéré en 1995⁵, ou la création de la fonction de greffier pour le contentieux constitutionnel⁶, sont autant de signes de juridictionnalisation d'une instance qui au départ n'était qu'un « conseil » et non une « cour », chaque président ayant posé une pierre à l'édifice. La doctrine avait elle-même montré la voie à suivre, L. Favoreu et L. Philip ayant choisi de publier les lettres de saisine et les mémoires en défense dès les années soixante-dix. Au final, « le Conseil est arrivé en 2001 au point opposé où les Constituants de 1958 l'avaient placé, et la trajectoire de pouvoir ne paraît pas être terminée ! »⁷.

Ces exemples mettent en évidence la relativité des obstacles que l'on oppose traditionnellement à l'introduction des opinions séparées au Conseil constitutionnel. Incontestablement, ce sont les arguments d'ordre culturel et procédural qui ont le plus de poids dans le débat relatif à la publication de la dissidence. Le contrôle de constitutionnalité *a priori* enferme les juges dans des délais très brefs qui leur laisseraient difficilement le temps de rédiger des opinions minoritaires, surtout en l'absence d'assistants, équivalents des *law clerks* américains ou des référendaires à la Cour de justice des Communautés européennes. En réalité, l'obstacle culturel est de loin le plus redoutable, le système juridictionnel français étant attaché à la décision unique. C'est la raison pour laquelle l'introduction pure et simple des opinions séparées est effectivement peu envisageable. En outre, une modification « en douceur » de la procédure devant le Conseil, ne prévoyant la publication desdites opinions que dans certains cas, apparaît possible.

II. Le contenu de la réforme

Introduire les opinions séparées au Conseil constitutionnel en s'inspirant directement des modèles étrangers est difficilement concevable : d'une part, en raison de la trop mauvaise réputation d'une telle pratique qui est loin de faire l'unanimité ; d'autre part, parce qu'une transposition brutale d'un modèle étranger est, compte tenu de considérations d'ordre culturel et procédural, vouée à l'échec. L'introduction d'une « certaine dose » de publicité des opinions minoritaires est plus réaliste. Trois hypothèses sont envisageables : limiter les opinions séparées aux seules opinions dissidentes (A) ; à certains types de décisions (B) ; instituer un équivalent du commissaire du gouvernement (C).

A. Limiter les opinions séparées aux opinions dissidentes

13. À des décisions majoritaires claires et concises pourraient s'opposer des opinions minoritaires revêtues des mêmes qualités. Cependant, la possibilité pour les juges constitutionnels français de se rallier au dispositif tout en dénonçant les motifs poserait de

¹ Conseil constitutionnel, décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *Rec.*, p. 29, *RJC-I*, pp. 24-25.

² Loi constitutionnelle n°74-904 du 29 octobre 1974 modifiant l'article 61, alinéa 2 de la Constitution.

³ Sous l'impulsion du président du Conseil constitutionnel de l'époque D. Mayer.

⁴ Sous l'impulsion du président du Conseil constitutionnel de l'époque R. Badinter.

⁵ Sous l'impulsion du président du Conseil constitutionnel de l'époque R. Dumas.

⁶ Sous l'impulsion du président du Conseil constitutionnel de l'époque Y. Guéna.

⁷ ROUSSEAU (D.), « Les évolutions de la Ve République : la place du juge constitutionnel », in *La Ve République, permanence et mutations, Les Cahiers français*, n°300, La documentation française, Paris, 2001, p. 42.

nombreuses difficultés. L'opinion séparée concordante, très appréciée par les juges constitutionnels étrangers, entraînerait sans aucun doute la confusion dans l'esprit des citoyens habitués à la solution unique. L'instauration des opinions dissidentes seules nous paraît plus raisonnable dans un pays traditionnellement hostile à la publication des divergences. Du reste, l'étude de l'utilisation des opinions concordantes au sein des cours constitutionnelles étrangères révèle de nombreux inconvénients que le Conseil constitutionnel aurait du mal à affronter. Un hypothétique avènement des opinions séparées en son sein devrait commencer par prendre la forme des seules opinions dissidentes, épurées des variantes sophistiquées qui se multiplient notamment à la Cour suprême américaine.

Cette « petite » réforme permettrait d'être mieux acceptée par l'ensemble des destinataires des décisions du Conseil constitutionnel. Ces dernières, malgré la présence éventuelle d'opinions dissidentes, seront toujours accessibles, voire plus compréhensibles... Les opinions concordantes prêtant plus le flanc à la critique que les opinions dissidentes, l'absence des premières faciliterait une meilleure réception du modèle des secondes. D'ailleurs, dans la plupart des systèmes juridiques étrangers permettant la divulgation des divergences, la publication des opinions dissidentes a toujours précédé celle des opinions concordantes, souvent apparues dans la pratique.

B. Limiter les opinions séparées à certains types de décisions

14. La pratique des opinions séparées pourrait être mieux acceptée si elle se limitait à certaines décisions du Conseil constitutionnel. Il s'agirait de permettre aux juges minoritaires d'exprimer leur désaccord lorsque la Haute instance utilise des techniques de jugement controversées. Nous faisons ici allusion aux décisions soulevant d'office des moyens et conclusions¹ et à celles opérant des interprétations sous réserve². Les éventuelles opinions séparées accompagnant de telles décisions permettraient peut-être d'apaiser le courroux des commentateurs indignés, accusant ces deux techniques d'entretenir le mythe du « gouvernement des juges ».

La question n'est pas ici de porter un jugement sur le bien-fondé des moyens et conclusions soulevés d'office, mais de constater l'importance des divergences doctrinales que ces techniques de jugement ont pu engendrer. La pratique de la publication des opinions minoritaires apparaîtrait légitime dans un tel contexte. Que les moyens et conclusions soulevés d'office soient considérés comme des techniques condamnables ou inévitables, le fait est que le Conseil constitutionnel n'a jamais exposé les raisons qui le poussent à y recourir : il « n'a pas explicité les principes qui le guident quant à l'opportunité de soulever tel ou tel moyen d'office et il est possible qu'il veuille conserver à sa pratique un caractère très empirique et s'en tenir à la méthode du cas par cas »³. Ce caractère « empirique » auquel fait ici allusion le Doyen Vedel ne pouvait que prêter le flanc à la critique et diviser les

¹ Sur l'ensemble de la question, voir DI MANNO (T.), *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, PUAM/Economica, collection Droit public positif, Aix-en-Provence/Paris, 1994, 202 p.

² Sur l'ensemble de la question, voir DI MANNO (T.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, PUAM/Economica, collection Droit public positif, Aix-en-Provence/Paris, 1997, 617 p.

³ VEDEL (G.), « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, p. 62.

commentateurs, ce d'autant plus que de telles techniques concourent à rendre la jurisprudence imprévisible¹.

15. De même que la technique des moyens et conclusions soulevés d'office, celle de la décision « interprétative » a été la cible de dénonciations de bon nombre d'auteurs qui voient en elle une usurpation par le juge constitutionnel des pouvoirs du législateur². Mais ici encore, l'intérêt n'est pas de peser les avantages et inconvénients d'une telle technique de jugement. Quelles que soient les justifications que l'on peut trouver à son utilisation par le Conseil constitutionnel, la technique de déclaration de conformité sous réserve n'est pas prévue par les textes et n'échappe donc pas aux feux de la critique. C'est de ce point de vue que l'introduction des opinions séparées nous paraît, comme pour les décisions soulevant d'office des moyens et conclusions, nécessaire. Les divergences, apparaissant lorsque le Conseil constitutionnel utilise des techniques de jugement atypiques et donc controversées, éloignant la Haute juridiction du schéma décisionnel initial, doivent pouvoir jouir de la publicité. La légitimité du Conseil constitutionnel n'en sortirait que renforcée.

C. Instituer un équivalent du commissaire du gouvernement

16. Afin de pallier l'absence d'opinions séparées au Conseil constitutionnel, certains auteurs ont proposé d'y instituer un équivalent du commissaire du gouvernement. Au cours des journées d'études tenues au Palais Royal à l'occasion des quarante ans de l'institution, G. Braibant, rebondissant sur les propos de M. Troper, manifeste son scepticisme à l'égard des opinions séparées³. Selon lui, une telle pratique va à l'encontre de notre culture, et de ce fait serait mal acceptée. Reprenant une idée que L. Hamon avait émise une trentaine d'années auparavant, G. Braibant propose l'institution de l'équivalent du commissaire du gouvernement du Conseil d'État, « un représentant du droit qui donnerait sur chaque affaire des conclusions (...) »⁴.

L'un des premiers avantages d'une telle présence au Conseil constitutionnel serait de « mieux éclairer sur le sens de la décision »⁵, le second étant « d'ouvrir un certain espace de dialogue, un certain espace d'incertitude qui permettrait le progrès ultérieur de la jurisprudence, comme les opinions dissidentes »⁶. C'est ainsi que le procureur général près la Cour de cassation A. Touffait, dans ses célèbres conclusions sur l'affaire *Schiavon*⁷, déplore l'absence de clarté des décisions du Conseil constitutionnel. À propos des membres de ce dernier, il souligne qu'« ils ont fait prévaloir la technique de la motivation brève par des formules concises, ramassées, *mais elle n'est pas éclairée par les conclusions d'un commissaire du gouvernement* ou les conclusions du ministère public, ou un développement dans un rapport annuel tel que celui de la Cour de cassation »⁸.

¹ GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n°59, 1991, p. 132 : « le fait pour le juge constitutionnel d'être en droit de soulever d'office l'inconstitutionnalité de toute disposition du texte déféré génère une certaine imprévisibilité quant au contenu de sa décision ».

² Voir une synthèse des critiques formulées à l'égard des décisions « interprétatives », tant par la doctrine que par la classe politique in DI MANNO (T.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, op. cit., pp. 12-15.

³ *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, journées des 27 et 28 octobre 1998, op. cit., p. 201.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 février 1974, *Dalloz*, I, pp. 273-280, note R. Vouin.

⁸ *Ibid.*, p. 277 (souligné par nous).

Les conclusions d'un « représentant du droit », indépendant et impartial, pourraient produire les mêmes effets positifs que celles du commissaire du gouvernement du Conseil d'État ou de l'avocat général de Cour de justice des communautés européennes¹. D'ailleurs, hormis les différences évidentes déjà soulevées, ces dernières peuvent être rapprochées des opinions séparées. La dénomination apparaissant pour la première fois dans le règlement du Conseil d'État du 29 mai 1849, le commissaire du gouvernement est une création de la Haute juridiction elle-même. Dans un arrêt *Gervaise* en date de 1957, le Conseil d'État a indiqué quel était son rôle : « le commissaire du gouvernement n'est pas le représentant de l'administration, il a pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation qui doit être impartiale (...) ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction ».

Les liens étroits entretenus avec la doctrine, l'influence de telles conclusions sur la jurisprudence future du Conseil d'État sont autant de points communs avec les opinions séparées des juges constitutionnels étrangers. À propos des commissaires du gouvernement, B. Stirn, ayant lui-même exercé cette fonction, écrit qu'« ils éclairent la doctrine et contribuent à la créer »². Une telle réflexion aurait très bien pu être faite à propos des opinions minoritaires. Les exemples de revirements de jurisprudence opérés par le Conseil d'État annoncés par des conclusions de commissaire du gouvernement ne manquent pas. Il en va de même pour la jurisprudence de certaines juridictions constitutionnelles dont l'évolution a souvent été « prédite » par de clairvoyants dissidents.

17. La Cour européenne des droits de l'homme a elle-même eu récemment l'occasion de rapprocher les conclusions des commissaires du gouvernement des opinions séparées. Dans une affaire *Kress contre France* jugée le 7 juin 2001³, la Cour a en effet déclaré que de telles conclusions, lorsqu'elles sont suivies par la formation de jugement, constituent une explication de l'arrêt, alors que « 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 »⁴. Au final, la Cour juge que la pratique qui permet au commissaire du gouvernement d'assister au délibéré alors qu'il ne prend pas part aux votes contrevient à l'article 6, paragraphe 1 de la Convention⁵. Selon elle, le système français actuel ne permet pas au justiciable d'avoir la garantie que le commissaire du gouvernement, en étant présent au

¹ Voir LEGER (P.), « De la nature de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges J.-C. Soyer, L'Honnête homme et le droit*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 261-278.

² STIRN (B.), « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *RA*, numéro spécial *Le Conseil d'État et la doctrine*, 1997, p. 43.

³ Req. n°39594/98, voir *AJDA*, n°7-8, 2001, pp. 675-684, note F. Rollin.

⁴ Paragraphe 78 (souligné par nous).

⁵ « La Cour estime qu'en lui interdisant de voter, au nom de la règle du secret du délibéré, le droit interne affaiblit sensiblement la thèse du gouvernement, selon laquelle le commissaire du gouvernement est un véritable juge, car un juge ne saurait, sauf à se déporter, s'abstenir de voter » (paragraphe 79). La Cour avait au préalable déclaré que « la seule circonstance que la juridiction administrative et le commissaire du gouvernement existent depuis plus d'un siècle et, selon le gouvernement, fonctionnent à la satisfaction de tous, ne saurait justifier un manquement aux règles actuelles du droit européen » (paragraphe 70).

délibéré, n'exerce pas une influence sur son issue¹. La Cour reprend cette argumentation en condamnant une nouvelle fois la France dans un arrêt du 5 juillet 2005².

18. Atteinte au secret des délibérés, pratique étrangère à notre culture juridique, moyen de transformer la juridiction constitutionnelle en tribune politique, la publication des divergences ne recueille décidément pas les faveurs de la doctrine française. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, l'argument le plus souvent invoqué est aussi le plus faible. Il est indéniable que la révélation des éventuelles divergences entre membres du collège est une atteinte au secret des délibérés. Cependant, le maintien de celui-ci ne serait pas en totale contradiction avec la publication des opinions séparées. Une partie du contenu des délibérés est bien entendu divulguée, le sens des votes étant rendu public. Mais tant que les délibérations auront lieu à huis-clos, une grande part de mystère demeurera. Les échanges argumentatifs, les éventuels affrontements entre juges, les difficultés dans la recherche du consensus ou les ententes sur des compromis sont autant d'éléments de la phase délibérative qu'il vaut mieux, pour de multiples raisons, ne pas porter à la connaissance du public...

19. Le second argument souvent invoqué est relatif au caractère politique des nominations au Conseil constitutionnel. Pour les détracteurs des opinions séparées, celles-ci pourraient être pour le juge une manière de se « dédouaner » par rapport à l'autorité qui l'a nommé. Bien au contraire, la publication de telles opinions pourrait –enfin– faire taire la critique selon laquelle le Conseil ne serait qu'une autorité « politique ». La possibilité qu'ont les juges constitutionnels de dévoiler leur dissidence est tout à la fois l'*expression* mais aussi la *garantie* de leur indépendance. La publication des opinions séparées conduit à une plus grande responsabilisation du juge. Celui qui n'adhère pas aux vues de la majorité ne se contente pas de manifester son désaccord dans l'espace clos où se déroulent les délibérations. Il se doit ensuite de justifier les raisons de son dissentiment dans une opinion motivée qui sera portée à la connaissance de l'auditoire le plus large qui soit. C'est parce qu'il est *indépendant* qu'il ne craindra pas de s'écarter de la majorité, y compris dans des affaires particulièrement délicates et controversées en dévoilant publiquement sa position, qu'elle soit populaire ou non, qu'elle soit partagée ou non par l'autorité l'ayant nommé. Les exemples de détachement du juge par rapport à son autorité de nomination sont nombreux aux États-Unis et illustrent l'incroyable indépendance dont jouissent les membres de la Cour. À la question « Avez-vous commis des erreurs pendant votre mandat ? », Eisenhower répondit : « oui, deux, et elles siègent toutes deux à la Cour suprême ! »³. Les opinions séparées permettraient ainsi aux juges constitutionnels français de prouver qu'ils sont eux aussi capables de faire preuve d'une très positive ingratitude...

¹ *Ibid.*, paragraphe 85.

² *Marie-louise Loyer et autre contre France*, Req. n°55929/00. Dans les arrêts antérieurs *APBP et Immeuble du groupe Kossier* du 21 mars 2002 et *Theraude* du 10 octobre 2002, la Cour s'était également contentée de renvoyer aux motifs développés aux paragraphes 80 à 85 de l'arrêt *Kress*.

³ Cité par CEASER (J.), « Le processus de sélection des juges », *Pouvoirs*, n°59, 1991, p. 38.