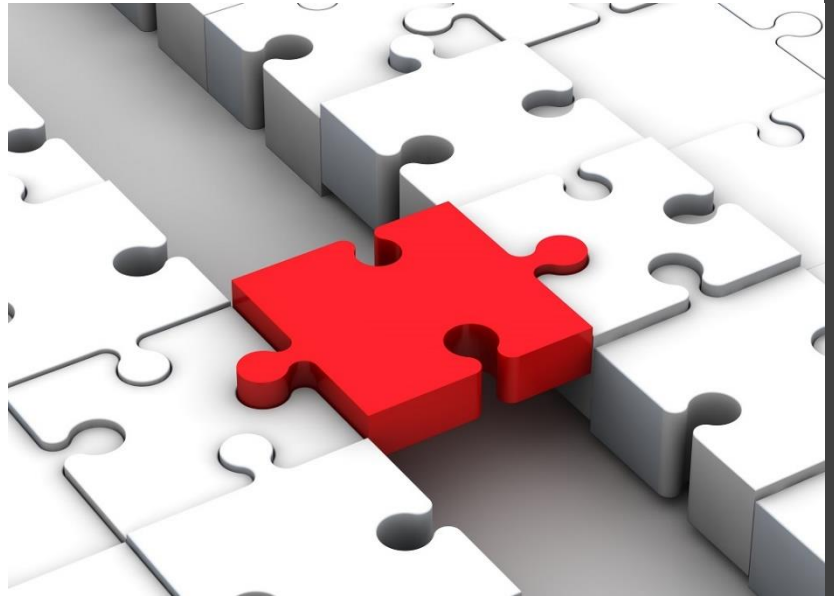


# RAPPORT

Renforcer la confiance dans  
le processus de décision à la Cour de cassation  
**Motivation enrichie et opinion séparée**



Mai 2025



# COUR DE CASSATION

*Le premier président*

Paris, le 26 septembre 2022

Madame la doyenne, *Chère Agnès*

La question de la motivation dite enrichie des arrêts constitue un enjeu majeur pour la Cour de cassation. Les premiers travaux de réflexion et d'expérimentation, démarré à la fin de l'année 2014, ont donné lieu à des recommandations contenues dans le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation créée par Monsieur le premier président Bertrand Louvel, rapport qui a été déposé en avril 2017 par Monsieur le président Jean-Paul Jean.

La Commission de mise en œuvre de cette réforme présidée par Monsieur le président Bruno Pireyre a déposé, en décembre 2018, une note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée, laquelle a initié une deuxième phase d'application de préconisations générales sur la nouvelle rédaction des arrêts à compter d'octobre 2019.

Fin 2021, Madame la première présidente Chantal Arens, dans le cadre du groupe de travail Commission 2022 et le prolongement du rapport de la Commission 2030, a invité un sous-groupe à présenter un bilan et des propositions portant sur le recours à la motivation enrichie. En effet, le rapport de la Commission Cour de cassation 2030 recommande « d'utiliser plus souvent la motivation enrichie, en y intégrant non seulement la dimension juridique de l'arrêt mais également des explications destinées à faciliter sa compréhension par le plus grand nombre ».

Le sous-groupe a remis en juin 2022 un rapport constituant une troisième étape comportant un travail rétrospectif et prospectif sur la motivation enrichie recommandé par la Commission 2030. Après avoir dressé un état des lieux détaillé, tant du contenu que de la structuration de la motivation enrichie dans les arrêts rendus par les différentes chambres de la Cour depuis 2011, le groupe de travail souligne la nécessité de dégager des cadres théoriques et méthodologiques complémentaires afin de pérenniser et de développer davantage cette forme de motivation.

Le rapport propose ainsi de définir positivement la motivation enrichie comme « une motivation qui mentionne des éléments traditionnellement passés sous silence et qui les articule de manière à ce qu'ils constituent les maillons intermédiaires du raisonnement justifiant le principe posé dans la décision », ce qui permet négativement de la distinguer d'une motivation développée.

S'agissant du périmètre de la motivation enrichie, le rapport propose une classification des huit cas de motivation enrichie identifiés, ainsi qu'une distinction entre ceux appartenant à un « noyau dur » pour lesquels la motivation enrichie serait obligatoire et d'autres cas où elle ne serait que facultative.

**Madame Agnès Martinel**  
Doyenne de la deuxième chambre civile



.../

5 quai de l'Horloge - TSA 79201 - 75055 Paris Cedex 01

S'agissant de son contenu, il analyse les différents éléments susceptibles d'être intégrés dans la motivation enrichie, leur articulation variant selon le type d'arrêt concerné. Il constate qu'un seul schéma argumentatif récurait a pu, en l'état, être mis en évidence, celui du revirement de jurisprudence.

Le sous-groupe préconise la définition d'un cadre méthodologique du recours à la motivation enrichie, ainsi qu'une mise en commun des bonnes pratiques instituées en la matière au sein des chambres. Il souligne l'importance, afin de faciliter le travail des chambres, de prévoir des outils d'aide à la rédaction et notamment d'un « guide de rédaction en motivation enrichie ». Enfin, le groupe préconise de définir une ou des modalités permettant d'identifier rapidement à l'occasion d'une recherche les arrêts ayant bénéficié d'une motivation enrichie.

Au vue de ces conclusions d'étape, il convient, dans la continuité des travaux engagés :

- En priorité, de rédiger un guide de rédaction en motivation enrichie à l'usage des chambres de la Cour, intégrant le cas échéant des trames argumentatives, et réfléchir à l'opportunité de son intégration dans une partie du guide méthodologique de la rédaction des arrêts ;
- De réfléchir aux modalités d'identification des arrêts ayant bénéficié d'une motivation enrichie ;
- D'assurer un suivi du recours à la motivation enrichie dans les chambres, en concertation avec elles ;
- De poursuivre la réflexion sur le contenu de la motivation enrichie et en particulier, dans le prolongement des propositions de la Commission Cour de cassation 2030, sur l'introduction éventuelle de « l'opinion séparée intégrée ». La réflexion pourrait porter également sur les motifs pour lesquels tel ou tel argument a été écarté, notamment en réponse à l'avis émis par l'avocat général ou à l'argumentation développée par les parties.

Pour conduire cette nouvelle mission, je vous serais obligé de bien vouloir poursuivre les travaux du groupe de réflexion, qui demeurera, dans la mesure du possible, composé des membres qui y ont déjà pris part, chaque chambre étant représentée et le parquet général étant associé. Le SDER et le service des procédures de la première présidence seront également associés aux travaux de ce groupe.

Il serait souhaitable qu'une première version du guide méthodologique de la rédaction en motivation enrichie puisse être présentée lors de l'assemblée générale du mois de décembre 2022.

Je vous prie de croire, Madame la doyenne, à l'assurance de ma considération distinguée.

Bien à vous P. L.

Christophe Soulard

## **La composition du groupe de travail**

Madame Agnès Martinel, présidente du groupe de travail, remercie vivement l'ensemble des contributeurs et membres du groupe de travail.

### **Les membres du groupe de travail :**

- Madame Agnès Martinel, présidente de la deuxième chambre civile
- Monsieur Savinien Grignon-Dumoulin, premier avocat général à la deuxième chambre civile
- Madame Catherine Sommé, conseillère à la chambre sociale
- Madame Nathalie Sabotier, conseillère à la chambre commerciale
- Madame Françoise Jollec, conseillère référendaire à la deuxième chambre civile (jusqu'au 31 août 2024)
- Madame Claire Bohnert, conseillère référendaire à la deuxième chambre civile (à partir de septembre 2024)
- Monsieur Eloi Buat-Ménard, conseiller référendaire à la première chambre civile
- Monsieur Philippe Mallard, conseiller référendaire à la chambre criminelle
- Madame Anne-Claire Vernimmen, conseillère référendaire à la troisième chambre civile.

### **Accompagnés par :**

- Madame Maud Fouquet, chargée de mission du premier président
- Madame Caroline Azar, chargée de mission du premier président
- Madame Marie Le Roux de Bretagne, auditrice au bureau B2 du SDER
- Madame Clémence Bourillon, cheffe du service des relations internationales
- Madame Laure-Anne Pouget, cadre-greffier au service des procédures
- Madame Laura Marques, juriste au service des relations internationales
- Madame Constance Pinsolle, stagiaire IFRAC au service des procédures, collaboratrice au sein de la société Boré, Salve de Bruneton et Mégret.



## Les auditions

Le groupe de travail remercie vivement l'ensemble des personnes auditionnées pour leurs éclairages déterminants et le temps précieux qu'ils ont bien voulu accorder à la Cour.

D'une durée de deux heures environ, chaque audition a été précédée de l'envoi d'un questionnaire adapté en considération de la qualité des intervenants.

Les personnes ont été entendues, à leur convenance, en présentiel ou/et distanciel, parfois seules, parfois ensemble par catégorie définie.

Il a été laissé la faculté aux intéressés, s'ils le souhaitaient, soit d'accompagner leur audition d'une contribution écrite, soit de faire publier le compte rendu officiel de leur audition. Ces comptes rendus et contributions écrites figurent en annexe du présent rapport.

Les auditions et échanges, retracés dans l'ordre chronologique ont été les suivants :

- Monsieur André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation, président de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juge au Tribunal de l'Union européenne de 1995 à 2001, juge français à la Cour européenne des droits de l'Homme de novembre 2011 à juin 2020 (audition du 28 mars 2024)
- Monsieur Robert Spano, président de la Cour européenne des droits l'Homme de mai 2020 à octobre 2022 (audition du 3 mai 2024)
- Madame Laurence Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne (audition du 16 mai 2024)
- Monsieur Jean-Pierre Marguénaud, professeur des universités, chercheur à l'IDEDH (audition du 16 mai 2024)
- Monsieur Sébastien Touzé, professeur des universités, Paris II Panthéon-Assas (audition du 16 mai 2024)
- Madame Siofra O'Leary, présidente de la Cour européenne des droits de l'Homme de novembre 2022 à juillet 2024 (audition du 5 juin 2024)
- Madame Soraya Amrani-Mekki, professeure et chercheuse à l'Ecole de droit de Sciences Po (audition du 7 juin 2024)
- Monsieur Loïc Cadiet, professeur des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne (audition du 7 juin 2024)
- Madame Pascale Deumier, professeure des universités, Jean Moulin Lyon 3 (audition du 7 juin 2024)
- Monsieur Sébastien Pellé, professeur des universités, Toulouse Capitole (audition du 20 juin 2024)

- Maître Thomas Lyon-Caen, président de l'Ordre des avocats aux Conseils (audition du 20 juin 2024)
- Monsieur Mattias Guyomar, juge élu au titre de la France, président de section à la Cour européenne des droits de l'homme (audition du 4 juillet 2024)
- Monsieur Marc Van der Woude, président du Tribunal de l'Union européenne accompagné de Monsieur Adrien de Hauteclocque, son chef de cabinet (audition du 4 juillet 2024)
- Monsieur Laurent Truchot, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne (audition du 4 juillet 2024)
- Monsieur Koen Lenaerts, président de la Cour de justice de l'Union européenne (audition du 15 juillet 2024)
- Monsieur Stéphane Gervasoni, juge au Tribunal de l'Union européenne, puis à la Cour de justice de l'Union européenne depuis le 7 octobre 2024 (audition du 15 juillet 2024)
- Madame Diane Roman, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne (audition du 13 septembre 2024)
- Fondation pour le droit continental (audition du 13 septembre 2024)
- Madame Nathalie Fricéro, professeure émérite des universités, Nice Côte d'Azur (audition du 27 septembre 2024)
- The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni, accompagné de Monsieur Raphaël Tulkens, son assistant judiciaire (audition du 18 octobre 2024)
- Monsieur Eric de Formanoir de la Cazerie, premier président de la Cour de cassation belge (audition du 18 octobre 2024)
- Madame Wanda Mastor, professeure des universités, Université de Corse (audition du 4 novembre 2024)
- Madame Anne Levade, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne (audition du 15 novembre 2024)
- Monsieur Dominique Rousseau, professeur émérite des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne, accompagné de Monsieur Anderson Teixeira, professeur de droit au Brésil (audition du 18 novembre 2024)
- Monsieur Laurent Fabius, président du Conseil constitutionnel de mars 2016 à mars 2025 (audition du 25 novembre 2024)
- Monsieur Christophe Chantepy, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat depuis janvier 2021 (audition du 5 décembre 2024).

### **Contribution écrite de Sébastien Pellé, professeur à l'Université Toulouse Capitole**

Le groupe de travail remercie vivement, Sébastien Pellé, professeur à l'Université Toulouse Capitole, qui participé à la rédaction de la première partie de ce rapport, consacrée à la motivation enrichie, en fournissant une synthèse des travaux accomplis sous sa direction par un collectif d'universitaires, qui ont eu pour objet d'études, sur une durée de plus de deux ans, la motivation enrichie à la Cour de cassation. Ces travaux, nés d'un partenariat entre l'Université de Toulouse et la Cour de cassation, ont donné lieu à la publication d'un ouvrage en 2024.

## Table des matières

|                                                                                                                                               |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUCTION .....                                                                                                                            | 9         |
| <b>I. LA MOTIVATION ENRICHIE .....</b>                                                                                                        | <b>12</b> |
| 1. LA MOTIVATION ENRICHIE : HISTOIRE D'UNE EVOLUTION .....                                                                                    | 13        |
| 2. LES CHOIX DU GROUPE DE TRAVAIL : UNE DEFINITION ET UN CADRE STRUCTURANTS MIS EN ŒUVRE AVEC SOUPLESSE AU SEIN DES CHAMBRES DE LA COUR ..... | 15        |
| 2.1 Une définition et un cadre structurants .....                                                                                             | 15        |
| 2.2 L'intégration d'éléments normés .....                                                                                                     | 17        |
| 2.3 La mise en œuvre de la motivation enrichie au sein de la Cour de cassation ....                                                           | 20        |
| 2.3.1 Une mise en œuvre souple et non contrainte .....                                                                                        | 20        |
| 2.3.2 Une mise en œuvre interactive entre théorie et pratique .....                                                                           | 21        |
| 3. REGARDS UNIVERSITAIRES .....                                                                                                               | 23        |
| 3.1 Méthodologie du projet de recherche .....                                                                                                 | 24        |
| 3.2 Bilan statistique .....                                                                                                                   | 25        |
| 3.3 Bilan formel .....                                                                                                                        | 27        |
| 3.4 Bilan substantiel .....                                                                                                                   | 28        |
| <b>II. L'OPINION SEPARÉE .....</b>                                                                                                            | <b>32</b> |
| 1. ETAT DES LIEUX DU DÉBAT SUR L'OPINION SÉPARÉE .....                                                                                        | 34        |
| 1.1 Les incidences de l'opinion séparée sur la conception de la décision .....                                                                | 34        |
| 1.2 Les incidences de l'opinion séparée sur la réception de la décision .....                                                                 | 36        |
| 2. DROITS ET PRATIQUES COMPARES DE L'OPINION SEPARÉE .....                                                                                    | 39        |
| 2.1 L'opinion séparée dans les juridictions nationales étrangères .....                                                                       | 39        |
| 2.1.1 Principe et fondements de l'interdiction ou de l'autorisation de l'opinion séparée .....                                                | 40        |
| 2.1.1.1 Les pays qui interdisent ou réduisent le recours à l'opinion séparée ....                                                             | 40        |
| 2.1.1.2 Les pays qui pratiquent l'opinion séparée .....                                                                                       | 41        |
| 2.1.1.2.1 Justifications de l'autorisation des opinions séparées .....                                                                        | 42        |
| 2.1.1.2.2 Existence ou non d'un texte réglementant l'opinion séparée .....                                                                    | 44        |
| 2.1.1.2.3 Autorisation de l'opinion séparée et secret des délibérations .....                                                                 | 45        |
| 2.1.2 Mises en œuvre de l'opinion séparée .....                                                                                               | 46        |
| 2.1.2.1 Le champ de l'opinion séparée .....                                                                                                   | 47        |
| 2.1.2.2 La nature et le caractère nominatif des opinions séparées .....                                                                       | 48        |
| 2.1.2.3 Le processus d'élaboration des opinions séparées .....                                                                                | 49        |
| 2.1.2.4 L'intégration ou l'annexion à la décision .....                                                                                       | 51        |

|             |                                                                                                                       |    |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.2         | L'opinion séparée dans les cours supranationales européennes .....                                                    | 52 |
| 2.2.1       | <i>La Cour européenne des droits de l'homme</i> .....                                                                 | 53 |
| 2.2.1.1     | L'opinion séparée à la Cour européenne des droits de l'homme.....                                                     | 53 |
| 2.2.1.2     | L'opinion séparée des juridictions nationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ..... | 55 |
| 2.2.2       | <i>La Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal de l'Union européenne</i> .....                            | 56 |
| 2.2.2.1     | Une interdiction née de l'historique et du contexte de création des juridictions de l'Union européenne .....          | 56 |
| 2.2.2.2     | Raisons justifiant l'absence d'opinion séparée dans les juridictions de l'Union européenne .....                      | 57 |
| 3.          | ÉTUDE D'IMPACT D'UNE MISE EN ŒUVRE DE L'OPINION SEPARÉE A LA COUR DE CASSATION .....                                  | 59 |
| 3.1         | Les objectifs poursuivis par une mise en œuvre de l'opinion séparée à la Cour de cassation .....                      | 60 |
| 3.2         | Les enjeux d'une mise en œuvre de l'opinion séparée à la Cour de cassation...                                         | 62 |
| 3.2.1       | <i>L'articulation de l'opinion séparée et du secret du délibéré</i> .....                                             | 62 |
| 3.2.1.1     | Le droit interne .....                                                                                                | 63 |
| 3.2.1.1.1   | Aspects historiques.....                                                                                              | 63 |
| 3.2.1.1.2   | Les fondements du secret du délibéré .....                                                                            | 64 |
| 3.2.1.1.2.1 | L'indépendance et l'impartialité des juges.....                                                                       | 64 |
| 3.2.1.1.2.2 | L'autorité morale des décisions de justice .....                                                                      | 67 |
| 3.2.1.1.3   | Les manifestations et conséquences du secret du délibéré.....                                                         | 68 |
| 3.2.1.1.3.1 | Un principe de droit processuel.....                                                                                  | 68 |
| 3.2.1.1.3.2 | Une obligation personnelle des magistrats .....                                                                       | 75 |
| 3.2.1.1.3.3 | La protection constitutionnelle du secret du délibéré.....                                                            | 81 |
| 3.2.1.2     | Le droit comparé.....                                                                                                 | 82 |
| 3.2.2       | <i>L'influence de l'opinion séparée sur l'autorité de la décision</i> .....                                           | 84 |
| 3.2.2.1     | L'autorité morale des décisions de la Cour de cassation .....                                                         | 84 |
| 3.2.2.2     | Les outils existants .....                                                                                            | 86 |
| 4.          | LES PERSPECTIVES.....                                                                                                 | 88 |
| 4.1         | Option 1 : L'opinion séparée nominative .....                                                                         | 90 |
| 4.2         | Option 2 : L'opinion séparée anonyme.....                                                                             | 91 |
| 4.3         | Option 3 : L'opinion séparée comme technique de délibéré .....                                                        | 95 |

## INTRODUCTION

La confiance dans la justice constitue une valeur fondamentale dans une démocratie, une des conditions de l'Etat de droit. Or, depuis quelques décennies, en France, en Europe et dans le monde, cette confiance s'érode peu à peu.

Cette crise de défiance à l'égard de l'institution judiciaire s'inscrit dans un contexte tant interne qu'international marqué par des bouleversements profonds affectant nos sociétés, qui peuvent susciter de l'inquiétude, voire de l'angoisse (changement climatique, risque terroriste, crise sanitaire, conflits armés, accroissement des phénomènes migratoires).

Par ailleurs, la révolution numérique a engendré des évolutions technologiques qui, au-delà du progrès technique, ont changé notre relation au monde. Nous sommes entrés dans une ère de la post-vérité, qui se manifeste amplement dans le développement des réseaux sociaux mais aussi dans les relations internationales. À cela s'ajoute la fragmentation des populations, ainsi que l'érosion progressive du collectif.

La crise de confiance dans la justice est multiple. Elle se traduit d'abord par des critiques sur son caractère opaque, lent et imprévisible. Elle est ensuite une crise de légitimité. Ainsi, la critique du « *gouvernement des juges* » resurgit chaque fois qu'une décision d'un juge apparaît comme s'opposant à la volonté du peuple. À ce titre, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des textes de droit interne sont souvent sources de contestations. Aujourd'hui, ils sont même remis en cause par certains. On reproche ainsi aux juges de s'affranchir des termes de la loi et de ne pas respecter le législateur, dont la légitimité, issue de l'élection, est considérée comme essentielle. Le gouvernement des juges, engendré par une judiciarisation de la vie publique, viendrait s'opposer à la démocratie représentative.

Cette crise n'a pas épargné la Cour de cassation, juridiction suprême de l'ordre judiciaire, qui a, depuis quelques temps, amorcé son *aggiornamento*. Renforcer la confiance dans son rôle normatif et dans celui de juridiction de contrôle de l'application du droit par les juridictions du fond est devenu une nécessité, qui a animé ses premiers présidents tout au long de ces dernières décennies. La mission première des tribunaux étant la protection de l'Etat de droit, cette nécessité représente aujourd'hui presque une fin en soi.

Ainsi que l'a affirmé à de nombreuses reprises la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), « *comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un Etat de droit* », le pouvoir judiciaire « *doit jouir de la confiance des citoyens pour mener à bien sa mission* »<sup>1</sup>. Cette confiance repose sur l'indépendance des juges et leur impartialité, l'adoption de règles régissant un procès équitable mais aussi sur la motivation des décisions de justice.

C'est dans cet objectif que la Commission de réflexion Cour de cassation 2030, présidée par le juge André Potocki, a souligné que « *la motivation des arrêts d'une Cour supérieure ne peut plus se réduire en effet à une énonciation lapidaire d'arguments d'autorité et son acceptation par les parties au litige et, au-*

---

<sup>1</sup> CEDH, *Baka c. Hongrie* [GC], n° 20261/12, 23 juin 2016, § 164.

*delà, par l'ensemble du corps social, dépend étroitement de ses qualités explicatives, démonstratives et justificatives. La motivation enrichie peut ainsi permettre dans certains cas de développer, dans le cadre du raisonnement syllogistique traditionnel, un raisonnement axiologique et conséquentialiste intégrant explicitement les études d'impact éventuellement diligentées. La commission insiste, de plus, sur la nécessité que dans certaines affaires auxquelles l'ensemble des citoyens est particulièrement sensible, la motivation enrichie inclut une explication d'ordre pédagogique, qui conduit le lecteur non-juriste à travers les méandres du droit et de son interprétation afin d'éviter les incompréhensions. (...) D'une manière générale, elle préconise que la motivation enrichie soit étendue à un plus grand nombre d'affaires et que sa méthodologie donne lieu à une réflexion collective, prospective et rétrospective, afin d'améliorer encore sa mise en œuvre »<sup>2</sup>.*

La réflexion sur la motivation des décisions de justice n'est pas nouvelle. Selon un auteur, les motifs des décisions apparaissent en France au XIII<sup>ème</sup> siècle et disparaissent au XIV<sup>ème</sup> pour finalement être consacrés par la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire<sup>3</sup>. Au Moyen-Age, le rôle du juge consistait moins à interpréter le droit qu'à le découvrir et à en affirmer l'existence. Il s'agissait pour les juges de motiver leurs décisions dans l'intérêt des tribunaux eux-mêmes afin de conserver une trace des interprétations retenues. Ainsi que l'écrivait Montesquieu, alors que les grands procès de l'époque suscitaient beaucoup d'intérêt, « *les décisions des tribunaux doivent être conservées, elles doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier* »<sup>4</sup>.

Les conceptions absolutistes du pouvoir ont peu à peu freiné l'émergence d'un principe fondamental de motivation des sentences, qui sera ensuite une des premières revendications dans les cahiers de doléances dont les Etats Généraux vont se saisir en 1789. La loi des 16 et 24 août 1790 va graver ce principe dans le marbre. Ainsi l'article 15 du titre V de ce texte énonce : « *la rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes. Dans la première, les noms et qualités des parties seront énoncés. Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés. La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement* ».

Ce principe fondamental de motivation des décisions de justice est aujourd'hui fortement ancré dans notre droit. Proclamé par la Constitution, consacré par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, élevé au rang universel par le Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966, ce principe doit être cependant régulièrement repensé, notamment au regard des évolutions de la justice et du droit.

Depuis quelques années, cette réflexion sur la motivation des arrêts s'est ainsi imposée comme une nécessité au sein de la Cour de cassation. Nous verrons plus loin comment elle est née et s'est peu à peu développée. Au-delà de la recherche d'un renforcement de la confiance des citoyens dans leur justice, il s'agissait aussi de faire face aux multiples évolutions du rôle du juge depuis quelques décennies. Confronté à la complexité des sources de droit, à la nécessité de prendre en considération de nouveaux contrôles comme ceux de conventionnalité et de constitutionnalité, le juge navigue dans un environnement nouveau. Ainsi que le souligne le rapport Cour de cassation 2030, « *le véritable changement de paradigme tient à la multiplicité, la diversité et l'enchevêtrement des sources normatives que le juge doit identifier et conjuguer harmonieusement pour trancher des litiges complexes* ». Plus encore, « *le juge est ainsi fréquemment placé dans un dédale, au sein duquel il lui faut, pour s'orienter, prendre en*

---

<sup>2</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 44 s.

<sup>3</sup> T. Sauvel, Histoire du jugement motivé, RDP, 1955, p. 10 à 45.

<sup>4</sup> Montesquieu, De l'esprit des lois, in Œuvres complètes, R. Caillois éd., Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1949-1951, livre VI, chapitre I et IV.

*compte de délicates articulations institutionnelles et normatives. Se trouvant dans une situation d'appartenance simultanée à plusieurs ordres juridiques, il ne peut plus se limiter à invoquer la seule hiérarchie des normes. Il doit combiner celles-ci au moyen de règles parfois difficiles à déterminer, en veillant à respecter des équilibres subtils pour ne pas menacer la stabilité de l'ensemble»<sup>5</sup>.*

C'est ce qu'a souligné devant nous le juge André Potocki lors de son audition par le groupe de travail. Il a insisté sur « *l'extraordinaire transformation de l'office du juge depuis le milieu du siècle dernier. Ce phénomène, fondamental pour les juridictions, est en lien avec la « révolution des sources » du droit. Il relativise la culture légiscentriste dominante en France jusqu'aux années 1950. Les concepts ont évolué et un renversement s'est opéré dans les relations internationales. Longtemps, épicerie du monde, l'Europe a vu sa position et sa pensée universaliste soumises à discussion et à contestation. La façon de percevoir le droit et sa mise en œuvre par le juge en ont été renouvelées. L'un des facteurs les plus spectaculaires de ce renouveau est la construction européenne dans ses deux volets : Convention européenne des droits de l'homme et Communautés européennes (aujourd'hui Union européenne). La globalisation de l'économie a été aussi déterminante pour un certain nombre de contentieux qui ne pouvaient plus être traités par des raisonnements et des procédures classiques. Le processus de constitutionnalisation du droit a aussi constitué un facteur d'évolution majeur»<sup>6</sup>.*

Mieux motiver, mieux expliquer, tels ont été les objectifs qui ont guidé la Cour de cassation dans cette réflexion qui s'est amorcée il y a près de dix ans. Longtemps conçue comme « *une illusion* »<sup>7</sup> destinée à masquer le pouvoir du juge - le juge applique la loi, il ne crée pas -, la motivation a été, plus tard, considérée comme un discours destiné à convaincre. Ainsi que le souligne Michel Troper, « *au premier abord, la motivation semble destinée à montrer que l'auteur d'une décision était lié. Puis, l'analyse révèle qu'il avait un pouvoir bien réel, que la motivation avait pour fonction de masquer* »<sup>8</sup>.

Aujourd'hui, la motivation est, au contraire, la recherche d'une persuasion de l'auditoire. Ainsi que le rappelle la professeure Wanda Mastor, la motivation d'une décision de justice a des vertus pédagogiques en ce qu'elle vise à rechercher l'adhésion d'un auditoire qu'il soit restreint ou universel. Elle cite ainsi le philosophe Perelman pour qui « *un discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader ou de convaincre* »<sup>9</sup>.

Toutes ces évolutions ont conduit la Cour de cassation à mener, depuis le début de l'année 2017, d'importantes réflexions sur la motivation de ses arrêts. Cette démarche se poursuit aujourd'hui avec le groupe de travail sur la motivation enrichie, composé de magistrats de l'ensemble des chambres de la Cour, auquel le premier président Christophe Soulard a donné, par une lettre de mission du 26 septembre 2022, les missions suivantes :

- Rédiger un guide de rédaction en motivation enrichie à l'usage des chambres de la Cour,
- Réfléchir aux modalités d'identification des arrêts ayant bénéficié d'une motivation enrichie,
- Assurer un suivi du recours à la motivation enrichie dans les chambres, en concertation avec elles,

---

<sup>5</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 30.

<sup>6</sup> Audition A. Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030.

<sup>7</sup> W. Mastor, « Essai sur la motivation des décisions de justice. Pour une lecture simplifiée des décisions des Cours constitutionnelles » in *Annuaire international de justice constitutionnelle* 15-1999, 2000. Constitution et sécurité juridique Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européenne, p 35-63.

<sup>8</sup> M. Troper « La motivation des décisions constitutionnelles » in C. Perelman et P. Foiriers (éd.) *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 301.

<sup>9</sup> C. Perelman « Droit, logique et épistémologie » in *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Vrin Paris, 1973.

- Poursuivre la réflexion sur le contenu de la motivation enrichie et, en particulier, dans le prolongement des propositions de la commission Cour de cassation 2030, sur l'intégration éventuelle de « l'opinion séparée intégrée », la réflexion pouvant porter aussi sur les motifs pour lesquels tel ou tel argument a été écarté, notamment en réponse à l'avis de l'avocat général ou à l'argumentation développée par les parties.

Pourquoi mener une réflexion sur l'intégration d'une opinion séparée intégrée dans les arrêts de la Cour de cassation ? Après la rédaction d'un guide sur la motivation enrichie et le développement de cette technique dans toutes les chambres de la Cour, la question s'est posée de savoir jusqu'où la Cour de cassation devait ou pouvait aller dans cette démarche d'explicitation de ses arrêts. C'est la raison pour laquelle le premier président Christophe Soulard a élargi la mission du groupe de travail à une réflexion sur la mise en œuvre de l'opinion séparée dans les arrêts de la Cour de cassation.

Cette réflexion est également inspirée des travaux de la commission Cour de cassation 2030 qui a préconisé « *d'ouvrir la possibilité d'intégrer une opinion minoritaire dans la motivation d'un arrêt, sous une forme anonyme et avec l'accord de la majorité* ». Ainsi que l'a exposé le juge André Potocki lors de son audition par le groupe de travail, « *il devient difficile, à la Cour de cassation, de se limiter à rendre des arrêts lapidaires, insusceptibles de justifier des décisions complexes. Comment convaincre que de telles décisions sont le résultat d'un déterminisme logique, consacré par une inéluctable unanimité délibérative ? L'explication la plus complète possible du chemin choisi pour parvenir à la décision constitue maintenant un facteur déterminant de sa légitimité. La motivation enrichie des arrêts constitue un pas important dans cette direction. Mais la frontière entre la motivation et la délibération, entre le discursif et le délibératif, entre le « comment et le pourquoi », entre le « dit » et le « caché » devient plus fine et poreuse qu'elle ne l'était traditionnellement. Ces changements expliquent l'intérêt porté par la commission Cour de cassation 2030 à l'idée d'adapter la pratique de l'opinion séparée à la Cour de cassation* »<sup>10</sup>.

Quoiqu'il adviene de toutes ces réflexions, elles constituent les premières menées en France par une cour supérieure sur le sujet de la motivation et des opinions séparées.

Ce rapport retracera d'abord les travaux menés au sein de la Cour de cassation qui ont abouti à un enrichissement de la motivation de ses arrêts (I). Puis, seront présentées les réflexions du groupe de travail sur l'opinion séparée (II).

## **I. LA MOTIVATION ENRICHIE**

Ainsi que cela a été exposé plus haut, la Cour de cassation a engagé, depuis plusieurs années, une réflexion importante sur l'enrichissement de la motivation de ses arrêts. L'évolution a été progressive, conduisant à la définition d'un cadre structurant mis en œuvre avec souplesse par les chambres de la Cour. La motivation enrichie, qui laisse entrer les universitaires dans « *la cuisine du droit* », pose les bases d'un dialogue renouvelé, plus ouvert avec la doctrine. Elle est donc apparue presque naturellement comme un objet d'études communes à l'Université et à la Cour.

---

<sup>10</sup> Audition A. Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030.

## 1. LA MOTIVATION ENRICHIIE : HISTOIRE D'UNE EVOLUTION

**Tribunal de cassation : juge du droit et non du fait** - La motivation des arrêts de la Cour de cassation s'inscrit dans une histoire singulière. La Cour de cassation est, en effet, née en 1790 avec la création du Tribunal de cassation, créé par la loi des 27 novembre et 1<sup>er</sup> décembre 1790. Juge du droit et non du fait, le Tribunal de cassation a été conçu avec pour mission « *d'annuler toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de loi* ».

On se souvient que, durant la période révolutionnaire, il lui a été interdit d'interpréter la loi. A son origine, le Tribunal de cassation était établi « auprès du Corps législatif » à qui il devait rendre compte et il lui appartenait, en cas de résistance des juridictions de renvoi, de prendre, après deux cassations, sur référé législatif, un décret déclaratoire de la loi<sup>11</sup>.

**Naissance d'une obligation de motivation** - Le Tribunal de cassation est devenu la Cour de cassation avec le *senatus-consulte* du 28 floréal an XII. C'est en 1804 aussi que la Cour de cassation se voit imposer l'obligation de motiver ses décisions. En 1837, le référé législatif est supprimé. Cette évolution n'est pas sans lien avec celle de la motivation des arrêts par la Cour. Elle a d'abord eu une influence sur la technique de cassation elle-même. En effet, à l'origine, l'ouverture à cassation supposait une contravention expresse à la loi. Elle a évolué ensuite vers une conception plus large, « *la non-conformité du jugement aux règles de droit* » (article 604 du code de procédure civile).

À l'origine, les arrêts de la Cour de cassation sont brefs, concis et rédigés selon une phrase unique. Pendant des siècles, la motivation des arrêts de la Cour s'articule autour d'une affirmation de principe (chapeau) dont sont déduites des conséquences juridiques (conclusif) quant à la décision attaquée par le pourvoi. Ainsi que le souligne un auteur, la raison en est simple : « *vouloir trop en dire, c'est introduire des incertitudes, prendre le risque d'énoncer des affirmations qui, replacées dans ce contexte, s'avèreront inadaptées* »<sup>12</sup>. La crainte existe aussi qu'une motivation plus développée affaiblisse l'autorité des arrêts.

**Evolution vers la motivation enrichie** - Les premiers débats au sein de la Cour de cassation sur la motivation ont eu lieu en 1974. C'est à cette époque que le procureur général Touffait et le professeur Tunc ont publié un article dans la Revue trimestrielle du droit civil pour appeler à une « *motivation plus explicite des arrêts de la Cour de cassation* »<sup>13</sup>.

Il fallut ensuite attendre une quarantaine d'années pour que le débat ressurgît. En 2014, le premier président Bertrand Louvel a alors décidé de créer une commission de réforme de la Cour de cassation. C'est ainsi que les premiers travaux sur l'enrichissement des arrêts de la Cour de cassation sont amorcés. En 2017, un premier rapport, sous la direction du président Jean-Paul Jean, est publié. Ce rapport a présenté un certain nombre de recommandations.

---

<sup>11</sup> Y. Chartier, La Cour de cassation, Dalloz Connaissance du droit 2<sup>ème</sup> éd., 2001, p.4.

<sup>12</sup> Y. Chartier, La Cour de cassation, Dalloz, Connaissance du droit, 2<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 96.

<sup>13</sup> A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », RTD civ., 1974, p. 487.

En 2018, une synthèse de ces premiers travaux a été réalisée. Une note rédigée par la commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, sous la direction du président Bruno Pireyre, a émis diverses préconisations.

C'est finalement à la fin de l'année 2019 que la Cour de cassation va amorcer un réel changement de paradigme pour la motivation de ses arrêts. À l'instar des changements opérés en 2012 par le Conseil d'Etat, qui a supprimé la phrase unique et les considérants<sup>14</sup>, et en 2016 par le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation change de modèle de rédaction. La phrase unique est également abandonnée. Les attendus sont supprimés et c'est désormais en style direct que les arrêts seront rédigés. Pour permettre une meilleure lisibilité des arrêts, est instaurée une numérotation des paragraphes qui, par le biais de la technique de la référence, assure, en outre, une meilleure fluidité dans la rédaction.

Opérant une véritable révolution copernicienne, la Cour de cassation venait ainsi de faire un premier pas vers une conception plus pédagogique de la rédaction des arrêts. Ceux-ci deviennent, dès lors, plus accessibles et plus lisibles.

**Expérimentation de la motivation enrichie** - Cependant, cette évolution ne constituait, en réalité, que le commencement d'un long processus vers une motivation plus riche et plus explicite des arrêts de la Cour de cassation. En **2020**, une expérimentation a été mise en place à la chambre criminelle de la Cour, avec la création, par son président Christophe Soulard, d'un groupe de travail sur la motivation enrichie. La nécessité d'une conceptualisation d'un modèle et d'une méthodologie commence à être évoquée.

En **2021**, est rendu public **le rapport de la commission Cour de cassation 2030, présidée par le juge André Potocki**, qui préconise que « *de manière générale, (...) la motivation enrichie soit étendue à un plus grand nombre d'affaires et que sa méthodologie donne lieu à une réflexion collective, prospective et rétrospective, afin d'améliorer sa mise en œuvre* »<sup>15</sup>.

Les raisons invoquées sont multiples. L'émergence de normes diverses de niveaux différents, l'invocation, de plus en plus fréquente, du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité en 2008, complexifient le travail de l'ensemble des juges, avocats et juristes. La nécessité d'un dialogue entre juges mais également d'une communication avec la communauté des juristes s'est imposée comme une évidence. La motivation doit alors devenir aussi un outil pédagogique. Lorsqu'un arrêt répond à une question qui va au-delà du litige propre aux parties, cette décision ne peut pas se limiter à celles-ci mais doit concerner un auditoire beaucoup plus large.

Autre motif en faveur d'une telle évolution, nos sociétés, en pleine mutation, ont des exigences de transparence de plus en plus fortes. Le juge, qui est un garant de l'Etat de droit, se doit, pour prémunir le citoyen de l'arbitraire, d'expliciter davantage ses décisions. La Cour de

---

<sup>14</sup> P. Martin (dir) groupe de travail sur la rédaction des décisions administratives, Rapport, avril 2012.

<sup>15</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 44.

cassation, qui a une mission d'unification de la jurisprudence, et dont le rôle normatif est une réalité incontestable, doit aussi satisfaire à cette exigence de transparence et faire œuvre de pédagogie.

Cette réflexion collective sur la motivation enrichie, préconisée par le rapport Cour de cassation 2030, a été menée au sein du groupe de travail « **Cour de cassation 2022** » initié par la **première présidente Chantal Arens** afin de prolonger les travaux de la commission Cour de cassation 2030. S'inspirant des travaux d'expérimentation menés à la chambre criminelle, ce groupe de travail a posé les bases d'une réflexion théorique et prospective sur la motivation enrichie. Un rapport d'étape a été rédigé. Celui-ci a posé les premiers jalons d'une définition de la motivation enrichie et de la détermination de son périmètre d'intervention. Un premier cadre méthodologique, avec des propositions d'outils de rédaction, a été pensé.

Ce groupe de travail a été pérennisé par le **premier président Christophe Soulard** qui a **précisé sa mission dans une lettre du 26 septembre 2022**. Sa première mission fut la rédaction d'un Guide de la motivation enrichie. C'est à travers ce Guide que le groupe de travail a développé sa vision de la nouvelle motivation.

## **2. LES CHOIX DU GROUPE DE TRAVAIL : UNE DEFINITION ET UN CADRE STRUCTURANTS MIS EN ŒUVRE AVEC SOUPLESSE AU SEIN DES CHAMBRES DE LA COUR**

À la suite des réflexions menées au sein du groupe de travail, la Cour de cassation a fait le choix d'une définition et d'un cadre structurants de la rédaction en motivation enrichie, l'adoption de ce nouveau style de motivation ne devant pas conduire à abandonner ce qui fait la qualité de ses décisions, en l'occurrence leur précision terminologique et leur rigueur logique. Cette option s'est traduite par la rédaction d'un Guide de la motivation enrichie qui définit le cadre et les éléments de cette nouvelle technique de rédaction, une certaine souplesse étant laissée aux chambres pour déterminer les cas dans lesquels elles décident de recourir à la motivation enrichie.

### **2.1 UNE DEFINITION ET UN CADRE STRUCTURANTS**

Afin d'asseoir la notion de « motivation enrichie », l'option qui a été largement discutée et retenue par le groupe de travail, a été celle de s'appuyer sur une définition et sur un cadre tous les deux structurants.

La motivation enrichie est définie comme « *une motivation qui mentionne des éléments traditionnellement passés sous silence et qui les articule de manière à ce qu'ils constituent les maillons intermédiaires du raisonnement justifiant le principe posé dans la décision* »<sup>16</sup>.

**Maintien du syllogisme avec extension de la majeure** - Ce choix traduit la volonté de la Cour de cassation de ne pas abandonner, avec la motivation enrichie, ce qui a toujours été le marqueur de ses arrêts, la rigueur logique et la précision terminologique. La réponse au moyen est

---

<sup>16</sup> Guide de la motivation enrichie, septembre 2023, p. 8.

toujours structurée de la même manière : une majeure (le chapeau), une mineure reprenant la motivation de la décision attaquée et un conclusif. Le syllogisme demeure la structure du raisonnement juridique. La motivation enrichie d'un arrêt s'inscrit dans un cadre structuré, normé par des règles définies dans le Guide de la motivation enrichie. Il doit s'articuler autour de formules de liaison, de coordination, des connecteurs logiques.

La nouvelle rédaction se distingue de la rédaction traditionnelle par une extension de la partie correspondant à la majeure. Il s'agit principalement d'explicitier le raisonnement logique qui conduit la Cour de cassation, dans le cadre de son rôle normatif, à poser une règle ou à affirmer un principe. Cette majeure est structurée en faisant apparaître l'enchaînement du raisonnement par des mots de liaison et des connecteurs logiques. Développer la motivation d'un arrêt n'est pas un exercice de littérature ni l'écriture d'une thèse ou d'une chronique. La plume ne doit pas s'abandonner.

**Clarté du raisonnement et pédagogie de la décision** - Le Guide de la motivation enrichie, rédigé par le groupe de travail et adopté par l'assemblée générale de la Cour de cassation, précise l'objectif de cette structuration de la motivation : « *il appartient au juge de guider le lecteur de la décision en faisant apparaître le plus clairement possible les différentes étapes du raisonnement suivi afin d'éviter toute incompréhension* »<sup>17</sup>. Chaque partie - la majeure, qui explicite la règle de droit, la mineure, constituée par la motivation de la décision attaquée dans ses aspects les plus pertinents et nécessaires pour l'arrêt, et le conclusif, qui constitue l'application de la règle posée à l'espèce - doit être clairement distinguée des autres.

La motivation enrichie s'inscrit également dans la préoccupation de la Cour de cassation de garantir aux citoyens une plus grande transparence. À cet égard, la nouvelle motivation donne la possibilité d'intégrer dans l'arrêt une explication d'ordre pédagogique, qui permet à un lecteur non juriste de s'informer et de comprendre certaines solutions qui ont une forte incidence sociale, sociétale ou médiatique.

**Amélioration du dialogue** - Une autre vertu de cette nouvelle motivation est, pour la Cour de cassation, de pouvoir dialoguer avec les juges du fond, mais également avec tous les juristes, avocats et professionnels du droit en développant une méthodologie à suivre pour une meilleure appréhension de la solution nouvelle. C'est ainsi que l'assemblée plénière de la Cour a, dans un arrêt du 14 avril 2023<sup>18</sup>, explicité les conditions dans lesquelles devait s'appliquer le principe de concentration des moyens, initié par l'arrêt Césaréo<sup>19</sup>, dans une configuration spécifique où la victime dispose de la faculté, prévue à l'article 470-1 du code de procédure pénale, de demander la réparation de ses dommages au juge pénal.

La procédure d'avis est également un domaine de prédilection pour la motivation enrichie. Aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, « *avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ». La loi n° 2015-90 du 6 août 2015 a ajouté un second alinéa, spécifique au droit du travail, qui prévoit que

---

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Cass. Ass. plén., 14 avril 2023, n° 21-13.516, Publié.

<sup>19</sup> Cass. Ass. plén., 7 juillet 2006, n° 04-10.672, Bull. 2006, AP n° 8.

ces juridictions « *peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* ».

Les réponses aux demandes d'avis sont l'occasion d'expliquer de manière claire la position de la Cour. La motivation enrichie est une aide précieuse pour les formations de jugement. Ainsi, dans un avis du 27 novembre 2024<sup>20</sup>, la première chambre civile de la Cour a énoncé, de manière très claire et très logique, les raisons de la réponse donnée à la demande d'avis quant à la condition relative à la résidence habituelle en France, nécessaire pour réclamer la nationalité française en application de l'article 21-13-2, alinéa 1er, du code civil.

## 2.2 L'INTEGRATION D'ELEMENTS NORMES

Le groupe de travail a réfléchi aux éléments qui pouvaient être intégrés dans la motivation enrichie. Le Guide de la motivation enrichie a décrit ces éléments afin d'aider les magistrats de la Cour dans leur rédaction.

**Question posée par le pourvoi** - L'innovation majeure apportée par cette nouvelle motivation consiste en l'intégration, la plupart du temps au commencement du raisonnement, de la question posée par le pourvoi. On pourrait objecter que les formations de jugement de la Cour de cassation répondent à des moyens de droit, présentés dans des mémoires par les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, en application de l'article 978 du code de procédure civile<sup>21</sup>, de manière très claire et très lisible, sous la forme de cas d'ouverture à cassation (violation de la loi, défaut de base légale, dénaturation de conclusions ou de pièces, contradictions de motifs...). Alors, quelle pourrait être ainsi l'utilité de rappeler la question déjà si clairement posée par l'un ou l'autre des moyens ? En réalité, l'énonciation de la question au début de l'analyse développée par la Cour lui permet de **présenter les termes du débat juridique** qui lui est soumis. La compréhension de l'arrêt en est facilitée.

**Sources du droit** - La motivation enrichie permet également d'intégrer dans le raisonnement, de manière plus complète et plus précise, les sources du droit. Au-delà de la citation du texte lui-même, l'arrêt peut ainsi présenter sa **genèse, son évolution** ainsi que son **articulation** avec d'autres textes. Peuvent être exposées de manière plus claire les interventions successives du législateur ou du pouvoir réglementaire. Dans des configurations particulières, peut être mis en évidence le silence d'une disposition législative ou réglementaire sur tel ou tel point. Ainsi la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 janvier 2021<sup>22</sup>, a rappelé qu'en droit pénal français, le fait de mettre en danger la paix publique par des destructions de masse de biens meubles ou immeubles n'est pas spécifiquement incriminé. Seuls le sont les destructions,

---

<sup>20</sup> Cass. Avis, 27 novembre 2024, n° 24-70.006, Publié – Cet avis affirme que depuis l'âge de six ans, prévue à l'article 21-13-2, alinéa 1er, du code civil, s'apprécie à la date de la majorité de l'intéressé. Cette condition étant acquise, la nationalité française peut, dès lors, être réclamée sur le fondement de ce texte après la majorité, sous réserve de justifier d'une résidence habituelle en France au jour de la souscription de la déclaration, sans qu'il soit exigé une résidence habituelle continue en France entre la date de la majorité et celle de la souscription de la déclaration.

<sup>21</sup> En matière pénale, ces exigences sont prévues aux articles 584 à 590-1 du code de procédure pénale.

<sup>22</sup> Cass. Crim., 26 janvier 2021, n°20-86.216, Publié.

dégradations, vol avec dégradations commis, le cas échéant en réunion, de nature à causer un préjudice aux propriétaires de biens. En réalité, c'est tout un contexte législatif ou réglementaire qui peut être mis en évidence. Dans un arrêt du 21 septembre 2022<sup>23</sup>, la première chambre civile de la Cour s'est appuyée sur la carence du pouvoir réglementaire dans le domaine de la délégation d'autorité parentale en question dans la situation concernée.

**Méthode d'interprétation de la norme** - Tous ces éléments sur les sources du droit sont essentiels pour l'interprétation des normes. À cet égard, un autre élément est apparu central tant au groupe de travail qu'aux formations de jugement de la Cour. Il s'agit de la méthode d'interprétation. **La motivation permet de la rendre visible.** Cet élément est nécessaire en termes de transparence et de démocratie. Il permet au justiciable mais de manière plus générale aux citoyens non-juristes de comprendre pourquoi et comment une solution a été retenue par le juge de cassation. Cette importance de l'interprétation est soulignée par le juge Stephen Breyer, ancien juge de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, dans son ouvrage, *« Interpréter la Constitution américaine la lettre ou l'esprit »*<sup>24</sup>. Dans les premières pages de cet ouvrage, il explique d'une manière imagée et intéressante l'importance de la méthode d'interprétation : *« Il m'arrive d'avoir, écrit-il, à expliquer devant une classe de collégiens en quoi consiste le travail d'un juge d'appel : j'utilise alors l'exemple que j'ai lu un jour dans un journal français. Un professeur de sciences naturelles monte dans un train venant de Nantes à Paris ; il apporte avec lui, dans un panier en osier, vingt escargots vivants. Une contrôlease, s'étant enquis du contenu du panier, lui dit alors « il va falloir acheter un billet pour les escargots ». « Mais enfin, c'est ridicule » répond l'enseignant. « C'est le règlement, assure la contrôlease, « tout animal admis à bord devra être placé dans un sac ou un panier, et le prix de son billet devra être acquitté. » ». Le professeur proteste : « ce règlement vaut pour des chiens ou des chats, peut-être pour des lapins, mais sûrement pas pour des escargots. » ». Et la contrôlease de conclure « d'après ce que je lis, ce règlement s'applique aux animaux. Un escargot ne serait-il pas un animal ? » »*<sup>25</sup>.

**Exemples de méthodes d'interprétation** - La méthode d'interprétation retenue par le juge est déterminante. Comment la Cour de cassation fait-elle apparaître celle qu'elle a retenue ? Plusieurs exemples peuvent être cités. Ainsi, dans un arrêt d'assemblée plénière du 2 avril 2021<sup>26</sup>, par lequel elle a affirmé, pour la première fois, qu'est recevable le moyen critiquant la décision par laquelle la juridiction s'est conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie, lorsqu'est invoqué un changement de norme intervenu postérieurement à cet arrêt, et aussi longtemps qu'un recours est ouvert contre la décision sur renvoi, la Cour de cassation rappelle, dans les motifs de son arrêt, que *« depuis 1971, la Cour de cassation juge qu'un moyen visant une décision par laquelle la juridiction de renvoi s'est conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation est irrecevable, peu important que, postérieurement à l'arrêt qui a saisi la juridiction de renvoi, la Cour de cassation ait rendu, dans une autre instance, un arrêt revenant sur la solution exprimée par l'arrêt saisissant la juridiction de renvoi (Ch. mixte, 30 avril 1971, pourvoi n° 61-11.829, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, Ch. mixte, n° 8, p. 9 ; Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-11.966, Bull. 2006, Ass. plén., n° 14) »*. Elle précise que *« cette règle prétorienne, résultant d'une interprétation a contrario de l'article L. 431-6 du code de l'organisation judiciaire, repose essentiellement sur*

<sup>23</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 21 septembre 2022, n° 21-50.042, Publié.

<sup>24</sup> S. Breyer, *Interpréter la Constitution américaine – La lettre ou l'esprit*, Paris, Odile Jacob, 2024.

<sup>25</sup> S. Breyer, *Interpréter la Constitution américaine – La lettre ou l'esprit*, Paris, Odile Jacob, 2024, p.12.

<sup>26</sup> Cass. Ass. plén., 2 avril 2021, n° 19-18.814, Publié.

*les principes de bonne administration de la justice et de sécurité juridique en ce qu'elle fait obstacle à la remise en cause d'une décision rendue conformément à la cassation prononcée et permet de mettre un terme au litige ».*

Un avis de la deuxième chambre civile de la Cour du 8 juillet 2022<sup>27</sup> constitue une autre illustration de cette mise en lumière de la méthode d'interprétation retenue. Dans cet avis, la Cour affirme qu'une **interprétation téléologique** du décret n° 2022-245 du 25 février 2022, qui a modifié l'article 901 du code de procédure civile, aboutit à considérer que l'ajout opéré par ce texte - il s'agissait du terme « *le cas échéant* » - vise à permettre l'usage de l'annexe, même en l'absence d'empêchement technique.

La méthode d'interprétation retenue peut parfois se traduire par **la citation des travaux préparatoires de la norme appliquée**. En effet, il est largement admis que lorsque le texte n'est pas clair, le juge peut avoir recours aux travaux préparatoires de ce texte. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2023<sup>28</sup>, fait référence aux travaux parlementaires de la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n°2017-1340 du 15 septembre 2017, qui habilitait le gouvernement à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

La référence à des travaux préparatoires peut également concerner une norme internationale. Tel a été le cas dans un arrêt d'assemblée plénière du 12 mai 2023, par lequel la Cour de cassation a statué sur différentes questions relatives à la compétence universelle en matière pénale. L'interprétation retenue de l'article 689-2 du code de procédure pénale, qui se réfère à la notion de personne « *coupable (...) de torture au sens de l'article premier de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New-York le 10 décembre 1984* », se fonde sur les travaux préparatoires qui ont précédé l'élaboration de cette convention internationale<sup>29</sup>.

**Référence aux jurisprudences** - La motivation enrichie a également permis la mise en lumière de la jurisprudence. Certains auteurs vont jusqu'à dire qu'elle a fait entrer les précédents dans les arrêts de la Cour de cassation. L'évolution n'était pas évidente, notamment en raison du principe posé par l'article 5 du code civil qui prohibe les arrêts de règlement. L'obstacle est aujourd'hui levé et la Cour de cassation s'autorise à citer ses propres arrêts. Il ne faut toutefois pas se méprendre. Il ne s'agit pas de se fondre dans les techniques des juridictions de *Common law*. Au demeurant, on peut noter que la Cour de cassation cite le plus souvent ses arrêts lorsqu'elle envisage de motiver un revirement de jurisprudence.

En outre, la jurisprudence citée n'est pas seulement celle de la Cour de cassation. Sont également souvent évoquées des décisions d'autres Cours supérieures françaises (Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat). Sont également cités les arrêts des cours internationales, comme la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. Grâce aux travaux du bureau de droit comparé du Service de documentation, d'études et du rapport, la Cour est en mesure également de faire référence à des arrêts de Cours suprêmes étrangères. Ainsi, dans

---

<sup>27</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, Avis 8 juillet 2022, n°22-70.005, Publié.

<sup>28</sup> Cass. Soc., 1<sup>er</sup> février 2023, n°21-13.206, Publié.

<sup>29</sup> Cass. Ass. plén., 12 mai 2023, n°22-82.468, Publié.

l'arrêt d'assemblée plénière du 12 mai 2023<sup>30</sup>, qui s'est prononcé sur la question de la compétence universelle des juridictions françaises pour des faits de tortures et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, commis à l'étranger par un étranger, la Cour de cassation a intégré dans son raisonnement un arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni du 13 novembre 2019<sup>31</sup>.

Peuvent également être citées les décisions des juges du fond. Le groupe de travail l'a admis en insistant sur l'importance du dialogue entre la Cour de cassation et les juges du fond. Ces derniers sont en première ligne pour l'application des dispositions nouvelles et leurs décisions donnent un premier éclairage sur les interprétations possibles. De telles citations peuvent, dans certains cas, mettre en lumière les divergences d'interprétation entre les juges du fond<sup>32</sup>. Elles sont susceptibles, dans d'autres hypothèses, de justifier un revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation en raison de difficultés d'application d'une jurisprudence<sup>33</sup>.

**Mention d'une solution alternative** - Enfin, la motivation enrichie permet de faire apparaître, dans l'arrêt, l'existence d'une ou plusieurs solutions alternatives lesquelles, à l'issue du délibéré, n'ont pas été retenues par la formation de jugement. Il s'agit d'expliquer pourquoi une des thèses qui a été, soit soutenue par une des parties ou par l'avocat général, soit développée par un magistrat délibérant, n'a pas été adoptée. L'arrêt de la Cour de cassation est le résultat d'un vote lors d'un délibéré. Par cette intégration dans la motivation, la Cour de cassation peut laisser entrevoir le débat qui a eu lieu au sein de la formation de jugement. Pour les parties mais aussi pour la communauté des juristes, il est intéressant de savoir si une autre solution a été débattue. C'est, par exemple, ce qui a été fait par la première chambre civile de la Cour dans un arrêt du 18 novembre 2020<sup>34</sup>, qui souligne « *qu'il paraît dès lors difficile d'admettre qu'une règle de compétence qualifiée comme subsidiaire, qui déroge aux principes généraux qui servent de fondement au règlement, doit être obligatoirement relevée par les juges, même si les parties ne l'invoquent pas* ».

## 2.3 LA MISE EN ŒUVRE DE LA MOTIVATION ENRICHIE AU SEIN DE LA COUR DE CASSATION

### 2.3.1 Une mise en œuvre souple et non contrainte

**Liberté du recours à la motivation enrichie** - La question s'est posée au groupe de travail de savoir s'il convenait d'imposer, dans certains cas déterminés, le recours à la motivation enrichie par les formations de jugement de la Cour. Ce n'est finalement pas l'option qui a été retenue.

Si le Guide de la motivation enrichie impose une définition et un cadre structurants, chaque formation de jugement dispose d'une entière liberté de décider de recourir ou non à la motivation enrichie. À l'instar de la liberté juridictionnelle dont peut se prévaloir chaque formation de jugement au sein de la Cour de cassation, et plus précisément au sein de chaque chambre, le choix de la méthode de rédaction n'est pas contraint.

---

<sup>30</sup> Cass. Ass. plén., 12 mai 2023, n°22-82.468, Publié.

<sup>31</sup> Supreme Court, 13 novembre 2019, R. v. Reeves Taylor v. Crown Prosecution service, [2019] UKSC 51.

<sup>32</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 24 novembre 2022, n°21-21.305, Publié.

<sup>33</sup> Cass. Ass. plén., 20 janvier 2023, n° 20-23.673, Publié.

<sup>34</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 18 novembre 2020, n° 19-15.438, Publié.

**Propositions et préconisations de recours à la motivation enrichie** - Le Guide de la motivation enrichie formule toutefois des propositions et des préconisations de recours à la motivation enrichie. Chaque rapporteur, doyen, président de chambre est invité, au sein de chaque formation de jugement, lors de l'examen des pourvois, et plus particulièrement de ceux qui relèvent du circuit approfondi, à se poser la question préalable d'une rédaction selon la technique de la motivation enrichie.

**Recours encouragés à la motivation enrichie** - Il est ainsi préconisé de recourir à la motivation enrichie lorsque la formation de jugement décide de procéder à un revirement de jurisprudence. Il en est de même lorsqu'il s'agit de répondre à un moyen tiré de la violation d'un droit ou d'un principe fondamental.

La même recommandation est faite pour les arrêts prononçant un renvoi à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne ou disant n'y avoir lieu à le faire en l'absence de doute raisonnable sur l'interprétation d'un texte du droit de l'Union. Elle l'est également pour les arrêts formant une demande d'avis consultatif à la CEDH en application du protocole additionnel n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans d'autres hypothèses, le Guide indique simplement que la motivation enrichie peut s'avérer opportune lorsque l'arrêt tranche une **question de principe**, qu'il retient une solution qui présente un **intérêt pour le développement du droit** ou **l'unité de la jurisprudence**. Il en est ainsi également lorsque la Cour de cassation répond à une demande d'avis en application de l'article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire ou à une demande d'avis d'une autre chambre en application de l'article 1015-1 du code de procédure civile.

Il en est de même pour **les questions préjudicielles** qui sont posées par la Cour de cassation au Conseil d'Etat, pour le renvoi au Tribunal des conflits, ainsi que pour les questions prioritaires de constitutionnalité, qu'elles soient ou non transmises au Conseil constitutionnel.

Le Guide suggère également de recourir à la motivation enrichie lorsque le pourvoi est susceptible d'avoir un **retentissement social et/ou médiatique important**, quand bien même il ne poserait pas une question juridique particulièrement complexe. Dans cette configuration, la motivation enrichie a une vertu pédagogique.

Enfin, une chambre peut également utiliser cette nouvelle motivation lorsque le pourvoi pose une **question très technique** et qu'elle souhaite s'adresser à la communauté des juristes (magistrats, avocats, universitaires) dans un domaine spécialisé. La motivation enrichie permet ainsi de donner les clés du raisonnement retenu par la Cour et d'expliquer plus clairement la solution dégagée. Elle est une sorte d'outil méthodologique, de mode d'emploi pour les praticiens et les juges.

### 2.3.2 Une mise en œuvre interactive entre théorie et pratique

**Appropriation progressive par les chambres** - Le choix d'une souplesse dans la mise en œuvre de la motivation enrichie au sein de la Cour de cassation n'a pas empêché le développement du recours à cette nouvelle technique, loin de là. Le développement de cette nouvelle motivation

s'est opéré à la Cour de manière assez spectaculaire à partir de l'année 2022. Sans doute, les travaux du groupe de réflexion ont-ils été une sorte de catalyseur. Mais, en réalité, on peut penser que cette nouvelle technique a répondu à un certain nombre de besoins, tant des formations de jugement, que des parties et du public auxquels sont destinés ces arrêts.

Lorsque le groupe de réflexion sur la motivation enrichie a commencé ses travaux, à la suite de la lettre de mission du premier président Christophe Soulard à l'automne 2022, la chambre criminelle de la Cour était en avance sur l'expérimentation de cette technique. Dans la plupart des chambres civiles, la motivation enrichie était peu usitée. Toutefois, alors que le groupe de réflexion avançait dans ses travaux, de plus en plus d'arrêts rédigés en motivation enrichie ont émergé dans les contentieux civils.

**Réflexions sur l'intégration de nouveaux éléments de motivation enrichie** - S'est ainsi créée une synergie entre les réflexions du groupe de travail et les travaux au sein des chambres. Les formations de jugement les plus hautes de la Cour de cassation ont également joué un rôle important. Dans de nombreux cas, les arrêts sont venus conforter les avancées théoriques du groupe et même, dans certaines hypothèses, les devancer.

**Citation de la doctrine** - Ainsi, la question s'était posée de savoir si la doctrine pouvait constituer un élément de la motivation enrichie. Certains, au sein du groupe, hésitaient. Finalement, la question a été tranchée par l'assemblée plénière de la Cour, qui, dans un arrêt du 20 janvier 2023<sup>35</sup>, pour appuyer son raisonnement conduisant à un revirement de jurisprudence, a relevé que *« si cette jurisprudence est justifiée par le souhait d'éviter des situations de double indemnisation du préjudice, elle est de nature néanmoins, ainsi qu'une partie de la doctrine a pu le relever, à se concilier imparfaitement avec le caractère forfaitaire de la rente au regard du mode de calcul de celle-ci, tenant compte du salaire de référence et reposant sur le taux d'incapacité permanente défini à l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale »*.

Cette possibilité de citer la doctrine comme source du droit dans une motivation enrichie, lorsqu'elle constitue un des maillons du raisonnement, a, par conséquent, été mentionnée dans le Guide de la motivation enrichie. Mais cette citation doit répondre à un certain nombre d'exigences. Le Guide précise ainsi qu'il convient de ne jamais indiquer ni le nom d'un auteur ni les références d'une chronique ou d'un commentaire.

**Référence à l'avis de l'avocat général** - Un autre sujet de débats au sein du groupe de travail, auquel participait un magistrat du parquet général de la Cour de cassation, a été la question de la référence à l'avis de l'avocat général. La publication d'arrêts, rendus par les chambres de la Cour<sup>36</sup>, faisant référence à cet avis a convaincu le groupe de l'intérêt d'une telle pratique.

En effet, l'avocat général exerce une fonction déterminante dans le processus de traitement des pourvois. Son rôle dans l'évolution du droit est également primordial. Par les avis qu'ils rendent *« dans l'intérêt de la loi et du bien commun »* (article L.432-1 du code de l'organisation judiciaire), les avocats généraux éclairent notamment la Cour sur la portée de telle ou telle solution ou analyse juridique. *« Fenêtre vers l'extérieur »*, selon l'expression du premier avocat général de Gouttes lors de

---

<sup>35</sup> Cass. Ass. plén., 20 janvier 2023, n° 20-23.673, Publié.

<sup>36</sup> Cass. Com., 10 novembre 2021, n° 20-17.368, Publié ; Cass. Com., 25 mai 2022, n° 19-23.516, Publié et Cass. Com., 30 août 2023, n° 21-12.307, Publié.

l'audience d'installation du procureur général Jean-Louis Nadal<sup>37</sup>, ils peuvent solliciter des consultations auprès de différents acteurs publics, comme les directions de ministères, des autorités administratives indépendantes ou d'autres organismes chargés de missions de service public.

Le groupe a ainsi finalement décidé de préconiser, dans le Guide, la citation de l'avis de l'avocat général en indiquant que cette référence ne devait pas être systématique. L'avis de l'avocat général présente, en effet, un réel intérêt lorsqu'il a été déterminant dans le délibéré de la formation de jugement, qu'il vienne ou non au soutien de la solution retenue. Une telle citation a aussi le mérite d'inciter les lecteurs de l'arrêt à lire les travaux préparatoires de la Cour, publiés aujourd'hui sur le site Judilibre, qui sont une richesse supplémentaire pour la compréhension de la solution retenue.

Très riches, ces travaux de réflexion sur la motivation enrichie ont conduit à la publication en interne, mais également sur le site internet de la Cour de cassation, du Guide de rédaction en motivation enrichie. Ce Guide a été, au sein de la Cour de cassation, un outil précieux pour les magistrats tant du siège que du parquet. Il a également été un réel moteur du changement dans la rédaction des arrêts de la Cour. Il a eu aussi des répercussions à l'extérieur de la Cour de cassation. La motivation enrichie a, en effet, suscité des débats entre universitaires, praticiens, avocats et juges du fond. Ces débats ont été approfondis lors des premières Rencontres de la Cour de cassation. La motivation enrichie a également été l'objet d'une étude par un groupe d'universitaires.

### 3. REGARDS UNIVERSITAIRES

La motivation enrichie, en donnant à voir le raisonnement qui a conduit la formation de jugement à la solution adoptée, laisse entrer les universitaires dans « *la cuisine du droit* »<sup>38</sup>. En ce sens, elle invite à un dialogue renouvelé avec la doctrine. C'est donc assez naturellement qu'elle est devenue très rapidement, à peine sortie de son cadre expérimental, un objet d'études communes à l'Université et à la Cour.

À cet égard, deux événements particuliers ont permis à la Cour de cassation de bénéficier d'un regard prospectif sur les premières années de pratique de la motivation enrichie à la Cour de cassation.

D'une part, les premières Rencontres de la Cour, qui se sont déroulées en juin 2023 ont pris pour thème d'étude la motivation enrichie. Lieu privilégié de dialogue entre l'Université, l'Ordre des avocats aux Conseils, et la Cour de cassation, les Rencontres ont permis d'initier un premier échange sur le sujet au travers de deux thèmes spécifiques : « Justification et finalités de la motivation enrichie » et « Contenu de la motivation enrichie », qui ont ainsi tracé, juste avant la publication du guide sur la motivation enrichie, un premier bilan de cette pratique.

---

<sup>37</sup> R. de Gouttes, discours d'installation du procureur général Jean-Louis Nadal, Cour de cassation, 17 novembre 2004.

<sup>38</sup> S. Pellé (dir), *La Motivation enrichie, Réflexions sur les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Presse de l'Université Toulouse Capitole, Coll. Perspectives du droit privé, 2024, préface de Christophe Soulard, premier président de la Cour de cassation.

D'autre part, un autre projet beaucoup plus ambitieux, initié par l'Université de Toulouse en partenariat avec la Cour de cassation, a conduit un groupe important d'universitaires à prendre pour objet d'études, sur une durée de plus de deux ans, la motivation enrichie à la Cour de cassation. Ces travaux, menés sous la direction de Sébastien Pellé, professeur à l'Université Toulouse Capitole, associent une approche transversale de la motivation enrichie et, de manière totalement inédite, une approche par discipline du droit, illustrée par l'examen d'un nombre très important d'arrêts des différentes chambres de la Cour. L'étude ainsi réalisée a permis à la Cour de cassation d'ouvrir sa réflexion sur les obstacles politiques ou techniques qui peuvent expliquer le recours ou non à la motivation enrichie. Au-delà, ces travaux, qui ont également une dimension prospective, ont permis d'enrichir les réflexions de la Cour concernant l'impact de la motivation enrichie sur l'acte de juger lui-même.

Le 22 novembre 2024, ont été présentés à la Cour de cassation les résultats de ces travaux qui ont donné lieu à la parution d'un ouvrage collectif en octobre 2024<sup>39</sup> présenté ci-dessous. L'importance de cette étude, inédite dans son ampleur sur le sujet, justifie qu'il y soit réservé une place particulière au sein de ce rapport.

Les développements qui suivent présentent, après rappel de la méthodologie du projet de recherche, une synthèse de ces travaux. Ces derniers ont permis, d'une part, de dresser un bilan statistique de la mise en œuvre de la motivation enrichie à la Cour de cassation, tant en ce qui concerne le volume des arrêts concernés que de l'usage des différents marqueurs de la motivation enrichie, d'autre part, à partir de ce bilan, d'en retirer un certain nombre d'enseignements sur le rôle normatif de la Cour de cassation et l'insertion de la motivation enrichie dans une politique jurisprudentielle de la Cour.

### **3.1 METHODOLOGIE DU PROJET DE RECHERCHE**

**Double approche disciplinaire et transversale** - La recherche collective issue de cet ouvrage repose sur une analyse des arrêts et des avis de la Cour de cassation dans les principales branches du droit privé, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2019. Il s'agit de disposer d'un panel suffisamment représentatif de décisions pour mesurer la progression de la motivation enrichie et en apprécier la portée dans les différents champs disciplinaires concernés<sup>40</sup>. Cette déclinaison des cas de recours à la motivation enrichie nourrit également une réflexion plus transversale sur les enjeux de cette rénovation formelle des décisions, en lien avec le processus d'auto-réforme de la Cour de cassation :

---

<sup>39</sup> S. Pellé (dir), *La Motivation enrichie, Réflexions sur les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Presse de l'Université Toulouse Capitole, Coll. Perspectives du droit privé, 2024, préface de Christophe Soulard, premier président de la Cour de cassation.

<sup>40</sup> En raison de la très forte spécialisation des contentieux, toutes les branches du droit privé n'ont pas pu être couvertes par la recherche. L'analyse a porté sur les matières suivantes : droit extrapatrimonial de la famille (par M. Bruggeman), droit des personnes (par G. Raoul-Cormeil et Q. Le Pluard), droit des contrats (par S. Tisseyre), droit de la responsabilité civile (par J. Traullé), droit des biens (par J. Laurent), droit immobilier et de la construction (par M. Poumarède), droit des sociétés (par N. Jullian), droit des entreprises en difficulté et du surendettement des particuliers (par K. Lafaurie), droit social (par F. Guiomard), procédure civile et procédures civiles d'exécution (par A. Bergeaud-Wetterwald), droit international privé (par Maxime Barba), droit pénal et procédure pénale (par P. Cazalbou, C. Ginestet et S. Pellé).

incidences sur la fonction normative, processus de préparation et de construction d'une décision, raisonnement juridique au soutien d'une solution, modèle de décision de justice...

**Sélection des arrêts et des avis : méthode empirique** - Les objectifs généraux de pédagogie et de transparence dessinent une idée abstraite de ce que devrait être la motivation enrichie comme permettant de mieux saisir les raisons qui fondent une solution. En revanche, l'absence d'un critère concret, transposable d'un cas à l'autre, a rendu la tâche d'identification des arrêts et des avis, mettant en œuvre ce nouveau modèle, particulièrement complexe.

Dans un premier temps, chaque spécialiste a été invité à recenser, dans sa matière, les décisions marquant une rupture avec la motivation classique. Cette identification a été réalisée à partir de « marqueurs » d'enrichissement de la motivation, entendus comme la présence de références ou la formalisation d'étapes de raisonnement qui traditionnellement ne figuraient pas dans les décisions (v. *infra* pour la liste de ces marqueurs). Cette démarche a permis d'aboutir à un premier cercle de décisions, avec une motivation développée ou enrichie, étant précisé qu'il est rapidement apparu que la présence d'un ou plusieurs de ces marqueurs ne suffisait pas à caractériser une motivation véritablement enrichie. En outre, dans cette première phase de sélection, les auteurs ont également été amenés à répertorier des décisions suscitant une « hésitation », les frontières entre les différentes catégories de motivation (classique, développée et enrichie), désormais à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour de cassation, étant parfois difficiles à tracer en raison de la généralisation du style direct.

Cette première sélection a permis, dans un second temps, de resserrer le cercle des décisions pour identifier les décisions avec motivation enrichie au sens strict du terme. Le critère apparaît nécessairement substantiel et tient à la qualité de la présentation du raisonnement dans la décision, seul à même de fonder une potentielle systématisation de la solution qui figure parmi les effets recherchés de la motivation enrichie. L'approche disciplinaire s'est alors révélée pertinente. En dehors de certains exemples particulièrement médiatisés sur des problématiques généralistes<sup>41</sup>, l'expertise du spécialiste s'est révélée bien souvent décisive pour apprécier le niveau de motivation d'une décision en considération de la portée de la référence à un précédent (ou à tout autre marqueur), et de son incidence sur l'équilibre de la matière concernée.

Ce travail de caractérisation concrète de la motivation enrichie est retracé dans la première partie de l'ouvrage (La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 37 et s.), et les décisions sélectionnées sont répertoriées dans les annexes, matière par matière, avec la qualification retenue par chaque spécialiste, entre « motivation enrichie », « motivation développée » et « hésitation » (La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 461 et s.).

### 3.2 BILAN STATISTIQUE

#### a). Généralités

Le recensement des décisions a été réalisé sur une **période commune comprise entre le 1<sup>er</sup> octobre 2019 et le 31 décembre 2023**<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Ex. : Cass. Ass. plén., 28 juin 2024, n° 22-84.760, Publié.

<sup>42</sup> Pour autant, en fonction des spécificités des matières, certaines décisions antérieures ont pu être intégrées (phase

Au total, **840 décisions ont été retenues**, toutes chambres et formations solennelles confondues, comme s'inscrivant dans une logique d'enrichissement de la motivation (avec les trois rubriques précédemment présentées : « motivation enrichie », « motivation développée » et « hésitation ») :

-**le nombre de décisions sélectionnées demeure très variable selon les champs disciplinaires**, malgré le constat d'une progression du recours à ces nouvelles formes de motivation dans l'ensemble des branches du droit privé (et donc des chambres).

-**deux matières se sont démarquées par le volume des décisions concernées** : le droit pénal et la procédure pénale avec 344 décisions sélectionnées et le droit social avec 147 décisions sélectionnées.

-**Dans l'ensemble des contentieux, 403 décisions** (soit environ 48%) ont reçu la qualification de **motivation enrichie au sens strict**.

b). Tableau synthétique par branches du droit

| <b>Matière</b>                       | <b>ME</b> | <b>MD</b> | <b>Hésitation</b> | <b>Total</b> |
|--------------------------------------|-----------|-----------|-------------------|--------------|
| Droit extrapatrimonial de la famille | 28        | 14        | 13                | 55           |
| Droit des personnes                  | 9         | 4         | 0                 | 13           |
| Droits des contrats                  | 23        | 17        | 2                 | 42           |
| Droit de la responsabilité civile    | 21        | 10        | 24                | 55           |
| Droit des biens                      | 20        | 0         | 5                 | 25           |
| Droit immobilier                     | 9         | 35        | 2                 | 46           |
| Droit des sociétés                   | 7         | 0         | 1                 | 8            |
| Droit des entreprises en difficulté  | 1         | 5         | 2                 | 8            |
| Droit social                         | 95        | 35        | 17                | 147          |
| Procédure civile                     | 27        | 51        | 0                 | 78           |
| Droit international privé            | 6         | 12        | 1                 | 19           |
| Droit pénal et procédure pénale      | 159       | 107       | 78                | 344          |

---

d'expérimentations). De même, certaines décisions du début de l'année 2024 (et diffusées en cours de rédaction de l'ouvrage) ont complété la sélection initiale.

### 3.3 BILAN FORMEL

#### a). Les marqueurs d'enrichissement de la motivation

**Marqueurs retenus et classification** - Les marqueurs d'enrichissement de la motivation ont été identifiés lors de la sélection des décisions et classés en deux catégories, selon un critère purement quantitatif lié à la fréquence de leur recensement dans les décisions sélectionnées.

Ont ainsi été distingués :

**-Les marqueurs « principaux »** (La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 75 s.) :

- \*la référence à la jurisprudence
- \*la référence à l'intention du législateur
- \*la référence à d'autres éléments de raisonnement ou d'interprétation
- \*la recherche d'une plus grande pédagogie de la décision

**-Les marqueurs « minoritaires »** (La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 183 s.) :

- \*l'éviction d'une solution alternative
- \*la référence à la doctrine
- \*l'avis de l'avocat général
- \*l'argument conséquentialiste
- \*les autres marqueurs

*Rq : le droit comparé n'a pas été identifié comme un marqueur à part entière car il est très peu mobilisé. Il a été développé avec les références à la jurisprudence car il revient, dans les arrêts sélectionnés, à faire état de la jurisprudence de juridictions étrangères.*

**-Remarques sur l'utilisation de certains marqueurs :**

\*Marqueur « jurisprudence » :

**La référence à la jurisprudence constitue le marqueur le plus répandu**, et ce dans tous les champs disciplinaires couverts par l'étude (même si d'autres jurisprudences sont régulièrement convoquées, notamment celles des juridictions européennes et du Conseil constitutionnel, il s'agit le plus souvent pour la Cour de cassation de renvoyer à sa propre jurisprudence).

\*Marqueur « intention du législateur » : à ce titre, ont été regroupées deux catégories de références, celles qui visent **les travaux parlementaires ou préparatoires** et celles qui établissent, selon des modalités diverses, **la volonté ou les objectifs du législateur**.

\*Marqueur « pédagogie » : à ce titre, ont été répertoriées les décisions qui formulent **la question de droit soulevée par le moyen** (en précisant qu'au sens strict, il ne s'agit pas d'un élément de motivation), et les décisions qui ne contiennent aucun autre marqueur quantitatif (référence à un précédent, à l'intention du législateur, à une solution contraire écartée...), mais qui pour autant se démarquent par **la clarté du raisonnement ou le niveau d'explication proposé** dans la partie « Réponse de la Cour ».

\*Marqueur « éviction d'une solution alternative » : deux procédés ont été observés entre énoncer **les deux interprétations possibles pour en privilégier une**, ou **convoquer l'interprétation contraire et/ou l'effet utile de la disposition** pour renforcer l'autorité de l'interprétation retenue d'emblée.

\*Marqueurs « doctrine » et « avis de l'avocat général » : il s'agit de deux marqueurs distincts qui ont été recensés de manière séparée. Néanmoins, ils alimentent certains constats communs : **les références sont rares et, par nature, peu développées** (par simple mention pour la doctrine – référence à la « doctrine majoritaire » ou à une « controverse doctrinale » - et par synthèse de l'avis final de l'avocat général). En l'état des pratiques, ces références se suffisent difficilement à elles-mêmes et méritent d'être éclairées par la lecture des travaux préparatoires, lorsqu'ils sont disponibles.

\*Marqueur « argument conséquentialiste » : la référence est entendue de manière large, comme renvoyant à des **considérations concrètes pour orienter ou conforter la position retenue**. Si elle n'a pu être constatée dans tous les champs disciplinaires, cette référence se développe de manière significative sur la période considérée.

\*« Autres marqueurs » : **catégorie résiduelle** pour intégrer des références à la doctrine administrative, à des circulaires, l'explication de la loi étrangère, une convention conclue par un barreau, et une décision du comité des Nations Unies.

b). Les catégories de décisions donnant lieu à motivation enrichie

Une fois les décisions avec motivation enrichie au sens strict identifiées dans chacun des champs disciplinaires, la démarche a consisté à les **confronter avec les catégories proposées au sein du guide de rédaction**<sup>43</sup>.

Il en ressort que **les catégories envisagées par le Guide permettent de couvrir la plupart des cas de recours à la motivation enrichie répertoriés par l'étude** (sur cette confrontation, v. La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 229 s.).

Une autre catégorie mériterait sans doute d'être ajoutée à la liste des cas où le recours à la motivation enrichie pourrait être préconisé. Il s'agit des **décisions qui procèdent à une harmonisation de jurisprudence** (sur le modèle de Cass. ch. mixte, 29 mars 2024, n° 21-13.403 : la divergence entre les chambres est présentée, avant de développer tous les arguments au soutien de position à privilégier).

En revanche, en dehors du cas des revirements de jurisprudence, dont il a pu être constaté dans tous les champs disciplinaires que l'enrichissement de la motivation était devenu la règle, il apparaît que toutes les catégories de décisions identifiées par le guide ne donnent pas lieu systématiquement à une motivation enrichie ou développée. Il s'agit d'un aspect de la réforme qui suscite beaucoup d'interrogations en doctrine afin de saisir la dynamique de la motivation enrichie, son articulation avec la motivation développée et réfléchir au juste domaine d'une motivation renforcée, ce d'autant plus que, dans le même temps, le nombre des rejets non spécialement motivés (art. 1014 CPC) et des non-admissions (art. 567-1-1 CPP) augmente également (sur ces constats et interrogations, v. La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 43 s. et 355 s.).

### 3.4 BILAN SUBSTANTIEL

---

<sup>43</sup> Guide de la motivation enrichie, septembre 2023 : distinction entre les hypothèses pour lesquelles la motivation enrichie est « préconisée » et les « autres hypothèses ».

L'analyse disciplinaire a permis de dégager les principaux enseignements suivants :

**-Caractérisation/critère de la motivation enrichie.** Le saut qualitatif représenté par la motivation enrichie réside dans le fait que la solution n'est plus seulement posée, mais véritablement exposée par le juge. Ce niveau de motivation marque une **distance par rapport à l'argument d'autorité** et traduit **l'avènement d'une logique de persuasion**. Cette dernière implique, sur le fond, une présentation dans la décision de tous les éléments de raisonnement fondant la solution et, sur la forme, une articulation de ces derniers (sur l'importance de la logique de persuasion, v. La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 448s.).

À partir de ce critère qualitatif, tous les cas de figure ont pu être répertoriés :

**\*Motivation enrichie avec ou sans marqueur.** Dans la grande majorité des cas, les décisions avec motivation enrichie contiennent un ou plusieurs marqueurs (v. *supra* pour la liste) qui, en règle générale, constituent les vecteurs privilégiés de diffusion des éléments de raisonnement livrés par le juge. Pour autant, ce constat n'est pas absolu. La qualification de motivation enrichie a pu également être retenue à propos de décisions ne contenant aucun marqueur, mais exposant l'ensemble des maillons du raisonnement au soutien de la solution.

**\*Absence de motivation enrichie malgré la présence de certains marqueurs.** À l'inverse, de nombreuses décisions qui intègrent des marqueurs ont été qualifiées de motivation seulement développée en raison de l'usage de ces derniers dans la décision. Cet aspect est particulièrement notable à propos de la référence à la jurisprudence ou à l'intention du législateur. La motivation est plutôt développée lorsque la référence est insérée dans l'arrêt sans être accompagnée d'éléments d'explication ou de justification (ex. un arrêt est cité mais sans éclairer le fondement de sa solution ; un arrêt énonce que l'interprétation résulte des travaux parlementaires mais ceux-ci ne sont pas cités ou exposés dans l'arrêt ; particulièrement, sur l'analyse du recours à ces marqueurs, v. La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 83 s., 103 s. et 131 s.). Cette utilisation des marqueurs témoigne de la prégnance d'une stricte logique d'autorité qui exclut l'existence d'une véritable motivation enrichie.

**-Renforcement de la fonction normative de la Cour de cassation.** La fonction normative de la Cour de cassation n'est naturellement pas née avec la motivation enrichie. Cette dernière n'éclipse pas la figure ancienne et classique de l'arrêt de principe, mais elle la renouvelle. La motivation enrichie met en lumière **la normativité propre de la jurisprudence en révélant comment les principes de solution, qui seront *in fine* appliqués à un cas concret, s'élaborent**. Dans un système pluraliste, détaché du modèle légicentriste, la motivation enrichie participe ainsi d'une vision plus réaliste des sources du droit, et s'inscrit dans une logique de co-construction de la norme.

Sous cet angle, l'examen des décisions recensées a permis de mettre en lumière un intérêt renforcé de la motivation enrichie dans plusieurs hypothèses :

\*si de manière générale, la motivation enrichie favorise l'intelligibilité de la majeure du syllogisme, cet effet est particulièrement utile dans un **contexte d'imbrications normatives** qu'il s'agisse de donner la priorité à une source supra-législative ou d'articuler plusieurs sources appartenant à des ordres juridiques distincts (pour des illustrations, v. La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 313 s.).

\*au-delà, et de manière complémentaire par rapport aux catégories formelles identifiées par le guide de rédaction, les considérations liées à la fonction normative pourraient être de nature à **rationaliser le domaine de la motivation enrichie**. Cela

permettrait de mieux comprendre que tous les arrêts entrant dans l'une des catégories du Guide (revirement, contrôle de proportionnalité, question nouvelle ou de principe...) ne donnent pas nécessairement lieu à motivation enrichie dès lors que la Cour n'est pas en mesure de mettre en œuvre cette fonction normative. En revanche, l'inverse mériterait d'être systématisé pour faire en sorte que la fonction normative de la Cour de cassation s'exprime par des arrêts en motivation enrichie (ce qui est de plus en plus vrai pour les revirements, mais pas nécessairement en dehors de cette hypothèse ; pour des illustrations en présence d'une difficulté d'interprétation sérieuse ou nouvelle, v. La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 337 s.).

**-Politique jurisprudentielle.** Dans le prolongement, les contributeurs ont souhaité interroger la pratique de la motivation enrichie à l'aune de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation en partant précisément du constat que tous les arrêts dotés d'une portée normative importante ne donnent pas nécessairement lieu à motivation enrichie. Certains s'inscrivent dans une logique de motivation seulement développée, tandis que d'autres restent empreints d'une motivation classique (pour un panorama dans les différents champs couverts par l'étude, v. La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 371 s.). Pour cette raison, en l'état de la jurisprudence, la décision de recourir ou non à la motivation enrichie s'apparente à un choix discrétionnaire dont les ressorts demeurent peu perceptibles de l'extérieur. S'il semble parfaitement légitime que la motivation enrichie ne puisse être systématiquement mise en œuvre pour des raisons tant techniques que d'opportunité, il paraît tout aussi délicat que puissent coexister trois niveaux de motivation distincts (classique, développée et enrichie) pour des arrêts d'égale portée normative. À terme, le résultat risquerait d'être contreproductif par rapport aux effets vertueux portés par la motivation enrichie.

Dans la perspective de participer à une plus grande transparence dans le recours aux différents niveaux de motivation, la pratique de la motivation développée a été particulièrement interrogée. L'intérêt de cette dernière pourrait notamment être valorisée en présence d'un « arrêt suiveur », dont la pratique semble encore très largement minoritaire, pour reprendre des principes de solution issus d'une précédente décision enrichie, et les enraciner dans la jurisprudence de la Cour. En dehors de cette hypothèse, une motivation seulement développée (par ex. par simple citation d'un arrêt antérieur, sans apporter d'éléments d'explication supplémentaires) soulève nécessairement plus d'interrogations sur les raisons pour lesquelles tous les maillons du raisonnement n'ont pas été livrés (sur ces éléments, v. La motivation enrichie, *op. cit.*, p. 356 s. et p. 407 s.).

**Conclusion des échanges avec l'Université** - Le bénéfice réciproque de ces échanges entre la Cour et l'université est considérable. Du côté de la doctrine, ces discussions ont permis d'ancrer la réflexion dans la pratique de la Cour et de mieux intégrer, par exemple, les différentes contraintes internes liées à la motivation enrichie. Du côté de la Cour de cassation, ces échanges ont nourri une réflexion ouvrant nombre de pistes de travail.

À cet égard, plusieurs points paraissent pouvoir être relevés :

-Les difficultés rencontrées pour identifier les arrêts en motivation enrichie ont conduit à **l'apparition d'une catégorie intermédiaire, la motivation développée**. L'intérêt de la doctrine pour la distinction entre motivation enrichie et motivation développée, leurs réflexions quant aux motifs qui peuvent conduire à recourir à l'une plus qu'à l'autre, ont amené le groupe de travail en charge de l'élaboration du guide de rédaction à préciser ces deux notions, notamment en vue de délimiter leurs champs et de spécifier des préconisations quant à leur utilisation : La motivation enrichie se définit comme « *une motivation qui mentionne des éléments traditionnellement passés sous silence et qui les articule de manière à ce qu'ils constituent les maillons intermédiaires du raisonnement justifiant le principe* ».

*posé dans la décision* ». Elle se distingue de la motivation développée, qui, à la différence de la motivation dite « classique », mentionne un élément traditionnellement passé sous silence, mais sans en faire un maillon du raisonnement, telle que la simple citation d'un précédent. Cette distinction pourrait permettre à l'avenir à la Cour de cassation, comme le suggère l'étude collective citée ci-dessus, de s'approprier la pratique de l'arrêt « pilote », arrêt de principe rédigé en motivation enrichie, suivi d'arrêts qui, appliquant la solution adoptée par le premier, pourraient être libellés en motivation développée.

**-Le recours à la motivation enrichie n'est jamais imposé.** Il est préconisé par le Guide dans certaines hypothèses et présenté comme opportun dans d'autres cas. Les échanges lors de la restitution des travaux universitaires ont mis en évidence que l'utilisation de la motivation enrichie n'était pas systématique, qu'elle est guidée non par la discipline concernée, mais par la question posée par le pourvoi. Ils invitent ainsi à la réflexion sur la liste des préconisations établie par le guide, et sur la construction d'une politique juridictionnelle autour de la motivation enrichie.

-Ces discussions ont également montré la nécessité de **mettre en lien les réflexions sur la motivation enrichie et celles entreprises sur les méthodes de travail**. Des questions se posent sur le contenu du rapport lorsque le pourvoi est susceptible de donner lieu à un arrêt en motivation enrichie, mais également sur le rôle que peuvent jouer les pôles de compétence pour faciliter le recours à la motivation enrichie, ou encore la place de la motivation enrichie au regard de la politique de communication externe de la Cour.

-Au-delà, l'étude réalisée a permis de mesurer **comment la motivation enrichie participe au renforcement du rôle normatif de la Cour** en donnant une lisibilité supplémentaire à la jurisprudence. Si elle a été rendue nécessaire par la complexification de la norme et le besoin de transparence de la société, elle doit être aussi une réponse aux transformations induites par l'open data et la diffusion des outils d'intelligence artificielle qui font planer un risque d'uniformisation du droit par le poids de l'opinion dominante. Par la motivation enrichie, la Cour de cassation peut ainsi donner à voir que sa jurisprudence ne se résume pas à une simple succession d'arrêts de principe mais qu'elle est bien la traduction d'une politique jurisprudentielle raisonnée pensée au-delà d'un seul arrêt.

Aux termes de ce premier bilan, il apparaît que la motivation enrichie, loin d'être une simple technique rédactionnelle, incarne en réalité une évolution beaucoup plus profonde de l'office du juge de cassation lequel se doit désormais d'explicitier ses décisions de justice dans le souci d'une meilleure acceptabilité de celles-ci, condition essentielle au renforcement de leur autorité.

C'est ce souci d'améliorer la confiance dans le processus d'élaboration des décisions de justice qui a conduit le premier président, Christophe Soulard, à demander au groupe de travail de poursuivre ses réflexions en se penchant en particulier sur l'intégration d'une « opinion séparée » dans les arrêts de la Cour de cassation dans l'objectif de déterminer si l'introduction de cette pratique, recommandée par la Commission Cour de cassation 2030, pourrait constituer un niveau supplémentaire de transparence de la décision complétant la motivation enrichie.

En réponse à l'invitation du premier président, le groupe de réflexion a poursuivi son dialogue avec l'université, qu'il a étendu aux chefs et membres de cours suprêmes, nationales, étrangères ou supranationales, afin d'explorer l'opportunité de l'introduction d'une opinion séparée

dans les arrêts de la Cour de cassation et sa conformité, ainsi que son adaptabilité, à nos règles internes et notre culture judiciaire.

De la richesse et la diversité de ces auditions, de la vision de la justice de demain de nos interlocuteurs, d'arguments réversibles en constats communs, ont émergé les contours de perspectives possibles.

## II. L'OPINION SEPARÉE

**La notion d'opinion séparée, sujet de réflexion du groupe** – Ce terme « d'opinion séparée » retenu par le groupe de travail comme sujet de réflexion est d'abord celui qui a été adopté par la Commission Cour de cassation 2030, qui – c'est une première en France- a proposé l'intégration dans les arrêts d'une Cour supérieure, la Cour de cassation française, d'un opinion séparée intégrée. Etudier cette proposition impliquait de demeurer dans la même terminologie.

S'il est, depuis quelques temps, assez usité, il n'a pas toujours existé. En effet, cette terminologie trouve son origine dans les travaux de la professeure Wanda Mastor<sup>44</sup> sur les cours constitutionnelles.

Cependant, il faut savoir que l'opinion séparée d'un juge peut recevoir d'autres dénominations. On peut, en effet, parler d'opinion individuelle mais également, de manière plus précise, d'opinion dissidente ou concordante.

Aux États-Unis d'Amérique, système cité souvent en exemple lorsque l'on évoque le sujet, l'opinion individuelle est considérée comme permettant de garantir la liberté d'expression des juges, et partant leur indépendance, d'assurer une meilleure transparence de la prise de décision, et d'améliorer le dialogue avec « *les juridictions ultérieures et inférieures* ». Elle est destinée également à améliorer la motivation des décisions de justice. Ainsi que l'a exprimé la juge Bader Ginsburg, « *il n'y a rien de tel que des opinions divergentes affirmées pour forcer l'auteur de l'opinion majoritaire à affiner et à clarifier sa proposition initiale* »<sup>45</sup>.

Il est souvent considéré que les opinions individuelles, ou opinions séparées, s'inscrivent uniquement dans la tradition des pays de *Common Law* et sont peu compatibles avec nos ordres juridiques continentaux. Pourtant, l'opinion séparée existe dans certains pays comme l'Espagne, l'Allemagne, la Grèce et le Portugal, qui sont des pays de droit continental.

Cette notion d'opinion séparée est, aujourd'hui, adoptée par la majorité des auteurs plutôt que celle d'« *opinions dissidentes* »<sup>46</sup> qui avait cours jusqu'alors pour désigner les opinions émises en marge des décisions de justice par l'un ou plusieurs des juges l'ayant rendue collégialement, sans en retranscrire toute la diversité<sup>47</sup> : l'opinion dissidente est une expression particulière des opinions séparées.

---

<sup>44</sup> W. Mastor, Les opinions séparées des juges constitutionnels, PUAM/Economica, Aix-en-Provence/Paris, 2005 (360 p.), plaçant pour l'introduction de l'opinion séparée au sein des juridictions constitutionnelles devant lesquelles le procès est fait à un acte, voir son audition sur ce point ; *adde.* « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », Recueil Dalloz 2010, p. 714 ; « Les opinions séparées sont-elles raisonnables », Cahier de méthodologie juridique, RRJ. 2015, 2115.

<sup>45</sup> R. Bader Ginsburg, « The Role of Dissenting Opinions », Minnesota Law Review, 2010, p. 1-8.

<sup>46</sup> J.F. Flauss, s.v. « Opinion dissidente », dans L. Cadet, *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 941.

<sup>47</sup> Audition W. Mastor, professeure des universités, Toulouse Capitole.

Les opinions séparées sont, en effet, des « *opinions alternatives à celle de la majorité, rédigées par un ou plusieurs juges, soit parce qu'elles proposent une solution différente, soit parce qu'elles proposent un fondement différent pour une solution identique* »<sup>48</sup>.

Comme cette autrice le précise « *les premières sont des opinions dissidentes, les secondes, des opinions concordantes (...). 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 n'est 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 majoritaires en votant pour la décision. Mais une opinion peut être également « en partie dissidente et en partie concordante* »<sup>49</sup>.

Autrement dit, l'expression d'une opinion séparée recouvre plusieurs réalités, « *perme(ttant) aux juges de joindre à un arrêt de la formation collégiale dont ils sont membres une déclaration par laquelle ils font savoir qu'ils sont opposés à la solution adoptée par la majorité (« opinion dissidente») ou à la motivation retenue au soutien de cette décision (« opinion concordante») »*<sup>50</sup>.

**Méthodologie du groupe de travail** - La réflexion du groupe de travail s'est portée sur l'opportunité de l'introduction d'opinions séparées à la Cour de cassation, dissidentes et concordantes, telle que préconisée par le rapport Cassation 2030. Celui-ci, afin de renforcer la confiance dans le processus d'élaboration des décisions de justice, proposait en effet d'utiliser plus souvent la motivation enrichie et d'ouvrir la possibilité d'intégrer une opinion minoritaire dans la motivation d'un arrêt, sous une forme anonyme et avec l'accord de la majorité<sup>51</sup>.

Le groupe de réflexion a ainsi poursuivi l'objectif de prolonger sa réflexion sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation en étudiant la compatibilité des opinions séparées avec le système juridique français, et le cas échéant, leur acclimatation à ce système, qu'il s'agisse des principes généraux de droit processuel, du statut des magistrats et, plus généralement, de la façon de concevoir l'institution judiciaire, sa légitimité et l'autorité de ses décisions.

À cette fin, le groupe de travail a procédé à l'audition de nombreuses personnalités françaises et étrangères, magistrats, avocats et universitaires. Plusieurs juridictions étrangères ont également été interrogées sur leur pratique par voie de questionnaire.

Une étude précise des implications juridiques de l'éventuelle introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation a également été menée. Elle est venue nourrir les réflexions du groupe et assurer un fondement solide aux options étudiées.

Chacune de ces contributions a apporté à cette étude un point de vue différent sur la notion d'opinion séparée ou sa pratique. Au-delà des idées reçues et des prismes culturels, ces contributions ont permis d'appréhender cette technique dans toute sa diversité. Ce rapport se veut le reflet de la richesse de celles-ci.

Dans une première partie, sera dressé un état des lieux du débat sur les opinions séparées : les arguments avancés en faveur et en défaveur de celles-ci.

Une deuxième partie sera consacrée à l'étude du droit et des pratiques de l'opinion séparée en droit étranger et au sein des juridictions internationales. Cette étude s'est révélée

---

<sup>48</sup> W. Mastor, Les opinions séparées des juges constitutionnels, Economica, collection Droit public positif, 2005, p.17.

<sup>49</sup> W. Mastor, Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels, Recueil Dalloz, 2010, p.714.

<sup>50</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 45.

<sup>51</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 10 et p. 44 et 45.

particulièrement intéressante, en ce qu'elle en a montré la grande diversité. Elle offre un éclairage précieux sur les conceptions du droit qui les sous-tendent et leurs implications concrètes.

La troisième partie sera consacrée à une étude d'impact d'une mise en œuvre de l'opinion séparée à la Cour de cassation.

Enfin, dans une quatrième partie, à la lumière des réflexions menées par le groupe, seront exposées les perspectives.

## **1. ETAT DES LIEUX DU DÉBAT SUR L'OPINION SÉPARÉE**

Aux termes de l'article 448 du code de procédure civile, « *les délibérations des juges sont secrètes* ». Une telle prescription s'oppose *a priori* à ce qu'une décision fasse apparaître en quel sens chacun des juges a opiné<sup>52</sup>. Fruit de l'histoire, elle traduit, dans le système judiciaire français, l'effacement des opinions individuelles derrière la décision d'une collégialité s'exprimant d'une seule voix.

Cette impossibilité, tout du moins dans les formations collégiales, de rattacher la décision à l'opinion d'un juge peut se voir assigner des sources diverses : un système de tradition légicentriste imposant au juge de n'appliquer que la loi et disqualifiant, dès lors, toute opinion qui ne procéderait pas nécessairement de celle-ci ; un mode de désignation des juges qui, ne recourant ni à l'élection, ni au choix d'une autorité politique, mais reposant sur la technicité et, depuis 1908, le concours, favorise la dépersonnalisation de l'autorité judiciaire ; la formalisation par écrit de la décision de justice, impliquant son unicité, à la différence de la pratique, dans les pays anglo-saxons, des *seriatim opinions* selon laquelle la décision s'infère de l'addition des opinions orales individuelles des membres de la juridiction.

Il se comprend fort bien qu'un système ayant l'expérience de décisions résultant du prononcé successif d'opinions individuelles « en série » banalise la règle majoritaire autant que l'expression d'opinions divergentes.

En l'absence d'un tel héritage, l'opportunité de l'introduction dans la pratique judiciaire française en général, et à la Cour de cassation en particulier, de la possibilité de la formulation d'opinions séparées paraît devoir reposer sur une juste pesée des raisons de ce faire ou de s'en abstenir.

L'examen des principaux arguments que développent partisans et contempteurs des opinions séparées montre que les effets en sont, respectivement, escomptés ou redoutés au niveau tant de la *conception* de la décision de justice que de sa *réception*.

### **1.1 LES INCIDENCES DE L'OPINION SEPARÉE SUR LA CONCEPTION DE LA DECISION**

Le fait que l'expression d'une opinion séparée se révèle lorsque la décision est rendue publique ne signifie pas que ses effets ne se manifestent qu'à compter de cette publication : c'est tout le processus d'élaboration du jugement ou de l'arrêt qui est susceptible d'en être affecté.

---

<sup>52</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 12 juin 1974, n° 73-12.882, Bull. 1974, I, n° 181.

**Vertus performatives** - À cet égard, au soutien de l'accueil des opinions séparées, il est essentiellement mis en avant que celles-ci seraient un **puissant facteur de qualité de la délibération et de la motivation**.

Cette vertu, qualifiée de performative ou préventive, de l'opinion séparée s'explique ainsi : la seule éventualité de la publication d'opinions dénonçant l'insuffisance de l'argumentation oblige la majorité à mieux l'étayer. Les fragilités de l'option que les majoritaires regardent comme allant de soi risquant d'être révélées par l'opinion minoritaire, le projet majoritaire en cours d'élaboration ne peut escamoter une difficulté sérieuse pointée par un co-délibérant minoritaire déterminé<sup>53</sup>. Il en résulte une émulation positive au service d'une amélioration de la qualité argumentative de la décision.

Il est également avancé que le risque de la formalisation d'une opinion dissidente produirait un effet psychologique sur l'assemblée délibérante en l'incitant à la **recherche d'une solution plus consensuelle** et équilibrée<sup>54</sup>. Et en l'absence de consensus, en offrant au juge minoritaire le moyen d'exprimer sa divergence, l'opinion séparée serait l'expression autant que la **garantie de son indépendance**<sup>55</sup>.

**Condition *ratione temporis*** - Le renforcement qualitatif de la dynamique du délibéré et de son aboutissement formel – la motivation de la décision –, ici recherché par le déploiement des vertus préventive et psychologique de l'opinion séparée, suppose, naturellement, que l'opinion concurrente de celle de la majorité soit présentée au cours du délibéré<sup>56</sup>.

**Risque de fragilisation de la collégialité** - En contrepoint, c'est un résultat rigoureusement opposé que craignent certains : loin de pousser au consensus, la possibilité d'une opinion dissidente conduirait le juge à se crisper sur sa singularité au prix d'un oubli de la collégialité<sup>57</sup>. La pratique de l'opinion séparée **favoriserait la personnalisation de la justice** au détriment de l'anonymat de la collégialité. Cet argument renvoie à la différence historique entre la décision de justice écrite et univoque, fruit d'une coproduction de l'assemblée délibérante, et la pratique des *seriatim opinions*, selon laquelle la décision procède de la juxtaposition d'opinions individuelles<sup>58</sup>.

**Risque d'atteinte à l'indépendance des juges** - De même que la personnalisation de l'opinion séparée pourrait stimuler le penchant égotique des juges en leur offrant le moyen de se démarquer, elle traduirait un recul de l'anonymat du délibéré pouvant **nuire à l'indépendance des délibérants** en facilitant d'éventuelles pressions, avant le jugement, sous la menace de représailles si la décision majoritaire ou, à défaut, l'opinion du juge qui en est l'objet ne traduisait pas la position attendue de lui, alors que l'impossibilité de connaître le sens de son vote le met à l'abri de telles pressions<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> Audition D. Rousseau, professeur émérite des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition A. Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030.

<sup>54</sup> Audition S. Touzé, professeur des universités, Paris II Panthéon-Assas.

<sup>55</sup> Audition L. Burgorgue-Larsen.

<sup>56</sup> Audition S. O'Leary, présidente de la CEDH.

<sup>57</sup> Audition C. Chantepy, président de section du Conseil d'Etat ; *adde.* audition S. Gervasoni, juge à la CJUE ; contribution écrite de la Fondation pour le droit continental.

<sup>58</sup> Voir sur ce point, audition A. Levade, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne.

<sup>59</sup> Audition C. Chantepy, président de section du Conseil d'Etat ; audition S. Gervasoni, juge à la CJUE ; audition T. Lyon-Caen, président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, qui souligne l'exposition spécifique des magistrats de la Cour de cassation dans certains contentieux sensibles.

Ce risque serait **accentué par le développement de l'intelligence artificielle** qui, si elle démocratise l'accès aux décisions de justice, fait encourir simultanément un risque de profilage des juges et des juridictions, lequel est d'ores et déjà identifié dans le cadre des travaux de la Cour de cassation sur l'*open data*<sup>60</sup>. L'expression d'une opinion séparée pourrait entraîner des pressions et des influences directes ou indirectes par la révélation de l'identité ou la possibilité d'identifier le juge qui en serait le rédacteur.

Autrement dit, en portant **atteinte au secret du délibéré** - qui tend, non pas à masquer que certaines décisions ont été adoptées à l'unanimité tandis que d'autres l'ont été à la majorité, mais à témoigner du consensus qui s'est formé autour d'une position collégialement partagée<sup>61</sup> -, l'opinion séparée risquerait d'en réduire à néant les bénéfices que d'aucuns considèrent comme ne pouvant être atteints qu'au prix d'une prohibition complète et absolue, étendue tant aux opinions exprimées au cours du délibéré qu'aux conditions de majorité dans lesquelles la décision a été adoptée.

**Risque d'atteinte à l'impartialité** - Enfin, il est observé qu'outre son indépendance, la technique de l'opinion séparée pourrait **mettre à mal l'impartialité du juge** lorsque, s'étant déjà exprimé sur un point de droit dans une opinion publiée, il délibère d'une affaire soulevant la même question<sup>62</sup>.

Les possibles bénéfices et risques associés au processus délibératif ci-dessus évoqués tiennent majoritairement à la possibilité d'une opinion séparée plus qu'à sa formulation effective. D'autres potentialités, fructueuses ou préjudiciables, de la technique de l'opinion séparée sont susceptibles de se déployer lorsque, publiée avec la décision, elle se concrétise.

## 1.2 LES INCIDENCES DE L'OPINION SEPARÉE SUR LA RECEPTION DE LA DECISION

La formulation d'une opinion minoritaire, dissidente ou convergente, accompagnant la décision majoritaire, seule revêtue de l'autorité attachée à la chose jugée, ne peut manquer d'en modifier la perception, et, partant, la réception au sein de ce que l'on peut appeler l'*écosystème* juridique regroupant les justiciables, les professionnels du droit et les autres juridictions.

**Démocratisation de l'œuvre de justice** - Dans une telle perspective, les partisans des opinions séparées voient tout particulièrement en elles un **facteur de légitimation de la décision** y recourant et, à travers elle, de l'institution dont elle émane : par le dialogue interne à l'organe délibérant qu'elle révèle au sein même de la décision produite, l'opinion séparée témoigne de la solidité de son processus d'élaboration en donnant à voir la richesse, l'exhaustivité et la diversité du délibéré. Bien plus qu'une affirmation de la collégialité de la délibération, l'opinion séparée en serait la démonstration. Par la pluralité des façons d'appréhender une situation juridique qu'elle postule et le mécanisme délibératif qu'elle met à jour, elle **inscrirait l'œuvre de justice dans la modernité démocratique** où prédominent les exigences de transparence, de dialogue, de pluralisme et d'argumentation raisonnée<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Contribution écrite de la Fondation pour le droit continental

<sup>61</sup> Audition A. Levade, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; contribution écrite de la Fondation pour le droit continental.

<sup>62</sup> Audition S. Gervasoni, juge à la CJUE.

<sup>63</sup> Not. audition A. Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030 ; audition L. Cadet, professeur des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition D.

La force particulière de l'argument tient au renversement qu'il opère sur le terrain de la légitimité historique de l'opinion séparée qui, à défaut d'être un héritage de notre système juridique, serait une exigence du moment historique : affirmer l'opportunité du passage d'un modèle impératif, héritier du légicentrisme, à un modèle justificatif, commandé par l'obligation de transparence dans les démocraties contemporaines, c'est transposer la nécessité historique du passé au présent<sup>64</sup>.

**Facteur d'acceptation de la décision** - L'effet de légitimation de la décision attaché à l'expression d'une opinion minoritaire est également avancé du point de vue des parties elles-mêmes, plus précisément de celle qui, ayant perdu son procès, peut avoir **l'assurance que sa cause a réellement été examinée** et débattue lorsque son argumentation est reprise dans une opinion séparée<sup>65</sup>.

**Outil d'interprétation de la décision** - Outre les justiciables, les professionnels du droit tireraient également bénéfice de ce que l'opinion séparée serait un facteur de **clarification de la portée de la décision** à un triple point de vue. D'une part, l'amélioration de la motivation de la décision qui peut en résulter est, d'évidence, de nature à en faciliter la compréhension<sup>66</sup>. D'autre part, une opinion séparée étant par nature minoritaire, le cheminement qu'elle emprunte n'est pas celui appelé à faire jurisprudence. Enfin, en montrant que la ligne défendue par la minorité a été prise en compte et expressément réfutée, l'opinion séparée permet d'écarter, tout au moins dans l'immédiat, l'éventualité d'une évolution jurisprudentielle fondée sur un même argumentaire et, dès lors, de **prévenir une réitération du contentieux** sur les mêmes bases<sup>67</sup>. Toutefois, si l'opinion écartée est assurément sans portée jurisprudentielle *au présent*, elle peut être le signe de la progression de certaines idées et **annoncer en filigrane les évolutions de la jurisprudence de demain**<sup>68</sup>.

**Palliatif à certains risques liés à l'intelligence artificielle et l'open data des décisions de justice** - L'expression d'opinions séparées est présentée par certains de ses tenants comme un outil pour relever le défi de l'*open data* des décisions judiciaires<sup>69</sup> mis en perspective avec les potentialités de l'intelligence artificielle. L'expression d'une opinion séparée ajouterait à la compréhension d'un arrêt en attirant l'attention des juges - que l'*open data* risque de submerger sous des vagues de précédents -, sur les points qui ont suscité un débat au sein de la formation de jugement. Face au risque d'étouffement du débat sous la multitude des décisions citées, celles qui comportent une opinion séparée l'ouvriraient de façon féconde<sup>70</sup>. L'opinion séparée rejoindrait, ainsi, les outils destinés à pallier les risques d'un raisonnement juridique appauvri par le traitement algorithmique des décisions de justice<sup>71</sup>.

---

Rousseau, professeur émérite des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition D. Roman, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition S. Touzé, professeur des universités, Paris II Panthéon-Assas.

<sup>64</sup> Audition N. Fricero ; audition D. Roman, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne.

<sup>65</sup> Not. audition D. Rousseau ; audition J.-P. Marguénaud, professeur des universités, IDEDH ; audition N. Fricero, professeure émérite des universités, Nice Côte d'Azur.

<sup>66</sup> Not. audition A. Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030 ; audition D. Rousseau, professeur émérite des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne.

<sup>67</sup> Audition L. Cadiet, professeur des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne.

<sup>68</sup> Audition J.-P. Marguénaud, professeur des universités, IDEDH ; audition L. Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition S. Touzé, professeur des universités Paris II Panthéon-Assas.

<sup>69</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 76.

<sup>70</sup> Audition A. Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030

<sup>71</sup> Not. audition L. Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition L. Cadiet, professeur des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition J.-P. Marguénaud, professeur des universités, IDEDH..

**Renforcement du dialogue des juges - Outil de dialogue** avec les citoyens, les justiciables et les juristes, l'opinion séparée pourrait l'être **vis-à-vis des autres juges**. Avec les juridictions subordonnées, elle l'est en ce qu'elle éclaire la portée de la décision. À l'égard de la CEDH, elle le serait en ce que, contribuant à enrichir la motivation de la décision, elle pourrait permettre aux juges de Strasbourg de disposer d'un matériau plus riche pour l'exercice de leur contrôle et, partant, de mieux appréhender la richesse de la phase ultime de la procédure judiciaire interne, élément déterminant de l'appréciation du respect de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>72</sup>.

L'examen des objections opposées à l'accueil au sein ou en marge de la décision des opinions séparées frappe en ce que celles-ci prennent souvent le contre-pied des raisons ci-dessus évoquées.

**Risque d'affaiblissement de l'autorité de la décision** - Est ainsi redouté un risque d'**affaiblissement de l'autorité de la décision de justice**, qui, dans la culture juridique française est, à l'instar de la loi, le produit d'une transfiguration délibérative.

L'affaiblissement de l'autorité de la décision tient, tout d'abord, à ce que l'opinion séparée manifeste publiquement un refus de ses auteurs d'endosser la décision prise par la formation de jugement à laquelle ils appartiennent<sup>73</sup>. En outre, la publication des opinions minoritaires – lesquelles, par hypothèse, divergent en tout (raisonnement et solution) ou partie (cheminement uniquement) de l'avis majoritaire –, en incorporant à la décision les arguments articulés de sa contestation, ne pourrait **qu'en alimenter la critique**<sup>74</sup>. D'un point de vue micro-juridique, le risque serait que l'opinion séparée conforte la partie perdante dans la conviction que son point de vue aurait dû l'emporter et, d'un point de vue macro-juridique, elle pourrait entraîner un mouvement de relativisme juridictionnel et fragiliser l'interprétation de la norme et, partant, son autorité. De plus, loin d'en clarifier la portée, elle risquerait également de nuire à sa lisibilité et serait un **facteur de confusion**<sup>75</sup> ; plutôt que de tarir le contentieux, elle l'encouragerait autant que les rébellions.

**Conjoncture défavorable** - Enfin, il est souligné que **le contexte historique ne serait pas propice aux opinions séparées** là où la tradition juridique n'en a pas imposé l'usage. À l'heure où les institutions judiciaires sont souvent bousculées en Europe, où l'épouvantail du gouvernement des juges est régulièrement agité, la révélation des opinions minoritaires risquerait de remettre en cause, au-delà de la légitimité de la décision elle-même, l'équilibre des institutions et de fragiliser l'autorité judiciaire tout entière<sup>76</sup>.

D'évidence, la force et la réversibilité des arguments avancés de part et d'autre ne facilitent pas le choix d'un recours aux opinions séparées se démarquant de la culture juridique nationale. La

---

<sup>72</sup> Not. audition J.-P. Marguénaud, professeur des universités, IDEDH ; audition S. Touzé, professeur des universités, Paris II Panthéon-Assas.

<sup>73</sup> Audition C. Chantepy, président de section du Conseil d'Etat ; contribution écrite de la Fondation pour le droit continental.

<sup>74</sup> Audition A. Levade, professeure des universités Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition C. Chantepy, président de section du Conseil d'Etat.

<sup>75</sup> Contribution écrite de la Fondation pour le droit continental ; audition N. Fricero, professeure émérite des universités, Nice Côte d'Azur, soulignant, de ce point de vue, que seule l'opinion réellement dissidente mériterait d'être exprimée.

<sup>76</sup> Audition A. Levade, professeure des universités Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition T. Lyon-Caen, président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, invitant à la prudence.

connaissance et l'examen des solutions étrangères et supranationales permettent d'approfondir la réflexion née, à l'origine, de leur influence et leurs vertus.

## 2. DROITS ET PRATIQUES COMPARES DE L'OPINION SEPARÉE

L'étude comparée de l'opinion séparée dans les systèmes judiciaires étrangers et devant les Cours internationales s'est révélée particulièrement riche<sup>77</sup>.

**Une pratique majoritaire** - Le premier constat est que l'opinion séparée est autorisée dans la grande majorité des Etats étudiés, à la fois au sein de systèmes de Common Law et de droit continental. Il en est de même dans les systèmes de protection régionaux et internationaux des droits de l'homme (Cour européenne des droits de l'homme, Cour pénale internationale, Cour internationale de justice). Il existe ainsi un « *jus commune* » processuel international très clair en faveur de cette technique.

**Caractéristiques communes** - Le second constat est que même si les pratiques apparaissent différentes selon les juridictions qui connaissent l'opinion séparée, des caractéristiques communes se dégagent. Celles-ci seront mises en évidence dans une première partie consacrée à un exposé thématique du régime de l'opinion séparée dans les différents Etats étudiés. Elle sera également l'occasion de préciser les raisons de son interdiction dans les Etats qui ne la pratiquent pas.

Une seconde partie sera réservée aux juridictions européennes, d'une part la CEDH, où l'opinion séparée est un droit, d'autre part, la CJUE et le Tribunal de l'Union européenne, où elle est interdite.

### 2.1 L'OPINION SEPARÉE DANS LES JURIDICTIONS NATIONALES ETRANGERES

**Recensement** - En 2012, date à laquelle le Parlement européen a publié son étude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des Etats membres, seuls sept des vingt-sept Etats membres n'autorisaient pas l'opinion séparée. Treize Etats membres permettaient aux juges de l'ensemble de leurs juridictions d'émettre des opinions séparées<sup>78</sup>. Davantage d'Etats encore l'autorisaient pour les membres de leur Cour constitutionnelle, comme en a fait le constat la Commission de Venise, dans son rapport sur les opinions séparées dans les Cours constitutionnelles adopté lors de sa 117ème session plénière en décembre 2018. Cette situation n'a

---

<sup>77</sup> Les informations et analyses qui sont exposées dans ces développements reposent sur les études de droit comparé réalisées par le service des relations internationales et le SDER et du [rapport de la Commission de Venise sur les opinions séparées dans les Cours constitutionnelles](#), avis n° 923/2018, 17 décembre 2018, l'Étude du parlement européen sur [les opinions divergentes au sein des cours suprême des Etats membres](#) publiée en 2012, [les contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles](#) publiées dans les Cahiers du Conseil constitutionnel - n° 8, juillet 2000, mais surtout sur les réponses apportées par les Cours étrangères sollicitées, ou certains de leurs membres, au questionnaire qui leur a été adressé, ainsi que sur les auditions auxquelles a procédé le groupe de travail.

<sup>78</sup> Étude de 2012 de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen, Opinions divergentes au sein des cours suprêmes des Etats membres, 2012.

pas évolué depuis. Cette pratique est souvent très ancienne et ancrée<sup>79</sup>, voire consubstantielle au système judiciaire, comme c'est le cas dans les pays de Common Law<sup>80</sup>.

**Études de cas** - S'agissant des pays de l'Union européenne qui ne connaissent pas cette pratique, on retiendra parmi les Etats auxquels le groupe de travail s'est plus particulièrement intéressé la Belgique ainsi que l'Italie, et, hors de l'Union européenne, la Suisse. En revanche, pour ne citer que quelques exemples, l'Allemagne, l'Espagne, la Grèce, le Royaume-Uni, la République tchèque, la Finlande, le Japon, le Brésil et bien sûr les États-Unis l'autorisent, au moins devant certaines juridictions.

## 2.1.1 Principe et fondements de l'interdiction ou de l'autorisation de l'opinion séparée

### 2.1.1.1 Les pays qui interdisent ou réduisent le recours à l'opinion séparée

**Interdiction de l'opinion séparée et strict secret du délibéré** - Les pays qui ne pratiquent pas l'opinion séparée partagent pour la grande majorité une interprétation stricte du secret du délibéré<sup>81</sup> qui couvre les délibérations entre les membres de la juridiction, mais s'étend également au décompte des voix et aux opinions individuelles des juges.

Il s'agit de garantir la liberté de s'exprimer et l'indépendance des juges<sup>82</sup>. La décision majoritaire est considérée comme celle de la juridiction, qui doit parler d'une seule voix.

En Belgique, où la divulgation de l'opinion individuelle d'un juge est passible de poursuites pénales, cette interdiction, devant la Cour constitutionnelle, apparaît renforcée par l'impératif que les décisions soient le fruit d'un consensus entre les juges des deux communautés, néerlandophone et francophone, qui la composent à parts égales. Chacun doit être libre de prendre position indépendamment de son appartenance à l'une ou l'autre des communautés<sup>83</sup> et la décision doit représenter une unicité lisible, garante de cette entente. Cette interprétation vaut également pour la

---

<sup>79</sup> Par exemple, au Royaume-Uni (XVII<sup>ème</sup> siècle) ou en Espagne (ordonnances de Médina de 1489).

<sup>80</sup> En Angleterre, depuis le XVII<sup>ème</sup> siècle, époque à laquelle les juridictions collégiales ont commencé à motiver leurs décisions, l'opinion séparée avait pour but que chaque juge exprimait son « *judgement* », la décision étant celle de la majorité des juges. Il s'agit d'un principe, aucun texte ne réglementant celui-ci. Lorsque la juridiction est composée de plus d'un juge, le premier jugement contient les motifs détaillés de son opinion. Les autres jugements peuvent également contenir un raisonnement détaillé, notamment lorsqu'un juge n'est pas d'accord avec ce qui a été déclaré. Mais les juges peuvent se contenter de déclarer qu'ils sont d'accord avec ce premier jugement. Il est toutefois important de noter que chaque juge a le droit, s'il le souhaite, de rendre un jugement expliquant son opinion et les motifs de cette opinion dans ses propres mots. Lorsque les membres d'une juridiction sont unanimes, ils peuvent expliquer les motifs de leur décision commune dans ce qui est appelé « *le jugement de la Cour* ». C'est un choix des juges qui transmettent ainsi un message clair d'unanimité.

<sup>81</sup> Voir les développements consacrés à l'Italie, le Luxembourg, Malte, Les Pays-Bas et l'Autriche dans l'étude de 2012 de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen, *Opinions divergentes au sein des cours suprêmes des États membres*, 2012.

<sup>82</sup> Not. : Commission de Venise, Rapport sur les opinions séparées dans les Cour constitutionnelles, avis n° 923/2018, 17 décembre 2018, p. 8 ; Gustavo Zagrebelsky - Juge à la Cour constitutionnelle italienne, Professeur à l'Université de Turin, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 8 (Dossier : Débat sur les opinions dissidentes) - juillet 2000.

<sup>83</sup> Audition K. Lenaerts, président de la CJUE, « *la Belgique ne connaît pas l'opinion séparée au sein de son système judiciaire, même pas à la Cour constitutionnelle. L'interdiction expresse de l'opinion séparée s'explique notamment par la composition du Royaume de Belgique, constitué de 62% de néerlandophones et de 38% de francophones. Nous avons deux communautés et la Cour constitutionnelle compte un nombre égal de juges flamands et de juges francophones. Il est impératif que tous les arrêts soient le fruit d'un consensus entre les juges des deux communautés. Ce système s'est révélé particulièrement efficace et fédérateur. La mise en œuvre de l'opinion séparée porterait atteinte à la cohésion juridique du Royaume de Belgique* ».

Cour de cassation et le Conseil d'État, identiquement composés de membres néerlandophones et francophones.

La nécessité de garantir l'indépendance des juges est également invoquée dans certains pays pour limiter la pratique de l'opinion séparée à certaines juridictions. C'est alors en fonction du statut et de l'office du juge que sera décidée l'opportunité d'une autorisation d'opinion séparée. Ainsi, au Japon, l'opinion dissidente est prévue uniquement devant la Cour suprême<sup>84</sup>, où elle est une obligation, la loi imposant que les opinions de chacun des juges soient exprimées dans un jugement écrit. En revanche, les juges des juridictions inférieures ne sont pas autorisés à inclure leur opinion dans le jugement écrit. Cette distinction est justifiée par la nécessité de garantir, par le secret des délibérations, la liberté des juges de s'exprimer. Cependant, compte tenu du statut des juges de la Cour suprême, le secret des délibérations n'est pas nécessaire pour garantir leur liberté. En outre, la nomination des juges de la Cour suprême étant examinée lors d'un référendum national, l'accès de tous aux opinions des juges est considéré comme nécessaire en vue de cet examen<sup>85</sup>.

**Interdiction de l'opinion séparée et publicité du délibéré** - Paradoxalement, devant le Tribunal fédéral suisse<sup>86</sup>, c'est la publicité du délibéré qui conduit à écarter la pratique de l'opinion séparée<sup>87</sup>. Dans la majorité des cas, la décision, prise à l'unanimité, est rendue par écrit, sans débat public. Ce procédé suppose cependant l'unanimité. S'il n'y a pas d'unanimité et si le président l'ordonne ou si un juge le demande, le tribunal délibère, en public. Les juges expriment oralement et publiquement leur position juridique, puis votent, le tout devant les parties et le public. Les audiences du Tribunal fédéral sont ouvertes à toute personne intéressée, en particulier aux journalistes. En revanche, il est interdit d'enregistrer ou de filmer les débats oraux. Une fois la décision rendue, il n'y a donc pas de trace écrite de l'opinion des juges minoritaires, contrairement à ce que permet la publication d'une opinion dissidente.

Ainsi, la question de l'utilité, compte tenu de l'existence de débats publics, en cas de divergence entre les juges, d'une opinion séparée a pu se poser. Les arguments contre cette introduction, qui ont fini par l'emporter, ont été ceux généralement invoqués contre l'opinion séparée<sup>88</sup>. Ils exprimaient la crainte d'un affaiblissement de l'autorité du Tribunal fédéral et des arrêts de celui-ci, le risque de porter atteinte à l'indépendance judiciaire et de favoriser la volonté de certains juges de se singulariser. La complexification des motifs des arrêts et la surcharge du Tribunal fédéral ont aussi été évoquées.

### *2.1.1.2 Les pays qui pratiquent l'opinion séparée*

Comme cela a été souligné en introduction, la majorité des pays étudiés autorise la pratique de l'opinion séparée, au moins devant certaines de leurs juridictions.

---

<sup>84</sup> Act n°59 de 1947, article 11 pour la Cour suprême, et art. 75§1 pour les Cours inférieures.

<sup>85</sup> Contribution écrite de la Cour suprême du Japon.

<sup>86</sup> La Suisse étant un État fédéral, chaque canton a sa propre organisation judiciaire et certains cantons prévoient la possibilité pour les juges cantonaux de présenter des opinions dissidentes. Cela met en exergue une différence de situation en fonction du degré de juridiction comme au Japon, même si cette différence est justifiée par le biais d'autres principes.

<sup>87</sup> Contribution écrite F. Aubry-Girardin, présidente de Cour au Tribunal fédéral suisse.

<sup>88</sup> Rapport de la Commission de Venise sur les opinions séparées dans les Cour constitutionnelles, avis n° 923/2018, 17 décembre 2018, p. 7 et 8.

#### 2.1.1.2.1 Justifications de l'autorisation des opinions séparées

Les opinions séparées obéissent à plusieurs objectifs, qui sont, pour la plupart, mis en avant par les différents pays qui les pratiquent.

Plusieurs tendances se distinguent cependant :

**Transparence** - Certains pays voient dans la pratique de l'opinion séparée avant tout un gage de transparence et de mise en lumière de la pluralité des raisonnements juridiques possibles et des discussions engendrées par la complexité du droit. Les opinions séparées contribuent à la prise de conscience de cette complexité par le public, renforcent sa confiance et sa compréhension du fonctionnement du système judiciaire et participent à une meilleure acceptation des décisions. Dans ces pays, les opinions séparées semblent fréquentes. Tel paraît être le cas notamment au Royaume-Uni, en Espagne, en Grèce, au Japon ou encore au Brésil<sup>89</sup>. Leur expression est parfois même obligatoire. En ce sens, il est intéressant de noter que lorsque l'introduction de l'opinion dissidente dans les arrêts du Tribunal fédéral suisse a été envisagée<sup>90</sup>, même si ces réflexions n'ont pas abouti, l'argument premier avancé en faveur de cette introduction relevait également de la transparence de la justice. Il était aussi invoqué le fait que cette transparence permettait de mieux anticiper l'évolution de la jurisprudence et les débats scientifiques.

**Amélioration de la qualité des délibérations et des décisions** - D'autres pays, sans écarter l'importance d'assurer la transparence du processus juridictionnel, mettent en avant le facteur d'amélioration de la qualité des délibérations et des décisions que constituent les opinions séparées. En effet, elles viennent enrichir les discussions, celles-ci tendant à aboutir à une majorité, voire à une unanimité. La publication des opinions séparées est possible, mais plus rare.

Ainsi, en Allemagne, lorsque le gouvernement a proposé d'autoriser les opinions séparées des juges constitutionnels fédéraux<sup>91</sup>, les deux premiers motifs sur lesquels était fondé le projet de loi étaient en lien avec la qualité du processus décisionnel : « 1° le constat selon lequel la réalisation des choix de valeur opérés par la Constitution conduit souvent à des appréciations diverses ; 2° l'autorisation de l'opinion séparée constitue pour chaque juge une grande responsabilité, de même qu'elle exige de la formation collégiale une discussion sérieuse des argumentations de chaque juge, notamment minoritaire ; ». Venaient ensuite l'exigence de transparence de ce processus : « 3° l'opinion séparée permet au législateur de mieux constater les faiblesses et insuffisances de la législation et d'y remédier ; 4° l'opinion séparée permet d'indiquer de façon précoce un éventuel revirement de jurisprudence ; 5° l'opinion séparée renforce la transparence dans le processus décisionnel, ce qui est démocratiquement souhaitable et de nature à renforcer l'autorité du juge et de la juridiction ; 7° l'opinion séparée démontre que la recherche de la solution juridique correcte n'est pas un simple processus logique insusceptible de divergences d'appréciation ». Dans la pratique, les arguments minoritaires sont en règle générale discutés au cours du délibéré. Ainsi, la chambre de la Cour constitutionnelle concernée a la possibilité d'en tenir compte pour parvenir à un consensus. La possibilité d'exprimer une opinion dissidente

---

<sup>89</sup> Audition The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni ; contribution écrite A. Rantos, avocat général à la CJUE, président émérite du Conseil d'État hellénique ; contribution écrite du Tribunal suprême d'Espagne ; contribution écrite de la Cour suprême du Japon.

<sup>90</sup> Voir supra 2.1.1.1

<sup>91</sup> Il doit être précisé que les décisions du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) sont prises sans opinion dissidente ou séparée. Toutefois, il existe dans le règlement intérieur de 1952 au paragraphe 10 premier alinéa troisième phrase, la règle suivante : *Chaque membre a toutefois le droit de consigner dans le dossier du Sénat son opinion divergente de la décision prise, en la motivant brièvement.* Mais cette disposition du règlement intérieur n'a jamais été utilisée.

décharge les délibérations car elle offre la possibilité aux juges de souligner en public une opinion importante pour eux et pour laquelle la chambre n'a pu parvenir à un consensus<sup>92</sup>.

**Responsabilité des juges** - Également, il est intéressant de noter que, dans certains systèmes judiciaires, il est fait état d'un lien entre l'autorisation des opinions séparées et la responsabilité des juges. Ainsi, en Espagne parmi les arguments institutionnels invoqués en faveur des opinions séparées figure le fait qu'en émettant un vote dissident, le juge sauvegarde sa responsabilité. En effet, dans ce pays, l'administration de la justice est conçue comme une action soumise à la responsabilité. En exprimant clairement leur désaccord, les juges clarifient leur position et se séparent de la décision majoritaire, ce qui permet de préserver leur responsabilité personnelle et professionnelle. Les juges suprêmes japonais et britanniques ont pu également faire part de la responsabilité et l'obligation au moins morales reposant sur eux quant à l'émission d'opinions dissidentes<sup>93</sup>.

Dans la même logique, en Italie, si la publication d'opinions divergentes est interdite, la loi n° 117 du 13 avril 1988 a réformé le régime de responsabilité des juges et a introduit l'obligation pour les magistrats, lorsqu'ils sont en désaccord avec la décision majoritaire, de rendre une opinion dissidente motivée. Le texte prévoit que la juridiction saisie d'une action récursoire en responsabilité de l'Etat contre un magistrat demande la transmission de l'enveloppe scellée contenant le relevé de la décision sur laquelle porte la responsabilité alléguée et ordonne qu'elle soit versée au dossier de l'affaire<sup>94 95</sup>.

**Légitimité de la décision** - Enfin, il a pu être souligné au groupe de travail le lien fait entre la présence d'opinions séparées et la crédibilité et l'acceptabilité des décisions de justice. En effet, outre la robustesse de l'argumentation juridique préalablement développée qui renforce l'acceptabilité de la décision, le fait de constater qu'une unanimité n'a pas été trouvée rappelle aux

---

<sup>92</sup> C. Walter, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8/2000, p. 84.

<sup>93</sup> Contribution écrite de la Cour suprême du Japon ; audition The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni.

<sup>94</sup> Article 16 de la loi n° 117 du 13 avril 1988 : « Responsabilité des membres des organes judiciaires collégiaux.

1. L'article 148 du code de procédure pénale est complété par le texte suivant après le paragraphe 3 :

« Les mesures prises par la formation font l'objet d'un procès-verbal sommaire qui contient une déclaration de l'unanimité de la décision ou du désaccord, succinctement motivé, que l'un des membres de la formation, désigné par son nom, a pu exprimer sur chacune des questions tranchées. Le procès-verbal, rédigé par le moins ancien des membres de la formation et signé par tous les membres de la formation, est conservé par le président dans une enveloppe scellée au greffe du bureau. »

2. À la fin de l'article 131 du code de procédure civile, l'alinéa suivant est ajouté :

« Le procès-verbal est établi sous forme synthétique et contient un exposé de la décision unanime ou du désaccord, brièvement motivé, que l'un des membres de la formation de jugement, nommément désigné, a pu exprimer sur chacune des questions tranchées. Le procès-verbal, rédigé par le moins ancien des membres de la formation et signé par tous les membres de la formation, est conservé par le président sous pli fermé au greffe du bureau. »

3. Les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent également aux mesures des autres juges collégiaux compétents en matière pénale et préventive ; les dispositions du paragraphe 2 s'appliquent également aux mesures des juges collégiaux compétents dans toutes les autres matières. Le procès-verbal des délibérations est établi par le moins ancien des membres de la formation ou, en cas de formation mixte, par le moins ancien des membres de la formation, et il est signé par tous les membres de la formation.

4. Dans les cas prévus à l'article 3 [article reproduit ci-dessous], le magistrat membre de la chambre juridictionnelle est également tenu à réparation lorsque le dommage injustifié donnant lieu à réparation résulte du non-respect d'obligations relevant de sa compétence spécifique.

5. La juridiction saisie d'une action récursoire en vertu de l'article 8 demande la transmission de l'enveloppe scellée contenant le relevé de la décision sur laquelle porte la responsabilité alléguée et ordonne qu'elle soit versée au dossier de l'affaire.

6. Un arrêté du ministre de la Justice fixe les modèles des procès-verbaux visés aux paragraphes 1, 2 et 3 et détermine les modalités de conservation des enveloppes scellées ainsi que leur destruction à l'expiration des délais prévus à l'article 4 ».

<sup>95</sup> Étude de 2012 de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen, Opinions divergentes au sein des cours suprêmes des États membres, 2012.

justiciables qu'un réel débat s'est tenu, et permet d'écarter, notamment dans des décisions à connotation politique, la crainte d'un arbitraire<sup>96</sup>.

#### 2.1.1.2.2 Existence ou non d'un texte réglementant l'opinion séparée

**Absence de réglementation dans les pays de Common Law** - Dans les pays de Common Law, où l'opinion séparée est indissociable du système juridique, il n'existe aucune réglementation de l'opinion séparée, sauf pour l'exclure.

**Royaume-Uni** - Il est intéressant de remarquer que la pratique des opinions séparées connaît, ou plutôt, a connu au Royaume-Uni deux véritables exceptions dont une seule subsiste encore aujourd'hui.

La première concerne les appels devant le Comité judiciaire du Conseil privé, qui agissait à l'origine comme une cour d'appel de dernier ressort pour tous les pays de l'Empire britannique. Même si son rôle est aujourd'hui réduit, le JCPC existe toujours et reçoit encore des pourvois provenant de vingt-neuf juridictions dans le monde, telles celles des îles Anglo-Normandes, des territoires britanniques d'outre-mer, ainsi que de plusieurs pays indépendants qui ont choisi de conserver le Conseil privé comme juridiction d'appel de dernier ressort (par exemple, la Jamaïque, Trinité-et-Tobago, Maurice et Brunei). Jusqu'en 1966, aucune opinion séparée n'était autorisée. Cette règle était imposée par un « *ordre [pris] en conseil* », c'est-à-dire un ordre approuvé par le roi lors d'une réunion du Conseil privé datant de 1627. Depuis 1966, il est possible de formuler des opinions dissidentes et concordantes dans les affaires du Conseil privé, mais elles sont inhabituelles. On ne peut qu'émettre des hypothèses sur les raisons de cette exception : Est-ce parce qu'à l'origine il s'agissait non pas de rendre un jugement, mais de donner un conseil au roi ? Est-ce parce qu'il était préférable d'adresser une solution unique et sans ambiguïté, afin d'assurer l'harmonisation du droit au sein de l'Empire britannique<sup>97</sup> ?

La seconde exception, qui perdure encore aujourd'hui, concerne les recours devant la Cour d'appel (et non devant la Cour suprême) en matière pénale. La loi de 1907 qui a institué l'appel en matière pénale a interdit l'expression d'opinions séparées. Cette loi exigeait que la Cour rende un seul jugement, à moins que son président déclare que « *à son avis, il s'agit d'une question de droit sur laquelle il convient que des jugements séparés soient rendus par les membres de la Cour* »<sup>98</sup>. La loi actuelle prévoit toujours cette règle. Il s'agit du seul texte réglementant l'opinion séparée au Royaume-Uni.

**Réglementation systématique dans les pays de droit continental** - À l'inverse, dans les pays de droit continental, c'est le principe même de l'expression d'opinions séparées qui est, dans les pays étudiés, systématiquement réglementé par un texte. Il peut s'agir d'un texte législatif, voire constitutionnel.

**Finlande** - Par exemple en Finlande, l'opinion séparée est autorisée par les articles 7 et 15 du code procédure judiciaire et 54 de la loi sur le contentieux administratif ; au Japon ce sont les articles 75, 76 et 77 de la loi sur les juridictions qui la réglementent.

---

<sup>96</sup> Audition The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni ; contribution écrite du Tribunal suprême d'Espagne.

<sup>97</sup> Voir *infra* sur les raisons de l'interdiction des opinions séparées devant la CJUE.

<sup>98</sup> Criminal Appeal Act 1907 (7 Edw. 7. c. 23).

**Espagne** - En Espagne, l'opinion dissidente est prévue par les paragraphes 1 et 2 de l'article 157 de l'actuelle loi organique du pouvoir judiciaire :

« 1. Une fois la discussion (délibéré) de chaque question terminée, le vote se déroulera en commençant par le juge ou le magistrat le moins ancien et en suivant l'ordre croissant d'ancienneté, jusqu'au juge président. Le vote sera secret si un membre le demande.

2. Le juge ou magistrat dont l'opinion apparaît dissidente de la majorité peut demander que son vote soit consigné aux minutes de l'arrêt. S'il le souhaite, il peut formuler une opinion dissidente, écrite et motivée, qui sera incluse aux minutes si la chambre l'estime appropriée en raison de sa nature ou des circonstances concomitantes, à condition qu'elle soit présentée dans le délai fixé par la chambre, qui n'excède pas trois jours. »

Les opinions dissidentes sont également mentionnées dans la Constitution à l'article 164.1 du titre IX qui dispose que *"Les arrêts du Tribunal constitutionnel sont publiés au Journal officiel de l'État avec les voix dissidentes, le cas échéant."*

**Grèce** - En Grèce, l'intégration des opinions minoritaires dans les décisions de justice a été initialement prévue par la loi, avant d'être incluse dans la Constitution hellénique en 2001. Selon le paragraphe 3 de l'article 93 de ce texte : « *L'opinion dissidente est obligatoirement publiée* »<sup>99</sup>.

L'expression d'opinions séparées est parfois issue de la pratique, mais celle-ci a par la suite été formalisée dans un texte.

**Allemagne** - Ainsi, en Allemagne, l'adoption de l'opinion séparée dans la loi sur la Cour fédérale constitutionnelle en 1970 a été précédée de la publication du rapport des voix et de l'opinion dissidente de certains juges sans fondement légal. En effet, le 25 septembre 1951, l'assemblée plénière a dans un premier temps refusé la publication du rapport de voix. Néanmoins, le 13 décembre 1952, il a été publié pour une décision importante sur le plan politique concernant la Communauté européenne de défense. Puis, 15 ans plus tard, le 16 février 1967, l'assemblée plénière a décidé que le rapport de voix pouvait être publié, mais sans que cette publication ne soit obligatoire. La possibilité de la publication du rapport de voix, sans mentionner les noms, a été incluse dans la loi modificative de 1970.

De la même manière, en 1952, un juge a publié une opinion divergente concernant cette même affaire, alors que la loi ne le prévoyait pas. Avant 1970, il faisait partie de la pratique de la Cour constitutionnelle fédérale de communiquer l'opinion divergente au président de la chambre. L'écrit était archivé à part et, lors d'une communication du dossier, les parties n'y avaient pas accès.

Le principe de l'opinion séparée est désormais prévu à l'article 30 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, qui dispose que « (2) *Tout juge a le droit d'exprimer dans une opinion séparée sa position divergente manifestée lors du délibéré et portant sur le dispositif ou les motifs de la décision ; l'opinion séparée est jointe à la décision. Les chambres peuvent indiquer dans leur décision le rapport de voix. Les modalités d'application sont déterminées par le règlement intérieur de la Cour* ». L'article 55 du même texte organise la mise en œuvre de ce principe.

#### 2.1.1.2.3 Autorisation de l'opinion séparée et secret des délibérations

---

<sup>99</sup> Contribution écrite A. Rantos, avocat général à la CJUE, président émérite du Conseil d'État hellénique.

Quelle que soit leur tradition et leur culture juridique, les pays autorisant les opinions séparées partagent une conception souple du secret du délibéré, tenant à la distinction opérée entre délibérations et rédaction de la décision.

Nous en prendrons **trois exemples**.

**Conception du secret du délibéré au Royaume-Uni** - Au Royaume-Uni, il n'existe pas de conflit entre secret du délibéré et expression des opinions dissidentes. « *En effet, une distinction claire est faite entre les délibérations internes des juges pour parvenir à une décision, qui sont secrètes et confidentielles, et les opinions motivées des juges, qui sont publiques* ». « *Les délibérations internes comprennent tout ce qui a été dit lors des discussions entre les juges, tous les projets d'arrêt préparés par un membre de la Cour et tous les commentaires sur ces projets par d'autres juges. En se forgeant une opinion, les juges peuvent donc s'exprimer librement et changer d'opinion sans craindre d'être embarrassés* ». Mais, « *à la fin de ce processus, chaque juge est tenu d'exprimer publiquement son opinion et les raisons de cette opinion* »<sup>100</sup>.

**Conception du secret du délibéré en Espagne** - Une distinction similaire entre « délibération » et « délibéré » est opérée en Espagne. Les principes du secret des délibérations et de la transparence des opinions séparées sont traités comme des étapes et des aspects distincts du processus judiciaire. Les opinions dissidentes sont conçues et rédigées comme des jugements ou des arrêts alternatifs. Ils en reprennent la forme. La législation établit une distinction très claire entre la nature confidentielle des délibérations et la nature publique des décisions finales. Alors que les délibérations sont protégées par un secret absolu pour permettre une discussion libre et franche, les décisions elles-mêmes, y compris les opinions dissidentes, sont rendues publiques pour garantir la transparence et la responsabilité. L'équilibre est ainsi assuré entre le besoin de confidentialité des discussions judiciaires et le besoin de transparence des résultats judiciaires. Cette approche garantit que les parties concernées et le public comprennent l'ensemble du raisonnement, y compris les points de vue divergents, renforçant ainsi les principes de responsabilité et de transparence du système judiciaire<sup>101</sup>.

**Conception du secret du délibéré au Brésil**<sup>102</sup> - Le Brésil offre en revanche un exemple tout à fait différent des liens entre secret du délibéré et opinion séparée. Le délibéré y est, sauf exception, public et même retransmis en direct à la télévision. La publication des « votes dissidents » est un droit lié à plusieurs principes fondamentaux reconnus par la Constitution brésilienne : le droit à une défense pleine et entière et à un procès contradictoire (art. 5, LV), car la tradition constitutionnelle de ce pays affirme l'idée que, pour être en conditions de se défendre, toute personne doit avoir le droit de connaître les raisons dont procède la décision qui lui est appliquée ; l'accès à la justice qui implique de connaître les arguments des décisions prises collégialement, notamment en matière de votes dissidents ; la publicité des actes judiciaires. La publicité du délibéré et la publication des votes dissidents participent de la même logique<sup>103</sup>.

### 2.1.2 Mises en œuvre de l'opinion séparée

---

<sup>100</sup> Audition The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni.

<sup>101</sup> Contribution écrite du Tribunal suprême d'Espagne.

<sup>102</sup> Contribution écrite A. Teixeira, professeur des universités, Vale do Rio dos Sinos, Brésil.

<sup>103</sup> Contrairement au système judiciaire suisse, où la publicité du délibéré conduit à considérer la publication des opinions séparées inutile.

**Divergences de mise en œuvre de l'opinion séparée** - Sans entrer dans le détail de chacun des systèmes judiciaires présentés au groupe de travail, des éléments peuvent être relevés quant aux questions sur lesquelles ont plus particulièrement porté ses réflexions : L'opinion séparée doit-elle être réservée à certaines juridictions (comme évoqué précédemment avec les exemples du Japon et de l'Allemagne), voire à certains contentieux (comme décrit pour l'exception en matière pénale au Royaume-Uni) ? Quel est le processus d'élaboration des opinions séparées ? Est-ce une démarche purement individuelle, ou collective et contradictoire ? La publication d'une opinion séparée doit-elle/peut-elle être autorisée par la composition de jugement ? Les opinions séparées sont-elles nécessairement nominatives ? Les opinions séparées doivent-elles être intégrées ou annexées à la décision ? Quelle est leur influence sur la légitimité et la force de la décision ?

### 2.1.2.1 Le champ de l'opinion séparée

**Diversité des pratiques** - Le champ d'application des opinions séparées est variable selon les systèmes judiciaires.

**Pratique large** - Dans certains pays, tel le Royaume-Uni, comme cela a déjà été exposé, elles sont aujourd'hui autorisées pour toutes les juridictions. Mais il existe des exceptions liées à la nature du contentieux.

La terminologie juridique anglaise désigne sous le vocable de *separate opinion* les seules opinions concordantes, encore dénommées opinions individuelles, à l'exclusion des opinions dissidentes (*dissenting opinions*).

En revanche, il ne peut y avoir d'opinion divergente exprimée devant la cour d'appel statuant en matière criminelle, sauf dans l'hypothèse où le juge qui la préside déclare qu'« *à son avis, il s'agit d'une question de droit sur laquelle il convient que des jugements séparés soient rendus par les membres de la Cour* ». La mise en œuvre de cette exception est en pratique très rare. Il convient de souligner que cette interdiction des opinions séparées est limitée à la cour d'appel et que, si un recours est formé devant la Cour suprême en matière pénale, aucune restriction ne s'applique concernant les opinions séparées<sup>104</sup>.

Peut également être cité l'exemple de l'Espagne, où la pratique des opinions dissidentes est ancienne et profondément enracinée. Dans ce modèle, il n'y a pas de dérogation au principe de l'opinion séparée, notamment en lien avec la nature du contentieux.

Le droit espagnol, pour sa part, utilise le terme de *voto particular* (littéralement, « vote particulier ») pour désigner les opinions séparées. Au sein du *voto particular*, elle distingue le *voto dissidente*, également dénommé *voto discrepante* - les deux expressions sont employées indifféremment - vote dissident) du *voto concurrente* (vote concordant)<sup>105</sup>.

Elles peuvent être soumises au sein de n'importe quelle juridiction collégiale, ainsi qu'au Tribunal constitutionnel, sans limite tenant au contentieux.

De même en Grèce, selon le paragraphe 3 de l'article 93 de la Constitution hellénique, « *L'opinion dissidente est obligatoirement publiée* ». En conséquence, les arrêts de toutes les juridictions

---

<sup>104</sup> Il s'agit du seul exemple recensé à notre connaissance de limitation des opinions séparées devant une juridiction judiciaire en raison de la nature du contentieux.

<sup>105</sup> Article 90 de la Loi Organique relative au Tribunal Constitutionnel 2/1979.

helléniques contiennent l'opinion minoritaire s'il en existe une. Il n'y a pas non plus d'exception en raison de la nature du contentieux.

**Pratique restreinte** - Dans d'autres pays, au contraire, l'expression des opinions séparées est réservée à certaines juridictions, en particulier les cours constitutionnelles.

Tel est le cas en Allemagne<sup>106</sup>, où les opinions séparées sont autorisées uniquement devant la Cour constitutionnelle fédérale, mais également au Japon, où elles ne sont admises que devant la Cour suprême, ou encore au sein de la République tchèque, où elles sont permises devant la Cour constitutionnelle et devant les formations les plus solennelles de la Cour administrative suprême.

#### 2.1.2.2 La nature et le caractère nominatif des opinions séparées

**Un droit** - Dans un certain nombre des pays étudiés, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Espagne notamment, **l'expression d'une opinion séparée est un droit appartenant au juge, dont l'usage est facultatif**. L'opinion séparée est alors plutôt conçue comme une garantie de l'indépendance et de la liberté individuelle des juges minoritaires.

**Une obligation** - Dans d'autres pays, **il s'agit d'une obligation** afin d'assurer la transparence du processus judiciaire, la décision rendue devant comporter les avis de l'ensemble des membres de la juridiction. Tel est le cas en Grèce ou encore au Japon<sup>107</sup>.

**Nominative ou anonyme** - Dans tous les cas, l'opinion séparée est nominative. Il n'a été identifié aucun système judiciaire étranger autorisant l'expression anonyme d'opinions séparées.

En Grèce, l'opinion séparée est intégrée dans les décisions de justice depuis les années 1950 et, jusqu'en 1993, les noms des juges minoritaires n'étaient pas mentionnés. Seul le nombre des juges partageant l'opinion minoritaire était indiqué. La loi 2172/1993 (article 40) a prévu, pour la première fois, la mention des noms des juges, disposition incluse par la suite, en 2001, dans la Constitution, pour toutes les juridictions. L'idée qui sous-tend ces dispositions est l'indépendance des magistrats, qui est considérée comme renforcée si chaque juge dispose de la possibilité de constater que son nom ne figure pas comme faisant partie d'une opinion qui n'est pas la sienne<sup>108</sup>.

Au sein de la Cour constitutionnelle de République tchèque, en réponse à l'expérience du régime communiste, les opinions séparées, nominatives, sont perçues comme un moyen de protéger l'intégrité personnelle des juges. Ainsi, figure clairement en tête de chaque décision le nom du juge rapporteur ayant rédigé la décision majoritaire et les juges qui rédigent des opinions séparées le font nominativement. Citer le nom des auteurs des opinions séparées est considéré comme un facteur d'accroissement de la responsabilité des juges concernés quant à leur vote et à la teneur de leur opinion<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Précision étant faite que le droit allemand, quant à lui, emploie les termes de *sondervotum* (vote spécial) et, indifféremment de *minderheitsvotum* ou de *minderheitenvotum* (vote minoritaire) pour désigner les opinions séparées.

<sup>107</sup> Loi sur les Tribunaux du Japon (Loi No. 59 de 1947), Part II La Cour suprême, Article 11 : « *Les opinions de chacun des juges doivent être exprimées dans un jugement écrit* ».

<sup>108</sup> Contribution écrite A. Rantos, avocat général à la CJUE, président émérite du Conseil d'État hellénique.

<sup>109</sup> Rapport de la Commission de Venise sur les opinions séparées dans les Cour constitutionnelles, avis n° 923/2018, 17 décembre 2018, p. 16.

Rappelons néanmoins que les hautes juridictions citées en exemples<sup>110</sup> dans la présente étude correspondent chacune à des compositions de jugement maximales d'une quinzaine de juges, et que les modes de désignation de ceux-ci sont particuliers. Les juges sont ainsi, naturellement, identifiés plus individuellement dans ces systèmes.

Un seul exemple de pratique anonyme de l'opinion séparée a été identifié, au sein de l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Le guide sur le règlement des différends publié par l'organisation précise : « *Les Procédures de travail pour l'examen en appel prévoient aussi que les membres d'une section qui délibèrent sur un appel ne doivent ménager aucun effort pour prendre leurs décisions par consensus. Dans les cas où cela ne sera pas possible, les décisions sont prises à la majorité des voix (règle 3 2) des Procédures de travail). Un membre de la section chargée de l'appel peut inclure une opinion séparée dans le rapport de l'Organe d'appel, mais il/elle doit le faire de façon anonyme* »<sup>111</sup>.

### 2.1.2.3 Le processus d'élaboration des opinions séparées

**Discussion en délibéré et absence de contrôle par la majorité** - Dans tous les systèmes judiciaires étudiés, il est rapporté que les opinions dissidentes sont discutées au cours des délibérations, selon des modalités qui peuvent être différentes. Au cours du délibéré, un consensus peut être recherché, la majorité intégrant certains éléments invoqués par la minorité. En revanche, il n'a jamais été fait état de la nécessité d'obtenir l'accord de la majorité pour soumettre une opinion séparée. Les juges majoritaires n'exercent aucun contrôle sur l'expression de celle-ci.

**Espagne** - En Espagne, le processus de délibération et l'expression des opinions dissidentes sont organisés très précisément par la loi organique relative au pouvoir judiciaire<sup>112</sup>. L'ensemble des points de vue des membres de la juridiction sont exprimés au cours des délibérations et par conséquent le contenu essentiel de l'opinion séparée y est en principe discuté<sup>113</sup>. En revanche, la rédaction précise de l'opinion séparée n'est pas soumise à discussion. Les juges dissidents peuvent annoncer leur intention de rédiger une opinion dissidente au moment du vote ou de la signature de la décision finale. Il convient d'indiquer que tous les juges signent la décision finale, qu'ils soutiennent ou non la solution majoritaire retenue.

Les juges minoritaires disposent de plusieurs options pour émettre leur vote dissident. Ils peuvent, soit émettre une opinion dissidente commune, qu'ils rédigent et signent ensemble, soit émettre des votes dissidents individuels, qu'ils rédigent et signent individuellement, soit ils peuvent choisir d'approuver ou d'adopter l'opinion dissidente rédigée par l'un de leurs collègues.

Les opinions dissidentes prennent la forme d'un jugement alternatif, dont elles adoptent nécessairement la structure :

1. Exposé des faits : Le juge dissident expose les faits qui, selon lui, auraient dû être pris en compte ou qui ont été prouvés, le cas échéant.

---

<sup>110</sup> A l'exception des juridictions supérieures grecques dans leur formation plénière.

<sup>111</sup> Guide sur le système de règlement des différends, p. 140 ; Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, article 17, 11.

<sup>112</sup> Article 260 de la Loi Organique relative au pouvoir judiciaire.

<sup>113</sup> Contribution écrite du Tribunal suprême d'Espagne.

2. Référence au raisonnement de la majorité : L'avis fait référence au raisonnement juridique de l'arrêt majoritaire.
3. Expression des divergences : Le juge dissident explique ses désaccords avec le raisonnement de la majorité, en fournissant les arguments correspondants.
4. Proposition d'une résolution alternative : L'opinion se termine par l'énoncé de la résolution qui, selon le juge dissident, aurait dû être adoptée.

Cette approche structurée garantit que les opinions dissidentes soient complètes et bien motivées, offrant une perspective alternative claire et détaillée à la décision majoritaire.

**Royaume-Uni** - Au Royaume-Uni, après une première discussion sur l'affaire à juger, le doyen des juges demande à un ou deux d'entre eux, dont l'opinion reflète (ou est susceptible de refléter) celle d'une majorité de la Cour, de rédiger un projet d'arrêt<sup>114</sup>. Le processus se poursuit ainsi : « Une fois rédigé, ce projet est diffusé par voie électronique aux autres juges, qui le commentent par courrier électronique et peuvent suggérer des modifications. S'il y a des divergences d'opinions importantes, une autre réunion peut être organisée. À ce stade, tout autre juge qui le souhaite est libre de rédiger son propre projet d'arrêt, en donnant son opinion sur l'affaire et les motifs de cette opinion. Ce projet d'arrêt est ensuite distribué pour commentaires de la même manière que le premier arrêt. Cela peut conduire à ce que le premier arrêt soit modifié pour tenir compte de la motivation du second arrêt. Il n'est pas rare non plus que les juges changent d'avis après avoir lu le deuxième projet, ce qui peut changer l'issue de l'affaire. Une fois que l'opinion (ou les opinions) a (ont) été finalisée(s), elle(s) est (sont) publiée(s) ensemble »<sup>115</sup>.

Un processus similaire est décrit au sein de la Cour suprême des États-Unis<sup>116</sup>.

**Grèce** - Aussi, en Grèce, où l'expression des opinions dissidentes est obligatoire, toutes les opinions sont débattues pendant le délibéré et l'existence d'une opinion dissidente est notée par le juge qui préside. C'est au juge rapporteur, même si son approche est devenue majoritaire, ou au(x) juge(s) partageant cette opinion, qu'incombe la tâche de rédiger l'opinion dissidente<sup>117</sup>.

**Allemagne** - Enfin, en Allemagne, le processus est détaillé dans l'article 55 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle fédérale :

« (1) L'opinion séparée, dans laquelle un membre de la Cour exprime son désaccord avec la décision ou avec les motifs et qu'il a affirmé lors du délibéré, doit être déposée auprès du président de la chambre dans les trois semaines qui suivent la rédaction de la décision. La chambre peut prolonger ce délai.

(2) Le membre qui a l'intention de rédiger une opinion séparée informe la chambre dès que l'avancement du délibéré le permet.

(...) ».

En pratique, le juge qui envisage de recourir à une opinion séparée l'annonce ou, au moins, le laisse entendre lors des délibérations. Ainsi la formation de jugement a la possibilité d'intégrer les motifs dissidents et de s'efforcer d'obtenir un consensus en incluant les arguments du juge potentiellement minoritaire. La possibilité de parvenir à un accord est déterminée par l'ampleur de la divergence d'opinions, par le poids que le juge minoritaire attache à son opinion et si, à la fin, il décide réellement de faire connaître son opinion au public. L'opinion séparée écrite est mise à la

---

<sup>114</sup> Audition The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> N. Lenoir, « Entretien avec Mmes. Sandra Day O'Connor et Ruth Bader Ginsburg, Membres de la Cour suprême des États-Unis », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 5, novembre 1998.

<sup>117</sup> Contribution écrite A. Rantos, avocat général à la CJUE, président émérite du Conseil d'État hellénique.

disposition de la chambre après la fin des délibérations. Les juges majoritaires peuvent s'exprimer à son sujet, et chaque juge bénéficie du droit de demander la réouverture du délibéré<sup>118</sup>. Il est rare qu'ils se saisissent de cette possibilité, les points de vue ayant été échangés et suffisamment discutés lors des délibérations<sup>119</sup>.

#### 2.1.2.4 L'intégration ou l'annexion à la décision

Les pratiques décrites quant à la publication des opinions séparées se révèlent diverses.

**Grèce** - En Grèce, l'opinion séparée est intégrée à l'arrêt lui-même et donc publiée avec lui. Le texte de l'arrêt contient, successivement, l'interprétation qui a prévalu, les opinions concordantes, mais selon une autre motivation et, enfin, la ou les opinions dissidentes. La même chose vaut pour son application au cas concret.

Mais, le plus souvent, l'opinion séparée figure dans un document distinct de la décision rendue, publié en même temps que celle-ci.

**Espagne** - Ainsi, en Espagne, l'article 260.2 de la loi organique du pouvoir judiciaire dispose que : « *L'opinion dissidente, signée par son auteur, est incorporée au recueil des arrêts et notifiée aux parties en même temps que l'arrêt approuvé à la majorité. Lorsque, selon la loi, la publication de l'arrêt est obligatoire, l'opinion dissidente, s'il y en a une, doit être publiée en même temps que l'arrêt* ».

La publicité de l'opinion dissidente, rédigée sur le modèle d'une décision alternative, est ainsi la même que celle de la décision majoritaire.

**Royaume-Uni** - On trouve un procédé similaire au Royaume-Uni, bien sûr, où les opinions rédigées par les juges majoritaires et minoritaires sont publiées ensemble.

**République tchèque** - Devant la Cour constitutionnelle tchèque, l'opinion séparée n'est pas lue lors de la lecture publique du jugement : « *elle sonnerait en effet comme le "dernier mot" et aurait un plus grand impact que l'opinion majoritaire* »<sup>120</sup>. Les opinions séparées sont publiées au Recueil des arrêts de la Cour mais ne le sont pas au Recueil des lois (Journal officiel). Leur existence y est toutefois mentionnée par une note en bas de l'arrêt.

**Allemagne** - En Allemagne, l'article 55 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle fédérale précise que :

« (3) Lorsque l'opinion séparée est relative à un jugement, le président de la chambre le fait savoir lors du prononcé du jugement. Après le prononcé du jugement, le membre auteur de l'opinion séparée peut en présenter les lignes directrices.

(4) L'opinion séparée est rendue publique avec la décision.

(5) L'opinion séparée est publiée au recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, elle figure après la décision et indique le nom de son auteur »

---

<sup>118</sup> § 26, para. 2 du règlement interne de la Cour.

<sup>119</sup> C. Walter, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », Cahiers du Conseil constitutionnel, n°8, 2000, p.84.

<sup>120</sup> Commission de Venise, « Rapport sur les opinions séparées dans les Cours constitutionnelles », décembre 2018, p. 21, pt. 78.

**Suisse** - Au cours des réflexions menées au Tribunal fédéral suisse, il est intéressant de relever que dans les deux projets de textes soumis et finalement rejetés d'intégration d'une opinion séparée, les opinions dissidentes devaient figurer soit dans la motivation de l'arrêt soit directement à sa suite. Il n'a, en revanche, jamais été question d'anonymiser les opinions dissidentes. Enfin, dans les deux projets, les opinions dissidentes consistaient en une faculté offerte au juge, jamais en une obligation<sup>121</sup>.

**Italie et République tchèque** - On notera enfin les cas particuliers, d'une part, de l'Italie où, depuis la réforme de la responsabilité civile des juges en 1988, les opinions divergentes succinctes et leur motivation ainsi qu'un procès-verbal sommaire peuvent être consignés sous pli scellé à la demande d'un membre de la composition de jugement<sup>122</sup> et être accessibles en cas de recours dans les conditions précisées à l'article 8 de ladite loi sur la responsabilité civile des juges, d'autre part, de la République tchèque où les discussions entre les juges des juridictions judiciaires sont conservées dans le dossier de manière confidentielle et peuvent éventuellement être utilisées pour les besoins d'une juridiction supérieure en appel.

Les systèmes judiciaires nationaux ont, naturellement, influencé le fonctionnement des cours régionales et internationales. Ainsi, en Europe, la pratique courante de l'opinion séparée à la CEDH s'oppose à celle, établie, du rejet de celle-ci au Tribunal et à la CJUE.

## 2.2 L'OPINION SEPARÉE DANS LES COURS SUPRANATIONALES EUROPEENNES

**Juridictions internationales de protection des droits de l'homme** - Les opinions séparées sont largement autorisées et pratiquées dans les juridictions internationales et en particulier, dans les cours régionales des droits de l'homme<sup>123</sup>. Les conventions qui instituent ces Cours consacrent le droit de tout juge d'exprimer son désaccord sur l'ensemble de la décision (opinion dissidente) ou son désaccord ou sa vision différente de ce qui aurait pu être une autre motivation (opinion concordante)<sup>124</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ne fait pas exception et connaît, depuis sa création, l'opinion séparée. En son sein, la conception de l'opinion séparée que peut avoir chaque juge varie selon sa culture juridique.

**Juridictions internationales de système intégré** - Tel n'est pas le cas en revanche des juridictions de système intégré comme le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne, ou la Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange, où l'opinion séparée n'est pas prévue. Si des réflexions sur le sujet ont pu être menées au sein de ces juridictions, elles ont abouti au maintien de cette interdiction.

Cette différence peut s'expliquer par les logiques différentes qui sous-tendent ces juridictions, les raisons de leur création, mais également par leur organisation et leur modèle processuel.

---

<sup>121</sup> Contribution écrite F. Aubry-Girardin, présidente de Cour au Tribunal fédéral suisse.

<sup>122</sup> Loi réglementant la responsabilité civile des magistrats n° 117/1988, article 16 avec la réserve d'interprétation de la Cour constitutionnelle italienne dans sa décision n° 18 du 9 au 18 janvier 1989 (in G.U. 1a s.s. 25/01/1989, n° 4).

<sup>123</sup> Audition L. Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition J.-P. Marguénaud, professeur des universités, IDEDH ; audition S. Touzé, professeur des universités, Paris II Panthéon-Assas.

<sup>124</sup> Convention américaine des droits de l'homme, Charte africaine des droits de l'homme.

## 2.2.1 La Cour européenne des droits de l'homme

### 2.2.1.1 *L'opinion séparée à la Cour européenne des droits de l'homme*

**Fondements juridiques** - Le droit à l'opinion séparée est édicté à l'article 45 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ».

L'article 74 § 2 du Règlement modifié de la Cour du 28 mars 2024 précise que : « *Tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire par une chambre ou par la Grande Chambre 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>125</sup>.

Ainsi, selon cette disposition, une opinion séparée ne peut être déposée que pour les arrêts de chambre, rendus par une composition de sept juges et les arrêts de Grande Chambre, cette formation de jugement étant composée de dix-sept juges. À l'inverse, les arrêts rendus en comité de trois juges doivent l'être à l'unanimité, à défaut de quoi l'affaire doit être orientée en chambre<sup>126</sup>. Ce choix répond au fait que plus la formation de jugement est élargie, plus l'opinion séparée se justifie<sup>127</sup>.

**Fondements politiques** - La CEDH est composée de quarante-six juges venant d'autant d'Etats différents, avec des cultures et traditions juridiques différentes. Dans ce contexte, l'opinion séparée permet d'assurer l'expression de cette diversité de points de vue<sup>128</sup>.

Perçue comme un levier de consensus, l'opinion séparée à la CEDH, dans une approche géopolitique commune aux juridictions internationales, assure la possibilité pour chaque juge qui en éprouverait le besoin de prendre une position différente ou d'exprimer des dissonances par une opinion concordante.

D'autre part, la Cour a vocation à appliquer des principes qui peuvent être très larges et ouverts, par nature sujets à interprétation. Les opinions séparées permettent, dans le domaine des droits de l'homme, d'assurer la transparence du processus de développement de la norme et d'entretenir un dialogue avec l'extérieur, assurant la flexibilité nécessaire pour concilier les systèmes de Common Law et de droit continental.

**Opinion séparée et secret du délibéré** - Contrairement au droit d'exprimer une opinion séparée, le secret du délibéré n'est pas un principe figurant dans la Convention elle-même. C'est le Règlement de la Cour qui prévoit qu'avant d'entrer en fonction, tout juge prête le serment, notamment, d'observer « *le secret des délibérations* »<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Règlement de la Cour, CEDH, 28 mars 2024.

<sup>126</sup> Article 26 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>127</sup> Audition L. Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne ; audition J.-P. Marguénaud, professeur des universités, IDEDH ; audition S. Touzé, professeur des universités Paris II Panthéon-Assas.

<sup>128</sup> E. Stoppioni, « Les opinions raisonnables – l'utilisation du raisonnable dans les opinions individuelles », dans M. Beulay et Y. Lécuyer (dir), *La pratique des opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2024, p. 45.

<sup>129</sup> Article 3 Règlement de la Cour, CEDH, 28 mars 2024 ; audition L. Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne soulignant que dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, ce sont les conventions elles-mêmes (Convention européenne, Convention américaine des droits de l'homme, Charte africaine des droits de l'homme) qui posent le droit du juge d'exprimer son désaccord ou son accord via l'opinion concordante, alors que ce n'est que dans les règlements intérieurs qu'est posé le principe selon lequel la délibération ou le délibéré est secret.

Le secret couvre les délibérations, c'est-à-dire les discussions entre les juges, et non les opinions de chacun. On retrouve la distinction, existant dans les pays qui autorisent l'opinion séparée au sein de leurs juridictions nationales, entre la phase de délibération et la phase de rédaction de la décision.

Cependant, les tensions existent entre secret du délibéré et droit à l'opinion séparée. La rédaction de l'opinion séparée est donc particulièrement importante car elle ne doit pas dévoiler le processus décisionnel. Par exemple, le rédacteur d'une opinion séparée doit se référer à l'opinion de « la majorité » et non à celle de certains juges.

**Pratique des opinions séparées** - Aucune disposition de la Convention ou du Règlement n'organise la pratique des opinions séparées. Celles-ci sont publiées à la suite de l'arrêt. Elles peuvent être dissidentes ou concordantes.

S'il s'agit d'un droit, certains juges peuvent le ressentir comme une obligation et d'autres n'y avoir recours que rarement. Il s'agit d'affirmer sa propre opinion, mais également de faire en sorte qu'un juge majoritaire ne puisse pas être perçu comme potentiellement minoritaire. Certains membres de la Cour se montrent beaucoup plus réticents et ne le feront que s'ils s'y sentent véritablement obligés<sup>130</sup>.

Si le principe de la publication d'une opinion séparée est généralement arrêté à l'issue du délibéré, les juges majoritaires peuvent ne pas avoir connaissance du contenu de celle-ci avant cette publication. L'opinion séparée n'est en pratique pas relue par les autres juges.

**Recommandations** - Un groupe de travail récent, instauré au niveau de la Grande Chambre pour réfléchir à l'opinion séparée, a recommandé que, dès le premier délibéré, les juges qui pensent rédiger une opinion séparée ou faire une déclaration de dissentiment [article 74 du Règlement de la Cour] partagent avec la majorité cette intention et l'essentiel de leur argumentation. Cela peut être fait par écrit avant le délibéré ou à l'oral<sup>131</sup>.

L'objectif est d'amener les juges minoritaires à exposer leur argumentation de manière précise afin de pousser la majorité à renforcer son propre raisonnement, améliorant ainsi la qualité de la décision rendue.

Cette pratique dialogique conduit à rechercher le consensus au cours du délibéré, en intégrant les voix dissidentes, tout en préservant, voir même en améliorant la qualité du raisonnement majoritaire.

Cette pratique apparaît particulièrement importante dans le cadre de la procédure d'avis du protocole n°16 où l'unanimité est recherchée afin que les lignes directrices qui sont données par la Cour ne soient pas fragilisées. Il est d'ailleurs à relever que le nombre d'opinions séparées (dissidentes ou concordantes) a largement décru depuis les dernières années et une réflexion plus large est menée sur la manière de présider les débats<sup>132</sup>.

**Typologie des opinions séparées à la CEDH** - Des recherches doctrinales récentes, restituées à l'occasion d'un colloque à Amiens en mai 2022, dont les actes ont été publiés, se sont penchées sur le fond des opinions séparées, proposant une grille de classification. Il peut être utile

---

<sup>130</sup> Audition de S. O'Leary, présidente de la CEDH.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

de rapporter ici certains points de cette étude, qui font écho aux propos de personnalités entendues par le présent groupe de travail <sup>133</sup>.

Certaines illustrent, il est vrai, les risques dénoncés à l'encontre des opinions séparées. Tel est le cas de celles qui paraissent critiquer la décision rendue uniquement pour des raisons idéologiques<sup>134</sup> ou de celles qui viennent contredire une jurisprudence bien établie, risquant de porter atteinte à l'autorité de la Cour<sup>135</sup>.

Mais, *a contrario*, les opinions séparées adoptent souvent très clairement une fonction didactique<sup>136</sup>. Il s'agit d'éclairer la décision, par exemple en explicitant sa portée, telle une note explicative. Cet éclairage peut être notamment motivé par des raisons géopolitiques, un juge national souhaitant expliquer les raisons d'une décision prise à l'encontre de son Etat d'origine et en préciser les conséquences afin de limiter les effets potentiellement négatifs de sa réception. L'opinion séparée apparaît alors comme un outil utilisé en vue de meilleures acceptation et application de la décision rendue.

Certaines opinions séparées exposent par ailleurs un raisonnement juridique divergent de celui de la majorité, en vue de préparer des évolutions futures de la jurisprudence<sup>137</sup>. L'opinion séparée participe dans ce cas de la prévisibilité du droit et du caractère vivant du droit<sup>138</sup>.

D'autres encore traduisent le besoin du juge de démontrer son indépendance et son impartialité, vis-à-vis de son Etat d'origine<sup>139</sup>. L'opinion séparée n'est plus alors perçue comme un risque pour l'indépendance du juge, mais au contraire comme un gage de celle-ci.

Le point commun de ces opinions séparées « vertueuses » paraît être le caractère modéré de leur rédaction. Comme cela a été souligné dans les contributions recueillies par le groupe de travail, le plus grand soin doit être apporté à leur rédaction, chaque juge, qu'il se trouve dans la majorité ou dans la minorité, devant défendre l'autorité de la Cour.

### 2.2.1.2 *L'opinion séparée des juridictions nationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

**Opinion séparée et liberté d'expression** - S'il ne semble pas que la CEDH ait déjà eu à s'interroger sur cette question, il apparaît manifeste que la liberté de publier une opinion séparée

---

<sup>133</sup> M. Beulay et Y. Lécuyer (dir), *La pratique des opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2024, p. 45.

<sup>134</sup> CEDH [GC], *Cherrier c. France*, n°18843/20, 30 janvier 2024.

<sup>135</sup> E. Decaux, Préface, dans M. Beulay et Y. Lécuyer (dir), *La pratique des opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2024, p.3.

<sup>136</sup> Voir par ex. : CEDH, *Syndicat national des journalistes et autres c. France*, n° 41236/18, 14 décembre 2023 ; CEDH, *Colombier c. France*, n° 14925/18, 15 février 2024.

<sup>137</sup> CEDH, *Buckley c. Royaume-Uni*, n° 203481/92, 25 septembre 1996 ; CEDH, *Fretté c. France*, n° 36515/97, 26 février 2002, cité par E. Decaux, Préface, dans M. Beulay et Y. Lécuyer (dir), *La pratique des opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2024, p.3; CEDH, *Baghli c. France*, n° 343741/9720, novembre 1999, cité par A. Schahmanèche, « La double dissidence », dans M. Beulay et Y. Lécuyer (dir), *La pratique des opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2024.

<sup>138</sup> Audition L. Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon Sorbonne ; audition J.-P. Marguénaud, professeur des universités, IDEDH ; audition S. Touzé, professeur des universités, Paris II Panthéon-Assas.

<sup>139</sup> A. Schahmanèche, « La double dissidence », dans M. Beulay et Y. Lécuyer (dir), *La pratique des opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2024.

n'est pas garantie par la Convention et relève de l'organisation judiciaire et la culture juridique de chaque État. L'expression d'une opinion séparée, même considérée comme un droit, tout comme le prononcé d'une décision, relève de l'exercice même des fonctions du juge et non de sa liberté d'expression.

**Prise en compte des opinions séparées dans l'appréciation d'une requête** - En revanche, il peut être intéressant de s'interroger sur l'incidence que peut avoir la publication d'opinions séparées lorsque la décision nationale à laquelle elles se rapportent fait l'objet d'un recours devant la CEDH.

Comme cela a pu être relevé par certains contributeurs, ces opinions séparées peuvent se révéler utiles pour la Cour. Ainsi, elles participent à une meilleure compréhension de la décision de la juridiction qui a statué en dernier ressort.

**Mise en œuvre du principe de subsidiarité** - Elles contribuent par ailleurs à montrer que les arguments des parties ont été pesés et que l'ensemble des solutions envisageables a été débattu, conformément au principe de subsidiarité. Ce point peut être particulièrement important lorsqu'un droit ou une liberté garantie par la Convention est invoqué sous son aspect procédural. Ainsi, l'opinion séparée est analysée au même titre que les documents annexes tels que le rapport du rapporteur ou l'avis de l'avocat général.

En ce sens, dans un arrêt récent, la CEDH s'est expressément référée à une opinion dissidente au sein d'une juridiction interne, allant dans le sens de la décision de violation rendue par la Cour<sup>140</sup>. Un auteur a pu y voir le souhait de la majorité, dans une affaire sensible, de légitimer son argumentation et la constatation d'une violation de la Convention<sup>141</sup>.

## 2.2.2 La Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal de l'Union européenne

### 2.2.2.1 *Une interdiction née de l'historique et du contexte de création des juridictions de l'Union européenne*

**Origine** – Contrairement à ce qui vient d'être développé pour la CEDH, les opinions séparées ne sont évoquées dans aucun des textes régissant la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européennes.

Cette absence a probablement des raisons historiques puisqu'aucun des États membres fondateurs de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) ne pratiquait l'opinion séparée<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> CEDH [GC], *Selabattin Demirtas c. Turquie*, n°14305/17, 22 décembre 2020, §107.

<sup>141</sup> E. Stoppioni, « Les opinions raisonnables – l'utilisation du raisonnable dans les opinions individuelles », dans M. Beulay et Y. Lécuyer (dir), *La pratique des opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2024, p. 51.

<sup>142</sup> M. Wathelet, « Opinions dissidentes, la Cour de justice sera-t-elle le dernier des mohicans ? », *Liber Amirocum* Antonio Tizzano, *De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, G. Giappichelli Editore, p. 1030.

Les pratiques ayant évolué - la prohibition des opinions séparées n'étant plus la règle parmi les États membres de l'Union européenne<sup>143</sup> -, certains ont pu s'interroger sur le maintien de ce strict principe d'interdiction des opinions séparées.

**Fonction des juridictions de l'Union européenne** - Cependant, contrairement à la situation de la CEDH, où les juges sont élus au titre de leur Etat et où la volonté d'une représentation stricte des cultures juridiques est avancée, les juridictions de l'Union européenne poursuivent une ambition distincte d'application uniforme et d'harmonisation dans un système de droit intégré.

Aussi, plusieurs raisons justifient l'absence d'opinions séparées dans les juridictions de l'Union européenne.

#### 2.2.2.2 Raisons justifiant l'absence d'opinion séparée dans les juridictions de l'Union européenne

**Interprétation uniforme du droit de l'Union européenne** - La mission traditionnelle de la Cour de justice et désormais du Tribunal de l'Union européenne est d'interpréter le droit de l'Union (art. 267 TFUE) pour en garantir l'application uniforme en tant que droit commun aux vingt-sept États membres, du Portugal à l'Estonie. En outre, il convient de souligner que depuis le 1er octobre 2024, les dispositions nécessaires pour permettre le transfert partiel de la compétence préjudicielle de la Cour de justice au Tribunal sont applicables. Ainsi, les deux juridictions de l'Union garantissent l'unicité et la cohérence de l'ordre juridique européen intégré dans les différentes matières dont elles ont respectivement à connaître<sup>144</sup>.

L'Union européenne constitue, en effet, un ordre juridique intégré commun à vingt-sept États membres dont les juges sont nommés par les Etats membres sur une base nationale. Le statut de la Cour (article 18 dernier alinéa<sup>145</sup>) interdit toute immixtion du facteur de nationalité dans le mode de fonctionnement et de délibération de la Cour. La nationalité des juges ne peut ainsi jouer aucun rôle pour la composition des formations de jugement, en ce qu'il s'agit d'assurer une uniformité de l'application du droit de l'Union dans des arrêts applicables dans l'ensemble des Etats, sans référence. Toute autre à cet égard est la logique qui sous-tend d'autres Cours régionales ou internationales comme la CEDH ou la Cour internationale de justice.

L'expression d'une opinion séparée, dans l'État membre du juge dont elle émane, « *pourrait accréditer l'idée que le seul qui a compris le problème est « notre juge », dont il conviendrait par conséquent de suivre l'opinion, ce qui réduirait à néant le rôle de la CJUE comme juridiction commune aux vingt-sept États membres.* »<sup>146</sup>. Afin d'assurer l'autorité des décisions de la CJUE et du Tribunal, il apparaît ainsi important d'écarter toute critique qui pourrait être liée à des considérations nationales<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> Seuls sept des vingt-sept États membres de l'Union européenne conservent encore le secret des votes individuels, les vingt États restants autorisant la publication d'opinions individuelles au moins au niveau des cours supérieures. Ce constat a conduit la commission des affaires juridiques du Parlement européen à commander une étude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des Etats membres (étude susmentionnée).

<sup>144</sup> Le Tribunal peut désormais connaître de questions préjudicielles dans six domaines spécifiques : le système commun de la TVA, le code des douanes, le classement tarifaire des marchandises, les droits d'accise, l'indemnisation et l'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement, de retard ou d'annulation de services de transport et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre.

<sup>145</sup> « Une partie ne peut invoquer soit la nationalité d'un juge, soit l'absence, au sein de la Cour ou d'une de ses chambres, d'un juge de sa nationalité pour demander la modification de la composition de la Cour ou d'une de ses chambres ».

<sup>146</sup> Audition K. Lenaerts, président de la CJUE.

<sup>147</sup> M. Wathelet, « Opinions dissidentes, la Cour de justice sera-t-elle le dernier des mohicans ? », Liber Amirocum

**Conception stricte du secret du délibéré** - Le maintien de l'interdiction des opinions séparées est fondé sur un strict respect du secret des délibérés, interprété non comme interdisant seulement aux juges de révéler le contenu des délibérations tenues à huis clos, mais également comme leur interdisant de divulguer leur propre opinion éventuellement divergente.

Les dispositions du statut de la CJUE, des règlements de procédure de la Cour et du Tribunal et du Code de conduite des membres de la Cour relatives au secret des délibérations sont nombreuses (articles 2, et 35 du statut de la Cour, articles 5 (serment) et 21 du règlement de procédure du TUE), l'article 35 du statut prévoyant que « *Les délibérations de la Cour de justice sont et restent secrètes.* ». Les juridictions de l'Union européenne s'inscrivent ainsi dans la tradition du secret des délibérations qui prévalait à l'époque des six États membres fondateurs. A l'origine, en effet, le secret des délibérations (et l'interdiction corrélative des opinions séparées) a été conçu pour préserver l'indépendance des juges par rapport à leur gouvernement, susceptible d'être menacée par la faible durée et le caractère renouvelable de leur mandat.

Ces dispositions maintiennent sans limitation de durée le secret des délibérations. Il y a donc une prohibition de conservation de tout élément pouvant se rattacher au secret des délibérations. « *Il n'y a pas du tout cette idée qu'un jour, devant l'histoire, les juges rendent des comptes sur la manière dont ils ont exercé leurs fonctions.* » ; « *Nous sommes convaincus à Luxembourg que la prohibition de toute opinion séparée permet une pleine collégialité car une décision de justice est une coproduction et non pas la juxtaposition d'opinions individuelles. La boussole du délibéré est la recherche du consensus.* »<sup>148</sup>

**Rôle et influence de l'avocat général** - Par ailleurs, l'institution de l'avocat général a été conçue comme une fenêtre sur le processus de décision des juges : une forme de publicité des discussions internes est autorisée avec la publication des conclusions de l'avocat général conçue comme une position indépendante exprimée par un membre de l'institution, qui n'est pas un juge. Ces conclusions contribuent à faire la clarté sur les questions juridiques en jeu, le rôle de l'avocat général étant de présenter des conclusions motivées sur les affaires, en toute impartialité et en toute indépendance (article 252 TFUE).

« *L'introduction de l'opinion séparée ne risque-t-elle pas de faire double emploi avec le rôle de l'avocat général ?* »<sup>149</sup>.

Les conclusions de l'avocat général ne sont pas obligatoires, mais sont **publiques** et **précèdent la prise de l'affaire en délibéré**. Elles sont le fruit d'un processus établi de répartition et d'échanges procéduraux avec le juge rapporteur en binôme : les décisions doivent ainsi être éclairées par les conclusions de l'avocat général, ce procédé favorisant le consensus. Cette logique quasi délibérative est d'ailleurs visible dans l'institution de l'avocat général près le Tribunal de l'Union européenne dans les affaires préjudicielles depuis le transfert partiel de compétence. Ces nouveaux avocats généraux sont des juges du Tribunal faisant fonction d'avocats généraux sur certaines affaires. Si l'arrêt de la Cour suit les conclusions, il se réfèrera généralement aux développements formulés par l'avocat général. En revanche, lorsque les conclusions ne sont pas suivies par la formation de jugement, elles remplissent dans les faits la fonction d'une opinion

---

Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Editore, p. 1033.

<sup>148</sup> Audition de S. Gervasoni, juge à la CJUE.

<sup>149</sup> Audition M. Van der Woude, président du Tribunal de l'Union européenne ; M. Wathelet, « Opinions dissidentes, la Cour de justice sera-t-elle le dernier des mohicans ? », Liber Amirocum Antonio Tizzano, De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne, G. Giappichelli Editore, p. 1034.

séparée. Lorsque l'arrêt s'écarte des conclusions, il sera généralement davantage motivé<sup>150</sup>, car le collège des juges est conscient du fait que la doctrine va confronter l'arrêt aux conclusions et ce même si le seul texte doté d'une force obligatoire est l'arrêt de la Cour qui a fait l'objet d'un consensus.

Pour autant, si l'avocat général revêt ce rôle dans la situation préalablement énoncée, ce positionnement demeure distinct d'une opinion séparée : c'est au stade du délibéré que le juge dissident se forge une conviction différente de celle de la majorité et décide, en conséquence, de la rédaction d'une opinion séparée.

**Transparence du processus décisionnel** – Devant le Tribunal, les audiences interactives et la motivation des décisions exercent le rôle d'explication et de facteur d'acceptation des décisions à l'instar de celui joué par les des opinions séparées.

L'audience joue un rôle essentiel dans la pédagogie et la publicité des arguments contradictoires. Son caractère quasi-systématique au Tribunal de l'Union constitue ainsi, un moyen de favoriser l'acceptation des décisions et de s'assurer que toutes les parties aient le sentiment d'avoir été entendues. Certains juges, par leurs questionnements très directs avant et lors des audiences, peuvent cibler les problématiques en présence et approfondir chacun des arguments techniques notamment en leurs contradictions. Ce qui est issu de ce débat est équilibré et raisonnable : les juges ont toute liberté pour poser les questions qu'ils souhaitent pendant les audiences et orienter le débat, ce qui nourrira la motivation consensuelle de la décision. La seule limite à leur liberté d'expression est le secret des délibérations. L'expérience montre que les représentants des parties apprécient beaucoup cette interactivité, qui permet aux juges de faire passer des messages, et le fait que l'audience joue un rôle de réducteur d'incertitudes : « Une grande imprévisibilité s'attache toujours à la teneur et à la solution d'une décision de justice et les avocats apprécient, au sortir de la salle d'audience, d'avoir un sentiment sur l'issue possible de l'affaire. ». « (...) des audiences interactives sont un complément précieux et quelque chose qui fait partie de l'ADN du Tribunal. Les membres du Tribunal considèrent tous que les audiences interactives sont indispensables, dans les affaires les plus importantes et les plus délicates, pour assurer l'acceptabilité de leurs décisions. » « **La motivation de la décision est le plus important.** Une décision doit être motivée. Mais qu'est-ce que cela veut dire ? Le cap essentiel est celui de la réponse aux arguments. » ; « C'est la raison pour laquelle j'apprécie une motivation reposant sur l'emploi de formules telles que « il est vrai que... néanmoins », « certes... toutefois ». Ces formules ne sont pas de pures clauses de style mais reflètent la prise en compte effective des arguments qu'ont fait valoir à bon droit les parties ou la minorité des membres de la formation de jugement, des arguments qui incontestablement pourraient aller dans le sens d'une solution contraire. »<sup>151</sup>.

L'étude des modèles étrangers et supranationaux européens, révélant leur richesse et leur diversité, illustre des particularismes, proches ou éloignés du système judiciaire français, participant ainsi de l'analyse de la pertinence de l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation.

### 3. ÉTUDE D'IMPACT D'UNE MISE EN ŒUVRE DE L'OPINION SEPARÉE A LA COUR DE CASSATION

---

<sup>150</sup> Audition K. Lenaerts, président de la CJUE.

<sup>151</sup> Audition S. Gervasoni, juge à la CJUE.

À la lumière des développements qui précèdent sur les termes du débat sur les opinions séparées, toutes juridictions et systèmes juridictionnels confondus, et des enseignements de droit comparé, il convient d'étudier l'impact d'une mise en œuvre de l'opinion séparée spécifiquement à la Cour de cassation.

Une première section sera consacrée à **l'exposé des objectifs** poursuivis par une mise en œuvre de l'opinion séparée à la Cour de cassation, mis en avant par le rapport Cour de cassation 2030. Ces objectifs s'inscriraient dans la dynamique à l'œuvre d'amélioration de la qualité du processus de décision à la Cour de cassation, et de la réception des arrêts par le public concerné.

Ce sont notamment ces objectifs spécifiques qui ont conduit ses auteurs à proposer l'introduction d'une forme originale d'opinions séparées qui n'aurait pas son pareil en droit comparé : des « *opinions séparées intégrées* » anonymes.

Dans une seconde section, seront examinés les enjeux d'une mise en œuvre de l'opinion séparée à la Cour de cassation au regard, d'une part du secret du délibéré, d'autre part, de l'influence qu'elle est susceptible d'exercer sur ses arrêts, ses bénéfices devant être appréciés à l'aune des réformes déjà entreprises à la Cour pour atteindre des objectifs similaires.

### 3.1 LES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR UNE MISE EN ŒUVRE DE L'OPINION SEPARÉE A LA COUR DE CASSATION

Que pourrait apporter l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

Certes, l'étude préalablement mentionnée du Parlement européen en 2012 révèle que seuls sept Etats dans l'Union européenne interdisent l'opinion séparée et que de nombreux pays de tradition de droit continental autorisent les juges des cours constitutionnelles, mais aussi, pour certains, ceux des juridictions judiciaires et ordinaires, à publier des opinions individuelles. Il pourrait être tentant de rejoindre la majorité des Etats. Cependant, l'introduction de la pratique des opinions séparées dans une juridiction implique de prendre en considération les bénéfices attendus, à l'aune des traditions et des possibilités d'adaptation.

**Exclusion de la clause de conscience** - Comme cela a été relevé par plusieurs personnalités auditionnées, l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation ne saurait avoir pour vocation, comme c'est parfois le cas devant les juridictions internationales, d'offrir une clause de conscience au juge dont les convictions ou la culture pourraient être heurtées par la décision majoritaire. Une telle conception serait contraire aux principes de collégialité, d'impartialité et d'indépendance qui régissent notre procédure. C'est un point qui a été écarté par le groupe de travail dans un réel consensus.

**Respect du régime français de responsabilité des magistrats** - De même, alors que le principe d'indépendance, constitutionnellement et conventionnellement garanti, implique que le magistrat ne peut voir sa responsabilité mise en cause du fait d'une décision juridictionnelle, laquelle ne peut être contestée que par les seules voies de recours, l'introduction de l'opinion séparée ne saurait être liée à une quelconque question d'engagement ou d'exonération de responsabilité.

Rappelons que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du n° 2007-551 DC du 1 mars 2007 portant sur la loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, a posé un certain nombre de garanties très strictes en ce qui concerne les contours de la faute disciplinaire du magistrat dont la responsabilité est mise en cause en raison d'une décision juridictionnelle.

**Bénéfices recherchés** - Ce sont d'autres avantages, parmi ceux mis en avant par les défenseurs de l'opinion séparée, qui pourraient conduire la Cour de cassation à recourir à cette technique, dans le prolongement des évolutions d'ores et déjà entreprises pour améliorer la qualité de ses arrêts et de leur réception.

Le rapport Cour de cassation 2030, qui propose l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation, l'inscrit expressément dans cette dynamique.

Après avoir rappelé que le renforcement de la motivation des arrêts est un facteur d'acceptation des décisions prises par les parties, mais également par l'ensemble du corps social et souligné l'importance de favoriser une collégialité « *apte à neutraliser les biais personnels* », « *qui constitue un autre puissant facteur de légitimité* », à condition qu'elle ne soit pas réduite à « *l'addition de prises de position individuelles* »<sup>152</sup>, les membres de cette commission mettent en avant les vertus de l'opinion séparée à cet égard.

**Enrichissement de la technique du délibéré** - Dans le prolongement des travaux déjà entrepris pour enrichir la motivation des arrêts, l'introduction de l'opinion séparée est présentée en premier lieu comme un moyen d'améliorer celle-ci, ainsi que le déroulement du délibéré : « *Elle enrichit le délibéré au cours duquel elle est exprimée, elle développe la motivation de l'arrêt qui doit s'efforcer de lui répondre et nourrit le dialogue avec l'extérieur en mettant en lumière une approche diversifiée de l'affaire.* »<sup>153</sup>

**Transparence et pédagogie** - L'opinion séparée, facteur de transparence, participe également à une meilleure compréhension du processus décisionnel et de l'arrêt rendu. Elle donne à voir les différentes pistes qui ont été débattues au cours du délibéré. Au-delà, notamment lorsqu'elle est concordante, elle participe à l'explicitation de la solution adoptée et le cas échéant de sa portée. Elle permet à tout un chacun de s'assurer que les juges ont exercé leur pouvoir de manière légitime, et en cela elle contribue à donner confiance dans le processus d'élaboration des décisions de justice<sup>154</sup>. Que les parties, et au-delà les personnes intéressées, approuvent ou non la décision, elles peuvent constater que la décision est le résultat d'un processus légitime et équitable. Ainsi, l'introduction de l'opinion séparée s'inscrirait également dans le prolongement des réflexions menées à la Cour de cassation sur les outils de communication, de nature à favoriser la diffusion et la compréhension de ses méthodes de travail et de sa jurisprudence (audiences filmées, communiqués, notes explicatives, publication des rapports et des avis, lettres, podcasts).

**Renforcement de l'autorité des décisions** - En résumé, si, comme les travaux universitaires sur la motivation enrichie tendent à le montrer, le rôle normatif de la Cour de cassation ne repose plus aujourd'hui sur une logique purement autoritaire, mais au contraire sur

---

<sup>152</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p.44.

<sup>153</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 45.

<sup>154</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 45.

une logique de conviction, l'opinion séparée pourrait utilement contribuer au renforcement de l'autorité de ses décisions.

**Définition d'un modèle** - Ses vertus dialectiques et pédagogiques pourraient ainsi conduire la Cour de cassation à mettre en œuvre l'opinion séparée. Les motifs de son adoption contribueraient nécessairement à dessiner le contour et le régime qui pourrait alors être le sien.

### 3.2 LES ENJEUX D'UNE MISE EN ŒUVRE DE L'OPINION SEPARÉE A LA COUR DE CASSATION

**Problématique** - Comme le soulignait le rapport *Cour de cassation 2030*, « l'opinion séparée est considérée par beaucoup de juristes comme incompatible avec le droit et la culture juridique français au motif qu'elle constitue une violation du secret des délibérés et qu'elle affaiblit l'autorité des décisions de justice, censées exprimer la seule réponse découlant de la loi appliquée à l'affaire en cause »<sup>155</sup>.

Il convient donc, dans une première partie, de soumettre ces réserves à l'état du droit positif pour vérifier la compatibilité du secret du délibéré avec les opinions séparées, sous leurs différentes formes possibles, et dans le cas contraire, l'articulation qui pourrait être opérée entre ce principe et leur introduction.

Une fois le champ des possibles précisé au regard du secret du délibéré, sera examinée l'incidence que pourrait avoir la mise en œuvre de l'opinion séparée sur les décisions de la Cour de cassation et en particulier sur leur autorité morale. Cette incidence devra être mise en perspective avec les réformes déjà entreprises pour le renforcement de la confiance dans son processus de décision.

#### 3.2.1 L'articulation de l'opinion séparée et du secret du délibéré

**Définitions** - Selon le Dictionnaire de la justice, délibérer est le fait « d'examiner les différents aspects d'une question, y réfléchir, peser les avantages et les inconvénients d'arguments qui s'affrontent, avant de prendre une décision et d'agir. C'est la négation même du comportement intuitif »<sup>156</sup> le « délibéré » est défini par le *Vocabulaire juridique* 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>157</sup>.

**Formation collégiale et juge unique** - S'il ressort de cette définition que son caractère secret serait consubstantiel au délibéré, cette affirmation peut, d'emblée, être nuancée par cela seul qu'elle postule que la décision est prise par un collège de magistrat, collégialité qui est, aujourd'hui, en recul. En revanche, lorsque la décision est rendue collégialement, le secret du délibéré fait figure de principe « général » de droit processuel, « bien ancré dans la tradition française »<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 45.

<sup>156</sup> L. Cadet *s. v.*, « Délibérer », dans L. Cadet, Dictionnaire de la Justice, Paris, Puf, 2004, poursuivant en précisant qu'il « s'agit pour le juge d'une obligation d'autant plus impérieuse qu'il est appelé à apprécier le comportement d'autrui, soit pour l'approuver, soit pour le stigmatiser, au regard de normes qui n'émanent pas de lui. C'est un garde-fou contre ses inévitables préjugés éducatifs et sociaux, contre ses passions ou ses tendances instinctives et, parfois, contre ces valeurs souvent fallacieuses que sont l'évidence et le bon sens ».

<sup>157</sup> G. Cornu, *s. v.* « Délibéré », dans G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 7<sup>e</sup> édition revue et augmentée avec locutions latines, Paris, Puf, 2005, p. 278.

<sup>158</sup> Dictionnaire de la justice, *loc.cit.*

### 3.2.1.1 Le droit interne

Après un bref rappel historique seront abordés les fondements du principe du secret du délibéré, d'une part, et ses manifestations et les conséquences qui lui sont attachées dans les différents ordres juridictionnels, d'autre part.

#### 3.2.1.1.1 Aspects historiques

**Ancien Régime** - Le principe du secret du délibéré est une règle traditionnelle en droit français presque continuellement rappelée.

Cette règle est instituée au Moyen-âge sous l'influence du droit canonique, en réaction à l'usage selon lequel le juge opine en public et doit défendre ensuite l'arrêt auquel il a participé, les armes à la main face à la partie appelante.

Elle est ensuite formellement énoncée dans plusieurs ordonnances royales. Notamment, Philippe VI de Valois rappelle cette obligation à l'article 14 de son ordonnance du 11 mars 1344 : *« Une fois que les arrêts sont prononcés et publiés, nul ne peut dire ou révéler dans quelle a été l'opinion de chacun, car se faisant, il enfreindrait son serment qu'il a prêté de garder et non révéler les secrets de la Cour »*<sup>159</sup>. L'ordonnance de Charles VII de Montil-lès-Tours du 28 octobre 1446 ajoute à l'interdiction de divulgation qu'elle renouvelle des peines rigoureuses contre tous ceux qui l'enfreignent. Les ordonnances royales qui suivent ne cessent de souligner l'impératif devoir des juges de garder le secret des délibérations et les sanctions encourues en cas de manquement : Ordonnances de Charles VII d'avril 1453, de Charles VIII de juillet 1493 (article 8), de Louis XII de mars 1498 (articles 18 et 39), de François Ier rendue à Ys sur Tille d'octobre 1535, de l'édit de Charles IX d'avril 1561.

Dans son opuscule intitulé « le secret du délibéré et le droit de défense », le procureur général près la Cour de Cassation Baudoin cite La Roche-Flavin qui, dans son ouvrage intitulé « Les treize livres des parlements de France », place au premier rang des qualités des magistrats leur fidélité au secret : *« entre toutes autres belles qualités requises d'un conseiller du Roy, c'est qu'il soit fidèle et taciturne et qu'il tienne les conseils, délibérations et résolutions... secrètes selon le conseil de l'empereur Léon »*.

**L'exception de la Révolution française** - Une rupture intervient toutefois au moment de la Révolution française. Réagissant contre les abus des Parlements, la période révolutionnaire voit fleurir de nombreuses dispositions pour contrôler l'activité des juges. Le secret du délibéré est ainsi abrogé. Les lois des 16 et 28 septembre 1791 relatives à *« la police de sûreté, la justice criminelle, et l'établissement du jury »* mettent ainsi fin au secret du délibéré prévoyant que *« le juge opinera à haute voix à l'audience, en public »*. La loi du trois Brumaire an II (24 octobre 1793) maintient la même règle.

**Restauration du secret du délibéré** - L'expérience est toutefois de courte durée. La Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) rétablit le principe du secret du délibéré : *« Les séances des tribunaux sont publiques. Les juges délibèrent en secret »*.

**Codification du secret du délibéré** - Le code du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795) maintient la même disposition en son article 435 à peine de nullité. Le code d'instruction criminelle reprend le secret des délibérations dans ses articles 369 et 370, en ce qui concerne les magistrats

---

<sup>159</sup> En 1320, Philippe V de Valois prescrit le secret des délibérations en ces termes : *« Quant l'on conseillera les arres, nulle personne estrange n'entrera ne nul du conseil n'en istra, si ce n'est par especial mandement, à ce que le secret soit mieuz gardé »*.

siégeant aux assises et les jurés. Les lois ou textes statutaires sur la magistrature au cours du XIX<sup>e</sup> siècle soumettent les juges au serment professionnel, les obligeant à jurer le jour de leur installation « *de garder religieusement le secret des délibérations* ». Enfin, l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881, succédant aux lois des 9 septembre 1835 et 27 juillet 1849, interdit à toute publication de rendre compte des délibérations intérieures du jury et des cours et tribunaux à peine d'amende.

### 3.2.1.1.2 Les fondements du secret du délibéré

La combinaison de la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel fait apparaître deux fondements du secret du délibéré : **l'indépendance et l'impartialité des juges, d'une part, et l'autorité morale des décisions, d'autre part**, dont il convient de préciser la signification et la réception en doctrine.

#### 3.2.1.1.2.1 L'indépendance et l'impartialité des juges

La Cour de cassation juge que « *l'obligation de conserver le secret des délibérations (est) édictée par la loi française dans le but de garantir l'indépendance des juges* »<sup>160</sup>, « *professionnels comme non-professionnels* »<sup>161</sup>. Le secret du délibéré tend également à la garantie du principe d'impartialité du juge<sup>162</sup> et la Cour de cassation a pu le rattacher aux exigences du droit à un procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>163</sup> comprenant l'accès à un tribunal indépendant et impartial. C'est également le sens de la jurisprudence du Conseil d'État qui juge, depuis sa décision *Légillon*, que le secret des délibérations a pour objet d'assurer « *l'indépendance des juges* »<sup>164</sup>. Et c'est, en dernier lieu, le Conseil constitutionnel qui s'est exprimé en ce sens en jugeant que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 garantit « *le principe d'indépendance (des magistrats) qui est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles et dont découle le principe du secret du délibéré* » érigé, ainsi, en principe à valeur constitutionnelle<sup>165</sup>.

- **L'indépendance des juges**

**Définition** - Être indépendant, c'est n'avoir « *rien à craindre ni à désirer de personne* »<sup>166</sup>. L'indépendance des juges a été instaurée sur le fondement de la théorie de la séparation des pouvoirs. Comme les auteurs le soulignent, « *l'impératif d'indépendance juridictionnelle s'impose tous azimuts. Il vise bien sûr à prémunir le pouvoir juridictionnel contre toute influence extérieure, provenant aussi bien d'acteurs privés que d'institutions publiques nationales, voire étrangères* » et « *peut trouver à s'appliquer au sein même du pouvoir juridictionnel* »<sup>167</sup>.

<sup>160</sup> Cass. Crim., 17 avril 2013, n° 13-90.004 ; *adde.* un arrêt ancien visant l'indépendance « *et la dignité* » des juges, Cass. Crim., 25 janvier 1968, n° 66-93.877, Bull. 1968 Crim., n° 181.

<sup>161</sup> Cass. Crim., 25 mai 2016, n° 15-84.099, Bull. 2016 Crim., n° 160.

<sup>162</sup> Cass. Crim., 29 septembre 2015, n° 15-83.207, Bull. 2015 Crim., n° 212.

<sup>163</sup> Cass. Crim., 22 mars 2016, n° 15-83.207, Bull. 2016 Crim., n° 92.

<sup>164</sup> CE, 17 novembre 1922, n° 75618.

<sup>165</sup> Cons.Const., décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015.

<sup>166</sup> T. Renoux, in [L'indépendance de l'autorité judiciaire | Conseil constitutionnel](#).

<sup>167</sup> J. Roux, JCl. Administratif - Encyclopédies - Fasc. 1455 : Droit constitutionnel processuel n° 82, v. les décisions

**Garantie conventionnelle** - Elle est garantie, en droit conventionnel, par l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme au terme duquel « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (...)* ».

**Garantie constitutionnelle** - En droit interne, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 formulait le principe suivant lequel « *l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles* » et l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. (...) Les magistrats du siège sont inamovibles* ». Le Conseil constitutionnel juge que ce principe est « *indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires* »<sup>168</sup>, étendues plus largement aux fonctions « *juridictionnelles* »<sup>169</sup>.

**Valeur déontologique** - L'indépendance des magistrats est également consacrée par le Recueil de leurs obligations déontologiques, au rang de « *valeur* » à laquelle tout magistrat doit se conformer. Selon la définition qu'il en donne, « *l'indépendance de l'autorité judiciaire (...) constitue l'une des garanties de l'État de droit. Elle est, pour la société, la condition de sa confiance dans la justice. Elle est, pour le justiciable, la condition d'un procès équitable. Elle est, pour le magistrat, la condition de sa légitimité* »<sup>170</sup>.

Il résulte de cette définition que les magistrats ne sont pas uniquement les bénéficiaires de la protection de leur indépendance, mais doivent aussi en être les dépositaires. À ce titre, ce recueil dispose que « *l'indépendance requiert aussi des magistrats un état d'esprit, un savoir-être et un savoir-faire qui doivent être enseignés, cultivés et approfondis tout au long de la carrière* », que « *les magistrats défendent l'indépendance de l'autorité judiciaire. Elle leur impose d'agir et de statuer en application du droit et suivant les règles procédurales en vigueur, en fonction des seuls éléments débattus devant eux, libres de toute influence ou pression, sans avoir à craindre une sanction ni espérer un avantage personnel* » et qu'ils « *diligent et conduisent les procédures, mènent les débats et rendent leurs décisions en toute indépendance. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils bannissent par principe et repoussent toute intervention tendant à influencer, directement ou indirectement, leurs décisions* »<sup>171</sup>.

**Indépendance et secret du délibéré** - Le secret du délibéré serait une garantie de l'indépendance des magistrats en ce qu'il leur confère une liberté complète de parole lors des délibérés. En faisant obstacle à la révélation du sens du vote ou de l'opinion personnelle des magistrats sur le litige qu'ils doivent trancher collégalement, le secret du délibéré les met à l'abri de toutes éventuelles pressions extérieures ou représailles. C'est l'avis de la doctrine majoritaire qui s'accorde à voir dans le secret du délibéré une garantie de l'indépendance des juges en ce que « *nul ne peut ignorer le danger des rancunes, des menaces ou des représailles dans les procès où l'émotion humaine est grande ; sans parler de ceux de la criminalité ordinaire et du terrorisme* », ajoutant que « *les affaires dites sensibles ne sont pas rares, y compris à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat et la confidentialité est un appréciable rempart contre les pressions des pouvoirs politiques et des « lobbies » économiques ou sociaux* »<sup>172</sup>.

---

citées et n° 69 s. sur les différentes implications de ce principe.

<sup>168</sup> Cons. Const., décision n° 92-305 DC du 21 février 1992.

<sup>169</sup> Cons. Const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002.

<sup>170</sup> Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Chapitre I, L'indépendance, p. 15 s.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> J.-P. Dumas dans L. Cadet, Dictionnaire de la Justice, Paris, Puf, 2004, p. 318 ; *adde.* not., R. Perrot, Institutions judiciaires, 18<sup>e</sup> éd., par B. Beigner et L. Miniato, Précis Domat Droit privé, L.G.D.J, n° 584 ; J.-F. Burgelin, « Les petits et grands secrets du délibéré », Recueil Dalloz 2001, p. 2755 ; Ph. Gatignol, « Pour le maintien du secret du délibéré », dans Secret du délibéré et opinions dissidentes, M. Nicolas-Gréciano (dir.), Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, Colloques et Essais, 2020, Colloques & essais vol. 106 ; en contentieux administratif : R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 13<sup>e</sup> éd., Domat Droit public, L.G.D.J, n° 1170 ; voir *infra*, 1. Etat des lieux sur l'opinion séparée.

La doctrine n'est cependant pas unanime. Comme cela a été vu précédemment pour certains auteurs, comme dans certaines pratiques étrangères, la levée du secret du délibéré par l'expression d'opinions séparées renforcerait au contraire l'indépendance des juges en ce qu'elle illustrerait la liberté des magistrats dans l'expression individuelle de leur analyse, sans crainte vis-à-vis de la majorité ou de toute autre personne extérieure<sup>173</sup>.

- **L'impartialité des juges**

**Définition** - L'impartialité traduit l'aptitude d'un juge à traiter les parties de manière égalitaire, sans opinion préconçue et sans préjugement<sup>174</sup>. Elle est la garantie du principe d'égalité des citoyens devant la loi et une pierre angulaire du droit à un procès équitable.

**Garantie conventionnelle** - Elle est ainsi garantie, en droit international, par l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et revêt, en application de ce texte, une double dimension : lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'impartialité d'un juge, il faut tenir compte de la conviction et du comportement personnels du juge (démarche subjective) et rechercher si ce juge offre des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard (démarche objective)<sup>175</sup>.

**Garantie constitutionnelle** - En droit interne, le Conseil constitutionnel lui a reconnu une valeur constitutionnelle, déduite de l'article 16 de la Déclaration de 1789<sup>176</sup>.

**Obligation légale et déontologique** - L'impartialité des tribunaux est garantie par les dispositions relatives aux causes de récusation et d'abstention des magistrats et par les règles d'incompatibilité fixées par les statuts de la magistrature<sup>177</sup>. Elle est aussi une obligation déontologique<sup>178</sup>.

**Impartialité et secret du délibéré** - Le secret du délibéré peut y être associé en ce qu'il interdit aux magistrats d'exprimer publiquement leur point de vue sur un litige dont ils ont à connaître en des termes qui trahiraient un parti pris pour l'une ou l'autre des parties. Il a pu être avancé que l'expression d'une opinion séparée créerait donc un risque d'atteinte à l'impartialité de son auteur, à tout le moins selon la théorie de l'apparence, s'il était conduit à statuer, ensuite, sur une question juridique semblable à celle sur laquelle il a exprimé publiquement une opinion<sup>179</sup>.

---

<sup>173</sup> M. Nicolas-Gréciano, « Secret du délibéré et opinions dissidentes dans l'ordre judiciaire », dans Secret du délibéré et opinions dissidentes, précité ; Y. Lecuyer, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2004, n° 57, p. 208 ; A. Langenieux-Tribalat, Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français, thèse Limoges, 2007, soulignant que « *le fait de pouvoir prendre le contre-pied de la décision majoritaire publiquement manifesterait l'absence de pressions, qu'elles soient internes ou externes* », p. 178 ; J. Bourdoiseau, « Le secret de la délibération », Procédures, n° 3, mars 2011, dossier 6 ; D. Rousseau, « Cour de cassation : Pour les opinions séparées », Lextenso Tribune justice, 12 janvier 2023 ; voir *infra*, 1. Etat des lieux du débat sur l'opinion séparée.

<sup>174</sup> N. Fricero, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 40, juin 2013.

<sup>175</sup> Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - Droit à un procès équitable (volet civil), § 290 et suivants.

<sup>176</sup> Cons.Const, décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003.

<sup>177</sup> Article L. 111-5 du code de l'organisation judiciaire.

<sup>178</sup> Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Chapitre II, L'impartialité, p. 10 et suivantes.

<sup>179</sup> Voir *infra*, 1. Etat des lieux du débat sur l'opinion séparée ; *adde*. J.-C. Duchon-Doris, « Cour des Etats et Empires de la Lune et du Soleil. Chambre des droits des êtres intelligents ; Conclusions sur Cyrano de Bergerac c/ Conseil de l'Europe », RFDA 2007, p. 323.

### 3.2.1.1.2.2 L'autorité morale des décisions de justice

**Jurisprudence judiciaire et administrative** - À l'indépendance des juges, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ajoutent un second fondement au principe du secret du délibéré : la garantie de « l'autorité »<sup>180</sup> ou « l'autorité morale »<sup>181</sup> des décisions de justice. Il est à noter que ce second fondement ne ressort pas de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le secret du délibéré, ce qui semble pouvoir s'expliquer par le fait que l'autorité des décisions de justice n'a, à ce jour, pas valeur constitutionnelle contrairement à l'indépendance des magistrats.

**Une double signification** - Selon les auteurs, la notion d'autorité « morale » des décisions de justice aurait une double signification.

Certains auteurs expriment la crainte qu'une levée du secret des délibérés par l'expression d'opinions personnelles contraires à la solution adoptée n'altère « la crédibilité, l'autorité et l'efficacité de la décision (dès lors que) la fracture existant entre les membres du collège affaiblirait dans l'immédiat l'impact d'une décision juridictionnelle, puisque celle-ci apparaîtrait de l'extérieur comme étant relative, discutée en combattue par l'institution elle-même, chargée de dire le droit »<sup>182</sup>.

D'autres ajoutent que le secret du délibéré est indissociable du caractère collégial de la décision. Le secret maintenu sur les éventuelles divergences lors du délibéré sauvegarde l'unité substantielle de la décision. Celle-ci ne peut être vue comme la somme d'opinions individuelles car elle est une coproduction des délibérants dans la conception française de la justice, par opposition à la culture anglo-saxonne. Le professeur Roger Perrot s'est ainsi exprimé en ce sens : « on n'a peut-être pas suffisamment remarqué que le secret du délibéré est inhérent à la notion de collégialité. Dès lors que le jugement est l'œuvre du collège que constitue le tribunal, il est normal que l'opinion de chacun des juges qui le compose ne transparaissent pas. Si chaque juge pouvait exprimer son opinion, comme il est d'usage dans les procédures d'inspiration anglaise, en exprimant éventuellement une dissidence, le jugement serait l'œuvre « d'une pluralité de juges uniques » et non plus celui d'un véritable collège formant une entité autonome. De ce point de vue, il n'est pas excessif de dire que la notion de collégialité implique nécessairement le secret du délibéré »<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> Cass. Crim., 17 avril 2013, précité ; Cass. Crim., 25 mai 2016, précité.

<sup>181</sup> Cass. Crim., 25 janvier 1968, précité ; CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, précité ; *adde.*, Cass. Crim., 9 juin 1843, Bull. 1843, Crim., n° 135, aux termes duquel « le secret doit être gardé sur les délibérations des juges et qu'il importe à la dignité de la justice que ce principe soit sévèrement maintenu ».

<sup>182</sup> J.-P. Dumas in Dictionnaire de la justice, précité, p. 318 ; *adde.*, R. Perrot, *op.cit.*, *loc.cit.* ; F. Luchaire et G. Vedel, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Contre" : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », Cahiers du Conseil constitutionnel 2000, n° 8 ; J. Théron, « La Cour de cassation, garante de l'État de droit », JCP éd. G. juillet 2021, act. 794 ; Avis du procureur général Dupin sous l'arrêt du 9 juin 1843 concluant à l'annulation en ce que la mention du désaccord des délibérants « exprim(ait) de la part des juges dissidents, une espèce de protestation contre la teneur de l'ordonnance » tandis que, par le secret du délibéré, le législateur « exige(raient) que chaque magistrat en accepte la responsabilité » ; *adde. infra* 1. Etat des lieux du débat sur l'opinion séparée.

<sup>183</sup> R. Perrot, *op.cit.*, *loc.cit.* ; P. Deumier, « Des opinions et des juges », RDT Civ. 2022, p. 95, qui souligne que, « dans notre système, la décision, et l'autorité qui va avec, est une décision qui n'est rendue ni par des juges, ni par une formation de jugement (et donc ni par une majorité), mais par l'institution » ; audition P. Deumier, professeure des universités, Jean Moulin Lyon 3 qui évoque « le secret délibéré au sens large, ie avec tout ce qu'il véhicule de notre conception de la justice, une justice institutionnalisée et non personnalisée, une justice dans laquelle les hommes et les femmes s'effacent derrière leur fonction » ; en contentieux administratif : T. Janicot, JCl. Justice administrative - Encyclopédies - Fasc. 70-14 : Jugement. — Décision. — Dispositions générales et dispositions propres aux ordonnances, n° 13, qui souligne que « la tradition française insist(e) sur l'unité de l'institution, qui suppose que la personnalité des juges s'efface derrière la juridiction qui assure, au travers de chacune des décisions rendues, sa mission collective » de sorte que, « dès lors que la décision a été adoptée collégialement, elle seule existe, et les avis individuels s'effacent derrière la solution collectivement adoptée » ; P. Gazagnes, « Les transformations du juge

Comme cela a été vu précédemment, sans contester le poids historique de l'argument, plusieurs auteurs invitent à renouveler cette approche, dès lors que, dans un contexte de crise de la légitimité de l'institution judiciaire et de modernité démocratique où prédominent les exigences de transparence, de dialogue, de pluralisme et d'argumentation raisonnée, la levée partielle du secret du délibéré par l'expression d'opinions séparées serait un facteur de légitimation des décisions<sup>184</sup>.

Les fondements du principe du secret du délibéré ainsi explicités, il convient d'en identifier les contours tracés par la jurisprudence.

### 3.2.1.1.3 Les manifestations et conséquences du secret du délibéré

Le secret du délibéré se décline en un principe processuel - dont la méconnaissance se répercute sur la régularité de la décision de justice - et une obligation personnelle des magistrats - dont la méconnaissance peut entraîner le prononcé de sanctions, pénales et/ou disciplinaires. Après l'examen de ces deux aspects du secret du délibéré sera exposée sa protection constitutionnelle.

#### 3.2.1.1.3.1 Un principe de droit processuel

**Valeur du principe** - La Cour de cassation et le Conseil d'Etat attribuent au secret du délibéré la valeur d'un « *principe d'ordre public* »<sup>185</sup> et d'un « *principe général du droit public français* »<sup>186</sup>, lui reconnaissant ainsi une portée générale, en matière juridictionnelle<sup>187</sup>.

**Régimes** - Si les textes qui le consacrent en procédure civile, pénale et en contentieux administratif sont semblables, le régime du secret du délibéré s'est manifesté différemment en jurisprudence, selon que le litige est porté devant les juridictions judiciaires ou administratives, leurs décisions devant être abordées distinctement dans une première série de développements. Sera également évoqué le principe du secret du délibéré tel qu'il s'applique au Tribunal des conflits, aux juridictions arbitrales et au Conseil constitutionnel.

#### 3.2.1.1.3.1.1 Les juridictions judiciaires

---

administratif : progrès et dangers » dans Secret du délibéré et opinions dissidentes, précité.

<sup>184</sup> Y. Lécuyer, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », Revue trimestrielle des droits de l'homme n° 57, 2004, p. 201 ; A. Langenieux-Tribalat, thèse précitée ; M. Nicolas-Greciano, article précité ; J. Bourdoiseau, article précité ; en contentieux administratif : C. Testard, « Secret du délibéré et opinions séparées : un divorce annoncé » dans Secret du délibéré et opinions dissidentes, précité ; voir *infra*, 1. Etat des lieux du débat sur l'opinion séparée.

<sup>185</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 16 février 1994, n° 92-12.814 ; Cass. Soc., 7 juin 1979, n° 77-40.677, Bull. 1979 V, n° 493 ; *adde.*, Cass. Crim., 9 juin 1843, précité ; Cass. Crim., 22 mars 2016, précité, le qualifiant de « *principe indissociable des fonctions juridictionnelles* ».

<sup>186</sup> CE, 17 novembre 1922, *Légiton*, précité.

<sup>187</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 16 février 1994, précité.

**Principe général du droit processuel** - Le secret du délibéré étant un principe général du droit processuel, il s'applique, même sans texte, aux décisions juridictionnelles.

**Procédure civile** - De plus, en matière civile, l'article 448 du code de procédure civile dispose que « *les délibérations des juges sont secrètes* » et, en vertu de l'article 749 du même code, il s'applique devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale.

**Procédure pénale** - En matière pénale, s'il n'est pas consacré de manière générale, le code de procédure pénale contient plusieurs dispositions tendant à garantir le secret des délibérations. Relativement à la procédure applicable à la cour d'assises, il est évoqué dans différents textes et s'induit notamment de l'article 355 du code de procédure pénale, selon lequel « *les magistrats de la cour et les jurés se retirent dans la chambre des délibérations. Ils n'en peuvent sortir qu'après avoir pris leurs décisions (...)* ». L'article 200 du même code précise, pour la chambre de l'instruction, que « *lorsque les débats sont terminés, (elle) délibère sans qu'en aucun cas le procureur général, les parties, leurs avocats et le greffier ne puissent être présents* ».

Et la Cour de cassation a précisé que la violation du secret du délibéré peut entraîner la nullité du jugement, même si elle n'est pas prévue textuellement<sup>188</sup>.

**Jurisprudence de la Cour de cassation** - Si cette dernière a précisé les contours de ce principe, il faut d'emblée souligner qu'elle n'a été que rarement conduite à se prononcer sur certains aspects et que la plupart de ses arrêts éclairants sont anciens.

En l'état du droit positif, **trois prohibitions** ressortent clairement de sa jurisprudence.

- **Le secret du délibéré interdit la présence de tiers**

Selon une jurisprudence constante, seuls les magistrats ayant assisté aux débats et, le cas échéant, les personnes qu'un texte de loi autorise à assister au délibéré (auditeurs de justice, participants à une session de formation, magistrats et futurs magistrats étrangers en stage, attachés de justice) peuvent assister au délibéré. Encourent, en conséquence, la censure, les arrêts dont les mentions ne permettent pas de s'en assurer ou établissent l'inverse<sup>189</sup> et la Cour de cassation vérifie que les dispositions autorisant certaines personnes à y assister en étant astreintes au secret ont été respectées<sup>190</sup>.

- **Le secret du délibéré interdit la révélation de la décision avant qu'elle ne soit rendue**

La chambre criminelle a annulé un arrêt aux motifs que deux quotidiens avaient annoncé un arrêt de condamnation dans ses termes mêmes, comme ayant été rendu à une date antérieure à celle de son prononcé, portant ainsi atteinte au secret des délibérations<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> J.-P. Dumas, « Secret de juges », dans *Le droit privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, études offertes à Pierre Catala, p. 179 et suivantes, relevant que si l'idée a été émise, faute de texte, qu'il n'y aurait lieu qu'à sanctionner les magistrats, une telle thèse n'a pas prospéré dès lors que les juridictions supérieures ont toutes reconnu la règle du secret du délibéré comme un principe général du droit.

<sup>189</sup> Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 24 juin 1998, n° 96-20.659, Bull. 1998, II, n° 210 ; Cass. Crim., 17 avril 1985, n° 85-92.753, Bull. 1985, Crim. n° 12. ; Cass. Crim., 1<sup>er</sup> octobre 2024, n° 24-80.251.

<sup>190</sup> Cass. Crim., 28 novembre 1989, n° 89-82.801, Bull. 1989, Crim. n° 447.

<sup>191</sup> Cass. Crim., 28 septembre 1992, n° 90-87.089.

- **Le secret du délibéré interdit la révélation de l'opinion personnelle d'un juge sur la décision**

Les illustrations jurisprudentielles de cette manifestation du secret du délibéré sont rares. Au visa de l'article 448 du code de procédure civile, la chambre sociale a annulé un jugement au motif que l'un des magistrats ayant participé au délibéré avait mentionné, sur la cote du dossier et en dessous du texte du jugement, « *je suis en désaccord avec le jugement rendu* »<sup>192</sup>. Par l'arrêt du 9 juin 1843 précité, qui a érigé le secret du délibéré en principe du droit public français, la chambre criminelle a annulé une ordonnance comportant la mention « *ordonnance rendue par un magistrat sur l'avis du juge d'instruction contre l'opinion de ses deux collègues* », dans la mesure où « *la division des opinions et le nom des opinants (étaient ainsi) révélés par l'ordonnance* ».

Il peut être rapproché de cette interdiction, dont il résulte que le secret du délibéré couvre l'opinion individuelle des délibérants, la jurisprudence de la CEDH selon laquelle le projet d'arrêt établi par le conseiller rapporteur à la Cour de cassation (dans lequel il émet une opinion sur le sens de la décision à intervenir) peut être « *légitimement couvert par le secret du délibéré* »<sup>193</sup>.

En revanche, la mention de la décision indiquant, parmi les magistrats délibérants, le nom de son rédacteur « *sans faire apparaître en quel sens celui-ci a opiné* » ne porte pas atteinte au secret du délibéré<sup>194</sup>.

La jurisprudence de la Cour de cassation est moins tranchée sur l'apposition d'autres mentions ayant trait au délibéré : celles relatives aux modalités de vote des magistrats. Se posent les **deux questions** suivantes.

- **Le secret du délibéré interdit-il la révélation indirecte de l'opinion de chacun des magistrats par la précision des conditions d'adoption de la décision ?**

La chambre sociale a annulé le jugement d'un conseil de prud'hommes qui mentionnait qu'il avait été rendu « *à la majorité de trois voix (celles du président et de deux conseillers ouvriers) contre deux (conseillers patrons)* », révélant ainsi l'opinion de chaque membre<sup>195</sup>. De la même manière, elle a annulé un jugement qui mentionnait que « *le conseil de prud'hommes a(vait) statu(é) à l'unanimité des voix* »<sup>196</sup>.

La permanence de cette solution a toutefois été interrogée. En effet, postérieurement à ces décisions, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a censuré un jugement qui avait déclaré irrecevable une action en recouvrement de cotisations ordinales formée par le président d'un ordre professionnel dès lors que la décision du conseil départemental l'autorisant à agir mentionnait qu'elle avait été prise à l'unanimité, aux motifs que « *l'énoncé des conditions dans lesquelles une décision a*

<sup>192</sup> Cass. Soc., 9 octobre 1997, n° 96-44.847, Bull., 1997, V, n° 305.

<sup>193</sup> CEDH, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France* [GC]n° 21/1997/805/1008 et 22/1997/806/1009, 31 mars 1998 ; *adde.* Cass. Crim., 18 décembre 2024, n° 23-83.178, Publié, relatif à la condamnation d'un magistrat pour violation du secret du délibéré en tant, notamment, qu'il avait diffusé la teneur de l'avis du conseiller rapporteur de l'affaire « *convert par le secret du délibéré* ».

<sup>194</sup> Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 4 avril 2002, n° 97-13.352 ; Cass. Soc., 11 juin 1996, n° 93-43.304 ; Cass. Crim., 24 juillet 2002, n° 02-83.259.

<sup>195</sup> Cass. Soc., 15 janvier 1964, Bull. 1964, V, n° 49.

<sup>196</sup> Cass. Soc., 7 juin 1979, précité ; *adde.*, Cass. Soc., 9 novembre 1945, Gaz. Pal. 1946, I., 22, annulant un jugement rendu par une commission paritaire soumise à la règle du secret des délibérations qui mentionnait que la décision avait été prise à l'unanimité des voix, « *l'opinion individuelle de chacun des membres étant, par là même, révélée* ».

*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 »*<sup>197</sup>.

Certains auteurs invitent, toutefois, à relativiser la portée de cette décision car le conseil départemental n'a pas de fonction juridictionnelle<sup>198</sup> de sorte que le principe général du secret du délibéré ne s'applique pas à ses délibérations. Peut être cité, dans le sens de cette analyse, un arrêt de la première chambre civile, statuant dans le même sens que l'assemblée plénière dans une affaire semblable, mais au motif que « *l'autorisation d'ester en justice constituant non une décision juridictionnelle, mais une décision de nature administrative, une telle délibération, en l'absence de disposition législative ou réglementaire le prévoyant expressément, n'est pas soumise au principe d'ordre public du secret du délibéré* »<sup>199</sup>. Cet arrêt est, toutefois, antérieur à l'arrêt rendu par l'assemblée plénière.

- **Le secret du délibéré interdit-il, au-delà, toute révélation sur les conditions d'adoption de la décision sans qu'elle ne révèle nécessairement l'opinion de chacun ?**

**En matière civile** - Après avoir jugé que la décision de justice ne doit « *contenir aucune indication sur la manière dont elle a été acquise* »<sup>200</sup>, dans le dernier état de sa jurisprudence, la Cour de cassation juge que la mention dans la décision de ce qu'elle a été rendue « *à la pluralité des voix* »<sup>201</sup> ou « *à la majorité des voix* »<sup>202</sup> ne porte pas atteinte au secret du délibéré.

La justification de cette solution est double. D'une part, la décision comporte, le cas échéant, « *la simple constatation que les prescriptions de la loi ont été respectées* »<sup>203</sup> et, d'autre part, selon la chambre sociale, elle ne précise pas « *la majorité à laquelle la décision a été prise* »<sup>204</sup> et, selon la première chambre civile, ne fait pas apparaître « *en quel sens chacun des juges a opiné* »<sup>205</sup>.

Ces décisions ne permettent toutefois pas de savoir dans quel sens les chambres civiles de la Cour de cassation statueraient si elles étaient saisies d'un moyen reprochant à une décision de justice d'indiquer la majorité exacte à laquelle la décision a été rendue.

**En matière pénale** - La jurisprudence de la chambre criminelle est, elle, fixée sur ce point, à tout le moins pour les arrêts rendus par les cours d'assises.

Aux termes de l'article 360 du code de procédure pénale, « *la déclaration, lorsqu'elle est affirmative, constate que la majorité de voix exigée par l'article 359 au moins a été acquise sans que le nombre de voix puisse être autrement exprimé* ». La chambre criminelle juge que « *cette constatation qui est la base de l'arrêt de condamnation est substantielle* », censurant les arrêts de condamnation dès lors que la feuille de questions indique le nombre exact de voix par lequel la cour d'assises s'est prononcée<sup>206</sup>. Or, une

<sup>197</sup> Cass. Ass. Plén., 20 décembre 1996, n° 95-10.209, Bull. 1996, AP, n° 11.

<sup>198</sup> J.-P. Dumas, « Secret de juges », précité.

<sup>199</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 16 février 1994, précité.

<sup>200</sup> Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 19 juillet 1960, Bull. 1960, II., n° 501 ; Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 10 juin 1960, Bull. 1960, II., n° 307, censurant des arrêts mentionnant que la décision avait été prise à la majorité.

<sup>201</sup> Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> février 1962, Bull., 1962, II., n° 138.

<sup>202</sup> Cass. Soc., 14 mars 1974, n° 72-14.636, Bull. 1974, V, n° 182 ; Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 12 juin 1974, n° 73-12.882, Bull. 1974, I, n° 181.

<sup>203</sup> Les trois arrêts précités ; *adde.* la jurisprudence de la chambre criminelle selon laquelle la « *simple référence à une obligation légale* » sur d'autres points ne permet pas d'établir que le secret du délibéré aurait été violé : Cass. Crim., 3 septembre 2008, n° 08-80.290 ; Cass. Crim., 21 octobre 1992, n° 91-86.822, Bull. 1992, Crim., n° 335.

<sup>204</sup> Cass. Soc., 14 mars 1974, précité.

<sup>205</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 12 juin 1974, précité.

<sup>206</sup> Cass. Crim., 15 juin 1983, n° 82-93.468, Bull. 1983, Crim., n° 186 ; Cass. Crim., 4 mai 1984, n° 83-91.429, Bull. 1984, Crim., n° 158 ; Cass. Crim., 24 mai 2023, n° 22-84.601, Publié ; Cass. Crim., 9 avril 2025, n° 24-82.820.

telle mention ne révèle pas nécessairement le sens dans lequel chaque membre de la cour d'assises a opiné. Aussi pourrait-il en être déduit qu'en matière pénale, le secret du délibéré s'oppose à ce que la décision révèle les modalités précises du vote, sans que cette interdiction ne découle de la révélation consécutive du sens du vote de chacun.

Toutefois, la chambre criminelle a rendu ces arrêts au visa de l'article 360 du code de procédure pénale qui interdit que le nombre de voix soit autrement exprimé que selon ses prescriptions et non au visa du secret du délibéré en tant que principe général du droit.

Il peut, enfin, être observé qu'elle juge également que le secret du délibéré fait obstacle à la vérification du respect de certaines prescriptions légales relatives au déroulement du délibéré, là encore en matière criminelle. Elle juge que « *les délibérations en commun de la cour et du jury, tant sur la culpabilité que sur l'application de la peine, sont essentiellement secrètes* » et que « *par suite, le demandeur ne saurait se faire un grief du défaut de constatation de formalités dont l'observation est laissée à la conscience des juges* »<sup>207</sup>. Car il résulte du principe du secret du délibéré qu'« *aucune pièce de la procédure ne peut révéler ce qui s'y est passé* »<sup>208</sup>, celui-ci étant « *absolu* »<sup>209</sup>.

Ces formules vont dans le sens d'une acception large du secret du délibéré qui couvrirait toute révélation ayant trait à la façon dont il s'est déroulé au-delà de l'opinion individuelle des délibérants. Toutefois, ces arrêts ne tranchent pas directement cette question et ils sont relatifs à la matière criminelle, dans laquelle le secret du délibéré pourrait être doté d'une force particulière.

### 3.2.1.1.3.1.2 Les juridictions administratives

**Principe général du droit public** - Le secret des délibérations est, également, un principe cardinal du contentieux administratif. Il a été consacré par la décision *Légillon* du Conseil d'Etat qui énonce « *que le secret des délibérations dans les assemblées juridictionnelles est un principe général du droit public français* »<sup>210</sup>. Il a ensuite été retranscrit à l'article L. 8 du code de justice administrative qui dispose que « *le délibéré des juges est secret* ».

**Portée du principe** - Le Conseil d'Etat a précisé, comme suit, les contours de ce principe.

Comme la Cour de cassation, il juge que le secret du délibéré interdit la révélation de la décision avant qu'elle ne soit rendue<sup>211</sup> et la révélation de l'opinion individuelle des délibérants<sup>212</sup>.

<sup>207</sup> Cass. Crim., 23 janvier 2013, n° 12-82.086, rejetant le pourvoi qui sollicitait la censure de l'arrêt attaqué en ce que ni la feuille de question ni l'arrêt ne faisait apparaître que la cour avait voté sur la culpabilité de l'accusé par bulletins écrits en secret et que le vote de chacun des membres avait été dépouillé comme le prescrit l'article 358 du code de procédure pénale ; *adde.* Cass. Crim., 27 novembre 1985, n° 83-93.222, Bull. 1985, Crim. n° 384, jugeant qu'il n'y a pas lieu de chercher dans quel ordre les questions ont été examinées ; Cass. Crim., 5 janvier 2022, n° 21-80.355, Publié, jugeant qu'en l'absence d'énonciation contraire, il doit être présumé que l'assesseur supplémentaire entré dans la chambre des délibérations n'a exprimé aucune opinion et n'a pas pris part au vote.

<sup>208</sup> Cass. Crim., 10 janvier 1968, n° 67-92.368, B. ; Cass. Crim., 8 février 1967, n° 66-92.907, B.

<sup>209</sup> Cass. Crim., 5 janvier 2022, précité.

<sup>210</sup> CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, précité ; le moyen tiré d'une violation du secret du délibéré n'est cependant pas un moyen d'ordre public, CE, 8 juillet 1949, *Michel, Lebon*, 339.

<sup>211</sup> CE, 30 décembre 1996, n° 177285, publié au *Recueil Lebon*, encourt l'annulation le jugement dont le contenu a été divulgué avant sa date de lecture lorsqu'il apparaît que cette publicité prématurée résulte d'une violation du secret du délibéré ; l'annulation n'est, en revanche, pas encourue si cela n'est pas établi ; *adde.* CE, 29 septembre 2021, n° 448954.

<sup>212</sup> CE, 15 mars 1995, n° 144918, annulation d'une décision d'une commission départementale des travailleurs handicapés dont une mention « *fai(sait) connaître l'opinion de l'un de ses membres* » ; CE, 16 novembre 1983, n° 36652,

Relativement à la révélation des conditions d'adoption de la décision, le secret du délibéré interdit la révélation du sens du vote de chacun des magistrats, notamment par la mention que la décision a été rendue à l'unanimité<sup>213</sup>.

Il ressort plus nettement de la jurisprudence du Conseil d'État que le secret du délibéré fait obstacle, au-delà, à toute révélation sur les conditions d'adoption de la décision.

Si, comme la Cour de cassation, le Conseil d'État a jugé que la mention sur une décision qu'elle avait été prise à la majorité des voix, « *loin de violer le secret des délibérations, port(ait) en elle-même la preuve que la (formation de jugement) s'(était) conformée aux dispositions* » imposant la majorité<sup>214</sup>, il a, en revanche, jugé, sous forme de principe, qu'« *en vertu des règles générales de procédure applicables devant les juridictions administratives, les conditions de majorité dans lesquelles une décision est adoptée sont couvertes par le secret du délibéré* ». Ce faisant, il semble interdire toute révélation des conditions d'adoption de la décision, ne révélerait-elle pas l'opinion de chacun des juges<sup>215</sup>.

### 3.2.1.1.3.1.3 Le Tribunal des conflits

L'article 8 de la loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits dispose, dans sa rédaction issue de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, que « *le délibéré des juges est secret* ». Les travaux préparatoires précisent que cet article a été introduit pour « *lui rendre expressément applicables les principes procéduraux en vigueur devant toutes les juridictions* »<sup>216</sup>.

### 3.2.1.1.3.1.4 Les juridictions arbitrales

**Un principe relatif** - Selon l'article 1479 du code de procédure civile, « *les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes* » (ancien article 1469 du même code). Le secret du délibéré des juridictions arbitrales est toutefois assorti d'une exception légale. L'article 1480 du code de procédure civile permet, en effet, à l'arbitre minoritaire de refuser de signer la sentence. Les auteurs soulignent que, s'il fait usage de cette faculté, « *l'arbitre minoritaire viole, avec le consentement de la loi, le secret du délibéré, puisqu'il exprime son opinion, qu'il en donne ou non les motifs* »<sup>217</sup>.

**Jurisprudence** - Certaines juridictions du fond sont allées au-delà des prévisions de ce texte. Une cour d'appel en a déduit que le secret du délibéré n'était pas une règle d'ordre public en

---

ce dont il résulte que le requérant n'était pas fondé à critiquer le fait que le jugement ne mentionnait pas l'opinion du conseiller rapporteur.

<sup>213</sup> CE, 17 novembre 1922, *Légillon*, précité ; CE, 12 juillet 1969, n° 75300, publié au *Recueil Lebon*, méconnaît le secret des délibérations l'article du règlement de procédure de la commission spéciale des dommages de guerre français à l'étranger qui impose à la commission, lorsqu'elle n'est composée que de trois membres, de mentionner expressément dans sa décision que celle-ci a été rendue à l'unanimité, ce qui a pour conséquence que l'opinion de chacun des membres est connue.

<sup>214</sup> CE, 1<sup>er</sup> juillet 1966, n° 67521.

<sup>215</sup> CE, 26 mars 2003, n° 225386 ; toutefois, peut-être la portée de cet arrêt devrait-elle être relativisée eu égard à l'objet de la requête rejetée par le Conseil d'État qui faisait grief à la décision attaquée de ne pas mentionner si elle avait été adoptée à la majorité des voix ou après partage égal de celles-ci, il ne semble pas avoir, en revanche, à ce jour censuré une décision mentionnant les conditions exactes de majorité dans lesquelles elle a été adoptée.

<sup>216</sup> Rapport (n° 1808) fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures par C. Capdevielle, p. 89 s.

<sup>217</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Domat, n° 433, 2019.

matière arbitrale<sup>218</sup> de sorte qu'une sentence n'est pas entachée d'irrégularité par la mention qu'il avait été statué à l'unanimité. Il a également été jugé que l'insertion d'une opinion dissidente dans une sentence arbitrale internationale ne l'entachait pas d'irrégularité dès lors qu'outre le fait que le principe du secret du délibéré consacré par le code de procédure civile ne lui était pas applicable, « *le secret du délibéré, qui n'est pas plus une cause de nullité de la sentence en droit international qu'en droit interne, ne fait d'ailleurs pas par principe obstacle à l'expression d'opinions dissidentes ou séparées (qui) n'est pas de nature à heurter la conception de l'ordre public international* »<sup>219</sup>.

La Cour de cassation n'a, en revanche, pas été invitée à se prononcer sur le point de savoir si une sentence arbitrale soumise au principe du secret des délibérations énoncé par l'article 1479 du code de procédure civile, révélant *a posteriori* des éléments couverts par le secret en dehors des prévisions de l'article 1480 du même code, encourrait l'annulation.

**Interprétation doctrinale** - Selon certains auteurs, il conviendrait, en matière d'arbitrage, d'opérer une distinction entre le secret du délibéré durant l'instance et une fois l'affaire mise en délibéré. Le premier serait absolu « *afin de respecter l'égalité des parties et le respect des droits de la défense* » (et ce d'autant qu'il peut exister des liens privilégiés entre l'une des parties et l'arbitre qu'elle a choisi). En revanche, une fois l'affaire mise en délibéré, le secret du délibéré ne serait plus qu'une « *règle de protection de l'arbitre (...) dont il (aurait) la libre disposition* »<sup>220</sup>. Là résiderait la différence avec le juge étatique, à qui la Cour de cassation et le Conseil d'Etat interdisent clairement de « *renoncer* » à la protection de leur indépendance par le principe d'ordre public du secret du délibéré, en censurant l'expression du désaccord d'un délibérant après que la décision a été rendue.

### 3.2.1.1.3.1.5 Le Conseil constitutionnel

**Fondement** - La règle du secret s'applique aux délibérations du Conseil constitutionnel. L'article 11 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité dispose que « *seuls les membres du Conseil constitutionnel qui ont assisté à l'audience peuvent participer à la délibération* » et que, « *sans préjudice de l'application de l'article 58 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (portant loi organique sur le Conseil constitutionnel), cette délibération n'est pas publique* ». Si une telle disposition n'a pas d'équivalent dans le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution, le secret des délibérations s'y déduit du serment prêté par les membres du Conseil<sup>221</sup>.

**Jurisprudence** - Le Conseil constitutionnel a jugé que « *le rapport présenté devant la section d'instruction du Conseil constitutionnel* (par le rapporteur adjoint dans le cadre de l'examen d'une requête

<sup>218</sup> CA Bordeaux, 14 janvier 1993, Rev. Arb. 1993, p. 682, note Cohen, jugeant que « *l'article 1469 du (...) code de procédure civile a pour effet d'interdire que soient divulguées les opinions émises par chacun des arbitres, mais que, dans la mesure où le deuxième alinéa de l'article 1473 du (même code) donne à la sentence arbitrale qu'une minorité d'arbitres a refusé de signer, les mêmes effets que si elle avait été signée par tous les arbitres, ce qui en fait, a pour effet de permettre à certains arbitres de manifester publiquement leur désaccord avec la sentence adoptée à la majorité des voix et donc, de ce fait, de violer le secret du délibéré, il n'apparaît pas que la disposition de l'article 1469 (...) puisse être considérée comme une règle d'ordre public et que les arbitres ont violé cette règle en indiquant qu'ils avaient statué à l'unanimité* ».

<sup>219</sup> CA Paris, 9 octobre 2008, Rev. Arb. 2008, p. 352, obs. J.G. Betto et A. Canivet.

<sup>220</sup> E. Loquin, JCl. Procédure civile, Fasc. 1800-71 : Arbitrage. – Sentence arbitrale, n° 19, « *en refusant de signer une sentence ou en acceptant qu'il soit mentionné que la sentence a été rendue à la majorité ou à l'unanimité, le ou les arbitres renoncent à la protection que leur offre le secret du délibéré et "au confort" qui en résulte pour eux. Cette renonciation a pour effet de révéler aux parties la position de l'arbitre à l'égard de la décision prise collégialement par le tribunal arbitral. L'arbitre dévoile son opinion au risque de s'attirer les foudres de l'une des parties. Mais cette renonciation ne peut produire aucune sanction. Ni la nullité de la sentence ni la responsabilité de l'arbitre, qui n'a fait qu'user d'une possibilité prévue par le droit* », citant également en ce sens, CA Paris, 25 mai 1990, Rev. arb. 1990, p. 892, note de Boissésou.

<sup>221</sup> Article 3 de l'article 58 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

électorale) est couvert par le secret qui s'attache aux délibérations du Conseil constitutionnel » et « ne p(ouvant) être regardé comme une pièce détachable de ces délibérations », il ne peut en être donné communication (dans cette affaire, à un juge chargé d'une instruction pénale, pour les besoins de son information)<sup>222</sup>.

**Relativité temporelle** - Le secret des délibérations du Conseil constitutionnel n'est cependant pas illimité dans le temps. Depuis sa création, les séances au cours desquelles le Conseil constitutionnel délibère font l'objet de la rédaction de comptes-rendus<sup>223</sup> qui peuvent être librement consultés à l'expiration d'un certain délai. La loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel a, d'ailleurs, sensiblement raccourci leur délai de communicabilité, qui était jusqu'alors de 60 ans et a été ramené à 25 ans.

**Enseignements** - Il résulte de ce panorama qu'en tant que principe de droit processuel, le secret du délibéré s'applique dans toutes les juridictions françaises.

À l'exception notable de l'arbitrage, où le juge minoritaire peut exprimer, *a posteriori*, son opinion en vertu d'une disposition législative, la portée du principe, fixée par les jurisprudences judiciaires et administratives, conduit à considérer, avec certitude, que le secret du délibéré interdit la présence de tiers non autorisés au délibéré, la révélation de la décision avant qu'elle ne soit rendue et la révélation de l'opinion d'un juge sur la décision.

Certaines jurisprudences interrogent par ailleurs la portée du secret du délibéré quant à la révélation des conditions d'adoption de la décision.

À cet égard, deux cas de figure doivent être distingués. Si les conditions d'adoption de la décision conduisent à une identification indirecte de l'opinion des juges, la violation du secret du délibéré est caractérisée. Dans le cas contraire, en présence de décisions rares et anciennes, les contours de la jurisprudence sont moins évidents à cerner.

Il semble toutefois pouvoir être, en définitive, retenu que la jurisprudence incline en faveur d'une conception large du secret du délibéré, l'affirmant d'ailleurs sans ambiguïté en matière criminelle ainsi, *a priori*, qu'en matière administrative. Dès lors, outre le fait que la jurisprudence exclut très clairement l'expression d'une opinion séparée nominative, il apparaît que la compatibilité d'une opinion séparée anonyme est loin d'être acquise en l'état de celle-ci.

#### 3.2.1.1.3.2 Une obligation personnelle des magistrats

La méconnaissance du secret du délibéré n'est pas uniquement sanctionnée par la nullité de la décision. Par le serment que prêtent les magistrats, la protection du secret du délibéré fait naître à leur charge une obligation personnelle, dont la méconnaissance les expose à des sanctions et qui revêt un caractère intangible

##### 3.2.1.1.3.2.1 Un serment commun à tous les magistrats

---

<sup>222</sup> Cons.Const., décision n° 97-2113 AN du 10 novembre 1998 ; à rapprocher de la jurisprudence précitée de la CEDH relative à l'avis du conseiller rapporteur devant la Cour de cassation.

<sup>223</sup> Avant même que le décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation de son secrétariat général ne charge le Secrétaire général d'établir un « *compte-rendu sommaire* » des travaux du Conseil.

**Statut de la magistrature** - Le statut de la magistrature, tel qu'il résulte de l'ordonnance n° 58-1270 du 27 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, prévoit en son article 6 que, lors de sa nomination à son premier poste et avant d'entrer en fonction, tout magistrat prête le serment suivant : « *Je jure de remplir mes fonctions avec indépendance, impartialité et humanité, de me comporter en tout comme un magistrat digne, intègre et loyal et de respecter le secret professionnel et celui des délibérations* », et dispose qu'« *il ne peut, en aucun cas, être relevé de ce serment* ». L'article 10 de cette ordonnance prévoit également que « *l'expression publique des magistrats ne saurait nuire à l'exercice impartial de leurs fonctions ni porter atteinte à l'indépendance de la justice* ».

**Juges non professionnels** - La même obligation pèse sur les juges non professionnels. Les jurés d'assises doivent jurer « *de conserver le secret des délibérations* » aux termes de l'article 304 du code de procédure pénale<sup>224</sup>. Tous les magistrats non professionnels prêtent un serment semblable : conseillers prud'hommes (article D. 1442-13 du code du travail), juges des tribunaux de commerce (article L. 722-7 du code de commerce), assesseurs pour les tribunaux pour enfants (article R. 251-10 du code de l'organisation judiciaire), assesseurs de la commission d'indemnisation des victimes d'infraction (R. 214-3 du même code), assesseurs siégeant dans les tribunaux judiciaires pour connaître des litiges relevant du contentieux de la sécurité sociale et de l'admission à l'aide sociale (L. 218-6 du même code), juges parlementaires composant la Cour de justice de la République (article 2 de la loi organique, 23 novembre 1993).

**Professionnels en formation** - Les élèves avocats et auditeurs de justice sont également, par leur serment, tenus de garder le secret des délibérations auxquelles ils assistent.

**Juridictions administratives** - Depuis le 22 novembre 2023, les magistrats de l'ordre administratif prêtent serment « *de remplir leurs fonctions en toute indépendance, probité et impartialité, de garder le secret des délibérations et de se conduire en tout avec honneur et dignité* »<sup>225</sup>.

**Conseil constitutionnel** - L'article 3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 dispose qu'avant d'entrer en fonction, les membres du Conseil constitutionnel jurent de « *garder le secret des délibérations et des votes* ».

### 3.2.1.1.3.2.2 Les sanctions pénales

**Violation du secret professionnel** - La violation du secret du délibéré est constitutive de l'infraction de violation du secret professionnel prévue et réprimée par l'article 226-13 du code pénal (ancien article 378) aux termes duquel « *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 15 000 euros d'amende* »<sup>226</sup>.

**Autres infractions** - L'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 sanctionne, par ailleurs, le fait de « *rendre compte des délibérations intérieures, soit des jurys, soit des cours et tribunaux* ». Il faut également

---

<sup>224</sup> Cass. Crim., 17 avril 2013, précité, jugeant que « *l'obligation de conserver le secret des délibérations (...) applicable (...) aussi bien aux magistrats professionnels qu'aux citoyens prêtant leur concours à la justice, ne contrevient pas à la liberté de conscience* », pour refuser de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions de l'article 304 du code de procédure pénale.

<sup>225</sup> Article L. 12 du code de justice administrative créé par la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023.

<sup>226</sup> Article R. 731-5 du code de justice administrative qui précise que « *les personnes qui, à un titre quelconque, participent ou assistent au délibéré sont soumises à l'obligation d'en respecter le secret, sous les sanctions prévues par l'article 226-13 du code pénal* ».

noter que l'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte est exclue lorsque la révélation ou la divulgation des faits, informations et documents est interdite par les dispositions relatives au « *secret des délibérations judiciaires* »<sup>227</sup>.

**Jurisprudence de la chambre criminelle** - La jurisprudence de la chambre criminelle comporte peu d'illustrations de condamnations de ce chef. Elle a approuvé la condamnation du prévenu qui avait fait publier dans une revue un article « *révél(ant) au public des faits essentiellement secrets, dont il n'avait eu connaissance qu'en raison de ses fonctions temporaires de juré à la haute cour de justice* »<sup>228</sup>. Elle a rejeté le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt qui avait déclaré le prévenu coupable de violation du secret d'un délibéré en faisant des déclarations sur son déroulement et en mettant en cause le comportement de la présidente dans un quotidien national<sup>229</sup>. Récemment, elle a approuvé la condamnation pour violation du secret du délibéré prononcée à l'encontre du prévenu qui avait transmis à un tiers « *des informations quant à la teneur de l'avis du conseiller rapporteur de l'affaire, qui est couvert par le secret du délibéré, à celle de l'avis de l'avocat général avant sa diffusion aux parties et à l'opinion des conseillers devant participer à la formation de jugement* »<sup>230</sup>.

Ces arrêts montrent qu'en ce qu'il constitue une obligation personnelle des magistrats et jurés, le secret du délibéré couvre non seulement les opinions émises par les délibérants mais, au-delà, les modalités exactes du vote et la teneur des échanges intervenus durant celui-ci.

### 3.2.1.1.3.2.3 Les sanctions disciplinaires

**Jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature** - La violation du serment est, par ailleurs, susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires. Plusieurs décisions du Conseil supérieur de la magistrature statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège sanctionnant un manquement au devoir de fidélité au serment prêté au titre d'une violation du respect du secret du délibéré, peuvent être recensées. Il a, ainsi, censuré :

- la révélation par un magistrat, contre rémunération, à un ami promoteur immobilier d'informations substantielles sur le contenu d'une décision relevant de sa juridiction avant jugement (24 juillet 2000, S111) ;
- les entretiens qu'un magistrat avait eu avec un prévenu sur l'affaire le concernant pendant le cours du délibéré alors que ce magistrat siégeait dans cette affaire (23 mai 2002, S124) ;
- le comportement d'une magistrate qui avait accepté de s'entretenir avec un prévenu alors qu'il savait devoir siéger peu après dans l'affaire le concernant et avait participé au jugement

---

<sup>227</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, art. 6 II, modifié par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022.

<sup>228</sup> Cass. Crim., 25 janvier 1968, précité., lesdits faits consistaient en un récit de la délibération qui avait précédé le verdict, notamment en ce que durant celui-ci, les trois magistrats avaient proposé une certaine peine, que des jurés avaient posé des questions ou évoqué certains points et que la condamnation à mort avait été obtenue par 14 voix contre 13, cet arrêt précisant, par ailleurs, que « *même si le procès appartient à l'histoire et si les faits et documents qui ont été soumis à l'appréciation des juges peuvent être librement discutés et commentés, cette circonstance ne permet cependant pas à ceux qui ont participé à son jugement de violer le secret des délibérations (...) qu'ils avaient fait le serment de respecter, en révélant les opinions manifestées par les membres de cette juridiction* ».

<sup>229</sup> Cass. Crim., 25 mai 2016, précité, étant précisé, toutefois, que les moyens de cassation portaient sur le refus de procéder à une mesure d'instruction et l'impartialité de la cour d'appel sans viser les motifs relatifs à la caractérisation de l'infraction.

<sup>230</sup> Cass. Crim., 18 décembre 2024, n° 23-83.178, Publié ; *adde.*, Trib. Corr. Paris 17<sup>e</sup> chambre, 31 mars 1989, La semaine juridique, n° 46 15 novembre 1989, II 21356, note Dubreuil, déclarant coupable de ce chef un juré de cour d'assises qui avait remis à un journaliste des feuillets relatant les débats et les diverses interventions au cours du délibéré qui avait précédé le verdict, soulignant que les membres de la formation de jugement étaient facilement identifiables par les précisions données les concernant et que certaines questions n'auraient pas été soumises au vote.

sans se déporter après avoir fait l'objet d'interventions en faveur de ce prévenu de la part de tiers ayant organisé la rencontre et avait trahi le secret du délibéré en révélant le sens de la décision adoptée avant qu'elle ne soit rendue (13 mai 2003, S125) ;

- le comportement de la magistrate qui avait indiqué lors du prononcé d'un délibéré qu'elle n'était pas d'accord avec la décision rendue, manifestant ainsi son opinion personnelle en violation du secret des délibérations (22 janvier 2019, S231).

**Jurisprudence de l'ordre administratif** - Le magistrat d'une juridiction administrative spécialisée (chambre régionale des comptes) s'est vu infliger une sanction disciplinaire pour avoir divulgué les commentaires formulés par des membres de la juridiction durant des délibérés dans des courriers adressés au président de la République et au garde des Sceaux<sup>231</sup>.

**Articulation de l'opinion séparée avec le volet déontologique du secret du délibéré** - Là encore, le volet déontologique du secret du délibéré montre qu'il couvre le sens de la décision ou toute information sur l'affaire avant qu'elle ne soit rendue et, *a posteriori*, l'opinion individuelle des délibérants.

En revanche, il ne semble pas, à ce jour, qu'une sanction disciplinaire ait été prononcée à l'encontre d'un magistrat qui aurait révélé, une fois la décision rendue, le contenu des débats sans viser nominativement l'opinion des délibérants ou qui aurait veillé à exprimer la sienne sous forme anonyme.

Toutefois, le Recueil des obligations déontologiques des magistrats paraît couvrir ce champ, dès lors qu'aux termes de celui-ci, le magistrat respecte la confidentialité des débats judiciaires et des procédures évoquées devant lui ; il ne divulgue pas les informations dont il a eu connaissance, même sous forme anonyme ou anecdotique<sup>232</sup>. Et la Charte de déontologie de la juridiction administrative, adoptée le 14 mars 2017, précise que les magistrats de l'ordre administratif « *sont liés par le strict respect du secret du délibéré, principe fondamental de notre système juridictionnel, qui interdit la divulgation par quelque moyen que ce soit, à qui que ce soit et à quelque époque que ce soit, de ce qu'ont été les discussions et de la façon dont chacun des membres de la juridiction administrative s'est prononcé* », formulant une « *interdiction absolue et générale* »<sup>233</sup>.

Au regard de ces textes, ne faut-il pas s'interroger sur le point de savoir si une anonymisation de la révélation, par un magistrat, d'éléments couverts par le secret du délibéré suffirait à la rendre compatible avec ses obligations déontologiques ?

**Articulation de l'opinion séparée avec les autres obligations déontologiques** - En tout état de cause, toute révélation ayant trait au délibéré dans une forme rendue compatible avec l'obligation déontologique de protéger son caractère secret n'exonérerait pas les juges de leur devoir de réserve, de discrétion et de loyauté<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> CE, 21 février 2013, n° 344462, rejetant le pourvoi formé à l'encontre de la sanction de l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de douze mois prononcée par le Conseil supérieur des chambres régionales des comptes statuant en formation disciplinaire.

<sup>232</sup> Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Chapitre VIII, La réserve et la discrétion, articles 7 à 9.

<sup>233</sup> C.. Testard, article précité.

<sup>234</sup> Il peut être observé que, dans sa décision précitée du 22 janvier 2019, le CSM a considéré qu'en marquant son désaccord avec la décision, le magistrat avait manqué à son devoir de loyauté ; N. Fricero, « Délibérations des juges : entre secret et transparence », Les cahiers de la justice 2014/3, p. 413 s., qui souligne que l'exigence de transparence qui irait dans le sens de l'expression d'opinions séparées « *ne consiste pas en une information sans filtre* » ; audition L. Cadet, professeur des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne.

Car les magistrats sont tenus de « *ne pas porter atteinte au crédit de la justice et à l'image de l'institution judiciaire et de ne pas donner de la justice une image dégradée ou partisane* »<sup>235</sup>. Ces devoirs encadrent l'exercice, lui-même essentiel, de la liberté d'expression des magistrats<sup>236</sup>. La recherche d'un point d'équilibre entre le devoir de réserve, de discrétion et de loyauté et la liberté d'expression des magistrats à l'œuvre ressort également de la jurisprudence de la CEDH, aux termes de laquelle les magistrats doivent user de leur liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention, avec retenue lorsque l'impartialité et l'autorité de justice sont susceptibles d'être mises en cause.

Il en résulte que la divulgation de certaines informations, même exactes, doit se faire avec modération et décence et que, dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, la plus grande discrétion s'impose aux autorités judiciaires lorsqu'elles sont appelées à rendre la justice, afin de garantir leur image de juges impartiaux, mais également lorsqu'elles expriment des critiques à l'encontre de collègues fonctionnaires, en particulier d'autres juges<sup>237</sup>.

À ce titre, certains auteurs évoquent la nécessité de soumettre la pratique de l'opinion séparée par les magistrats à l'observation stricte des règles déontologiques dont ils relèvent et, au besoin, les préciser<sup>238</sup>.

Au-delà d'être assorti de sanctions rigoureuses, le serment des magistrats de garder le secret du délibéré est d'autant plus fort qu'il est indisponible : ces derniers ne peuvent en être relevés d'aucune façon.

#### 3.2.1.1.3.2.4 L'indisponibilité du serment des magistrats

**Fondement** - L'article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 27 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature dispose que le magistrat « *ne peut, en aucun cas, être relevé de (son) serment* ».

**Jurisprudence** - La jurisprudence déduit plusieurs conséquences de l'indisponibilité du serment :

---

<sup>235</sup> G. Canivet et J. Joly-Hurard, La déontologie des magistrats, Dalloz, Connaissance du droit, 2003, p. 88 ; *adde.* Recueil des obligations déontologiques des magistrats, *loc.cit.*, précisant que le magistrat doit faire un bon usage des moyens de communication, afin notamment de permettre une meilleure compréhension de l'action de la justice, que, dans ses relations avec les médias, il fait prévaloir une communication institutionnelle ouverte et publique, et ne dénigre pas l'institution, y compris sous une forme anonyme et qu'en aucun cas, la communication ne doit être détournée à des fins de promotion ou d'intérêts personnels.

<sup>236</sup> Avis du CSM au Garde des Sceaux, sur saisine du 2 mai 2023, remis le 13 décembre 2023, sur la conciliation de ces devoirs avec la liberté d'expression, rappelant que « *le magistrat s'exprime librement dans les limites de son statut* », qu'il n'est pas « *obligé au conformisme* » et ne saurait être « *réduit au silence* », de sorte que « *lorsque le discours reste purement général, prudent et mesuré, le Conseil supérieur de la magistrature considère qu'il n'y a pas lieu à sanction* ».

<sup>237</sup> Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme - Liberté d'expression, n° 469 s. ; notamment, CEDH, *Baka c. Hongrie* [GC] du 23 juin 2016, n° 20261/12, § 162 à 167, résumant les principes généraux applicables à la liberté d'expression des magistrats.

<sup>238</sup> F. Tulkens, « Secret du délibéré et opinions dissidentes à la CEDH », dans Secret du délibéré et opinions dissidentes, précité ; V. Gosel-Le Bihan, « Secret du délibéré et opinions dissidentes dans le système américain », dans Secret du délibéré et opinions dissidentes, précité ; D. Rousseau, « La pratique des opinions dissidentes – Synthèse », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2000, n° 8, soulignant que les opinions séparées devraient être soumises à des « *conditions d'énonciation* » ; audition N. Fricero, professeure émérite des universités, Nice Côte d'Azur qui souligne que l'introduction de l'opinion séparée ferait naître à la charge des magistrats l'obligation de ne pas révéler l'identité de son auteur ni, *a fortiori*, des majoritaires.

- **Le secret des délibérations fait obstacle à ce que des juges puissent témoigner sur la teneur d'un délibéré.**

La chambre criminelle a jugé que « lorsqu'un magistrat appelé en témoignage dans un procès correctionnel déclare qu'il ne peut répondre aux questions posées sans manquer au secret professionnel, c'est à bon droit qu'une cour déclare (...) que ce témoin n'a pas à s'exprimer sur des faits qui se seraient passés dans la chambre du conseil »<sup>239</sup>. Elle juge également qu'une « dérogation à l'obligation de conserver le secret des délibérations, édictée par l'article 304 du code de procédure pénale, ne saurait être admise, même à l'occasion de poursuites pour violation du secret du délibéré »<sup>240</sup>.

Il convient, toutefois, d'observer que la première chambre civile a rejeté le moyen qui reprochait à une cour d'appel de s'être fondée sur « le contenu des échanges intervenus entre les arbitres au cours du délibéré » pour accueillir le recours en rétractation d'une sentence, en précisant que, pour caractériser l'existence d'une fraude, la cour d'appel « pouvait se fonder sur le contenu des échanges intervenus entre les arbitres au cours du délibéré »<sup>241</sup>. Cette solution, qui contraste avec la jurisprudence de la chambre criminelle, semble conforter la différence de nature du secret du délibéré auquel sont tenus, d'une part, les magistrats étatiques, d'autre part, les arbitres.

- **L'interdiction d'engager des poursuites à l'encontre de magistrats pour avoir rendu une décision**

Tel est le sens de la jurisprudence de la chambre criminelle. Au-delà du fait qu'est exclue toute plainte qui « s'analyse en la critique de décisions juridictionnelles, lesquelles ne peuvent être attaquées que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi et ne sauraient être considérées comme constitutives par elles-mêmes de crimes ou de délits », elle précise que « les membres des juridictions, qu'elles soient d'ordre judiciaire, administratif ou disciplinaire, statuant en formation collégiale n'ont pas à répondre des avis et des votes qu'ils ont personnellement émis au cours de délibérations portant sur des affaires déferées aux dites juridictions » et que « toute investigation qui tendrait à rechercher les conditions dans lesquelles la décision concernant l'une de ces affaires a été prise, se heurterait au principe même de la collégialité et à l'obligation légale et absolue du secret du délibéré »<sup>242</sup>.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat juge que le secret des délibérations s'oppose à ce que puisse être reprochée à un magistrat sa participation à une décision juridictionnelle<sup>243</sup>.

**Enseignements** - L'étude du secret des délibérations comme obligation personnelle des magistrats est éclairante : comme la jurisprudence relative au secret du délibéré en tant que principe processuel, elle interdit l'expression de l'opinion personnelle d'un magistrat. Allant plus loin, elle paraît interdire toute révélation de la teneur des discussions, en tant que telle. La question se pose donc de savoir si une telle jurisprudence pourrait être incompatible avec l'expression d'une opinion séparée, même anonyme, qui, par essence, fait état d'une argumentation juridique discutée durant le délibéré.

<sup>239</sup> Cass. Crim., 18 août 1882, Bull. 1882, Crim., n° 212.

<sup>240</sup> Cass. Crim., 25 mai 2016, précité ; *adde.*, Cass. Crim., 22 mars 2016, précité, jugeant, au visa de l'article 6 §1 de la Convention EDH et « des principes généraux du droit » que l'atteinte que constitue la saisie par un juge d'instruction, dans le cadre des pouvoirs qu'il tient de l'article 81 du code de procédure pénale, de documents couverts par ce secret ne saurait être justifiée qu'à la condition qu'elle constitue une mesure nécessaire à l'établissement de la preuve d'une infraction.

<sup>241</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 30 juin 2016, n°s 15-13.755, 15-13.904 et 15-14.145.

<sup>242</sup> [Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 20 octobre 1982, Inédit - Légifrance](#) ; Cass. Crim., 19 novembre 1981, n° 81-94.556, Bull. 1981, Crim., n° 308.

<sup>243</sup> CE, 20 juin 1947, *Coulon*, publié au *Recueil Lebon*.

Il convient, enfin, d'examiner le sens et la portée de la protection constitutionnelle du secret du délibéré, déterminante du point de savoir si des dérogations peuvent y être apportées et le cas échéant, dans quelle mesure et selon quelles modalités.

### 3.2.1.1.3.3 La protection constitutionnelle du secret du délibéré

**Portée du principe** - Tout en reconnaissant une valeur constitutionnelle au principe du secret du délibéré par sa décision précitée du 4 décembre 2015, le Conseil a admis la possibilité d'y apporter des limitations en ces termes : « *s'il est loisible au législateur de permettre la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré, il lui appartient de prévoir les conditions et modalités selon lesquelles une telle atteinte au principe d'indépendance peut être mise en œuvre afin que celle-ci demeure proportionnée* »<sup>244</sup>.

Le commentaire de cette décision aux cahiers du Conseil constitutionnel apporte des précisions sur les dérogations qui peuvent être apportées au secret du délibéré. Tout d'abord, il précise qu'admettre la valeur constitutionnelle du secret du délibéré n'a pas pour objet de prédéterminer ce qu'il conviendrait d'entendre par « *délibéré* ». Ce terme peut désigner des opérations distinctes, des éléments de préparation variables, des organisations différentes selon les juridictions ou selon les matières. Ensuite, il n'est pas interdit au législateur de procéder à la conciliation entre ce principe et un motif d'intérêt général ou un autre principe de valeur constitutionnelle, pour apporter d'éventuels aménagements au secret<sup>245</sup>.

Le Conseil met ainsi en avant le fait que le délibéré est une notion contingente et que des dérogations peuvent être apportées au principe du secret du délibéré par le législateur selon leur objet et le motif d'intérêt général ou le principe à valeur constitutionnelle poursuivi, celui-ci devant être mis en balance avec le principe d'indépendance des magistrats que le secret protège.

**Autres principes à valeur constitutionnelle en jeu** – Dans la perspective d'un tel contrôle de proportionnalité, parmi les arguments avancés à l'appui de l'introduction d'opinions séparées, il peut être rappelé que l'exigence de transparence « *administrative* » a valeur constitutionnelle<sup>246</sup> (article 15 de la Déclaration de 1789). Il peut être relevé que le Conseil a toutefois précisé que les exigences qui en découlent ne sont pas susceptibles de s'appliquer aux règles d'organisation d'un scrutin<sup>247</sup>. La liberté d'expression est également protégée par la Constitution (article 11 de la Déclaration de 1789). En outre, sont des objectifs à valeur constitutionnelle l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi ainsi que la bonne administration de la justice dégagée sur le fondement, entre autres, de l'article 15 de la Déclaration de 1789<sup>248</sup>.

L'analyse de la conception du principe du secret du délibéré dans les juridictions françaises s'enrichit, enfin, de sa comparaison avec celle, plurielle, des systèmes juridiques étrangers.

---

<sup>244</sup> Cons.Const., n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, la censure résultant de ce que les dispositions contestées n'indiquaient pas à quelles conditions un élément couvert par le secret du délibéré pouvait être saisi dans le cadre d'une instruction pénale, le législateur ayant, ce faisant, méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant par elles-mêmes le principe d'indépendance des juridictions.

<sup>245</sup> Commentaire aux cahiers de la décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, page 17.

<sup>246</sup> Cons.Const., décision n° 2015-471 QPC du 29 mai 2015, *Mme Nathalie K.-M.*, jugeant qu'elle peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

<sup>247</sup> Cons.Const., décision du 29 mai 2015, précitée.

<sup>248</sup> Cons.Const., décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009.

### 3.2.1.2 Le droit comparé

**Diversité des conceptions** – Telles qu'exposées précédemment, les différences existantes entre les pratiques des opinions séparées dans de nombreux pays étrangers et cours internationales et les raisons de son interdiction dans d'autres Etats et les juridictions européennes révèlent une diversité d'appréhension du principe du secret du délibéré et son caractère relatif, en droit processuel international. Dans les pays et juridictions étrangers auxquels le groupe de travail s'est plus particulièrement intéressé, le champ couvert par le secret du délibéré est plus ou moins étendu, apprécié de la même façon devant toutes les juridictions et toutes matières confondues ou, au contraire, de façon variable, il est absolu ou relatif, voire inexistant.

**Facteurs d'influence** - Il peut être observé qu'à l'étranger, la conception du délibéré et du secret qui s'y attache varie en fonction de deux facteurs : l'office et la responsabilité du juge quant à la délivrance de son opinion (le rôle du juge est-il de faire connaître nominativement son opinion individuelle ou d'argumenter afin d'influer sur la collégialité ?) et la procédure de délibération (la rédaction de la décision est-elle concomitante aux délibérations ou se fait-elle postérieurement ?).

**Conception étroite du secret du délibéré** - Dans la majorité des pays qui pratiquent l'opinion séparée, le principe du secret du délibéré existe. Mais son objet est limité aux « *délibérations* », par opposition aux opinions individuelles des juges. Cette conception souple tient à la distinction opérée entre la phase de délibération et la phase de rédaction de la décision. Les discussions qui ont eu lieu entre les délibérants<sup>249</sup> sont protégées par un secret absolu mais les décisions elles-mêmes, auxquelles sont assimilées les opinions que se sont forgées chacun des délibérants à l'issue de celles-ci, sont publiques. C'est également la conception du secret des délibérations qui a cours devant la CEDH et la plupart des cours régionales des droits de l'homme (notamment la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme). Enfin, soulignons que dans certains pays, le délibéré est public, comme au Brésil ou en Suisse, devant le Tribunal fédéral.

**Conception large du secret du délibéré** - Les pays qui ne pratiquent pas l'opinion séparée partagent, pour la grande majorité, une interprétation large du secret du délibéré qui couvre les délibérations entre les membres de la juridiction, le décompte des voix et les opinions individuelles des juges. Le fondement de cette conception du secret du délibéré, proche de celle qui ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, est également la garantie de la liberté de s'exprimer au cours des délibérations, de l'indépendance des juges et le fait que la décision majoritaire est celle de la juridiction qui doit parler d'une seule voix. Cette conception prévaut également au sein des deux juridictions de l'Union européenne et s'inscrit dans leur ambition d'application uniforme et d'harmonisation dans un système de droit intégré qui proscriit toute immixtion du facteur de nationalité dans le mode de fonctionnement et de délibération de la Cour et du Tribunal. Or, l'introduction des opinions séparées pourrait ouvrir la voie à l'expression de critiques qui pourraient être liées ou assimilées à des considérations nationales et contrarier cette ambition.

\*\*\*

---

<sup>249</sup> Audition The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni, « *les délibérations internes comprennent tout ce qui a été dit lors des discussions entre les juges, tous les projets d'arrêt préparés par un membre de la Cour et tous les commentaires sur ces projets par d'autres juges* » mais « *à la fin de ce processus, chaque juge est tenu d'exprimer publiquement son opinion et les raisons de cette opinion* » ; *adde.* contribution écrite du Tribunal suprême espagnol.

L'étude du principe du secret du délibéré en droit interne et en droit comparé montre que plusieurs conceptions sont envisageables.

**Conception étroite du secret du délibéré** - À l'instar de certaines juridictions étrangères, le secret ne couvrirait que la teneur de la discussion qui s'est déroulée pendant le délibéré, par opposition à l'opinion définitive de chacun des délibérants, en phase ou non avec le sens du délibéré, qu'ils seraient libres de divulguer après que la décision a été rendue. Une telle conception du secret repose sur l'idée qu'il est destiné à protéger l'indépendance des juges, entendue au sens de sa liberté de parole, protection dont chacun serait donc libre de disposer, la seule limite étant de ne pas porter atteinte à la protection ainsi conférée par le secret aux autres délibérants et, pour cette raison, de ne pas divulguer leurs positions et la teneur des échanges qui les révélerait indirectement.

Le principe du secret du délibéré serait, dans cette conception, compatible avec l'expression d'opinions séparées, anonymes ou non.

**Conception large du secret du délibéré** - Selon une interprétation adoptée par d'autres juridictions étrangères, le secret du délibéré aurait un périmètre large et couvrirait tant la teneur de la discussion, dont la substance des argumentations débattues, que l'opinion définitive des délibérants. Une telle conception du secret du délibéré s'inscrirait dans l'idée qu'il garantit tant le principe d'indépendance des magistrats, dont ils n'ont pas la libre disposition, que l'autorité morale des décisions de justice collégiales.

Le principe du secret du délibéré serait, dans cette conception, incompatible avec l'expression d'opinions séparées, même anonymes.

**Conception française du secret du délibéré** - La question qui se pose est celle de savoir laquelle de ces conceptions prévaut en droit interne ou si le secret du délibéré y est entendu de façon originale, suivant une voie médiane.

L'analyse de la jurisprudence n'épuise pas le débat sur la possibilité d'exprimer une opinion séparée, en particulier si celle-ci est anonyme. C'est ce que confirment, d'ailleurs, les échanges avec les différentes personnalités reçues dans le cadre de ce groupe de travail.

La jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat permettent de déterminer, *a minima*, un noyau dur de ce qui est couvert par le secret du délibéré. Celui-ci interdit, notamment, l'expression de l'opinion personnelle d'un juge sur la décision et la révélation de l'opinion des autres délibérants même réduite au sens de leur vote. On ne retrouve ainsi pas en droit interne de trace de la distinction opérée par certaines juridictions étrangères entre les délibérations qui sont secrètes et les opinions des juges qui peuvent être rendues publiques.

L'expression d'opinions séparées nominatives méconnaîtrait, en l'état actuel du droit positif, le principe du secret du délibéré.

La question de savoir s'il interdirait l'expression d'opinions séparées anonymes et facultatives, suggérées par le rapport Cour de cassation 2030, ne peut être tranchée avec la même certitude dès lors que celles-ci ne permettent pas d'identifier les opinions des délibérants. Il semble toutefois que les jurisprudences judiciaires et administratives inclinent en faveur d'une conception large du secret du délibéré incluant les conditions d'adoption de la décision, même lorsqu'elles ne permettent pas d'identifier les opinions des délibérants.

Certes, de telles opinions séparées ne porteraient, *a priori*, pas atteinte à l'indépendance des magistrats qui est le fondement de la protection constitutionnelle du secret du délibéré. Mais il reste

à savoir si, en ce qu'elles révèlent le principe et la teneur d'une dissension au sein de la formation de jugement, elles seraient compatibles avec le secret du délibéré, en tant qu'il est également fondé, au niveau législatif, sur l'autorité morale des décisions de justice.

Cette incertitude que laisse subsister l'étude de l'articulation des opinions séparées et du secret du délibéré implique, de plus fort, d'interroger leur influence sur les décisions de la Cour de cassation.

### 3.2.2 L'influence de l'opinion séparée sur l'autorité de la décision

**Précisions des termes du débat à la Cour de cassation** - L'état des lieux du débat sur l'opinion séparée a montré que les arguments avancés en faveur et en défaveur de celle-ci peuvent être regroupés en deux catégories : ceux qui ont trait à l'incidence de l'opinion séparée sur la réception de la décision<sup>250</sup> et sur son élaboration<sup>251</sup>. L'objet de la présente partie est d'enrichir cette réflexion par de plus amples développements sur la question de l'autorité morale de la décision qui cristallise une part importante des débats, tant il s'agit d'une notion complexe qui fait appel à des considérations multiples, juridiques, sociologiques et politiques et de mettre en perspective le bénéfice à tirer de l'introduction de l'opinion séparée avec les outils existants à la Cour de cassation<sup>252</sup>, présentés par certains comme des équivalents préférables.

#### *3.2.2.1 L'autorité morale des décisions de la Cour de cassation*

**Une autorité conçue différemment selon la décision en cause** - L'expression d'opinions séparées serait, pour certains, un facteur d'affaiblissement de l'autorité morale de la décision et de son acceptabilité par la partie perdante et le corps social en donnant à voir qu'elle est intrinsèquement critiquable tandis que, pour d'autres, elle serait un facteur de légitimation par la transparence, donnant à voir à la partie perdante que sa cause a été entendue et, au corps social, la solidité et la richesse du processus juridictionnel<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> Pour rappel, certains soutiennent qu'elle serait un facteur de légitimation de la décision, qu'elle en clarifierait la portée et enrichirait le débat juridique tout en favorisant le dialogue avec les juridictions du fond et les juridictions internationales, quand d'autres y voient un facteur d'affaiblissements de son autorité et de confusion générant, au surplus, un risque de rébellions des juridictions du fond.

<sup>251</sup> Pour rappel, certains soutiennent qu'elle aurait une vertu performative en ce qu'elle serait un facteur de qualité de la délibération et de la motivation et renforcerait la collégialité en incitant à la recherche d'une solution consensuelle tandis que, pour d'autres, elle fragiliserait la collégialité en conduisant les juges à se crispier sur leur singularité et entraînerait une personnalisation de la justice attentatoire à l'indépendance des juges, dans le contexte du développement de l'intelligence artificielle et contraire à la culture juridique française.

<sup>252</sup> Audition P. Deumier, professeure des universités, Jean Moulin Lyon 3 soulignant que l'évaluation de la pertinence de l'opinion séparée est celle de l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité d'un tel moyen pour atteindre des objectifs dont le poids varie selon leur impériosité et que l'objectif pertinent étant la volonté de faire savoir qu'une autre solution était sérieusement disputée (et au-delà de réaliser la transparence ou d'améliorer la compréhension), qui peut être réalisé par plusieurs moyens, se prononcer sur l'opinion séparée, c'est donc se prononcer sur sa plus ou moins grande pertinence par rapport à ces autres moyens.

<sup>253</sup> Voir *infra*, 1. Etat des lieux du débat sur l'opinion séparée ; 3.2.1.1.2. Les fondements du secret du délibéré.

Outre le fait que l'argument est, ainsi, réversible, il ne peut être arbitré entre ces deux thèses de façon absolue : les facteurs de renforcement ou d'affaiblissement de l'autorité morale des décisions de justice dépendent de la juridiction et du type de décision en cause, et ils doivent être mesurés à l'aune des évolutions récentes sur l'office du juge de cassation.

À cet égard, les mouvements de réforme à l'œuvre au sein de la Cour de cassation, et notamment l'introduction de la motivation enrichie pour les arrêts les plus importants, témoignent de l'existence d'une conception de l'autorité de la décision renouvelée, d'ores et déjà acclimatée à l'idée d'afficher la complexité du raisonnement juridique<sup>254</sup>. Pour les décisions les plus normatives, la mise en œuvre de l'opinion séparée, en tant qu'elle révèle que d'autres solutions ont été soutenues et écartées lors du délibéré, s'inscrirait donc, conceptuellement, dans le sillage de la motivation enrichie<sup>255</sup>. Or, contrairement à ce que certains avaient pu craindre en amont de sa mise en œuvre, celle-ci n'a pas affaibli, loin de là, l'autorité des décisions les plus importantes de la Cour de cassation. L'opinion séparée pourrait donc contribuer, comme elle, au renforcement de l'autorité morale, ainsi repensée, de ce type de décisions. L'argument tiré de la fragilisation de l'autorité morale de la décision doit, pour celles-ci, être relativisé.

En revanche, pour les autres types de décisions, non normatives, celles qui ne fixent pas le sens de la règle de droit applicable, la conception traditionnelle de l'autorité morale des décisions de justice qui passe par l'énoncé clair d'une unique « *vérité judiciaire* » sur les données du litige conserve toute sa pertinence. En particulier, on peut penser que pour ces décisions, le risque que l'expression d'une opinion séparée suscite une décision divergente de la juridiction de renvoi serait plus prégnant, sans qu'une telle « *rébellion* » ne contribue, par le dialogue des juges, à l'élaboration de la jurisprudence.

Pour ce second type de décision, la mise en œuvre de l'opinion séparée pourrait donc être, au contraire, vue comme un facteur de fragilisation de la décision.

Il en résulte que la mise en œuvre des opinions séparées à la Cour de cassation pourrait ainsi avoir plus spécifiquement sa place pour le traitement des affaires à forte portée normative, relevant d'ores et déjà de circuits approfondis spécifiques, à l'instar, le plus souvent, des arrêts en motivation enrichie. La rédaction de telles opinions s'intégrerait ainsi, en termes de méthodes de travail, dans le processus de traitement des affaires exceptionnelles, pour lesquelles une attention particulière est apportée à la légitimité de l'intervention du juge, qu'il s'agisse de favoriser l'acceptation de la décision par les parties, par un débat le plus ouvert possible à l'audience<sup>256</sup>, ou d'asseoir le rôle normatif particulier du juge de cassation, qui, dans ces affaires est conduit à compléter, voir à créer la norme en l'interprétant.

**L'autorité d'une justice institutionnelle** - Comme cela a été vu, le secret absolu du délibéré protégerait également l'autorité morale des décisions de justice car il conserve l'unité

---

<sup>254</sup> Guide de la motivation enrichie, p. 10 s.

<sup>255</sup> Audition S. Pellé, professeur des universités, Toulouse Capitole, soulignant que motivation enrichie et opinions séparées participent de la même logique du passage d'un argument d'autorité à une logique de persuasion.

<sup>256</sup> Rapport Cour cassation 2030, Organiser un débat exceptionnel sur certaines « *affaires phares* » : la « procédure interactive ouverte », p. 46 ; *adde.* audition S. Gervasoni, juge à la CJUE qui souligne l'importance, au sein de celle-ci, de l'interactivité à l'audience.

substantielle de la décision et permet de la regarder comme l'œuvre d'une justice institutionnelle. De ce point de vue, il faut avoir à l'esprit que, par rapport à la motivation enrichie « *alternative* », un pas supplémentaire serait franchi avec la mise en œuvre de l'opinion séparée.

Expliquer qu'une solution ne s'imposait pas avec la force de l'évidence, que des solutions alternatives ont été débattues et les raisons pour lesquelles elles ont été écartées par la formation de jugement prise comme un tout, est une chose. Exposer qu'un désaccord a persisté jusqu'au vote et a conduit un ou plusieurs magistrats à ne pas voter pour la solution retenue en est une autre.

L'expression d'une opinion séparée induit forcément cette idée que la décision n'est pas l'œuvre de tous mais de l'addition d'opinions individuelles majoritaires et, partant, entraîne une personnalisation de la fonction de juger, même atténuée par l'anonymat. Or, la conception institutionnelle de la justice est consubstantielle à la culture juridique française et il a pu être souligné lors des auditions que le contexte sociétal actuel ne serait pas forcément favorable à un changement de paradigme et inviterait à la prudence<sup>257</sup>.

À cela s'ajoute que la poursuite d'une réflexion sur l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation n'a pas été motivée par le besoin d'offrir une « *clause de conscience* » aux juges et de leur permettre de prendre leur distance avec l'adoption de la décision ni pour ouvrir un débat sur leur responsabilité.

C'est à la lumière de ces approfondissements que, relativement à l'autorité morale de la décision, l'enjeu de la mise en œuvre de l'opinion séparée à la Cour de cassation doit être considéré.

Le bénéfice de l'opinion séparée doit également être mesuré à l'aune de son impact concret sur les méthodes de travail à l'œuvre à la Cour de cassation.

### 3.2.2.2 Les outils existants

**Recherche du consensus** - Il est avancé par certains que la possibilité d'une opinion dissidente conduirait le juge à se crisper sur sa singularité au prix d'un oubli de la collégialité. Cette objection a une résonance particulière à la Cour de cassation où le délibéré se mûrit progressivement tout au long du parcours procédural de l'affaire qui est scandé par différentes étapes de travail (séance d'instruction avec l'avocat général ; discussions au sein des pôles de compétence ; observations complémentaires des avocats aux conseils en cas de moyens relevés d'office ; conférence ; audience et délibéré) et où, très souvent, ce sont ces échanges successifs qui amènent à lever nombre d'obstacles juridiques et permettent de dépasser les clivages initiaux entre les délibérants.

Le souci de préserver la recherche de consensus, qui caractérise fortement l'esprit du délibéré à la Cour de cassation, impose, en conséquence, de peser au plus près les avantages des outils qui sont à l'œuvre dès lors qu'il est, par essence, difficile de préjuger de l'impact de

---

<sup>257</sup> Voir *infra*, 1. Etat des lieux sur l'opinion séparée.

l'introduction des opinions séparées sur la collégialité dans le processus décisionnel, vivement débattu.

**La motivation enrichie** - L'évocation plus systématique dans la motivation de la décision des solutions alternatives qui, discutées par la formation de jugement, n'ont pas été suivies, est présentée par certains comme une voie de compromis à explorer. Elle serait propre à garantir l'essentiel des avantages attendus de l'expression d'opinions séparées, tout en préservant les soubassements culturels de notre système judiciaire, au premier rang desquels l'effacement de la personne du juge derrière la fonction de juger<sup>258</sup>.

Toutefois, compte tenu des exigences de concision qui pèsent sur la motivation, même enrichie, l'évocation des solutions alternatives ne pourrait pas toujours retranscrire toutes les subtilités de l'argumentation minoritaire<sup>259</sup>. Par ailleurs, si l'ampleur du processus délibératif à la Cour de cassation, qui permet souvent de dépasser les clivages initiaux dans une affaire, a été évoquée, il n'en demeure pas moins que, dans certaines hypothèses, un consensus ne pourra être trouvé pour intégrer au sein de la motivation de l'arrêt la solution alternative écartée.

**L'avis de l'avocat général** – Selon certain, l'avis de l'avocat général pourrait tenir lieu d'opinion séparée lorsqu'il n'a pas été suivi par la formation de jugement<sup>260</sup>. En effet, il incite celle-ci, consciente de ce que la doctrine confrontera l'arrêt à cet avis, à davantage motiver l'arrêt pour y répondre<sup>261</sup>. En outre, même lorsque l'avis et l'arrêt convergent, la publication de l'avis contribue, assurément, à la compréhension et à la contextualisation de la décision<sup>262</sup>.

Cette voie pourrait éventuellement être approfondie pour permettre, dans les affaires qui le méritent, une publication de l'avis de l'avocat général, comme à la CJUE, avant l'audience pour ouvrir plus largement les débats vers la société. Une telle piste de travail ne relève toutefois pas du

---

<sup>258</sup> Audition P. Deumier, professeure des universités, Jean Moulin Lyon 3 soulignant que la mention de la solution alternative dans la motivation faisant savoir qu'une autre interprétation que celle retenue était sérieusement fondée se rapproche de la forme de l'opinion séparée proposée par le rapport Cour de cassation 2030 qui se présenterait de façon anonyme, concise et modérée de telle sorte qu'elle constituerait une plus-value très relative par rapport à la mention de la solution alternative qui pourrait, elle, être approfondie, et présenterait l'avantage de s'insérer plus naturellement dans le système juridique français, quand l'opinion séparée provoquerait une rupture conceptuelle, ce qui la conduit à suggérer de commencer par approfondir et de perfectionner la mention de la solution alternative comme outil au service de la minorité et d'évaluer les effets de cette première pratique avant de « *passer à une étape ultérieure* » ; audition Th. Lyon-Caen, président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, soulignant que l'approfondissement de la motivation enrichie alternative en y intégrant, le cas échéant, l'avis de l'avocat général est le véhicule approprié pour répondre à l'objectif poursuivi en tant qu'elle est moins attentatoire à l'autorité de la décision que l'opinion séparée ; audition A. Levade ; *adde.* audition S. Pellé sur la mise en perspective de l'opinion séparée et de la motivation enrichie ; contribution écrite de la Fondation pour le droit continental.

<sup>259</sup> Également annexe du rapport Cour de cassation 2030 consacrée à l'opinion séparée qui souligne que la motivation enrichie ne serait pas un équivalent car elle ne ferait pas apparaître que l'« *argumentation* (minoritaire) *était suffisamment forte pour avoir emporté le suffrage de certains juges et les enseignements susceptibles d'en être tirés* ».

<sup>260</sup> Contribution écrite de la Fondation pour le droit continental

<sup>261</sup> Audition K. Lenaerts, président de la CJUE, soulignant qu'au sein de cette juridiction, le développement de la motivation est lié à l'avis de l'avocat général qui, lorsqu'il est dissident, contribue à approfondir le raisonnement de la cour.

<sup>262</sup> Rapport Cour de cassation 2030, 3.2.1.1, « Bénéficier pleinement de l'apport du parquet général », qui préconise de rendre progressivement plus fréquente la publication de l'avis de l'avocat général.

présent groupe de travail. Celle-ci doit s'insérer dans une réflexion plus large sur la place de l'audience dans la procédure à la Cour de cassation.

Dans tous les cas, l'apport de l'avis de l'avocat général n'est pas le même que celui de l'opinion séparée car il ne rend pas compte du délibéré auquel celui-ci ne participe pas<sup>263</sup>.

Par la mise en œuvre de l'opinion séparée, la Cour de cassation se doterait donc d'un outil original ne se recoupant pas avec les outils existants en termes d'intérêt. Dans le même temps, ces outils, qui tendent aux mêmes fins, n'en présentent pas les inconvénients potentiels.

#### 4. LES PERSPECTIVES

**Opinion séparée entre tradition et évolution** - À l'issue de ces travaux de réflexion, un constat s'impose. La réponse à la question de l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation relève d'un équilibre délicat et complexe.

L'opinion séparée n'est pas, en effet, dans la tradition juridique française. Ainsi que le soulignait le doyen Vedel, à l'occasion de son bilan de neuf années au Conseil constitutionnel, « *notre tradition judiciaire ne va pas dans le sens de la publicité du dissentiment et l'on ne peut pas savoir quels dégâts produiraient le changement, le temps qu'il prendrait à s'acclimater et les effets inattendus qu'il entraînerait* »<sup>264</sup>.

Même si son extension dans de nombreux Etats européens de droit continental est une réalité, ainsi que le souligne l'étude du Parlement européen publiée en 2012, l'opinion séparée demeure liée à la tradition anglo-saxonne des pays de *Common Law*. Faut-il l'introduire dans les arrêts de la Cour de cassation ? Dans l'affirmative, pourquoi et comment l'introduire ?

Dans une institution judiciaire, dont l'histoire est celle d'une justice à l'origine retenue par le roi, qui ne pouvait avoir qu'une seule et même volonté, les jugements rendus par les juges français doivent, depuis des siècles, présenter l'apparence d'une unanimité

Cependant, une telle apparence reflète-t-elle toujours la réalité ? Les divergences dans l'interprétation du droit sont inévitables et il peut être souligné qu'avec la complexité des sources de droit, la difficulté des questions juridiques posées à la Cour de cassation ainsi que leur caractère souvent sensible du point de vue sociétal, celles-ci deviennent de plus en plus fréquentes. Telle ou telle solution juridique ne s'impose pas avec évidence. Les délibérés peuvent devenir ainsi des espaces de recherche de compromis, au prix, dans certains cas, du risque d'un affaiblissement de la motivation de l'arrêt.

---

<sup>263</sup> Audition P. Deumier, professeure des universités, Jean Moulin Lyon 3, soulignant que si l'avocat général de la CJUE ou le rapporteur public du Conseil d'Etat sont parfois présentés comme jouant un rôle équivalent à celui de l'opinion séparée devant la CEDH ou la CIJ, la faiblesse de cette option par rapport à l'opinion séparée est qu'elle ne peut, temporellement et organiquement, refléter le délibéré ; audition L. Truchot, président de la IX<sup>e</sup> chambre du TUE.

<sup>264</sup> G. Vedel, « Neuf ans au Conseil constitutionnel » *Le Débat*, n°55, mars-août 1989.

L'intérêt de cette étude réside dans la possibilité d'expertiser les avantages et les risques d'une instauration de l'opinion séparée à la Cour de cassation. En effet, « *les opinions séparées peuvent être intégrées à la réflexion sur la légitimité démocratique du juge. Elles exprimeraient une implication personnelle du juge et un nouveau rapport entre le juge et le justiciable et permettraient de « réveiller le pacte démocratique »* »<sup>265</sup>. Si l'opinion séparée est susceptible d'être une richesse supplémentaire dans l'évolution de la Cour vers une transparence de plus en plus grande de son processus décisionnel, son introduction ne peut se faire que dans le respect des normes en vigueur et en assurant la protection des magistrats qui pourraient décider d'exprimer leur dissentiment. À cet égard il convient d'examiner les différentes options possibles.

**Trois options à expertiser** - À la lumière des développements qui précèdent, trois options pourraient être envisagées :

- Une opinion séparée nominative publiée ;
- Une opinion séparée anonyme publiée ;
- Une opinion séparée non publiée utilisée comme technique de délibéré.

**Précisions liminaires** - Les deux premières options qui se distinguent nettement de la troisième en ce qu'elles rendraient publique l'opinion séparée, appellent des précisions liminaires communes.

**Constitutionnalité de l'opinion séparée nominative ou anonyme** - La première question qui se pose est celle de la constitutionnalité même des opinions séparées en droit interne dès lors que le secret du délibéré a une valeur constitutionnelle.

À cet égard, il convient d'observer qu'en l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la protection constitutionnelle du secret du délibéré est fondée exclusivement sur le principe d'indépendance des magistrats en tant qu'il permet de mettre le magistrat à l'abri de toutes pressions extérieures ou de représailles, la question de la protection de l'autorité de la décision n'étant pas visée par le Conseil constitutionnel<sup>266</sup>.

Cette reconnaissance constitutionnelle de la valeur du secret du délibéré n'exclut pas la possibilité d'apporter des dérogations textuelles et proportionnées dès lors qu'elles poursuivent un motif d'intérêt général, un objectif ou un principe concurrent. C'est ce que précise clairement le Conseil constitutionnel.

La question de la constitutionnalité des dérogations possibles au secret du délibéré suppose toutefois d'envisager différemment le sujet selon qu'il s'agit d'introduire une opinion séparée nominative ou anonyme.

**Nécessité d'un texte** - En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, le secret du délibéré est consacré comme un principe général du droit interdisant l'expression, par les magistrats, d'une opinion personnelle sur la solution retenue par la décision à laquelle ils ont

---

<sup>265</sup> N. Fricero, « Délibérations des juges : entre secret et transparence », Les cahiers de la justice 2014/3, p. 413 s.

<sup>266</sup> Voir supra 3.2.1.1.2 Les fondements du secret du délibéré.

participé, sous peine de sanctions pénales et disciplinaires mais aussi de la nullité de la décision concernée.

La valeur juridique ainsi reconnue au secret du délibéré conduirait, semble-t-il, à imposer le recours à un texte législatif pour ouvrir une dérogation expresse à la reconnaissance des **opinions séparées nominatives**, dérogation qui ouvrirait ensuite la possibilité, par voie de conséquence, d'une adaptation des obligations déontologiques des magistrats.

La nécessité d'un texte ne s'imposerait pas avec la même force pour les opinions séparées **anonymes**. Toutefois, il est loin d'être certain que l'anonymisation rendrait l'opinion séparée compatible avec le principe du secret du délibéré dès lors que la jurisprudence judiciaire incline, en l'état, en faveur d'une conception large du secret du délibéré incluant, au-delà de la révélation des opinions des magistrats, d'une part, les conditions d'adoption de la décision, d'autre part, l'ensemble des débats ayant conduit à la décision.

Enfin, en dehors de l'entorse créée au secret du délibéré par l'émission d'une opinion séparée anonyme, le recours à des dispositions législatives semblerait indispensable si l'on souhaite circonscrire le champ d'application de l'opinion séparée à certaines décisions de la Cour de cassation.

#### 4.1 OPTION 1 : L'OPINION SEPARÉE NOMINATIVE

**La transposition du modèle étranger** - C'est le modèle de la CEDH et de certaines Cours suprêmes au sein de l'Union européenne : une opinion séparée révélant l'identité de son ou de ses auteurs. Elle paraît se heurter à plusieurs obstacles importants.

**Obstacle conceptuel** - Elle méconnaîtrait frontalement le secret du délibéré tel que ce principe est, aujourd'hui, défini par la jurisprudence. De plus, à rebours de la conception française de l'œuvre de justice, où domine une conception collégiale de la décision, une opinion séparée nominative risquerait d'entraîner une forte personnalisation de celle-ci.

**Obstacle constitutionnel** - Par la révélation de l'identité de son auteur, il a été avancé, à de nombreuses reprises, que l'opinion séparée risquerait de porter atteinte à l'indépendance des juges et à leur impartialité. Partant, sur le terrain constitutionnel, il pourrait être jugé que l'opinion séparée nominative porte atteinte à l'indépendance des juges et au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi qui est l'un des fondements du principe d'impartialité. Or, il est loin d'être sûr que le contrôle de proportionnalité qui devrait alors être opéré serait résolu en faveur de l'opinion séparée. En effet, l'identification de son auteur ne paraît pas être une condition de réalisation de l'objectif d'intérêt général<sup>267</sup> qui pourrait être mis en balance avec l'atteinte au secret du délibéré.

Cette première option semble donc devoir être écartée<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Voir *supra* 3.2.1.1.3.3 La protection constitutionnelle du secret du délibéré - Cet objectif pourrait être l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi ou encore la bonne administration de la justice.

<sup>268</sup> Il est, d'ailleurs, intéressant d'observer que, parmi les auteurs favorables à l'introduction des opinions séparées en droit interne, plusieurs se prononcent en faveur de leur anonymisation, v. not. : J.-P. Ancel, « Les opinions

## 4.2 OPTION 2 : L'OPINION SEPARÉE ANONYME

**Le « modèle » de la Commission Cour de cassation 2030** - C'est le modèle conçu et préconisé par le rapport Cour de cassation 2030, pour acclimater la pratique de l'opinion séparée à la culture juridique française. Ce modèle, à notre connaissance, n'existe dans aucun Etat mais a été mis en place par l'Organisation internationale du commerce.

**Un débat ouvert et sensible** - Une telle option paraîtrait davantage admissible que la précédente en ce que l'anonymat de l'auteur de l'opinion séparée préserverait, *a priori*, son indépendance qui est, à ce jour, le fondement principal de la protection constitutionnelle du secret du délibéré. Aussi le risque d'inconstitutionnalité, qui a contribué à l'éviction de la première option, n'est-il pas là déterminant. Il n'en reste pas moins qu'il n'est pas certain que cette seconde option soit compatible avec la conception française du principe du secret du délibéré. Au-delà du principe d'indépendance des juges, il est rattaché par la Cour de cassation à l'autorité morale de la décision qui, elle-même, est liée à la logique collective qui préside à son adoption. Or, l'expression d'une opinion séparée, même anonyme, donne à voir la décision comme la somme d'opinions individuelles et non comme une évidence partagée. La portée d'un tel changement de paradigme ne doit pas être minimisée.

**Précautions textuelles** - C'est l'impossibilité d'identifier l'auteur de l'opinion séparée et, par déduction, celle des majoritaires qui permet d'envisager sa mise en œuvre. Si elle était retenue, la réforme législative qu'elle impliquerait supposerait de prendre les précautions suivantes :

- prévoir que l'opinion séparée soit réservée à la Cour de cassation eu égard à son rôle normatif. L'opinion séparée ne paraît pouvoir être mise en œuvre dans les juridictions du fond. Elle implique que la juridiction se prononce sur des questions de droit, auxquelles les juges doivent répondre par une argumentation juridique.

- prévoir une limitation de l'opinion séparée anonyme aux seules formations les plus solennelles de la Cour de cassation<sup>269</sup> : il pourrait exister un risque de « *profilage* » de l'auteur d'une opinion séparée au sein d'une formation restreinte de trois juges. On peut, d'ailleurs, penser qu'un tel risque pourrait demeurer pour les formations plénières de chambre ou de section puisque le nombre des membres ayant voix délibérative peut se limiter à cinq personnes<sup>270</sup>. Au demeurant, c'est pour les affaires à forte portée normative, traitées en principe par les formations de jugement les plus solennelles (assemblée plénière et chambre mixte) que l'opinion séparée serait la plus pertinente.

---

dissidentes », Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement, la Cour de cassation, Mardi 18 octobre 2005 ; M.-E. Baudouin, « Secret du délibéré et opinions dissidentes : une conciliation possible » dans Secret du délibéré et opinions dissidentes, précité ; v. également, relativement à la proposition d'opinions séparées anonymes par le rapport Cassation 2030, E. Jeuland, *Droit processuel général*, 5<sup>e</sup> éd., Domat Droit privé, L.G.D.J., n° 533 ; audition N. Fricero, professeure émérite des universités, Nice Côte d'Azur ; audition L. Truchot, président de la IX<sup>e</sup> chambre du TUE observant qu'il n'y aurait pas lieu de « *personnaliser* » une opinion séparée qui se veut uniquement être la construction de raisonnement alternatif.

<sup>269</sup> Les formations plénières ou mixtes de Cour ou de chambre.

<sup>270</sup> Article R. 431-6 du code de l'organisation judiciaire.

- préciser que l'opinion séparée ne doit pas révéler le nombre de juges minoritaires : il pourrait être souhaitable, pour éviter toute supputation sur l'opinion individuelle des délibérants par recoupement, que le nombre d'auteurs d'une opinion séparée ne soit pas précisé.

- prévoir que l'opinion séparée anonyme demeure une simple faculté : dans le cas contraire, toute décision ne comprenant pas d'opinion séparée pourrait être supposée avoir été prise à l'unanimité et par là même révéler l'opinion de chaque délibérant.

**Modalités de mises en œuvre** - Quelles pourraient être concrètement les modalités de l'élaboration de l'opinion séparée, de sa teneur et de sa formalisation à partir des propositions de la Commission Cour de cassation 2030, débattues et enrichies lors des auditions ?

**Élaboration de l'opinion séparée** - Aux termes du rapport Cour de cassation 2030 *« lorsque le délibéré ferait apparaître, à côté d'une opinion majoritaire, une opinion minoritaire solidement argumentée sans qu'aucun compromis ne puisse être trouvé, la majorité pourrait accepter que les conseillers soutenant cette orientation proposent un texte l'exposant »*<sup>271</sup>.

**Droit de regard de la majorité** - Relativement à cette proposition, un consensus s'est dégagé au fil des auditions : la liberté des minoritaires de choisir d'exprimer une opinion séparée lui est consubstantielle. Il ne serait pas question de soumettre le principe et la substance de l'opinion séparée à l'accord de la majorité. En revanche, il serait opportun de conférer à cette dernière un droit de regard sur sa rédaction *« formelle »* assorti d'un pouvoir de blocage encadré<sup>272</sup>. En effet, dès lors que la mise en œuvre de l'opinion séparée tend à l'enrichissement du délibéré, il apparaît logique que son expression fasse l'objet d'un échange entre son auteur et les autres membres de la formation de jugement, discussion qui pourrait, d'ailleurs, éventuellement faire encore évoluer la motivation de l'arrêt.

**Césure du délibéré** - L'élaboration d'une opinion séparée impliquerait que le délibéré soit scindé dans le temps afin de permettre aux minoritaires ayant manifesté leur intention de formaliser une opinion séparée, de la rédiger<sup>273</sup>. L'opinion séparée serait, ensuite, communiquée aux membres de la formation de jugement en vue d'une seconde séance de délibéré portant sur la rédaction de l'arrêt et de l'opinion séparée, les discussions sur l'une venant enrichir celles portant sur l'autre. Les formulations retenues par l'opinion séparée seraient ainsi débattues, avec pour objectif d'améliorer la qualité de la motivation de l'arrêt.

**Teneur et éthique de l'opinion séparée** - Le rapport Cour de cassation 2030 précise que l'opinion séparée serait exposée *« avec concision et modération »*<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 45.

<sup>272</sup> Audition M. Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation et président de la Commission Cour de cassation 2030 *« l'accord de la majorité ne porterait pas sur le sens de l'opinion séparée puisque celle-ci formule un message minoritaire par nature. L'accord de la majorité aurait pour objet de constater que l'opinion soutenue par la minorité respecte bien une « éthique » de l'opinion séparée : mesure dans les termes et les appréciations, lien de pertinence avec les points décisifs de l'arrêt, présentation préalable à la délibération de la formation de jugement, concision de la formulation... Ce ne devrait être que sur le constat du manquement du projet d'opinion séparée à cette éthique que la majorité de la formation de jugement pourrait, et parfois devrait, s'(y) opposer »*.

<sup>273</sup> Voir *infra*, plus en détail, la mise en œuvre de l'opinion séparée comme technique de délibéré qui impliquerait, elle aussi, de scinder le délibéré.

<sup>274</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 45.

L'exigence de **concision** de l'opinion séparée a fait l'unanimité lors des auditions, notamment à la lumière de la pratique à l'étranger où les opinions séparées « *fleuves* » peuvent être perçues comme contre-productives<sup>275</sup>. Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette exigence. Il ne s'agirait pas d'assigner *in abstracto* aux opinions séparées une longueur « *maximale* » ou de les enfermer dans un paragraphe unique car leur intérêt est, notamment, de permettre aux minoritaires de déployer leur argumentation. Il serait, en revanche, souhaitable de rechercher, au cas par cas, un équilibre entre la motivation de l'arrêt et l'opinion séparée afin qu'elles s'inscrivent dans un même ordre de grandeur. Il s'agirait surtout de veiller à ce que la rédaction de la seconde soit dense et efficace : qu'elle soit purement argumentative et porte uniquement sur les points décisifs de l'arrêt sur lesquels le désaccord s'est cristallisé.

L'exigence de **neutralité** de l'opinion séparée fait également consensus. Elle renvoie à l'idée de mettre en place une « **charte éthique** » de l'opinion séparée qui préciserait les bonnes pratiques<sup>276</sup> et mettrait l'accent sur les obligations déontologiques en jeu : le respect du secret du délibéré et les devoirs de réserve de discrétion, de loyauté et de délicatesse des juges. Trois précautions rédactionnelles apparaissent d'emblée :

- l'opinion séparée ne doit pas faire apparaître l'identité de ses auteurs ou leur nombre et ne doit pas retranscrire, même incidemment, la teneur des délibérations au sens strict, spécialement les objections opposées par les majoritaires durant le délibéré qui ne peuvent être, le cas échéant, exprimées qu'au travers de la motivation de l'arrêt ;
- elle ne doit contenir que des éléments de réflexion et arguments exprimés lors du délibéré ;
- elle doit être rédigée en des termes modérés et respectueux de la logique collective qui préside à l'adoption des décisions de justice.

Par ailleurs, à l'instar du modèle espagnol, il pourrait être prévu de fixer **une structure type** des opinions séparées.

Le groupe de travail est d'avis que ces exigences figurent dans un document interne de la Cour de cassation, sur le modèle du Guide de la motivation enrichie. Un tel document présenterait l'avantage d'être aisément révisé en fonction des besoins que la pratique révélerait.

**Formalisation de l'opinion séparée** - Aux termes du rapport Cour de cassation 2030, l'opinion séparée serait « *précédée d'une formule type, qui pourrait être, par exemple : « l'analyse et l'orientation présentées ci-dessous ont été débattues au cours du délibéré mais n'ont pas recueilli de soutien majoritaire »* »<sup>277</sup>. L'introduction de l'opinion séparée par une telle formule serait assurément un vecteur de clarification de sa nature. Reste à savoir s'il conviendrait, ou non, de l'intégrer à l'arrêt.

**Opinion séparée intégrée** - C'est la proposition du rapport Cour de cassation 2030. Il existe deux possibilités :

---

<sup>275</sup> Audition L. Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne.

<sup>276</sup> Audition D. Roman, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne, évoquant, en ce sens, le règlement intérieur de la CEDH qui précise que les opinions séparées ne peuvent pas révéler les discussions dont procède l'arrêt, ni les notes du rapporteur, ni la position des membres du siège qui ne l'ont pas publiée.

<sup>277</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 45.

- intégrer l'opinion séparée avant les motifs de l'arrêt : l'opinion séparée pourrait être exposée avant les motifs de l'arrêt. L'intérêt serait de faire apparaître la logique des délibérations : les motifs de l'arrêt sont la réponse de la majorité à l'opinion séparée. Cependant, même si l'arrêt est clairement structuré pour isoler l'opinion séparée de la motivation, un risque de confusion pourrait subsister dans l'esprit du lecteur, spécifiquement s'il n'est pas juriste. Ce risque de confusion serait d'autant plus prégnant qu'il conviendrait également d'articuler cette présentation avec la place du moyen, l'arrêt apparaissant dès lors moins comme une réponse au moyen qu'à l'opinion séparée.

Dans tous les cas, eu égard au risque de confusion, il conviendrait sans doute de prévoir que l'opinion séparée soit sensiblement plus brève que la motivation de l'arrêt. Cela pourrait avoir pour effet de limiter le déploiement de l'argumentation des auteurs de l'opinion séparée, ce qui risquerait de lui faire perdre de son intérêt.

- intégrer l'opinion séparée après le dispositif de l'arrêt : pour pallier cet inconvénient, l'opinion séparée pourrait être matériellement intégrée à l'arrêt mais y figurer après le dispositif, à la façon, par le passé, des moyens annexés. Cela permettrait de mieux faire ressortir qu'elle est étrangère à la motivation et offrirait à ses auteurs une plus grande latitude rédactionnelle. Elle pourrait être annoncée par une formule-type.

**Opinion séparée non intégrée** - L'opinion séparée serait « *annoncée* » dans l'arrêt par une formule-type mais figurerait dans un document matériellement distinct, qui pourrait être diffusé à la façon du rapport ou de l'avis de l'avocat général lorsqu'ils sont publiés. D'un côté, l'opinion séparée serait distinguée, le plus nettement possible, de l'arrêt mais, d'un autre, le risque serait que la lecture de l'arrêt puisse être dissociée de celle de l'opinion séparée.

L'intégration de l'opinion séparée à l'arrêt après le dispositif semblerait la solution la plus équilibrée pour concilier lisibilité, unité substantielle de la décision et accessibilité de l'opinion séparée.

**Propositions de textes** - Ces éléments de réflexion ont permis d'élaborer une proposition de rédaction de dispositions qui pourraient être introduites par la réforme qu'impliquerait la mise en œuvre de cette option, le cas échéant, sous la forme d'une expérimentation.

La proposition pourrait s'insérer en partie législative du code de l'organisation judiciaire, après l'article L. 431-9, si l'on restreint l'usage de l'opinion séparée à l'assemblée plénière et aux chambres mixtes.

Celle-ci pourrait prendre la forme suivante :

*« Lorsqu'au cours du délibéré, il est émis une opinion déclinant une analyse juridique qui n'a pas recueilli la majorité des voix, le ou les délibérants la soutenant ont la faculté d'exposer cette opinion dans un texte qui ne doit révéler ni leur identité ni leur nombre. Ce texte est joint à l'arrêt ».*

S'il était retenu que l'opinion séparée figure après le dispositif de l'arrêt (ou dans un document distinct), il ne semble pas qu'il soit nécessaire de prévoir des modifications de textes au sein du code de procédure civile et code de procédure pénale, en particulier s'agissant des dispositions définissant le contenu des jugements.

Les modalités pratiques de la formalisation de l'opinion séparée paraissent relever d'un Guide de la rédaction des opinions séparées pouvant être élaboré par la Cour de cassation. Ce Guide pourrait être accompagné d'une charte éthique de l'opinion séparée.

#### 4.3 OPTION 3 : L'OPINION SEPARÉE COMME TECHNIQUE DE DÉLIBÉRÉ

L'introduction de l'opinion séparée intégrée dans les arrêts de la Cour de cassation est-elle déraisonnable ? Pour le dire autrement, excèderait-elle la mesure, le bon sens, la modération ? On se souvient de la formule du doyen Vedel, « *à qui voudrait porter malheur au Conseil constitutionnel, j'offre deux recettes infailibles : la première serait de confier au Conseil l'élection de son président (...); l'autre recette, celle de l'admission des opinions dissidentes, serait encore plus foudroyante* »<sup>278</sup>.

En réalité, on sait que dans la plupart des pays européens qui l'ont introduite dans leur droit, l'opinion séparée n'a pas provoqué les conséquences néfastes qui étaient redoutées par certains. Ainsi, l'étude du Parlement européen, réalisée en 2012 sur « *les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des Etats membres* », souligne que « *on ne peut de toute évidence plus considérer, comme c'était le cas traditionnellement, que l'adoption d'opinions individuelles constitue une exception à la règle générale du secret des votes individuels. En réalité, seul sept des vingt-sept Etats membres de l'UE conservent encore ce secret, les vingt-sept Etats restants autorisant la publication d'opinions individuelles* ». L'étude ajoute que « *l'expérience de certains Etats n'ayant autorisé que récemment la publication de telles opinions permet de relativiser l'argument souvent évoqué selon lequel le fait d'autoriser la publication d'opinions individuelles pourrait menacer l'esprit de collégialité et de collaboration essentiel à la prise de décisions. Les spécialistes qui se sont penchés sur les pratiques de ces Etats ont conclu que l'autorisation des opinions individuelles n'avait pas eu d'effet négatif sur la collaboration et la collégialité entre les juges, du moins jusqu'à présent* »<sup>279</sup>.

La Cour de cassation française, qui s'est engagée dans un processus d'enrichissement de la motivation de ses arrêts, en vue de renforcer la confiance des citoyens dans son processus décisionnel entend poursuivre et accompagner ce mouvement.

Au-delà de l'opinion séparée anonyme intégrée, qui, nous l'avons vu, paraît difficilement envisageable sans un texte, il existe sans doute une autre voie. Il pourrait ainsi être envisagé d'utiliser l'opinion séparée comme technique de délibéré en intégrant dans l'arrêt l'enrichissement résultant de la confrontation de l'opinion majoritaire et de l'opinion minoritaire. L'opinion séparée, par la divergence qu'elle exprime, permettrait, en effet, de mettre dans le débat des juges, lors du délibéré, des arguments formalisés et structurés.

Une telle opinion peut être qualifiée de « séparée » : formalisée et structurée au stade du délibéré, elle acquiert alors à ce stade une autonomie concrète et un statut procédural au sein de la collégialité délibérante qui se trouve tenue d'y répondre.

Cette troisième voie permettrait aux conseillers qui sont en désaccord avec la position exprimée par la majorité de faire valoir de manière formelle leur opinion individuelle. Il pourrait

---

<sup>278</sup> G. Vedel, Préface, dans D. Rousseau (dir), Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, Domat droit public, 5<sup>ème</sup> éd., Paris, 1999, p 9.

<sup>279</sup> Étude de 2012 de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen, Opinions divergentes au sein des cours suprêmes des États membres, 2012, p.31.

être ainsi envisagé que lors de la première séance de délibéré, le président de la formation de jugement recueille l'avis de chaque délibérant. Si la formation de jugement n'est pas unanime, il pourrait offrir aux magistrats ayant une opinion minoritaire la possibilité de la formaliser dans un document, un certain délai leur étant laissé pour la rédiger. Une autre date de délibéré serait fixée. Dans l'intervalle, l'opinion séparée serait communiquée au rapporteur, au président et à l'ensemble des magistrats composant la formation de jugement. Les magistrats qui adhèrent à l'opinion majoritaire seraient ensuite chargés d'intégrer, dans le projet d'arrêt initial, une réponse aux différents éléments constituant l'opinion séparée. À la date fixée, le délibéré serait repris et les débats se dérouleraient autour de ces deux écrits. L'arrêt rendu intégrerait une motivation spécifique pour répondre de manière précise aux arguments des magistrats ayant rédigé l'opinion séparée.

La technique de la motivation enrichie permet aujourd'hui à la Cour de cassation d'intégrer, dans la motivation des arrêts, des motifs par lesquels elle explique pourquoi telle ou telle réponse, susceptible d'être faite à la question posée par le pourvoi, a été écartée par la formation de jugement. Cependant, ces motifs demeurent encore timides et ne dévoilent qu'une infime partie des éléments qui ont pu apparaître, lors du délibéré, sur les raisons pour lesquelles une thèse plutôt qu'une autre a été retenue.

L'opinion séparée, envisagée comme une nouvelle méthode de travail au sein de la Cour, aurait l'avantage de permettre une meilleure visibilité de ces échanges dialectiques. Cet avantage n'est pas moindre dans une Cour supérieure où les débats doctrinaux peuvent, dans les formations de jugement les plus hautes, porter sur des questions complexes ou sensibles. La perspective, pour les magistrats ayant une position différente de celle de la majorité, de pouvoir réellement s'exprimer, par un écrit marquant leur dissentiment, et ce même si leur opinion séparée n'est pas publiée, ne pourrait qu'améliorer le processus décisionnel de la Cour de cassation.

Autre avantage, une telle pratique permettrait à la Cour de cassation d'aller plus loin dans l'amélioration de la motivation de ses arrêts : *« l'opinion séparée joue comme une contrainte procédurale dans la mesure où elle oblige les juges à être précis dans leur argumentation. À partir du moment où la norme n'est pas dans l'énoncé juridique mais dans l'interprétation qui va être faite, et que cette interprétation est un choix entre plusieurs significations possibles, le juge doit expliquer pourquoi il a choisi telle interprétation plutôt que telle autre ».* *« Si les juges majoritaires savent que des juges qui ne sont pas d'accord peuvent conduire une opinion séparée, les juges majoritaires vont « muscler » leur argumentation juridique afin de montrer la valeur juridique de leur interprétation et d'affaiblir préventivement l'argumentation qui sera défendue dans l'opinion séparée. Inversement, les juges qui vont publier l'opinion séparée (...) vont être obligés de travailler leur argumentation juridique afin de convaincre (...). »*<sup>280</sup>.

Cette vertu de l'opinion séparée, qui vient en renforcement de la motivation, reste entière quand bien même l'opinion séparée ne serait pas publiée. Conçue comme une technique de délibéré, l'opinion séparée pourrait jouer un rôle de catalyseur dans les évolutions menées par la Cour de cassation pour renforcer sa motivation afin de garantir une transparence, gage de la confiance des citoyens dans ses décisions.

---

<sup>280</sup> D. Rousseau, « Cour de cassation : pour les opinions séparées », Actu-Juridique, Lextenso, 12 janvier 2025.

L'opinion séparée pourrait aussi amener une formation de jugement à trouver un consensus sur la position qui paraît la plus juste. La discussion entre juges majoritaires et juges minoritaires, sur la base d'une opinion séparée très argumentée, serait susceptible de conduire à rassembler l'ensemble de la formation de jugement autour d'une solution acceptée par tous.

Cette nouvelle méthode de délibération serait réservée aux formations les plus solennelles de la Cour de cassation, plénières ou mixtes de Cour ou de chambre ou, a minima, formations de section des chambres civiles ou formation ordinaire de la chambre criminelle. Il s'agit des formations dans lesquelles sont examinés les pourvois qui posent des questions importantes, à fort enjeu juridique ou sociétal. Cette méthode garantirait une motivation, à tous égards, renforcée. La **césure du délibéré** qu'elle impliquerait (un temps pour le recueil des opinions, un temps pour la rédaction de l'opinion séparée, un temps pour la réponse dans le projet d'arrêt à l'opinion séparée et enfin une dernière phase de délibération en vue d'une rédaction définitive de l'arrêt) serait réalisable en raison du caractère très limité et facultatif du recours à ce processus décisionnel.

Elle nécessiterait sans doute une discussion, au début du délibéré, afin d'en prévoir l'organisation. Elle impliquerait aussi de s'entendre sur la méthode de rédaction de l'opinion séparée. Même non publiée, l'opinion séparée devrait être rédigée dans le respect de la position majoritaire. Elle ne devrait pas la dénigrer, la dévaloriser. Elle devrait développer les arguments contraires de manière claire, logique et respectueuse. L'éthique de la discussion, au sein d'un délibéré, est aussi une garantie, une des conditions susceptibles de renforcer la confiance dans le processus d'élaboration des décisions.

Le témoignage du juge Stephen Breyer, dans son dernier ouvrage, est, à cet égard, très intéressant : « *quand je suis devenu juge, John Wisdom (l'un des grands juges de la cour d'appel de la cinquième circonscription fédérale qui a beaucoup œuvré à la déségrégation du Sud) m'a donné ce conseil : si l'un de mes collègues me soumettait un jour des conclusions avec lesquelles je me sentais en profond désaccord, je devais rédiger un avis dissident très marqué, sans ménager les émotions des uns et des autres, sans m'interdire l'injure, et sans hésiter à dénoncer farouchement (en des termes à même de frapper le lecteur) la profonde injustice de la décision en question. « Cela fait, a ajouté Wisdom, relisez votre texte, déchirez la feuille et mettez-la au panier ; puis recommencez, dans l'intention cette fois de rédiger un arrêt dissident digne d'un juge »*<sup>281</sup>.

Définir une éthique de l'opinion séparée serait sans nul doute nécessaire. Une charte pourrait être rédigée pour la Cour de cassation.

Une telle pratique pourrait également s'appuyer sur l'avis de l'avocat général lorsque des juges minoritaires rejoignent cet avis.

La publication de l'arrêt rendu, ainsi que celle du rapport du rapporteur et de l'avis de l'avocat général permettraient à tous les publics, qu'ils soient ou non des juristes, d'avoir une vision, la plus large possible, des débats qui ont traversé la formation de jugement. Il y aurait ainsi un chemin vers davantage de transparence, et partant un renforcement de la confiance des citoyens dans les arrêts de la Cour de cassation et du pacte démocratique.

---

<sup>281</sup> S. Breyer, *Interpréter la Constitution américaine – La lettre ou l'esprit*, Paris, Odile Jacob, 2024, p. 22.

Aux termes de ces travaux, il pourrait être envisagé qu'une expérimentation soit mise en œuvre devant les formations solennelles de la Cour de cassation afin d'évaluer concrètement les bénéfices de l'opinion séparée comme technique de délibéré.

## Liste des annexes

### **Auditions et contributions des personnalités étrangères et des universitaires français :**

- Monsieur André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation, président de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juge au Tribunal de l'Union européenne de 1995 à 2001, juge français à la Cour européenne des droits de l'Homme de novembre 2011 à juin 2020 (audition du 28 mars 2024)
- Monsieur Jean-Pierre Marguénaud, professeur des universités, chercheur à l'IDEDH (audition du 16 mai 2024)
- Madame Laurence Burgogues-Larsen, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne (audition du 16 mai 2024)
- Monsieur Sébastien Touzé, professeur des universités, Paris II Panthéon-Assas (audition du 16 mai 2024)
- Monsieur Loïc Cadiet, professeur des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne (audition du 7 juin 2024)
- Madame Pascale Deumier, professeure des universités, Jean Moulin Lyon 3 (audition du 7 juin 2024)
- Monsieur Sébastien Pellé, professeur des universités, Toulouse Capitole (audition du 20 juin 2024)
- Maître Thomas Lyon-Caen, président de l'Ordre des avocats aux Conseils (audition du 20 juin 2024)
- Monsieur Marc Van der Woude, président du Tribunal de l'Union européenne accompagné de Monsieur Adrien de Hauteclocque, son chef de cabinet (audition du 4 juillet 2024)
- Monsieur Laurent Truchot, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne (audition du 4 juillet 2024)
- Monsieur Koen Lenaerts, président de la Cour de justice de l'Union européenne depuis octobre 2015 (audition du 15 juillet 2024)
- Monsieur Stéphane Gervasoni, juge à la Cour de justice de l'Union européenne (audition du 15 juillet 2024)
- Madame Diane Roman, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne (audition du 13 septembre 2024)
- Fondation pour le droit continental (audition du 13 septembre 2024)

- Madame Nathalie Fricéro, professeure émérite des universités, Nice Côte d’Azur (audition du 27 septembre 2024)
- The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni, accompagné de Monsieur Raphaël Tulkens, son assistant judiciaire (audition du 18 octobre 2024)
- Madame Wanda Mastor, professeure des universités, Université de Corse (audition du 4 novembre 2024)
- Madame Anne Levade, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne (audition du 15 novembre 2024)
- Monsieur Dominique Rousseau, professeur des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne accompagné de Monsieur Anderson Teixeira, professeur de droit au Brésil (audition du 18 novembre 2024)
- Monsieur Christophe Chantepy, président de la section du contentieux du Conseil d’Etat depuis janvier 2021 (audition du 5 décembre 2024).

#### **Réponses aux questionnaires des juridictions étrangères :**

- Tribunal suprême espagnol
- Pour la Grèce, Monsieur Athanasios Rantos, avocat général à la CJUE, président émérite du Conseil d’Etat hellénique
- Cour suprême du Japon
- Tribunal fédéral de Suisse.



# ANNEXES AU RAPPORT

Renforcer la confiance dans  
le processus de décision à la Cour de cassation  
**Motivation enrichie et opinion séparée**





## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Contribution de M. André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation,  
président de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juge au  
Tribunal de l'Union européenne de 1995 à 2001, juge français à la Cour européenne  
des droits de l'Homme de novembre 2011 à juin 2020 à la suite de son audition du  
28 mars 2024 à 14h30

### **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

- 1) Pouvez-vous nous exposer les raisons qui ont conduit la commission « Cour de cassation 2030 » à recommander d'ouvrir la possibilité d'intégrer une opinion minoritaire dans la motivation d'un arrêt sous une forme anonyme et avec l'accord de la majorité ?

Ce dont a beaucoup débattu la commission, c'est l'extraordinaire transformation de l'office du juge depuis le milieu du siècle dernier.

Ce phénomène, fondamental pour les juridictions, est en lien avec la « révolution des sources » du droit. Il relativise la culture légicentriste dominante en France jusqu'aux années 50. Les concepts ont évolué et un renversement s'est opéré dans les relations internationales. Longtemps épicerie du monde, l'Europe a vu sa position et sa pensée universaliste soumises à discussion et à contestation. La façon de percevoir le droit et sa mise en œuvre par le juge en ont été renouvelées.

L'un des facteurs les plus spectaculaires de ce renouveau est la construction européenne dans ses deux volets : Convention européenne des droits de l'homme et Communautés européennes (aujourd'hui Union européenne). La globalisation de l'économie a été également déterminante pour un certain nombre de contentieux qui ne pouvaient plus être traités par des raisonnements et des procédures classiques. Le processus de constitutionnalisation du droit a aussi constitué un facteur d'évolution majeur.

Tout cela a modifié l'office du juge, ses processus de délibération et ses méthodes de rédaction des arrêts. Plusieurs aspects de ce changement méritent d'être soulignés.

- La complexification des catégories et des ordres juridiques. Là où des catégories comme le droit civil et le droit pénal, ou encore le droit privé et le droit public paraissaient clairement délimitées, leurs frontières sont devenues moins nettes. Ainsi, la notion de « matière pénale » a été adaptée au droit européen sous forme d'un « concept autonome » plus flexible et recouvrant une substance partiellement différente. La loi, jusque-là source essentielle de normativité, mise en œuvre par l'instrument incontesté qu'était le syllogisme, s'est vue encadrée par un réseau de règles supra-législatives, qu'elles soient constitutionnelles ou internationales. Les articulations complexes au sein de ces nouveaux ensembles ont exigé des méthodes nouvelles.

- Un autre bouleversement vient de la multiplication de normes dites « à texture ouverte ». La linguistique nous a fait réaliser que la polysémie est derrière chacun des termes utilisés dans les textes juridiques. Au surplus, ces normes à texture ouverte combinent souvent une règle et un principe qui s'imbriquent l'un dans l'autre, apportant richesse et complexité interprétatives. L'élargissement du rôle créatif du juge qui en est résulté pose des questions légitimes tant pour les politiques et les citoyens que pour les juges eux-mêmes.

- Cette profonde mutation a été renforcée par le développement considérable des droits fondamentaux, devenus normes transversales dans quasiment tous les domaines de contentieux. Ceux-ci sont formulés le plus souvent dans un langage à texture ouverte. De plus, les droits fondamentaux sont par nature « contre-majoritaires ». En effet, ces « règles-valeurs » sont destinées à préserver les droits des minorités contre des majorités, à protéger ceux qui sont victimes de discriminations contre ceux qui, consciemment ou non, en bénéficient. Autrement dit, elles ont vocation à réguler des situations d'asymétrie de pouvoirs.

- Le syllogisme est inadapté pour trancher ce type d'affaires. Il présuppose que chaque situation contentieuse a une seule solution résultant de l'application rigoureuse d'une norme générale monosémique aux cas particuliers. Les juges savent maintenant qu'un même cas peut conduire à des décisions différentes, à partir de normes ouvertes et d'analyses détaillées des circonstances de l'espèce. En outre, cette pluralité de solutions envisageables est accrue par de nouveaux outils adaptés aux mutations du droit, tels que le test de proportionnalité ou la balance des droits.

Dès lors, en particulier à la Cour de cassation, il devient difficile de se limiter à rendre des arrêts lapidaires, insusceptibles de justifier des décisions complexes. Comment convaincre que de telles décisions sont le résultat d'un déterminisme logique, consacré par une inéluctable unanimité délibérative ? L'explication la plus complète possible du chemin suivi pour parvenir à la décision constitue désormais un facteur déterminant de sa légitimité. La motivation enrichie des arrêts constitue un pas important dans cette direction. Mais la frontière entre la motivation et la délibération, entre le discursif et le délibératif, entre le « comment » et le « pourquoi », entre le « dit » et le « caché », devient plus fine et poreuse qu'elle ne l'était traditionnellement. Ces changements expliquent l'intérêt porté par la commission « Cour de cassation 2030 » à l'idée d'adapter la pratique de l'opinion séparée à la Cour de cassation.

Il s'agit là d'une mutation considérable. La légitimité, l'acceptabilité et l'influence des décisions que vous prenez dépendent de la façon dont vous rendez compte du chemin que vous avez suivi pour arriver à la solution retenue. C'est pourquoi, au-delà de la motivation enrichie, un pas supplémentaire consisterait, en tenant compte de notre droit et de la culture juridique française, à faire une place aux opinions minoritaires qui, à ce jour, restent confinées dans le secret du délibéré.

Ces opinions existent, elles peuvent dire beaucoup de la profondeur de la délibération, de l'attention réellement portée aux arguments des parties et de l'évolution possible de la pensée de la Cour. Ce serait pour la Cour de cassation un pas supplémentaire vers l'intelligibilité de sa démarche, l'accueil positif de ses arrêts et le renforcement de son influence, notamment dans la sphère internationale.

2) Est-ce que dans vos travaux vous avez été plus particulièrement inspiré par un système d'opinion séparée existant déjà à l'étranger ?

La source principale de ma réflexion se trouve dans les neuf ans que j'ai passés à la Cour européenne des droits de l'homme. On y pratique un certain type d'opinions séparées, qui correspond assez à l'image que s'en font les juristes français. Pendant cette longue période, j'ai observé avec beaucoup d'attention cette pratique, dont le principe est fixé par la Convention européenne des droits de l'homme. J'ai été progressivement convaincu par sa richesse mais également conscient de l'impossibilité de l'appliquer telle quelle à la Cour de cassation. C'est le fruit de cette double conviction que j'ai exprimé dans la note jointe en annexe (point 1.5) au rapport de la Commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 ». Depuis la rédaction de cette note, ma pensée a évolué sur certains détails mais mon opinion est restée la même sur l'essentiel.

J'ai eu beaucoup de discussions avec les autres juges de la Cour européenne des droits de l'homme, portant sur leurs systèmes nationaux et sur ce qu'ils pensaient du fonctionnement de l'opinion séparée à Strasbourg.

De plus, avec le président de cette Cour, j'ai été invité pendant trois jours à la Cour suprême du Canada. J'ai participé à des échanges très riches avec les membres de cette grande juridiction. Parmi divers sujets, les opinions séparées ont tenu une place importante. La structure fédérale de l'Etat canadien marque profondément la conception que nos interlocuteurs en avaient. La diversité des provinces dont ils sont issus rend nécessaire le respect du pluralisme dans la compréhension et l'application du droit aux situations concrètes. Ils tiennent parfois à être les porte-voix de minorités dont la position n'a que très peu de chances d'être consacrée par une décision de justice. C'est notamment le cas, par exemple, pour certaines revendications des peuples indigènes qui n'arrivent que difficilement à se faire entendre.

Comme vous certainement, je suis également avec attention, et parfois avec inquiétude, les évolutions de la Cour suprême fédérale des États-Unis. Mais cette prestigieuse institution est très particulière. Notamment, son mode de recrutement essentiellement politique est loin de la conception française de l'indépendance des juges. Toutefois, ces différences institutionnelles ne constituent pas des déterminismes rigides des pratiques des juges. Ainsi, les juges de la Cour fédérale constitutionnelle allemande, dont le niveau de légitimité est très élevé, sont choisis par un processus de négociation entre les différents partis politiques nationaux. Pourtant, ces deux juridictions font un usage très différent des opinions séparées. Il y a donc de multiples sources de réflexions dans les pratiques de ces cours étrangères.

3) L'annexe au rapport expose les obstacles à l'introduction de l'opinion séparée et notamment ceux liés à l'affaiblissement de l'autorité de la décision ou encore l'incitation à former des recours. Dans le contexte actuel de critiques fréquentes portées contre l'institution judiciaire, n'existe-t-il pas un risque d'amplification des contestations des décisions rendues prenant appui sur l'opinion séparée exprimée ?

Cette question contient deux craintes fréquemment opposées à l'introduction des opinions séparées à la Cour de cassation.

En premier lieu, l'opinion séparée nourrirait un débat critique affaiblissant les arrêts. Je suis convaincu, et mon expérience m'a permis de le constater, que l'exposé des principaux points soutenus par les juges minoritaires au cours du délibéré renforce la légitimité de la Cour, qui apparaît démocratique et transparente dans son fonctionnement. Ces critiques nourrissent et enrichissent le débat public. Elles permettent d'éviter des erreurs sur les véritables enjeux du cas soumis à la juridiction. Elles donnent l'assurance à la partie qui a perdu que sa cause a réellement été examinée, entendue et débattue. Elles éclairent les professionnels du droit, notamment les avocats et les universitaires, sur la portée exacte de l'arrêt et les possibles évolutions de la ligne jurisprudentielle en cause. L'opinion séparée pertinente et respectueuse, loin d'affaiblir la décision judiciaire, fait apparaître la solidité de son processus d'élaboration.

En second lieu, l'opinion séparée accroîtrait les recours contre les décisions qu'elles discutent. Il faut souligner que, à la Cour de cassation, le risque d'incitation au recours n'existe pas comme cela serait le cas devant les juridictions du fond. On peut toutefois se demander si, les voies de recours internes étant épuisées par l'arrêt en cause, l'opinion séparée pourrait inciter la partie perdante à saisir la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête. On ne peut l'exclure. Mais cette saisine, là encore, enrichirait le débat et permettrait à la Cour de Strasbourg de mesurer la qualité de la phase ultime de la procédure interne, ce qui est fréquemment un aspect important de son appréciation du respect ou de la violation de la Convention.

- 4) L'annexe au rapport, après avoir exposé les avantages de l'opinion séparée, conclut en faveur de son introduction dans la pratique de la Cour de cassation. Il est notamment relevé qu'elle pourrait être une réponse à certaines menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée à l'open data. Pourriez-vous développer ce point ?

L'*open data* judiciaire présente un grand intérêt mais aussi certains risques. En particulier, on peut craindre que le juge soit submergé sous des vagues de précédents, choisis dans l'intérêt de leurs clients par des cabinets d'avocats équipés de puissants algorithmes de recherche. Le juge devrait alors trouver le temps nécessaire pour déterminer la pertinence et l'autorité de ces arrêts. Une telle analyse, indispensable pour retenir la qualité de ces décisions et non pas seulement leur nombre, peut être longue et délicate.

La motivation enrichie apporte déjà une grande aide au juge en lui permettant de mieux connaître rapidement et précisément les points tranchés par la Cour de cassation et le raisonnement de celle-ci. La présence d'une opinion séparée ajouterait encore à la compréhension d'un arrêt en attirant l'attention du juge sur les points qui ont suscité un débat au sein de la formation de jugement. Ainsi, face au risque d'étouffement du débat sous la multitude des décisions citées, celles qui comportent une opinion séparée l'ouvriraient de façon féconde.

- 5) Est-ce que le système de l'opinion séparée vous paraît devoir être réservé à la Cour de cassation, à l'exclusion des juridictions de fond ? Est-ce que par ailleurs, même à la Cour de cassation, cela vous paraît devoir être réservé à certaines formations de jugement ?

Je pense qu'il serait réaliste, au moins dans une première période, de limiter l'opinion séparée à la Cour de cassation. Cela permettrait d'assurer la cohérence de cette nouvelle pratique et de tirer rapidement les enseignements des premières expériences, en coordination notamment avec les avocats aux conseils et des universitaires. En outre, la crainte d'encourager des recours y est beaucoup plus réduite que devant les juridictions du fonds, comme je l'ai indiqué précédemment. Enfin, le rôle normatif de la Cour de cassation et la complexité des affaires qui lui sont soumises justifient cette pratique qui permettrait de mieux apprécier la portée des arrêts importants.

À la Cour de cassation, les formations plénières seraient particulièrement adaptées pour tester l'opinion séparée intégrée : la portée des arrêts qui y sont rendus et la richesse des débats suscités par la composition de cette formation justifieraient que la Cour offre cet élément supplémentaire d'appréciation aux nombreux observateurs de ces arrêts.

Une fois cette période d'expérimentation réalisée, on ne peut exclure que l'opinion séparée intégrée puisse être étendue aux chambres de la Cour favorables à sa mise en œuvre.

- La proposition de mise en œuvre de l'opinion séparée tendrait, notamment, à répondre à la complexification du droit, elle-même liée à l'application des normes internationales. Or celle-ci est, aujourd'hui, critiquée par un certains. Dans ce climat, l'opinion séparée ne risquerait-elle pas d'être perçue comme une forme de provocation par ces derniers ?

Je comprends cette question comme se référant notamment à la position politico-juridique mettant en cause la primauté des normes supranationales.

Une telle orientation placerait notre pays dans une situation de profonde régression. Il nous faudrait notamment quitter l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, et donc la Convention européenne des droits de l'homme. Cette conception restrictive du droit, enracinée dans un fort nationalisme juridique, comporte un grave risque de recul de l'Etat de droit. Pour éviter qu'elle se développe, nous devons veiller à ce que la légitimité politique et la légitimité juridictionnelle se complètent au lieu de s'affronter.

S'agissant de l'opinion séparée, il faut souligner qu'elle n'est imposée aux juridictions nationales par aucune des sources juridiques contestées par ce courant de pensée. Mais je vois bien également que la méfiance à l'égard de toute forme d'altérité que porte cette conception passéiste du droit pourrait rendre suspecte l'idée de recourir à l'opinion séparée.

L'un des grands défis de la démocratie est la gestion de la complexité de notre monde. Le populisme instrumentalise cette complexité angoissante. C'est pour cela que je suis favorable à des solutions progressives tablant sur la compréhension et la familiarisation pour générer l'acceptation. L'opinion séparée intégrée comporte de nombreux éléments de consensus qui vont dans ce sens.

- Il y a un fantasme du juge qui prend des décisions politiques. L'avantage de l'opinion séparée est d'être transparente sur le processus de délibération.

L'une des vertus de l'opinion séparée tient aux progrès qu'elle peut apporter au droit et à la délibération. Au droit, parce qu'elle révèle souvent des fragilités de l'option que les majoritaires regardaient comme allant de soi ; à la délibération parce qu'elle ne permet pas de laisser dans l'ombre un aspect difficile du projet en cours d'élaboration. Pour reprendre une formule éclairante

du professeur Dominique Rousseau : « *Elles [les opinions séparées] jouent comme une contrainte procédurale au service d'une montée en argumentation juridique des décisions de justice (...)* »<sup>1</sup>.

- L'opinion séparée telle qu'elle a été rédigée reflète-t-elle ce qui a été dit dans le délibéré ou peut-il y avoir des surprises ?

Il est contraire aux règles de « l'éthique délibérative » de mettre dans une opinion séparée ce qui n'a pas été clairement débattu en délibéré. Initialement, l'opinion n'est pas encore séparée ; elle est simplement une opinion parmi d'autres. Elle peut convaincre les autres juges. Elle est d'abord une source d'enrichissement pour le délibéré. Et, si elle reste minoritaire, elle conforte la dimension démocratique d'un arrêt issu d'une délibération ouverte et tolérante.

La condition de l'acceptation de l'opinion séparée par la majorité, voulue par la commission « Cour de cassation 2030 », s'inscrit ainsi au croisement de deux obligations éthiques : pour l'auteur de l'opinion séparée, n'y mettre que des éléments débattus en délibéré ; pour la majorité, ne pas abuser de son pouvoir en rejetant les opinions séparées qui pourraient révéler des faiblesses de l'arrêt.

- Un étonnement vient de ce que 8 items sont présentés comme des inconvénients à l'opinion séparée, dans le rapport 2030, et seulement 3 items sont présentés comme des avantages. Est-ce le reflet d'un compromis difficile à trouver au sein de la commission ?
- Le fonctionnement concret que vous avez connu des opinions séparées ne figure pas dans les items négatifs. Un problème majeur apparaît pourtant : aucune institution ne peut reposer sur la seule éthique de ses membres. On ne peut pas renvoyer à une éthique personnelle un fonctionnement vertueux. Ne faut-il pas que l'institution en elle-même ait des systèmes de régulation qui soient indépendants de l'éthique personnelle de chacun ?

Il est vrai que la note consacrée à l'opinion séparée accompagnant le rapport « Cour de cassation 2030 » détaille les obstacles habituellement opposés à l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation : violation du secret des délibérés ; affaiblissement de l'autorité de l'arrêt auquel elle est adjointe ; déploiement d'egos surdimensionnés ; opinions séparées interminables utilisant des arguments qui n'ont pas été clairement exposés en délibéré, contenant des critiques dépourvues de retenue ou exprimant des jugements discourtois pour la juridiction elle-même ; incitation systématique pour les parties à former un recours contre la décision ; risque de « profilage » des juges, et menace sur leur indépendance...

Comme vous le soulignez, une institution doit disposer de systèmes de régulation indépendants de l'éthique personnelle de ses membres. C'est la raison pour laquelle a été proposée une adaptation de l'opinion séparée destinée à annihiler ces risques tout en conservant l'apport de cette pratique favorable à l'enrichissement du délibéré, à la qualité de la motivation des arrêts et au dialogue avec les différents auditoires de la juridiction. Après une réflexion approfondie, la commission a introduit plusieurs règles propres à éviter les risques mentionnés.

---

<sup>1</sup> <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/les-juridictions-francaises-doivent-elles-publier-les-opinions-separees-660/>

Ni le nom ni le nombre des auteurs de l'opinion minoritaire ne seraient révélés. La violation du secret des délibérés, le déploiement d'egos surdimensionnés, le risque de « profilage » des juges et la menace sur leur indépendance seraient ainsi écartés par l'anonymat. Il en irait de même pour une supposée atteinte à l'autorité de l'arrêt, en l'absence de connaissance du « score » entre majoritaires et minoritaires. Mais cette autorité serait renforcée par le témoignage ainsi donné de l'ouverture du débat interne ayant précédé son prononcé, ce qui accroîtrait également son rayonnement dans le dialogue international des juges.

En outre, il est prévu qu'il appartiendrait à la majorité de la formation délibérante d'accepter que l'opinion minoritaire soit intégrée dans la motivation de l'arrêt. Il est manifeste que cet accord ne pourrait être acquis que pour des opinions présentant de façon ramassée et mesurée des arguments discutés en délibéré. Je souligne à nouveau que les juges ayant adopté la position majoritaire devront utiliser ce contrôle de façon éthique, c'est-à-dire prendre en compte la valeur d'une opinion différente de la leur et se garder à cet égard d'opérer une censure.

Par ailleurs, comme je l'ai rappelé précédemment, l'incitation systématique pour les parties à former un recours contre la décision est de faible portée devant la Cour de cassation.

- Généralement, chacun préfère un délibéré consensuel. L'idée du consensus renvoie à l'apaisement. Or, l'idée de l'opinion séparée, c'est différent de l'apaisement. On a quand même le sentiment que, pourtant dans certaines juridictions, ça reste quelque chose d'intégré et d'apaisé. C'est intégré dans le fonctionnement de la Cour et il n'y a pas cette espèce de violence de la contradiction. En France, il y a débat dans la chambre. L'unanimité de la décision ne doit ensuite plus être contestée. Dans certaines chambres, des délibérés sur des sujets récurrents et clivants peuvent être tendus.

L'opinion séparée est-elle une source de tension au sein de la formation délibérative ? Pour une part, la réponse à cette question est culturelle : ainsi, les juristes de Common Law ont une tradition historique selon laquelle la décision est par nature individuelle. Lorsque les juges se réunissaient, chacun faisait connaître sa position, selon la pratique dénommée "*seriatim*". Cette diversité d'opinions, qui a toujours cours selon des modalités adaptées, n'est donc, par elle-même, porteuse d'aucun conflit. À l'inverse, nous avons en France une vision quasi fusionnelle de la collégialité qui ne laisse subsister que la position majoritaire. Pour certains, même au cours du débat entre juges, exprimer de la distance à l'égard de cette position est perçu comme source de tension.

Mais la proposition faite par la commission « Cour de cassation 2030 » adopte une autre approche : le consensus peut manifester un débat apaisé. Il peut également être le signe de divergences étouffées par la majorité. Une position minoritaire maintenue avec pertinence et mesure jusqu'au vote n'est pas l'expression d'un conflit mais une source de richesse de la délibération, contribuant à renforcer la légitimité de l'arrêt, qui est le résultat d'un débat où tous veillent à l'examen exhaustif, ouvert et tolérant des moyens soumis à la Cour. Et c'est notamment pour exclure de l'opinion séparée des éléments pouvant générer des réactions hostiles qu'il a été prévu de soumettre le texte de cette position minoritaire à l'approbation majoritaire de la formation délibérative. Son ou ses auteurs sont ainsi incités à proposer un texte d'une longueur modérée, clair et respectueux à l'égard de la position majoritaire dont ils s'écartent.

## II/ Sur la mise en œuvre de l'opinion séparée

- 1) La commission « Cassation 2030 » propose que l'opinion séparée soit intégrée à la fin du projet d'arrêt précédé d'une formule type marquant qu'il s'agit d'une position non majoritaire mais débattue lors du délibéré. Est-il selon vous indispensable que l'opinion séparée soit présentée comme telle ?
- 2) En motivation enrichie, il arrive désormais que certains arrêts fassent référence à une position contraire, expliquant pourquoi celle-ci n'a pas été retenue. Par rapport à cette pratique récente, certes encore très marginale, qu'est-ce qu'apporte l'opinion séparée intégrée ?

Il est pertinent de souligner le lien existant entre la motivation enrichie et l'opinion séparée : toutes deux sont des facteurs de transparence et de compréhension des arrêts.

Mais la motivation enrichie ne peut pas remplacer l'opinion séparée. La première peut expliquer pourquoi un raisonnement et une orientation ont été retenus ou écartés. La seconde indique qu'une partie des juges ont estimé, jusqu'à la fin de la délibération et durant le vote qui l'a conclue, que ce raisonnement ou cette orientation auraient dû, selon eux, être retenus. Cette information supplémentaire est un message fort adressé aux parties dont l'argumentation n'a pas été adoptée par la majorité et aux praticiens du droit. Ce message consacre la richesse, l'exhaustivité et la diversité du délibéré. Par la reconnaissance accordée à la minorité, l'opinion séparée a un caractère profondément démocratique. Le droit y apparaît vivant et donc susceptible d'évolution et d'adaptation.

C'est pourquoi, afin de marquer la proximité mais aussi la distinction entre motivation enrichie et opinion séparée, la commission « Cour de cassation 2030 » a suggéré que cette dernière soit intégrée à la fin de l'arrêt, précédée d'une formule type, qui pourrait être, par exemple, « *L'analyse et l'orientation présentées ci-dessous ont été débattues au cours du délibéré mais n'ont pas recueilli de soutien majoritaire* ». Je n'exclus pas qu'une phase expérimentale montre qu'il serait plus adapté d'insérer les opinions séparées, accompagnées de la mention de leur caractère minoritaire, dans le développement même de la motivation.

- Une éventuelle mise en œuvre de l'opinion séparée implique de définir le périmètre du secret du délibéré en droit français. Il ne faut pas que la formule soit perçue comme une violation du secret du délibéré. Pour certains, le secret du délibéré est violé dès lors qu'on peut savoir, par cette indication d'opinion séparée, qu'il y a eu une opinion minoritaire ou par le fait, en creux, que dans les arrêts où il n'y aurait pas d'opinion séparée, on pourrait considérer que la décision a été prise unanimement.

Tout d'abord, il faut affirmer que l'opinion séparée n'est jamais obligatoire. En conséquence, on ne peut déduire une décision unanime de l'absence d'opinion séparée. Ensuite, dans la situation actuelle qui ne fait pas de place aux opinions séparées, la nature et la complexité de nombreuses affaires soumises à la Cour de cassation rendent difficile d'imaginer qu'elles ont été tranchées de façon unanime. Une telle croyance se fonderait sur un état du droit et une pratique de la Cour de cassation aujourd'hui dépassés. Qu'on le regrette ou qu'on s'en félicite, l'office du juge n'est plus

de consacrer au moyen d'un syllogisme la seule solution exacte que le droit donne au cas qui lui est soumis.

- Pour respecter le secret du délibéré et l'anonymat, ne faut-il pas limiter l'opinion séparée aux formations ayant un nombre suffisant de délibérants et donc l'exclure pour les formations restreintes ? Dans des audiences à trois délibérants, il serait peut-être facile d'identifier la personne à l'origine de l'opinion séparée ?

Pour ma part, comme je l'ai indiqué précédemment, je pense qu'il serait préférable, au moins dans un premier temps, de réserver les opinions séparées à l'assemblée plénière. À supposer même qu'il soit décidé d'ouvrir cette pratique à d'autres formations, il ne serait sans doute pas opportun d'y inclure la formation restreinte. Mais il me semble que cette exclusion se justifierait surtout par l'évidence de la solution des pourvois soumis à cette formation, qui laisse peu de place à la formulation d'une opinion séparée. J'observe, à ce titre, que la Convention européenne des droits de l'homme n'ouvre pas la possibilité aux membres d'un comité de trois juges d'exprimer une opinion séparée lorsque cette formation statue sur le fond d'une requête posant une question qui « *fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour* » (article 28-1-B).

- La question qui se pose est celle de l'anonymat qui nous protégerait.

Je pense en effet que la règle de l'anonymat des opinions séparées est essentielle pour en rendre la pratique possible à la Cour de cassation. J'ai toujours regretté que ce ne soit pas le cas à la Cour européenne des droits de l'homme et plusieurs de mes collègues m'ont dit partager cette position. Mais la culture de cette juridiction internationale est différente.

- L'autorisation de l'opinion séparée, même anonyme, ne pose-t-elle pas d'autres difficultés ? Ainsi, permet-elle véritablement le débat, la recherche d'un consensus, ou bien n'existe-il pas un risque que les délibérants qui ont émis le souhait de rédiger une opinion séparée se fige dans leur position, n'osant pas changer d'avis ?

Beaucoup de juges sont maintenant convaincus que la vraie légitimité d'une décision trouve sa source, non pas dans le résultat automatique et unique d'une opération scientifique mais dans un véritable débat d'inspiration démocratique, profond et ouvert, qui aboutit à une solution majoritaire tout en faisant une place aux opinions minoritaires pertinentes.

Il est vrai que de grandes juridictions comme la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État sont opposées à cette voie. Mais la France apparaît comme un lieu de résistance à une modalité de délibération qui est pratiquée, si mes sources sont exactes, dans la majorité des États membres de l'Union européenne. Le fait que vous étudiez la possibilité d'adapter l'opinion séparée aux spécificités de la culture et du droit français ouvre une voie novatrice. Je suis convaincu que si vous vous y engagez, vous serez suivis par d'autres.

Les arrêts de la Cour de cassation rédigés selon l'« ancienne formule » sont assez déroutants pour les juristes, et notamment les juges de la CEDH venant d'autres pays que le nôtre. Ceux-ci s'interrogent sur le raisonnement suivi pour aboutir à la solution retenue. Un chercheur américain, Mitch Lasser, a écrit sur ce mode de fonctionnement assez particulier, dans lequel l'explication de

l'arrêt est en amont et non dévoilée<sup>2</sup>. Il avait parfaitement compris le particularisme de la Cour de cassation. Pour les observateurs extérieurs, ce mode de rédaction est malaisé à déchiffrer. Or, il est important de conserver à l'esprit que la légitimité de l'institution s'acquiert à l'extérieur.

- D'un point de vue pratique, comment la pratique de l'opinion séparée intégrée peut-elle s'adapter au déroulement du délibéré à la Cour de cassation ?
- À quel moment doit-elle être exprimée (nécessairement pendant le délibéré ou pourrait-elle être exprimée après la séance de délibéré – cf. exemple allemand) ?
- Doit-elle avoir été défendue pendant la séance de délibéré ?
- Par qui doit-elle être rédigée ?

À la Cour européenne des droits de l'homme, c'est à la fin du délibéré que les juges qui souhaitent émettre une opinion séparée se font connaître. Il leur appartient de la rédiger et le président leur indique le délai dans lequel elle devra être remise au greffe pour être jointe à l'arrêt.

Mais si la Cour de cassation décide d'expérimenter cette possibilité, il lui reviendra de déterminer les modalités concrètes de mise en œuvre qui apparaîtront les plus adaptées.

Je suis convaincu que cela peut se faire à droit constant, sous la forme d'une création prétorienne. Il n'y a pas de texte spécifique définissant la structure des arrêts de la Cour de cassation. L'opinion séparée, telle qu'envisagée, ferait partie de sa motivation, dans laquelle elle s'intégrerait avec la mention qu'il n'y a pas eu de soutien majoritaire. Vouloir obtenir une base textuelle présenterait deux inconvénients : le risque d'enlisement et la rigidité de la procédure retenue. Il est plus efficace de créer une pratique ne heurtant aucune règle et d'en adapter les modalités au vu des résultats d'une période expérimentale.

- L'opinion séparée doit rester complètement facultative et cela doit être su à l'extérieur, afin que les décisions sans opinions séparées ne soient pas présumées, par cela seul, avoir été prise à l'unanimité. Par conséquent, le « mode d'emploi » de l'opinion séparée ne doit-il pas être diffusé ?
- S'il n'y a pas de texte, le risque n'est-il pas que la pratique se développe dans les juridictions du fond ?

Il est clair que la Cour de cassation a un rôle de guide en cette matière : la commission "Cour de cassation 2030" a ouvert la voie et votre groupe de travail s'emploie à lui donner forme et substance. Le moment venu, le débat sera élargi et une orientation sera choisie par votre Cour. Je ne pense pas que d'ici là, des juridictions du fonds développent des pratiques de ce type sans attendre de connaître les choix de la Cour de cassation. Il sera beaucoup plus sûr pour elles de suivre les conclusions auxquelles vous serez parvenus. Dans le cas contraire, c'est vous qui contrôlerez la validité des jugements ou des arrêts qui comporteraient des opinions séparées.

- Y a-t-il une charte éthique à la Cour européenne des droits de l'homme ou est-ce quelque chose qui se transmet de juge en juge ?

---

<sup>2</sup> cf. entre autres, <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2015-3-page-473.htm>

La possibilité d'exprimer une opinion séparée résulte de l'article 45 de la Convention. Ce texte, après avoir posé l'exigence de motivation des arrêts et des décisions, dispose en son paragraphe 2 : « *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ». Le second paragraphe de l'article 74 du règlement de la Cour précise : « *Tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire par une chambre ou par la Grande Chambre a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment* ». La mise en œuvre de ce droit a été forgée par une longue pratique ayant pour objet de conjuguer loyauté, collégialité et diversité de pensée. La Cour de cassation formera progressivement sa pratique dans cette voie propre à enrichir ses arrêts. Il serait sans doute souhaitable qu'une fois stabilisée, elle élabore et diffuse un document qui en formalise les modalités.

- L'opinion séparée peut-elle servir à insérer des arguments extra-juridiques ?

Un certain nombre de juristes, notamment en France, défendent l'opinion que le droit doit être « pur » et qu'il est indispensable de le protéger de tout mélange avec d'autres sciences sociales, telles que la sociologie, l'économie et l'anthropologie. Cette position rigide s'appuie notamment sur la pensée du théoricien du droit Hans Kelsen et le positivisme juridique. Elle condamne les approches pluridisciplinaires vues, au contraire, par d'autres comme une source d'enrichissement du droit, lui permettant de mieux prendre en compte des réalités multiformes appelant des approches diversifiées.

Ce vaste débat dépasse la seule question des opinions séparées et, pour ce qui concerne les juges, concerne l'ensemble du processus d'élaboration et de motivation des décisions juridictionnelles. Il n'est donc pas question d'en aborder le fond dans le cadre de cet échange. Je me limiterai seulement à souligner que l'opinion séparée n'ayant aucune force normative, l'introduction d'éléments extra-juridiques pour éclairer le débat est de moindre portée que lorsque ceux-ci figurent dans l'arrêt lui-même. En particulier, elle ne présente pas, par elle-même, de risques pour la validité de l'arrêt dont l'opinion séparée discute la solution ou le raisonnement.

J'ajoute une suggestion concrète : l'opinion séparée ne doit pas contenir des éléments qui n'ont pas été soumis au délibéré. Afin de favoriser le respect de ce principe éthique, dans la pratique, le délai laissé aux minoritaires pour rédiger l'opinion séparée doit être court (entre une semaine et quinze jours à la CEDH). Ce qui est attendu des opinions séparées ce ne sont pas des exercices d'érudition mais la manifestation d'une opinion différente, consacrée par un vote minoritaire et argumenté.

- Est-ce qu'on doit s'accorder pour s'opposer à une opinion séparée ?

La proposition faite par la commission "Cour de cassation 2030" est inspirée par deux objectifs : en premier lieu, importer la richesse des opinions séparées dans la pratique de la Cour de cassation, tout en respectant les règles et le bon fonctionnement de celle-ci ; en second lieu, créer un lien fort entre l'opinion séparée et l'arrêt dont elle discute la décision ou le raisonnement. Cette commission en a déduit des règles originales au regard des pratiques connues de l'opinion séparée : au-delà de celle, fondamentale, de l'anonymat de cette critique, elle a notamment suggéré que l'opinion séparée soit placée dans l'arrêt, tout en s'en distinguant par une mention claire, et que cette insertion soit acceptée par la majorité des membres de la formation ayant délibéré sur l'arrêt. Ce dernier point mérite d'être précisé. L'accord de la majorité ne porterait pas sur le sens de l'opinion séparée puisque celle-ci formule un message minoritaire par nature. L'accord de la majorité aurait pour

objet de constater que l'opinion soutenue par la minorité respecte bien une « éthique » de l'opinion séparée : mesure dans les termes et les appréciations, lien de pertinence avec les points décisifs de l'arrêt, présentation préalable à la délibération de la formation de jugement, concision de la formulation... Ce ne devrait être que sur le constat du manquement du projet d'opinion séparée à cette éthique que la majorité de la formation de jugement pourrait, et parfois devrait, s'opposer à son incorporation dans l'arrêt.

J'ajoute que je ne partage pas l'analyse de certains qui considèrent que l'opinion séparée serait la traduction, au profit des juges, du droit à la libre expression énoncé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. À mes yeux, cette possibilité est intimement liée à l'office du juge dans un litige particulier qui en détermine le champ, dans le respect des règles éthiques que j'ai rappelées à plusieurs reprises.

- Certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont-elles pu perdre en légitimité à cause d'une opinion séparée ?

Il arrive que des opinions séparées jettent une lumière crue sur les défauts d'un arrêt et les difficultés de son élaboration. Ainsi, à titre d'illustration, dans un arrêt *Rola c/ Slovaquie*, prononcé le 4 juin 2019 par une chambre à sept juges<sup>3</sup>, trois opinions séparées ont été formulées, cinq juges participant à une ou plusieurs d'entre elles. Les observateurs ont relevé que ces opinions séparées, l'une concordante, une autre dissidente et une autre enfin à la fois concordante et dissidente, soulignaient l'incapacité de la formation de jugement à s'entendre sur les questions qui lui étaient soumises. On peut donc dire que, dans une situation comme celle-ci, la multiplicité des opinions séparées ajoute aux imperfections de l'arrêt en donnant à voir le caractère ardu de la délibération. Il faut souligner que, dans de telles circonstances, l'anonymat des opinions séparées, le silence sur leur nombre ainsi que leur insertion dans l'arrêt permettraient à la Cour de cassation d'en faire des points de passage d'un raisonnement alternatif cohérent et non le témoignage de tâtonnements des juges.

- Une opinion séparée intégrée dans un arrêt de la Cour de cassation pourrait-elle avoir une influence sur la Cour européenne des droits de l'homme si le litige devait être porté devant cette Cour ?

Lors de la cérémonie de rentrée judiciaire 2024, la Cour européenne des droits de l'homme a consacré son traditionnel « Dialogue entre juges » au thème « *Réexaminer la subsidiarité à l'ère de la responsabilité partagée* ». Une partie des travaux était intitulée : « *L'ère de la subsidiarité et le contrôle axé sur le processus* ». On peut lire dans les documents de travail de cette séance l'indication suivante : « *L'analyse de la Cour porte plus souvent sur un contrôle axé sur le processus, par lequel les juges de Strasbourg examinent dans quelle mesure les autorités nationales se sont attachées au respect des principes de la Convention lorsqu'elles ont pris leur décision. On la qualifie également de « contrôle procédural », d'« approche procédurale » ou de « tournant procédural » de la Cour. À ce titre, des développements particuliers et concrets portent sur « Le contrôle axé sur le processus ». La Cour y rappelle et commente sa jurisprudence, notamment illustrée par les affaires *Axel Springer AG c. Allemagne* du 7 février 2012<sup>4</sup> et *Von Hannover c. Allemagne* (no 2)<sup>5</sup>, concernant l'articulation du droit à la liberté d'expression et du droit à la protection de*

<sup>3</sup> CEDH, *Rola c/ Slovaquie*, n° 12096/14 et 39335/16, 4 juin 2019.

<sup>4</sup> CEDH [GC], *Axel Springer AG c. Allemagne*, n° 39954/08, 7 février 2012.

<sup>5</sup> CEDH [GC], *Von Hannover c. Allemagne* (no 2), nos 40660/08 et 60641/08, 7 février 2012.

l'intimité de la vie privée. Elle y a énoncé une orientation qui a pris de l'ampleur depuis lors, selon laquelle « *si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes* » (§ 107).<sup>6</sup>

Ainsi, il est clair que si une opinion séparée contribue à établir la qualité et l'ouverture du débat entre les juges internes sur l'application de la Convention, la plénitude de ce processus décisionnel sera prise en compte par la Cour européenne des droits de l'homme au titre de la subsidiarité et l'incitera à ne pas substituer son avis à celui des juges internes.

- Existe-t-il une règle du secret du délibéré à la Cour européenne des droits de l'homme ?

S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe du secret des délibérés résulte de l'article 3 du Règlement de la Cour qui dispose : « *Avant d'entrer en fonctions, tout juge élu doit, à la première séance de la Cour plénière à laquelle il assiste ou, en cas de besoin, devant le président de la Cour, prêter le serment ou faire la déclaration solennelle que voici : « Je jure » – ou « Je déclare solennellement » – « que j'exercerai mes fonctions de juge avec honneur, indépendance et impartialité, et que j'observerai le secret des délibérations »* ».

Cette règle connaît une exception qui peut prendre la forme soit d'une opinion séparée (« *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* » article 45, paragraphe 2 de la Convention), soit d'une simple « *déclaration de dissentiment* ». (« *Tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire par une chambre ou par la Grande Chambre a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment* », article 74 paragraphe 2 du règlement de la Cour). Cette seconde possibilité consiste pour un juge à indiquer qu'il a voté contre l'arrêt adopté par la majorité, sans motiver ce désaccord.

- L'opinion séparée éventuellement mise en œuvre à la Cour de cassation devrait-elle, selon vous, intégrer l'opinion séparée concordante ?

L'expression « opinion séparée » est comprise comme incluant « l'opinion dissidente », par laquelle un ou plusieurs juges manifestent leur désaccord avec la décision majoritaire, ce qui revient le plus souvent à critiquer également le raisonnement qui y conduit, et « l'opinion concordante », par laquelle un ou plusieurs juges ayant voté avec la majorité indiquent que le raisonnement utilisé par celle-ci ne leur paraît présenter un défaut. L'opinion concordante est, si l'on peut dire, une opinion dissidente limitée au raisonnement utilisé par la majorité.

L'opinion séparée concordante peut présenter un réel intérêt. Ainsi, à titre d'illustration, dans une affaire ayant donné lieu à la condamnation de l'une des parties à indemniser l'autre sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un juge peut avoir voté avec la majorité mais faire savoir que, selon lui, le fondement de cette responsabilité est délictuel.

Je considère donc que la Cour de cassation devrait s'ouvrir aux deux versants de l'opinion séparée.

- Faut-il une relecture de l'opinion séparée ? Une sorte d'opinion séparée contrôlée ?

---

<sup>6</sup> <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/seminar-background-paper-2024-fra>

Dès lors que la pratique proposée inclut l'opinion séparée dans l'arrêt, dans un objectif d'enrichissement et de cohérence, il me semble opportun que cette expression fasse l'objet d'un échange entre son auteur et les autres membres de la formation délibérante. Les modalités les plus adaptées de cet échange seront trouvées progressivement par la Cour de cassation. Toutefois, comme je l'ai souligné précédemment, il ne doit pas s'agir d'une voie de censure de la substance de cette opinion mais bien du constat de son adéquation aux règles éthiques qui contribueront au renforcement de l'autorité de l'arrêt.

- Le risque de l'opinion séparée n'est-il pas d'inciter à la rébellion ?
- Ne faudrait-il pas la réserver aux décisions rendues en assemblée plénière ?

Comme je l'ai dit précédemment, des raisons pragmatiques me conduisent à penser que, dans un premier temps, la mise en œuvre de l'opinion séparée intégrée pourrait être limitée à la formation plénière.

J'observe que la Commission consacrée à l'avenir de la Cour de cassation a finalement suggéré d'écarter la possibilité de « rébellion » de la cour d'appel de renvoi en ces termes : « *Néanmoins, des débats très riches qu'elle y a elle-même consacrés et de la position majoritaire qui s'en est dégagée, la commission veut retenir l'essentiel : l'intérêt primordial en cause est celui du justiciable qui, parvenu après des péripéties longues et coûteuses à ce qu'il croit être la consécration de son droit par la plus haute juridiction judiciaire, se voit imposer la reprise de cet interminable et incompréhensible marathon...* »<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 23.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Audition de M. Jean-Pierre Marguénaud, professeur des universités, chercheur à l'IDEDH, du jeudi 16 mai 2024 à 16h00

### **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

Je précise tout de suite que je ne vois les choses que de l'extérieur. Contrairement à Laurence Bugorgue-Larsen et à la différence de Sébastien Touzé, je n'ai absolument aucune expérience juridictionnelle et mon approche sera probablement très différente de la leur. En partant d'un regard extérieur sur la Cour européenne des droits de l'homme où il y a toujours des opinions séparées qui ne semblent pas poser de problèmes majeurs, j'ai une tendance instinctive à considérer qu'elles pourraient être transposées à la Cour de cassation. J'aurais, toutefois, un peu plus loin, des objections ou des réserves quant aux formations au sein desquelles elles pourraient être admises eu égard notamment au nombre de leurs membres.

Vous posez la question de savoir si c'est compatible avec le droit positif et avec les obligations professionnelles des magistrats. Si c'était compatible avec le droit positif, il n'y aurait pas besoin d'en parler ici, sauf à tenir compte de la pratique à laquelle vous avez fait allusion tout à l'heure. Pour les obligations professionnelles et déontologiques, je m'abstiendrai de toute précision complémentaire.

Pour le reste, est-ce que l'opinion séparée est de nature à renforcer ou fragiliser l'autorité de la décision rendue ?

S'agissant de l'autorité *erga omnes*, il est probable que l'opinion séparée risquerait de fragiliser la solution prise parce qu'elle pourrait donner l'idée à des justiciables, dans d'autres affaires, de saisir les juridictions compétentes en disant : « *Ce n'est pas perdu d'avance puisqu'il y a déjà une opinion minoritaire qui pourrait s'imposer dans mon cas* ». Il y a déjà une lézarde et ils vont essayer de s'y engouffrer.

Cela rejoint la question de savoir si l'opinion séparée pourrait susciter la rébellion des cours d'appel. Habitué à voir les choses en termes de dialogue des juges et de responsabilité partagée, j'ai un peu de mal à voir la question dans une logique de soumission-résistance-rébellion. Selon moi, ce serait plutôt une chance d'exercer une responsabilité partagée pour faire évoluer la jurisprudence sur des questions sensibles puisque, d'après ce que j'ai cru comprendre, on en est toujours au système du revirement de jurisprudence brutal. Peut-être qu'à partir d'opinions séparées, avec des justiciables qui sont entrés dans la brèche et avec des cours d'appel qui participeraient à cette évolution plus progressive, cela éviterait de se battre bec et ongles pour la solution traditionnelle et aiderait peut-être à faire avancer petit à petit les choses à partir de ce qui a été amorcé par une opinion séparée.

Pour l'autorité entre les parties, il y a un certain nombre d'aspects contradictoires. Pour le justiciable qui a perdu et qui verrait qu'il y a une opinion séparée, il serait sans doute encouragé à se dire que ses chances devant la Cour européenne des droits de l'homme ne seraient pas dérisoires. Il y aurait une sorte d'appel d'air.

S'il y avait des opinions séparées à la Cour de cassation, cela permettrait aussi d'enrichir le dialogue des juges, de tous les juges. Il y a déjà un dialogue qui s'établit à distance entre la Cour de Strasbourg et les juges du fond lorsque, empruntant leur raisonnement, elle constate que l'arrêt de cassation de leur décision a emporté violation de la Convention. S'il y avait des opinions séparées à la Cour de cassation, le point de vue minoritaire remonterait d'un cran, ce qui permettrait d'enrichir et de compléter le dialogue des juges.

Pour le justiciable, il y a un autre aspect majeur. J'ai retrouvé une formule du Doyen Carbonnier qui figure dans un chapitre de « *Flexible droit* » que je cite : « *Amère est quand il se réveille la bouche de l'homme en procès* »<sup>1</sup>. Et l'amertume de la bouche de l'homme qui se réveille quand il a perdu son procès, ne faut-il pas aussi lui accorder quelque importance ? Il me semble que les opinions séparées peuvent être un moyen, non pas de le consoler, mais de l'empêcher de perdre tout à fait confiance en la justice. Il a échoué après avoir passé des années à se réveiller la bouche amère : voir qu'il y a quand même un juge, peut-être plusieurs, à partager son point de vue, peut quand même atténuer un peu son amertume. Il peut se dire : « *mes prétentions n'étaient pas tout à fait déraisonnables et je ne suis pas seul contre le monde entier* ». C'est un élément qui n'est pas tout à fait à négliger.

- Dans le contexte actuel de critiques fréquentes portées contre l'institution judiciaire n'existe-t-il pas un risque d'amplification des contestations des décisions rendues prenant appui sur l'opinion séparée ?

Le risque est déjà canalisé par le recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Je l'ai dit tout à l'heure, cela peut renforcer la stratégie de requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais je ne pense pas qu'il puisse y avoir de dérives particulières. Qu'il y ait une opinion séparée de la Cour de cassation ne dispensera pas de satisfaire aux conditions de recevabilité de la requête et, si elle peut inciter à poursuivre le combat, elle ne serait pas en soi un indice de violation de la Convention par la décision majoritaire sauf à être prise

---

<sup>1</sup> p. 72 de la 10<sup>ème</sup> édition de 2001.

en compte dans cette affaire ou dans d'autres à venir pour renforcer l'existence ou l'absence d'un consensus européen sur la question.

De toute façon, quoique vous fassiez, il y aura toujours, dans le contexte actuel, des voix pour alimenter les critiques. Je ne pense pas que de ne pas ouvrir la voie à l'opinion séparée les calmerait beaucoup.

- Pourrait-elle être une réponse à certaines menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée à l'open data. Pourriez-vous développer ce point ?

Je constate que parmi les universitaires que vous avez sélectionnés à partir de critères extrêmement rigoureux, il ne semble pas y avoir d'opinion séparée dissidente.

L'intelligence artificielle, à mon avis ce n'est pas intelligent du tout. C'est une manière de répondre à une vitesse supersonique, de manière binaire des milliers et des millions de fois à l'alternative « si ce n'est pas ça, c'est ça » pour arriver au bout du compte à la conclusion « c'est ça, et ça ne peut pas être autre chose ». Et bien je trouve que l'opinion séparée, c'est justement la parade contre cette implacable automaticité. C'est le moyen de montrer que la justice reste humaine parce qu'il peut y avoir d'autres manières de voir les choses.

## **II/ Sur la mise en œuvre de l'opinion séparée**

Pour la mise en œuvre de l'opinion séparée, on a l'impression qu'on peut se rapporter à la manière dont la commission Cour de cassation 2030 a justifié cette recommandation : « *L'opinion séparée offre une clause de conscience au juge qui ne pourrait se résoudre à assumer une décision allant gravement à l'encontre de ses convictions intimes. En outre, elle enrichit le délibéré au cours duquel elle est exprimée. Elle développe la motivation de l'arrêt qui doit s'efforcer de lui répondre et nourrir le dialogue avec l'extérieur en mettant en lumière une approche diversifiée de l'affaire* ».

Là, j'aurais peut-être deux-trois petites observations. Il me semble que mettre en avant tout de suite la clause de conscience des juges est un peu gênant. Il s'agit certes d'un élément important mais le placer si haut met en exergue une clause de conscience semblable à celle des médecins en occultant l'autre aspect que mes deux collègues viennent de mettre en valeur : les opinions séparées permettent de refléter la diversité de l'argumentation.

Pour la deuxième partie de la présentation, il me semblait qu'il y avait quelque chose qui était bizarrement articulé ou alors trop ramassé, trop synthétique : « *En outre, elle enrichit le délibéré au cours duquel elle est exprimée. Elle développe la motivation de l'arrêt qui doit s'efforcer de lui répondre* ». Si l'opinion séparée est exprimée, il n'y a plus à lui répondre. C'est plutôt la menace d'une opinion séparée qui a obligé en amont à lui répondre. Sinon, on entre dans le jeu de réplique-duplique.

Une opinion séparée enrichit la motivation mais peut-être plus à titre de contre-motivation. Plus les motivations sont développées, raffinées, étayées, plus apparaît l'utilité d'une contre-motivation par une opinion séparée. Je pense toujours à la « *bouche amère du justiciable qui a perdu son procès* ». Plus

la motivation est complète, plus il est enfermé dans l'amertume, plus il est amer, plus une opinion séparée peut, le cas échéant, jouer un rôle utile.

Quant au dialogue avec l'extérieur, l'extérieur c'est aussi un peu la doctrine.

Sur le rapport, la commission propose que les conseillers soutenant une opinion minoritaire argumentée soient autorisés par la majorité à l'exposer anonymement avec concision et modération.

Anonymement ? S'il s'agit d'offrir une clause de conscience au juge n'y aurait-il pas là une contradiction ?

« Avec concision et modération » : là, je suis tout à fait d'accord. Dans un ouvrage, j'avais fait remarquer que les opinions séparées étaient souvent un peu plus longues que le texte même de l'arrêt et qu'il tombait dans les travers des universitaires qui présentent un auteur dans la prestigieuse bibliothèque de la Pléiade, la notice ayant souvent beaucoup plus de caractères, de signes que le texte de l'œuvre présentée elle-même.

- Devrait-elle inclure les opinions séparées dissidentes et concordantes ?

Pour les concordantes, j'y suis assez favorable. Pour les raisons qui ont été dites il y a quelques minutes.

- La pratique de l'opinion séparée de la Cour de cassation devrait-elle être réservée à certaines formations de jugement ?

Plus la formation de jugement est élargie, plus l'opinion séparée se justifie. Et plus la formation de jugement est restreinte, moins l'opinion séparée est pertinente.

À la Cour européenne des droits de l'homme, 3 arrêts sur 4 sont maintenant des arrêts de comités de 3 juges qui sont nécessairement rendus à l'unanimité. À l'unanimité, il n'y a pas de la place pour les opinions séparées concordantes.

Plus on redescend - je crois qu'il y a des formations de jugement restreintes à 3 juges, même à la Cour de cassation- je me demande si à 3 il ne faudrait pas qu'il y ait au moins une apparence d'unanimité.

Pour les cours d'appel, avec des formations de 3 juges, je pense la même chose, à moins qu'il n'y ait des opinions séparées concordantes. Quant aux décisions rendues par un juge unique, il ne faudrait quand même pas que la logique des opinions séparées le conduise à exprimer ses états d'âme....



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Audition de Mme Laurence Burgorgue-Larsen, professeure des universités, Paris I  
Panthéon-Sorbonne, du jeudi 16 mai 2024 à 16h00

Merci beaucoup encore de cette invitation vraiment très importante et c'est pour nous un honneur, en tant qu'universitaires, d'être conviés. On est évidemment très satisfait de pouvoir participer à cette réflexion collective.

### **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

1. Que pensez-vous de la possibilité de l'intégration d'opinions séparées dans les arrêts de la Cour de cassation ?

Je trouve ça formidable. Pour plusieurs raisons. Stratégiquement, ce serait une première évidemment si la Cour de cassation décidait de franchir le pas. Elle est régulièrement à l'avant-garde sur beaucoup de sujets (c'est elle qui a activé en premier le protocole 16 ; c'est elle qui a lancé la motivation enrichie), partant, cela confirmerait son statut de « juridiction suprême leader » qui est vue par beaucoup comme cela en doctrine.

Au-delà de cette approche stratégique, cela montrerait surtout, pour moi, que le dogme du culte du secret pourrait enfin démontrer qu'il y a mieux pour renforcer la confiance des justiciables dans l'administration de la justice, c'est-à-dire la transparence, gage de confiance.

2. La formulation d'une opinion séparée vous paraît-elle de nature à renforcer ou à fragiliser l'autorité de la décision rendue ?

Cette interrogation doit être reliée à ce que vous entendez par « *opinion séparée intégrée dans le corps du texte* » (qui est une des questions de votre questionnaire). À ce stade, j'ai raisonné, pour ma part,

comme spécialiste des cours régionales des droits de l'homme, c'est-à-dire en pensant à une opinion séparée qui se situe à la fin de la décision et donc déconnectée de la décision. Et dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les opinions séparées en tant que telles ne sont pas dotées de l'autorité de chose jugée.

J'ai pris votre question comme : *quid* de l'autorité alors morale de la décision rendue ?

Dans ce contexte, il y a toujours un risque qu'une opinion séparée, notamment dissidente, affaiblisse l'approche de la majorité et donc de l'autorité morale. Mais plusieurs éléments atténuent ce risque. D'abord, la connaissance par la majorité à l'avance de la volonté d'un des juges de rédiger une opinion séparée et donc d'encourager la majorité à renforcer sa motivation avec votre guide de la motivation enrichie. Je pense qu'il faudra enrichir encore plus vos motivations, mais là évidemment c'est la spécialiste du droit international des droits de l'homme qui vous parle, parce que, pour l'observateur extérieur, en France, la motivation est vraiment le talon d'Achille des juridictions françaises. Donc, ici, l'autorité d'une décision ne serait plus verticale, posée par la puissance de Thémis et le secret qui l'entoure, mais proviendrait de la présentation d'une argumentation rationnelle et exhaustive et cela est très important.

Donc pour atténuer le risque : la rédaction la plus neutre possible de l'opinion séparée, respect pour la décision de la majorité, langage sobre, analyse concise et technique. Un autre élément qui pourrait atténuer la mise en cause de l'autorité de la décision serait l'interdiction pour le magistrat de présenter son opinion dans des revues juridiques. La doctrine est là pour ça.

Je reviendrai tout à l'heure sur la question de savoir si l'opinion séparée doit être anonyme. Je ne suis pas du tout d'accord avec cette anonymisation. J'y reviendrai tout à l'heure parce que c'est plutôt développé dans la 2<sup>e</sup> partie du questionnaire. Je ne suis pas non plus aussi partisane, ce que laisserait entendre l'état de vos travaux, de ne permettre que l'expression d'une opinion minoritaire. Au contraire, il faut que les deux types d'opinions séparées soient présentes : concordantes et minoritaires. Ça, c'est fondamental.

En tout état de cause, la visibilité d'une opinion démontrerait à l'égard de l'ensemble de l'auditoire, y compris les justiciables, le fait que l'interprétation du droit est un exercice très complexe, qu'il n'y a jamais, ou très rarement, qu'une seule interprétation qui vaille et cette mise à jour de la complexité du droit et de la mission qui consiste à rendre la justice constituerait un gage de légitimité et d'autorité à mon sens.

3. Pensez-vous que l'opinion séparée soit susceptible d'avoir des répercussions sur les voies de recours exercées par les justiciables et sur d'éventuelles rébellions par les cours d'appel ?

Je pense que, dans l'immédiat, non. Cela sera plutôt l'objet d'une grande attention doctrinale. Ensuite, une fois qu'elle sera entrée dans les mœurs judiciaires, évidemment, ça sera assez passionnant à observer. Les avocats pourront sans doute s'en servir dans leurs allégations générales en tentant un changement de jurisprudence en s'appuyant sur les opinions séparées, notamment dissidentes. Cela va enrichir le débat. De là à imaginer que les opinions séparées pourraient servir à organiser ce que vous avez appelé une rébellion, cela m'étonnerait. Je ne maîtrise pas

particulièrement la sociologie du tissu judiciaire français, mais je pense que les cours d'appel n'ont pas attendu, de temps à autre, les opinions séparées pour éventuellement se rebeller.

4. Comment percevez-vous l'articulation entre la possibilité d'émettre une opinion séparée et le principe du secret du délibéré ?

Quand on effectue le tour du droit constitutionnel en Europe et ailleurs, quand on s'immerge dans le *jus commune* processuel régional des cours régionales des droits de l'homme, qu'est-ce que l'on constate ?

On constate que toutes les juridictions, quelles qu'elles soient, constitutionnelles ou internationales, plus particulièrement les régionales, posent par principe la règle du secret du délibéré et en fonction des formules, c'est le *secret des délibérations*. Immédiatement ensuite, est également posé le droit de tout juge d'exprimer son désaccord sur l'ensemble de la décision et notamment sa solution (opinion dissidente) ou sa vision différente de ce qui aurait pu être une autre motivation (opinion concordante). Je tiens à souligner que j'ai regardé tous les textes et plus précisément des systèmes régionaux, et c'est à chaque fois les textes conventionnels, c'est-à-dire les conventions en tant que telles (Convention européenne, Convention américaine des droits de l'homme, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) qui posent le droit du juge d'exprimer son point de vue (dissident ou concordant). Ce sont exclusivement les règlements intérieurs qui posent le principe selon lequel la « délibération » ou le « délibéré » (les termes changent en fonction des textes) est secret. Ceci est particulièrement intéressant. Mais surtout, ce que démontre également le droit comparé, notamment l'Espagne et l'Allemagne (qui sont non pas des pays de *Common Law* mais des pays de traditions romano-germaniques), qui ont opté pour la présence des opinions séparées, c'est que ces pays ont mis en évidence une différence entre les délibérations qui, elles, doivent être secrètes (c'est-à-dire les échanges d'arguments, éventuellement les discussions entre les juges, la manière dont cela s'est passé dans la salle), et le résultat de ces discussions qui est transparent et qui s'exprime par des opinions séparées. C'est vraiment très topique de voir qu'en Espagne, c'est après le régime franquiste que la Constitution espagnole a posé la capacité des membres du tribunal constitutionnel d'émettre des opinions séparées dissidentes et concordantes. Ça a été vu par la société comme un gage d'extraordinaire transparence pour mettre un terme à l'autoritarisme et à la puissance verticale de ce qu'était la dictature. Donc cela a été très bien accueilli et cela a tellement bien marché que cette approche a été élargie aux juridictions suprêmes, non plus, le seul juge constitutionnel mais toutes les juridictions suprêmes en Espagne. Donc je n'y vois aucune espèce d'antagonisme. Ça a été très bien résolu dans d'autres systèmes romano-germaniques et puis évidemment dans les systèmes régionaux de protection des droits.

5. Plus généralement, êtes-vous d'avis que l'opinion séparée est compatible avec le droit positif ainsi qu'avec les obligations déontologiques du magistrat ?

De quel droit positif parle-t-on ? S'il s'agit de mentionner le droit processuel comparé et international, il est indéniable que les opinions séparées existent au sein de nombreux systèmes de *Common Law* mais aussi de systèmes romano-germaniques, et au sein des systèmes judiciaires internationaux (les systèmes de protection des droits de l'homme, la Cour pénale internationale, la Cour internationale de justice). Pour moi, il y a un *jus commune* processuel international et régional

qui est clair et cohérent et qui ne doit donc pas être négligé. Il y a donc une tendance très nette en faveur de cette technique. Elle doit bien avoir des avantages.

S'agissant des obligations déontologiques du magistrat en France, je suis allée les regarder et j'ai beaucoup appris. Sans m'étendre, je vais tenter d'établir quelques ponts entre certaines des obligations déontologiques et les opinions séparées.

Tout d'abord le lien qui *a priori* pourrait être lâche : le lien entre le respect de la règle de droit, partie intégrante de l'obligation de loyauté, et l'opinion séparée ; le magistrat doit appliquer de façon loyale la règle de droit (c'est une de vos règles) en interprétant la loi. La technique de l'opinion séparée serait une des preuves de cette loyauté, même si cela peut conduire à se séparer de la majorité. Son auteur démontre avec force d'arguments qu'il prend au sérieux cette exigence d'être loyal à la règle de droit, lui qui a une vision particulière de son interprétation et il démontre par-là cette loyauté.

Il y a aussi un lien entre indépendance et opinion séparée. Je m'explique. La présentation technique argumentée dans une opinion séparée pourrait, le cas échéant, en fonction de la sensibilité des affaires, démontrer au public, aux justiciables, aux journalistes et aux professeurs que le magistrat est totalement indépendant des autres pouvoirs constitués, exécutif et législatif, puisqu'il ne se soucie pas de leurs intérêts, mais n'a comme boussole que le droit et la conception qu'il se fait de ce droit et de son interprétation. Donc l'opinion séparée serait tout à la fois l'expression, mais aussi la garantie, de son indépendance.

D'ailleurs, nous qui observons beaucoup les opinions séparées devant la Cour européenne, mais pas uniquement, on sait bien que c'est une boussole très claire, quand on lit finement les opinions séparées, qui nous permet de voir le degré d'indépendance du juge.

Est-ce qu'il y a un lien entre opinion séparée et impartialité ? Après réflexion, je pense que le meilleur indicateur de l'impartialité d'un juge, c'est son départ. Dès qu'il y a la moindre apparence de conflit d'intérêts, je pense que démontrer son impartialité, c'est se départer. D'ailleurs, l'arrêt de la CEDH du 14 décembre 2023, *Syndicat national des journalistes c. France*, le démontre à l'envi.

6. Il arrive désormais que certains arrêts, rédigés en motivation enrichie, fassent référence à une position contraire, expliquant pourquoi celle-ci n'a pas été retenue. Par rapport à cette pratique récente, certes encore marginale, pensez-vous que l'opinion séparée intégrée puisse revêtir un intérêt complémentaire ?

Raisonnant comme spécialiste des systèmes régionaux de protection des droits, ce n'est absolument pas ma vision. Je préfère qu'une opinion séparée soit présentée à la fin de la décision. Pourquoi ? Parce qu'elle sera, par définition, même si elle devra rester concise, quelque peu plus détaillée qu'une opinion séparée intégrée. Cette technique corsète encore la liberté du juge et je ne trouve pas cela très positif.

Donc si on retient mon approche qui est l'opinion séparée détachée, l'intérêt sera évidemment plus grand, car elle serait plus visible. Ce qui est ici fondamental, c'est de s'adresser à un auditoire plus vaste que celui des juristes professionnels et des professionnels du droit. Notamment, et je rejoins complètement ce que Jean-Pierre Marguénaud a dit : le justiciable, la partie prenante dans l'affaire,

il faut lui parler. Il faut qu'il comprenne. C'est très violent quand le justiciable ne comprend pas la décision qui a été rendue, quand bien même son avocat essaie de lui expliquer. Donc, il faut tout à la fois améliorer encore et encore la motivation (il y a une importante marge de progression à cet égard) et insérer, s'il y a lieu, une opinion séparée à la fin de la décision. La décision comme telle sera plus explicite et mieux motivée ; l'opinion séparée (singularisée) sera à sa manière également un élément fort d'explication.

7. L'intégration de l'opinion séparée est-elle selon vous de nature à contribuer au dialogue des juges, notamment entre la Cour de cassation et les juridictions européennes ?

Bien sûr. Au-delà des canaux dialogiques institutionnalisés que sont le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice et le protocole 16 devant la Cour européenne, il y a le dialogue des juges au moyen de décisions de justice interposées. C'est ce à quoi fait référence votre question.

Nous les professeurs de droit, nous connaissons bien ce dialogue singulier, nous aimons le décrypter pour mieux le commenter. Et, pour vous donner un exemple qui démontrerait qu'il faudrait intégrer des opinions séparées, je vous renvoie à un arrêt exemplaire ainsi qu'une opinion concordante tout à fait exceptionnelle qui est celle du juge belge Lemmens sous l'affaire *Paposhvili contre Belgique* du 13 décembre 2016. Le juge Paul Lemmens explique (et cela n'aurait pas été compris aussi bien par l'auditoire s'il n'y avait pas eu cette opinion concordante), que le standard nouveau mis en œuvre par la Cour européenne est en fait un standard qui s'aligne à la hausse sur le standard belge en matière de migration. Et c'est suite à un dialogue des juges assez fort que la Cour européenne a entendu ce que disait la Belgique, a pris en compte le nouveau standard national pour élever le standard européen. C'est ce que le juge belge explique dans son opinion concordante afin que l'ensemble des autres États parties prenne la mesure du bond en avant effectué grâce aux dialogues des juges. Je pense, à titre personnel, que je n'aurais pas pris la mesure de cet alignement du standard européen sur le standard national s'il n'y avait pas eu cette opinion séparée concordante. Les opinions séparées concordantes seraient vraiment un outil dialogique extraordinaire. Mais évidemment, les opinions séparées dissidentes aussi. Cela renforcerait la fonction de juge conventionnel de droit commun qu'est notamment la Cour de cassation en montrant que le point de droit européen – qui a été discuté – l'a été en connaissance de cause, en connaissant les standards européens, que cela a engendré un débat, que tout le monde n'était pas d'accord et qu'une opinion minoritaire, soit qui s'aligne sur le standard européen, soit qui ne le fait pas, est apparue. En d'autres termes, cela démontrera que les enjeux étaient connus, étaient présents et ont été à la base d'une imposante discussion interne. Donc dans les deux cas, je considère que la technique de l'opinion séparée est un outil d'enrichissement du dialogue, dans un contexte de respect mutuel.

8. Dans le contexte actuel de critiques fréquentes portées contre l'institution judiciaire, n'existe-t-il pas un risque d'amplification des contestations des décisions rendues prenant appui sur l'opinion séparée exprimée ?

Je suis absolument sur la même ligne que mon cher collègue et ami Jean-Pierre Marguénaud. Nous n'avons pas attendu les opinions séparées pour assister à l'accroissement des critiques assez violentes et terribles à l'égard de l'administration de la justice dans son ensemble. Tout résidera, et

on y reviendra tout à l'heure, sur la forme, la concision, la technicité, le respect des collègues de la majorité quand elle est dissidente.

9. Pourrait-elle être une réponse à certaines menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée à l'open data. Pourriez-vous développer ce point ?

N'étant pas spécialiste de ces questions, j'ai lu et je vous livre les résultats de mes lectures. Tous les spécialistes que j'ai lus sur « *intelligence artificielle et justice* » s'accordent sur plusieurs éléments équivalents. Les risques, mis à jour par la doctrine, sont les suivants dans cet *open data* que vous avez mis en œuvre ici à la Cour de cassation de façon tout à fait intéressante :

- Le premier risque est celui de la performativité, c'est-à-dire le juge prend une décision non par l'exercice de sa propre appréciation du litige, mais parce que l'outil lui restitue ce que font majoritairement ses pairs en pareille situation. Si la tâche du juge est simplifiée, il existe un angle mort, *quid* de la décision atypique ? Elle est totalement minorée, écartée, invisibilisée. Les opinions séparées notamment dissidentes, seraient un moyen d'éviter ce risque de la performativité.

- Le deuxième risque (très préoccupant) est évidemment celui d'une justice sclérosée qui se trouverait prisonnière du passé, qui ne ferait que regarder dans le rétroviseur puisqu'on prendrait à chaque fois la solution identique. Là, les opinions dissidentes pourraient éviter cet écueil dans la mesure où elles pourraient proposer des solutions novatrices. Imaginons par exemple des opinions dissidentes révolutionnaires et progressistes qui rompent avec la ligne jurisprudentielle établie et qui proposent des solutions pour s'adapter à l'évolution des sociétés.

- Le troisième risque est ce que les auteurs que j'ai lus appellent la « *jurisprudence horizontale* ». La jurisprudence horizontale – fondée sur la récurrence des mêmes solutions des juridictions du fond – supplanterait votre jurisprudence, c'est-à-dire la jurisprudence qui est présentée comme verticale, celle de la Cour de cassation qui est pourtant le fruit d'une analyse plus fine des règles là où l'interprétation est mise en œuvre.

Dans un tel contexte, la présence des opinions séparées pourrait aider à mettre en valeur la solution atypique et mettre à l'écart le problème de la « jurisprudence horizontale » en atténuant grandement les effets de masse générés par la quantité au détriment de la qualité.

10. Que pensez-vous des arguments présentés par la commission Cour de cassation 2030 pour recommander l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

Ils sont au nombre de quatre : clauses de conscience du juge, enrichit le délibéré, développe la motivation, nourrit le dialogue. Tout cela, c'est vrai. C'est tout à fait juste. Il y a quelques autres avantages importants pour moi :

- Renforcement de la confiance du public dans la justice car, en général, je pense fondamentalement qu'« opacité » et « société démocratique » ne vont pas ensemble. Dans « société démocratique », il y a justice indépendante. Donc, c'est important.

- Dans cette lignée, ce sera un outil extraordinairement pédagogique aux yeux du justiciable qui prendra mieux la mesure de la discussion interne et qui comprendra mieux la décision et donc paradoxalement, même si l'opinion est dissidente, il y aurait une meilleure acceptabilité de la décision. Là je rejoins ce que disait Jean-Pierre Marguénaud pour les opinions dissidentes tout à l'heure.

- Il y aura à terme une amélioration de la jurisprudence. C'est sûr. D'abord parce qu'il y aura des opinions dissidentes qui développeront peut-être la même idée sur un temps moyen-long et qui pourront, à terme, engendrer un revirement de jurisprudence. Les dissidences annonceront le revirement de jurisprudence futur et l'auront déjà balisé. Donc il n'interviendra pas comme ça, de nulle part ou presque de nulle part. Nous avons, dans le champ constitutionnel comparé et dans le champ régional des droits de l'homme, cette approche qui est très classique.

Je donne juste un exemple du juge mexicain Eduardo Ferrer Mac Gregor qui a intégré la Cour interaméricaine et qui savait très bien que la jurisprudence de la Cour interaméricaine sur les droits économiques et sociaux ne lui convenait pas. Elle était trop restrictive. Dès qu'il est arrivé, très respectueusement, il a émis toute une série d'opinions dissidentes en développant une nouvelle architecture de la manière dont il faudrait analyser la Convention américaine pour mieux saisir des droits économiques et sociaux. Trois ou quatre opinions dissidentes extrêmement bien formulées qui avaient tout prévu, tout cadré. À la faveur d'un changement de composition de la Cour interaméricaine, les autres juges étaient tout à fait sensibles à son approche. Tout ce qu'il avait développé conceptuellement a été intégré par la suite par la majorité. Autrement dit, une telle évolution annoncée en quelque sorte est très positive pour les justiciables, les observateurs extérieurs, les avocats et surtout les victimes.

- autre élément important, c'est que le processus de fabrication de la décision de justice est transparent. Il bannit la fiction (dangereuse) d'une juridiction totalement abstraite éloignée du public et de ses préoccupations. Pour tous ces éléments, c'est important de les intégrer et voilà ces quelques avantages supplémentaires que j'ai pu identifier par rapport au rapport Cour de cassation 2030.

## **II/ Sur la mise en œuvre de l'opinion séparée**

### **1. Avez-vous des observations à formuler sur la procédure et la forme que pourrait prendre l'opinion séparée à la Cour de cassation ?**

Pour tout vous dire, votre formule, je l'ai relue, elle est très restrictive. Ultra restrictive. Donc bref, il y a deux problèmes : la conditionnalité qui est très contestable et l'anonymisation qui est discutable, voire dangereuse. Je vais m'expliquer.

Pourquoi imposer l'accord de la majorité à la publication d'une opinion séparée qu'elle soit dissidente ou concordante ? J'y vois vraiment, comme Jean-Pierre Marguénaud, une atteinte claire et nette à la liberté d'expression du juge et donc sa fameuse clause de conscience. Donc là, il y a une contradiction dans les termes. Et c'est une conditionnalité très mal venue parce qu'elle

démontre donc *a contrario* que le juge qui émet une opinion séparée est toujours *in fine* corseté dans l'expression de sa pensée. Ça ne va pas et surtout, ce que j'ai oublié de dire tout à l'heure sur l'indépendance, c'était l'indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs constitués. Mais c'est aussi l'indépendance interne du juge à l'égard de ses collègues. Alors là, il n'en a plus. Il est corseté donc je trouve cela totalement contradictoire et, là encore, quelque peu dangereux à terme. Ça c'est le premier point. S'agissant de la procédure, il faut faire sauter cet accord.

Après, à quel moment doit intervenir pour le juge dissident ou concordant la manifestation de l'idée « Au fait je vais écrire » ? Ça, c'est vous qui connaissez mieux vos modes de travail. Mais évidemment l'idée serait dans le délibéré. Ça ne peut apparaître que dans le délibéré ou en tout cas à la fin du délibéré ou encore très vite après la manifestation du projet de décision, c'est-à-dire ne pas attendre démesurément longtemps pour dire à ses collègues « Décidément, j'ai bien réfléchi. J'ai envie de ». Cela serait mieux de le faire pendant le délibéré voire à la fin. Mais parfois les juges réfléchissent et ça peut apparaître quelque peu après le délibéré. Donc là, c'est vous qui connaissez mieux vos modes de travail.

Sur la forme de l'opinion séparée ? Il faut évidemment qu'elle soit concise. La **concision** est de rigueur. Non aux opinions séparées fleuves contre-productives évidemment sur le fond et surtout sur l'image de l'institution. Alors la concision ne veut pas dire un paragraphe. Ça pourrait être de dire pas plus long que l'arrêt, voire un peu en deçà de la longueur de l'arrêt.

Ce qui serait formidable dans une opinion dissidente ou concordante, c'est de laisser le juge mentionner des arrêts précis (qu'il s'agisse d'arrêts de la Cour européenne, de la Cour de justice), être plus prolixe sur ces questions-là et puis aussi ne pas le corseter et le laisser éventuellement mentionner la doctrine, celle des professeurs de droit. Ça enrichirait. Pour quelqu'un qui connaît, par exemple, les arrêts du tribunal constitutionnel allemand ou les arrêts de la Cour constitutionnelle espagnole, la doctrine est constamment présente. En dehors. Pas uniquement dans les opinions séparées. Dans le corps des arrêts. Ça montre aussi l'élévation vraiment intellectuelle incroyable des juges. Donc là, ça sera aussi une occasion pour le juge concordant ou dissident de dire « *Je m'appuie aussi sur d'autres références qui ne sont pas uniquement les références de notre délibéré* ». Bon bref, je referme ma parenthèse. Alors la forme ? Concision.

Alors s'agissant de **l'anonymisation, elle me pose un vrai problème**. Elle contredit clairement aussi la clause de conscience. On évacue totalement la liberté d'expression du juge ; on l'invisibilise. Ça, c'est vraiment un problème. Si un juge, comme pour reprendre votre formule, a besoin de soulager sa conscience, alors il faut que sa liberté d'expression soit entière et donc la logique voudrait que l'opinion séparée ne soit pas du tout anonyme.

Cette idée m'a perturbée. Je me suis dit l'anonymisation peut avoir des effets contre-productifs. La doctrine, les médias, le public et là on parlait des attaques contre l'institution judiciaire tout à l'heure. Attention ! Est-ce que ça ne va pas générer un délire pour découvrir celui ou celle qui a émis l'opinion séparée dissidente ou concordante ? Donc les effets contre-productifs peuvent très vite venir.

Donc pour toutes ces raisons, je pense qu'il faut écarter ce point qui doit certainement venir de votre tradition, mais « A bat parfois les traditions ! ». Alors si l'anonymat tombe, évidemment le danger, on vient d'en parler, c'est le carriérisme, « Regardez, j'existe ! ». Mais je pense que, vu vos traditions, avant que ces deux écueils - carriérisme d'un côté, égo de l'autre - n'apparaissent, il faudra vraiment que coule beaucoup d'eau sous les ponts. Voilà, mais si, en plus, on cadre avec la concision, le respect, etc., tout ça peut, à terme, être un équilibre.

J'ai plein de propositions de formulations parce qu'évidemment celle proposée ne me satisfait pas. En partant du principe que c'est un droit, parce que quand vous regardez « *droit à émettre une opinion séparée* » et quand vous regardez tous les textes (Convention européenne, américaine, Charte africaine, et les autres), on parle du droit du juge à émettre une opinion séparée. C'est justement sa liberté d'expression. Donc voilà ce que je vous propose : « **Les conseillers qui soutiennent une opinion minoritaire ou qui désirent éclairer la position de la majorité** [font part aux membres du collège de leur volonté de l'exprimer ou, encore plus clair] **ont le droit de l'exprimer** ».

Après on peut imaginer : « **L'opinion minoritaire ou concordante doit être rédigée dans un style concis et respectueux. Les conseillers décident de préserver ou non leur anonymat** ». Là, on renverse. Ce n'est plus la majorité qui dit « Oui, d'accord, on veut bien que tu publies », mais c'est le conseiller, en son âme et conscience, qui fait son choix. C'est lui qui décide s'il veut apparaître au grand jour ou pas. Alors évidemment, en y réfléchissant là tout de suite, cela peut créer des us et coutumes différents. Certains le voudront, d'autres pas. Mais c'est au choix du magistrat et là on respecte sa liberté d'expression et de conscience, etc. À voir. À discuter. Mais je vous cite, par exemple, l'article 66-2 de la Convention américaine : « *Si l'arrêt n'exprime pas, en tout ou en partie, l'opinion unanime des conseillers, chacun de ceux-ci aura le droit d'y joindre son opinion dissidente ou son opinion concordante* ». Vraiment, sachez que si vous préservez l'anonymat, vous allez être en totale opposition avec ce *jus commune* processuel, international et même constitutionnel. On serait à nouveau dans l'exception française et cela serait dommage.

J'ai trouvé aussi une formule pour les opinions concordantes. En prenant votre formule : « **La position majoritaire qui s'est dégagée au cours du délibéré a voulu être éclairée par un ou plusieurs conseillers au moyen d'une opinion concordante reproduite ci-dessous** ».

J'ai toute une série de propositions. Voilà ! Donc vous l'avez compris, je suis pour les opinions également concordantes. C'est fondamental. Ça serait complètement aberrant, contre-productif, déséquilibré de ne pas leur donner une place. Ça serait contre le fameux nouveau canal dialogique avec les juridictions européennes où là le juge concordant pourrait, en citant de la jurisprudence européenne ou éventuellement, si ça l'amuse et si ça conforte son point de vue, de la doctrine, montrer aux deux juridictions que tout a été discuté en allant un peu plus loin que la fameuse motivation enrichie qui est quand même encore très restreinte.

2. La pratique de l'opinion séparée devrait-elle être réservée à la Cour de cassation, à l'exclusion des juridictions du fond ?

Ah non, il faut que les juridictions du fond aussi mettent en place ça. Même si on peut imaginer une période de rodage que je comprendrais parfaitement et que cette période de rodage soit le fait

de la Cour de cassation, il reste que la logique voudrait que cette technique des opinions séparées concordantes et dissidentes soit vraiment étendue aux juridictions du fond. Pourquoi ? Parce que ce sont elles, quand même, qui sont en première ligne sur les questions où la balance des intérêts est au cœur de l'exercice judiciaire, quand les droits et libertés fondamentaux sont en jeu notamment, en matière pénale et en matière familiale par exemple. Donc ça serait aberrant qu'eux ne puissent pas justement mettre au grand jour les discussions qui ont pu exister. Je reviens aussi à l'*open data*, puisque ça permettrait de faire remonter les décisions atypiques où il y a eu des discussions.

### 3. À la Cour de cassation, devrait-elle être réservée à certaines formations de jugement ?

Je suis complètement d'accord avec ce qu'a dit Jean-Pierre Marguénaud. Il a raison. Par exemple au tribunal constitutionnel d'Andorre où j'ai eu la chance de siéger pendant 8 ans, nous étions quatre magistrats constitutionnels. Hors de question d'avoir des opinions séparées qu'elles soient concordantes ou dissidentes parce que là alors tout l'édifice se serait effondré. Il fallait qu'une juridiction constitutionnelle dotée de quatre membres montre qu'elle était d'accord. Et d'ailleurs, pour arriver à chaque fois au consensus, on avait cette capacité de reporter d'un mois à l'autre la décision.

Mais évidemment, pour les formations de jugement solennelles, cela va de soi. Sachez juste qu'à la suite du colloque sur la procédure devant la Cour européenne il y a quelques semaines, s'est dégagée l'idée, grâce à la présence d'*insider*, que, même sur les décisions d'irrecevabilité, puissent être adjointes des opinions séparées. Donc ça, c'est intéressant.



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Audition de M. Sébastien Touzé, professeur des universités, Paris II Panthéon-Assas, du jeudi 16 mai 2024 à 16h00

Tout d'abord, je tiens à vous remercier pour deux raisons. La première c'est parce que je mets pour la première fois les pieds, je l'avoue, ici, dans ce bâtiment. Nous sommes très honorés aussi. C'est un très grand plaisir et un très grand honneur. La deuxième raison, elle est liée au sujet parce que c'est vrai que l'opinion séparée, et ça transpire un petit peu de ce qui a été évoqué tout à l'heure par mes deux collègues, ça fait partie un peu de notre quotidien d'analyse, c'est-à-dire qu'on ne se pose même pas la question de son utilité, de sa pertinence. Elle est là et c'est vrai qu'on ne s'interroge pas forcément suffisamment sur ce qu'elle peut apporter, parce que comme elle a été initiée et inscrite dès l'origine dans le mécanisme que nous avons l'habitude d'examiner, ça nous paraît tellement évident, que nous faire réfléchir sur cette question c'est assez intéressant. À titre personnel, ça m'a permis de revenir sur une pratique que j'aime dans la mesure où j'ai été impliqué dans plusieurs affaires devant la Cour européenne et dans le cadre du comité contre la torture des Nations-Unies pendant 8 ans où l'opinion séparée dans la compétence contentieuse de ce comité avait également cours. Donc je voyais la chose fonctionner, mais je ne m'étais jamais vraiment interrogé sur les tenants et aboutissants et peut-être les effets extérieurs que cela pouvait avoir. Donc ça, c'était, je dirais, intéressant.

Ensuite, je trouve que la réflexion qui est envisagée est très positive. Tout à l'heure, Laurence Burgorgue-Larsen disait que le rôle précurseur de la Cour de cassation s'est matérialisé avec le protocole 16. Moi, quand j'étais étudiant en droit, on me disait que la Cour de cassation c'était 75 et le Conseil d'Etat 89. C'était quand même une juridiction plus audacieuse et ça se révèle ici.

Alors je ne dirais pas que l'évolution qui pourrait être apportée par ces opinions séparées dans la procédure devant la Cour de cassation aurait les mêmes incidences. Néanmoins, ça pourrait avoir pour conséquence de mettre une évolution procédurale que je trouve particulièrement importante et qui a même une implication sur la vision qu'on se fait de la justice.

## **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

1. Que pensez-vous de la possibilité de l'intégration d'opinions séparées dans les arrêts de la Cour de cassation ?

Je réponds que j'y suis totalement favorable parce que ça fait partie un petit peu du génome des décisions qu'on a l'habitude d'étudier. Et surtout, quand on regarde comment est envisagée la question dans l'annexe du rapport qui avait été rédigé, ça transparaît assez nettement. On pense tout de suite aux côtés négatifs de l'opinion sans véritablement mettre en avant les aspects positifs.

Et les aspects positifs, pour moi, sont de plusieurs natures.

Tout d'abord, je pense que l'opinion séparée participe indéniablement à la réflexion qui entoure les décisions et permet aussi, j'y reviendrai tout à l'heure de manière plus détaillée, de renforcer la responsabilité du juge.

Et elle a ici un triple effet. Le premier déjà, d'après moi, au regard de la pratique que je peux avoir, c'est de permettre à la décision rendue de gagner en clarté. Je m'explique : souvent, l'opposition des arguments, c'est quelque chose qui est inhérent à la discussion juridique et dans le cadre judiciaire, c'est naturellement la source de la discussion qui est menée au moment du délibéré. Et la décision, lorsque l'on interprète le droit, elle est rarement univoque. Elle repose sur une argumentation nourrie par les positions qui ont pu être exprimées et qui se fondent sur un processus de démonstration construit justement sur la base de ces discussions. Et le fait de ne pas avoir ce processus visible, pour moi, obère dans une certaine mesure la clarté de la décision qui est rendue. On a une décision qui est une interprétation sans avoir la possibilité de comprendre comment cette interprétation a été construite. L'opinion séparée participerait, selon moi, ici, à cette évolution intéressante.

Dans un deuxième temps, je crois que ça peut mettre aussi en avant le fait que le processus d'interprétation du droit dans un cadre juridictionnel, c'est un processus constant. D'ailleurs c'est un processus qui doit être continu, au sein duquel chaque juge doit avoir un rôle. Et la participation à la prise de décision devient ainsi, pour le juge, beaucoup plus intéressante parce que, même s'il est en minorité, il a un rôle à jouer. Il a une voix à faire entendre, une position à défendre et quand il peut mettre en avant le fait que cette position ou que cette interprétation ne sera pas effacée, oubliée, et bien ça peut renforcer, si vous voulez, cet acte d'interprétation de motivation que le juge peut faire valoir au moment du délibéré.

Ensuite, cela permet aussi d'étoffer la décision qui est rendue parce que l'on peut parfaitement voir dans l'opinion séparée des aspects qui ont été volontairement écartés par la majorité parce que non pertinents peut-être pour celle-ci, parce que non liés au problème de droit posé pour la majorité, mais qui pourraient, pour un dissident ou un concordant, peut-être être envisagés de manière différente et ça, je crois que ça fait partie de cette pédagogie qu'apporte l'opinion séparée dans la compréhension de la décision de justice qui va être rendue.

2. La formulation d'une opinion séparée vous paraît-elle de nature à renforcer ou à fragiliser l'autorité de la décision rendue ?

Il y a un ouvrage qui vient de sortir sur les opinions séparées devant la Cour européenne des droits de l'homme. C'est une cartographie des opinions séparées qui ont été un petit peu systématisées, les opinions un peu provocantes, les opinions pédagogiques, les opinions académiques, progressistes. Il y a donc une classification. C'est un ouvrage qui est assez intéressant. Quand j'ai lu la préface d'Emmanuel Decaux, j'ai été frappé par un élément. Il a tout de suite mis en avant, alors qu'on ne parlait pas du sujet, le fait que l'opinion séparée dans l'ordre juridique français n'avait aucune place. Moi, je n'ai pas bien compris cette approche très catégorique tout simplement parce qu'il disait que ça remettrait en cause l'autorité de la chose jugée. Pour moi, au contraire, cela renforce l'image de la décision, comme je l'ai dit, et sa visibilité. En outre, et de manière plus générale, cela offre à la justice un élément complémentaire de clarification qui, et ça a été dit tout à l'heure de manière un peu différente par Laurence Burgorgue-Larsen, qui renforce sa légitimité vue du public. La force du jugement tient beaucoup à la richesse d'un délibéré qui permet de confronter de façon ouverte et dialectique des opinions dont la différence fait la richesse. En ce sens, pour moi, tous les moyens de pouvoir renforcer cette visibilité de la décision doivent être favorisés et l'opinion séparée fait partie de ces moyens. Ce n'est pas le seul.

Ensuite, cela ne remet aucunement en question l'autorité de la décision. Mais cela rappelle, comme je le disais tout à l'heure, que nous sommes dans le cadre d'une interprétation d'une norme laquelle ne peut, malgré des positionnements dogmatiques, être totalement univoque. J'insiste vraiment là-dessus. Les revirements de jurisprudence sont là pour nous montrer qu'une même règle, à des moments différents, peut être interprétée de manière différente.

Ensuite, par rapport à la fragilisation de l'autorité de la décision rendue, bien au contraire, parce que dans l'autorité qui est souvent accordée à la décision rendue, il y a un sentiment d'arbitraire de cette décision parfois peu motivée qui arrive. Là, au contraire, l'opinion séparée permet d'avoir une image différente de la justice. C'est une justice qui discute, qui réfléchit et qui décide sur la base d'orientations qui n'ont pas toujours l'assentiment d'une unanimité. Donc, ce n'est pas remettre en cause l'autorité de l'interprétation de la loi que de nuancer ce qui se dégage d'un arrêt ou de faire valoir un argumentaire complémentaire et qui est susceptible, d'ailleurs, de pouvoir éclairer le contentieux à venir. Donc, pour ça, j'y suis assez favorable.

Ensuite, il y a un autre argument qui est que l'autorité, pour moi, doit être envisagée non comme l'imposition d'une décision unique, mais comme la qualité que doit revêtir une décision de justice, laquelle doit être prise en tenant compte des différentes approches susceptibles d'être suivies. Pour moi, c'est ça aussi l'autorité. Ce n'est pas forcément d'imposer une décision. C'est de montrer que cette décision a été discutée et de montrer les éléments sur la base desquels elle a pu être développée. Tout à l'heure, Laurence Burgorgue-Larsen évoquait un arrêt. Moi, je dis souvent à mes étudiants : « *Si vous voulez comprendre parfaitement un arrêt que j'aime beaucoup et qui est l'affaire « Leyla Sahin contre Turquie » sur le port du voile dans les universités turques, lisez avant l'arrêt l'opinion de Françoise Tulkens. Vous allez voir ici, si vous voulez, la compréhension du contexte et de la problématique que pose le port du foulard et vous allez pouvoir immédiatement mesurer les intérêts qui sont en jeu. La Cour se fonde sur une certaine idée de la laïcité qui n'était pas partagée par tous les membres de la formation de jugement. Commencez par l'opinion*

*séparée pour pouvoir comprendre la règle* ». On comprend mieux ensuite la décision qui a été rendue par la Cour dans cette affaire. On comprend mieux pourquoi, peut-être en 2024, une même décision ne pourrait-elle pas être rendue de la même manière. Donc ça, c'est vraiment quelque chose qui est fondamental et cela ne remet absolument pas en cause l'acceptabilité de la décision. Au contraire, cela nourrit sa définition. Ça repose évidemment sur des éléments juridiques, parfois aussi extra-juridiques, qui peuvent être apportés dans une opinion séparée. Souvent on se limite dans le corps de la décision à une approche très chirurgicale. Là, on pourrait nourrir de manière un peu différente, pour des questions de société, des questions de principe, des évolutions peut-être voulues par les requérants, intégrer alors pas forcément du fait, mais peut-être des éléments contextuels qui permettent de comprendre la décision.

3. Pensez-vous que l'opinion séparée soit susceptible d'avoir des répercussions sur les voies de recours exercées par les justiciables et sur d'éventuelles rébellions par les cours d'appel ?

Ça c'est évident parce que vous ouvrez la voie à des argumentations différentes, à peut-être des argumentaires qui pourraient être présentés, à des conclusions développées qui se fonderaient peut-être sur des opinions séparées. Mais cela ouvre aussi une possibilité, cela ouvre la porte au prétoire européen. Si on voit qu'à la Cour de cassation, il y a cette position de principe qui a été arrêtée par la majorité mais qu'une dissidente est née, cela peut permettre aux avocats d'arriver devant la cour en disant : « *Écoutez, notre argumentaire n'a pas été suivi devant la Cour européenne avant la Cour de cassation* ». Cela peut aussi nourrir l'argumentaire devant la Cour européenne des droits de l'homme dans un cadre d'un éventuel recours.

Mais ce que je vois là c'est que ça permet aussi aux avocats (je pense que vous avez les auditionner, en tout cas pour les avocats aux conseils) d'expliquer pourquoi cela n'a pas fonctionné et parfois même de faire comprendre aux clients qu'ils ont tout essayé. Mais malheureusement, et la preuve en est que son argumentaire n'est pas complètement incongru ou fantaisiste, il est repris par un juge. Donc ça peut, je dirais, équilibrer aussi la compréhension par les justiciables de la décision qui est rendue.

Concernant les cours d'appel, je crois que la rébellion des cours d'appel, c'est déjà une question qui se pose en dehors de ce sujet. Ce n'est pas celui-ci qui va renforcer. Au contraire, je ne pense pas, dans la mesure où il y aura évidemment une ouverture un peu plus importante dans la compréhension du raisonnement développé. Donc, d'après moi, c'est un avantage que de pouvoir présenter à une cour d'appel une motivation enrichie, plus éventuellement les éléments qui ont pu donner lieu à des discussions sur lesquels elle n'aurait pas forcément à revenir parce que ça permet aussi de prévenir le fait que cela ne sert à rien, ça a déjà été discuté.

4. Comment percevez-vous l'articulation entre la possibilité d'émettre une opinion séparée et le principe du secret du délibéré ?

Ça c'est une question qui est vraiment intéressante parce que dans tous les organes que nous avons étudiés et que nous étudions régulièrement, le secret du délibéré existe malgré l'opinion séparée,

c'est-à-dire que le secret du délibéré, ça n'est pas une présomption d'unanimité pour moi. Ça n'est pas à envisager de cette façon. Alors je sais qu'une certaine partie de la doctrine l'envisage comme tel, mais ce n'est pas mon cas. Le secret du délibéré, c'est les discussions et les arguments, en tout cas, les enjeux peut-être développés en interne qui ont pu être discutés. Mais l'argumentaire, pour moi, c'est autre chose. C'est une opération presque naturelle pour le juriste. Donc, délibérer pour moi, c'est examiner les différents aspects d'une question, peser les avantages et les inconvénients avant de prendre une décision. C'est une opération qui est extrêmement complexe, plurielle et qui ne repose absolument pas sur la détermination systématique d'une décision acceptée par l'unanimité.

Je le vois au sein du comité contre la torture. Il y a une approche dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies qui est toujours consensuelle. On adopte officiellement toutes nos décisions par consensus. Il n'est jamais indiqué le nombre de voix pour et le nombre de voix contre. Mais quand on voit une opinion, peut-être parfois signée par trois ou quatre membres du comité contre la torture sur les dix qui le composent, on voit bien que la décision n'a pas été rendue de manière unanime. Mais le secret du délibéré n'a pas été défloré. En tout cas, le délibéré est une opération envisagée de manière un peu différente et pour moi cela ne remet pas en cause le caractère confidentiel des discussions internes. Cela ne dénigre absolument pas la solution adoptée. Au contraire, cela met un terme au culte du secret qu'il a vis-à-vis du justiciable, vis-à-vis de l'extérieur et qui est beaucoup plus délétère pour l'institution que cette ouverture à la transparence que provoque l'opinion séparée.

Ensuite, il y a un autre élément qui est intéressant et sur lequel j'avais pu discuter avec plusieurs juges de la Cour européenne des droits de l'homme, sur justement le délibéré. Le fait de laisser la possibilité à un juge de se prononcer de manière dissidente dans une affaire importante a un effet psychologique sur la formation de jugement qui participe au délibéré, c'est-à-dire que sachant qu'il y a une dissidence possible, ils vont rechercher une solution plus consensuelle de manière à pouvoir établir un équilibre beaucoup plus pertinent dans l'interprétation qui sera développée. Et on le voit dans certaines affaires où nous, commentateurs, on dit c'est un peu boiteux comme raisonnement. Ils disent, certes, mais il a fallu qu'on évite la dissidence. Il a fallu qu'on rende une décision à l'unanimité et pour y parvenir, il y a des sacrifices à faire. Il y a des interprétations à développer parfois de manière complémentaire, parfois en renonçant à certains éléments qui permettent justement d'avoir une décision, là pour le coup, consensuelle, qui est admise à l'unanimité et qui peut d'ailleurs être présentée comme telle parce qu'il n'y aura jamais de dissidence.

5. Plus généralement, êtes-vous d'avis que l'opinion séparée est compatible avec le droit positif ainsi qu'avec les obligations déontologiques du magistrat ?

Je vais aller assez vite parce que je n'ai, à titre personnel, rien constaté comme étant incompatible. Au contraire, cela renforce l'indépendance. Cela renforce, comme je le disais tout à l'heure, la responsabilité du juge, parce qu'un juge qui veut formuler une opinion séparée, ça l'engage et ça l'oblige à exploser de manière précise, rigoureuse. Je ne veux pas dire que tous les magistrats ne sont pas rigoureux, mais je peux vous dire que si l'un fait entendre une dissidence, autant qu'il aille jusqu'au bout et qu'il prenne sa responsabilité de formuler publiquement ce qu'il pense. Donc pour moi, c'est quelque chose qui est important et qui renforce aussi, Laurence Burgorgue-Larsen l'a dit

tout à l'heure de manière très claire, la loyauté par rapport à l'institution parce que la loyauté c'est aussi de faire vivre cette institution en tant que composante essentielle de celle-ci, en faisant valoir aussi son individualité dans l'organisation mais aussi dans sa vie.

Ensuite, par rapport aux règles déontologiques, là je n'ai pas vu d'incompatibilité. Et d'ailleurs, on le voit à la Cour européenne des droits de l'homme, cela a été évoqué tout à l'heure, les seules difficultés que l'on peut constater, c'est l'absence d'indépendance vis-à-vis de l'Etat. Après, on voit poindre des opinions qui ne sont pas forcément très objectives et qui relèvent plus de l'individu et de ses croyances. Lorsque l'on est en matière religieuse, par exemple, les opinions dissidentes sont assez intéressantes parce que l'on touche là au for intérieur de l'individu. Après, c'est sûr que certains juges sont identifiés comme ayant ou pas des orientations. Mais cela fait partie aussi du jeu que d'avoir dans une formation de jugement qui est composée de 46 magistrats de nationalités différentes, de cultures juridiques différentes, d'histoires différentes, des orientations politiques, religieuses, qui ne sont pas forcément les mêmes que celles du juge national de l'Etat sur le territoire duquel on se situe. Mais je ne pense pas que dans une formation nationale et avec les réserves qui sont formulées dans les propositions, on aboutisse à identifier ce type d'éléments, parce que là ce serait pour moi un manquement à l'impartialité du magistrat que de faire valoir ses propres opinions.

6. Il arrive désormais que certains arrêts, rédigés en motivation enrichie, fassent référence à une position contraire, expliquant pourquoi celle-ci n'a pas été retenue. Par rapport à cette pratique récente, certes encore marginale, pensez-vous que l'opinion séparée intégrée puisse revêtir un intérêt complémentaire ?

Oui, pour moi, l'un ne remplace pas l'autre. Je trouve très bien ce qui a été initié. Pour avoir pris connaissance des premiers arrêts rendus, cela permet quand même de mettre un terme à cette croyance que j'avais depuis que j'étais étudiant en droit, c'est que les arrêts de la Cour de cassation, il fallait quand même y aller, c'est beaucoup moins développé que d'autres. Donc là, c'est vrai qu'il y a un peu de matière sur laquelle on peut se rattacher quand on n'est pas un spécialiste de la question. Lorsque l'on est amené à commenter la Cour européenne des droits de l'homme, on est obligé très souvent de revenir aux décisions internes. En plus avec une opinion séparée, cela viendrait en plus. Pour moi, elle ne doit pas être envisagée de la même manière. Elles ont un intérêt qui est indéniablement différent, mais complémentaire.

7. L'intégration de l'opinion séparée est-elle selon vous de nature à contribuer au dialogue des juges, notamment entre la Cour de cassation et les juridictions européennes ?

Si vous donnez matière au dialogue, il va vivre par lui-même, c'est-à-dire qu'une opinion séparée fera peut-être discuter, pourra interroger, pourra donner lieu à des interprétations. Mais si je vois un peu plus loin, vous disiez tout à l'heure avoir vu le président Spano. Dans le cadre de sa présidence, il a publié un certain nombre d'articles, notamment un sur une orientation qui est maintenant adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'examen qu'elle réalise. C'est-à-dire qu'elle part davantage maintenant sur le contrôle des procédures nationales, de la mise en œuvre du contrôle tel qu'il est réalisé par les juridictions nationales et, pour moi, c'est vrai que nous avons la possibilité de voir que, dans le débat judiciaire national, au sein de la formation de

jugement, il y a eu une prise en considération de différentes positions. Cela peut renforcer, pour la Cour européenne des droits de l'homme, la conventionnalité du contrôle qui a été réalisé tout simplement parce qu'elle pourra, sur papier, vérifier que les arguments ont été présentés. Elle le fait pour le cadre législatif en vérifiant que toutes les prises de position ont été entendues, débattues. Mais je pense que là, ça renforce et ça protège dans une certaine mesure les décisions de la Cour de cassation d'une éventuelle sanction ultérieure par la Cour européenne parce qu'elle aura un outil supplémentaire. Donc ça, je pense que c'est assez important.

8. Dans le contexte actuel de critiques fréquentes portées contre l'institution judiciaire, n'existe-t-il pas un risque d'amplification des contestations des décisions rendues prenant appui sur l'opinion séparée exprimée ?

Sur la contestation de l'institution judiciaire, je ne suis absolument pas convaincu qu'une opinion séparée puisse développer la contestation. Au contraire, ça peut calmer les esprits de montrer que tout a été discuté. Et, comme je le disais tout à l'heure, l'intérêt pédagogique de l'opinion séparée permet de comprendre beaucoup plus facilement les enjeux qui étaient en présence, le contexte de l'affaire, les arguments présentés. Le résultat de la décision pourra être critiqué, mais la décision et le processus qui conduit à son adoption ne pourront pas être critiqués. Donc, pour moi, ça permet de relativiser un peu la chose. En plus, ça écarte d'emblée l'argument d'opacité qui est souvent avancé, de manque de transparence, de cette idée de corporatisme de l'institution judiciaire, parce que c'est sûr que là on voit un électron libre qui, dans le cadre du processus, fait valoir une position qui n'est pas forcément la même et qui est entendu donc ça c'est assez intéressant. Ça permet, pour moi, d'éviter un certain nombre de critiques.

De la même manière, ça fait vivre le droit. Ça peut montrer que le droit peut évoluer, c'est-à-dire que si ça n'est pas possible de développer une interprétation à un moment, on peut éventuellement, parce qu'il y a un écho favorable, même minoritaire, dans la formation de jugement, espérer peut-être faire voir ce droit évoluer et ça peut rendre beaucoup plus pédagogique des revirements de jurisprudence qui, s'ils sont expliqués, sont souvent difficiles à anticiper. Alors que là, on aurait peut-être une progression intéressante. Donc, pour moi, c'est un élément important. Le seul risque que je peux voir ici apparaître, c'est l'image d'une fragmentation peut-être de l'institution qui pourrait être perçue. Mais lorsqu'on regarde un peu la pratique comparative des différentes juridictions qui pratiquent l'opinion séparée, ça ne se traduit pas concrètement en critiques. On ne voit pas l'institution être pulvérisée. C'est qu'il y a des tendances mais ça n'est pas une remise en question de l'unité complète de la formation de jugement.

9. Pourrait-elle être une réponse à certaines menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée à l'open data. Pourriez-vous développer ce point ?

Sur l'intelligence artificielle, Laurence Burgorgue-Larsen a déjà dit beaucoup de choses. Je pense ici que, sur l'utilisation des bases de données, cela peut avoir un intérêt double. Le premier, c'est celui qu'elle a évoqué. Je ne vais pas revenir dessus. Je trouve qu'il est pertinent que de pouvoir, je dirais, identifier plus facilement des décisions qui le méritent et de ne pas noyer dans la masse des décisions de moindre importance.

L'autre argument est qu'au niveau des algorithmes tels que je les ai étudiés, cela permet de faire un peu un échec à l'automatisme de la décision. C'est-à-dire que si un arrêt est rendu avec une opinion séparée, il sort de la solution automatique d'après moi. Il ne peut plus être une solution répétée de façon systématique et automatique. Il y a une nuance peut-être à apporter. Donc pour moi, c'est un élément qui permettrait à certains sujets, à certaines décisions, d'être identifiés comme étant encore potentiellement ouverts. Alors, le droit est dit, mais il peut y avoir encore une discussion.

10. Que pensez-vous des arguments présentés par la commission Cour de cassation 2030 pour recommander l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

Sur les arguments présentés par la Commission, je les trouve pertinents et bien réfléchis. Et puis, le fait que deux anciens juges de la Cour aient participé, je pense, a aidé à leur formulation. Sur ces éléments-là, je n'ai pas à reprendre d'autres avantages.

- Voyez-vous d'autres avantages ?

Je pensais les avoir tous dits. Il y en a peut-être un que nous n'avons pas mentionné. Il m'est venu en reprenant la thèse de Florence Rivière sur les opinions séparées devant la Cour européenne des droits de l'homme. Elle envisage des opinions séparées des juges comme des éléments de doctrine. Et là c'est vrai que c'est intéressant parce que tout à l'heure, Laurence Burgorgue-Larsen disait qu'il ne faut pas que le juge en vienne à commenter sa propre opinion, même si ça s'est vu et que certains jugent de la cour ont même publié les leurs. Je pense, toutefois, que ça peut donner une dimension intéressante à l'exercice du magistrat que de pouvoir aussi montrer qu'il y a cette prise de hauteur et développer peut-être une réflexion qu'il n'aurait pas forcément la possibilité de faire dans un délibéré classique avec une décision classique. Donc là, je trouve que c'est un argument et dans sa thèse justement, elle évoque ça pour dire : l'opinion séparée ne fait pas partie de l'arrêt. Elle apporte un élément de compréhension doctrinale. Moi, je trouve que ça peut être aussi envisagé comme ça.

## **II/ Sur la mise en œuvre de l'opinion séparée**

J'ai déjà répondu à la question d'opinion dissidente et concordante. Je pense qu'il faut les deux.

1. Avez-vous des observations à formuler sur la procédure et la forme que pourrait prendre l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

Pour la forme, je pense que cela doit être un droit qui doit être reconnu au juge comme je l'ai dit tout à l'heure. Il y a l'idée de responsabilité et de responsabilisation du juge dans son affirmation qui est là. Et c'est pourquoi je trouve que l'idée de conditionner l'exercice de cette possibilité, de ce droit, cela sème le trouble tout de suite. C'est une avancée. C'est une évolution, mais pas tant. C'est quelque chose qui n'est pas très sain d'après moi en termes de visibilité, en termes de compréhension du mécanisme que de se dire « oui mais ». Je pense que c'est un droit. En plus, je pense que ça pourrait remettre en cause l'intérêt de la pratique, parce que si aucune possibilité n'émerge parce qu'aucune majorité ne se dégage, on peut avoir un droit qui existe mais qui, par

tradition peut-être qui va s'instaurer peut-être assez rapidement, ne sera jamais effectif en pratique. Donc pour moi c'est un risque quand même qui est à mesurer.

Sur l'**anonymat** : Je vous avoue que mon cœur balance, parce que j'ai envie, comme je le suis toujours, d'être d'accord avec Laurence Burgorgue-Larsen. Mais, j'ai réfléchi en plusieurs points.

Tout d'abord, je me suis dit « mais bien sûr si on veut aller au bout ». On veut l'idée de cette responsabilité, responsabilisation, d'exercice d'un droit, une clause de conscience. C'est logique que de ne pas faire valoir l'anonymat. Mais dans les exemples que j'ai pu constater, on ne parle pas de juge nommé et ayant une carrière à vie. Il y a des juges qui sont pour la plupart élus pour un mandat non renouvelable. La logique n'est pas la même. Un juge à la Cour européenne des droits de l'homme, c'est 9 ans non renouvelables. Pendant ces 9 ans, il est complètement libre. Les conséquences se sont traduites en pratique par des opinions, souvent très dissidentes sur la fin. Quand c'était renouvelable, avant la réforme de la Cour, on voyait des juges qui allaient, 2, 3 ans avant la fin de leur mandat, commencer à se dire je vais commencer à défendre mon Etat. C'est pourquoi, l'idée de l'anonymat au départ j'étais complètement contre, mais là je me pose des questions. Je crois que c'est quelque chose qui devrait être encore un peu plus réfléchi au niveau des conséquences sur l'évolution de la carrière parce qu'une prise de position d'un magistrat, c'est certain que ça peut être plus ou moins bien compris dans le corps et au niveau de la hiérarchie. Je n'ai pas la connaissance en termes de ce que peut représenter une « prise de risque » de cette nature sur une évolution de carrière, sur une réflexion de l'orientation future des affectations observées. Mais ça m'est arrivé lorsque j'ai commencé à voir que les pratiques observées c'était souvent parce que c'était des mandats limités. Ainsi au comité contre la torture, c'est un mandat de 4 ans renouvelé pas renouvelé.

Je voudrais ajouter quelque chose. Sur la mise en œuvre en tant que telle, je pense qu'il faut y aller en douceur. Cette phase expérimentale qui a été évoquée, pour moi, est essentielle parce qu'il y a aussi des questions qui peuvent se poser en termes de délai et là je vous rejoins.

C'était une idée que j'avais que l'opinion concordante ou dissidente soit présentée au moment du délibéré pour qu'au moment de l'adoption de la décision, tout soit déjà là. Parce qu'après on peut le voir, ça peut ralentir de façon considérable la publication de la décision.

2. La pratique de l'opinion séparée devrait-elle être réservée à la Cour de cassation, à l'exclusion des juridictions du fond ?
3. À la Cour de cassation, devrait-elle être réservée à certaines formations de jugement ?

Pour moi, l'opinion séparée doit être limitée à la Cour de cassation parce que ça doit être en droit. Sur les formations de la Cour de cassation, j'avais la question du pénal. Vous évoquiez tout à l'heure la protection du juge en matière pénale, c'est quand même quelque chose qu'il faut intégrer. On n'est pas complètement dans un domaine anodin.

Je suis convaincu qu'on ne va pas faire des opinions séparées dans une formation à 3. Il faut vraiment que ça soit une formation plus importante. Mais après, sur la matière, je n'ai pas trouvé

de réponse par rapport à des contentieux qui ne seraient pas adaptés à la pratique. Est-ce que ça peut valoir dans tous les domaines ? Je ne suis pas convaincu. La matière pénale, ça me paraît plus difficile. On n'est pas dans la même logique.



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Contribution de M. Loïc Cadiet, professeur des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne, à la suite de son audition du vendredi 7 juin 2024 à 10h00

### **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

1. Que pensez-vous de la possibilité de l'intégration d'opinions séparées dans les arrêts de la Cour de cassation ?

S'agissant de la première question, j'en pense du bien, si l'on s'en tient, à ce stade, au seul principe de l'intégration, car la réponse à cette question dépend, en vérité, des conditions et des modalités de cette intégration. J'en pense du bien car il me semble qu'elle s'inscrirait logiquement dans le processus de modernisation, voire d'aggiornamento, entrepris par la Cour de cassation depuis 2016. Une des raisons de ce processus, outre l'élévation de la Cour de cassation au niveau des standards internationaux relatifs aux juridictions suprêmes, est l'accroissement et le renforcement de la transparence de leurs décisions dans une société démocratique pour utiliser ici l'expression de l'article 6 § 1 de la Convention EDH. L'intégration d'opinions séparées est de nature à participer à la motivation enrichie dont elle constitue une modalité. Elle est ainsi de nature à améliorer la compréhension de ce qui a été jugé par la Cour de cassation et, partant, constituer une manière de désamorcer la critique potentielle de ses décisions par la Cour européenne des droits de l'homme car c'est surtout là que le bât peut blesser.

2. La formulation d'une opinion séparée vous paraît-elle de nature à renforcer ou à fragiliser l'autorité de la décision rendue ?

La formulation d'une opinion séparée peut être un facteur de renforcement autant qu'un facteur de fragilisation de l'autorité de la décision rendue. Ici encore, tout dépend de la manière dont cette formulation est conçue, ce qui renvoie à plusieurs des questions suivantes. Si un certain nombre de conditions sont remplies, je pense qu'il peut s'agir d'un facteur de renforcement de l'autorité de la décision en montrant que le débat collectif a pleinement eu lieu, qu'il a été vidé en toute connaissance de cause, rendant inutile au moins dans l'immédiat toute tentative de l'alimenter dans

l'espoir d'un revirement de jurisprudence proche. La légitimité de la décision, me semble-t-il, ne peut qu'y gagner.

3. Pensez-vous que l'opinion séparée soit susceptible d'avoir des répercussions sur les voies de recours exercées par les justiciables et sur d'éventuelles rébellions par les cours d'appel ?

En cas d'intégration mesurée et prudente de l'opinion séparée, je suis plutôt conduit à répondre par la négative à cette question, étant d'emblée précisé que le terme de rébellion, fréquemment employé, ne me semble pas approprié. Une divergence de jurisprudence, même appuyée, n'est pas une rébellion. Sous cette réserve, je ne pense pas que son intégration soit susceptible d'avoir des répercussions immédiates sur les voies de recours exercées par les justiciables ni sur d'éventuelles réactions immédiates des cours d'appel. Je pense même que ce peut être un facteur de temporisation positive participant du développement du droit à plus long terme dans la mesure où ce sera l'expression de ce que la question a été étudiée sous tous ses aspects, que la solution a été prise en connaissance de cause et le délibéré a été complètement vidé. Il est d'ailleurs possible de jouer autrement sur l'exercice des voies de recours. Il y a d'autres manières de réguler l'exercice des voies de recours et d'éventuelles divergences par les cours d'appel. Il ne faut pas surestimer l'influence que pourrait avoir de ce point de vue l'intégration d'une opinion séparée. Du reste, s'il faut parler de rébellion, ce n'est pas seulement celles des cours d'appel ; il faut aussi envisager celle des juridictions de première instance. Tout cela est à mettre en perspective avec l'*open data* des décisions de justice et l'Observatoire des litiges judiciaires.

4. Comment percevez-vous l'articulation entre la possibilité d'émettre une opinion séparée et le principe du secret du délibéré ?

Je vais être décevant car, de mon point de vue, il n'y a pas de difficulté à articuler opinion séparée et secret du délibéré dès lors que l'opinion séparée est anonyme et que les conditions de son expression sont préservées sans être dévoilées. Le principe du secret du délibéré n'est qu'un choix technique qui ne vaut bien sûr que pour les décisions collégiales, ce qui relativise l'enjeu du débat ; ce n'est pas une règle universelle, même dans certains pays de tradition continentale. Il existe des pays dans lesquels les délibérés sont publiquement filmés. Il ne faut donc pas exagérer le poids que pourrait avoir le secret du délibéré dans cette problématique. Au contraire, l'opinion séparée n'est pas seulement un facteur d'enrichissement au sens substantiel du terme, par sa plus-value sur le terrain de l'argumentation juridique ; il me semble qu'elle est plus subtilement un facteur d'enrichissement d'un point de vue psychologique, d'une part parce qu'elle neutralise l'éventualité de biais personnels implicites et, d'autre part, en raison de l'écoute accrue qu'elle impose à la collégialité jusqu'à ce que le dernier membre se soit exprimé.

5. Plus généralement, êtes-vous d'avis que l'opinion séparée est compatible avec le droit positif ainsi qu'avec les obligations déontologiques du magistrat ?

S'agissant des obligations déontologiques, je ne pense pas qu'il y ait incompatibilité. Je ne vois rien dans les normes déontologiques de référence qui pourrait faire obstacle à l'opinion séparée dès lors, du moins, que la manière dont elle est conçue préserve le devoir de délicatesse du magistrat, qui est une obligation déontologique. Il est même permis de penser qu'elle participe du devoir de conscience professionnelle qui s'impose au magistrat au titre de ses obligations déontologiques et dont la violation peut constituer une faute disciplinaire. Je pense que c'est ce que le rapport Cour

de cassation 2030 a en vue quand il y voit une « *clause de conscience au juge qui ne pourrait se résoudre à assumer une décision allant gravement à l'encontre de ses convictions intimes* ». Je comprends cette idée dont on pourrait rapprocher le mécanisme de l'abstention, définie par l'article 339 du code de procédure civile comme le fait, pour le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation « *ou estime en conscience devoir s'abstenir* », de se faire remplacer par un autre juge que désigne le président de la juridiction à laquelle il appartient. L'effacement du juge impliqué par la conception institutionnelle de la justice rendue au nom du peuple français ne doit pas conduire à l'effacement de sa conscience ; l'office du juge doit composer avec sa conscience d'homme ou de femme.

Pour ce qui est du droit positif, il ne me semble pas davantage qu'il y ait d'incompatibilité manifeste dès lors que l'intégration de l'opinion séparée à la décision ne porte pas atteinte aux dispositions que le code de l'organisation judiciaire et le code de procédure civile (car je m'en tiens à la matière civile) consacrent au jugement en général et aux arrêts de la Cour de cassation en particulier. Il est *a priori* possible de concevoir l'opinion séparée de telle sorte qu'elle ne porte pas atteinte à ces dispositions du code sur la rédaction des jugements et des arrêts, qui se limitent du reste à peu de choses.

Une comparaison peut être faite à cet égard avec la motivation enrichie et les règles de rédaction des arrêts qui ont été conçues comme des bonnes pratiques n'ayant pas nécessité de modifications des textes. Rien n'interdit cependant d'insérer dans la loi, en l'occurrence dans le code de procédure civile aux articles 1009 à 1022-1, une disposition posant le principe et définissant les modalités de l'opinion séparée, comme l'ont été la médiation incidente, la séance d'instruction en circuit d'instruction approfondi, la présence au délibéré du rapporteur extérieur à la chambre en cas d'avis d'une autre chambre ou l'*amicus curiae*. C'est possible, mais cela ne me semble pas nécessaire.

6. Il arrive désormais que certains arrêts, rédigés en motivation enrichie, fassent référence à une position contraire, expliquant pourquoi celle-ci n'a pas été retenue. Par rapport à cette pratique récente, certes encore très marginale, pensez-vous que l'opinion séparée intégrée puisse revêtir un intérêt complémentaire ?

Il est vrai que plusieurs arrêts récents ont évoqué les raisons pour lesquelles une *solution alternative* n'a pas été retenue<sup>1</sup>. Il y a aussi le fait que, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, il est recommandé d'exposer les différentes interprétations du texte<sup>2</sup>. On pourrait donc tirer argument de ces pratiques pour justifier l'intégration dans l'arrêt d'une opinion séparée qui s'est manifestée chez un ou plusieurs magistrats lors du délibéré. Mais si l'opinion séparée peut être envisagée comme un développement de la motivation enrichie, il est certain aussi que l'enrichissement de la motivation par l'exposé de solutions alternatives est de nature à faire perdre une partie de son intérêt à la possibilité d'une intégration d'une opinion séparée. Je retournerai donc volontiers les données du problème en exprimant l'idée que l'intégration de l'opinion séparée ne pourrait être opportunément envisagée que dans la mesure où elle présenterait une plus-value, un intérêt complémentaire par

---

<sup>1</sup> voir par exemple, Ass. plén., 14 avril 2023, n° 21-13.516, publié au Bulletin, n° 9 et Ass. plén., 12 mai 2023, n° 22-82.468, publié au Bulletin, n° 51 à 53.

<sup>2</sup> voir notamment Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 18 novembre 2020, n° 19-15.438, n° 10 et 11, mais également Cass. 1<sup>er</sup> Civ., 9 septembre 2020, n° 19-21.955, n° 7.

rapport à l'exposé dans les motifs de la décision de la position contraire qui n'a pas été retenue. À défaut, je ne vois pas en quoi elle pourrait être utile.

7. Pourrait-elle être une réponse à certaines menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée à l'open data. Pourriez-vous développer ce point ?

Je crains de vous faire ici encore une réponse décevante, non pas tant sur les menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle que sur la réponse que pourrait constituer à cet égard l'opinion séparée.

Les menaces ont été identifiées dans le rapport sur La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence que nous avons remis en juin 2022 à la première présidente Arens et au procureur général Molins. Ces menaces sont l'objet du chapitre 1 de la 2<sup>ème</sup> partie du rapport sous l'intitulé : « *Prévenir les risques liés à l'open data des décisions de justice* ». Nous avons identifié deux risques principaux :

Le premier risque est celui d'un nivellement des décisions de justice dans la mesure où l'*open data* se présente, à bien des égards, sous les apparences d'une masse informe et inorganisée dans laquelle le jugement d'un tribunal judiciaire va côtoyer au même niveau apparent un arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation. Or il n'est pas présomptueux de partir du principe que toutes les décisions de justice ne se valent pas.

Le second risque tient à l'appauvrissement de la créativité juridique dans la mesure où le traitement algorithmique des décisions de justice, en faisant apparaître récurrences et régularités dans la manière de juger, peut, sous couvert d'une harmonisation louable en son principe, favoriser l'avènement de tendances conformistes dans l'application des règles de droit.

Pour prévenir l'indifférenciation des décisions de justice, le rapport recommande la définition et la mise en œuvre d'une politique de hiérarchisation des décisions de justice prononcées par les juridictions du fond à partir d'un certain nombre de critères dont il fait la proposition. Je n'y insiste pas, sauf à ajouter que l'existence d'une opinion séparée dans un arrêt de la Cour de cassation classerait d'emblée cet arrêt dans la catégorie des décisions présentant un « intérêt juridique particulier ».

Pour pallier le risque d'un raisonnement juridique appauvri, le rapport émet différentes recommandations sans qu'aucune d'elles ne concerne spécifiquement l'opinion séparée. Il est surtout fait état d'exploiter davantage les décisions des juridictions du fond en les mentionnant éventuellement dans l'arrêt de la Cour de cassation. L'idée sous-tendant cette recommandation est que les motifs de l'arrêt pourraient utilement faire ressortir aussi bien les arguments en faveur de la décision rendue par la Cour de cassation que ceux qui s'y opposent et les raisons de leur mise à l'écart ce qui permettrait de mieux prévenir d'éventuelles résistances des juges du fond dont il apparaîtrait clairement que les arguments ont été entendus sinon retenus. Ce n'est qu'incidemment dans ce développement-là, en note de bas de page, que le rapport ajoute que « *à défaut ou conjointement, ces arguments pourraient prendre place dans des opinions séparées intégrées dont la pratique est envisagée dans le rapport Cour de cassation 2030* ». L'opinion séparée rejoint donc, dans l'esprit de notre groupe de travail, les outils permettant de pallier les risques d'un raisonnement juridique appauvri.

## **II/ Sur la mise en œuvre de l'opinion séparée**

### **1. Sur la forme de l'opinion séparée : intégrée ou pas ?**

Sur la forme, je suis plutôt d'accord avec les préconisations du rapport Potocki :

- Nécessité que le délibéré fasse apparaître à côté d'une opinion majoritaire une opinion minoritaire irréductible solidement argumentée sans qu'aucun compromis ne puisse être trouvé ;
- Accord de la majorité des conseillers sur le principe uniquement et accord par consensus ;
- Intégration à la fin de l'arrêt. Oui, mais on a quand même souligné, à cet égard, l'ambiguïté de la notion d'intégration : à la fin de l'arrêt et dans les motifs avec la question de la distinction entre l'opinion séparée et la solution alternative. On pourrait envisager la possibilité d'intégrer l'opinion dans le corps même de la motivation, plus précisément dans l'exposé de ce qui est appelé une solution alternative enrichie. C'est une autre option avec là toutes les difficultés qui ont été soulevées et avec peut-être en toile de fond des solutions différentes selon que l'opinion serait dissidente ou concordante ;
- Expérimentation préalable.

J'ajouterais que, de mon point de vue, puisque le rapport Potocki parle de concision et de modération, en ce qui concerne la concision, l'opinion séparée ne devrait pas être d'une longueur dépassant la longueur de la motivation de l'arrêt. En ce qui concerne sa modération, eu égard à la déontologie des juges et à leur éthique de la discussion en cours de délibéré, je ne pense pas qu'elle pourrait être source de difficultés. L'opinion séparée, parce qu'elle est anonyme, pourrait être soumise au contrôle du président de la formation de jugement, mais à un contrôle purement formel.

### **2. Sur la question de la pratique de l'opinion séparée par les juridictions du fond et celle de réserver l'opinion séparée à certaines formations de jugement. L'opinion séparée doit-elle être réservée aux plénières et mixtes ?**

Sur la seconde question, il me semble qu'il conviendrait de limiter l'opinion séparée à la Cour de cassation dont la jurisprudence est d'une nature différente de la jurisprudence des juridictions du fond. On peut le voir dans le sort particulier réservé aux QPC. Il y aurait une cohérence à limiter l'opinion séparée à la Cour de cassation.

Dans une politique des petits pas qui me semble bonne, l'opinion séparée devrait être réservée, au moins dans un premier temps, à certaines formations de jugement. Il me semble que son admission est à articuler aux parcours différenciés et partant, aux formations de jugement. Des délimitations successives sont envisageables en partant du principe que l'opinion séparée n'a vraiment de sens et d'utilité qu'au regard de la fonction normative de la Cour de cassation. Dans ce registre méthodologique, l'opinion séparée pourrait être réservée aux arrêts en plénière de chambre, de rejet ou de cassation, rendus au terme d'un circuit d'instruction approfondie avec séance d'instruction et motivation enrichie (dans la mesure des remarques précédemment faites à ce sujet).

Si l'on veut en borner encore davantage la possibilité, il pourrait être envisagé de la réserver aux seuls arrêts tranchant une question juridique de principe ou, un peu plus largement, aux arrêts

tranchant une question de droit nouvelle, mettant un terme à une divergence de jurisprudence ou procédant à un revirement de jurisprudence.

Je conçois cependant qu'une approche plus substantielle soit préférée, élargissant la possibilité d'une opinion séparée à toutes les décisions, quelles que soient la formation de jugement et la nature de la question soulevée par le pourvoi. Dans cette hypothèse, l'opinion séparée risquerait cependant de sortir du registre normatif en contemplation duquel elle avait été conçue. C'est une autre option.

**Conclusion** sur l'opportunité d'adopter l'opinion séparée dans le contexte actuel :

Dans le contexte actuel où les décisions qui amèneraient à des opinions séparées sont par nature des décisions sensibles et qui sont dans le débat public, on pourrait se demander si, aujourd'hui, c'est le bon moment. Pour moi, c'est le meilleur moment. J'ai dit qu'il ne fallait pas surinvestir l'opinion séparée sur le terrain politique. Mais s'il faut répondre sur le terrain politique, mon sentiment est que c'est maintenant, plus que jamais, qu'il convient de faire ce pas. On parle de la montée des populismes, on parle du déclin de l'Etat de droit, mais, précisément, tout aujourd'hui est bon à prendre quand il s'agit de procéder à une conquête judiciaire, à un progrès de l'Etat de droit car la conquête judiciaire va dans le sens de la consolidation de l'Etat de droit. C'est la raison pour laquelle je suis favorable au principe de la prise en compte de l'opinion séparée dès lors qu'elle s'inscrit dans une politique de petits pas.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Contribution de Mme Pascale Deumier, professeure des universités, Jean Moulin  
Lyon 3, à la suite de son audition du 7 juin 2024 à 10h00

Précision liminaire : Les questions ne sont pas ici reprises dans l'ordre du questionnaire mais réorganisées afin que ma position personnelle découle des observations précédentes et non l'inverse. En effet, les différents arguments pour et contre les opinions séparées étant connus – tout comme ma position<sup>1</sup>, la façon de les articuler est peut-être plus importante que chaque élément pris isolément.

### Comment apprécier la possibilité d'une opinion séparée ?

Toute la difficulté en la matière est que ces arguments pour et contre s'équilibrent et qu'aucune solution ne peut donc prétendre s'imposer rationnellement. Ces arguments sont parfaitement rappelés par le rapport Cour de cassation 2030 (p. 45). Contre : une opinion séparée qui « *constitue une violation du secret des délibérés et (...) affaiblit l'autorité des décisions de justice, censées exprimer la seule réponse découlant de la loi appliquée à l'affaire en cause* ». À ces obstacles fondés sur « *le droit et la culture juridique français* » s'ajoutent « *les inconvénients relevés dans les systèmes qui la pratiquent : manifestation d'égo de certains juges dissidents, longueur des opinions, critiques excessives, incitation à faire systématiquement usage des voies de recours, risque de « profilage » des juges, menace pour leur indépendance, etc.* ». Pour : « *clause de conscience* » pour le juge « *qui ne pourrait se résoudre à assumer une décision allant gravement à l'encontre de ses convictions intimes* », enrichissement du délibéré, de la motivation de l'arrêt (qui va chercher à être plus convaincante que l'opinion séparée) et du « *dialogue avec l'extérieur en mettant en lumière une approche diversifiée de l'affaire* ».

J'ajouterais à cet équilibre des forces argumentatives en présence que certains des sujets centraux reposent sur de simples projections. Notamment, l'effet que produirait l'opinion séparée sur l'autorité de la décision, en l'affaiblissant selon certains (l'opinion dissidente susciterait des recours

---

<sup>1</sup> Voir commentaire de la proposition d'opinion minoritaire séparée publié à la RTD civ. 2022, p. 95, dont certains éléments sont ici repris.

pour renverser une jurisprudence plus fragile) ou en la renforçant selon d'autres (les recours sont vains puisque la position a déjà été défendue par la minorité, sans succès) n'a, à ma connaissance, jamais été mesuré objectivement, par exemple en recherchant si une jurisprudence strasbourgeoise donne lieu à plus de contestations lorsqu'elle est accompagnée d'une opinion séparée ou en évaluant les effets produits au sein de systèmes ayant ouvert cette possibilité après l'avoir longtemps interdite. Et encore, à supposer que de telles études sur d'autres systèmes juridiques existent, elles ne seraient que partiellement éclairantes pour la Cour de cassation, tant la question se joue des clichés véhiculés par les traditions juridiques<sup>2</sup>. Enfin, dernier indice de l'absence de réponse irrésistible en la matière, au sein des systèmes dont l'expérience est connue, par exemple les systèmes nord-américains, il sera possible de trouver des auteurs soutenant les différents arguments pour ou contre les opinions séparées et il est même possible d'estimer que les effets de telles opinions y varient selon la décision, son sujet, la qualité de la décision, celle de l'opinion, celle de son auteur, mais aussi la pratique de la Haute juridiction, qui aura (ou non) donné des signes d'une moindre stabilité de telles solutions, etc.

Pour la Cour de cassation française, les réponses me semblent donc dépendre finalement plus d'une sensibilité plus favorable à l'évolution vers une représentation plus réaliste de la justice ou à l'attachement aux vertus de la tradition juridique française, d'une préférence pour la motivation fondée sur la justification de la solution retenue ou sur la confrontation dialectique des argumentations, voire d'une question de goût, pour une motivation plus verticale ou plus discursive, en tout état de cause d'une préférence personnelle plus que de motifs objectivement décisifs. Il faut malgré tout tenter de vous répondre en essayant de rationaliser le plus possible le propos.

### **Pour quelle raison ?**

Les différentes raisons invoquées par le rapport Cour de cassation 2030 ne peuvent être mises sur un même plan. Certaines sont tournées vers l'extérieur et le gain en transparence sur la richesse de la discussion : il s'agit de faire savoir que toutes les solutions ont été sérieusement envisagées. D'autres cherchent à remédier à des difficultés internes, puisque la proposition d'opinion séparée est l'une des « *voies d'amélioration du délibéré et de la motivation* », délibéré dont le même rapport rappelle qu'il devrait reposer sur plusieurs tours de table : elle est également justifiée par le for interne du juge, qui aurait besoin d'une clause de conscience. Ces différentes raisons doivent être distinguées, bien que ce soit leur cumul qui pèse en définitive sur le choix. Pour reprendre un raisonnement désormais familier, celui de la proportionnalité, l'évaluation de la pertinence de l'opinion séparée est celle de l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité d'un tel moyen pour atteindre des objectifs dont le poids varie selon leur impérieuxité. Cette évaluation implique de comparer l'opinion séparée aux autres moyens pouvant atteindre les mêmes objectifs.

À cet égard, l'opinion séparée est la seule à offrir une clause de conscience au juge. Il est inutile ici de chercher si d'autres formes pourraient être employées à cette même fin, par exemple la forme

---

<sup>2</sup> L'Irlande n'autorisant pas d'opinion séparée dans les matières constitutionnelles alors que plusieurs systèmes de droit civil le font (v. Étude Parlement UE, Opinions divergentes au sein des cours suprêmes des Etats membres 2012, p. 25), là encore pour les juridictions constitutionnelles qui, ajouterons-nous, se prêtent plus naturellement, y compris en France, à l'introduction d'opinions séparées.

d'un commentaire doctrinal critique, qui heurterait directement les obligations déontologiques des magistrats. L'objectif nous semble en effet de faible poids, voire franchement contestable en ce qu'il affirme la nécessité d'une telle clause de conscience sans l'étayer autrement que par les dilemmes de la minorité, ce qui est un peu court pour renverser les attentes que l'on nourrit à l'égard des juges, celles de se prononcer en droit et en tenant à distance leurs orientations morales<sup>3</sup>. Il nous semble donc que l'objectif pertinent pour notre discussion est la volonté de faire savoir qu'une autre solution était sérieusement disputée (et au-delà de réaliser la transparence ou d'améliorer la compréhension), qui peut être réalisé par plusieurs moyens : se prononcer sur l'opinion séparée, c'est donc se prononcer sur sa plus ou moins grande pertinence par rapport à ces autres moyens.

### **Quelles autres options ?**

Certaines options pourraient être envisagées mais elles ne répondent pas exactement au projet de la Cour de cassation. On rappellera toutefois que la diffusion plus systématique des travaux préparatoires, plus précisément des avis des avocats généraux, est un bon moyen de faire connaître les différentes options discutées : de ce point de vue, l'avocat général de la CJUE ou le rapporteur public du Conseil d'Etat sont ainsi parfois présentés comme jouant un rôle équivalent à celui de l'opinion séparée devant la CEDH ou la CIJ<sup>4</sup>. On connaît toutefois la faiblesse de cette option par rapport à l'opinion séparée : elle ne peut, temporellement et organiquement, refléter le délibéré. Quant aux supports postérieurs au délibéré (communiqué, notice au Rapport), ils ont vocation à faire œuvre de pédagogie, ce que la révélation d'une position minoritaire dépasse largement.

Si ces différents documents peuvent être utiles, la préoccupation de la Cour de cassation se concentre sur l'arrêt. Là encore, il existe des options douces. En effet, s'il existe une alternative solide à celle retenue par l'arrêt, elle aura peut-être été retenue par les juges du fond, soutenue par les parties ou défendue par l'avocat général. En accordant une plus grande place à ces positions<sup>5</sup>, en soulignant leurs justifications, l'arrêt ferait savoir que cette alternative n'était pas sans sérieux fondements. Cette forme pourrait améliorer la motivation mais ne répond pas complètement à ce qui semble être l'objectif, *ie* montrer que cette position a été sérieusement envisagée par la formation de jugement.

Il reste dès lors la dernière option, la plus intéressante pour apprécier, par comparaison, la pertinence de l'opinion séparée. Il s'agit de la mention de la solution alternative dans la motivation. Proposée dans la Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée<sup>6</sup>, elle a depuis été pratiquée par certains arrêts et figure à ce titre dans le Guide de la motivation enrichie<sup>7</sup>. Une telle option fait savoir qu'une autre interprétation que celle retenue était

---

<sup>3</sup> Sur la clause de conscience, J. Théron, JCP 2021, act. 794 : « *cet argument est critiquable, la décision étant rendue au nom du peuple français. Il ne peut être fait cas des convictions personnelles des juges* ».

<sup>4</sup> Ex. J.-P. Costa, JCP 2012. 1000011

<sup>5</sup> Le Guide de la motivation enrichie donne quelques exemples de dialogue avec l'avis de l'avocat général, v. § 54.

<sup>6</sup> Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, déc. 2018, § 36 : « *La commission est d'avis d'évoquer dans la motivation de l'arrêt les solutions alternatives qui se présentaient à la formation de jugement et les raisons pour lesquelles elle les a écartées, dans les seuls cas où les solutions écartées représentaient une alternative sérieuse à la solution retenue et ont été débattues comme telles* ».

<sup>7</sup> V. Guide de la motivation enrichie, § 5 et § 51 s.

sérieusement fondée, ce qui, en soi, n'a plus rien d'étonnant puisque les revirements de jurisprudence comme les arrêts mettant fin à une divergence reposent tout autant sur le fait que plusieurs interprétations trouvent des justifications.

L'Annexe du rapport Cour de cassation 2030 consacrée à l'opinion séparée souligne toutefois une faiblesse de cette alternative : « *Mais disparaîtrait alors le reflet de la richesse des délibérés, l'indication que cette argumentation était suffisamment forte pour avoir emporté le suffrage de certains juges et les enseignements susceptibles d'en être tirés* ». Il est toutefois possible d'estimer que si une mention alternative est mentionnée, c'est qu'elle a des arguments suffisamment forts, restant à trouver ce que le fait qu'elle ait de ce fait emporté des suffrages apporte à la décision – ou lui enlève.

Parmi tant d'autres, on tentera ici la comparaison sur quelques points.

### **Comparaison entre l'opinion minoritaire séparée et la mention de la solution alternative**

Tout d'abord, le Guide de la motivation enrichie prévoit que la mention de la solution alternative soit accompagnée des raisons de l'écarter. La puissance de conviction au profit de la solution retenue joue alors à plein : non seulement elle est très justifiée mais en plus l'autre possibilité présente des inconvénients. Cette puissance me semble moindre avec l'opinion minoritaire séparée, où deux interprétations sont défendues à deux endroits différents et par deux groupes différents (majorité / minorité). Il y a toutefois un problème avec la mention de la solution alternative : dans les exemples cités par le guide, les raisons d'écarter la solution alternative ne sautent pas toujours aux yeux (ex. les arrêts d'Assemblée plénière en matière de compétence universelle), ce qui relativise l'atout de cette option. Qui plus est, il ne faut pas exclure que la seule raison pour laquelle une solution alternative n'a pas été retenue est qu'elle était minoritaire : dans un tel cas, l'opinion minoritaire semble la seule à même de refléter les ressorts de la prise de décision. Or, c'est également dans ce cas que le risque de fragilisation de l'autorité est le plus important : puisque la seule raison pour laquelle la solution alternative n'est pas retenue est qu'elle était minoritaire, mettons donc sur un changement de composition.

Ensuite, la comparaison peut être celle des formes prises par les deux options. Or, de ce point de vue, elles semblent ne pas être très éloignées. En effet, le rapport Cour de cassation 2030 propose une mise en œuvre prudente de l'opinion séparée. Cette prudence est nécessaire pour ne pas heurter le secret du délibéré ou ne pas faire basculer les arrêts français dans un style de rédaction qui n'est pas le leur. Mais cette prudence aboutit à rapprocher l'opinion séparée de la mention de la solution alternative, puisqu'elle se présente tout comme elle de façon anonyme, concise et modérée : l'opinion minoritaire ressemble alors surtout à une motivation minoritaire. Ce trouble est renforcé par sa présence au sein de la motivation, qui interroge en outre sur le rôle de la motivation de l'arrêt pour la Cour de cassation. Le Guide de la motivation enrichie semble vouloir la maintenir dans une logique de justification rationnelle de la solution retenue, ce qui renverrait plus naturellement l'opinion séparée en annexe. L'opinion minoritaire sera à défaut difficile à manier pour les juristes, puisqu'il s'agit d'arguments qui n'ont pas été retenus par l'arrêt mais qui figurent dans sa motivation. Ce trouble tient encore à l'incongruité d'une opinion détachée des personnes et donc de leur subjectivité, d'une opinion privée de la possibilité de déployer pleinement la discussion, bref d'une opinion qui perd une part conséquente des atouts de l'opinion séparée. L'opinion séparée ainsi conçue constitue ainsi selon nous une plus-value très relative par rapport à la mention de la solution

alternative. Cette dernière pourrait en outre être approfondie, afin d'accueillir plus pleinement l'opinion minoritaire, notamment pour la rédaction de ce passage de la motivation. Cette possibilité aurait en effet l'avantage de s'insérer plus naturellement dans le système juridique français.

Enfin, en effet, la comparaison peut se faire du point de vue des implications de chacune des modalités pour le système juridique<sup>8</sup>. Le secret du délibéré est bien plus bousculé par l'opinion séparée minoritaire que par la mention de la solution alternative. Il ne s'agit pas ici de considérer le secret du délibéré en tant que principe juridique : à cet égard, la forme envisagée par le rapport Cour de cassation 2030 permet d'éviter de heurter l'interdit. Il s'agit ici d'entendre le secret délibéré au sens large, *ie* avec tout ce qu'il véhicule de notre conception de la justice, une justice institutionnalisée et non personnalisée, une justice dans laquelle les hommes et les femmes s'effacent derrière leur fonction. Ce modèle doit peut-être évoluer, dans notre monde juridique de plus en plus réaliste, mais il est possible de se demander si l'opinion minoritaire séparée est le meilleur moyen d'introduire cette évolution. Elle ne la réalise qu'imparfaitement, du fait de la semi-révélation qu'elle propose, faisant connaître les dissensions au sein d'un délibéré tout en conservant l'anonymat sur les juges. Elle la réalise à l'extrême, faisant passer sans transition d'une justice institutionnalisée à un juge qui a besoin d'une clause de conscience pour ses dilemmes moraux. Elle la réalise pour un objectif immédiat, celui de la prise en compte de la minorité lors du délibéré, sans avoir au préalable mesuré les implications plus fondamentales d'une telle personnalisation de la justice pour tout le système. Enfin, elle provoque une telle rupture alors qu'est à disposition une option très proche, celle de la mention de la solution alternative, qui s'inscrit plus naturellement dans notre système.

En conclusion, dans cette mise en balance des objectifs et des moyens à disposition, l'opinion minoritaire séparée me semble un moyen disproportionné. Cela ne lui enlève pas son intérêt à long terme et, au-delà, celui du besoin d'une plus grande personnalisation de la justice dans notre système. Il me semble toutefois plus adapté de commencer par approfondir et perfectionner la mention de la solution alternative, y compris comme outil au service de la minorité, puis de prendre le temps d'évaluer les effets de cette première pratique, avant d'envisager de passer à une étape ultérieure. Ce temps pourra ainsi être aussi celui de la réflexion sur les enjeux plus globaux d'une ouverture à la personnalisation de la justice en termes de nomination, formation et responsabilité des juges.

---

<sup>8</sup> Optant de ce fait pour l'absence d'opinion séparée en France, après avoir comparé son expérience au Conseil d'Etat et celle à la Cour EDH, v. JP Costa, JCP 2012. 1000011 : « *À mon avis, le statu quo est finalement préférable, compte tenu du poids important des traditions et des usages. Rien n'est plus hasardeux que de changer des institutions qui fonctionnent de façon satisfaisante depuis longtemps, ou de recourir à des transpositions artificielles* ».

## Questions ponctuelles

- L'intégration de l'opinion séparée est-elle selon vous de nature à contribuer au dialogue des juges, notamment entre la Cour de cassation et les juridictions européennes ?

L'opinion séparée pourrait être prise en compte, comme l'est régulièrement l'avis de l'avocat général ou comme l'est plus généralement tout élément permettant d'évaluer l'état du droit interne, mais il est difficile de voir dans cette prise en compte une plus-value spécifique.

- Pourrait-elle être une réponse à certaines menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée à l'open data. Pourriez-vous développer ce point ?

Le lien entre les deux sujets n'est pas évident. L'Annexe du rapport Cour de cassation 2030 y voit une solution au risque de « *conformisme judiciaire* »<sup>9</sup>. Il me semble que, dans le cadre de l'*open data*, ce risque relève plus d'une question de masse quantitative sur laquelle il est difficile de voir en quoi l'opinion séparée pourrait influencer (outre qu'il existe déjà de nombreux moyens de rendre visible l'ouverture de la réflexion).

- La pratique de l'opinion séparée devrait-elle être réservée à la Cour de cassation, à l'exclusion des juridictions de fond, ou être largement adoptée ?

Peut-être par méconnaissance du fonctionnement des juridictions du fond, il me semble que la possibilité de l'opinion séparée est assez éloignée de leurs préoccupations immédiates et plus urgentes (à commencer par la collégialité).

- À la Cour de cassation, devrait-elle être réservée à certaines formations de jugement ?

Il est possible d'estimer que l'opinion minoritaire serait particulièrement intéressante pour les chambres mixtes et l'assemblée plénière, puisque ce sont les formations où se joue la confrontation de points de vue disciplinaires. Mais, à l'inverse, ce sont aussi les formations les plus spécifiquement en charge de l'unité de la jurisprudence, particulièrement au sein de la Cour de cassation, qui ne fait pas le meilleur ménage avec l'opinion séparée. Plus que la formation de jugement (hors des formations restreintes dont on peut estimer qu'elles ne sont pas adaptées), il me semble que le recours à l'opinion minoritaire séparée (si elle devait être retenue) dépendrait plus de l'importance de l'arrêt rendu et de la question de principe qu'il tranche, de l'existence d'une alternative sérieuse et peut-être de l'absence de raison juridique sérieuse de l'écarter.

---

<sup>9</sup> « Enfin, alors qu'apparaît la menace d'un « conformisme judiciaire » aux orientations que suggèrera l'intelligence artificielle appliquée aux flots de précédents fournis par l'open data, il serait précieux pour le dynamisme du droit que le juge et l'avocat puissent trouver dans un arrêt invoqué, non pas un bloc pétrifié mais l'état, à un moment donné, d'une réflexion ouverte, reflet d'une jurisprudence vivante ».



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Audition de M. Sébastien Pellé, professeur des universités, Toulouse Capitole, du  
jeudi 20 juin 2024 à 14h30

Je vous remercie pour votre invitation. Je suis à la fois honoré et très heureux de participer à cette réflexion et d'être entendu aujourd'hui devant vous.

Permettez-moi de commencer par vous livrer un avis général, qui est invité par la première question soumise à notre réflexion, sur la problématique des opinions séparées. De façon générale, je suis plutôt favorable à la mise en œuvre d'opinions séparées à la Cour de cassation. Je suis, en revanche, un peu plus réservé sur les opinions séparées « intégrées » telles qu'elles sont envisagées dans le rapport Cour de cassation 2030. La discussion devrait ainsi porter plus sur les modalités de ces opinions séparées afin de les intégrer plus largement à la culture de cassation française.

Favorable, vous l'avez rappelé Mme la présidente, parce qu'il me semble que les deux mouvements vont de pair (motivation enrichie et opinion séparée). Ils sont d'ailleurs présentés ensemble dans le rapport Cour de cassation 2030. Ils participent de la même logique du passage d'un argument d'autorité à une logique de persuasion. Dès lors que la motivation enrichie est déjà largement développée dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il pourrait paraître logique de continuer ce mouvement en envisageant le principe des opinions séparées.

Un peu plus réservé sur les modalités parce qu'il me semble qu'une meilleure articulation avec la réforme, déjà à l'œuvre, de la motivation enrichie mériterait d'être envisagée afin, précisément, de ne pas affaiblir cette dernière. **L'intérêt essentiel des opinions séparées réside dans l'effet performatif.** Or cet effet est plus lié au principe même de l'opinion séparée qu'à sa mise en œuvre effective. Pour dire les choses autrement, l'effet recherché s'attache à la possibilité d'une opinion séparée qui invitera le juge à renforcer l'argumentation proposée au soutien d'une solution. Partant de cette idée, il est possible de proposer une **distinction entre deux catégories d'opinions séparées** : les opinions séparées au sens strict (plus strict que ce qui est proposé dans le rapport Cour de cassation 2030) et les opinions séparées autonomes. Il s'agit là du cœur de mon propos.

- **Première hypothèse** : lorsque les réserves émises par certains membres de la formation de jugement, manifestées lors du délibéré, ont permis d'enrichir l'argumentation de la position majoritaire, au point d'emporter la conviction de tous, la formulation autonome de l'opinion

séparée n'est sans doute pas nécessaire. C'est dans ce cas qu'il conviendrait de parler **d'une opinion séparée intégrée**. Ainsi, l'opinion séparée intégrée serait celle qui ne rompt pas l'articulation logique de la motivation, notamment enrichie. Certes invisible pour l'extérieur, elle aurait néanmoins atteint l'objectif recherché qui est d'améliorer la qualité argumentative de la décision (ce qui correspond sans doute déjà à une réalité pratique, depuis la motivation enrichie et sans doute avant). C'est manifestement dans ce contexte que la pratique, déjà utilisée, de l'éviction d'une solution alternative pourrait trouver à s'insérer (ex. AP, 14 avril 2023).

- **Seconde hypothèse** : à l'inverse, lorsque les réserves émises lors du délibéré n'ont pas permis d'aboutir à un consensus et à une « montée argumentative de la décision », l'opinion séparée pourrait alors être exprimée. Il s'agirait d'une **opinion séparée autonome**. Elle deviendrait visible pour tous et devrait être rédigée de manière distincte. Dans ce cas, pour éviter des excès régulièrement dénoncés, les propositions de la Commission 2030 paraissent raisonnables : anonymat et rédaction neutre ou rationalisée. Cependant, afin de ne pas affaiblir l'autorité de la décision – le risque semble ici très important - et, en quelque sorte, brouiller les messages, **il ne semble pas pertinent d'insérer cette opinion** (concordante ou dissidente) **dans la motivation elle-même de la décision, avant le dispositif, mais plutôt après** (par exemple sur le modèle des moyens annexés). L'enjeu consisterait, dès lors que vous admettriez de telles opinions séparées, à **ne pas rompre le fil argumentaire de la décision**. Encore une fois, l'objectif de cette proposition est d'inviter à réfléchir à l'articulation avec la réforme de la motivation enrichie afin que le principe de l'opinion séparée vienne au soutien de cette dernière, et non l'inverse.

- Est-ce que l'opinion séparée anonyme vous paraît poser une difficulté ?

À titre personnel, je n'ai pas vu de difficulté par rapport au caractère anonyme. Au contraire, il me semble que, malgré nos sensibilités différentes selon nos spécialités et selon les pratiques des juridictions étrangères, il y a un objectif « juste » derrière les réflexions que vous menez, et qui consiste à initier une dynamique nouvelle tout en cherchant à la concilier avec notre tradition juridique. De ce point de vue, les modalités envisagées dans le rapport Cour de cassation 2030 paraissent équilibrées : que ce soit à la fois l'anonymat, et réfléchir à une rédaction collective, qu'il y ait une opinion et pas une multitude d'opinions individuelles qui puissent être formulées, avec une expression neutre, rationalisée.

- Vous paraît-il possible d'avoir une opinion séparée à la fin de la motivation enrichie mais avant le dispositif ou est-ce que c'est nécessairement après le dispositif ?

J'ai du mal aujourd'hui à percevoir comment intégrer cette opinion avant le dispositif sans affaiblir la pertinence ou la qualité de la motivation. À titre personnel, je la verrais plus après le dispositif pour qu'on ait vraiment une suite logique. L'objectif de la motivation, notamment enrichie, est de développer une logique de persuasion. Pour cette raison, j'ai beaucoup de difficulté à concevoir la place d'un élément qui viendrait finalement rompre l'articulation logique du raisonnement, qui est le cœur de la motivation enrichie, et comment insérer l'opinion séparée (autonome) ici.

- En différenciant comme vous le faites les deux opinions séparées, est-ce que finalement on n'aboutirait pas à une opinion séparée intégrée qui est une argumentation à laquelle la majorité a réussi à répondre en améliorant la qualité de son raisonnement et à une opinion séparée autonome qui serait un raisonnement différent auquel la majorité n'aurait pas réussi à répondre ?

Cela fait partie des questions qui sont dans le débat effectivement. Sur le début de votre intervention, n'ayant pas l'expérience du délibéré, tous les cas de figure semblent possibles. Tout dépend de la nature de l'opinion séparée. Si elle est concordante, cela peut aussi venir renforcer la qualité de la motivation qui est envisagée par la majorité au soutien du dispositif qui fait l'objet d'un consensus.

Sur l'éviction d'une solution alternative : Par rapport aux pratiques, les décisions qui ont pu être répertoriées à ce titre n'expriment pas avec évidence, pour les observateurs extérieurs, qu'il s'agit bien d'une opinion séparée. Rien ne nous dit qu'il ne s'agit pas d'un signal envoyé pour renforcer le poids d'un argument qui fait l'unanimité. Sans avoir participé au délibéré, il est très difficile de savoir si l'éviction d'une solution alternative est l'expression d'une opinion séparée ou, au contraire, d'une unanimité renforcée sur le fait que cette interprétation-là ne pourrait pas soutenir à l'avenir un pourvoi efficace.

- L'opinion séparée apporte au lecteur de l'arrêt une information supplémentaire par rapport à la mention d'une solution alternative qui a été écartée : au moins un membre de la formation de jugement a soutenu la solution exprimée jusqu'à la fin du délibéré. Y voyez-vous un autre intérêt ?

C'est une question qui invite à s'interroger sur les finalités des opinions séparées, les raisons qui peuvent justifier la mise en place de cette technique. J'ai identifié au moins deux finalités principales :

- Dans la logique de la motivation enrichie (et de la référence au précédent qui se développe de plus en plus), l'opinion séparée permettrait de développer une véritable culture du cas qui n'est pas nécessairement dans notre tradition juridique (parce qu'elle fait penser au précédent anglo-saxon), alors qu'elle est pourtant bien présente. L'objectif pourrait donc être d'accompagner un revirement ou un infléchissement de jurisprudence et de signaler des considérations qui peuvent être des circonstances de fait, un contexte procédural, qui peuvent expliquer que la mise en œuvre du même énoncé textuel puisse aboutir éventuellement à une solution différente au regard de telle ou telle considération qui n'était peut-être pas pleinement réunie dans l'espèce.

- Par ailleurs, cela peut être aussi un moyen d'éviter la pratique de *l'obiter dictum* qui se développe aussi à la faveur de la motivation enrichie et qui reste très difficile à concilier avec notre tradition juridique et la prohibition des arrêts de règlement. Cela peut être l'occasion d'envoyer des signaux et d'accompagner les revirements, les infléchissements ou de montrer que dans la mesure où le rôle du juge s'est étoffé, la décision ne repose plus uniquement, ou n'emprunte plus directement l'autorité de la loi de la même manière que dans un système légicentriste. Le développement d'un système pluraliste a considérablement remplacé le juge et la jurisprudence, particulièrement de la

Cour de cassation, au centre du processus normatif, révélant que la décision est le résultat d'un débat qui a été mené pendant le délibéré. Des indications seraient livrées quant aux éléments qui ont été mis en avant, qui ont été pris en considération, qui ont été soulevés. En doctrine, cela nous permettrait d'envisager un commentaire, à partir d'éléments objectifs diffusés en toute transparence, qui reposerait moins sur des conjectures que sur des éléments qui ont été véritablement pesés et révélés. Plus largement, cela permettrait de renforcer le dialogue entre la doctrine et la Cour de cassation en permettant aux auteurs de pointer les intérêts et les limites des différents arguments débattus, et indirectement de contribuer à l'effet performatif des décisions à venir.

- Ces objectifs ne pourraient-ils être atteints avec la mention dans la motivation de la solution alternative qui a été écartée ? Est-ce que le seul objectif de transparence suffit à légitimer l'instauration de la pratique de l'opinion séparée ?

Sur le plan du principe, la réponse est oui. C'est la même logique que celle de la motivation enrichie. Pour la motivation enrichie, si on enlève l'objectif de transparence, elle perd une grande partie de son fondement. C'est pour cette raison qu'elles soulèvent des problématiques voisines. Sur le plan du message envoyé, il est certain que du point de vue du débat démocratique, le premier message à l'égard de la société, c'est celui d'une ouverture de la haute juridiction judiciaire et à une inscription dans le renouvellement de l'autorité de la décision de justice qui, au titre de la mise en valeur de la transparence, peut impliquer des pratiques nouvelles telles que l'opinion séparée.

Au regard de la distinction que j'ai pu proposer entre les opinions intégrées au sens strict et les opinions séparées autonomes, je suis embarrassé pour répondre à votre question. Je suis à 200% **favorable** aux opinions séparées intégrées au sens strict (telles que j'ai pu les définir ; celles qui ne rompent pas le fil argumentaire de la décision), mais ce sont celles qui ne se voient pas et qui viennent améliorer le processus de motivation enrichie. Je suis plus réservé sur la faisabilité et l'intérêt d'une opinion séparée autonome. Il n'y a que vous qui puissiez le dire, au regard de la pratique du délibéré. Est-ce que l'effet performatif lié au développement de la motivation enrichie dans le cadre des échanges au cours du délibéré est suffisamment important pour mener à une augmentation de la qualité argumentative de vos décisions ? Au contraire, la menace de l'opinion séparée formulée de manière autonome vous permettrait-elle d'aller encore plus loin (par rapport à la pratique de l'éviction d'une solution alternative, encore une fois très neutre pour le lecteur d'un arrêt) ?

- Les partisans de l'opinion séparée indiquaient que l'opinion séparée permettrait des revirements en douceur. Qu'en pensez-vous ?

Oui, c'est ce que je voulais indiquer tout à l'heure avec cette idée de culture du cas pour accompagner des revirements et des infléchissements de jurisprudence. On accentue le parallèle avec le droit anglo-saxon et le précédent où le revirement brutal n'est pas connu parce qu'il y a une culture de la distinction qui peut être introduite par l'opinion séparée.

- Que pensez-vous de l'idée d'une opinion séparée intégrée au délibéré où il y aurait un projet de la majorité et un projet de la minorité, sans qu'elle soit ensuite publiée ?

Il me semble que dans cette perspective, on perdrait une partie de l'intérêt puisque ça veut dire que le principe même de la possibilité d'une opinion séparée ne serait pas adopté. Toutes ces discussions resteraient imperceptibles. C'est-à-dire que les cas dans lesquels le débat n'aurait pas permis d'enrichir encore plus la motivation de la décision ne seraient pas visibles et ne pourraient pas justifier la formulation d'une opinion séparée autonome. C'est un peu la négation de l'opinion séparée et de son effet performatif.

- Le secret du délibéré est-il atteint par l'opinion séparée dissidente ?

Dès lors que la pratique existe par ailleurs, je n'ai pas l'impression que ce soit l'argument le plus fort pour s'opposer. Il semble surtout participer d'une logique de résistance au changement et à la nouveauté que représente la technique de l'opinion séparée. Les propositions qui ont été faites dans le rapport Cour de cassation 2030 semblent être suffisamment prudentes. On voit que tout a été pesé sagement (avec les deux conceptions possibles). La proposition paraît raisonnable. Malgré tout, on voit que si on mentionne qu'une décision a été prise à l'unanimité on y voit une atteinte au secret du délibéré, alors qu'il faut simplement indiquer à la majorité des voix. Effectivement, on a une tradition protectrice du secret du délibéré. Mais il me semble qu'avec une évolution des mentalités, l'argument ne soit pas insurmontable.

- Pensez-vous que les risques et attentes d'une possible intégration de l'opinion séparée doivent être appréhendés différemment selon la matière ou est-ce finalement une problématique assez transversale ?

Cela rejoint la question que vous avez posée sur le niveau où il faudrait envisager l'opinion séparée : Cour de cassation ou juges du fond ? J'ai répondu assez spontanément, dans une politique des petits pas, de la réserver plutôt au niveau de la Cour de cassation. À la Cour, il n'y a pas vraiment de distinction à opérer dès lors que l'on se situe plus sur des principes de raisonnement. Les systèmes de droit comparé nous montrent qu'avec un jury populaire, on ne peut pas envisager une opinion séparée.

- Lorsque la détention provisoire est en question, est-ce que le fait de donner à voir une opinion différente, qui aurait pu conduire à une mise en liberté, n'est pas susceptible de poser une difficulté ?

C'est la question du changement de modèle de la décision de justice. Comment maintenir deux logiques ? Sur certaines questions, on va maintenir la logique d'autorité parce qu'il y a un certain nombre d'enjeux. À titre personnel et d'un point de vue intellectuel, je vois mal comment les deux logiques peuvent continuer à perdurer parce que ça voudrait dire qu'on envoie le message qu'il n'y a fictivement qu'une seule solution qui résulte de l'application de la loi. En réalité, il me semble que

toute décision est le fruit d'un débat et il peut être sain de montrer les éléments de discussion. S'il y a trop d'arguments contre, mieux vaut alors ne pas admettre le principe de l'opinion séparée.

- Dans le rapport Cour de cassation 2030, il apparaît l'idée que l'opinion séparée doit être contrôlée et qu'il doit y avoir une autorisation de la majorité. Que pensez-vous de cette condition de verrouillage de l'opinion séparée ?

C'est peut-être, par rapport aux propositions qui sont contenues dans le rapport Cour de cassation 2030, celle qui m'a inspiré le plus de réserve sur le principe parce qu'elle implique que, même si l'opinion n'est pas formulée de manière individuelle, elle doit passer par une appréciation de la majorité. D'ailleurs, les réserves sont envisagées dans les annexes (v. la possibilité éventuellement de s'en départir). Il me semble que si cette condition était admise, elle serait sans doute transitoire. Pour défendre la question de l'anonymat qui me semble importante, il pourrait y avoir un droit du juge à manifester son opinion séparée, même lorsqu'elle n'est pas individualisée, mais qu'il n'y ait pas de possibilité de s'opposer à la possibilité de la formuler, et ce même si elle demeure anonyme et avec une rédaction neutre.

J'avais également réfléchi à l'articulation avec la motivation développée, notamment par rapport à deux questions posées : sur le risque d'affaiblissement des décisions et sur le risque d'encourager les recours.

Ce risque existe déjà en raison de la crise d'autorité qui ne concerne pas que le juge. L'autorité des décisions, au-delà de leur autorité juridique et technique, soulève une vraie problématique en termes de légitimité. Il est difficile de dire si l'introduction de l'opinion séparée, même éventuellement autonome, viendrait accentuer ou non ce phénomène ? En revanche, ce qui est certain c'est que ce risque existe déjà pour les décisions avec des déclinaisons variables selon que la motivation est enrichie, développée ou classique. Le risque est sans doute plus limité en présence d'une « véritable » motivation enrichie qui expose l'ensemble des maillons du raisonnement au soutien du principe de solution énoncé qui, par définition, participe déjà d'une logique performative. En revanche, et dès lors que de « beaux » arrêts en motivation enrichie ont pu être rendus, dans de nombreuses branches du droit sur des questions à forte portée normative (question de principe, question nouvelle, avec des enjeux sociétaux, problématique avec une articulation des sources supra-législatives, contrôle de proportionnalité, etc.), le risque paraît grand dès lors que la motivation serait seulement développée, voire classique, sur des questions avec des enjeux tout aussi importants. À mesure que la motivation enrichie progresse, de tels arrêts, moins motivés, soulèvent déjà la question de l'augmentation des recours et de l'affaiblissement de leur autorité (au-delà de leur force juridique). Inévitablement, on se demande pourquoi la Cour n'est pas allée plus loin dans la motivation, jusqu'à une motivation pleinement enrichie. En présence de tels arrêts, les opinions séparées pourraient naturellement renforcer l'affaiblissement de l'autorité des décisions qui ont été rendues. Pour autant, elles pourraient également participer d'une logique performative en considération des décisions à venir sur le thème. Les opinions séparées, notamment dissidentes, seraient susceptibles de préparer une motivation enrichie sur des questions pour lesquelles il est difficile de la concevoir aujourd'hui, parce qu'il y a des arguments pertinents dans le sens opposé qui sont difficiles à réfuter, ou parce que les problématiques liées à l'imbrication des sources supra-

législatives sont particulièrement complexes, rendant délicate la formulation de la majeure résultant de l'articulation de ces sources. Cela pourrait être aussi un moyen de renforcer le dialogue, non seulement avec les juges, mais surtout peut-être avec les législateurs au double niveau interne et européen, afin d'envoyer un signal sur la nécessité de provoquer une réforme pour sécuriser ou rationaliser les solutions sur une question.

- Est-ce que l'intérêt des opinions séparées serait ainsi à mettre en lien avec le rôle normatif de la Cour de cassation ?

La problématique est vaste. Quelques éléments pour y répondre.

Pourquoi nous, en tant que juges de cassation, nous devrions le faire là où le législateur ne prend pas un certain nombre de ses responsabilités ? En réalité, c'est en grande partie une conséquence de notre système normatif qui fait reposer ce poids sur le juge ordinaire (de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire) en raison d'un dysfonctionnement de la hiérarchie des normes. Par la force des choses, le juge ordinaire doit rendre une seule solution à destination du justiciable, ce qui vous place dans une situation inconfortable et qui vous donne l'occasion plus souvent qu'auparavant d'exercer votre pouvoir normatif.

Deuxième élément : ne l'avez-vous pas toujours fait mais sans le dire ouvertement ? Il me semble qu'il y a quelque chose d'extrêmement sain de donner à voir la manière dont vous construisez la norme jurisprudentielle. Ce positionnement vous donne une place en termes de légitimité dans le débat beaucoup plus juste qu'auparavant où on avait un arrêt de principe « sec » qui donnait l'orientation, mais sans que l'on dispose des éléments pour comprendre comment ce principe avait pu être élaboré et comment il avait pu être tranché entre les différentes positions.

- Nous avons souligné tout à l'heure que l'opinion séparée, à la différence de la solution alternative écartée dans l'arrêt, indique qu'au moins l'un des membres de la composition est resté favorable à cette solution. Mais nos discussions font apparaître un second cas de figure : celui dans lequel la solution alternative, qui repose sur une conception radicalement différente, n'appelle aucune réponse de la majorité. La majorité a fait un choix entre les deux conceptions. La visibilité de cette solution alternative, surtout quand il n'y a pas été répondu, ne suggère-t-elle pas une argumentation qui pourrait être proposée dans un contentieux ultérieur ? Est-ce que vous ne pensez pas qu'il y aurait alors un risque d'instabilité à trop généraliser l'opinion séparée ? Est-ce qu'elle ne risque pas au fur et à mesure de provoquer un revirement de jurisprudence sans l'annoncer ?

C'est difficile d'anticiper ce risque-là. Je pense que le domaine privilégié de l'opinion séparée autonome, selon la distinction que j'ai suggérée, serait les décisions en motivation développée. Dans les décisions avec motivation enrichie, dont l'objectif est de favoriser une systématisation des solutions, il y a peu de place pour une opinion séparée autonome, en raison de la persuasion que va provoquer le raisonnement et l'articulation du raisonnement tel qu'il est proposé par la décision précisément pour stabiliser un contentieux. En revanche, dans les décisions avec motivation

développée, par nature l'argumentation est plus fragile, et l'absence de « véritable » motivation enrichie exprime déjà, implicitement, l'existence d'oppositions fortes (ou d'une impossibilité même consensuelle de se mettre d'accord sur un raisonnement à exposer). De même, le besoin d'argumentation est grand pour stabiliser le contentieux et l'opinion séparée peut apparaître comme un des éléments pour évoluer vers une motivation plus étoffée et donc plus convaincante.

Par ailleurs, j'ai été sensibilisé à la question du temps, à la problématique de l'organisation matérielle pour préparer les décisions avec motivation enrichie, qui mérite sans doute d'être considérée pour développer les opinions séparées à l'avenir. Une piste pourrait être de se demander : la motivation enrichie se développe de plus en plus dans tous les contentieux devant toutes les chambres, n'y a-t-il pas une réflexion à mener sur un domaine plus rationnel de la motivation enrichie ? Ne devrait-on pas, dès lors, réserver la motivation enrichie aux hypothèses dans lesquelles il est certain que l'on peut mettre en œuvre une politique de systématisation des solutions parce qu'on parvient à un accord sur une argumentation convaincante qui stabilise le contentieux ? Cela permettrait de dégager du temps pour développer des opinions séparées à propos d'autres décisions sur des questions que vous pourriez peut-être identifier avec un système de repérage des questions que vous savez être récurrentes, qui soulèvent des débats, des oppositions lors des délibérés et sur une manière d'envisager les voies de consolidation ou d'unification du raisonnement. Continuer à développer la motivation enrichie de manière très importante, tout en s'engageant dans la pratique des opinions séparées, risque de soulever des difficultés organisationnelles qui pourraient, à terme, affaiblir les deux dispositifs et la qualité des décisions.

- Est-ce que l'opinion séparée peut jouer un rôle face au risque que peut constituer à certains égards l'*open data* ?

Le risque lié à l'*open data* est celui qui est exprimé dans le rapport Cour de cassation 2030 c'est-à-dire le conformisme judiciaire avec un poids de la majorité, par le nombre des décisions, selon un critère purement quantitatif et pas nécessairement qualitatif. C'est à l'occasion de cette question que je me suis interrogé sur les finalités et intérêts des opinions séparées et sur la possibilité de développer une culture du cas dans le respect de notre tradition sans entrer nécessairement dans une logique de précédent obligatoire du droit anglais. Pour limiter les effets de cette masse de décisions, la pratique des opinions séparées serait susceptible de mettre en relief un certain nombre de considérations de fait qui peuvent expliquer que l'application d'une règle puisse aboutir à des solutions distinctes en fonction des circonstances du cas. Ce qui permettrait également de s'orienter vers le revirement en douceur, dont nous avons déjà parlé. Il me semble que la meilleure réponse au risque de conformisme judiciaire réside dans la qualité de la motivation enrichie. C'est une sorte de sélection naturelle par la qualité de la décision. L'*open data* invite à une sélection par la quantité et la réponse consiste à renforcer la qualité de l'argumentation. Est-ce que l'opinion séparée le permettra de manière plus pertinente ? L'expérience nous le dira. Enrichir le mouvement en faveur de la motivation enrichie est sans doute une des meilleures réponses, sous réserve d'accomplir un travail d'anticipation, de préparation, d'identification des contentieux et de réfléchir à la manière de préparer l'argumentation lorsqu'un pourvoi permettra de le traiter. Il y a, manifestement, une réflexion à poursuivre sur l'évolution du travail préparatoire des arrêts, peut-être en lien avec les circuits différenciés qui ont été une réponse à la question du filtrage des pourvois, pour se demander

dans le respect des contraintes organisationnelles, comment améliorer encore le processus de décision, et répondre à certaines interrogations récurrentes. Notamment : la solitude du conseiller rapporteur n'est pas une difficulté ?

- Comment concevez-vous la forme des opinions séparées ?

Il faudra une phase d'expérimentation pour apprécier comment rédiger ces opinions séparées avec la formule neutre, rationalisée. Se placer dans une logique de formulation dans le respect de notre tradition du secret du délibéré, de progression du droit et pas de « défouloir » individuel, constitue sans doute une piste à privilégier. Il semble qu'il n'y ait pas de modèle à transposer, mais une formule sur-mesure à inventer. Pour autant, les éléments de droit comparé témoignent de la plus-value apportée par la formulation distincte d'opinions séparées, notamment dissidentes. Elles peuvent être rédigées de manière plus riche, plus libre, sans la contrainte de la motivation de la décision, et c'est la raison pour laquelle il peut être intéressant qu'elle ne figure pas dans la motivation, par exemple avec des références plus approfondies à la doctrine et au droit comparé.

- Est-ce que vous pensez qu'il pourrait y avoir un poids différent des décisions selon qu'elles comportent ou non des opinions séparées ?

Cette impression, nous l'avons déjà à la lecture des arrêts de la Cour de cassation sans les opinions dissidentes. Tous les arrêts n'ont pas la même portée sur le plan normatif. Si la majorité et la minorité étaient indiquées (ce n'est pas l'orientation pour le moment qui est prise), cela pourrait encore accroître cette espèce de classification implicite des décisions. Il y a des questions en doctrine bien réglées avec une jurisprudence acquise de la Cour de cassation et d'autres questions où on sent un peu plus de flottement. Toutes les décisions n'ont pas le même poids ; il s'agit d'une autorité factuelle de la décision qui s'exprime à travers sa capacité à fournir un guide de raisonnement pour anticiper des solutions à venir. Au regard des stratégies des avocats, ce sont des éléments dont nous avons discuté dans le cadre du projet motivation enrichie par rapport à l'effet de systématisation et notamment l'intérêt de mentionner une solution alternative écartée. Cette technique permet, de manière très claire, d'envoyer le message qu'un argument a bien été pris en compte et qu'a priori il n'est plus nécessaire de l'invoquer de manière utile. Cet effet-là existe déjà par rapport aux décisions de la Cour de cassation, même sans opinion séparée.

Si vous me permettez, je souhaiterais aborder un autre point et l'introduire dans la discussion, relativement à la pratique des notes et notices explicatives. Par rapport à la portée des décisions, celles donnant lieu à des tels documents correspondent à l'exemple type des décisions qui vont avoir une portée particulièrement forte. En tant qu'observateur extérieur, plusieurs questions se posent. Quel est le support de cette pratique de la note qui se développe en dehors de la motivation et de l'arrêt ? N'est-ce pas une manière d'introduire une forme d'opinion concordante dissimulée où on envisagerait finalement tous les autres cas que ceux réglés par l'arrêt en question pour donner une grille d'interprétation cohérente de l'ensemble du champ d'application d'une ou plusieurs dispositions ? Qu'en est-il, par ailleurs, des interprétations qui apparaissent parfois dans les lettres ?

Si vous alliez dans le sens du développement des opinions séparées, *quid* dans le contexte particulier d'une divergence de chambres à la Cour de cassation ? Dans ce contexte, le risque de blocage par la majorité pourrait exister. J'ai constaté une évolution dans le cadre des travaux sur la motivation enrichie par rapport aux décisions de chambre mixte. Au début de la période, on a constaté que lorsqu'il y avait une divergence de chambres qui justifiait la réunion d'une chambre mixte, les décisions rendues étaient plutôt classiques, sans motivation développée ou enrichie, ce qui soulève toute une série de questions reprises par la doctrine, dans les différents commentaires, sur la force de l'argument qui est finalement retenu et qui donne raison à une chambre par rapport à une autre (ex. : arrêt de chambre mixte du 25 mars 2022 sur l'autonomie du poste de préjudice d'angoisse de mort imminente). Plus récemment, un arrêt de chambre de mixte, rendu dans le même contexte, développe tous les ressorts de la motivation enrichie pour régler la divergence de jurisprudence qui est, par ailleurs, expressément nommée dans l'arrêt (ex. arrêt chambre mixte du 29 mars 2024 sur les pouvoirs d'audition des agents des douanes). Je me suis posé la question tout simplement : dans ce contexte, même avec une motivation enrichie, *quid* si une personne dans la formation de jugement est toujours convaincue de la position inverse ? Comment formuler l'opinion dissidente et, le cas échéant, l'encadrer ? N'y a-t-il pas dans ce contexte particulier un risque de déstabiliser la tentative d'unification des solutions avec la pratique des opinions dissidentes ? C'est une question importante qui mérite sans doute une considération particulière.



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Contribution de M<sup>e</sup> Thomas Lyon-Caen, président de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation à la suite de son audition du jeudi 20 juin 2024 à 17h00

Je vous remercie infiniment de m'avoir reçu pour évoquer le sujet stimulant de l'éventuelle intégration d'une opinion séparée dans vos décisions. Elle intéresse beaucoup les avocats aux Conseils, tout particulièrement en ce qu'elle s'inscrirait, entre autres, dans la recherche d'une pédagogie de la décision comme le souligne le rapport Cour de cassation 2030.

Car les avocats aux Conseils sont les premiers lecteurs des arrêts de la Cour de cassation, en charge d'en fournir les clés d'interprétation à leurs clients et à leurs correspondants avocats à la cour.

Et l'obligation de conseil renforcée qui pèse sur les avocats aux Conseils les conduit, en outre, à être des observateurs particulièrement attentifs à l'évolution de la jurisprudence. Or celle-ci doit souvent être décelée dans les modifications ou les nuances, parfois subtiles, que la Cour de cassation introduit, souvent par touches successives, dans la motivation de ses arrêts.

Parmi les nombreux aspects de la réflexion menée sur cette proposition qui ont été abordés lors de notre échange, je reviendrai spécifiquement sur ceux qui me semblent pouvoir être utilement éclairés par le point de vue des avocats aux Conseils, fruit de l'analyse et de l'explication quotidiennes des arrêts de la Cour de cassation.

J'ai échangé sur cette problématique avec mon conseil de l'Ordre.

Il en est ressorti un certain consensus dont l'idée forte est la suivante : la motivation enrichie telle que vous la pratiquez actuellement nous apparaît être un véhicule approprié pour accueillir dans notre système juridique le besoin que certains ont pu exprimer de mieux faire ressortir l'existence et la teneur du débat qui précède, en délibéré, l'adoption des décisions de justice.

## **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

- 1) Que pensez-vous de la possibilité de l'intégration d'opinions séparées dans les arrêts de la Cour de cassation ?
- 2) La formulation d'une opinion séparée vous paraît-elle de nature à renforcer ou à fragiliser l'autorité de la décision rendue ?

L'ordre manifeste une certaine prudence à l'égard de l'intégration d'opinions séparées proprement dites en considération du risque de fragilisation de l'autorité des décisions de justice qu'elles portent en germe.

La publication d'une opinion séparée révèle qu'une position minoritaire s'est maintenue au sein de la formation de jugement jusqu'au vote en dépit de la recherche d'un consensus. En cela, elle peut laisser une plus grande place à la contestabilité de la solution retenue par la majorité.

Concrètement, l'opinion séparée montre qu'un ou plusieurs magistrats professionnels - qui sont, à la Cour de cassation, les plus hauts magistrats du pays dont l'analyse juridique est particulièrement légitime -, ont considéré que la solution retenue n'est pas celle qu'il convenait d'adopter et ont ressenti le besoin d'extérioriser leur désaccord. Par l'opinion séparée, la décision est ouvertement contestée par certains des membres de la formation de jugement qui l'a rendue collégialement.

Elle risquerait donc de fragiliser l'autorité des décisions de la Cour de cassation, dans l'esprit des parties - spécialement de la partie perdante, pour qui l'opinion séparée pourrait alimenter un sentiment d'injustice - et, plus généralement, de ses lecteurs.

Plus généralement, je crois qu'il faut avoir à l'esprit que tout facteur de contestabilité des décisions de justice pourrait avoir un retentissement sur l'autorité de l'institution judiciaire dans son ensemble, dans une période particulière à cet égard, qui invite à la prudence.

En tout état de cause, il me paraîtrait indispensable de veiller à ne pas exposer les juges nominativement afin de les préserver d'éventuelles pressions et mises en cause, tout particulièrement lorsque la Cour de cassation statue dans certains contentieux sensibles.

- 3) Il arrive désormais que certains arrêts, rédigés en motivation enrichie, fassent référence à une position contraire, expliquant pourquoi celle-ci n'a pas été retenue. Par rapport à cette pratique récente, certes encore très marginale, pensez-vous que l'opinion séparée intégrée puisse revêtir un intérêt complémentaire ?

L'opinion séparée et la motivation enrichie ne se recoupent pas exactement puisque la seconde n'exprime pas, comme la première, qu'une dissension a persisté jusqu'au vote au sein de la formation de jugement.

Mais la motivation enrichie peut servir à exposer les raisons pour lesquelles une solution a été écartée, qu'elle soit portée par une partie de la doctrine ou certains magistrats de la Cour, du siège ou du parquet. La motivation enrichie a une vertu pédagogique avérée et peut donner une visibilité aux opinions débattues durant le délibéré et écartées, tout en les décorrélant de leurs auteurs.

En revanche, elle ne présente pas le risque d'affaiblir l'autorité de la décision. Même si elle laisse entrevoir que la solution retenue a été débattue au sein de la formation de jugement, *in fine* celle-ci « *fait bloc* ». De plus, dans la mesure où les raisons pour lesquelles une autre solution a été écartée ont vocation à être exposées dans la motivation de la décision, celle-ci n'en sera que plus convaincante.

La motivation enrichie apparaît donc comme le véhicule approprié pour atteindre les objectifs poursuivis par le rapport Cour de cassation 2030, d'une manière moins attentatoire à l'autorité de la décision que, potentiellement, l'expression d'une opinion séparée.

## **II/ Sur la mise en œuvre de l'opinion séparée**

### **1) Devrait-elle inclure les opinions dissidentes et concordantes ?**

Si l'Ordre ne voit pas d'obstacle de principe à l'introduction de toutes les formes d'opinions séparées, dissidentes et concordantes, il s'interroge sur l'opportunité des secondes.

L'opinion séparée concordante a vocation à exposer un raisonnement juridique, certes alternatif à celui retenu par la majorité et exprimé dans les motifs de la décision, mais qui aurait néanmoins conduit à la même solution. Partant, l'Ordre ne perçoit pas bien l'utilité de sa révélation à la Cour de cassation, sous la forme d'une opinion séparée.

Il se demande, en revanche, si cela ne nuirait pas à la compréhension de la décision. Dès lors qu'elles conduisent à la même solution, la frontière entre l'opinion séparée concordante et la motivation de la décision est, par essence, fine si ce n'est poreuse. Elle pourrait ne pas être clairement identifiée, spécialement, par les non-juristes.

Au surplus, à la Cour de cassation, la place naturelle de l'exposé détaillé des différents raisonnements permettant, le cas échéant, de parvenir à telle ou telle solution est la partie publique du rapport du conseiller rapporteur et l'avis de l'avocat général qui sont des outils précieux de compréhension des termes du débat.

En définitive, l'Ordre n'identifie pas de besoins que la diffusion de la partie publique du rapport et de l'avis de l'avocat général ne satisferait pas et qui justifieraient l'introduction d'opinions séparées concordantes. Il lui semble préférable de développer leur diffusion, comme le préconise d'ailleurs le rapport Cour de cassation 2030, plutôt que de créer un nouveau « *support* » d'expression des raisonnements juridiques alternatifs possibles qui pourrait générer des confusions.

### **2) La pratique de l'opinion séparée devrait-elle être réservée à la Cour de cassation, à l'exclusion des juridictions de fond, ou être largement adoptée ?**

Il semble qu'il conviendrait de limiter l'opinion séparée à la Cour de cassation, dans son office de cour régulatrice, en ce qu'elles auraient vocation à expliciter les termes du débat sur une question de droit.

Il y a, en effet, lieu de penser que toute révélation de divergences au sein d'une formation de jugement sur les aspects factuels du litige, tranchés souverainement par les juridictions du fond, serait un facteur d'affaiblissement de l'autorité des décisions de justice, sans présenter d'intérêts qui viendraient le contrebalancer.

3) À la Cour de cassation, devrait-elle être réservée à certaines formations de jugement ?

Pour l'Ordre, il n'y aurait pas de raisons de réserver l'opinion séparée à certaines formations de jugement au sein de la Cour de cassation, sous réserve, si l'opinion séparée était anonymisée, que le nombre de magistrats soit suffisant pour ne pas que l'anonymat puisse être indirectement levé, par déduction ou recoupement.

Peut-être l'expression d'opinions séparées au sein des formations restreintes de trois juges ne serait-elle, de ce point de vue, pas forcément opportune. Au demeurant, les questions de droit nouvelles et/ou complexes qui pourraient, semble-t-il, susciter l'expression d'une opinion séparée sont tranchées en formation élargie.

4) Avez-vous des observations à formuler sur la procédure et la forme que pourrait prendre l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

L'idée forte que je souhaiterais faire passer est que, pour l'Ordre, la motivation enrichie est l'instrument qui pourrait accueillir la révélation d'une opinion minoritaire au sein de la formation de jugement, sans risquer de porter atteinte à l'autorité ou la lisibilité des arrêts de la Cour de cassation.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Audition de M. Marc Van der Woude, président du Tribunal de l'Union européenne  
et de M. Laurent Truchot, président de chambre au Tribunal de l'Union  
européenne, du jeudi 4 juillet 2024 à 14h30

**M. Van der Woude :** C'est un plaisir pour nous d'être ici avec des sujets qui nous intéressent également. On ne se pose pas la question, mais on y viendra, sur l'opinion dissidente. L'exercice d'introspection et d'amélioration des méthodes de travail que vous menez est utile. Nous étions impressionnés par la richesse du rapport Potocki et les améliorations déjà faites sur l'accessibilité de vos décisions sur le site. Je ne peux que vous en féliciter et on en tirera profit pour nos réflexions internes. Chez nous, c'est un peu différent parce qu'on est une jeune juridiction de 30 ans pour le Tribunal (et 70 ans pour la CJUE).

Je vais faire des remarques introductives. Dans le rapport et le contexte que vous avez dressé, pourquoi faites-vous ça ? Qu'est-ce qui vous anime pour mener ces changements ? Il y a des tendances contradictoires entre d'une part le droit qui devient plus compliqué et d'autre part un souci de simplification. Il y a un paradoxe. Même chose pour nous. On veut une motivation riche et compréhensible, mais en même temps on veut raccourcir la longueur de nos arrêts. On veut préserver le consensus et la collégialité, mais il y a également le juge individuel. Quand on regarde la question de la motivation enrichie et de l'opinion dissidente, je constate qu'une des considérations pourrait être la conscience d'un des membres de la formation et donc on met l'accent plutôt sur l'individu que sur la collectivité. Il y a des paradoxes qui finalement s'appliquent à toutes les juridictions dans nos pays.

À la lecture du rapport, ce qui m'a frappé, c'est un débat éclairé que vous menez. Je ne peux que vous en féliciter. Ce débat est mené dans un contexte où les lumières perdent leur importance. Alors est-ce que les solutions que les juridictions vont apporter vont avoir des résonances à ceux qui ne sont pas adeptes des idées des lumières ? Ce qui doit guider les juridictions, c'est la question de l'acceptabilité des jugements. Peu importe le contexte dans lequel on opère, cette question doit nous animer en toutes circonstances, pour tout citoyen.

**M. Truchot :** On connaît assez peu ce sujet, car il n'y a pas d'opinion dissidente à la CJUE et au TUE. Cela s'explique par le fait que, lorsque l'Union européenne est née, les Etats fondateurs ne connaissaient pas l'opinion dissidente dans leur propre système. L'autre explication est que le droit de l'Union couvre un champ important qui s'est étendu depuis. Il y a sans doute une volonté de ne pas remettre en cause la légitimité du système européen. Exprimer des opinions dissidentes, c'est peut-être courir le risque de dire que la solution n'est pas absolument incontestable. Mais je crois que ce risque n'est pas aussi important que ça.

**M. Van der Woude :** Sur la question des opinions dissidentes, je m'interroge si, pour le système européen, il ne faudrait pas un changement des textes de base. Je ne pense pas au niveau du traité mais à tout le moins au niveau du protocole sur le statut qui dans sa première partie décrit le fonctionnement de la CJUE et qui est, je pense, la partie qu'on ne peut pas modifier sans l'accord des Etats membres. Je devrai vérifier.

On s'est interrogé également sur comment vous voyez l'articulation entre les opinions dissidentes et le rôle de l'avocat général ? Est-ce que ce n'est pas un peu double emploi ? L'opinion dissidente fonctionne dans des systèmes où il y a une certaine maturité juridique. Nous, nous avons des mandats renouvelables et sommes une jeune juridiction. C'est différent à la CEDH où il y a des mandats fixes de 9 ans et le juge produisant une opinion dissidente est identifiable parce que c'est nominatif. Ici, ce serait anonyme. C'est délicat dans une juridiction avec des mandats courts d'avoir des opinions dissidentes dans un contexte où on doit avoir une position neutre par rapport aux Etats qui vont vous renommer. Dans un tel contexte, je serais un peu réticent.

**M. Truchot :** Je crois que l'avantage de la proposition sur laquelle vous travaillez, c'est l'anonymat qui évite le risque de profilage des juges. C'est une donnée importante de la réforme envisagée. S'agissant de la présence concomitante des avocats généraux et des juges dissidents, je pense qu'ils n'occupent pas la même place dans la procédure. L'avocat général intervient avant l'audience, au vu de ce que lui donne à connaître du dossier le conseiller rapporteur. Le juge dissident intervient au cours de l'audience, pendant le délibéré et après le délibéré. L'avocat général a pour fonction d'éclairer le délibéré. Le juge dissident a vu sa conviction se former ou être renforcée par le délibéré. De ce point de vue-là, il a une connaissance du dossier qui est supérieure à celle de l'avocat général. Le juge dissident va sortir d'un délibéré dont il aura constaté qu'en dépit de ses efforts d'argumentation, il est resté minoritaire. Je pense que l'éventualité d'une opinion dissidente est de nature à améliorer la qualité des décisions de la formation de jugement parce que, dans la perspective d'une opinion dissidente, la majorité s'efforcera d'affiner son raisonnement comme, de son côté, la minorité se sera efforcée de convaincre la majorité. On sait très bien que quand les délibérés sont approfondis, argumentés en droit et en fait et éventuellement, en opportunité et en équité, la qualité de la décision ne peut que s'en trouver améliorée. C'est pour cette raison que je pense que l'intervention concomitante de l'avocat général, avant la phase collégiale de la procédure, et, le cas échéant, du juge dissident, au cours de cette phase, sous une forme anonyme, me paraît être le garant d'une collégialité approfondie et donc d'une meilleure justice.

- Pensez-vous que l'opinion séparée, qui pourrait être rédigée par le ou les membres de la formation de jugement minoritaires et confrontée au projet majoritaire au cours du délibéré, pourrait être un moyen d'optimiser la réflexion, en particulier au sein des formations les plus hautes de la Cour de cassation ?

**M. Truchot :** L'utilité de l'opinion séparée me semble résider dans le rôle d'aiguillon qu'exerce le juge dissident à l'égard de la majorité. On pourrait imaginer que cette réforme soit réservée aux affaires qui soulèvent des questions de principe. Je suis, pour ma part, convaincu par la proposition.

**M. Van der Woude :** J'ai personnellement des doutes. Mais je ne connais pas la dynamique du délibéré. Chez nous, nous ne sommes pas tous des juges professionnels. Chez nous, il faut avoir l'art du consensus. Si on a la possibilité d'avoir une opinion dissidente, alors ça pourrait rendre plus difficile le consensus. Dans votre réflexion, je trouvais intéressant que l'opinion dissidente ne puisse se faire qu'avec l'accord de la majorité. Ça pourrait verrouiller cette possibilité.

Je me demandais aussi le type d'affaires. Je trouvais également intéressante, dans le rapport Cour de cassation 2030, la disparition graduée du syllogisme en raison de l'évolution des contentieux. On tranche de plus en plus en dehors du syllogisme (par ex. : la balance des intérêts, la charge de la preuve...). C'est une zone peut-être plus propice à l'opinion séparée que, par exemple, en matière pénale où je ne vois pas la possibilité. Finalement, là où on doit opérer par le syllogisme, je vois moins d'espace pour l'opinion séparée.

- L'expression d'une opinion séparée, qui pourrait fragiliser la décision, n'est-elle pas plus délicate dans certaines matières ? Par exemple, en matière pénale et au Conseil d'État sur les recours pour excès de pouvoir ?

**M. Van der Woude :** Si l'acceptabilité de la décision est la motivation de l'opinion dissidente, c'est une bonne voie pour celui qui perd. Je verrais ça en matière civile dans des questions grises. Mais le dosage me paraît compliqué. Comment allez-vous décider dans le délibéré à 19 à quel moment quelqu'un va dire « je souhaite une opinion dissidente » ?

- L'opinion séparée peut apparaître au cours du délibéré, sans être actuellement formalisée. Cette formalisation, que l'opinion séparée soit ou non publiée, ne contraindrait-elle pas la majorité à répondre et ainsi à améliorer son argumentation ?

**M. Truchot :** Je pense qu'à la Cour de cassation cette réalité est plus présente que dans notre juridiction, qui est une juridiction de 1<sup>re</sup> instance où l'examen des recours implique une appréciation complète des éléments de fait et de droit. Une introduction des opinions séparées me semble plus opportune pour une juridiction telle que la Cour de cassation, qui n'examine que les questions de droit. Le clivage entre les tenants d'une interprétation et ceux qui défendent une interprétation différente du droit applicable est très fréquent dans les dossiers posant des questions de principe. Il se peut qu'à la fin du délibéré, il y ait vraiment une majorité dans un sens et une minorité qui n'en démord pas, qui sait pourquoi elle n'en démord pas et qui saura l'écrire. Je pense que l'autorisation de la chambre, envisagée par la proposition de réforme, est quelque chose d'intéressant parce

qu'elle signifie, en quelque sorte, de la part des juges majoritaires à l'égard des juges minoritaires : *« je comprends ce que vous dites et cette thèse mérite d'être expliquée même si je ne la partage pas »*. Cette compréhension peut exister dans les délibérés de toutes les juridictions. Dans nos délibérés au TUE, on a vu se dessiner ces tendances.

**M. Van der Woude :** J'ai lu dans le rapport 2030 qu'on pouvait concevoir l'opinion dissidente pour des questions de conscience. Mais si ce n'est pas publié et anonyme, je ne vois pas la place pour cet aspect-là. Je pense qu'il y a moins de cas de conscience en civil qu'en pénal.

- Le rapport Cour de cassation 2030 prévoit que l'opinion séparée, anonyme, est publiée en même temps que la décision. Qu'en pensez-vous ?

**M. Van der Woude :** Dans ce cas-là, vous allez peut-être devoir tenir compte deux fois des opinions dissidentes. Si c'est publié, il y aura peut-être un petit onglet sur le site contenant l'opinion en elle-même (c'est la première fois), mais il faudra également tenir compte de cette opinion pour y répondre dans la motivation principale afin de la rendre plus robuste (c'est la deuxième fois). Il y a un impact en longueur assez important. Il faut à la fois répondre à la minorité et publier en version isolée la motivation dissidente.

On a vu dans la motivation dans nos arrêts un changement. Jadis la motivation était simple : voilà les arguments A, B et pour les raisons suivantes 1, 2, 3, 4 la conclusion est la suivante. C'était un raisonnement classique. Ces derniers temps, on arrive à la conclusion en y ajoutant une autre partie qui dit : cette conclusion n'est pas remise en cause par les arguments soulevés par telle ou telle partie. On pourrait penser que cette présentation pourrait servir pour écarter une opinion dissidente en disant : voilà les arguments principaux, on a également ces arguments et on estime que ces arguments ne sont pas suffisamment pertinents pour remettre en cause l'opinion principale.

**M. Truchot :** La question que je me pose est de savoir quel est le contenu de cette opinion séparée ? Est-ce une opinion qui réfutera la solution exposée ou est-ce une opinion qui constituera un arrêt alternatif ? Dans ce cas-là, je me demande si les exigences de personnalisation qui viennent d'être évoquées sont nécessaires. À quoi bon personnaliser une opinion qui propose de construire un raisonnement alternatif. Il ne semble pas nécessaire de rattacher cette opinion à tel ou tel. C'est la minorité qui, si elle avait été majoritaire, aurait prononcé cet arrêt-là.

- L'opinion séparée ne pose-t-elle pas difficulté si elle est intégrée dans les arrêts rendus par l'assemblée plénière statuant à la suite d'une rébellion, ou encore par une chambre mixte qui doit mettre fin à une divergence de jurisprudence entre plusieurs chambres de la Cour ?

**M. Van der Woude :** On peut retourner l'argument. Parce qu'il y a des divergences de jurisprudence, ça s'explique, c'est une activité humaine, tout le monde comprend qu'il faut une ligne. Donc on peut aboutir à une solution plus acceptable pour ceux qui se trouvent en minorité. Je pense que s'il y a un arrêt de cassation qui prend en considération les arguments juridiques du tribunal, pour le juge de base c'est plus acceptable d'avoir cet éclairage plutôt que l'argument d'autorité. Est-ce que l'argument d'autorité est acceptable ou pas ? Ça dépend un peu de l'air du

temps. Mais je pense que pour les esprits éclairés ce n'est pas le cas ; c'est la motivation qui l'emporte. Je pense qu'on peut retourner l'argument. Si je peux vous donner un conseil : il faudra faire l'essai et voir ce que ça donne.

**M. Truchot :** Je suis assez sensible au sujet de la distinction qu'on pourrait faire entre certaines matières et d'autres. D'un point de vue général, l'idée qu'il existe un risque d'affaiblissement de l'autorité de la décision ne me gêne pas tant que ça. L'affaiblissement, qui n'est, de mon point de vue, que relatif, est le prix à payer pour se convaincre que, s'il y avait une autre solution possible, la solution retenue est celle qui a réuni la majorité des opinions à la suite d'un examen complet et approfondi du dossier. J'admets cependant que, dans les matières d'ordre public ou la matière pénale, il n'est pas souhaitable de courir ce risque d'affaiblissement de l'autorité de la décision.

En ce qui concerne l'exemple des rébellions des cours d'appel et des chambres mixtes, je suis moins gêné par l'incidence, sur ces situations, des opinions séparées. Au stade de l'annulation avec renvoi devant une autre cour d'appel, une opinion séparée peut certainement favoriser une résistance de cette dernière. Mais l'opinion séparée, si elle ne convainc pas, peut aussi prévenir la résistance, comme elle peut, dans le cas contraire, la conforter. Dans tous les cas, elle enrichit le débat dans l'intérêt de la recherche de la meilleure voie possible. Au stade de l'assemblée plénière après résistance, il me semble que l'existence d'opinions séparées ne doit pas faire obstacle au caractère définitif de la solution finalement retenue.

**M. Van der Woude :** Je ne sais pas si la question de l'opinion dissidente peut être dissociée des autres. Il faut partir d'un ensemble et par exemple la nécessité d'avoir des contacts avec les cours d'appel. Si ça s'inscrit dans cet ensemble, je pense que la question de l'autorité diminuée en raison de l'opinion dissidente perd de son acuité. C'est une intuition.

- Une question importante n'est-elle pas celle de l'acceptabilité de la décision et donc de la technique particulière de la rédaction ? N'a-t-on pas tendance à trop globaliser le lectorat de nos décisions, alors que le point de vue du politique peut être différent de celui de la partie ou de l'universitaire ? Par exemple, montrer qu'il y a un choix sur la règle révélée, avec la démonstration qu'il y avait une autre voie qui n'a pas été suivie et les raisons pour lesquelles elle n'a pas été suivie, peut être vu par les politiques comme le fait qu'on s'arroge un droit qui appartient à la représentation souveraine et non à la juridiction. D'autres diront au contraire que c'est un processus démocratique.

**M. Van der Woude :** L'affaire qui me vient à l'esprit est néerlandaise. Elle était certainement acceptable pour la partie qui l'a emporté. Ça a fait plaisir aux environnementalistes et à la doctrine mais le gouvernement est un peu embarrassé. C'est inhérent à toute décision que nous allons prendre. Même dans une affaire aussi délicate que cela, s'il y avait eu une opinion dissidente, est-ce que ça aurait eu un impact ? La question de l'acceptabilité, c'est pour ceux qui sont farouchement opposés au résultat. La question de l'acceptabilité, c'est toujours pour la partie qui perd.

**M. Truchot :** La question de l'affaiblissement de l'autorité de la décision mérite d'être approfondie. En réalité, quand la décision est prise, ça va être pour l'immense majorité des gens la jurisprudence. Qui viendra se préoccuper de l'éventuelle dissidence ? Les parties, les professeurs de droit,

certainement, peut-être aussi les avocats et les juges dans les affaires à venir. Mais c'est une minorité pour le coup. Cette nuance mérite d'être rappelée.

- Pouvez-vous nous parler de vos travaux sur le secret du délibéré ?

**M. Van der Woude :** Nous avons un groupe déontologique qui s'est saisi de la question du secret du délibéré. Ce qui se passe dans ce groupe est pour l'instant couvert par le secret du délibéré de ce groupe.

**M. Truchot :** Ce groupe a mandaté chacun d'entre nous pour décrire ce qu'était le secret du délibéré dans nos pays respectifs. Il ne s'agit pas du secret du délibéré l vis-à-vis de l'extérieur, mais du secret du délibéré à l'intérieur des juridictions. J'ai ainsi appris que, dans l'ordre administratif français, il n'y a pas vraiment de secret du délibéré entre les juges. Entre les sections et les chambres du Conseil d'Etat français, il n'y a pas de secret entre juges. Ce n'est pas le cas à la Cour de cassation.

**M. Van der Woude :** Chez nous, on a 54 juges, 27 nationalités et probablement 108 opinions sur le secret du délibéré. Mais il y a un socle commun : il est là pour protéger le juge. On a désormais la vocation à assurer l'unité du droit dans l'Union dans certaines matières.

**M. Truchot :** Le respect du secret du délibéré figure dans le serment qu'on prête. C'est une règle qui, progressivement, est relativisée dans son aspect interne. Désormais, au Tribunal, les rapports préalables des juges rapporteurs, qui comprennent ce que sont le rapport et la note à la Cour de cassation, sont accessibles à tous les juges. Dans certaines matières, même les projets d'arrêts sont diffusés aux autres juges. Devant la Cour de justice, en formation de grande chambre, les rapports préalables et les projets d'arrêts sont accessibles aux 27 juges. Cette transparence sert à assurer la cohérence de la jurisprudence.

- Les juges qui ne font pas partie de la formation de jugement peuvent-ils faire des observations ?

**M. Van der Woude :** On a mis ça en place pour éviter des incohérences dans la jurisprudence c'est-à-dire quelles sont les questions juridiques qui se posent dans telle et telle affaire et quand aura-t-il lieu d'activer la chambre mixte ?

On a eu une discussion à propos du déplacement des archives de la CJUE. Que fallait-il mettre dedans ? Uniquement les documents formels (plaidoiries des parties, conclusions des avocats généraux...) ou fallait-il également inclure les notes en délibéré ? Il y a eu toute une discussion. Pour l'instant, il vaut mieux que l'opinion individuelle du juge ne soit pas connue à l'extérieur. Dans la balance des intérêts, il vaut mieux que ce soit le secret du palais pour protéger la juridiction des influences extérieures.



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Audition de M. Koen Lenaerts, président de la Cour de justice de l'Union européenne depuis octobre 2015, du lundi 15 juillet 2024 à 9h30

Je suis juriste d'origine belge. La Belgique ne connaît pas l'opinion séparée au sein de son système judiciaire, même pas à la Cour constitutionnelle. L'interdiction expresse de l'opinion séparée s'explique notamment par la composition du Royaume de Belgique, constitué de 62% de néerlandophones et de 38% de francophones. Nous avons deux communautés et la Cour constitutionnelle compte un nombre égal de juges flamands et de juges francophones. Il est impératif que tous les arrêts soient le fruit d'un consensus entre les juges des deux communautés. Ce système s'est révélé particulièrement efficace et fédérateur. La mise en œuvre de l'opinion séparée porterait atteinte à la cohésion juridique du Royaume de Belgique.

Depuis 35 ans, je suis juge européen. Les mêmes raisons que celles qui justifient l'interdiction de l'opinion séparée en Belgique, et qui tiennent à sa composition plurielle valent pour l'Union européenne. L'Union européenne représente un ordre juridique commun à 27 États membres et ce sont les traités eux-mêmes qui interdisent l'opinion séparée. Le facteur de nationalité ne doit pas s'immiscer dans le mode de fonctionnement et de délibération de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui est l'institution judiciaire commune à ces 27 États membres. D'ailleurs, l'article 18 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne dispose que, pour la composition des formations de jugement au sein de la CJUE, la nationalité des juges ne joue aucun rôle. On ne peut exiger qu'un juge, en raison de sa nationalité, siège dans une formation de jugement. L'inverse est aussi vrai, c'est-à-dire qu'on ne peut pas récuser, pour une raison tenant à la nationalité, un juge faisant normalement partie de la formation de jugement. Cela reflète l'idée que tous les juges de la CJUE, qu'il s'agisse de ceux de la Cour ou du Tribunal de l'Union européenne, exercent leurs fonctions de manière collégiale et sur pied d'égalité au sein d'une juridiction commune à 27 États membres. Un système axé sur la nationalité serait incompatible avec cette idée d'une juridiction commune.

Toute autre est la logique qui sous-tend la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour internationale de justice, qui sont deux juridictions internationales. Cette différence de nature implique que les procédures portées devant ces juridictions par un autre État ou par un requérant

privé impliqueront toujours un État dans le rôle du défendeur. Il s'agit de recours directs et les règles internes de ces deux juridictions requièrent qu'un des juges soit de la nationalité de l'État défendeur. La nature de la CJUE est complètement différente, ce qui se traduit par des règles de fonctionnement différentes. La tâche première de la CJUE est d'interpréter le droit de l'Union en tant que droit commun aux 27 États membres. Sa mission réside ainsi dans l'uniformisation de l'interprétation de ce droit. L'interprétation de ces règles communes doit garantir l'uniformité de leur application et de leur mise en œuvre, et cela du Portugal à l'Estonie et de l'Irlande à la Grèce. En cela, le rôle de la CJUE est comparable à celui d'une Cour de cassation qui est chargée d'assurer l'uniformité du droit national.

À l'écoute de vos propos introductifs, je comprends que c'est dans le cadre d'une réflexion au sujet d'une motivation plus fournie des arrêts de la Cour de cassation que l'idée d'une opinion séparée a fait surface. En m'inspirant de mon expérience au sein de la CJUE, j'aimerais contribuer à cette réflexion à travers l'idée suivante : nous avons toujours motivé nos arrêts de manière plus fournie que ne le fait la Cour de cassation. Quand bien même nos fonctions sont similaires, c'est-à-dire garantir l'uniformité, respectivement, du droit national et du droit de l'Union sur l'ensemble du territoire relevant de notre juridiction, la procédure reste différente à la Cour de cassation où l'issue de cette procédure se veut binaire : cassation de la décision judiciaire attaquée ou rejet du pourvoi. À la CJUE, le caractère uniforme de l'interprétation du droit de l'Union est garanti par la procédure préjudicielle qui vise à assurer une interprétation commune du droit de l'Union, ce qui implique inévitablement un processus plus discursif pour arriver à un dispositif d'arrêt : le raisonnement plus fourni s'inscrit, à la CJUE, dans un travail interprétatif qui commence après qu'une question préjudicielle lui soit parvenue.

L'argument que vous avez formulé et sur lequel je voudrais m'attarder consiste à dire que l'existence d'une opinion séparée aurait pour conséquence d'inciter la majorité à formuler une motivation plus élaborée. En réalité, les conclusions de l'avocat général à la CJUE remplissent cette fonction. Elles sont prononcées en audience publique avant le délibéré proprement dit. Elles ne sont pas obligatoires, mais sont publiques et précèdent la prise de l'affaire en délibéré. Si l'arrêt de la Cour suit les conclusions, il se réfèrera généralement aux développements formulés par l'avocat général, ce qui peut conduire à un arrêt plus concis. En revanche, lorsque les conclusions ne sont pas suivies par la formation de jugement, elles remplissent, en réalité, la fonction d'une opinion séparée. Lorsque l'arrêt s'écarte des conclusions, l'arrêt sera généralement davantage motivé, car le collège des juges est conscient du fait que la doctrine va confronter l'arrêt aux conclusions, et ce même si le seul texte doté d'une force obligatoire est l'arrêt de la Cour qui a fait l'objet d'un consensus. Dans les affaires les plus sensibles, les conclusions de l'avocat général, lorsqu'elles ne sont pas suivies par la Cour, ont une influence capitale, en ce qu'elles poussent la Cour à approfondir son raisonnement.

L'avocat général est, à la CJUE, un membre de celle-ci. Il a le même statut qu'un juge. Son rôle est de rendre des conclusions. En Belgique, le fonctionnement est le même. C'est le système napoléonien que nous avons repris à la CJUE. Ce sont les juristes du Conseil d'État français qui ont dessiné le système juridictionnel de l'Union. À la CJUE, les conclusions sont publiques mais elles ne sont pas obligatoires. Cela ressort des traités, notamment de l'article 252 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Les conclusions, auxquelles il est recouru dans les affaires les plus importantes pour le développement du droit de l'Union, sont toujours publiées dans les 24 langues officielles de l'Union européenne. L'avocat général ne prend pas part aux

délibérés. Il s'exprime publiquement, à travers ses conclusions. Quand les juges entament leur délibéré, les conclusions de l'avocat général sont déjà disponibles sur internet.

Ceci me paraît pertinent pour votre réflexion. À travers l'opinion séparée, ce que vous visez, vous pourriez en réalité l'obtenir par les conclusions de l'avocat général, à condition qu'elles soient toujours publiées. C'est un document écrit dans l'intérêt de la loi. L'avocat général ne plaide pour aucune des parties à la procédure. Il est « l'avocat du droit ». Il y va de l'intérêt du système juridique en tant que tel qu'il réalise une analyse juridique. Son analyse n'est pas obligatoire, mais son raisonnement est important en termes d'autorité morale. Il est le seul membre de la Cour à publier une position qui lui est propre. Pour sa part, le juge rapporteur prend position par rapport aux conclusions, communique cette position au collège des juges et le délibéré commence sur cette base. Tous les juges collaborent ensuite pour renforcer la motivation de l'arrêt à venir, particulièrement dans les affaires où ils ne suivent pas les conclusions de l'avocat général.

Au sein des différentes formations de jugement, tous les juges débattent du contenu et de la structure de cette motivation, parfois lors d'un « tour de table » et, en tout état de cause, lors du délibéré proprement dit, jusqu'à ce qu'une ligne prépondérante se dégage. La CJUE siège toujours en nombre impair, pour qu'une majorité claire puisse se former. La CJUE ne connaît pas le vote en tant que tel : les juges échangent leurs points de vue respectifs jusqu'à ce qu'une ligne majoritaire, voire consensuelle, se dégage. La formation de jugement entend les préoccupations de ceux qui voudraient aller dans un autre sens et elle intègre, autant que faire se peut, ces préoccupations dans le raisonnement. À la CJUE, le raisonnement (la motivation) est capital, car, très souvent, la solution n'est pas binaire. Il est question de formuler un glossaire des dispositions soumises à notre interprétation. Les juges « minoritaires » jouent un rôle très important dans la rédaction de la décision judiciaire. Les autres en tiennent compte loyalement pour que le tout soit soutenu par l'ensemble des juges. C'est important parce que toutes les interprétations que nous donnons sont vouées à être appliquées et mises en œuvre dans les 27 États membres. Il est important de se faire comprendre dans un langage simple, accessible et, surtout, convaincant. Afin d'atteindre cet objectif, l'ensemble des juges participe activement au délibéré. Le délibéré se tient en français, qui est la langue de travail de l'institution. Chaque juge contribue à sa façon à cette collégialité. Tout est axé sur le caractère commun du raisonnement du collège des juges. Dans les affaires très sensibles, il arrive que l'avocat général ne soit pas suivi par les juges ou, du moins, pas intégralement, et que les juges apportent, lors de leur délibéré, une plus-value aux conclusions de l'avocat général, qui travaille seul. Une belle illustration est fournie par l'affaire « Quadrature du Net 2 » tranchée, sur renvoi préjudiciel du Conseil d'État français, à propos de l'accès à l'identité civile correspondant à des adresses IP en vue de combattre des violations des droits d'auteur sur des plateformes de partage en ligne. Dans cette affaire, les conclusions de l'avocat général ont été prises en compte, mais le collège des juges, en l'occurrence l'assemblée plénière de la Cour, est parvenu à un raisonnement qui allait en partie au-delà des conclusions. C'est cette collégialité qui fait la force de la Cour.

À la CJUE, le secret du délibéré est sacro-saint. Nous sommes assermentés et nous sommes tenus par trois principes :

- Nous devons faire en sorte de rendre la meilleure décision judiciaire possible ;
- Nous ne devons recevoir ni chercher d'instructions de quiconque ;

- Nous devons préserver le secret des délibérés durant et après l'exercice du mandat de juge.

Le respect du secret des délibérés fait partie intégrante du serment que prêtent les Membres de la CJUE lors de leur prise de fonctions. Les États membres n'ont pas « leur » juge à la CJUE. À la différence d'une cour internationale, les États membres ont « neutralisé » le facteur de la nationalité. C'est la raison pour laquelle toutes les propositions de nomination d'un Membre de la CJUE doivent être validées par un comité européen, appelé le « comité 255 », qui est composé notamment de magistrats des hautes juridictions nationales. L'idée fondamentale est que tous les juges, une fois nommés, deviennent des juges européens qui siègent dans les différentes catégories d'affaires relevant de la compétence de la CJUE. La nationalité ne joue plus une fois franchi le seuil de la CJUE. La nomination des juges doit donc être consensuelle auprès de l'ensemble des États membres.

- Le statut de l'avocat général à la Cour de cassation en France est différent de ce que connaît la CJUE ou la Cour de cassation en Belgique. Les avocats généraux ont peu accès aux travaux du siège. Comment cela se passe-t-il concrètement à la CJUE ?

L'avocat général à la Cour et, prochainement, au Tribunal de l'Union européenne est membre de la juridiction, mais pas de la formation de jugement. L'avocat général a le même rang qu'un juge. Quand une affaire est introduite devant la Cour, son président désigne immédiatement un juge rapporteur. Le premier avocat général, élu pour 3 ans par ses pairs, répartit le travail entre les avocats généraux. Chaque affaire a donc son binôme « juge rapporteur-avocat général ». Ce binôme suit l'affaire à travers la phase écrite de la procédure. Toutes les décisions relevant de cette phase écrite sont prises, sur avis du juge rapporteur et de l'avocat général par le président de la Cour. Après la phase écrite de la procédure, le juge rapporteur rédige un « rapport préalable » qui est la synthèse de l'ensemble des mémoires et observations présentés par les parties, suivie d'une première analyse par le juge rapporteur des questions soulevées par l'affaire. L'avocat général donne son avis sur ce rapport préalable. Après cette analyse du juge rapporteur et les commentaires de l'avocat général, des propositions sont faites par le juge rapporteur, sur lesquelles l'avocat général a la possibilité de s'exprimer en cas de désaccord avec le juge rapporteur. Le choix d'une formation de jugement à 3, 5, 15 (grande chambre) ou 27 juges (assemblée plénière) dépend de plusieurs facteurs, à commencer par l'importance et la sensibilité de l'affaire. Plusieurs variables sont discutées dans le rapport préalable : des conclusions de l'avocat général sont-elles nécessaires ou pas ? Faut-il tenir une audience, ou pas ? Faut-il faire établir une note par la Direction de la recherche et de la documentation de la CJUE ? Faut-il des mesures d'organisation de la procédure, telles que la communication de questions aux parties pour réponse écrite ou orale ?

Quand le juge rapporteur et l'avocat général sont d'accord sur le traitement procédural à suivre, les autres membres de la Cour, juges et avocats généraux, ont la possibilité de réagir sur ces propositions. L'affaire est alors discutée en réunion générale (par les 27 juges et les 11 avocats généraux). Lorsque le juge rapporteur et l'avocat général ne sont pas d'accord, ou lorsqu'un autre juge ou avocat général que celui en charge de l'affaire ne partage les propositions contenues dans le rapport préalable, l'affaire est nécessairement discutée en réunion générale.

S'agissant des conclusions de l'avocat général, aucun projet de conclusions n'est communiqué aux parties avant l'audience. L'audience comprend les plaidoiries et une séance de questions/réponses.

Le président de la formation de jugement donne d'abord la parole au juge rapporteur, qui mène son instruction en interrogeant les parties. Ensuite, il donne la parole à l'avocat général, qui fait de même. Les autres juges peuvent intervenir après. L'audience de plaidoiries est alors clôturée. À la fin de l'audience de plaidoiries, l'avocat général communique en principe la date du prononcé public de ses conclusions. Après le prononcé des conclusions de l'avocat général, la formation de jugement se réactive et le juge rapporteur prend position par rapport à ces conclusions. Les parties ne sont plus impliquées à ce stade de l'affaire. C'est en tant que membre de la Cour que l'avocat général rend publiquement ses conclusions, il ne le fait pas en tant que membre de la formation de jugement.

Si vous faites ce que vous préconisez à travers le rapport « Cour de cassation 2030 », l'opinion séparée sera rédigée par un membre de la formation de jugement.

J'ai trouvé intéressants vos propos tenus à l'égard de la rédaction de projets alternatifs par le rapporteur. Mais, à la CJUE, l'idée n'est pas que la minorité écrive son propre projet. La minorité doit être entendue lors de la confection du raisonnement soutenu par la majorité. Ce n'est pas une question de majorité brute. On entend avec une ouverture d'esprit tout ce qui se dit autour de la table. On prend le temps de délibérer. Tout le monde sort de sa zone de confort pour faire émerger une ligne commune. En 35 ans, j'ai peut-être rencontré 3 ou 4 fois des difficultés pour atteindre le consensus. Nous sommes toujours à la recherche d'un consensus, sinon on considère l'issue comme un échec. C'est essentiel pour la cohésion juridique au sein de l'Union européenne.

- Le processus est inversé par rapport à celui de la Cour de cassation. À la Cour de cassation, c'est le rapporteur qui travaille le premier et l'avocat général produit son avis ensuite à partir des travaux du rapporteur. À la CJUE, c'est donc l'avocat général qui rend en premier ses conclusions et après il y a le processus du délibéré ?

Il y a quand même un rapport préalable qui est préparé par le juge rapporteur. Les conclusions de l'avocat général sont publiées et ensuite le juge rapporteur réagit à ces conclusions. Il arrive que l'avocat général persuade le juge rapporteur et la formation de jugement dans son ensemble.

- Pour vous, les conclusions de l'avocat général représentent une forme d'opinion séparée. Mais n'y a-t-il pas une différence fondamentale : l'avocat général ne fait pas partie du délibéré ?

La question de l'opinion séparée revient souvent à la CJUE. Mais, comme je l'ai dit, pour la CJUE, ce serait le début de la fin. Nous partageons le souci de motiver plus amplement les arrêts. Mais les opinions séparées au sein de la formation de jugement seraient problématiques pour nous. Il faudrait imaginer une interprétation préjudicielle du droit de l'Union et ensuite une opinion séparée. Dans l'État membre du juge dont émane l'opinion séparée, cela pourrait accréditer l'idée que le seul qui a compris le problème est « notre juge », dont il conviendrait par conséquent de suivre l'opinion, ce qui réduirait à néant le rôle de la CJUE comme juridiction commune aux 27 États membres. C'est la raison pour laquelle, à la CJUE, nous ne sommes pas favorables à cette idée. En revanche, s'agissant de l'avocat général, ses conclusions n'entament pas l'autorité de la décision judiciaire. Elles expriment une forme d'opinion séparée par un membre de la Cour, mais qui n'est pas membre de la formation de jugement.

Dans ce que vous concevez, c'est apparemment la majorité qui doit autoriser la minorité à publier son opinion séparée. Pour nous, c'est hautement problématique, car la majorité peut en quelque sorte censurer la minorité. Si l'opinion de cette dernière n'est pas trop gênante, elle peut être publiée, mais pas dans le cas contraire. Ça installe une dynamique délicate entre juges. À la CJUE, l'avocat général est totalement indépendant. C'est essentiel et écrit dans les textes régissant le fonctionnement de la CJUE. Nos arrêts sont amplement motivés. Peut-être parce qu'il n'y a pas d'opinion séparée au sein du collège et que les conclusions de l'avocat général sont publiques.

Je trouve que qualifier le travail de l'avocat général d'« avis » est plutôt réducteur, car ce sont de véritables conclusions. Il est l'avocat dans l'intérêt du droit et il conclut devant la Cour pour que celle-ci décide dans un sens donné et selon un raisonnement donné. Si la Cour ne suit pas les conclusions, elle doit s'en expliquer. C'est toute la philosophie.

C'est le cœur de mon message d'aujourd'hui. Notre expérience montre que, lorsque les conclusions de l'avocat général préconisent un sens contraire à celui que la formation de jugement entend suivre, il faut une motivation renforcée pour les surmonter. Les arrêts les plus fortement motivés sont ceux qui vont à l'encontre des conclusions de l'avocat général. La qualité de l'arrêt s'en trouve renforcée. Au contraire, si la formation de jugement suit les conclusions de l'avocat général, elle intégrera des passages des conclusions dans la décision judiciaire. Pour des raisons de diplomatie, on ne cite pas l'avocat général quand les conclusions sont contraires. L'arrêt est alors davantage motivé pour convaincre. La formation de jugement parle toujours d'une seule voix. Il faut réfléchir à cela avant de modifier ce principe. Tous les États membres sont favorables à l'institution de l'avocat général. L'avocat général ne décide pas, mais son rôle n'en est pas moins essentiel.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Audition de M. Stéphane Gervasoni, juge à la Cour de justice de l'Union européenne, du lundi 15 juillet 2024 à 11h00

Je vous remercie pour votre invitation. Je ne m'exprime pas ce matin en qualité de conseiller d'Etat - même si vous connaissez la prohibition des opinions séparées au Conseil d'Etat - mais en qualité de membre du Tribunal de l'Union européenne (ci-après le Tribunal)<sup>1</sup>. Je vais donner le point de vue de la Cour de justice et du Tribunal, qui ont la même conception de ce qu'est le **secret du délibéré, qui consiste en une prohibition complète et presque absolue de révéler le moindre élément des délibérations**. L'article 2 du statut de la Cour de justice impose aux juges, lors de leur prestation de serment, de « *ne rien divulguer du secret des délibérations* ». J'insiste sur les termes « ne rien » divulguer. L'article 35 du statut de la CJUE est aussi très parlant dans le maintien *ad vitam aeternam* du secret des délibérations : « *Les délibérations de la Cour sont et restent secrètes* ». Cela va jusqu'à la prohibition du versement aux archives historiques des institutions de l'Union de tout élément pouvant se rattacher au secret des délibérations de la CJUE. Il n'y a pas du tout cette idée qu'un jour, devant l'Histoire, les juges rendent des comptes sur la manière dont ils ont exercé leurs fonctions. J'ai soulevé la question, à l'intérieur de l'institution, il y a 3 ans, dans le prolongement des débats qu'avait ouvert, en 2013, le cinquantième anniversaire de l'arrêt « Van Gend en Loos ». À cette occasion, des indiscretions avaient fini par apparaître et on avait compris quelles avaient été les positions de certains membres de la formation de jugement. On voyait bien finalement que cette prohibition pouvait apparaître, aux yeux de certains, comme excessive et qu'elle n'avait plus le même sens, au vu de l'écoulement du temps. J'ai essayé de susciter la réflexion sur l'intérêt d'une éventuelle conservation archivistique, pour les nécessités de la recherche historique dans un futur éloigné, de certains documents mais je n'ai eu aucun succès. Le secret des délibérés des juges reste dans les armoires des juges et ces derniers emportent leurs notes au moment de leur départ. Rien n'est versé nulle part ni conservé qui pourrait se rattacher au secret des délibérés. On retrouve cette

---

<sup>1</sup> M. Stéphane Gervasoni est, depuis, le 7 octobre 2024, juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

même prohibition dans le Code de conduite des membres de la Cour. Il y a une vraie effectivité déontologique de cette interdiction.

Le secret recouvre également l'opinion personnelle de chacun. On connaît par exemple le système de la Cour de Strasbourg où le secret des délibérations cohabite avec la possibilité d'opinions dissidentes. Il est possible de dissocier les deux à la Cour EDH puisque la règle du secret du délibéré a un tempérament qui est clair : chacun a la possibilité de révéler sa position personnelle. Cela fait dire à certains que l'article 35 du statut de la Cour (comme son article 2) ne s'opposerait pas à l'expression d'une opinion personnelle. Ce n'est pas du tout mon avis. Je crois que le libellé des dispositions est tel qu'il prohibe toute possibilité pour les juges de rendre compte de leur position personnelle. Cela s'étend au rapport préalable, aux notes en délibéré, aux avant-projets d'arrêts. La question s'est posée, lors des audiences, de savoir dans quelle mesure nous étions liés par ce devoir de réserve qui découle du secret des délibérations. Les audiences sont très interactives à la Cour et souvent davantage encore au Tribunal. Nous posons beaucoup de questions. Les pratiques varient. Certains juges, par leur questionnement très transparent, peuvent faire apparaître un premier sentiment, une orientation sur une affaire. D'autres juges ont pu s'en émouvoir et le débat a eu lieu de savoir ce qu'il était possible pour nous de faire et de dire. Ce qui est ressorti de ce débat est, je pense, tout à fait équilibré et raisonnable. Les juges ont toute liberté pour poser les questions qu'ils souhaitent pendant les audiences et peut-être de faire apparaître une orientation provisoire dans une affaire. Tout est affaire de nuance, de subtilité dans l'expression. Ce n'est pas nécessairement apprécié, mais cela existe. Le seul léger tempérament à cette règle absolue du secret des délibérations est la liberté d'expression des juges lors de l'audience, liberté qu'apprécient beaucoup les représentants des parties. L'audience doit en effet jouer un rôle de réducteur d'incertitudes. Une grande imprévisibilité s'attache toujours à la teneur et à la solution d'une décision de justice et les avocats apprécient, au sortir de la salle d'audience, d'avoir un sentiment sur l'issue possible de l'affaire.

- Quelles sont les raisons de la prohibition des opinions séparées au Tribunal et à la Cour de justice de l'Union européenne ?

- Historique : en 1952, lors de la création de la Cour de la CECA, les 6 Etats fondateurs ne connaissaient pas la pratique des opinions séparées. En Allemagne, cette pratique n'a fait son apparition qu'au début des années 1970, à l'initiative du Parlement plus que des juges.

- Volonté de protéger l'indépendance des juges. À Luxembourg, nous sommes totalement en harmonie avec la conception française selon laquelle l'interdiction des opinions séparées sert à garantir l'indépendance de la formation de jugement. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé que le principe du secret des délibérations découlait de l'indépendance des juridictions. Donc, le secret des délibérations a un statut constitutionnel en France. Cela ne veut pas dire que le législateur n'a pas la possibilité de moduler ce secret. C'est parce qu'il est indissociable de l'indépendance des juges que ce secret est très protégé. Nous avons la même conception à Luxembourg d'autant plus que le mandat des juges est relativement court (six ans) et renouvelable, ce qui distingue fondamentalement les cours de Luxembourg de leur homologue de Strasbourg. J'ai fait l'expérience en 2019 de demander aux autorités françaises compétentes le renouvellement de mon mandat au

Tribunal. J'ai été alors conforté dans les garanties d'indépendance apportées par l'absence de toute possibilité d'émettre des opinions séparées au cours des années précédentes. Car il n'est pas sans risque de manier la pratique des opinions séparées : un « track record » personnel identifiable peut aboutir, pour des fonctions dans les plus hautes juridictions nationales et européennes, si l'autorité compétente pour le choix des titulaires de ces fonctions le scrute avec attention, à des décisions fondées davantage sur une supposée orientation politique que sur la stricte compétence et l'expérience des intéressés.

- Nous sommes convaincus à Luxembourg que la prohibition de toute opinion séparée permet également une pleine collégialité car une décision de justice est une coproduction et non pas la juxtaposition d'opinions individuelles. La boussole du délibéré est la recherche du consensus. La minorité contribue jusqu'au bout à la formation de la décision. Ses membres font en sorte que leurs arguments puissent être intégrés dans la motivation de la décision de justice. C'est la raison pour laquelle j'apprécie une motivation reposant sur l'emploi de formules telles que « il est vrai que... néanmoins », « certes... toutefois ». Ces formules ne sont pas de pures clauses de style mais reflètent la prise en compte effective des arguments qu'ont fait valoir à bon droit les parties ou la minorité des membres de la formation de jugement, des arguments qui incontestablement pourraient aller dans le sens d'une solution contraire. Il ne faut pas les nier. Je trouve parfois embarrassant ces tunnels argumentaires à sens unique ou ces arrêts dans lesquels on ne lit que des éléments qui vont au soutien de la solution retenue par la majorité ; je ne suis pas sûr que de tels motifs soient tout à fait honnêtes, lorsqu'ils passent sous silence des arguments valables qui pourraient les affaiblir. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle je ne suis pas convaincu par l'un des arguments souvent avancés au soutien des opinions séparées, qui serait la vertu argumentative des opinions séparées, qui permettraient de garantir un débat complet et une meilleure motivation de la décision de justice. Il me semble, au contraire, que la prohibition des opinions séparées permet une pleine collégialité jusqu'au terme du délibéré.

- Vision très exigeante que l'on a, à la CJUE, du devoir d'impartialité. À Luxembourg, on estime qu'un juge qui a pris position publiquement dans un article de doctrine ou une conférence sur une question précise peut voir son impartialité mise à mal ensuite, voire même contestée par une partie, dans une affaire soulevant la même question. Le même risque pourrait se manifester si le droit ou la faculté d'émettre une opinion séparée était reconnu aux juges. Cette conception est peut-être excessive car on n'est jamais lié, dans l'examen d'une affaire, par la position qu'on a pu exprimer précédemment. Les circonstances d'un litige peuvent évoluer. Sa propre position peut changer. Il arrive que des demandes de récusation soient présentées, mais cela se produit rarement. Il est bon en tout cas de ne jamais se départir de son devoir de réserve. Je me souviens du malaise que j'ai ressenti lors d'une audience lorsqu'un agent de la Commission européenne a cité un article que j'avais écrit plusieurs années auparavant sur un bilan jurisprudentiel du Tribunal de la fonction publique, dont j'ai été membre, à propos d'une affaire dans laquelle j'avais émis une opinion peut-être un peu catégorique sur l'interprétation d'une disposition du statut des fonctionnaires. J'avais vu la réaction de l'autre partie, assez négative. Je suis attaché, pour ces raisons, au lien entre le devoir de réserve et l'obligation de respecter le secret des délibérations, tous deux visant à protéger l'impartialité objective des juges.

- Affirmation de l'autorité de la Cour. Le rôle de la CJUE, notamment en renvoi préjudiciel, est de dire le droit et de garantir l'unité d'interprétation et d'application du droit de l'Union sur l'ensemble

du territoire des États membres de l'Union. Il faut éviter que des juridictions nationales puissent avoir des doutes sur la portée de la chose interprétée par la Cour, que pourraient laisser subsister des opinions séparées très argumentées allant à l'encontre de la vision exprimée par la majorité de la Cour dans une affaire, sachant que les conceptions juridiques nationales varient. Donner le « la » pour l'interprétation, par exemple d'une directive, impose à mon sens d'afficher une unité d'interprétation, qui pourrait être affectée si on permettait à des juges de traditions juridiques différentes d'exprimer un point de vue qui serait davantage en harmonie avec leur conception nationale. On affaiblirait ainsi l'édifice.

- Y a-t-il un débat sur la prohibition de l'opinion séparée à la CJUE ?

Il n'y a pas une absence totale de débat car des praticiens du droit de l'Union, le Parlement européen, s'expriment parfois en faveur des opinions séparées. Quelques articles de doctrine et un rapport du Parlement européen de 2012 ont invité la Cour à y réfléchir. Mais au sein de la Cour, un tel débat n'existe pas. Beaucoup de mes collègues viennent pourtant de pays où la possibilité des opinions séparées est reconnue, souvent comme un droit pour les juges, notamment au niveau de la cour constitutionnelle. Une collègue originaire d'un Etat membre de l'Europe centrale dont la cour constitutionnelle pratique les opinions séparées m'a fait part de sa conviction qu'il serait inconcevable pour la CJUE de transposer cette pratique, dans la mesure où la nature des affaires est différente, les mandats sont courts et renouvelables. Autre anecdote édifiante : je me souviens d'une table ronde en 2012 avec la Cour suprême des États-Unis, dont les membres étaient en visite à la CJUE. À la question d'un juge de la Cour suprême sur l'opinion séparée, c'est un juge de la Cour originaire d'un Etat de Common law qui a réagi et de manière franche : « no way ! ». Pour la Cour de Luxembourg, il est clair qu'il y aurait trop d'inconvénients. D'ailleurs, il n'existe pas de note de recherche (études de droit comparé sur des questions de droit matériel ou des questions d'organisation juridictionnelle) à la Cour sur les opinions séparées, signe que celle-ci n'entend pas faire évoluer les textes ou les usages. Je vous renvoie sur la question à des prises de position d'anciens membres de la Cour, exprimant les mêmes réserves que moi ce matin : Philippe Léger et Melchior Wathelet ont écrit dans des contributions à quel point ils étaient attachés au secret des délibérations à la CJUE.

Un élément supplémentaire me semble justifier ce *statu quo* : la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'exige pas les opinions séparées. Cette jurisprudence, pourtant très favorable à la liberté d'expression, y compris pour les juges, n'impose pas d'instituer la pratique des opinions séparées.

Les choses auraient pu évoluer car il existe des **facteurs convergents qui poussent pour que des opinions séparées puissent être émises** par des juges notamment de cours suprêmes et de cours constitutionnelles :

- Demande du politique : elle est à double tranchant. Il ne faut pas être dupe quand le politique, dans ses branches exécutive et législative, demande que les juges rendent des comptes. Il peut en résulter une forme de pression, légitime pour ce qui touche à la qualité de la justice rendue (durée de l'instance, notamment), moins aisément compatible avec l'indépendance de la justice et la séparation des pouvoirs quand il s'agit de s'enquérir des penchants « politiques » individuels des magistrats. Ce n'est pas une surprise que des voix s'élèvent actuellement à l'égard des cours

suprêmes et du Conseil constitutionnel, dans un contexte où des responsables politiques ont le sentiment d'une judiciarisation excessive de la vie publique. Un petit rappel historique est cependant révélateur des risques d'une transparence excessive : la loi du 3 Brumaire An 2 ou du 24 octobre 1793 (article 10) imposait aux tribunaux de délibérer en public. Les auteurs de la Constitution de l'An 3, un an après, en son article 208, ont abrogé cette règle, en disposant que les juges délibèrent en secret.

- Nature des affaires à traiter : les affaires relatives aux droits fondamentaux, dans lesquelles les juges peuvent revendiquer une forme de clause de conscience. C'est compréhensible. On peut souhaiter faire entendre une voix dissidente quand une question touche à des convictions profondes. La CJUE, qui tend à devenir une cour constitutionnelle, est amenée à juger des affaires d'une nature différente de celles d'il y a 20 ou 30 ans.

- Contexte général de crise ou de remise en cause de l'autorité. Il ne suffit pas à une grande institution comme la Cour de cassation, pas davantage à la CJUE, de dire « Je suis la Cour de cassation » ou la CJUE pour emporter naturellement l'adhésion. Toute instance publique, actuellement, pour que ses décisions soient respectées, doit inspirer le respect, doit faire la preuve de sa légitimité. Peut-être que les opinions séparées pourraient y contribuer, si le contexte et les caractéristiques de la juridiction concernée s'y prêtent.

- Vertu argumentative des opinions séparées. On peut penser que les juges de la majorité réfléchissent à deux fois s'ils savent que leurs collègues de la minorité peuvent avoir un droit d'expression autonome public sur des arguments sérieux. Il m'est arrivé, comme à de nombreux juges, d'être dans la position minoritaire et de constater que certains collègues majoritaires n'étaient pas en mesure de répondre à certains arguments. Certains arguments contraires à la solution envisagée étaient à ce point sérieux que la tentation existait qu'ils soient « laissés sous le tapis ». Je ne trouve pas cela satisfaisant. Quand on n'est pas en mesure de répondre à un argument, cela peut être un indice que la solution est bancal. Peut-être celle-ci, après tout, n'est pas la plus solide en droit ou en fait. Je n'ai jamais siégé dans une cour constitutionnelle. Je peux reconnaître qu'il peut y avoir une forme de discipline pour la majorité si, lors du délibéré, à un moment donné, on voit poindre la possibilité d'une opinion séparée.

- Que penser de la proposition relative aux opinions séparées, exposée dans le rapport 2030 ?

Je m'en remets, bien sûr, à la sagesse de la Cour de cassation. Je serai assez prudent sur ce que je vais dire. Je pense que **la proposition a plusieurs mérites** :

- Elle peut s'appuyer sur l'atout de la vertu argumentative des opinions séparées.

- Elle ne porte atteinte à l'indépendance des juges, grâce à l'anonymat garanti aux auteurs de l'opinion séparée. Cette proposition est originale. J'étais *a priori* surpris par l'anonymat. J'ai eu l'occasion d'en parler avec André Potocki, l'un des rédacteurs du rapport 2030. En relisant la proposition, je pense qu'il n'y aurait pas d'atteinte à l'indépendance des juges, qui est pour moi souvent le petit clignotant rouge qui s'allume quand on parle d'opinion séparée. L'opinion séparée anonyme permet de bénéficier de cette vertu argumentative sans atteinte à l'indépendance des

juges. Je sais que cette pratique d'opinion séparée anonyme existe à l'Organisation mondiale du Commerce (OMC). Les membres des organes d'appel de l'OMC ont la possibilité d'émettre des opinions séparées anonymes dans un contexte institutionnel souvent très sensible. Les juges siégeant dans ces organes statuent dans des affaires de haute importance commerciale pour les Etats membres de l'OMC.

Mais je me demande si cette proposition ne va pas lever un coin du voile et susciter, ce faisant, une curiosité inassouvie. Les praticiens du droit, les représentants des parties, le grand public peut-être vont dire : *« on n'en sait pas assez, on veut en savoir plus : est-ce que c'était une minorité isolée ou une forte minorité ? Le président de la formation de jugement est-il ou non dans la minorité ? »* Je ne crois pas que ce soit un argument décisif pour contrer cette proposition parce qu'on lève un coin du voile, ce qui constitue déjà un progrès pour la transparence.

**Là où le bât blesse** davantage, et je me réfère ici à la Commission de Venise dans son rapport de 2018 sur les opinions séparées, c'est le décalage pouvant apparaître entre cette proposition du rapport 2030 et les principes fondamentaux justifiant souvent la reconnaissance de ces opinions : l'opinion séparée, selon la Commission de Venise, est consubstantielle à la liberté d'expression du juge, elle constitue l'équivalent d'une clause de conscience. Or, si l'opinion séparée s'ancre dans ces principes, il n'est pas tout à fait en harmonie avec ces conceptions que la minorité ne puisse s'exprimer qu'avec l'aval de la majorité. Cela me paraît contestable. De quel droit la majorité pourrait-elle s'opposer à l'expression de l'opinion minoritaire ? On dit souvent qu'on doit être un peu plus démocratique et plus transparent comme si ce qui est dans la sphère juridictionnelle devait fonctionner comme ce qui se passe dans la sphère politique. Mais alors, si c'est plus démocratique, comment la majorité pourrait-elle refuser à la minorité de s'exprimer ? C'est une partie du rapport avec laquelle je suis moins en phase. Une forme d'autocensure serait-elle exercée ? Quels seraient les critères qui permettraient à la majorité de s'opposer à l'expression de l'opinion minoritaire ? Si le verbe était inacceptable, trop franc ou direct, certainement. Mais sur le fond même des arguments de la minorité, par définition ils n'ont pas été partagés par la majorité. Il serait curieux que les juges de la majorité, pour refuser la publication d'une opinion dissidente, répondent aux juges de la minorité que leurs arguments ne sont pas défendables. Je crains que la question de savoir si une opinion minoritaire peut être publiée donne matière à débat et institue une forme de délibéré dans le délibéré, qui pourrait compliquer la tâche de tous et affecter la bonne administration de la justice, surtout dans les affaires plus sensibles et complexes.

L'argument du précédent a déjà dû vous être opposé. Si la Cour de cassation s'engage sur cette voie, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel pourront-ils rester à l'écart ? Je connais la position de mes collègues du Conseil d'Etat qui sont, je crois, en grande majorité, hostiles à cette pratique, pour des raisons que je comprends, que je partage largement et qui sont les mêmes que celles retenues à la Cour de Luxembourg. Cela étant, il n'est pas non plus impossible pour la Cour de cassation d'avancer et d'explorer cette terra incognita du droit français. Par exemple, la Cour de cassation s'est engagée sur une voie nouvelle avec la retransmission de certaines de ses audiences, alors que le Conseil d'Etat ne le fait pas. Ce n'est pas parce qu'on a un rôle comparable, chacun au sommet de son ordre de juridiction, qu'on doit avoir les mêmes pratiques, les mêmes règles de procédure.

Je crois que les **opinions séparées peuvent avoir des vertus mais qu'il faut analyser leur apport et leurs inconvénients dans chaque cas particulier**, regarder quelle est la suffisance des règles de conduite de l'instance pour assurer la pleine légitimité de l'organe considéré, quels sont les dysfonctionnements éventuels, quelle est la solution envisageable. Y a-t-il une crise d'autorité par exemple ? Quelles sont les critiques adressées à la Cour concernée ? Comment y porter remède ? Est-ce que l'opinion séparée est la plus appropriée ? J'ai beaucoup apprécié ce qu'avait écrit Nathalie Fricero en 2014 dans un article paru dans les Cahiers de la justice (« *Délibération des juges : entre secret et transparence* »). Je suis vraiment sur cette ligne-là. Il faut tout faire pour rendre la décision de justice légitime, acceptée et convaincante notamment pour la partie qui perd. Il faut regarder l'intégralité du processus juridictionnel, le fonctionnement d'ensemble de la juridiction et regarder quels peuvent être les compléments interprétatifs de la décision et ils sont nombreux. Par exemple, la pratique de retransmission des audiences. À Luxembourg, c'est un tempérament à la prohibition des opinions séparées, parce que les juges peuvent faire passer des messages dans les audiences, avec toute la réserve nécessaire. Les parties le comprennent et se rendent compte que la formation de jugement n'est pas un bloc monolithique. C'est une façon très subtile de le faire parce que le juge exprime un point de vue provisoire et que dans un questionnement honnête, il est bon que cet échange se noue avec les parties et que le juge puisse laisser entendre une réceptivité à certains arguments. Je trouve que des audiences interactives sont un complément précieux et quelque chose qui fait partie de l'ADN du Tribunal. Les membres du Tribunal considèrent tous que les audiences interactives sont indispensables, dans les affaires les plus importantes et les plus délicates, pour assurer l'acceptabilité de leurs décisions. Participe du même effort de légitimation la mise à disposition publique des documents qui s'insèrent dans le processus de décision comme les conclusions des avocats généraux à la CJUE, le rapport du rapporteur à la Cour de cassation, etc. Ces positions argumentées sont prises en considération par la formation de jugement et les parties y ont accès. Je pense aussi à d'autres sources réputées autorisées. Par exemple, les commentaires des décisions du Conseil constitutionnel sont des sources appréciables de compréhension de sa jurisprudence. Je pense aussi aux communiqués de presse. Même le Conseil constitutionnel, à propos de la loi dite « anti-squat », a dû publier un communiqué de presse pour expliquer un peu mieux sa décision. S'y ajoute parfois l'exigence que les juges rendent des comptes devant l'Histoire, à tout le moins l'histoire du droit, à un moment donné. J'y suis sensible. Le Conseil constitutionnel le fait en rendant ses délibérations accessibles au public 25 ans après les décisions. Ce délai est assez court car on peut connaître des positions prises par d'anciens membres toujours actifs dans la vie publique. C'est une façon de rendre les juges responsables, sans pour autant livrer prématurément leurs délibérations en quelque sorte en pâture au public. Il ne faut pas que l'enceinte du délibéré devienne une espèce d'arène publique. Je me réfère à ce que j'ai dit à propos de la loi du 3 Brumaire An 2 et du risque que représente la tyrannie de la transparence. Tout est fonction de chaque contexte juridictionnel.

Autre chose essentielle : **la motivation de la décision est le plus important**. Une décision doit être motivée. Mais qu'est-ce que cela veut dire ? Le cap essentiel est celui de la réponse aux arguments. Actuellement, ni à la Cour de cassation, ni au Conseil d'Etat, on ne répond aux arguments. En réalité, on donne le résultat des délibérations mais on n'expose pas la réponse aux arguments. On ne l'intègre pas dans la décision. Cela peut frustrer les parties, les avocats, qui ne s'estiment pas forcément entendus ou compris, notamment s'ils estimaient qu'un argument, tiré d'un précédent ou du libellé du texte, leur paraissait imparable. On peut comprendre qu'une

décision aussi peu motivée apparaisse comme « brute de décoffrage » et ne soit plus tout à fait satisfaisante aujourd'hui. Mais il faut avoir conscience que si on commence à répondre aux arguments, alors il faut répondre en principe à tous les arguments. Au Conseil d'État, la soupape des arguments ou moyens inopérants permet d'éviter des réponses exhaustives et d'épargner la censure à nombre d'arrêts des cours administratives d'appel. Au Tribunal, nous répondons aux moyens inopérants parce qu'il faut expliquer pourquoi un moyen est inopérant, ce qui va assez loin. Si vous acceptez la possibilité d'émettre une opinion séparée dans certaines affaires touchant à des questions fondamentales, il y a fort à parier que l'opinion séparée sera davantage motivée que l'arrêt lui-même parce que les juges émettant l'opinion séparée vont le faire en style direct et vont expliquer leurs arguments. Cette opinion séparée va peut-être rétroagir sur l'arrêt lui-même parce qu'on peut difficilement envisager que l'opinion séparée soit davantage motivée que l'arrêt lui-même. Les juges de la majorité vont se dire : ils vont être plus convaincants que nous si on les laisse écrire trois pages là où nous n'en écrivons qu'une. Quand le Conseil d'Etat a réfléchi en 2012 à l'évolution de la motivation de ses décisions, j'étais réticent. Je disais aux collègues qui voulaient répondre aux arguments et citer des précédents jurisprudentiels : « *Faites attention, il est difficile de savoir dans un arrêt comment se référer aux précédents* ». Quels sont les bons précédents ? Doit-on citer l'arrêt de référence initial ou l'arrêt le plus récent de la lignée jurisprudentielle ? Comment fait-on ? Le résultat des cogitations fut le suivant : ne seraient finalement citées que les décisions juridictionnelles des cours (Conseil constitutionnel, Cour de justice, juge judiciaire saisi d'une question préjudicielle, etc.) commandant l'interprétation du droit et la solution du litige. En tout cas, l'auto-citation de sa propre jurisprudence est un travail qui est vraiment sophistiqué et qui me laisse parfois insatisfait à Luxembourg. On s'auto-cite tellement que quand on énonce une vérité sans l'assortir d'une référence jurisprudentielle, les collègues de la formation de jugement disent « c'est nouveau, c'est inédit ». Cela explique que des arrêts soient devenus extrêmement longs au Tribunal, où on est tombé parfois dans l'écueil de la « surmotivation ». Le style de rédaction des décisions et notre volonté de répondre à tous les arguments des parties même assez faibles, font qu'on rend des décisions de plus de 100 pages, dont se plaignent les praticiens. Mais la Cour de justice ne donne pas, en qualité de juge du pourvoi, un signal clair d'assouplissement des exigences de motivation.

- Le président Lenaerts nous a expliqué comment le rôle de l'avocat général pouvait être une forme d'opinion séparée. Comment faites-vous au TUE où vous n'avez pas d'avocats généraux pour le moment ?

L'institution de la figure de l'avocat général date de 1952, à l'initiative de la France, pour tempérer la prohibition des opinions dissidentes. L'avocat général chaussait les bottes du commissaire du gouvernement, comme on désignait encore la fonction dans les juridictions administratives. Il a été pensé pour qu'il y ait une fenêtre de visibilité sur le processus de décision, vu de l'extérieur, avec exactement le même rôle, à savoir une position indépendante exprimée par un membre de l'institution qui ne siège pas comme juge, à ce point d'ailleurs qu'il y a à la Cour de justice une distinction complète des fonctions et des mandats. Cette distinction n'existe pas au Tribunal. Lorsque le Tribunal a été créé en 1989, il était prévu qu'il puisse y avoir des conclusions de l'avocat général prononcées par un juge du Tribunal exerçant les fonctions d'avocat général. Assez vite, on s'est rendu compte de la difficulté pour des membres du Tribunal à assumer ce rôle

occasionnellement. Il y a eu quelques exemples de conclusions dans les années 1990 dans quelques affaires importantes en droit de la concurrence. Mais depuis plus 30 ans, le Tribunal n'a plus recouru aux conclusions d'un avocat général. La charge contentieuse du Tribunal était très élevée donc il était difficile de confier à un juge déjà chargé d'assumer en plus des fonctions d'avocat général dans une affaire. On a été également très soucieux de respecter l'impartialité des juges. Il était inconfortable pour des juges d'émettre un point de vue personnel sur quelques grandes questions dans le droit des aides d'Etat, le droit de la concurrence, qui sont des matières que balise le Tribunal à longueur d'année. Au Tribunal, on a souvent des affaires qui relèvent du même domaine et on se disait qu'il ne serait pas très satisfaisant pour un juge d'être un jour avocat général et un autre de se retrouver dans une formation de jugement et se voir exposé à une demande de récusation parce qu'il aurait émis une position dans un sens donné comme avocat général. On a été pour cette raison très économe de cette possibilité de désigner un avocat général. Quand le transfert en matière de compétence préjudicielle a été évoqué, il était clair pour tous, à Luxembourg comme dans les États membres, que les mêmes garanties de procédure devraient être appliquées au Tribunal qu'à la Cour de justice. D'où la règle claire qui a été inscrite dans le statut de la CJUE : lorsque le Tribunal statuerait en matière préjudicielle, il désignerait un avocat général dans chaque affaire. Pour les recours directs en annulation ou en responsabilité, c'est le système ancien qui va continuer de s'appliquer. Mais en renvoi préjudiciel, systématiquement, un avocat général sera désigné qui pourra prononcer ou non des conclusions. Si l'affaire est une affaire simple appelant à appliquer une jurisprudence constante, il n'y aura pas de conclusions. Mais un avocat général sera quand même désigné pour travailler en binôme avec le juge rapporteur. La Cour est très attachée à ce rôle du binôme dans la mesure où il n'existe pas de séance d'instruction avant les audiences. La Cour ne peut s'appuyer que sur le double regard du rapporteur et de l'avocat général qui sont ceux qui, avant l'audience, connaissent le mieux le dossier. Les conclusions ont le grand mérite de faire une synthèse de jurisprudence avant d'exposer une orientation, une solution. Au Tribunal, nous souffrons beaucoup de cette absence de présentation synthétique objective d'un rappel de la jurisprudence. Notre jurisprudence n'est pas aussi bien répertoriée que celle de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Nous n'avons pas suffisamment œuvré en ce sens au Tribunal et malheureusement, il n'est pas rare que nous nous retrouvions avec un magma de précédents mal hiérarchisés dans lesquels les juges de bonne foi peuvent « faire leur marché » et trouver des précédents qui sont plus en harmonie avec leur conception personnelle ou leur tradition juridique. Je vais vous donner un exemple sur les droits de la défense. Vous avez quelques arrêts dans lesquels le Tribunal a jugé que les droits de la défense pouvaient être relevés d'office, en tant que garantie d'ordre public dont la méconnaissance emporte l'annulation de la décision contestée. C'est une jurisprudence clairement minoritaire mais qui existe et il y a beaucoup d'autres précédents qui considèrent que la violation des droits de la défense n'est qu'un vice de procédure qu'on ne relève pas d'office. L'absence de tiers (comme l'avocat général) par rapport à la formation de jugement qui avant de donner son point de vue personnel fait un récapitulatif de l'état du droit de la jurisprudence, cela nous manque dans beaucoup d'affaires.

Dans la mise en œuvre de ce transfert de compétences, il a fallu garantir qu'il ne serait pas possible de cumuler les deux fonctions de juge et d'avocat général dans les mêmes formations de jugement, dans les mêmes chambres. Pour garantir l'indépendance des avocats généraux, on a prévu qu'ils ne pourraient pas siéger comme rapporteur ou comme assesseur en renvoi préjudiciel. Il y a donc une vraie incompatibilité de fonctions. On a organisé l'élection de quelques juges comme avocats

généraux. En matière préjudicielle, ils ne feront que cela. Mais comme on ne voulait pas se priver d'emblée de la capacité productive de quelques juges, on pense désigner 10 juges sur 54 qui vont se consacrer au contentieux préjudiciel, c'est-à-dire 2 chambres sur 10. Ces deux chambres pourraient connaître d'autres affaires que les renvois préjudiciels. On ne savait pas si les chambres préjudicielles seraient attractives pour les juges. Finalement, les fonctions de juge préjudiciel seront valorisantes pour les membres concernés parce qu'elles leur permettront d'avoir une corde de plus à leur arc, de se positionner peut-être comme des candidats possibles un jour pour la Cour et de prendre part au dialogue des juges en se rendant occasionnellement dans les capitales européennes pour rencontrer les juges nationaux. Si l'expérimentation de cette réforme est positive, alors il est probable que d'autres transferts de compétences seront envisagés du fait de la surcharge de la Cour, qui juge jusqu'à 80 affaires en grande chambre par an soit 2 affaires par semaine. Il faut que les juges qui siègent dans ces affaires aient le temps de réfléchir à ces dossiers. Le risque existe que ces affaires ne puissent plus s'entourer des garanties de moyens qu'elles devraient mobiliser et qu'en réalité, les collaborateurs des juges prennent une place excessive dans la prise de décision. Quand les juges sont surchargés, ils sont d'autant plus dépendants de leurs référendaires. Or, les Etats membres n'ont pas voulu que ce soient des référendaires qui donnent le cap jurisprudentiel. Voilà pourquoi cette réforme était indispensable, de même que le doublement des juges du Tribunal il y a quelques années. La Cour travaille à 27 et le choix a été fait en 1952 de se séparer du modèle des cours internationales, parce que la Cour de Luxembourg n'est pas une cour internationale. C'est une cour intégrée à l'ordre juridique des Etats membres. Le droit de l'Union n'est pas un droit étranger. C'est un droit qui est totalement imbriqué au droit des Etats membres. L'intégration et l'unité d'interprétation postulaient qu'on s'inscrive dans les traditions juridiques des hautes cours nationales des Etats fondateurs.

Les juges qui viennent à Luxembourg et qui connaissent les opinions dissidentes ne réclament pas l'opinion séparée. Mais les opinions dissidentes sont indispensables à la Cour suprême américaine. Il est impensable que des juges qui ont de telles responsabilités fonctionnent en « boîte noire ». Les opinions dissidentes sont indispensables pour dire à ces juges qu'ils doivent rendre des comptes de la manière dont ils exercent leurs fonctions. C'est l'esprit que l'on retrouve dans les articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789.

À titre personnel, je souhaiterais que la Cour soit moins maximaliste dans son application de l'article 35 du statut. Il est déraisonnable d'empêcher les historiens d'accéder un jour, même lointain, aux matériaux précieux que sont les délibérations des juges sur des affaires importantes.

- L'image du Conseil constitutionnel sort grandie de cette possibilité de consulter les délibérations au bout de 25 ans. Mais n'est-ce pas plutôt une culture de droit public française ?

Je parlais avec Laurent Truchot de **la façon dont est appliqué le secret des délibérations en interne à une institution** comme la CJUE ou la Cour de cassation. Avec Laurent Truchot, nous sommes aperçus qu'il n'y avait pas les mêmes règles au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Au Conseil d'Etat, les membres sont tous liés collectivement par le secret des délibérations mais

on peut accéder au recueil des notes prises lors des délibérés par le service de documentation si on en a besoin.

La pratique a évolué au Conseil d'Etat et au Tribunal.

Au Conseil d'Etat, on pouvait aller au centre de documentation pour lire les notes en délibéré des affaires. La pratique est dorénavant de subordonner l'accès à une raison d'en connaître.

Au Tribunal, on se pose la question actuellement parce que les conceptions des uns et des autres sont très divergentes. Certains collègues sont vraiment les gardiens jaloux du secret du délibéré de leur formation de jugement et refusent, par exemple, de communiquer un avant-projet d'arrêt à une autre formation de jugement, sachant que le Tribunal n'est pas spécialisé par matière et donc qu'on peut avoir à connaître d'une question qu'une autre chambre est en train de traiter. Cela dépend des chambres. Le groupe Code de conduite du Tribunal réfléchit à la définition d'une approche commune du secret du délibéré en interne. Ce secret était tellement étendu qu'on n'avait même pas accès au rapport préalable du rapporteur si l'on n'était pas membre de la formation de jugement, ce qui pouvait poser de réels problèmes de coordination jurisprudentielle, de cohérence. Il y a eu heureusement un changement pour qu'un accès au rapport préalable soit reconnu au sein du Tribunal.

Une autre chose aussi qui est absolue à la Cour, c'est le cloisonnement entre la Cour de justice et le Tribunal en ce qui concerne les pourvois. Mais je trouve cela parfois excessif car ce cloisonnement interdit toute discussion juridique de portée générale sur la jurisprudence entre juges de la Cour et juges du Tribunal. Je pense que c'est lié à cette culture du secret. On ne doit, évidemment, pas parler d'affaires pendantes et on apprend le résultat au moment de la décision de la Cour. On est parfois perplexe et on souhaiterait davantage de possibilités d'échanges avec la Cour sur les grandes orientations de la jurisprudence.

- L'anonymisation de l'opinion séparée ne pose-t-elle pas un problème de légitimité ? La décision prise à l'issue du délibéré est assumée par tout le monde, l'opinion séparée anonyme n'est pas assumée, cela ne pose-t-il pas une difficulté ?

À mon avis, cette partie de la proposition est positive en ce qu'elle garantit l'indépendance de ceux qui se sont exprimés. On ne sait pas qui était dans la majorité ou la minorité donc on est à l'abri de toute pression extérieure. On est plus libre de l'expression de son opinion. De ce point de vue-là, je suis d'accord avec les auteurs de la proposition du rapport.

Sur l'anonymat, je partage vos réticences. C'est un débat difficile qu'on a actuellement. On est dans une société de l'anonymat, de la protection des données personnelles, de l'expression très libre sur internet de toute opinion. Dans une société démocratique, la liberté d'expression est cardinale et on sait que la régulation des contenus pourrait être le fait de régimes autoritaires plutôt que libéraux. Mais on voit bien que l'anonymat peut aussi être à l'origine des pires excès. On a actuellement le débat de l'anonymat garanti aux témoins dans des affaires de fonction publique, notamment dans des affaires de harcèlement. Sur l'anonymat, la pratique des institutions de l'Union est totalement divergente. Certaines institutions ne garantissent pas une protection absolue de l'anonymat des

témoins et indiquent aux témoins : « *Vous avez un devoir de témoignage. On peut garantir dans une certaine mesure l'anonymat de votre témoignage. Mais s'il y a une question de respect des droits de la défense de la personne sanctionnée sur la base de votre témoignage, en justice, l'anonymat pourrait être levé* ». D'autres institutions sont très favorables à la garantie de l'anonymat comme étant de nature à enlever toute réticence à participer aux enquêtes. Il y a eu de vrais désaccords, dans quelques affaires, entre le Tribunal et l'administration de certaines institutions, qui ne comprend pas qu'on lève l'anonymat dans certaines affaires et pense qu'on porte ainsi atteinte à des droits fondamentaux. Nous qui sommes juges ne devons pas méconnaître le contradictoire.

Il y a eu le même débat en France avec la revendication de l'anonymat des membres de formations de jugement. Les juges, pour leur sécurité personnelle, ne souhaitent pas que leur nom apparaisse sur les décisions de justice. Les acteurs du débat étaient partagés. Un agent public doit assumer ses fonctions publiquement, mais ce souci de protection personnelle était également légitime. Le Conseil constitutionnel a dit prudemment qu'il incombait au législateur de faire le choix le plus approprié, dans le cadre de sa marge d'appréciation.

Depuis de longues années, la Cour de justice indique dans ses arrêts quel est le nom du rapporteur. Cela répond à une exigence de transparence. Le Tribunal, pendant très longtemps, ne le faisait pas. On s'est interrogé sur le bien-fondé de cette différence de pratiques. Beaucoup de juges étaient hostiles à ce qu'on mentionne qui était le rapporteur. Ce qui a conduit à modifier la pratique, c'est en réalité le début du « case management » au Tribunal, quand on a commencé à demander aux juges de rendre des comptes sur leur productivité. Les Etats membres s'interrogeaient aussi sur la productivité du Tribunal. On a fini par indiquer qui était rapporteur pour identifier qui faisait quoi et quel était le bilan productif des uns et des autres. Cela a pu avoir un effet pervers. Il peut être tentant pour les juges de valoriser leur fonction de juge rapporteur, au détriment de leur investissement personnel dans les affaires en tant qu'assesseurs. Quand le Tribunal était très chargé, on a été aussi victime de ce productivisme juridictionnel, la collégialité a pu en souffrir. Il faut toujours trouver le bon équilibre entre les avantages et les inconvénients. Mais je peux comprendre votre réticence sur l'anonymat. J'ai déjà souligné que des atteintes à l'indépendance pouvaient résulter des opinions séparées. S'il y a cette protection de l'anonymat, peut-être que ça en vaut la peine.

- L'opinion séparée peut-elle être mise en œuvre, quelle que soit la matière concernée ? La question de la protection des juges ne pourrait-elle pas poser une question particulière en matière pénale par exemple ?

Le plus important dans votre mission est de garantir une administration de la justice qui soit vraiment impartiale. L'indépendance est la garantie nécessaire de l'impartialité. L'unité du droit et la sécurité juridique sont importantes également. Je pense que quand on est une cour suprême, on est attendu sur le règlement de questions difficiles. Les praticiens du droit attendent des juges des solutions claires et opérationnelles. À la CJUE, je pense qu'on ne veut pas des opinions séparées pour cette raison-là. On ne veut pas prêter le flanc à la critique. On est dans un contexte très sensible qui explique cette prohibition : des mandats non renouvelables assez courts, un contentieux qui amène le juge à se pencher sur tous les pans de l'action publique avec des

gouvernements qui sont requérants parfois (fiscalité, politique migratoire, politique environnementale, etc.). Il y a toujours cette tension à Luxembourg entre ceux qui valorisent l'objectif d'intégration et d'unité d'interprétation confiée à la Cour par les traités et ceux qui estiment que la Cour va trop vite et doit fixer des limites pour montrer qu'elle n'est pas une cour fédérale, qui sont davantage soucieux des prérogatives des Etats membres. Ces débats pour nous sont permanents. Ce clivage, on perdrait beaucoup à l'afficher par des opinions dissidentes après nos délibérés. Il en découlerait des questions sur la composition des formations de jugement.

La Cour est en train de changer de mission ; elle devient une cour constitutionnelle. Cela était prévisible quand on a adopté la Charte lors du traité de Lisbonne. Mais c'est une cour qui a dans son ADN cette finalité d'unité d'application du droit de l'Union : primauté, effectivité, unité. Cela peut être redoutable dans une Union où il y a 27 Etats membres avec des traditions divergentes notamment sur les questions de droits fondamentaux. La Cour doit faire attention et doit donner des gages de sérieux et de rigueur dans l'application des textes, et ne pas imposer une lecture uniforme là où les traités ne l'ont pas voulu. Par exemple, l'arrêt sur le port du voile dans le secteur public est, je crois, un bon arrêt parce que la Cour a pris en considération les différences de traditions juridiques sur une telle question et reconnu une marge d'appréciation des Etats membres. Mais ce n'est pas évident pour une cour comme elle de reconnaître une telle marge parce que l'objectif de la Cour est d'assurer l'unité d'application du droit de l'Union. Elle n'est pas portée spontanément à reconnaître aux Etats membres une marge d'appréciation. Elle doit comprendre qu'elle ne peut pas travailler sans les cours suprêmes et constitutionnelles nationales. Il faut toujours trouver cette écoute réciproque et ne pas hésiter, sur des sujets essentiels, à faire passer des messages à la Cour.



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Audition de Mme Diane Roman, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne, du vendredi 13 septembre 2024 à 14h00

### **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

Il faut partir d'un paradoxe : la question des opinions séparées est assez polémique en France ou dans les pays dans lesquels elles n'existent pas, alors que c'est quelque chose de tout à fait banal dans les pays où elles se pratiquent de longue date. C'est une question sensible pour la France ou la Belgique. En revanche, quand vous vous adressez à des pays qui sont familiarisés avec cette technique, pour eux c'est un non-sujet. La Cour de cassation nous a habitués à des réformes extrêmement audacieuses qui ont divisé la doctrine, qui ont suscité des interrogations, y compris parmi les magistrats. Quelle que soit la décision qui sera prise par la Cour de cassation, il faut s'attendre à ce qu'elle soit commentée et éventuellement critiquée.

Généralement, il y a 3 types d'objections au principe des opinions séparées :

- 1) C'est l'importation de pratiques juridiques étrangères qui n'ont pas leur place en droit français, qui ne sont pas conformes avec la tradition juridique française et, plus spécialement, c'est une influence anglo-saxonne dont il faudrait se garder ;
- 2) L'opinion séparée affaiblirait la légitimité de la décision de justice à laquelle cette opinion serait accolée ou à laquelle cette opinion répondrait ;
- 3) Cela porterait atteinte au secret du délibéré.

Pour répondre rapidement aux deux premières, elles ne me paraissent pas réellement convaincantes et je m'attacherai un peu plus à la troisième, à la question du secret du délibéré qui me paraît une objection plus sérieuse.

1) Sur la question de l'importation de méthodes de travail étrangères à notre tradition juridique, on dit tout le temps que les opinions séparées seraient typiques de la tradition anglo-saxonne et que les pays de tradition civiliste n'y seraient pas acculturés. C'est tout à fait faux, chiffres à l'appui. Il

existe des pays de tradition de Common Law comme l'Irlande où les opinions séparées n'ont pas cours. Il existe des pays de tradition romano-civiliste comme l'Espagne, la Suisse ou la Roumanie où les opinions séparées ont cours. La CJUE, qui s'interroge sur l'introduction d'opinions séparées dans ses méthodes de travail, a diligenté toute une réflexion et a abouti en 2014 à un rapport dans lequel on voit que, sur les 27 pays de l'Union européenne, il n'y en a que 7 où les opinions séparées n'ont pas cours – du moins au niveau des cours suprêmes. Beaucoup de pays de tradition civiliste autorisent les juges à publier des opinions individuelles, souvent au niveau constitutionnel, et parfois même dans les juridictions ordinaires. On a très clairement un partage qui est différent de la distinction tradition de Common Law / tradition romano-civiliste qui s'explique par l'histoire généralement. En France, l'hostilité aux opinions séparées s'explique, historiquement, par l'importation du droit canon. En droit canon, le pape étant infaillible, la décision rendue en son nom ne saurait exprimer une pluralité de voix. Ensuite, quand la procédure civiliste a été « laïcisée », c'est-à-dire que l'autorité du pape est devenue la souveraineté royale, le même dogme d'infailibilité s'est transposé au roi. Puisque la décision était rendue au nom du monarque, elle ne pouvait pas souffrir une contradiction interne. La Révolution française a voulu brièvement déroger à cette tradition. Dans la Constitution de l'an I, il est prévu le principe selon lequel les juges délibèrent en public puisque finalement les juges rendant une décision au nom du peuple français, le délibéré devait pouvoir être suivi par le peuple français et ses représentants (c'est d'ailleurs toujours la pratique du Tribunal de Lausanne !). En France, la Constitution de la première République n'a pas été appliquée pour les raisons historiques que vous connaissez et l'on est vite revenu à une conception héritée du droit canon. Ce n'est pas du tout parce qu'il y aurait une particularité du droit romano-civiliste que les opinions séparées ne pourraient pas être reprises en droit français. C'est plus en raison de spécificités historiques propres à la France, et notamment la conception française de la séparation des pouvoirs dans laquelle le juge, « bouche de la loi », a un rôle particulier. Ce qui permet de faire le lien avec la deuxième objection.

2) Sur la question de l'affaiblissement de la légitimité de la décision juridictionnelle à laquelle répondrait une opinion séparée, on dit souvent qu'il y a une conception française spécifique de la fonction juridictionnelle. Il y a cette idée que la décision de justice est le produit d'un syllogisme et donc qu'elle s'impose avec une évidence toute mécanique qui ne laisse pas place à l'interprétation et à la discussion. La décision de justice procèderait d'une solution quasi mécanique. De ce fait, elle ne pourrait pas admettre une opinion séparée à peine de remettre en cause la rigueur du raisonnement syllogistique. Or, cette conception est désormais dépassée. L'idée que la justice n'est pas un pouvoir, typiquement française, est d'ailleurs inconnue des autres démocraties, où l'on considère que la justice est un pouvoir. Plus largement, on admet désormais que dans la fonction d'interprétation qui revient au juge, il y a une part d'analyse créative du droit (Mireille Delmas-Marty parlait des « *forces imaginantes du droit* ») et qu'à ce titre, la solution rendue ne s'impose jamais mécaniquement et est toujours le fruit d'une réflexion collégiale qui peut être contredite sans pour autant que cela n'affaiblisse sa légitimité. Au contraire, le débat y compris interne à la juridiction, par les opinions séparées, peut renforcer la légitimité juridictionnelle, si on considère que la légitimité d'une décision de justice vient de la clarté de sa motivation, de sa capacité à embrasser toute la complexité d'une question juridique posée au juge. Davantage motivée par le risque d'opinion séparée qui viendrait la contredire, la décision « majoritaire » sera plus légitime parce que mieux motivée. Pour résumer, cette idée que la décision de justice doit être inéquivoque s'impose avec d'autant plus d'autorité qu'elle est concise, est une idée assez dépassée. Vous le savez bien

puisque vous avez mis en place la motivation enrichie. La Cour a compris la nécessité d'être plus pédagogue et de mieux expliciter les tenants et aboutissants d'une décision de justice qui ne peut pas s'imposer désormais uniquement en raison de la qualité de la personne qui rend la décision, mais qui tire sa légitimité de sa motivation. Le fait que les opinions séparées puissent être rendues n'affaiblirait pas cette légitimité de la décision de justice. Au contraire, elles contribueraient à l'augmenter. Si on raisonne par analogie, il n'y a pas d'opinion séparée en France, mais on a quand même des réflexions juridiques qui émanent d'instances légitimes et qui, quelquefois, ne proposent pas la même interprétation que la décision rendue par la formation collégiale. Par exemple, un avis d'un avocat général n'est pas forcément suivi par la formation collégiale. Devant le juge administratif, les conclusions du rapporteur public ne sont pas forcément suivies par la formation collégiale. Il n'empêche que ces décisions, quand elles sont rendues, sont souvent publiées en même temps que les avis de l'avocat général et/ou les conclusions non conformes du rapporteur public. Personne ne dit que la publication de cet avis ou de ces conclusions affaiblit la légitimité de la décision qui ne propose pas la même interprétation. Au contraire, on s'en félicite. On se dit que le juge, dans toutes ses statures, a saisi l'ensemble des difficultés de la question posée et, clairement informé, a une solution. Un auteur belge, Paul Martens, plaide en ce sens pour le passage des décisions de justice d'un modèle impératif (dans lequel les arrêts détiennent leur autorité du fait qu'il s'agit de décisions rendues par le juge) à un modèle justificatif (dans lequel les arrêts puisent leur autorité dans leur qualité intellectuelle et la force de persuasion de leurs attendus). Dans ce contexte, les opinions séparées vont entraîner certainement une meilleure motivation : la majorité va répondre de façon plus approfondie parce qu'elle sait que si elle ne le fait pas, les commentateurs risquent de s'intéresser davantage à l'opinion dissidente qu'à la solution rendue par la formation collégiale.

### 3) La question du secret du délibéré et des obligations des magistrats me paraît plus sérieuse.

Je ne reviens pas sur la valeur juridique du délibéré. La Cour de cassation, depuis bientôt deux siècles, considère que c'est un principe général du droit français. Le Conseil d'Etat, depuis un peu plus d'un siècle, dit la même chose. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a consacré le principe de l'obligation de respecter le secret du délibéré.

On voit également qu'indépendamment de ces sources générales, l'obligation de respecter le secret du délibéré est une obligation statutaire des magistrats. Dans l'ordonnance de 1958 modifiée en 2023, il y a toujours cette idée selon laquelle « *le magistrat jure de respecter le secret professionnel et celui des délibérations* ».

Cette formule est reprise par le Conseil supérieur de la magistrature. Dans la jurisprudence du CSM des 30 dernières années, on a plusieurs exemples de condamnations pour manquement aux obligations statutaires de magistrats qui avaient révélé ne pas être en accord avec la décision rendue par la formation collégiale à laquelle ils participaient.

Par exemple, une décision du CSM du 22 janvier 2019, rendue à propos d'une présidente de chambre qui a été mise à la retraite d'office. Parmi la pluralité de manquements qui lui étaient reprochés, le CSM retient le manquement en raison des prises de position de cette présidente de chambre qui, lors d'un délibéré, avait indiqué qu'elle n'était pas d'accord avec la décision rendue « *manifestant ainsi son opinion personnelle en violant le secret des délibérations. Cette formulation trahit le secret des délibérés en révélant la position minoritaire de la présidente et constitue un manquement au devoir de loyauté vis-à-*

*vis des collègues composant la formation collégiale* ». Les faits de l'espèce sont toutefois très particuliers, le comportement général de la magistrate semblant inapproprié.

Est-ce que dans cette perspective le secret du délibéré s'opposerait, dans cette conception historique, à la publication d'opinions séparées ?

Tout dépend, en réalité, de la définition qu'on retient du secret des délibérations.

René Chapus, dans son classique traité Droit du contentieux administratif définissait le secret du délibéré de la manière suivante : le secret « *impose aux juges de délibérer hors la présence, tant du public que des parties et de leurs avocats ; il interdit, d'autre part, la divulgation, à quelque époque que ce soit et à qui que ce soit, de ce qu'ont été les discussions et de la façon dont chacun des magistrats s'est prononcé* ».

Il y a cette idée que le secret interdit de révéler les comportements, les propos tenus par les magistrats lors de cette période de sanctuaire que constitue le délibéré.

On a finalement deux conceptions du secret du délibéré et de sa portée :

- Une interprétation large tendrait à ce que le secret des délibérés interdise au juge de divulguer non seulement l'opinion des autres magistrats exprimés lors du délibéré, mais aussi sa propre opinion. Finalement, le secret protégerait tous les magistrats, y compris la personne qui choisit de lever le secret. On serait alors dans une situation complètement différente du secret médical où le malade peut lever le secret médical. Ici, le secret du délibéré serait un secret professionnel qui vaudrait pour le magistrat lui-même comme pour les autres magistrats ayant délibéré.

- La deuxième interprétation est une interprétation minimaliste qui consisterait à considérer que le secret du délibéré interdit au juge de révéler le contenu des délibérations, c'est-à-dire la nature des prises de position des autres membres du délibéré. Le secret vise à protéger les autres et ne s'imposerait pas au magistrat lui-même.

Si vous retenez la première interprétation, elle interdit les opinions séparées. Si vous retenez la seconde interprétation, alors il y a une porte ouverte pour la reconnaissance des opinions séparées puisque vous admettez que le secret vise à protéger l'indépendance, la liberté de parole, la liberté de décision des autres, mais qu'elle ne vous est pas opposable à vous-même.

J'aurais plutôt tendance à retenir la seconde, en m'appuyant sur la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a considéré que le secret des délibérations avait valeur constitutionnelle. Dans une décision du 4 décembre 2015, il a reconnu la valeur constitutionnelle du principe du secret des délibérés pour les raisons suivantes : « *le principe d'indépendance est indissociable de l'exercice des fonctions juridictionnelles dont découle le principe du secret du délibéré* »<sup>1</sup>. Le Conseil a constitutionnalisé le secret du délibéré pour garantir l'indépendance de la justice et des magistrats. Si la vocation du secret professionnel est de garantir l'indépendance des magistrats, on peut considérer que le secret ne s'impose pas à la personne elle-même qui choisit, en indépendance, d'exprimer sa position. En revanche, elle interdit de divulguer la position des autres magistrats. Donc, si on retient cette petite fenêtre, on peut considérer que la publication d'une opinion séparée par un magistrat ne porte pas atteinte au principe du secret du délibéré. Ça suppose, dans ce cas de figure, que l'opinion séparée

---

<sup>1</sup> Cons. Const., QPC 2015/506, 4 décembre 2015.

rédigée ne fasse pas référence aux prises de position tenues lors du délibéré. Ça suppose une rédaction encadrée de l'opinion séparée qui ne doit pas revenir sur le délibéré et exposer les autres membres de la formation collégiale. Ainsi, par exemple, à la Cour européenne des droits de l'Homme, les juges rédacteurs d'opinions séparées ne peuvent pas y révéler les discussions dont procède l'arrêt, les notes du rapporteur et surtout la position des membres du siège qui ne l'ont pas publiée dans une opinion séparée.

## **II/ Sur les modalités de mise en œuvre de l'opinion séparée**

Il faut garder à l'esprit que, même dans les pays où il y a des opinions séparées, le secret du délibéré existe. On considère que les opinions dissidentes ne portent pas atteinte au principe du secret du délibéré. Mais, dans les modalités, il faut faire attention. L'opinion séparée doit être rédigée selon des formes bien établies. Il ne s'agit pas pour un magistrat d'aller twitter ensuite qu'il n'est pas d'accord avec la décision qui a été rendue. C'est quelque chose qui se coule dans des formes qui sont très codifiées, tout comme la décision judiciaire.

J'ai un peu réfléchi aux modalités que vous proposiez. Je remarquerai juste que, d'un point de vue extérieur, elles sont un peu « alambiquées ». Ainsi, par exemple, un juriste internationaliste, familier des opinions séparées à la Cour internationale de justice ou à la Cour européenne des droits de l'homme, serait très étonné devant les propositions raffinées d'opinions séparées « intégrées » ou anonymes !

En réfléchissant par moi-même, je suis un peu sceptique. D'abord, sur l'opinion dissidente cachée, c'est-à-dire le fait d'intégrer dans la décision une opinion séparée. Il y a d'ailleurs un certain paradoxe à intégrer ce qui est séparé. Il y a une logique qui est difficile à suivre. D'après ce que j'ai lu, ça a été fait transitoirement par l'Allemagne et le Danemark. Ils l'ont abandonnée et sont passés aux opinions réellement séparées.

Je pense que ça va poser un problème de lisibilité de la décision et de confidentialité. Pour vous faire une confidence, quand j'ai commencé mes études de droit, j'avais le plus grand mal à lire les décisions de la Cour de cassation. Cela venait du fait qu'à l'époque, les moyens de pourvoi étaient intégrés dans la décision, et il était très difficile de comprendre où s'arrêtait le moyen du pourvoi et où commençait la décision de la Cour... Il ne faut d'ailleurs pas sous-estimer un risque similaire avec une opinion « intégrée ». Notamment avec les moteurs de recherche et l'intelligence artificielle : si vous avez une machine qui scanne les mots et qui extrait des passages, elle peut extraire l'opinion séparée. On risque d'aboutir à des contresens majeurs en ne lisant pas attentivement. S'il y a une opinion séparée, à mon avis, il faut qu'elle soit indiquée lisiblement comme étant à part, comme étant les arguments à l'encontre de la décision qui auraient justifié une décision alternative. Il faut garder cet effort de pédagogie dans lequel la Cour s'est engagée depuis quelques années. Il ne faut certainement pas l'intégrer. Ça risque d'être source de complexité.

L'autre piste que vous évoquez c'est celle des opinions séparées anonymes. Je comprends la démarche, le souci d'éviter la personnalisation, voire la starification, parce qu'on sait qu'il y a des juges à l'étranger qui sont devenus célèbres par leurs opinions dissidentes, Ruth Bader Ginsburg

en premier lieu ! Je comprends la volonté de garder une dimension collective. Cela étant, je suis assez sceptique pour les deux raisons qui suivent.

Actuellement, le secret du délibéré dépersonnalise la décision, qui est supposée être œuvre collective. Mais en réalité, on sait souvent qui est derrière la décision. Moi qui m'intéresse au droit social, je sais quel est l'apport du Doyen Waquet à la chambre sociale de la Cour de cassation. On parle même de « la jurisprudence Waquet », et non de la jurisprudence de la chambre sociale. Le secret actuel n'empêche pas d'identifier quels magistrats ont pu jouer un rôle dans la rédaction ou dans le choix de telle ou telle solution.

Plus généralement, je suis, en règle générale, mal à l'aise avec l'anonymat. On voit les ravages que l'anonymat produit sur les réseaux sociaux. Je trouve qu'à partir du moment où on prend la plume et on s'engage dans une réflexion personnelle qui est divergente de celle de nos collègues après en avoir longuement débattu avec eux sans être parvenu à les convaincre, on rédige une prise de position doctrinale et juridique, cela doit être signé. Il y aurait un risque disciplinaire si cette opinion séparée était injurieuse ou si elle pointait du doigt tel ou tel magistrat. Mais à partir du moment où vous proposez une interprétation différente, je ne vois pas l'enjeu disciplinaire. Pas plus que lorsqu'en assemblée plénière, l'avocat général va proposer une solution qui n'est pas suivie par la Cour de cassation. On n'imaginerait pas l'avis de l'avocat général anonyme.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Contribution écrite de la Fondation pour le droit continental

*Dans le cadre de son audition sur le principe et la mise en œuvre de l'Opinion Séparée, la Fondation pour le droit continental entend contribuer à la réflexion de la Cour de cassation par la production de cette note qui a été rédigée avec l'assistance du Professeur Aurore Hyde, Professeur de droit privé à l'Université Reims Champagne Ardenne.*

En France, les décisions de justice en général, et celles de la Cour de cassation en particulier sont rendues « *au nom du peuple français* », au nom de la République une et indivisible.

Les opinions individuelles des magistrats s'effacent derrière cette unité (à la différence précisément des systèmes anglo-saxons) rendue possible par la collégialité. Au contraire, l'introduction des opinions séparées intégrées à l'arrêt pourrait stigmatiser l'avis d'un individu (quand bien même la paternité de l'opinion ne serait pas révélée). Les opinions séparées risquent donc d'affecter cette unité des décisions de justice françaises, ce qui peut se répercuter tant sur l'autorité de ces décisions que sur leur lisibilité.

Sur l'autorité d'abord. L'autorité des décisions de la Cour de cassation résulte en partie de l'unité précédemment exposée. Introduire la possibilité d'opinions séparées intégrées à l'arrêt risque donc d'affaiblir cette autorité en révélant les désaccords internes là où la plus haute juridiction doit renvoyer une image d'unité essentielle pour asseoir son autorité intellectuelle envers les juridictions du fond.

La révélation des désaccords internes peut avoir pour effet d'amoindrir la légitimité de la décision et de réduire la confiance du public dans le système judiciaire. Et au niveau interindividuel, cela peut laisser entrevoir à la partie qui voit son pourvoi rejeté que la même formation, autrement composée, aurait pu statuer différemment. Il y a alors un risque non négligeable que cette partie ressente un sentiment d'injustice (la justice pouvant alors dépendre de la chance dans la composition de la chambre appelée à se prononcer) et donne finalement plus de poids (intellectuellement) à l'opinion séparée qu'à

la solution finalement retenue, et cherche à retarder encore davantage l'exécution de la décision le cas échéant.

Dans le prolongement de cette idée, la mise en évidence d'opinions séparées peut venir alimenter le contentieux, au fond comme en cassation, dans l'espoir d'obtenir un revirement. Il ne fait effectivement aucun doute que ces opinions seront reprises par les détracteurs des solutions. Il est même possible de voir dans ces opinions séparées l'amorce d'un revirement, ce qui risque en outre d'être accentué avec l'utilisation de l'intelligence artificielle pour analyser les décisions de justice.

Certes cela n'est pas nouveau. Les divergences de jurisprudence entre les chambres aboutissent au même risque mais précisément, il est d'actualité de travailler à l'harmonisation des solutions entre les chambres (notamment grâce à l'IA). Dans ces conditions, il paraît quelque peu illogique de chercher à rapprocher les solutions entre des chambres différentes (dont il est admis qu'elles n'ont pas nécessairement à cœur les mêmes préoccupations) tout en consacrant la publicité des divergences au sein d'une même chambre.

Sur la lisibilité des décisions ensuite. L'introduction des opinions séparées intégrées risque également d'affaiblir la lisibilité de la décision. En rendant visibles les opinions dissidentes des conseillers, l'arrêt peut créer des confusions dans l'esprit des justiciables. Certes une décision de justice ne descend pas du ciel. Elle est l'aboutissement de discussions où les arguments qui s'affrontent se valent souvent. Tel est d'ailleurs exactement ce que nous demandons aux étudiants en droit de mesurer : les arguments – visibles et invisibles – à l'œuvre dans une décision. Pour autant, faut-il tous les exposer ? N'est-ce pas le rôle de la doctrine que de les expliciter ? Ou alors, cela peut être le lieu du communiqué de presse.

Par ailleurs, il est déjà possible d'exprimer des orientations différentes en marge de la décision, notamment quand la Cour de cassation ne suit pas les conclusions de l'avocat général, ou lorsque les différentes chambres de la Cour de cassation adoptent des positions divergentes, l'Assemblée plénière déterminant en dernier recours la position de la Cour de cassation. À cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne n'envisage pas de s'orienter vers la publication des opinions divergentes, car la publication des conclusions de l'avocat général dans les affaires importantes constitue déjà une « *forme de publication des discussions internes* »<sup>1</sup>.

Plutôt que d'introduire au sein de l'arrêt, une opinion séparée, il suffirait peut-être de rendre l'avis de l'avocat général accessible en même temps que l'arrêt pour laisser à qui le souhaite la possibilité de comparer les orientations. On pourrait aussi imaginer que la Cour justifie, dans sa motivation, ce qui l'a amenée à suivre, ou non, les conclusions de l'avocat général.

Il en va de même pour le rapport précédant la décision. Celui-ci reprend généralement la substance des moyens développés dans le mémoire ampliatif et de leurs critiques dans le mémoire en défense

---

<sup>1</sup> *Opinions divergentes au sein des Cours suprêmes des États membres*, Étude par R. Raffaelli, Parlement européen, Affaires juridiques et parlementaires,  
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462470/IPOLJURI\\_ET\(2012\)462470\\_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462470/IPOLJURI_ET(2012)462470_FR.pdf)

ainsi que les éléments les plus pertinents pour soutenir les différentes thèses en présence. Sa publication généralisée pourrait alors rendre compte des différentes voies envisageables sans que cela apparaisse dans le cœur de la décision.

Le communiqué de presse accompagnant les décisions importantes pourrait encore être le lieu d'expression des divergences sans que cela risque de créer de la confusion quant à l'autorité des différents avis.

En outre, il existe aussi des moyens par lesquels la Cour de cassation étoffe les raisons qui l'ont conduite à telle ou telle solution. C'est notamment le cas des notes explicatives, ou encore de la motivation enrichie. En accompagnant une décision d'une note explicative, la Cour de cassation fournit les principaux ressorts de la solution qu'elle retient ainsi que sa portée. Il s'agit là de précieux outils pédagogiques ne créant aucune confusion dès lors que ces notes ne sont pas intégrées à l'arrêt.

De plus, la pratique de la motivation enrichie (ou renforcée) permet déjà d'aller dans le sens d'une plus grande précision dans l'exposé de la solution, notamment en replaçant la décision dans son contexte jurisprudentiel, les décisions citées par la Cour de cassation n'ayant pas pour autant valeur de précédent équivalent au « binding precedent » connu en Common law. Cette pratique est donc louable en ce sens qu'elle donne des éléments supplémentaires de compréhension de la solution retenue.

En outre, cette méthode est parfois utilisée par certaines chambres pour mettre en évidence, dans un esprit didactique, la démarcation de la solution retenue, au cas particulier, par rapport à une ligne d'ordre plus général, éclairant ainsi le lecteur attentif sur d'éventuelles zones de fractures.

Pour autant, mettre trop en évidence dans le cœur de l'arrêt les arguments qui n'ont pas convaincu n'est pas de nature à faciliter la compréhension de la décision et risque au contraire de créer de la confusion et d'être un facteur de complexité. Ou alors, il faudrait également intégrer ces arguments dans le cœur de la motivation et y répondre expressément en explicitant en quoi ils n'ont pas convaincu. Ce faisant, la motivation ne serait plus seulement enrichie. Elle deviendrait aussi dialectique. Or cette pratique n'est pas véritablement répandue aujourd'hui notamment dans un souci de préservation d'une rédaction relativement épurée, ce que les juristes étrangers nous envient souvent.

Si certains la réclament (comme la présidente de la CEDH), car elle faciliterait le dialogue des juges et la vérification de l'application du principe de subsidiarité en matière de droits fondamentaux, la considération des faits deviendrait alors essentielle. Or, l'office de la Cour de cassation ne porte pas, par principe, sauf dans le cas de l'appréciation *in concreto*, sur les faits et l'introduction d'opinions séparées dans les arrêts de la Cour de cassation risquerait d'envoyer un mauvais message au reste du monde. Elle risquerait de manifester le rapprochement de notre système avec les systèmes de Common law alors même que les conditions dans lesquelles les opinions séparées se sont développées dans ces systèmes ne se retrouvent pas à l'identique dans notre système.

Par ailleurs, la pratique des opinions séparées peut affecter le processus de la collégialité. Il est possible que les hauts magistrats s'évertuent moins à faire entendre leurs arguments lors du délibéré pour préférer publier leurs opinions dissidentes. La collégialité implique que le raisonnement de chacun

puisse enrichir la réflexion collective. Son objectif est d'aboutir à une opinion commune nourrie des arguments de chacun. Aboutir à une décision ne revient pas à se contenter d'additionner des réponses semblables ; c'est la recherche du consensus qui doit primer. « *Quiconque participe à une décision juridictionnelle et a une opinion même bien arrêtée a aussi nécessairement le sentiment qu'il y a quelque chose de valable dans l'opinion des autres* »<sup>2</sup>.

La pratique des opinions séparées peut aboutir à réduire un délibéré à l'expression de positions individuelles superposées, et ce alors même qu'« *un délibéré n'est pas un scrutin avec explications de vote* »<sup>3</sup>.

En outre, les opinions séparées risquent de conduire à une personnification – et une politisation – des juges. Même si cet argument est à relativiser lorsque ces opinions sont intégrées de manière anonyme (ce qui est actuellement le projet), il deviendra assez vite possible, dans le milieu des professionnels du droit (a fortiori dans le petit cercle de la cassation) de connaître la paternité de telle ou telle opinion séparée, risque inévitablement accru par le traitement algorithmique des décisions en *open data*. Or, si la personnalité des juges et la paternité de leurs décisions sont importantes dans un système où ils sont élus, en France au contraire, la collégialité permet l'anonymat de la décision pour garantir l'indépendance des juges et leur liberté de jugement contre d'éventuelles pressions politiques. Le risque est alors que certaines personnalités usent du mécanisme des opinions séparées pour se mettre en avant, pour se démarquer. D'ailleurs, il a été observé en Espagne que « *certaines magistrats sont très actifs dans la pratique de l'opinion dissidente alors que d'autres ne l'ont presque pas utilisée* »<sup>4</sup>. Pire, certains conseillers pourraient utiliser leurs opinions divergentes pour promouvoir des agendas politiques ou idéologiques, ce qui peut politiser le rôle de la Cour de cassation.

Enfin, au titre des obstacles de fond, l'introduction des opinions séparées risque de nuire au secret du délibéré. En effet, la publication et le commentaire de son vote dans un délibéré auquel il a participé constituent pour un juge une violation du secret des délibérés, que ce vote soutienne la majorité (on parle alors d'« opinion concordante ») ou la minorité (« opinion dissidente »)<sup>5</sup>.

À ces obstacles de fond s'ajoutent des obstacles de mise en œuvre. Notamment, à partir de quand une opinion sera-t-elle suffisamment importante pour gagner le statut d'opinion séparée mais « intégrée » à l'arrêt et donc rendue publique formellement ? Jusqu'où l'opinion séparée doit-elle être motivée ? Comment l'arrêt devra-t-il être rédigé ? Où l'opinion séparée sera-t-elle indiquée ? Un justiciable ne risquera-t-il pas de la confondre avec la solution ? etc.

Pour conclure, la prudence est de mise. Souvent, les partisans des opinions séparées se réfèrent aux pays dans lesquels cette pratique existe pour conclure que les risques soulevés par les détracteurs ne se vérifient pas. Encore faudrait-il en être sûrs et bien mesurer les choses en fonction des particularités respectives des systèmes. Il apparaît donc prudent de ne pas chercher à aller trop vite dans cette

---

<sup>2</sup> F. Luchaire, G. Vedel, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? " Contre " : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », Cahiers du Conseil constitutionnel, juillet 2000, n° 8 (dossier, débat sur les opinions dissidentes).

<sup>3</sup> Rapport Cour de cassation 2030, p. 44.

<sup>4</sup> T. Freixes, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », précité.

<sup>5</sup> Annexe 1.5 au Rapport Cour de cassation 2030, p. 31

réforme le cas échéant, car il sera difficile de revenir en arrière (par une sorte d'effet cliquet). La réflexion sur cette réforme doit s'appuyer sur des études comparatives substantielles des pratiques d'autres pays européens. À cet égard, sur les vingt-sept États membres, treize n'autorisent pas la publication des opinions divergentes par les plus hautes juridictions de l'ordre judiciaire (sept ne l'autorisent pas du tout et six ne l'autorisent que dans le cadre du contrôle constitutionnel)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> *Opinions divergentes au sein des Cours suprêmes des États membres*, Étude précitée, p. 32.



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Audition de Mme Nathalie Fricéro, professeure émérite des universités, Nice Côte d'Azur, du vendredi 27 septembre 2024 à 10h00

Je vous remercie de me faire l'honneur d'échanger sur cette question délicate de l'opinion séparée. Je vous remercie également de m'avoir fait parvenir le questionnaire qui permet d'orienter les réponses. Je vais essayer de respecter la chronologie des questions. Je vais également soulever un certain nombre de questions parce que les réponses dépendent de la conception que l'on a de la notion d'opinion séparée, de sa nature juridique, qui tient à l'intégration dans la motivation de l'arrêt ou l'énoncé en annexe de l'arrêt ou selon d'autres modalités que l'on pourrait envisager. Je pense qu'il faut définir un nouveau circuit de rédaction de l'arrêt et de déroulement du délibéré et réfléchir à la charge de travail supplémentaire pour les magistrats. Sous mon mandat au Conseil supérieur de la magistrature, nous n'avons jamais sanctionné de magistrat pour violation du secret du délibéré. Mais cette question peut se poser dans la mesure où le secret des délibérations constitue une obligation déontologique du magistrat.

### **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

1. Que pensez-vous de la possibilité de l'intégration d'opinions séparées dans les arrêts de la Cour de cassation ?

Vous réfléchissez à intégrer une opinion anonyme minoritaire avec l'accord de la majorité, ce qui est déjà un encadrement très particulier qui ne correspond pas à celui qui est en cours dans certaines juridictions internationales (notamment la Cour européenne des droits de l'homme). Ma réflexion a pris appui sur cette position.

Quelle est la possibilité d'intégrer une opinion séparée ?

Je pense qu'il faut d'abord préciser la notion d'opinion séparée pour savoir si elle englobe aussi les opinions concordantes ou partiellement concordantes. La mission essentielle de la Cour de

cassation est d'harmoniser l'interprétation de la règle de droit sur le territoire, afin que le principe constitutionnel d'égalité devant la loi et la justice soit garanti à tous les citoyens. Une opinion séparée consisterait pour un magistrat à ne pas adhérer à la solution ou au raisonnement interprétatif retenus par la majorité.

Allez-vous adopter une position semblable à celle de la Cour européenne des droits de l'homme ? S'agit-il, sur le modèle en vigueur devant la CEDH, pour un juge d'exposer qu'il est d'accord avec la décision mais pas avec le raisonnement retenu ; ou alors qu'il est d'accord avec le raisonnement mais pas avec la solution adoptée ; ou encore qu'il n'est d'accord ni avec le raisonnement ni avec la solution ; ou enfin qu'il est partiellement d'accord soit avec la solution soit avec le raisonnement retenu ?

Il n'y a pas d'anonymat à la CEDH, ce qui peut parfaitement se justifier en raison de la composition éminemment « politique » de la Cour. Certes, le juge qui est nommé au titre de l'Etat n'est pas là pour défendre systématiquement son Etat, mais sur le plan diplomatique et politique, il n'a pas toujours la possibilité d'adhérer à la majorité et il est opportun de lui laisser la possibilité d'exprimer une l'opinion dissidente. Ce ne serait évidemment pas le cas pour le conseiller de la Cour de cassation qui produirait cette opinion dissidente en toute indépendance. L'indépendance du magistrat est garantie par la Constitution et son opinion dissidente ne serait en aucun cas la manifestation d'une pression qu'il aurait subie soit d'une autorité soit d'une partie prenante. Certes, les opinions séparées peuvent refléter les positions politiques, philosophiques, etc. de leurs auteurs et faciliter la classification des juges entre, par exemple, conservateurs ou progressistes : mais l'anonymat permet d'éviter ce profilage !

À mon avis, seule l'opinion réellement dissidente mérite d'être exprimée, non l'opinion partiellement dissidente, qui risquerait d'entraîner de la confusion et une complexification de la rédaction des arrêts. L'intérêt d'une opinion partiellement dissidente peut se comprendre dans les pays de Common law, dans la mesure où la jurisprudence possède alors la même importance que la loi écrite émise par les organes législatifs et que les opinions dissidentes permettent d'éclairer la solution jurisprudentielle dans le cadre de la mise en œuvre du principe du précédent. En France les **opinions séparées pourraient être assimilées aux travaux préparatoires qui permettent d'interpréter le sens d'une loi** adoptée par le Parlement !

Se pose aussi la question de la nature juridique de l'opinion séparée. En effet, la motivation des arrêts de la Cour de cassation a une certaine autorité car elle permet d'éclairer le dispositif, c'est d'ailleurs ce que la Cour de cassation juge à propos des motivations des jugements rendus par les juges du fond.

S'agit-il d'une « **surmotivation** », qui intègre directement dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation un autre syllogisme possible, anonymisé, avec l'accord de la majorité ? Cela pourrait rendre la délibération plus transparente, résulterait d'une rédaction collective consensuelle (et non, comme pour la CEDH, résulter d'une opinion rédigée par le juge lui-même, non anonymisée). Il s'agirait alors d'une « **motivation superenrichie** », ou d'une « **supermotivation** », et, à mon sens, non plus d'une opinion dissidente à proprement parler... Si on intègre une opinion séparée dans la motivation, avec un numéro spécial dans l'arrêt de la Cour de cassation, comme c'est déjà le cas dans les arrêts de revirement de la Cour de cassation (avec un intitulé formel qui devra apparaître très clairement pour la clarté et la lisibilité de la motivation de l'arrêt elle-même), cela permettrait

d'éclairer le dispositif. Le lecteur pourrait comprendre qu'un autre raisonnement a été discuté et connaître les raisons pour lesquelles il a été écarté.

L'opinion séparée pourrait également apparaître dans un complément explicatif annexé à l'arrêt, tout en restant anonymisée, et non plus dans la motivation. Il s'agirait d'une formule atténuée de « **motivation externalisée** ». Ce serait un complément explicatif de la délibération et de la motivation, qui pourrait remplacer les communiqués de la Cour de cassation. Sans doute, cela faciliterait le processus de rédaction de l'arrêt, mais conférerait une autorité inférieure à l'opinion dissidente : éclairer le dispositif par la motivation semble plus pertinent que de l'éclairer par un document annexe !

## 2. La formulation d'une opinion séparée vous paraît-elle de nature à renforcer ou à fragiliser l'autorité de la décision rendue ?

C'est l'argument évoqué par tous les opposants à l'opinion séparée. En exposant la possibilité juridique d'une autre solution, l'opinion séparée révèle que la décision rendue *in fine* n'était ni évidente, ni potentiellement définitive.

Je pense au contraire que l'autorité des arrêts en sortira renforcée. Initialement, l'autorité des arrêts de la Cour de cassation était attachée à leur brièveté, parce qu'il fallait, en quelque sorte, cloner la brièveté de la loi. Je crois qu'une évolution est nécessaire. L'article 15 de la DDHC précise que « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* » et impose donc une obligation de transparence démocratique à tous les services publics, les acteurs de l'administration. Les besoins du corps social, des acteurs internationaux, des acteurs économiques et sociaux et de la communauté des juristes évoluent. Ces acteurs ont besoin de transparence, qui entretient des liens évidents avec la sécurité juridique.

Certains rapports de conseillers rapporteurs sont d'ores et déjà rendus publics et si le raisonnement suivi par le conseiller rapporteur n'est pas adopté par l'arrêt, cela démontre qu'une autre opinion a pu être discutée et ressemble fort à une opinion dissidente ! Personne n'a jamais remis en cause l'utilité de cette publication ni considéré qu'elle remettait en cause l'autorité de la décision finale non conforme à l'avis émis par le conseiller rapporteur. Il en va de même de l'avis émis par l'avocat général qui prend la parole dans l'intérêt de la loi et du bien commun et qui peut ne pas être suivi par la formation de jugement de la Cour de cassation !

Je pense au contraire que les conséquences positives sont nombreuses :

- **L'énoncé de l'opinion dissidente améliore de la compréhension des arrêts.** Je fais référence à l'objectif constitutionnel de lisibilité et d'accessibilité de la loi. Si la Cour de cassation se veut une autorité normative, elle doit se sentir tenue par cet objectif. Pour maintenir l'uniformité dans l'interprétation de la loi, pour assurer la sécurité juridique et l'égalité de tous devant la loi, il est indispensable que les intéressés puissent comprendre les choix de la Cour de cassation.

- **L'énoncé de l'opinion dissidente conforte l'idée que le justiciable a été entendu au sens de l'article 6 de la CEDH.** Par exemple, le mémoire en défense peut soulever un moyen qui a pu servir de substrat à la position du dissident. Pour accepter la décision, il est opportun que le défendeur au pourvoi ait le sentiment d'avoir été entendu. Il doit pouvoir lire que toutes les

positions ont été défendues, y compris la sienne dans le cadre d'une opinion dissidente et que la motivation fournit les raisons du rejet de sa position.

**La motivation devient « persuasive », au lieu d'être « d'autorité »** et si brève qu'elle soulève des problèmes d'interprétation quant à la portée exacte de la cassation (à tel point qu'il est parfois très compliqué de savoir quelle est l'étendue du renvoi après cassation...). Cela devrait contribuer à inciter les parties prenantes (particulièrement institutionnels, banques, compagnies d'assurance, etc.) à accepter la décision et à éviter de multiplier les procès pour soutenir la même position à l'occasion de litiges sériels. L'acceptabilité des décisions de justice est un enjeu important ; il s'agit d'éviter des insatisfactions qui génèrent de la violence et une instrumentalisation du juge pour obtenir satisfaction.

**- L'énoncé de l'opinion dissidente assure la démonstration de la réalité d'une délibération collégiale.** L'opinion séparée révèle que la décision finale est le résultat d'une véritable délibération collective, après examen des différents raisonnements juridiques et solutions possibles. Elle assure le respect des minoritaires. Les avantages de la collégialité sont bien connus (elle permet de tenir en échec certains biais de raisonnement) !

3. Pensez-vous qu'elle soit susceptible d'avoir des répercussions sur les voies de recours exercées par les justiciables et sur d'éventuelles rébellions par les cours d'appel ?

Il est possible de constater que les cours d'appel se rebellent rarement. Lorsqu'elles le font, c'est parce que la mise en œuvre de la règle de droit ne correspond pas aux attentes du corps social ! L'expression d'une opinion dissidente ne devrait pas les inciter à ne pas respecter l'autorité des décisions de la Cour de cassation.

L'opinion séparée laisse certainement entrevoir une autre voie et peut inciter les parties intéressées à multiplier les recours afin d'obtenir un revirement de jurisprudence, mais ce n'est à mon avis qu'une hypothèse marginale qui reste théorique : le coût d'un procès en cassation, sa durée, les aléas de la solution constituent des freins pragmatiques pour les justiciables.

4. Comment percevez-vous l'articulation entre la possibilité d'émettre une opinion séparée et le principe du secret du délibéré ?

Qu'est-ce que le secret du délibéré ? Quel est son objet ? Sa finalité ?

Est-ce que le secret des délibérations a pour objet de faire en sorte que le citoyen ne connaisse pas l'argumentation juridique sur laquelle s'est fondé le juge ? Dans ce cas, cela ne correspond pas à la situation des très nombreux juges uniques dont on peut lire la motivation ! Le secret du délibéré ne porte donc pas sur la motivation, à défaut, il n'y aurait plus de secret pour les jugements rendus par des juridictions siégeant à juge unique. Le juge unique n'est pas protégé puisqu'on sait pourquoi il a rendu la décision. D'ailleurs, cette absence de secret pose actuellement d'importantes difficultés aux juges des contentieux de la protection qui prononcent des expulsions et qui sont menacés par des parties prenantes. Il y a des risques d'atteintes à leur indépendance, leur sécurité et leur impartialité.

L'objet du secret du délibéré pourrait alors être le suivant : dans le cadre d'une formation collégiale, l'idée serait que personne ne sache qu'un membre A de la formation collégiale n'était pas d'accord

avec les autres membres B et C de cette formation. C'est donc la protection du magistrat dans le cadre d'une formation collégiale qui est envisagée. Si l'opinion séparée est anonymisée, cet objectif particulier (empêcher que le public et les tiers soient au courant de l'opinion juridique d'un magistrat dans la formation collégiale) est atteint. Au contraire, si l'opinion dissidente à la Cour de cassation n'était pas anonymisée, alors il y aurait un risque de pressions sur le juge dissident et un danger potentiel pour son indépendance (voire sa sécurité) et son impartialité. En ce sens, le secret du délibéré **comporte une obligation déontologique, pour le magistrat, qui ne doit pas divulguer les résultats du vote** (cette obligation s'impose qu'il y ait, ou non, l'énoncé d'opinions dissidentes).

Le secret du délibéré peut avoir un autre objet, qui est de **conforter l'image d'unanimité qui serait le propre de l'élaboration des décisions de justice ! L'illusion de l'unanimité** permet de fonder l'existence d'une solution unique issue d'un syllogisme sans faille et soufflé par une entité transcendante<sup>1</sup>. Est-il nécessaire de croire à cette illusion d'unanimité pour légitimer la décision ? Je ne le pense pas.

À mon avis, il faut faire évoluer le secret du délibéré.

- Que pensez-vous de la conception du secret du délibéré selon laquelle le secret protège le processus du délibéré ?

Il est vrai que le magistrat « dissident » est plus libre de s'exprimer durant le délibéré s'il sait que son opinion ne peut pas être divulguée par la majorité ! En ce sens, la sérénité des débats est garantie. Mais je ne pense pas que l'énoncé d'une opinion dissidente soit une entrave à la sérénité des débats, dans la mesure où l'opinion ne figurera **pas obligatoirement dans l'arrêt** et où l'opinion **dissidente est anonymisée**.

La question de l'anonymisation du nom des juges a été très discutée dans le groupe de travail sur l'*open data*. Le code de l'organisation judiciaire (art. L. 111-13) permet d'occulter tout élément permettant d'identifier les magistrats et les membres du greffe lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage. Mais cette disposition est très peu utilisée. En outre, dans le cadre du traitement algorithmique des décisions de justice, les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent pas faire l'objet d'une réutilisation ayant pour effet ou pour objet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées, à peine de sanctions pénales et administratives. Le règlement UE du 13 juin 2024 relatif au système d'intelligence artificielle interdit le profilage.

Il me semble néanmoins que l'absence d'anonymisation des décisions de justice en ce qui concerne le nom des magistrats ne constitue pas un obstacle à l'anonymisation de l'opinion séparée : dans la mesure où celle-ci est intégrée dans la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation, il n'y a aucune raison qu'elle ne soit pas anonyme, de la même manière que l'est déjà la motivation de l'opinion majoritaire !

---

<sup>1</sup> Y. Lécuyer, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », Revue trimestrielle des droits de l'homme n° 57, 2004, p. 201.

Faut-il que la Cour fasse évoluer l'*open data* pour qu'il y ait systématiquement la suppression du nom des juges qui ont rendu la décision face au développement des outils d'IA et des innombrables possibilités d'exploitation des décisions ?

5. Plus généralement, êtes-vous d'avis que l'opinion séparée est compatible avec le droit positif ainsi qu'avec les obligations déontologiques du magistrat ?

Les opposants aux opinions séparées indiquent également comme inconvénient l'atteinte à l'indépendance des juges et à leur liberté de jugement, dans la mesure où les parties prenantes pourraient être tentées de faire pression sur certains juges pour les inciter à adopter une opinion séparée. Mais la proposition consiste à prévoir une présentation anonymisée de l'opinion séparée, ce qui me paraît éviter que tel ou tel juge tire avantage de sa position minoritaire (notamment, cela évite la critique tirée du fait que l'opinion séparée pourrait n'être que la manifestation de l'ego du juge !).

Au contraire, l'opinion séparée m'apparaît comme une nouvelle liberté pour le juge puisqu'elle est anonymisée et qu'elle est intégrée avec l'accord de la majorité dans le projet soumis. Elle fait même figure de nouveau pouvoir pour l'amélioration de la qualité de la justice. Elle vient au soutien de **l'obligation déontologique de transparence démocratique de tout acteur d'un service public**, qui doit rendre des comptes de son activité aux citoyens (article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen). Cette transparence me paraît légitimer la délibération de la juridiction : tout est explicite, y compris les positions minoritaires qui font partie du débat.

En revanche, une nouvelle obligation déontologique naîtra pour le magistrat : ne pas révéler à l'extérieur le nom de celui qui était dissident, pour respecter le secret des délibérations ! Il s'agit, à la fois, de protéger l'indépendance du magistrat dissident et le principe de la décision collégiale qui repose sur un vote à la majorité !

Je ne suis pas une adepte de la « clause de conscience » qui me paraît contraire au principe même de la collégialité. Dans une délibération collégiale, la minorité se plie à la décision de la majorité, elle respecte ce principe démocratique (contrat social de Rousseau : la volonté particulière peut être contrainte de se soumettre à la volonté générale !).

- Y aurait-il pour le magistrat qui a émis une opinion dissidente anonyme l'obligation de ne pas dévoiler son identité ?

Oui, cela doit faire partie de son obligation déontologique de respecter le secret des délibérations. Le secret des délibérations perdure même en cas d'opinion dissidente, il figure dans le serment du magistrat. Les magistrats n'auront pas le droit de divulguer qui était pour l'opinion majoritaire, qui était en faveur de l'opinion dissidente. Si l'opinion séparée était individualisée, cela impliquerait de le prévoir comme une exception légale au secret du délibéré et nécessiterait à mon avis une modification légale.

Je ne sais pas si cela est toujours le cas, mais je me souviens d'un colloque sur la responsabilité individuelle des juges dans le cadre des décisions juridictionnelles. On nous avait dit à l'époque qu'en Italie, on peut attaquer un juge pour sa décision quand il a manifestement violé la loi. On peut mettre en jeu sa responsabilité personnelle et les juges ont d'ailleurs des assurances

professionnelles. Dans les formations collégiales, il avait été dit que chaque juge mettait son opinion dans une enveloppe scellée et, pour pouvoir engager la responsabilité individuelle des juges, il fallait ouvrir les enveloppes pour individualiser la responsabilité et pour exclure des poursuites le magistrat qui avait voté contre la solution. Il faudrait vérifier auprès d'un magistrat si cela est toujours le cas.

6. Il arrive désormais que certains arrêts, rédigés en motivation enrichie, fassent référence à une position contraire, expliquant pourquoi celle-ci n'a pas été retenue. Par rapport à cette pratique récente, certes encore très marginale, pensez-vous que l'opinion séparée intégrée puisse revêtir un intérêt complémentaire ?

Oui, parce qu'il me semble que ce n'est pas la même chose. Une motivation enrichie assoit la décision, alors qu'une opinion séparée est une motivation contraire qui n'a pas été adoptée. Un auteur, Christian Walter, a rédigé un article sur « *La pratique des opinions dissidentes en Allemagne* » dans les Cahiers du Conseil constitutionnel de 2000 (n° 8/2000, p. 84). Il précise que l'opinion séparée impose à son auteur de développer une argumentation de qualité et aux juges majoritaires d'opposer une argumentation juridique de nature à convaincre que l'opinion majoritaire est préférable. Ça ne peut donc que favoriser l'excellence.

Il est certain que la motivation enrichie a déjà révélé la qualité de la réflexion et a rendu les solutions bien plus compréhensibles.

7. L'intégration de l'opinion séparée est-elle selon vous de nature à contribuer au dialogue des juges, notamment entre la Cour de cassation et les juridictions européennes ?

La CEDH pourrait penser que les Français font comme les autres Cours internationales ! Sur le plan diplomatique, cela pourrait être une bonne chose. Mais cela pourrait produire un effet pervers. Quand la CEDH veut condamner la France, elle doit examiner la position de la Cour de cassation et elle pourrait puiser dans l'opinion dissidente de quoi dire à la Cour de cassation que la solution adoptée n'est pas conforme à la Convention, alors que si elle avait suivi l'opinion dissidente, la solution eut été conforme !

C'est en quelque sorte une forme de dialogue...

8. Dans le contexte actuel de critiques fréquentes portées contre l'institution judiciaire, n'existe-t-il pas un risque d'amplification des contestations des décisions rendues prenant appui sur l'opinion séparée exprimée ?

L'intégration d'une opinion séparée peut certainement susciter de la frustration chez celui dont la position n'a pas été retenue par la majorité, alors qu'elle figure dans une opinion dissidente exprimée dans l'arrêt !

Cela peut avoir l'effet inverse puisque l'avocat pourra dire à son client qu'il a été entendu dans sa position, même s'il n'a pas réussi à convaincre la majorité.

Les parties prenantes vont tenter de saisir à nouveau le juge du fond pour obtenir un revirement. Mais elles le font déjà sans opinion dissidente. Il est vrai que les systèmes d'intelligence artificielle permettront d'analyser les opinions dissidentes des arrêts plus facilement. Cela pourrait avoir l'effet

inverse : il est inutile de tenter un revirement puisque les arguments contraires ont été examinés et expressément rejetés !

9. Pourrait-elle être une réponse à certaines menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée à l'open data. Pourriez-vous développer ce point ?

Le 1<sup>er</sup> risque de l'intelligence artificielle, c'est un risque d'atteinte à l'indépendance du juge par le profilage. Les parties prenantes veulent la solution conforme à leurs intérêts personnels. Elles veulent donc connaître la position de la formation devant laquelle ils vont être jugés. On demande alors l'extraction des motifs et dispositifs de tous les arrêts rendus par la formation de jugement et on connaîtra statistiquement la position de celle-ci. Il est certes interdit de profiler les juges, mais il n'est pas interdit d'effectuer un traitement algorithmique des décisions de justice et de la jurisprudence de telle ou telle juridiction. Les systèmes d'intelligence artificielle assurent une hypervisibilité de la jurisprudence.

La seconde critique faite à l'intelligence artificielle est le risque de figer la jurisprudence. L'intelligence artificielle devrait dire « en l'état actuel de la jurisprudence, mais je ne peux rien dire sur ce qui va se passer à l'avenir ». Avec les opinions séparées, cela ouvrirait des perspectives à la jurimétrie : il serait possible d'extraire les opinions séparées des décisions, et de faire état des solutions mais aussi des arguments contraires, susceptibles de faire évoluer ces solutions. En tout état de cause, cela donnerait aux juristes, magistrats et avocats, des idées pour réfléchir à des évolutions...

Je me suis demandé ce que vous envisagiez par « les menaces » ?

Il me semble qu'il n'y a aucune difficulté pour un système d'intelligence artificielle de repérer les opinions séparées dans les décisions.

D'une manière plus générale, le problème posé à la Cour de cassation est celui de la hiérarchisation des décisions : les systèmes d'intelligence artificielle sont fondés sur l'horizontalité des sources. Les réponses sont fournies sur la base de l'*open data* sans hiérarchisation (sauf si elle est requise) ; en outre, sauf dans les dossiers à très fort enjeu, la solution définitive sera donnée par le jugement, exceptionnellement par un arrêt d'appel (selon les chiffres clés du ministère de la justice 2024, seulement 15 % des jugements des tribunaux judiciaires font l'objet d'un appel) : l'intérêt du justiciable se porte dès lors sur la jurisprudence du tribunal ou celle de la cour d'appel du ressort. La recherche et l'analyse se font utilitaristes...

S'agissant des arrêts de la Cour de cassation elle-même, la diffusion de toutes les décisions provoque des recherches indifférenciées (arrêts publiés ou non, de principe ou d'espèce) !

10. Que pensez-vous des arguments présentés par la commission « Cour de cassation 2030 » pour recommander l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

On ne peut qu'approuver les effets positifs. J'approuve les arguments présentés : qualités démonstratives et justificatives accrues, explication d'ordre pédagogique, collégialité développée, réflexion collective accrue (2.2.2.2, pages 44 s.).

Pour la clause de conscience, je trouve que ces termes sont inadaptés : un juge doit respecter la collégialité et le vote à la majorité. Cela fait partie de ses obligations déontologiques. L'opinion

dissidente ressemble à une « clause de conscience », en ce sens qu'elle permettrait au juge dissident de ne pas être contraint par le vote majoritaire...

#### 11. Voyez-vous d'autres avantages ?

- **La réaffirmation du principe du contradictoire appliqué entre le juge de cassation et les parties.** C'est la révélation d'un contradictoire effectif entre les conseillers de la Cour de cassation et les parties. « On vous a entendues, on a discuté réellement vos arguments, on les a intégrés ». « Intégrer » au sens de la CEDH, cela veut dire intégrer dans le cadre d'un débat contradictoire et dans la motivation de la décision.

- **Rendre inutiles les communiqués de presse** et les commentaires rédigés par la Cour elle-même pour expliquer ses décisions. Il y a une motivation enrichie et les opinions séparées. L'arrêt se suffit à lui-même.

- **L'autorité ne se décrète plus et ne tombe plus de haut.** Ce n'est plus admis ni par le corps social ni par la communauté des juristes. De la même manière que l'on parle désormais de démocratie participative, on peut parler de collégialité participative. Il s'agit de mettre en place une motivation persuasive et non plus une motivation d'autorité. Est-ce que le justiciable ne mérite pas une explication un peu plus élaborée ?

## II/ Sur la mise en œuvre de l'opinion séparée

### 1. Avez-vous des observations à formuler sur la procédure et la forme que pourrait prendre l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

Je vais être très modeste car je ne maîtrise pas votre circuit procédural. Il va falloir intégrer la rédaction de l'opinion séparée dans le circuit d'élaboration de l'arrêt. Si vous comptez intégrer l'opinion dissidente dans les conditions prévues, c'est-à-dire anonymement avec l'accord de la majorité, vous serez sans doute contraints de l'intégrer au moment du délibéré. Mais il va falloir ménager à la fois l'intégration dans l'arrêt et l'accord de la majorité, plus la rédaction d'une opinion dissidente argumentée. D'où peut-être la nécessité de limiter dans un premier temps aux assemblées plénières et aux chambres mixtes ou à des formations de section dans le cadre de débats juridiques complexes, controversés. L'opinion dissidente se justifie dans des contentieux dits sensibles pour lesquels il serait opportun de bénéficier de la pluralité des opinions. Faut-il d'abord tester à titre expérimental comme pour la motivation enrichie ?

### 2. Devrait-elle inclure les opinions dissidentes et concordantes ?

Non, je ne pense pas qu'il faille inclure les opinions concordantes. Il y a une délibération collégiale, et si on est d'accord sur le principe ou sur le raisonnement, on se plie à la décision majoritaire pour le surplus ! L'opinion « concordante » n'est-elle pas plutôt destinée à satisfaire l'ego du juge concerné ? Elle n'enrichit pas nécessairement le débat juridique.

3. La pratique de l'opinion séparée devrait-elle être réservée à la Cour de cassation, à l'exclusion des juridictions de fond, ou être largement adoptée ?

Il me paraît opportun de réserver l'opinion dissidente à la Cour de cassation et de l'exclure pour les juridictions du fond pour plusieurs raisons : de nombreuses juridictions du fond statuent à juge unique, ce qui exclut l'opinion dissidente ; d'autres sont soumises à des contentieux de masse qui interdisent qu'un temps soit réservé à la rédaction d'une opinion dissidente. La question pourrait être posée après un temps d'expérimentation à la Cour de cassation ! Les opinions dissidentes risquent d'obscurcir le raisonnement pour le justiciable...

4. À la Cour de cassation, devrait-elle être réservée à certaines formations de jugement ?

J'avais pensé aux assemblées plénières et aux chambres mixtes, mais il n'y en a pas beaucoup. Seule la Cour de cassation peut répondre à la question...



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Contributions de The Right Honourable Lord Leggatt, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni, à la suite de son audition, lors de laquelle il était accompagné de Monsieur Raphaël Tulkens, son assistant judiciaire, du 18 octobre 2024 à 10h30

### **Note sur le recours aux opinions séparées au Royaume-Uni**

La présente note décrit le recours qui est fait aux opinions séparées dans les tribunaux du Royaume-Uni, en particulier la Cour suprême du Royaume-Uni (dont je suis un des membres). Comme demandé, j'envoie également une autre note indiquant mon avis personnel, sur la base de mon expérience et de mon point de vue en tant que juge britannique, sur le recours aux opinions séparées.

#### **I/ La pratique habituelle au Royaume-Uni**

Certaines des questions sur le recours aux opinions séparées posées dans votre questionnaire présupposent (1) que la loi prévoit l'émission d'opinions séparées et (2) qu'elle a été introduite à titre d'exception à la règle normale. Cependant, ces hypothèses ne s'appliquent pas au Royaume-Uni. Au contraire, la situation dans le système juridique britannique est inverse. Il n'existe aucune loi (à une exception près mentionnée ci-dessous) qui régit le recours aux opinions séparées. De plus, la façon normale dont les affaires sont tranchées est que chaque juge exprime publiquement son opinion personnelle.

Cela s'applique à toutes les juridictions du Royaume-Uni - c'est-à-dire l'Écosse et l'Irlande du Nord ainsi que l'Angleterre et le Pays de Galles - et à la Cour suprême qui est la cour d'appel de dernier ressort pour toutes les juridictions britanniques.

À ma connaissance, c'est également vrai pour tous les autres pays dont le système juridique trouve son origine dans le système juridique anglais : par exemple, les États-Unis, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Inde, Hong Kong et d'autres anciennes colonies britanniques.

## **II/ Origines historiques**

La pratique de donner des opinions séparées existe en Angleterre depuis aussi longtemps que les tribunaux composés de plus d'un juge ont motivé leurs décisions. À l'époque médiévale, lorsqu'une question de droit importante était soulevée, elle était débattue devant tous les juges du tribunal siégeant « en banc ». Les débats sur la question se poursuivaient à l'audience jusqu'à ce qu'un consensus soit atteint. Une affaire difficile pouvait être ajournée à plusieurs reprises afin que les débats puissent se poursuivre. Les juges exprimaient leur opinion au cours de la plaidoirie. Lorsqu'il devenait clair que tous les juges étaient d'accord, la décision était actée. Aucun motif n'était donné.

Par la suite, cette méthode de prise de décision est devenue insoutenable. Il y a eu des exemples d'affaires qui ont été ajournées 16 ou 17 fois ou dans lesquelles les juges n'ont pas été en mesure de parvenir à un accord, de sorte qu'aucune décision n'a été prise. À compter du XVII<sup>ème</sup> siècle, il était courant qu'une décision soit prise sur la base de l'opinion de la majorité. Les juges ont également commencé à exprimer leur opinion à la fin de l'audience plutôt que simplement pendant la plaidoirie. Dans les affaires vraiment difficiles, le jugement était réservé à une date ultérieure où chaque juge donnait son opinion en lisant un discours préparé.

La pratique de donner des opinions séparées a également été adoptée par la Chambre des lords lorsqu'elle agissait en tant que plus haute cour d'appel du Royaume-Uni. À la suite de réformes intervenues au XIX<sup>ème</sup> siècle, seuls les membres de la Chambre des lords qui étaient « versés dans la loi » étaient autorisés à entendre et à trancher les appels, et des juges étaient spécialement nommés à la Chambre des lords à cette fin. La Chambre des lords en sa qualité d'organe judiciaire est restée la plus haute cour d'appel jusqu'en 2009, date à laquelle la Cour suprême a repris ce rôle. La Cour suprême a été créée par une loi qui a établi un système indépendant de nomination des membres de cette Cour. Mais aucun changement important n'a été apporté à la pratique ou à la procédure suivie auparavant par la Chambre des lords.

## **III/ Jugements dans les procédures judiciaires anglaises**

Dans les procédures judiciaires anglaises, le mot « jugement » a deux sens. Ce mot peut faire référence à la décision du tribunal, telle qu'elle est consignée dans une ordonnance formelle rendue par le tribunal. Ce mot est également (plus fréquemment) utilisé pour désigner une explication publique donnée par un juge de son opinion sur la façon dont l'affaire devrait être tranchée et les raisons de cette opinion. Dans cette note, j'utiliserai le terme « jugement » dans le second sens.

Comme je l'ai expliqué ci-dessus, historiquement, chaque juge avait l'habitude d'expliquer oralement au tribunal son opinion sur la façon dont l'affaire devait être tranchée et les raisons de cette opinion. Dans de nombreux cas, ces jugements étaient rendus *ex tempore* à l'audience immédiatement après les plaidoiries. Mais dans les cas plus difficiles, le jugement était « réservé » à une date ultérieure, où les juges lisaient chacun au tribunal une explication écrite de leur opinion.

La pratique consistant à rendre des jugements *ex tempore* à l'issue de l'audience est encore suivie dans les affaires simples tranchées en première instance (généralement par un juge unique) et parfois devant la cour d'appel. Mais de nos jours, dans les affaires plus difficiles (y compris presque

toutes les affaires devant la Cour d'appel en matière civile et toutes les affaires devant la Cour suprême), les arrêts sont publiés par écrit quelque temps après l'audience.

Lorsqu'il y a plus d'un juge, le premier jugement contiendra les motifs détaillés de l'opinion du juge. Les autres jugements peuvent également contenir un raisonnement détaillé, notamment lorsqu'un juge n'est pas d'accord avec ce qui a été déclaré par un collègue. Mais les juges peuvent, et le font souvent, se contenter de déclarer qu'ils sont d'accord avec le jugement rendu par leur collègue, particulièrement lorsque les juges sont unanimes dans leur opinion. Il est toutefois important de noter que l'opinion de chaque juge est énoncée publiquement et que chaque juge a le droit, s'il le souhaite, de rendre un jugement expliquant son opinion et les motifs de cette opinion dans ses propres mots.

Parce que les jugements contiennent les opinions de juges individuels, ils sont exprimés à la première personne. Un jugement rédigé (ou prononcé) par un juge unique utilise des termes tels que « *je considère que...* », « *je conclus que...* », « *à mon avis* », etc. Si le jugement a plus d'un auteur, la première personne du pluriel est utilisée : « *Nous considérons que...* », « *Nous concluons que...* », « *À notre avis* », etc. Lorsque les jugements sont publiés, leurs auteurs sont toujours identifiés par leur nom.

#### **IV/ Exceptions**

La pratique de donner des opinions séparées n'a pas été universelle. Il y a, ou il y avait, trois exceptions :

1. Appels au Comité judiciaire du Conseil privé. Historiquement, le Conseil privé était (et est toujours) un conseil qui conseillait le roi (ou la reine). Lorsque la Grande-Bretagne a établi des colonies d'outre-mer, un droit d'appel auprès du roi depuis les tribunaux des colonies britanniques a été instauré. Le Roi décidait s'il y avait lieu d'autoriser de tels appels sur l'avis du Conseil privé. Plus tard, un Comité judiciaire officiel du Conseil privé (JCPC) a été créé. Celui-ci agissait en fait comme une cour d'appel de dernier ressort pour tous les pays de l'Empire britannique. Le JCPC existe encore aujourd'hui. De toute évidence, son rôle est fort réduit, mais il reçoit encore des pourvois provenant de 29 juridictions dans le monde. Il s'agit notamment des îles Anglo-Normandes, des territoires britanniques d'outre-mer (y compris Gibraltar et certains centres financiers tels que les Bermudes, les îles Caïmans et les îles Vierges britanniques), ainsi que de plusieurs pays indépendants qui ont choisi de conserver le Conseil privé comme juridiction d'appel de dernier ressort (par exemple, la Jamaïque, Trinité-et-Tobago, Maurice et Brunei). À l'origine, le Conseil privé ne donnait qu'un seul avis au roi et aucune opinion séparée n'était autorisée. Ceci était imposé par un « *ordre [pris] en conseil* » (un ordre approuvé par le roi lors d'une réunion du Conseil privé) datant de 1627. La règle a perduré jusqu'en 1966, lorsqu'elle a été révoquée à la suite de plaintes de certaines juridictions, notamment de l'Australie, selon lesquelles le fait de ne permettre qu'un seul avis était préjudiciable à la qualité des décisions. Depuis 1966, il est possible de donner des opinions dissidentes et concordantes dans les affaires du Conseil privé, mais elles sont inhabituelles. Je ne peux pas expliquer pourquoi, si ce n'est qu'une

tradition semble avoir persisté selon laquelle il ne devrait y avoir, si possible, qu'une seule opinion, même si cela n'est plus obligatoire.

2. Recours devant la Cour d'appel en matière pénale. Il n'y avait pas de système d'appel dans les affaires pénales en Angleterre jusqu'en 1907, lorsqu'une Cour d'appel pénale fut établie par la loi. Cette loi exigeait que la Cour rende un seul jugement, à moins que le juge qui préside ne déclare que, « *à son avis, il s'agit d'une question de droit sur laquelle il convient que des jugements séparés soient rendus par les membres de la Cour* ». La législation actuelle contient toujours cette règle. C'est la seule situation dans laquelle la possibilité pour les membres d'une juridiction au Royaume-Uni de rendre des jugements séparés est réglementée par la législation. Il est en pratique très rare que des opinions séparées soient rendues par la Cour d'appel en matière pénale (toutefois, en case de recours devant la Cour suprême dans une affaire pénale, la pratique normale s'applique et il n'y a alors aucune restriction concernant les opinions séparées).
3. « Jugements de la Cour ». Lorsque les membres d'un tribunal ou d'une Cour composé(e) de plus d'un juge sont unanimes, ils peuvent expliquer les motifs de leur décision dans ce qu'on appelle « le jugement de la Cour ». C'est notamment ce que fait parfois la Cour d'appel en matière civile. La Cour d'appel siège en formation de trois juges et, le cas échéant, les trois juges peuvent rédiger un jugement de manière conjointe. Un tel jugement commence souvent par déclarer : « *Ceci est le jugement de la Cour auquel tous ses membres ont contribué* ». Parfois, bien que le jugement ait été rédigé uniquement ou principalement par un seul juge, les juges choisissent entre eux de le présenter comme « le jugement de la Cour » parce qu'ils veulent transmettre un message clair d'unanimité (et peut-être d'autorité) par l'expression de leur opinion collective. Il ne s'agit pas d'une véritable exception à la règle normale, car les juges, dans de tels cas, ont toujours le droit de donner des opinions séparées, mais ils choisissent d'exprimer leur raisonnement dans une seule opinion commune (un tel « jugement de la Cour », bien qu'il ne soit pas interdit, est très inhabituel à la Cour suprême, même lorsque les juges sont unanimes).

## **V/ Le travail de la Cour suprême**

Il existe des différences importantes entre la Cour suprême du Royaume-Uni et votre Cour de cassation. Nous n'avons que 12 juges : neuf (y compris moi-même) d'Angleterre et du Pays de Galles, deux d'Écosse et un d'Irlande du Nord. Ces mêmes juges sont également membres du JCPC (bien qu'à ce titre, ils soient parfois rejoints par des juges d'autres tribunaux). À l'heure actuelle, le nombre d'affaires jugées chaque année par la Cour suprême et le JCPC est à peu près égal : en moyenne, chacun de ces organes juge environ 45 affaires par an.

La Cour suprême (et à toutes fins pratiques le JCPC) ne reçoit que les appels des tribunaux inférieurs. Il s'agit, à de rares exceptions près, de deuxième appels (ou parfois de troisième appels) qui ont déjà fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel. Pour qu'une affaire parvienne à la Cour suprême, elle doit passer à travers plusieurs filtres. En matière civile, un justiciable qui souhaite faire appel de la décision d'un juge doit généralement obtenir l'autorisation de la Cour d'appel. Le critère habituel pour accorder une telle autorisation est que le pourvoi est considéré comme ayant une chance réelle de succès. Pour faire appel d'une décision de la Cour d'appel auprès de la Cour

suprême, l'autorisation est à nouveau nécessaire. Dans presque tous les cas, c'est la Cour suprême elle-même qui décide d'accorder ou non l'autorisation. Les demandes d'autorisation de faire appel sont tranchées par des collèges de trois juges sur la base d'un dossier écrit uniquement. Le critère fondamental consiste à déterminer si l'appel soulève une question de droit qui est à la fois défendable et d'importance générale pour le public. Si l'autorisation est refusée, aucune raison n'est généralement donnée, sauf pour dire qu'il n'y a « *aucun point de droit défendable* » ou « *aucun point de droit d'importance publique générale* » (ou les deux). Il n'y a pas de restriction quant au nombre d'affaires dans lesquelles l'autorisation de faire appel peut être accordée, mais dans la pratique, ces dernières années, cette proportion a été d'environ 25 %.

Dans chaque appel pour lequel une autorisation est accordée, la Cour suprême reçoit des conclusions écrites (généralement limitées à 50 pages pour chaque partie), suivies de plaidoiries orales pendant généralement un ou deux jours (ou parfois plus). La Cour siège normalement en formations de cinq juges, mais si l'on demande à la Cour de s'écarter d'une décision antérieure de la Cour suprême (ou de son prédécesseur, la Chambre des lords) sur une question de droit, la formation comprend généralement sept juges. Très occasionnellement, le nombre de juges statuant dans une affaire peut être encore plus grand.

Dans nos tribunaux, à tous les niveaux, les juges ont l'habitude de motiver leurs décisions de manière très détaillée. C'est notamment le cas des jugements rendus par les juges de la Cour suprême. À titre indicatif, les quatre jugements que j'ai rédigés les plus récemment ont chacun une longueur comprise entre 10.000 et 20.000 mots. Un jugement contient généralement une analyse et une discussion approfondies du droit applicable, y compris des décisions rendues dans des affaires antérieures, ainsi que des arguments avancés par les parties et du raisonnement des tribunaux inférieurs.

L'attitude des juges de la Cour suprême à l'égard des opinions séparées a changé au cours des dernières années. Autrefois, il était courant pour chaque membre de la Cour d'expliquer son raisonnement dans ses propres mots dans une opinion séparée. Cependant, cette façon de faire présente le désavantage de rendre difficile l'identification des principes de droit établis par la cour. Supposons qu'une majorité de la Cour décide d'autoriser (ou de rejeter) un pourvoi, mais que les juges de la majorité donnent tous des motifs différents pour la décision. Dans un tel cas, le résultat réel est clair, mais le droit qui devrait être appliqué dans les cas futurs risque de rester très flou. Comme vous le savez probablement, dans notre système juridique, les tribunaux inférieurs sont tenus de suivre les décisions des tribunaux supérieurs. Ce qui lie les tribunaux inférieurs, c'est la motivation de la décision (connue sous le nom de *ratio decidendi*). Cela peut causer de grandes difficultés s'il n'y a pas de motivation claire sur laquelle une majorité est d'accord.

Je pense que cela a plus d'importance aujourd'hui que par le passé parce qu'il y a plus de lois, plus de litiges et de volume de travail sur les tribunaux à tous les niveaux, et le droit est à la fois plus compliqué et évolue plus rapidement. Seul un petit nombre d'affaires dans chaque domaine du droit parvient jusqu'à la Cour suprême. Lorsqu'un appel sur une question de droit controversée et importante est porté devant la Cour suprême, il est dès lors essentiel que la Cour s'efforce de donner des orientations claires. Il est également devenu beaucoup plus facile pour les juges de collaborer à la rédaction des jugements en raison des technologies modernes de l'information. Un projet de jugement peut être distribué par voie électronique, tous les membres du collège peuvent partager

des commentaires et le libellé peut facilement être modifié. C'est très différent de l'époque où les jugements étaient écrits à la main par des juges assis seuls dans leur bureau.

À la Cour suprême, on s'attend maintenant à ce que nous essayions, dans la mesure du possible, de produire un jugement avec lequel au moins une majorité des juges est d'accord. Ce jugement contiendra ensuite le raisonnement qui s'impose aux juridictions inférieures. L'objectif d'un tel jugement principal ne s'agit pas d'une règle formelle, mais d'une entente entre les membres de la Cour. En pratique, dans la plupart des cas, la Cour est en mesure de rendre un jugement avec lequel tous les membres de la Cour qui ont siégé sont d'accord.

## **VI/ Le processus de délibération et de préparation des jugements**

Il peut être utile que je décrive le processus de délibération et de rédaction des arrêts à la Cour suprême du Royaume-Uni (le processus est similaire, bien qu'un peu plus informel, à la Cour d'appel et dans d'autres tribunaux composés de plus d'un juge).

Après avoir entendu les plaidoiries, les juges se réunissent pour discuter de l'affaire entre nous. Chaque juge exprime à tour de rôle son point de vue provisoire sur l'affaire, en commençant par le membre le plus jeune de la Cour et en terminant par le plus ancien. S'ensuit une discussion générale. La réunion dure généralement 1 à 2 heures. Dans la plupart des cas, il s'agit de la seule réunion pour discuter de l'affaire. Mais dans les cas difficiles où les opinions sont partagées ou qu'il y a une incertitude importante sur la décision, une deuxième réunion sera organisée (et très occasionnellement une troisième réunion).

Le doyen demande ensuite à un juge (ou à deux juges conjointement) de rédiger un projet d'arrêt. Il n'y a pas de règle pour le choix de cette personne, sauf qu'il doit s'agir d'une personne dont l'opinion reflète l'opinion, ou est susceptible de refléter l'opinion, d'une majorité de la Cour. Les facteurs pertinents pour décider quel juge devrait rédiger l'arrêt comprennent l'expertise dans le domaine du droit en cause, la charge de travail actuelle et l'enthousiasme à rédiger l'arrêt.

Une fois rédigé, le projet d'arrêt est diffusé par voie électronique aux autres juges, qui le commentent par courrier électronique et peuvent suggérer des modifications. S'il y a des divergences d'opinions importantes, une autre réunion peut être organisée. À ce stade, tout autre juge qui le souhaite est libre de rédiger son propre projet d'arrêt, en donnant son opinion sur l'affaire et les motifs de cette opinion. Ce projet d'arrêt est ensuite distribué pour commentaires de la même manière que le premier arrêt. Cela peut conduire à ce que le premier arrêt soit modifié pour tenir compte de la motivation du second arrêt. Il n'est pas rare non plus que les juges changent d'avis après avoir lu le deuxième projet, ce qui peut changer l'issue de l'affaire.

Une fois que l'opinion (ou les opinions) a (ont) été finalisée(s), elle(s) est (sont) publiée(s) ensemble. De nos jours, la décision est prononcée en audience publique de la Cour accompagnée d'une explication verbale de 5 ou 10 minutes donnée par le juge qui a rédigé l'opinion principale. Cette audience – comme toutes les audiences de la Cour suprême – est non seulement ouverte à tout membre du public, mais elle est aussi diffusée en direct. L'enregistrement est également disponible par la suite sur le site Web de la Cour pour être visionné en ligne. L'arrêt (contenant une ou plusieurs

opinions) est publié électroniquement sur le site web de la Cour, accompagné d'un bref communiqué de presse.

## **VII/ Quelques statistiques récentes**

J'ai demandé à mon assistant judiciaire de réaliser une analyse statistique des affaires jugées par la Cour suprême au cours des trois dernières années (du 1er octobre 2021 au 30 septembre 2024). Au cours de cette période, la Cour suprême a statué sur un total de 134 affaires. Il y a eu un jugement principal avec lequel tous les juges ou la majorité des juges ont été d'accord dans toutes ces affaires, sauf quatre. Dans environ 80 % des cas, il n'y a eu qu'une seule opinion (avec lequel tous les juges ont été d'accord). Dans environ 12 % des cas, il y a eu au moins une opinion dissidente et dans environ 12 % des cas, il y a eu au moins une opinion concordante. Dans environ deux tiers des cas, l'opinion unique ou majoritaire a été rédigée par un seul juge, mais dans environ un tiers des cas, il s'agissait d'une opinion commune, rédigée par deux juges ou plus.

Mon assistant a également examiné les affaires tranchées par le JCPC. Au cours de la même période de trois ans, le Comité a statué sur 141 affaires. Dans plus de 90 % de ces cas, un arrêt avec seule opinion a été rendu. Il y a eu une ou plusieurs opinions dissidentes dans environ 6 % des affaires et une ou plusieurs opinions concordantes dans seulement trois cas (environ 2 %). Au cours de l'année dernière (c'est-à-dire 2023/24), aucune opinion séparée (dissidente ou concordante) n'a été rendue dans aucune affaire. Il n'y a eu qu'un seul cas où le JCPC n'a pas produit d'opinion principale avec laquelle l'ensemble ou la majorité du Comité était d'accord (sur tous les moyens). Dans environ 20 % des cas, l'opinion unique ou majoritaire était une opinion commune de deux juges ou plus.

## **VIII/ Deux exemples d'arrêts de la Cour suprême du Royaume-Uni**

J'envoie avec la présente note deux exemples de décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni pour illustrer la forme sous laquelle les arrêts sont publiés. Le premier exemple est une décision qui contient une opinion majoritaire et une opinion dissidente. Si vous regardez le début de l'opinion dissidente, aux paragraphes 108 à 113, vous verrez que les juges de la minorité commencent par expliquer leurs points d'accord et de désaccord avec l'opinion de la majorité. Le deuxième exemple est une affaire récente où il n'y a eu qu'une seule opinion, que j'ai écrite<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il est peut-être intéressant de noter qu'au paragraphe 35, je fais référence à un arrêt de votre Cour

## **Le recours aux opinions séparées : le point de vue d'un juge britannique**

J'ai décrit l'histoire et la pratique au Royaume-Uni en matière d'opinions séparées, en me référant en particulier à la Cour suprême du Royaume-Uni (dont je suis un des membres). La présente note répond à la question suivante : quel est votre avis sur le recours aux opinions séparées et pourquoi ? Le point de vue exprimé ci-après est mon avis personnel, mais je crois qu'il représente le point de vue typique d'un juge britannique.

- **La conception du rôle du juge**

Pour comprendre mon attitude à l'égard des opinions séparées, il est important de comprendre le rôle des juges dans le processus de décision des affaires au Royaume-Uni. Dans notre système juridique (et dans d'autres qui ont leur origine dans le système juridique anglais), il est considéré comme une partie essentielle de la fonction d'un juge d'indiquer publiquement comment, selon l'avis du juge, l'affaire devrait être tranchée et les motifs de cette opinion (soit en expliquant ces motifs dans les propres mots du juge, soit en exprimant son accord avec les motifs énoncés par un autre membre de la Cour). Lorsque la Cour est composée de plus d'un juge, la décision est prise à la majorité. La décision est consignée dans une ordonnance formelle de la Cour. Mais la Cour, en tant qu'organe impersonnel de l'État, ne motive pas sa décision. Les motifs sont ceux des juges, tels qu'expliqués dans leurs opinions publiées. Il s'ensuit que, si un juge n'est pas d'accord avec une décision prise à la majorité, il est attendu que le juge explique dans son opinion publiée les raisons de ce désaccord.

- **Le secret des délibérations**

Votre questionnaire demande dans quelle mesure, dans notre système juridique, l'emploi des opinions séparées est compatible avec le principe du secret des délibérations. La réponse est que, de notre point de vue, il n'y a pas de conflit. En effet, une distinction claire est faite entre les délibérations internes des juges pour parvenir à une décision, qui sont secrètes et confidentielles, et les opinions motivées des juges, qui sont publiques.

Les délibérations internes comprennent tout ce qui a été dit lors des discussions entre les juges, tous les projets d'arrêt préparés par un membre de la Cour et tous les commentaires sur ces projets par d'autres juges. En se forgeant une opinion, les juges peuvent donc s'exprimer librement et changer d'opinion sans craindre d'être embarrassés. Mais, comme je l'ai expliqué, à la fin de ce processus, chaque juge est tenu d'exprimer publiquement son opinion et les raisons de cette opinion. Dans le but de parvenir à un consensus ou à une déclaration claire de l'opinion collective, les juges peuvent parfois être disposés à être d'accord avec l'opinion et les motifs donnés par un collègue, même s'ils ont des doutes ou des réserves en privé. Toutefois, si un juge n'est pas en mesure publiquement, en toute conscience, de se contenter d'être d'accord avec l'opinion et les motifs énoncés par un collègue, il doit rendre son opinion séparée expliquant sa propre opinion et les motifs qui la justifient.

- **Les avantages des opinions séparées**

Je reconnais que les pratiques judiciaires doivent être examinées dans le contexte du système juridique dans lequel elles évoluent, de son histoire, de sa culture et de ses traditions. Une pratique considérée comme importante ou essentielle dans un système peut ne pas l'être dans un autre. Dans le contexte du système juridique britannique, je pense que la pratique qui consiste à exiger de chaque juge qui participe à la prise de décision qu'il explique publiquement les motifs de son opinion présente les avantages suivants.

D'abord et surtout, cette pratique sert à s'assurer et à donner confiance au public que les juges exercent leur pouvoir de manière légitime. L'exercice du pouvoir judiciaire n'est légitime que si les décisions sont prises par les juges conformément aux normes juridiques et à la raison publique. Lorsque chaque juge expose publiquement les motifs de son opinion, les parties et le public peuvent constater par eux-mêmes que tous les membres de la Cour ont formé leur opinion sur une base juridique, et non sur base de préférences ou de préjugés personnels ou politiques ou d'autres considérations juridiquement non pertinentes. Par conséquent, que les parties et les membres du public intéressés approuvent ou non la décision de la Cour, ils peuvent au moins accepter que la décision est le résultat d'un processus légitime et équitable.

Deuxièmement, le fait d'exiger des juges qu'ils expliquent publiquement les motifs de leurs opinions les encourage à examiner plus attentivement et plus en profondeur les arguments contradictoires et la force des motifs juridiques pour et contre une décision particulière. Le processus de rédaction d'une opinion séparée peut amener un juge à reconnaître que ce qui lui semblait être une conclusion valable ne peut en réalité pas, après une analyse plus approfondie, être étayé par des bases juridiques solides ou être compatible avec une compréhension plus large du droit. Le fait de savoir que leurs opinions seront examinées par le public rend également les juges susceptibles de déployer davantage d'efforts pour s'assurer du bien-fondé de leurs opinions et des motifs invoqués pour justifier ces opinions.

Troisièmement, le fait que les juges qui ne sont pas d'accord avec leurs collègues soient tenus d'expliquer publiquement les motifs de leur désaccord peut également, et c'est souvent le cas, améliorer la qualité et les fondements de la décision majoritaire. En effet, lorsque les juges lisent un projet de jugement bien motivé rédigé par un collègue qui s'est forgé une opinion différente, ils affinent et clarifient souvent leurs propres motifs et parfois changent d'avis. Savoir qu'une opinion dissidente sera publiée oblige les juges qui ne sont pas d'accord avec elle à répondre aux arguments contradictoires. Parfois, une opinion qui a été rédigée de manière dissidente convainc un ou plusieurs autres membres de la Cour par la force de ses arguments, de sorte qu'elle obtient l'approbation d'une majorité et modifie la décision rendue par la Cour.

Quatrièmement, la publication d'opinions séparées aide à corriger les erreurs judiciaires et à faire évoluer le droit. La rédaction d'une opinion séparée démontre la possibilité de solutions alternatives à une même question juridique. En cas d'appel, la Cour d'appel (ou de cassation) peut trouver ce raisonnement alternatif convaincant, ou si elle n'est pas convaincue, elle devra expliquer pourquoi. S'il n'y a plus de possibilité d'appel parce que l'opinion séparée a été rendue en dernière instance, elle peut tout de même influencer les avocats, la doctrine, d'autres juges qui siègent ultérieurement et même parfois le législateur. Les opinions séparées favorisent le dialogue et la poursuite de la

discussion et de l'argumentation. Il est donc plus probable que les erreurs soient reconnues et corrigées par la suite et que les meilleures opinions juridiques prévalent à long terme.

- **Les inconvénients des opinions séparées**

À mon avis, le principal inconvénient potentiel d'exiger de chaque juge qu'il exprime publiquement son opinion est le risque que, si les juges parlent avec trop de voix différentes, la décision de la Cour ne produise pas une réponse claire à une question de droit. J'ai expliqué dans ma première note que, pour tenter d'éviter ce danger, la Cour suprême du Royaume-Uni a adopté un accord informel selon lequel nous essayons de produire, si possible, un jugement avec lequel au moins une majorité des membres de la Cour sont d'accord. C'est d'autant plus important que, dans notre système juridique, les tribunaux inférieurs sont obligés de suivre la *ratio decidendi* (c'est-à-dire la règle de droit ou les motifs essentiels à la décision) d'une affaire antérieure tranchée par une juridiction supérieure. Il peut être difficile, voire impossible, d'identifier la raison d'être de la décision de la Cour en l'absence d'une opinion qui, même si elle n'est pas unanime, est approuvée par la majorité des juges.

L'analyse statistique que j'ai mentionnée dans mon autre note indique que l'objectif de produire un jugement principal avec lequel tous les juges ou une majorité sont d'accord est actuellement presque toujours atteint par la Cour suprême du Royaume-Uni. Mais cela présuppose que les membres de la Cour abordent le processus de décision dans un esprit de coopération. Il est raisonnable de s'attendre à ce que les juges nommés à une cour d'appel collaborent avec leurs collègues et reconnaissent l'importance d'une telle coopération. Mais il n'y a pas de règle formelle dans notre système juridique qui empêche un juge de rédiger une opinion séparée lorsqu'il ou elle le souhaite.

- **L'autorité de la Cour**

Je n'ignore pas qu'en France, on a exprimé la crainte que la publication d'opinions séparées n'affaiblisse l'autorité de la Cour car cela donnerait l'impression que la loi n'apporte pas de réponse unique à la question posée, ou parce que cela révélerait un désaccord parmi les juges quant à la bonne réponse. À cette préoccupation, je répondrais qu'il est généralement reconnu et compris de nos jours, non seulement par les avocats, mais aussi par le grand public, que les lois nécessitent une interprétation, que, dans de nombreux cas, différentes interprétations sont possibles et que les avocats et les juges ne sont parfois pas d'accord sur la meilleure interprétation du droit. On ne peut attendre des citoyens qu'ils acceptent l'autorité des décisions de justice à moins qu'elles ne soient fondées sur des motifs juridiques convaincants. En général, le fait de dissimuler ou de refuser de reconnaître publiquement l'existence d'un désaccord et les raisons qui l'expliquent me semble plus susceptible d'affaiblir que de renforcer l'autorité de la Cour, parce que cela donne l'impression que la Cour agit en secret et qu'elle n'a pas de comptes à rendre au public.

Je pense que l'autorité de la Cour serait endommagée si ses membres exprimaient leur désaccord entre eux dans leurs opinions publiques sur un ton sévèrement critique ou irrespectueux. Ces derniers temps, cela s'est parfois produit à la Cour suprême des États-Unis, où il y a une division idéologique flagrante entre les juges. Cependant, cela n'a jamais posé de problème à la Cour

suprême du Royaume-Uni. Une différence contextuelle importante est qu'au Royaume-Uni, contrairement aux États-Unis, la politique et l'idéologie ne jouent aucun rôle dans la nomination des juges.

- **Le profilage des juges**

Vous avez demandé s'il y avait des craintes que le recours aux opinions séparées puisse conduire à un « profilage » des juges. J'interprète le terme « profilage » comme faisant référence aux tentatives d'identifier des tendances dans les décisions et les opinions des juges et d'utiliser cette information pour comparer les juges et pour prédire comment ils sont susceptibles de trancher les affaires. J'ai lu qu'en France, les données d'identité des magistrats et des membres du greffe publiées avec les jugements ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées (LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, article 33).

Je ne suis pas au courant que de telles préoccupations aient été exprimées au Royaume-Uni. Chez nous, il est considéré comme parfaitement légitime d'essayer d'identifier les inclinations de chaque juge en analysant ses opinions publiées et d'utiliser ces informations pour essayer de prédire comment ces juges sont susceptibles de trancher une affaire. Les avocats le font constamment de manière informelle sur base de leur propre expérience et de la réputation des juges lorsqu'ils avisent leurs clients sur l'issue probable d'un litige. Je crois que la technologie de l'IA est également utilisée pour tenter de prédire, à partir de données accessibles au public, la pratique professionnelle des juges. J'ai vu deux livres écrits par des spécialistes des sciences sociales qui ont utilisé l'analyse de données pour développer un modèle de prévision des opinions des juges individuels de la Cour suprême (et auparavant de la Chambre des lords). Aucune de ces démarches n'est considérée comme répréhensible. La situation pourrait être différente si les parties ou leurs avocats avaient la capacité de contrôler ou d'influencer la composition de la Cour, mais ce n'est pas le cas dans le système juridique britannique.

- **L'indépendance des juges**

Le rapport intitulé « Cour de cassation 2030 » évoque également le risque que la publication des opinions séparées puisse menacer l'indépendance des juges en les exposant à d'éventuelles sources de pressions extérieures. Un tel risque n'est pas perçu au Royaume-Uni, où les opinions séparées ont toujours été exprimées publiquement.

L'indépendance des juges est très fortement protégée au Royaume-Uni par d'autres mesures. Les juges sont recrutés parmi les avocats expérimentés, généralement d'âge moyen, et à ce stade de leur carrière, ils ont acquis une indépendance intellectuelle vigoureuse. Je suis devenu juge à l'âge de 54 ans. Les juges sont choisis par un organe indépendant (la Commission des nominations judiciaires) qui n'est soumis à aucune influence politique. Dans les juridictions supérieures, les juges ne peuvent être démis de leurs fonctions que par une motion adoptée par les deux chambres du Parlement. Cela ne s'est jamais produit à l'époque moderne. Il est toutefois arrivé qu'un juge qui a commis une

faute disciplinaire ou qui est devenu incompetent ait été persuadé de prendre une retraite anticipée ou n'ait plus été autorisé à siéger dans des affaires par le président ou par le doyen de la Cour.

Les juges jouissent d'une immunité absolue de juridiction pénale et civile pour tous les actes pris et toutes les paroles prononcées ou écrites dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Il existe un système de plaintes concernant la conduite des juges, ce qui peut donner lieu à une réprimande publique. Mais ce système disciplinaire ne s'applique qu'au comportement personnel d'un juge. Cela inclut son comportement à l'audience, tel qu'insulter ou manquer de courtoisie envers une partie ou un avocat, mais cela n'inclut pas une décision prise par le juge ou ce qui a été dit dans une opinion judiciaire.

En raison de ces protections très strictes, je n'ai jamais entendu de crainte de la part d'un juge ou d'un commentateur que l'obligation des juges d'exprimer publiquement leurs opinions et les motifs de celles-ci puisse nuire à leur indépendance.

Une préoccupation connexe est que des juges pourraient être individuellement dénigrés s'ils expriment des opinions impopulaires auprès d'une partie du public ou de la presse. Cela n'est pas un problème au Royaume-Uni. À de rares exceptions près, les juges ne sont pas des personnalités publiques et le fait que leurs opinions soient publiées suscite rarement l'intérêt du public ou des médias pour les juges à titre personnel.

Il y a eu de rares exceptions dans certaines affaires impliquant des conséquences politiques importantes. L'exemple le plus extrême concerne une affaire jugée en période de controverse politique relative au « Brexit » (la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne). Le tribunal administratif devait décider si, après le référendum en faveur du Brexit, le gouvernement avait le pouvoir en droit constitutionnel de notifier officiellement l'intention du Royaume-Uni de quitter l'UE sans l'approbation du Parlement. Un collège de trois juges a décidé qu'un vote au Parlement était nécessaire. Après la publication de leur jugement commun, un journal a publié en première page des photos des trois juges avec le titre « Ennemis du peuple ». Cet article a suscité de nombreuses plaintes de la part du public et des critiques de la part d'autres médias, le condamnant comme une attaque contre l'indépendance des juges.

Dans cette affaire, le gouvernement a fait appel devant la Cour suprême, qui a rejeté le pourvoi. Certains articles ont été publiés dans la presse sur les antécédents des juges qui ont siégé dans l'affaire à la Cour suprême, mais il n'y a pas eu à nouveau des attaques personnelles contre l'un ou l'autre juge en tant qu'individu.

Exceptionnellement, l'appel devant la Cour suprême dans l'affaire du Brexit a été entendu par un collège de 11 juges et la décision a été prise à une majorité de 8 contre 3. Chacun des trois juges de la minorité a rédigé une opinion dissidente distincte. Je n'ai pas l'impression que la publication de ces opinions dissidentes a affaibli l'autorité de la Cour ou donné lieu à des critiques de la part de ceux qui n'approuvaient pas du résultat. Au contraire, je crois que l'effet a été inverse, c'est-à-dire d'accroître la confiance du public dans la légitimité de la décision en montrant que les arguments juridiques des deux parties avaient été pleinement pris en compte et que la décision avait été prise dans le cadre d'un processus équitable et sur la base de motifs juridiques et non politiques.

- **Un commentaire personnel**

Enfin, je voudrais dire, à titre personnel, que la rédaction d'opinions expliquant ce que je considère comme l'analyse juridique correcte des questions soulevées par une affaire et les raisons pour lesquelles j'accepte ou rejette des arguments contradictoires, est une partie essentielle à mon sens de la vocation et de l'identité professionnelle en tant que juge et de la satisfaction intellectuelle que je retire de mon rôle.



Trinity Term  
[2022] UKSC 20

*On appeal from: UKEAT/0223/19/BA*

## **JUDGMENT**

**Basfar (Respondent) v Wong (Appellant)**

before

**Lord Briggs  
Lord Hamblen  
Lord Leggatt  
Lord Stephens  
Lady Rose**

**JUDGMENT GIVEN ON  
6 July 2022**

**Heard on 13 and 14 October 2021**

*Appellant*  
Timothy Otty QC  
Paul Luckhurst  
Professor Philippa Webb  
Ishaani Shrivastava  
(Instructed by Wilson Solicitors LLP)

*Respondent*  
Mohinderpal Sethi QC  
Sophia Berry  
Bláthnaid Breslin  
(Instructed by Reynold Porter Chamberlain LLP (London))

*1<sup>st</sup> Intervener (Kalayaan)*  
*(written submissions only)*  
Tom Hickman QC  
Flora Robertson  
(Instructed by Deighton Pierce Glynn (London))

*2<sup>nd</sup> Intervener (United Nations Special Rapporteur on Trafficking in Persons especially Women and Children)*  
*(written submissions only)*  
Professor Parosha Chandran  
(Instructed by Duncan Lewis (London))

## **LORD BRIGGS AND LORD LEGGATT: (with whom Lord Stephens agrees)**

### **A. INTRODUCTION**

1. Ms Josephine Wong (a national of the Philippines) is a migrant domestic worker who worked in the household of Mr Khalid Basfar, a member of the diplomatic staff of the mission of the Kingdom of Saudi Arabia in the United Kingdom. Ms Wong claims that she is a victim of human trafficking who was exploited by Mr Basfar and his family by being forced to work in circumstances of modern slavery. She has brought a claim against Mr Basfar in an employment tribunal for wages and breaches of employment rights. Mr Basfar has applied to have Ms Wong's claim against him struck out on the ground that he is immune from suit because of his diplomatic status.

2. Under the Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, diplomatic agents enjoy complete immunity from the criminal jurisdiction of the receiving state and are also generally immune from its civil jurisdiction. There is, however, an exception for civil claims relating to "any professional or commercial activity exercised by the diplomatic agent in the receiving state outside his official functions". The question raised on this appeal is whether exploiting a domestic worker in the manner alleged constitutes "exercising" a "commercial activity" within this exception.

3. The Supreme Court has considered this question before in *Al-Malki v Reyes* [2017] UKSC 61; [2019] AC 735. The facts alleged in *Reyes* were similar to the facts alleged here, but with one important difference: in *Reyes* the diplomat's posting ended during the litigation. The Court of Appeal held that the diplomat had immunity: [2015] EWCA Civ 32; [2016] 1 WLR 1785. This Court allowed an appeal on the ground that, after a diplomat's functions as a member of the mission have come to an end, immunity for past acts continues to subsist only for acts which were performed in the exercise of those functions - which the alleged acts were not. Having reached that conclusion, there was no need to decide whether, if he had still been in post, the diplomat would have had immunity. A minority of the Supreme Court expressed a clear view that he would. But a majority of the Court considered this to be very much in doubt.

4. In this case the question necessarily arises for decision, as Mr Basfar is still in post. The employment tribunal held that, on the facts alleged, Ms Wong's claim comes within the commercial activity exception to diplomatic immunity. The tribunal therefore refused to strike out the claim. The Employment Appeal Tribunal [2020] ICR 1185 (Soole J sitting alone) allowed Mr Basfar's appeal against this decision but issued

a certificate that the case was suitable for an appeal by Ms Wong directly to the Supreme Court “leapfrogging” the Court of Appeal. This Court subsequently granted permission for such a leapfrog appeal.

5. There is evidence that exploitation of migrant domestic workers by foreign diplomats is a significant problem, so that the question raised on this appeal is one of general importance: see eg *Reyes* [2019] AC 735, para 59. To obtain a wider perspective, the Court has permitted two non-parties to intervene in the appeal by making written submissions. They are: Kalayaan, a charity that supports migrant domestic workers, some of whom have been trafficked; and the United Nations Special Rapporteur on Trafficking in Persons especially Women and Children (the “Special Rapporteur”).

## **B. THE ALLEGED FACTS**

6. The following facts are alleged by Ms Wong in her claim form. None of them has been admitted by Mr Basfar; but for present purposes we must assume them to be true so as to test Mr Basfar’s argument that, even if the facts alleged are proved, the claim against him cannot succeed because he has diplomatic immunity.

7. Ms Wong alleges that she was first employed by the diplomatic household of Mr Basfar in November 2015 in Saudi Arabia. On 1 August 2016 she was brought to the United Kingdom to continue working for him here. To obtain a visa to enter the country, Ms Wong was provided with an employment contract stating that she was employed by Mr Basfar to work a maximum of eight hours a day, with one day off each week and one month off each year; she was to be provided with sleeping accommodation and paid the national minimum wage.

8. Ms Wong alleges that, after arriving in the UK, she was confined at all times to Mr Basfar’s house except to take out the rubbish. She was held virtually incommunicado, being allowed to speak to her family only twice a year using Mr Basfar’s mobile telephone. She was made to work from 7am to around 11.30pm each day, with no days off or rest breaks, and was required to wear a door-bell at all times so that she was at the family’s beck and call 24 hours a day. She was shouted at incessantly and regularly called offensive names. When the family was at home, Ms Wong was only allowed to eat their left-over food; if they were out, she could cook something for herself.

9. After arriving in the UK, Ms Wong was paid nothing for seven months until Mr Basfar and his wife took her with them to Jeddah on their holiday in July 2017: during this trip she was paid 9,000 Saudi Riyals (approximately £1,800) for six months in one lump sum. This was a fraction of her contractual entitlement. After that, she was not paid again.

10. Ms Wong endured these abusive conditions until 24 May 2018, when she managed to escape.

## **C. THE LEGAL FRAMEWORK**

### **(1) Diplomatic Immunity**

11. The principle of legal immunity for diplomatic agents is a fundamental principle of national and international law, rightly described in a recent case as “one of the most important tenets of civilised and peaceable relations between nation states”: *A Local Authority v AG* [2020] EWFC 18; [2020] Fam 311, para 38 (Mostyn J). At the international level the relevant law is contained in articles 1, 22-24, 27-40 and 45 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 (the “Diplomatic Convention”), to which 193 states are parties. Section 2(1) of the Diplomatic Privileges Act 1964 (the “1964 Act”) incorporates these provisions into UK domestic law.

12. As recorded in the fourth recital to the Diplomatic Convention, the purpose of diplomatic privileges and immunities “is not to benefit individuals but to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing States”. To this end:

- (i) the premises of the mission are inviolable (article 22);
- (ii) all correspondence relating to the mission and its functions is inviolable and the diplomatic bag must not be opened or detained (article 27);
- (iii) the person of a diplomatic agent is inviolable and he shall not be liable to any form of arrest or detention (article 29);

- (iv) the premises of a diplomatic agent are inviolable, as are his papers, correspondence and (save in cases where he is not immune from civil jurisdiction) his property (article 30);
- (v) a diplomatic agent enjoys immunity from the criminal jurisdiction and (with limited exceptions) the civil and administrative jurisdiction of the receiving state (article 31(1));
- (vi) a diplomatic agent is not obliged to give evidence as a witness (article 31(2));
- (vii) diplomatic immunity may be waived only by the sending state and not by the individual (article 32);
- (viii) with limited exceptions, diplomatic agents are exempt from all dues and taxes in the receiving state (article 34);
- (ix) the privileges and immunities enjoyed by a diplomatic agent extend to family members who form part of his household (article 37); and
- (x) although such privileges and immunities normally cease when the functions of a diplomatic agent have come to an end, immunity continues to subsist with respect to acts performed in the exercise of his functions as a member of the mission (article 39(2)).

**(2) Article 31(1)(c)**

13. The key provision for present purposes is the exception to immunity from the civil jurisdiction of the receiving state provided for in article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention. This exception applies in the case of:

“an action relating to any professional or commercial activity exercised by the diplomatic agent in the receiving State outside his official functions.”

### **(3) The scope of official functions**

14. In *Reyes* this Court unanimously held that the employment and alleged acts of maltreatment of the claimant by the respondent diplomat were not performed “in the exercise of his functions as a member of the mission” within the meaning of article 39(2). As discussed by Lord Sumption (with whom the rest of the Court agreed on this point), a diplomatic agent’s “functions as a member of the mission” in article 39(2) are the same as “his official functions” in article 31(1)(c) and are, in each case, those functions which the diplomatic agent performs for or on behalf of the sending state: see [2019] AC 735, para 20. The acts alleged in *Reyes* were plainly not done for or on behalf of Saudi Arabia (see para 48); and the same is equally true here.

15. It is not suggested that the alleged acts of Mr Basfar were a “professional” activity. The question is whether they were a “commercial activity exercised” by him within the meaning of article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention.

### **(4) Principles of interpretation**

16. The text of an international convention is intended to be given the same meaning by all the states which become parties to it. The provisions of the Diplomatic Convention enacted into UK law by the 1964 Act must therefore be interpreted, not by applying domestic principles of statutory interpretation, but according to the generally accepted principles by which international conventions are to be interpreted as a matter of international law: see *Fothergill v Monarch Airlines Ltd* [1981] AC 251; *Reyes* [2019] AC 735, para 10. Those principles are set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (the “Treaties Convention”).

17. The general rule of interpretation is stated in article 31(1) of the Treaties Convention as follows:

“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

Article 31(3) provides that “[t]here shall be taken into account, together with the context:

“(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.”

18. Article 32 of the Treaties Convention permits recourse to be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31 or if applying article 31 leaves the meaning ambiguous or obscure or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

#### **D. THE ARGUMENTS**

##### **(1) Ms Wong’s case**

19. The arguments made on Ms Wong’s behalf, like the claimant’s case in *Reyes*, have relied heavily on a contention that the facts alleged amount to “trafficking in persons”, as that term is defined in the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime 2000 (the “Palermo Protocol”). Mr Timothy Otty QC put forward Ms Wong’s case in the form of a syllogism:

(i) Human trafficking is a commercial activity.

(ii) Ms Wong’s claim relates to human trafficking (of her by Mr Basfar).

(iii) Consequently, her claim relates to a commercial activity allegedly exercised by Mr Basfar and so falls within the exception from immunity provided in article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention.

## **(2) Mr Basfar's case**

20. For Mr Basfar, Mr Mohinderpal Sethi QC approached the issue from a different direction. Adopting the reasoning of Lord Sumption's minority judgment in *Reyes* (on this point), he submitted:

(i) The employment of a domestic servant at a diplomat's private residence does not constitute the exercise of a commercial activity by a diplomatic agent within the meaning of the exception.

(ii) It makes no difference if the domestic servant is a victim of human trafficking.

(iii) Therefore, even if Ms Wong was trafficked by Mr Basfar, he has diplomatic immunity in relation to her claim.

21. Mr Sethi QC also sought to advance an argument not made below that the facts alleged by Ms Wong do not come within the definition of human trafficking set out in the Palermo Protocol. He further submitted that Ms Wong's claim in the employment tribunal for wages and breaches of her employment rights is in any case not "an action relating to" human trafficking. In response, in written submissions filed at the Court's invitation after the hearing, counsel for Ms Wong argued that, even if the facts alleged do not come within the definition of human trafficking, the claim can properly be characterised as relating to (a) forced labour and/or (b) domestic servitude.

## **(3) Human rights arguments**

22. In *Reyes* the similar allegation of human trafficking made in that case was relied on to argue that the 1964 Act and the Diplomatic Convention should be interpreted to achieve consistency with rules of international law which require states to prevent and provide effective remedies for human trafficking. In particular, reference was made to article 6(6) of the Palermo Protocol, which requires each state party to ensure that "its domestic legal system contains measures that offer victims of trafficking in persons the possibility of obtaining compensation for damage suffered." A similar obligation is imposed on states which are parties to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings 2005 by article 15(3). The claimant also sought to rely on articles 4 and 6 of the European Convention on Human Rights (the "ECHR").

Article 4 of the ECHR prohibits slavery, servitude and forced or compulsory labour. In *Rantsev v Cyprus and Russia* (2010) 51 EHRR 1, the European Court of Human Rights held that, although not expressly referred to, human trafficking also falls within the scope of article 4 and that member states have positive obligations under article 4 which include an obligation to put in place a legislative and administrative framework to prohibit and punish human trafficking. Article 6 of the ECHR confers a right of access to the courts. The claimant argued in *Reyes* that the 1964 Act and the Diplomatic Convention must be interpreted in a way which does not place the UK in breach of these international obligations.

23. In *Reyes* the Court of Appeal gave detailed reasons for rejecting these arguments: see [2016] 1 WLR 1785, paras 35-76. So did Lord Sumption in the Supreme Court: see [2019] AC 735, paras 40-45. In short:

(i) Domestic principles of statutory interpretation are not relevant in interpreting the provisions of the Diplomatic Convention incorporated into UK law, which must be given their international meaning (see para 16 above).

(ii) There is no inconsistency between the international obligations of the UK to prohibit and create liabilities for human trafficking and the immunity of diplomats in international law from the jurisdiction of the local courts. The position is no different from cases involving torture or war crimes and crimes against humanity, which are contrary to peremptory norms of international law (*ius cogens*) but where international law jurisdictional immunities nevertheless apply: see *Jones v Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* [2007] 1 AC 270 (torture); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy)* [2012] ICJ Rep 99 (war crimes).

(iii) Restrictions on the right of access to a court which reflect the rules of diplomatic immunity recognised in international law cannot in principle be regarded as disproportionate to the legitimate aim of complying with a state's international law obligations to ensure the efficient performance of diplomatic functions: see most recently *London Borough Council v AG* [2021] EWHC 1253 (Fam); [2021] Fam 404, para 98.

24. On this appeal counsel for Ms Wong have not pursued the arguments based on UK domestic law principles of statutory interpretation or on articles 4 and 6 of the ECHR which were rejected in *Reyes*. Despite this, the Special Rapporteur included such arguments in her written intervention. The Court granted the Special Rapporteur permission to do so, but expressly without prejudice to the relevance of those

arguments to the issues in the appeal. It is seldom appropriate for an intervener to make submissions on matters which are not in issue between the parties to the appeal. Exceptionally, if there is an important point of law which the parties have overlooked, it may be justifiable to raise it so that the court can consider whether to invite argument from the parties on the point. In this case, however, the decision of Ms Wong's representatives not to renew some arguments rejected in *Reyes* was plainly deliberate. It is also to be commended. The result of the Special Rapporteur advancing those arguments was that counsel for Mr Basfar understandably felt compelled to respond to them. It is sufficient to say that the Special Rapporteur did not point to any alleged error in the reasoning in *Reyes* summarised above, and we agree with that reasoning.

25. There is in any case a further, and in our view fatal, objection to the attempt to rely on human rights law to interpret article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention, noted by Lord Sumption in *Reyes* at para 45. This is that the exception to diplomatic immunity created by article 31(1)(c) is not based on whether the relevant activity is contrary to international law or violates human rights. The sole question is whether the activity is "professional or commercial". Certainly, some commercial activities are contrary to rules of international law, for example dealing in illicit drugs. But the fact that an activity is unlawful has no direct bearing on whether or not it is commercial.

26. In these circumstances we do not find it helpful to begin, as counsel for Ms Wong did in their submissions, with the international definition of human trafficking. We will consider that definition and other international law concepts often grouped under the label of "modern slavery" at a later stage of our analysis. But the critical questions are what is meant by a "commercial activity exercised" by the diplomatic agent and whether the conduct of Mr Basfar alleged in this case falls within that description.

## **E. MEANING OF A "COMMERCIAL ACTIVITY"**

### **(1) Employment of a domestic worker**

27. Applying the general rule of interpretation set out in article 31(1) of the Treaties Convention (see para 17 above), we agree with Mr Basfar's contention that employing a domestic worker does not itself constitute the exercise of a "commercial activity" by a diplomatic agent within the meaning of the exception.

## **Ordinary meaning**

28. We do not accept that this conclusion can be reached just by considering the ordinary meaning of the words used in article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention. In particular, we cannot agree with the view expressed by Lord Sumption in *Reyes*, at para 21(2), that the ordinary meaning of “exercising” a “commercial activity” is restricted to “carrying on a business” or “setting up shop”. Certainly, the ordinary meaning of the words includes those concepts. But it is not limited to them. For example, it would be perfectly consistent with ordinary usage to describe a person who is employed as a shop assistant as “exercising a commercial activity” even though he or she is working in someone else’s shop and is not carrying on a business. Nor do we understand the word “exercée” in the French text to have any materially different connotation from the English word “exercised”.

29. As a matter of ordinary language, buying goods and services could be described as the exercise of a commercial activity, irrespective of the purpose for which they are purchased. The same could be said of entering into a contract of employment as an employer (or employee) and receiving (or supplying) personal services under such a contract. To support this proposition, we rely not just on dictionaries or our own understanding of the English language but on how similar language has been interpreted by courts in the United States and Canada in the context of state immunity.

## **Comparison with state immunity**

30. The United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, which provides for the immunity of foreign states from the jurisdiction of the domestic courts, contains an exception where “the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state”: 28 USC 1605. There is a similar exception in section 5 of the Canadian State Immunity Act 1985 for “any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state”. For the purposes of these exceptions, employment of an individual by the foreign state to perform non-governmental functions has been held to be a “commercial activity”: see eg *El-Hadad v United Arab Emirates*, 216 F 3d 29 (DC Cir 2000); *In re Canada Labour Code* [1992] 2 SCR 50, 79 (Supreme Court of Canada). Thus, it has been held by the US Ninth Circuit Court of Appeals that the act of hiring a personal domestic servant comes within the commercial activity exception to state immunity: *Park v Shin*, 313 F 3d 1138 (9th Cir 2002).

31. The UK State Immunity Act 1978 contains (in section 4) a specific exception from state immunity for contracts of employment made or to be performed in the UK. There is also (in section 3) an exception for proceedings relating to a “commercial transaction” entered into by the foreign state. For this purpose the term “commercial transaction” includes “any contract for the supply of goods or services” and any “transaction or activity” entered into or engaged in by a state otherwise than in the exercise of sovereign authority: see section 3(3).

32. In these enactments the concept of a “commercial activity” therefore includes the employment of a domestic worker (and purchasing goods or other services). We do not suggest that this interpretation can be transposed to the context of diplomatic immunity. But what the law on state immunity shows is that the question whether purchasing goods and services, and entering into a contract of employment, is to be regarded as exercising a “commercial activity” cannot be answered just by interrogating the ordinary meaning of those words. Those words, like any ordinary English words, are capable of bearing different shades of meaning according to the context in which, and purpose for which, they are being used. In the context of state immunity, exercising a “commercial activity” includes employing a private domestic servant or purchasing goods in a shop. Whether the words bear the same meaning where they are used in article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention is a question that can only be answered by examining the context and, importantly, the purpose of that provision.

33. In *Reyes* [2019] AC 735, para 65, Lord Wilson commented that he could not “readily explain why proceedings relating to a contract of employment entered into by a foreign state, for performance in the UK, will not in principle attract immunity in circumstances in which, if the contract is entered into by a diplomat, it will in principle attract immunity”. The explanation, in our view, is that given by Lord Sumption, at paras 26-32 of his judgment in *Reyes*. Diplomatic immunity includes immunity for acts done for or on behalf of the sending state, and in that respect coincides with state immunity. But diplomatic immunity also extends more widely to provide personal protection to diplomatic agents (and their families) while they are present in the receiving state. As Lord Sumption said at para 28: “Human agents have a corporeal vulnerability not shared by the incorporeal state which sent them.” To fulfil the purpose identified in the fourth recital to the Diplomatic Convention of ensuring the efficient performance of the functions of diplomatic missions, it is necessary to protect the freedom of individuals sent to perform those functions to live and go about their ordinary daily lives in the receiving state without hindrance. This explains why diplomatic agents enjoy privileges and immunities that apply even when they are not performing their official functions. It also explains why such privileges and immunities for acts performed outside their official functions only subsist while they are in post in the receiving state (see para 3 above).

## **Contracts incidental to daily life**

34. Seen in this context, it would be contrary to the purpose of conferring immunity on diplomatic agents to interpret the words “any ... commercial activity” in article 31(1)(c) as including activities incidental to the ordinary conduct of daily life in the receiving state, such as purchasing goods for personal consumption or purchasing medical, legal, educational or domestic services privately. Immunity from the civil jurisdiction of the local courts is justified in relation to such activities to ensure that diplomatic agents and their families can live in the receiving state without the impediment arising from having to deal with civil claims against them.

35. This view is supported by the decision of the US Fourth Circuit Court of Appeals in *Tabion v Mufti*, 73 F 3d 535 (4th Cir 1996), which held that a contract between a domestic worker and a diplomat for the performance of domestic services was not within the scope of article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention. The Court of Appeals accepted that, looking solely at the words used, the phrase “commercial activity” could logically encompass the dealings in question. But the court held that, when examined in context, the phrase does not have so broad a meaning as to include “occasional service contracts” but relates only to trade or business activity engaged in for profit (p 537).

36. In reaching this conclusion, the court took account of a statement of interest submitted by the US State Department, which asserted that the commercial activity exception “focuses on the pursuit of trade or business activity” and “does not encompass contractual relationships for goods and services incidental to the daily life of the diplomat and family in the receiving state”. The Court of Appeals appears to have taken the view that such contracts fall within the scope of a diplomat’s official functions. Thus, Circuit Judge Murnaghan, who gave the judgment of the court, said (at pp 538-539):

“Day-to-day living services such as dry cleaning or domestic help were not meant to be treated as outside a diplomat’s official functions. Because these services are incidental to daily life, diplomats are to be immune from disputes arising out of them.”

37. Acts of purchasing services of the kind described are manifestly done in a private capacity and not for or on behalf of the sending state. We therefore do not agree that they can properly be treated as falling within the scope of a diplomat’s

official functions. But we do agree that, because services such as dry cleaning and domestic help are incidental to ordinary daily life, they fall within the rationale for immunity from the civil jurisdiction of the receiving state, so that the article 31(1)(c) exception should not be construed as applying to actions relating to them. We would rest that conclusion on the ground that ordinary contracts incidental to daily life in the receiving state do not constitute “commercial activities” within the meaning of article 31(1)(c). This accords with the view of the leading commentary on the Diplomatic Convention: Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th ed (2016), p 251.

38. As noted by Lord Sumption in *Reyes* at para 24, *Tabion v Mufti* has consistently been followed at district court level in the United States: see *Gonzalez Paredes v Vila*, 479 F Supp 2d 187, 191 (DDC 2007); *Sabbithi v Al Saleh*, 605 F Supp 2d 122, 127-8 (DDC 2009); *Montuya v Chedid*, 779 F Supp 2d 60, 63-64 (DDC 2011); *Fun v Pulgar*, 993 F Supp 2d 470, 474 (DNJ 2014). Complaints were made in these cases that the claimant had been subjected to abusive working conditions and in two of them (*Sabbithi v Al Saleh* and *Fun v Pulgar*) the claimants alleged that they were victims of human trafficking. In each case, however, the federal district court simply held, following *Tabion v Mufti*, that the commercial activity exception to immunity was not applicable on the ground that hiring domestic help is incidental to the daily life of a diplomat and therefore not a commercial activity for the purpose of the exception. In none of these cases did the court address the question whether keeping a person in circumstances of modern slavery can reasonably be equated with the ordinary hiring of a domestic employee.

## **(2) The profit element**

39. Article 42 of the Diplomatic Convention states:

“A diplomatic agent shall not in the receiving state practise for personal profit any professional or commercial activity.”

In *Reyes* [2016] 1 WLR 1785, paras 11-12, 16-17, the Court of Appeal agreed with the view of Laws J in *Propend Finance Pty Ltd v Sing* (1997) 111 ILR 611, 635, that the phrase “professional or commercial activity” is intended to have the same meaning in both article 31(1)(c) and article 42 and that, in the words of Laws J, “the very rationale of article 31(1)(c) is to see to it that no immunity enures for the benefit of a diplomat where for one reason or another his activities do not comply with the article 42 prohibition.” Lord Sumption in *Reyes* [2019] AC 735, para 21(3), took the same view,

which he thought was confirmed by the drafting history of the Diplomatic Convention: see para 38(1). Counsel for Mr Basfar have adopted this analysis.

40. We agree that there is a clear link between the two provisions and that, where a diplomatic agent practises an activity incompatible with his diplomatic status in breach of article 42, article 31(1)(c) ensures that the diplomat will not enjoy immunity from civil actions relating to that activity. To that extent, article 31(1)(c) is clearly intended to complement article 42. We are not persuaded, on the other hand, that article 31(1)(c) goes no wider than article 42. In one respect at least, the scope of article 31(1)(c) is undoubtedly wider, as the exception from immunity in article 31(1)(c) applies (by article 37) to members of the family of a diplomatic agent forming part of his household, whereas the article 42 prohibition does not. Thus, article 42 does not prevent, for example, the spouse of a diplomatic agent from working in paid employment or carrying on a business in the receiving state; yet there is no doubt that the spouse does not have immunity from suit in respect of such activities. The inclusion in article 42 of the words “for personal profit” also indicates that article 42 was not intended to prohibit a diplomat from carrying on a professional or commercial activity on a voluntary basis, for example teaching or helping out in a charity shop for no remuneration; whereas the absence of those words in article 31(1)(c) suggests that a civil claim relating to such conduct would nevertheless fall within the exception from immunity.

41. For present purposes, however, it is unnecessary to decide this point. This is because, as we explain below, we are satisfied that, on the assumed facts, Mr Basfar’s exploitation of Ms Wong was undertaken for his personal profit.

### **(3) Exploitation of a domestic worker**

42. The next step in Mr Basfar’s argument is to contend that, seeing as the ordinary employment of a domestic worker by a diplomatic agent does not constitute the exercise of a commercial activity within the meaning of article 31(1)(c), the same must be true where a domestic worker is trafficked and exploited by a diplomat.

43. It is here that we part company with the argument. We cannot accept that exploiting a domestic worker by compelling her to work in circumstances of modern slavery is comparable to an ordinary employment relationship of a kind that is incidental to the daily life of a diplomat (and his family) in the receiving state. There is a material and qualitative difference between these activities. Employment is a voluntary relationship, freely entered into and governed by the terms of a contract.

Subject to contractual provisions about notice, employees are free to leave when they please, and cannot be compelled to stay by injunction even if they leave in breach of contract. By contrast, the essence of modern slavery is that it is not freely undertaken. Rather, the work is extracted by coercion and the exercise of control over the victim. This usually involves exploiting circumstances of the victim which make her specially vulnerable to abuse. Those constraints generally make it impossible or very difficult for the worker to leave. That is why, on the assumed facts, we describe Ms Wong's departure from service with Mr Basfar as an "escape".

### **Vulnerable characteristics**

44. To elucidate this difference, we think it useful to start by identifying factors which make migrant domestic workers specially vulnerable to abuse and which are present on the assumed facts of this case. We have found particularly helpful in this regard the "Independent Review of the Overseas Domestic Workers Visa" dated 16 December 2015, commissioned by the UK government and undertaken by James Ewins QC, and the Report of the United Nations Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Gulnara Shahinian, A/HRC/15/20, 18 June 2010, which focused on domestic servitude as a global human rights concern.

45. A major source of vulnerability is physical and social isolation. Someone who works alone and is cut off from family, friends and other social support is inherently vulnerable to exploitation. A domestic worker living in her employer's home in a foreign country may find herself in this position, exacerbated by language and cultural barriers. On the assumed facts of this case, such physical and social isolation was deliberately maintained and magnified by Mr Basfar and his family. Confining Ms Wong to their house for 24 hours a day and never allowing her even to set foot outside (except to put out the rubbish) prevented her from making any contacts in the UK or having any human interaction with anyone outside Mr Basfar's own household. Ms Wong's isolation was made even more complete by not allowing her to have a mobile phone and permitting her to use her employer's phone to speak to her family only twice a year.

46. The extreme dependency created by such total isolation was, on the assumed facts, augmented by psychological abuse. This took the form of being shouted at incessantly, belittled by being called offensive names and humiliated by being made to wear a door-bell and to be constantly at the family's beck and call. A further form of degradation was feeding Ms Wong with the family's left-over food.

47. Dependency was yet further increased by withholding pay. Not only was making Ms Wong work without paying her anything in the UK itself abusive but it acted as a further means of control and of preventing Ms Wong from leaving the place of her exploitation. On a simple practical level it meant that, if she left the house, she had no money with which she could pay for any food or shelter. It also locked her financially into continuing servitude by creating the perception that, if she left, she would lose any prospect of eventually receiving at least some recompense for her labour.

48. The other side of isolation is invisibility to the outside world. A domestic worker who is effectively incarcerated in the household of her employer is in practice beyond the reach of public authorities or private charities who might be able to help if they were aware of her situation.

49. All the factors which make migrant domestic workers who live in their employers' homes vulnerable to exploitation are compounded where the employer has diplomatic status. As described in the report of the Special Rapporteur, at para 57:

“Migrant domestic workers employed by diplomats are a particular vulnerable group. Firstly, their visa status typically depends on continued employment by the diplomat and they are therefore not free to change employers in case of exploitation. Secondly, diplomatic immunities and privileges shield diplomats from the enforcement of national legislation.”

50. It is true that the force of the second point partly depends on the answer given to the question raised by this appeal. But on any view a diplomat who exploits a migrant domestic worker enjoys immunity from the criminal jurisdiction of the receiving state. And even if the diplomat can in principle be sued in a civil action, a money judgment against the diplomat may be difficult if not practically impossible to enforce. While the diplomat remains in post, article 31(3) of the Convention precludes taking any measures of execution which would infringe the inviolability of the diplomat's person or residence. And once the diplomat's posting ends and he leaves the country, there may be no realistic prospect of enforcing a judgment against him in his home state. This also applies in the present case.

51. Putting these factors together, the extent of the control over Ms Wong's person and dominion over her labour exercised by Mr Basfar on the assumed facts of this case was so extensive and despotic as to place her in a position of domestic servitude.

#### **(4) Making a personal profit**

52. So far we have been concentrating on the factors which enabled Mr Basfar to exercise a very high degree of control over Ms Wong's person and labour and hold her in a form of modern slavery. But what is also critical for present purposes is how Mr Basfar exploited such control for personal profit. This is not only because of the potential effect of article 42, but also because personal profit is an element of what may make a particular activity commercial. On the assumed facts, Mr Basfar and his family enjoyed the benefit of Ms Wong's services for almost two years, initially for a fraction of her contractual entitlement to wages and latterly for no pay at all. That was a substantial financial benefit. The deliberate and continuing course of conduct by which that benefit was gained is in our view properly characterised as the exercise of a commercial activity.

53. Counsel for Mr Basfar disputed this on the basis that no money changed hands. According to this argument, if Mr Basfar had made Ms Wong's services available to someone else in return for payment, the commercial activity exception would have applied; but because he and his family enjoyed the benefit of her services themselves, it does not. This argument seems to us unsustainable as a matter both of law and economics. Any realistic form of economic measurement, not to say system of taxation, takes account of benefits in kind which have monetary value. If, for example, as a term of her employment a company executive is provided with the free use of a car and chauffeur, she enjoys an economic benefit which can be taxed and fairly valued at what it would cost to purchase this service in the market. In the same way the monetary value of services derived from forced domestic labour can be measured as the difference between the amount for which the worker would willingly have provided the services or for which equivalent services could have been purchased in the labour market and the amount of money, if any, and other emoluments actually paid for them.

54. This is the basic methodology used by the International Labour Office (ILO) to estimate profits from forced labour in domestic work. The ILO was originally created as part of the Treaty of Versailles in 1919 and is now an agency of the United Nations with 187 state members. As discussed in the ILO report "Profits and Poverty: the economics of forced labour" (2014), p 25:

"domestic services create an economic value added, and therefore the savings made by the employer on expenditures count as profits."

By comparing wages earned by domestic workers in reported cases of forced labour with what their counterparts not in forced labour should earn from working freely, the report estimated that profits of nearly US\$8 billion are extracted annually from an estimated 3.4m domestic workers in forced labour worldwide.

55. In the present case an obvious starting-point for calculating the profits made by Mr Basfar from Ms Wong's labour on the assumed facts is to compare the amount which Mr Basfar agreed in her contract of employment to pay her with the amount actually paid. That is only the starting-point, however, as the contract stated that Ms Wong would work eight hours a day, with one day off each week and one month off each year, whereas she was allegedly made to work some 12½ hours each day, with no days off and no annual leave, in abusive conditions. The cost of purchasing an equivalent service in the labour market would be prohibitive, if anyone could be found who was willing to provide it at all. In reality, an equivalent service would have required two employees, working in shifts.

56. On any fair view of the matter, Mr Basfar has on the assumed facts made a substantial financial gain from his exploitation of Ms Wong's labour, albeit not in cash but in money's worth. The exploitation has been a systematic activity carried on over a significant period. It is accurately described as a commercial activity practised for personal profit.

57. That conclusion is confirmed by recalling the rationale for construing the words "commercial activity exercised" by the diplomatic agent as excluding a contract for ordinary domestic services, in contrast to the meaning given to similar words in the context of state immunity. That rationale is the need to protect diplomats and their families from hindrance in going about their daily lives in the receiving state. It would be not merely wrong but offensive to suggest that conduct of the kind disclosed by the assumed facts of this case is incidental to daily life, let alone the daily life of an accredited diplomat. Compelling a migrant domestic worker to provide her labour in circumstances of modern slavery cannot reasonably be likened to paying for dry cleaning or ordinary domestic help. Unlike such day-to-day living services, such exploitation is an abuse of the diplomat's presence in the receiving state and falls far outside the sphere of ordinary contracts incidental to the daily life of the diplomat and family members which the immunity serves to protect.

## **(5) The travaux préparatoires**

58. It is not, in our view, necessary in this case to have recourse as a supplementary means of interpretation (pursuant to article 32 of the Treaties Convention) to the preparatory work for the Diplomatic Convention. However, none of the extensive references made by counsel for Mr Basfar to the preparatory work contradicts our conclusions resulting from the application of article 31 of the Treaties Convention.

59. The discussion at the ninth session of the International Law Commission to which Lord Hamblen and Lady Rose refer at para 116[9] of their judgment about unfair dismissal of domestic servants shows that the delegates did not accept a proposal that there should be an exception to immunity from civil jurisdiction for ordinary employment disputes. There would have been no need for this proposal if such disputes fell within what became article 31(1)(c). That is consistent with our conclusion that employing a domestic servant is not itself a “commercial activity” exercised by a diplomatic agent within the meaning of article 31(1)(c). None of the preparatory work cited to us, however, addressed the question whether a diplomatic agent should enjoy immunity from the civil jurisdiction of the receiving state in an action relating to enslavement or exploiting forced labour for financial gain.

60. In *Reyes*, at para 38, Lord Sumption extracted from his examination of the drafting history the point that the activities intended to be covered by article 31(1)(c) (and article 42) were “activities involving the assumption by a diplomatic agent of a dual status, by which incompatible occupations were being pursued by the same person.” The expression “dual status” is not used in any of the material to which Lord Sumption referred, but we agree with him that a theme of the preparatory work mentioned by him was that engaging in a commercial activity outside the diplomat’s official duties would be inconsistent with the dignity of a diplomatic agent. For example, Lord Sumption quoted, at para 36, the report to the General Assembly on the tenth session (*ILC Yearbook 1958*, Vol II, p 98, Commentary (7)) which commented on what became article 31(1)(c) in the following terms:

“The third exception arises in the case of proceedings relating to a professional or commercial activity exercised by the diplomatic agent outside his official functions. It was urged that activities of these kinds are normally wholly inconsistent with the position of a diplomatic agent, and that one possible consequence of his engaging in them might be that he would be declared *persona non grata*. Nevertheless, such cases may occur and should be provided for, and if they do occur the

persons with whom the diplomatic agent has had commercial or professional relations cannot be deprived of their ordinary remedies.”

61. This reasoning accords with our view that exploiting the labour of a domestic worker for financial gain is a commercial activity exercised by the diplomatic agent outside his official functions. Manifestly, such an activity is wholly inconsistent with the position (and dignity) of a diplomatic agent. It is also a possible consequence of engaging in the activity that the agent would be declared *persona non grata*. Nor if such cases occur is there a good reason to deprive the victims of such exploitation of their ordinary civil remedies. As discussed above, the reason why the normal employment of a domestic worker falls outside the scope of article 31(1)(c) is because it is an activity that is incidental to the ordinary conduct of daily life, which is not itself a “commercial activity” and for which personal immunity is needed to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions. The same cannot be said about the activity of profiting from the forced labour of a domestic worker who is held in a state of servitude.

#### **(6) The rate of remuneration argument**

62. Although it did not convince the majority of this Court, the argument which chiefly led two Justices and the Court of Appeal in *Reyes* to express the view that exploiting a domestic servant is not a commercial activity was that the answer to this question cannot depend on the rate of remuneration which the individual is paid. In the Court of Appeal Lord Dyson MR said, at para 34: “The fact that an employer derives economic benefit from paying his employee wages that are lower than the market rate does not mean that he is engaging in a commercial activity.” To similar effect, in his minority judgment in the Supreme Court, at para 46, Lord Sumption said that “the employment of a domestic servant to provide purely personal services cannot rationally be characterised as the exercise of a commercial activity if she is paid less than the going rate or the national minimum wage, but not if she is paid more”.

63. These observations are clearly correct. It could not rationally be said that the defining characteristic of slavery - whether in its traditional or modern form - is that a slave does not receive the national minimum wage or the market rate of remuneration for his services. That would be like saying that the essential difference between a prisoner and a free person is that the rate of pay for prison work is less than the individual could earn in the outside world. While true, it misses the critical distinction - which is between freedom and captivity. There are political and economic theorists who argue that ordinary employment relationships involve the exploitation of labour -

the most famous example being Marx's theory of the appropriation of "surplus value". But such arguments command no general consensus. What is internationally recognised is the distinction between the voluntary exchange of labour for reward on the one hand and, on the other hand, work exacted through coercion in the form of slavery, servitude and forced or compulsory labour.

## **(7) "Evolutionary" interpretation**

64. A question addressed in argument on the present appeal is whether the language of article 31(1)(c) should be given an "evolutionary" interpretation which takes account of circumstances as they are now or a "static" interpretation which takes account only of circumstances which existed at the time when the Diplomatic Convention was concluded in 1961. This is itself a question of interpretation to be answered by applying articles 31 to 33 of the Treaties Convention. As with domestic legislation, where a treaty is likely to remain in force for a long period of time, it is generally reasonable to presume that the parties intended its language to be interpreted and applied in the light of the circumstances which exist at the time when it is being applied. This presumption is particularly strong where the words used are general or vague and refer to concepts that are fluid and may naturally be expected to alter over time. As the International Court of Justice said in its judgment of 13 July 2009 in *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v Nicaragua)* [2009] ICJ Rep 213, para 66:

"where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is 'of continuing duration', the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning."

65. In the *Navigational Rights* case it was argued that the term "comercio" (commerce) in a treaty made between Costa Rica and Nicaragua in 1858 did not encompass transporting passengers in a river boat for profit on the ground that such an activity did not fall within the scope of what was commonly called "commerce" at that time. Applying the general presumption expressed in the passage quoted above, the International Court of Justice held that, "even assuming that the notion of 'commerce' does not have the same meaning today as it did in the mid-nineteenth century, it is the present meaning which must be accepted for purposes of applying the treaty": para 70.

## **(8) Developments of international law**

66. The International Court of Justice also noted in the *Navigational Rights* case, at para 64, that, where the meaning of a term used in a treaty is capable of evolving, and is not fixed once and for all, this enables allowance to be made for “among other things, developments in international law.”

67. The principle that developments in international law since the conclusion of a treaty should be taken into account in interpreting its terms is not only supported by the general presumption in favour of evolutionary interpretation; it is also required by article 31(3)(c) of the Treaties Convention (quoted at para 17 above). In terms of structure, article 31 progresses from terms to context, through any agreements at the time of conclusion of a treaty, to subsequent agreements, subsequent practice, and thence to relevant rules of international law. The juxtaposition, in particular, in article 31(3) of the obligations to take into account (a) subsequent agreements, (b) subsequent practice and (c) “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” logically indicates that developments in international law subsequent to the conclusion of the treaty are included: see Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed (2015), pp 290, 298. This also reflects how article 31(3)(c) has been understood and applied in case law: see eg the decisions referred to in *A v Secretary of State for the Home Department (No 2)* [2005] UKHL 71; [2006] 2 AC 221, para 29, and *Rantsev v Cyprus and Russia* (2010) 51 EHRR 1, para 274, which take this for granted.

## **(9) The relevance of developments in international law about modern slavery**

68. Lord Wilson in his judgment in *Reyes*, at para 67, said he was “persuaded that, when agreeing to the terms of the [Diplomatic] Convention, the parties would have rejected any suggestion that the proceedings brought by Ms Reyes related to any commercial activity exercised by Mr Al-Malki”. He nevertheless considered that the meaning of article 31(1)(c) may have developed over the subsequent 56 years in accordance with the development of international law over this period, “in particular the emergence of an international prohibition against trafficking”.

69. Lord Wilson did not explain why he thought that the parties to the Diplomatic Convention would have rejected any suggestion that the proceedings in *Reyes* fell within article 31(1)(c). For our part, we see no reason to draw such an inference. But we also think that it is addressing the wrong question. In deciding whether the

proceedings in *Reyes* or in the present case fall within article 31(1)(c), the relevant question is not whether the parties to the Diplomatic Convention, if informed of the facts of these cases, would have thought that they fell within article 31(1)(c). It is whether, on the proper interpretation of the text which the parties adopted, the proceedings fall within the meaning of that provision. To answer the latter question, the court must ascertain the common intention of the contracting parties. But the process of identifying this intention is not one of trying to divine what was inside the minds of the parties' representatives when they negotiated or signed the treaty (let alone what would then have been inside their minds if they had been confronted with a question they did not in fact consider). It is simply a process of applying articles 31 to 33 of the Treaties Convention. In the words of the International Law Commission, those provisions codify "the means of interpretation admissible for ascertaining the intention of the parties": *ILC Yearbook 1966*, Vol II, pp 218-19, Commentary (5). Hence as it is put by one commentator, the "intention of the parties" is:

"a construct to be derived from the articulation of the 'means of interpretation admissible' in the process of interpretation - and not a separately identifiable factor."

See Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties* (2014), p 122; and also Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd Ed (2015), p 467.

70. Our interpretation of article 31(1)(c) does not assume or assert that the meaning of the words "commercial activity exercised by a diplomatic agent" has changed materially since the Diplomatic Convention was concluded in 1961. We see no reason to suppose that it has. But nor in our view is it relevant to undertake a historical inquiry into what the words meant in 1961 and whether or how their meaning and content has evolved since then. All that matters for the purpose of this appeal is what meaning should be given now to the terms of article 31(1)(c) applying the principles of interpretation codified in articles 31 to 33 of the Treaties Convention.

71. For reasons already given, we do not consider that international prohibitions against trafficking or other practices similar to slavery are of any direct relevance to that question. As we have emphasised in commenting on the human rights arguments advanced by the Special Rapporteur, the fact that an activity is illegal under international law or violates human rights does not make it a "commercial activity". Nor do we suggest that the adoption of international measures during the last 60 years to combat human trafficking and other forms of modern slavery and to secure rights of compensation for victims has somehow caused such activities to become "commercial activities". If there is a causal connection, it is the other way round. The adoption of such measures may reflect increased prevalence and international awareness of such

forms of exploitation of human beings for profit, as global migration has surged and the world has become more inter-connected. An analogy might be drawn with money laundering. Money laundering undoubtedly took place 60 years ago. But its scale, international awareness of it and the measures taken to combat it have grown immensely in the period since then; and whatever the position might have been in 1961, it seems certain that a diplomat who profits by engaging in money laundering would today be regarded as exercising a commercial activity.

72. In interpreting and applying article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention, the only relevance of international law regarding trafficking and other forms of modern slavery, as we see it, is indirect. The critical distinction is between: (1) ordinary domestic employment arrangements which are incidental to the daily life of a diplomat in the receiving state and do not fall within article 31(1)(c); and (2) exploitation of a domestic worker for profit which amounts to a “commercial activity” when practised by a diplomatic agent. We recognise that the distinction is not always a clear one. But that does not make it any less real. On any view there is a fundamental factual as well as moral difference between voluntary employment and slavery and between ordinary domestic service and domestic servitude. To draw the distinction, criteria are needed; and to draw the distinction in interpreting and applying an international convention, it is appropriate to derive those criteria from rules of international law applicable in the relations between the parties. This is the respect, and in our view the only respect, in which rules of international law relating to trafficking and other contemporary forms of slavery are relevant. For this purpose, for the reasons indicated at paras 66-67 above, it is the present rules of international law to which it is necessary to have regard.

## **F. MODERN SLAVERY IN INTERNATIONAL LAW**

73. The concepts of slavery, servitude and forced labour, together with human trafficking, are now often grouped together under the description of “modern slavery”. The Explanatory Notes to the UK Modern Slavery Act 2015, at para 4, describe modern slavery as “a brutal form of organised crime in which people are treated as commodities and exploited for criminal gain”. The United Nations also uses this concept, as exemplified by the existence since 2007 of a UN Special Rapporteur on “contemporary forms of slavery”. So does the ILO, which has described modern slavery as an “umbrella term” that refers, essentially, to “situations of exploitation that a person cannot refuse or leave because of threats, violence, coercion, deception, and/or abuse of power”: ILO, “Global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage” (2017), p 9. Underlying the use of the term “modern slavery” is the point that, in the words of Anti-Slavery International (the world’s oldest international human rights organisation):

“Today slavery is less about people literally owning other people - although that still exists - but more about being exploited and completely controlled by someone else, without being able to leave.”

See Anti-Slavery International, “What Is Modern Slavery?”, quoted in G Gyulai, “Slavery, Servitude and Forced Labour in International Law: Should the Difference Still Matter?” (2021) 32 King’s LJ 228, 253.

74. The practices subsumed within the description “modern slavery” are, however, the subject of separate legal definitions.

## **(1) Slavery**

75. The Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery 1926 (the “1926 Slavery Convention”) defines slavery, in article 1(1), as “the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised”. This represents the classic definition of slavery in international law and is reproduced, in substance, in both the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery 1956 (article 7), and the definition of “enslavement” in article 7.2(c) of the Statute of the International Criminal Court 1998.

76. The powers attaching to a right of ownership include the power to sell or otherwise transfer ownership and to use what is owned as a possession, like livestock or furniture. Such “chattel slavery” of human beings is nowadays rare, but the language of the definition, with its reference to “any” of the powers attaching to the right of ownership, permits a more expansive interpretation. Thus, according to a report commissioned by the United Nations:

“In the modern context, the circumstances of the enslaved person are crucial to identifying what practices constitute slavery, including: (i) the degree of restriction of the individual’s inherent right to freedom of movement; (ii) the degree of control of the individual’s personal belongings; and (iii) the existence of informed consent and a full understanding of the nature of the relationship between the parties.”

See *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2002), para 21.

## **(2) Forced Labour**

77. In the process of adopting the 1926 Slavery Convention, the Assembly of the League of Nations passed a number of resolutions, including one which effectively requested the ILO to take over responsibility for addressing forced labour, including “the best means of preventing forced or compulsory labour from developing into conditions analogous to slavery”: League of Nations, Doc A.104.1926.VI, p 3. In 1930 the ILO adopted the Convention Concerning Forced or Compulsory Labour (No 29), which has been ratified by 179 states. Article 2(1) of this convention defines “forced or compulsory labour” as “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”.

78. Guidance given by the ILO supervisory bodies has helped to clarify each of the two elements of this definition: see eg ILO, “A Global Alliance against Forced Labour” (2005), paras 14-15 and Box 1.1. This guidance explains that the “menace of any penalty” can take many different forms. Arguably, its most extreme form involves physical violence or restraint. There can also be subtler forms of menace, sometimes of a psychological nature. Situations examined by the ILO have included threats to denounce victims to the police or immigration authorities when their employment status is illegal. Other penalties can be of a financial nature, including the non-payment of wages. Indicators that the work is not being performed voluntarily include physical confinement in the work location, deception or false promises about types and terms of work, retention of identity documents and withholding and non-payment of wages.

## **(3) Servitude**

79. Unlike slavery and forced labour, the concept of servitude is not defined in an international convention, though it is used in a number of international instruments including the Universal Declaration of Human Rights adopted by the United Nations General Assembly in 1948, which states in article 4 that “no one shall be held in slavery or servitude”. The term “servitude” is generally understood to refer to a form of exploitation which lies on a scale of gravity or severity between slavery and forced labour and involves coercion. Thus, the US Supreme Court has interpreted the phrase “involuntary servitude”, prohibited by the Thirteenth Amendment to the Constitution,

to mean “compulsion of services through the use or threatened use of physical or legal coercion”: see *United States v Kozminski*, 487 US 931 (1988), p 945. The European Court of Human Rights has held that, in article 4 of the ECHR, “servitude” means an obligation to provide one's services that is imposed by the use of coercion: *Siliadin v France* (2006) 43 EHRR 16, para 124. The Court has further described servitude as “aggravated” forced or compulsory labour, distinguished by the fact or perception that it is impossible for the individual concerned to change her situation: *CN and V v France* (Application No 67724/09), 11 October 2012, paras 90-91; *Chowdury v Greece* (Application No 21884/15), 30 March 2017, para 99.

80. To similar effect, a definition of “servitude” included in the seventh revised draft of the Palermo Protocol, though not in the final text, defined it as:

“the condition of a person who is unlawfully compelled or coerced by another to render any service to the same person or to others and who has no reasonable alternative but to perform the service, and shall include domestic servitude and debt bondage.”

#### **(4) Human trafficking**

81. In contrast to slavery and forced labour, international consensus on a definition of human trafficking is much more recent and was only arrived at in 2000 with the adoption of the Palermo Protocol, to which there are now 178 state parties. Article 3 of the Palermo Protocol defines “trafficking in persons” as meaning:

“the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation.”

“Exploitation” is stated to include:

“at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or

services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs;”

Article 4(a) of the Council of Europe Anti-Trafficking Convention on Action against Trafficking in Human Beings (2005) defines “trafficking in human beings” in similar terms.

82. The definition of human trafficking has three elements:

(i) the act: recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons;

(ii) the means (by which the act is done): threat or use of force, coercion, abduction, fraud, deception, abuse of power or vulnerability, or giving or receiving payments or benefits to a person to achieve the consent of a person who has control of the victim; and

(iii) the purpose: exploitation, which includes the purpose of forced labour or slavery or servitude.

**(5) Is this a case of modern slavery?**

83. The application of these concepts to the facts of this case was not the subject of analysis in the proceedings below. Ms Wong’s ET1 claim form in the employment tribunal complied with the time-honoured rule that a party must plead the material facts alleged and not their legal consequences. Apart from asserting that Ms Wong “is a victim of trafficking, who was exploited by [Mr Basfar] and his family”, no reference was made to the legal characterisation of her alleged treatment.

84. For the purpose of Mr Basfar’s application to strike out the claim on the grounds of diplomatic immunity, the parties agreed that the question for the tribunal was “whether the respondent’s employment of the claimant as a domestic servant (in assumed circumstances of modern slavery) was a commercial activity exercised by the respondent outside his official functions”: see para 15 of the tribunal’s judgment. The employment judge answered this question in the affirmative, on the ground that this is what the majority of the Supreme Court would have decided in *Reyes* if they had been required to determine this question. In the Employment Appeal Tribunal, Soole J

reached a contrary conclusion essentially on the basis that he should follow the clear view expressed by the Court of Appeal and the minority of the Supreme Court in Reyes (on this point) in preference to the more tentative view expressed by the majority of the Supreme Court. In neither judgment was there any substantive consideration of whether the facts alleged amount to any of the various forms of modern slavery.

85. On the appeal to this court counsel for Ms Wong maintained that she is a victim of human trafficking and that she was exploited in the UK by being held by Mr Basfar in domestic servitude. Mr Otty QC focused on the allegation of trafficking and took the position that he did not need to rely on the concept of forced labour. He submitted that keeping Ms Wong in domestic servitude amounted to “harbouring” her within the meaning of the Palermo Protocol definition of trafficking.

86. For Mr Basfar, Mr Sethi QC submitted that Ms Wong should not be allowed on this appeal to rely on factual allegations not pleaded in her claim form. For example, Ms Wong’s written case mentions allegations that her passport was held by Mr Basfar and that she was threatened with arrest if she ran away. Those allegations are not pleaded. Nor is the fact that, since the Court heard oral argument, the Home Office has issued a “conclusive grounds” decision finding that Ms Wong was a victim of modern slavery - a matter on which counsel for Ms Wong have also sought to rely in their written submissions filed after the hearing. We agree with the submission that this Court should determine the appeal on the same agreed factual basis as the tribunals below. We have therefore not included in our summary of the facts or taken into account in our assessment any factual allegations other than those pleaded.

87. Mr Sethi QC also submitted that the facts pleaded by Ms Wong do not amount to trafficking within the international definition. The high point of this argument is that, although Ms Wong asserts in her claim form that she is a “victim of trafficking” and alleges that she was brought from Saudi Arabia to continue working for Mr Basfar here and was subjected to exploitation by Mr Basfar and his family in the UK, she does not expressly allege that she was trafficked to the UK for the purpose of exploitation. Although not expressly stated, this is, however, clearly implicit in the allegations made and is certainly an inference capable of being drawn from those allegations. We see no merit in the suggestion that the claim form is defective for this reason.

### **The scope of “harbouring”**

88. The more substantial question raised on behalf of Mr Basfar is whether the acts capable of amounting to human trafficking within the international definition ended

when Ms Wong was received at Mr Basfar's residence in this country or whether they continued while she worked there. Arguably, the former view is supported by the order in which the acts that may constitute trafficking are listed in the definition. The list starts by referring to "recruitment", continues with "transportation", "transfer" and "harbouring", and ends with "receipt". This can be read as intended to capture what Lord Stephens described in oral argument as "a consecutive series of activities" which ends with arrival at a place or situation of exploitation.

89. In response, Mr Otty QC submitted that, on the assumed facts, the trafficking continued up until the moment of Ms Wong's escape. He put this on the basis that, until that moment, Mr Basfar was "harbouring" Ms Wong in his home, by means of coercion and abuse of power or of a position of vulnerability, for the purpose of exploitation. All three elements of the definition of human trafficking were therefore present. In support of this contention, Mr Otty QC relied on a dictum in *R (BG) v Secretary of State for the Home Department* [2016] EWHC 786 (Admin), para 49, where Cranston J said:

"Harbouring is not an everyday concept but I accept that it includes accommodating or holding a person at the place of exploitation or at a place prior to the exploitation."  
(Emphasis added)

Mr Otty QC also cited a statement in the judgment of the European Court of Human Rights in *Rantsev v Cyprus and Russia*, at para 281, that trafficking:

"implies close surveillance of the activities of victims, whose movements are often circumscribed. It involves the use of violence and threats against victims, who live and work under poor conditions."

It is implicit in this description that trafficking does not end on arrival at the place of exploitation but continues while the victim is in a situation of exploitation.

90. A third source to which Mr Otty QC referred is the Explanatory Report to the Council of Europe Anti-Trafficking Convention. However, this report explains that the list of actions contained in the definition of trafficking "endeavours to encompass the whole sequence of actions that leads to exploitation of the victim" (para 78). This tends to support the view that trafficking, as defined, is concerned with the process by

which a person is conveyed to a place where exploitation will potentially take place rather than with what occurs at that place.

91. Because it seemed to us that arguments raised for the first time on this appeal cast doubt on whether the exploitation of Ms Wong at Mr Basfar's residence in the UK comes within the internationally accepted definition of "trafficking", the Court thought it right to seek further assistance from the parties on the form of modern slavery disclosed by the assumed facts. To that end, the Court invited written submissions on whether, on the facts alleged, the claim can properly be characterised as relating to forced labour and/or domestic servitude.

92. In their further written submissions counsel for Ms Wong argued that the alleged exploitation of Ms Wong in the UK constituted domestic servitude (and a fortiori forced labour) and that those concepts are therefore applicable as well as the concept of trafficking. Counsel for Mr Basfar argued the opposite and also submitted that Ms Wong "should not be permitted to run an entirely new and unpleaded case based on forced labour and/or domestic servitude before the Supreme Court".

93. We are unimpressed by the latter submission. Both parties were content to proceed below on the agreed basis that Ms Wong was employed by Mr Basfar "in circumstances of modern slavery" without further analysing the form of modern slavery involved. It is Mr Basfar who introduced for the first time on this appeal an argument that the facts alleged do not amount to "trafficking". If the proper legal characterisation of the facts alleged is to be considered, as it should be, it is necessary to consider not only what is meant by "trafficking" but also the concepts of "forced labour" and "servitude", which are both forms of "exploitation" within the Palermo Protocol definition. The fact that we do not have the benefit of consideration of this subject by the tribunals below is not a reason to ignore it. The same can be said about every point argued on this appeal (see para 84 above).

### **Academic commentary**

94. There is a substantial body of academic learning on the concept of human trafficking in international law. Ms Wong's case that the alleged facts fall within the scope of trafficking finds support in the work of Anne Gallagher, *The International Law of Human Trafficking* (2010), p 30. Dr Gallagher argues that the references to "harbouring" and "receipt" operate to bring not just the process but also the end situation of trafficking within the Palermo Protocol definition. She bases this view on "the plain meaning of the text" and says:

“The breadth of the action element has the effect of bringing, within potential reach of the definition, not just recruiters, brokers, and transporters but also owners and managers, supervisors, and controllers of any place of exploitation such as a brothel, farm, boat, factory, medical facility, or household.”

Dr Gallagher considers that this could potentially result in the concept of trafficking being extended to situations of exploitation in which there was no preceding process. She gives as an example “[a] working environment that changes from acceptable to coercively exploitative” (p 31).

95. Dr Gallagher’s view is criticised by Vladislava Stoyanova in *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law* (2017) at pp 33-42. Dr Stoyanova argues that the five actions enumerated in the definition of trafficking “refer to a deceptive or coercive process that could potentially lead to exploitation”. They are “links in the chain of supply” and “refer to the removal of affected persons from their home environment in order to be exploited for the gain of others in another location”. Among other arguments, Dr Stoyanova makes the point (at p 38) that:

“if Gallagher’s expanded vision of the definition of human trafficking is followed, then all the exploitative practices included in the ‘purpose’ element, including slavery, servitude and forced labour, have to be relabelled as human trafficking, based on her interpretation of ‘harbouring’ and ‘receipt’. The result would be complete convergence between the concepts of trafficking, and of slavery, servitude and forced labour, which would defeat the purpose for which these different concepts were introduced in international law.”

The interpretation contended for by Dr Stoyanova is shared by some other prominent legal scholars. For example, Professor Jean Allain in *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking* (2013), p 355, characterises human trafficking as “the international supply chain into exploitation”.

## **(6) The question of taxonomy**

96. It is not, however, in our view necessary to resolve this difficult issue, for two reasons. The first is that, on the assumed facts, Mr Basfar was plainly involved in trafficking Ms Wong, regardless of whether, strictly construed, trafficking ceases (as is sometimes said) at the door of the workhouse. He clearly played a principal part in her recruitment, transport and receipt, using the prohibited means and for the purpose of her exploitation. Secondly and more importantly, our conclusion that his exploitation of her was a commercial activity does not depend upon which particular manifestation of modern slavery may best describe his conduct, using the classification to be derived from international Conventions. It is apt to bear in mind this observation of Gleeson CJ in the High Court of Australia in *Queen v Tang* [2008] HCA 39, para 29:

“It is unnecessary and unhelpful, for the resolution of the issues in the present case, to seek to draw boundaries between slavery and cognate concepts such as servitude, peonage, forced labour, or debt bondage. ... [These] concepts are not all mutually exclusive. Those who engage in the traffic in human beings are unlikely to be so obliging as to arrange their practices to conform to some convenient taxonomy.”

97. it is sufficient that Mr Basfar’s treatment of Ms Wong, on the assumed facts, amounted to a form of modern slavery, whether it was forced labour, servitude or trafficking. This shows that the relationship between them was not that of employment freely entered into, so as to be an ordinary part of Mr Basfar’s daily life in the UK as a resident diplomat. And it shows that his conduct amounted to a commercial activity practised (in so far as it matters) for personal profit.

## **(7) Does the claim “relate to” the alleged commercial activity?**

98. It seems to us that the somewhat single-minded focus by the claimants in this case and in *Reyes* on the term “human trafficking” to describe the matters complained of has had the effect of diverting attention from the substance of the claims. Focusing on trafficking is open to the objection that the alleged trafficking of the claimant was not itself a cause of loss to her or profit to the respondent, as any such loss and corresponding profit were the result of exploitation at the claimant’s place of work and not of the process by which she came to be there. On that basis it might be said that, on the facts alleged, any acts of trafficking were not themselves a commercial activity

exercised by the respondent; nor do the claims “relate to” trafficking, as they are founded on the alleged exploitation of the claimants while they were working in the UK and not on the process by which they travelled to their place of work.

99. There is some force in those objections when the emphasis is placed on the concept of human trafficking, particularly if, as on one interpretation of the Palermo Protocol, trafficking ends where the exploitation which is its purpose begins. But, on a proper analysis, the allegation of human trafficking is not essential to the claims made. The gravamen of Ms Wong’s claim is that she was exploited by being forced to work for Mr Basfar in the UK in circumstances of modern slavery. The case that the exploitation of her labour amounted to a commercial activity would be just as cogent if Ms Wong had already been resident in the UK before working for Mr Basfar and had become an employee of Mr Basfar in the UK freely but he had then treated her in the manner alleged after she entered his service. Conversely, if Mr Basfar had engaged in trafficking by transporting Ms Wong to the UK using deception or coercion for the purpose of exploitation but had then changed his mind and employed her on a regular and voluntary basis, a claim for breach of her contract of employment would not, as it seems to us, fall within the article 31(1)(c) exception. On the facts alleged, the main relevance of the process by which Mr Basfar arranged for Ms Wong’s transfer to the UK to work for him (which amounted to trafficking under any interpretation of the Palermo Protocol) is that it is an important part of the background which serves to explain how Ms Wong came to be in a position of special vulnerability to his exploitation of her while in his domestic service.

100. In cases of the present kind the forms of modern slavery primarily relevant, in our view, are likely to be forced labour and servitude (which, as noted above, can be seen as an “aggravated” form of forced labour). It is those international law concepts which provide appropriate criteria for distinguishing between, on the one hand, the voluntary employment of a domestic worker which is an ordinary incident of living in the receiving state and, on the other hand, the exploitation of a domestic worker which is properly characterised as a commercial activity for the purpose of article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention. The assumed facts of the present case make it a paradigm example of domestic servitude.

### **The potential for disputes**

101. The allegations made in this case, and in other cases of alleged exploitation of domestic workers by diplomats, may of course be disputed - in which event an evidential hearing is likely to be needed to determine whether or not the action falls within the article 31(1)(c) exception to immunity. Particularly given the possibility that

the allegation might be spurious, such a hearing may itself be seen as liable to impede the functions of the mission to which the diplomat is attached. In his judgment in the Court of Appeal in *Reyes* [2016] 1 WLR 1785, para 34, Lord Dyson MR regarded the potential need to conduct “a difficult fact-finding exercise” for this purpose as itself constituting a reason for concluding that a case of the present kind does not relate to a “commercial activity”. He said it would be surprising if the parties to the Diplomatic Convention had intended that article 31(1)(c) should generate such an inquiry.

102. We cannot agree with this reasoning. It is undoubtedly true that the efficient performance of the functions of diplomatic missions would have received even greater protection if the immunity of diplomatic agents from the civil jurisdiction of the receiving state had been entirely unqualified. In creating an exception from immunity for actions relating to professional and commercial activities exercised outside a diplomat’s official functions, the parties struck a balance between the aim served by immunity and a competing interest in limiting opportunity for immunity to be abused. It is inherent in the decision to create the exception that a fact-finding exercise may be required to decide whether or not it applies in a particular case. One can imagine, for example, a civil claim made against a diplomat alleging participation in a commercial fraud in which the diplomat denies involvement. Such an activity, if proved, would clearly fall within the exception. But to resolve the dispute, a trial might be required. The same may be true, even on the view of the minority of this Court in *Reyes*, in cases of alleged trafficking. Lord Sumption accepted, at para 45, that a person who recruits or transports a trafficked person for money is likely to be exercising a commercial activity, as is someone who receives a trafficked person for, say, prostitution. If an action involving such an allegation were brought against a diplomat, a trial might be needed to find the facts. The possibility of such an inquiry is one which the parties to the Diplomatic Convention must be taken to have contemplated and accepted in establishing the commercial activity exception. It cannot be a reason for excluding an allegation from the scope of article 31(1)(c).

## **(8) Jurisdiction of the employment tribunal**

103. A further point made on behalf of Mr Basfar is that an employment tribunal can only compensate a claimant for claims that it has jurisdiction to hear and such claims do not include an action for trafficking. The same point could be made about claims for compensation for subjection to servitude or forced labour, which equally are not claims that an employment tribunal has jurisdiction to determine.

104. Ms Wong is not, however, claiming compensation for violation of her human rights through being trafficked or held in servitude or required to perform forced

labour. Those concepts are relevant only to rebut Mr Basfar's plea of diplomatic immunity. There is no doubt that a court or tribunal has power to decide whether it has jurisdiction to hear a claim. To decide whether or not the plea of immunity from the jurisdiction of the English courts is well founded, it is necessary to determine whether Ms Wong's claim is an action "relating to" a commercial activity exercised by Mr Basfar outside his official functions. In their ordinary meaning, the words "relating to" in article 31(1)(c) require only that there should be a significant connection between the subject matter of the action and the commercial activity exercised by the diplomatic agent, and not that the facts relied on to establish that the relevant activity is "commercial" should be limited to those which need to be proved as ingredients of the claimant's causes of action. Such a connection is clearly present on the assumed facts of this case, as Ms Wong's allegations of unlawful deductions from wages and failures to comply with the law relating to working time and the national minimum wage arise directly from, and are part of, the exploitative conduct which is alleged for the purpose of rebutting the plea of immunity to constitute a commercial activity.

#### **(9) The argument in terrorem**

105. Finally, we should notice an argument advanced on behalf of Mr Basfar that, if trafficked domestic workers who have been forced to work for a diplomat in circumstances of modern slavery are allowed to make a civil claim in an employment tribunal for wages wrongly withheld, British diplomats abroad might be exposed to retaliatory measures. There are two problems with this argument. First, it is difficult to see how such a risk, even if genuine, can affect the meaning of the phrase "commercial activity" in article 31(1)(c). Second, there is no evidence to support the existence of such a risk.

106. If the UK Government had considered this to be a real concern, it is to be expected that it would have intervened in these proceedings to say so. The Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs has not intervened on this appeal but did intervene by way of written submissions in the proceedings before the Court of Appeal and the Supreme Court in *Reyes*. In that intervention all that was said on this subject was that the court should bear in mind that, if the protection granted by the Diplomatic Convention is eroded or restricted in this jurisdiction, then the same limitations may well be applied to UK diplomats abroad. Such reciprocity is naturally to be expected. It was not, however, suggested by the Secretary of State - and we see no reason to suppose - that the absence of immunity during, as well as after, a diplomat's posting for an employment claim brought by a domestic worker who claims to have been trafficked and held by the diplomat in conditions of modern slavery would impede the conduct of British diplomacy. It is difficult to see how the

theoretical possibility of such a claim could be thought to involve an unacceptable interference with diplomatic functions any more than, for example, exposure to the possibility of a civil action alleging participation in commercial fraud, which would on any view fall within the commercial activity exception.

## **G. CONCLUSION**

107. We conclude that, on the assumed facts, the claim brought by Ms Wong falls within the exception from immunity provided for in article 31(1)(c) of the Vienna Convention on Diplomatic Relations. It follows that, if those facts are proved, Mr Basfar does not have immunity from the civil jurisdiction of the courts of the United Kingdom. Unless admissions are made, a hearing is therefore required to determine the truth of the allegations. Accordingly, we would allow the appeal and reinstate the judgment of the employment tribunal refusing to strike out the claim.

### **LORD HAMBLEN AND LADY ROSE: (dissenting)**

108. The question raised by this appeal is whether a diplomat can assert his immunity from suit as a defence to a claim brought by a domestic servant who worked for him and his family in his residence here, in circumstances where he “trafficked” her into the United Kingdom and where the treatment she received at his hands and at the hands of his family was so harsh and unfair as to amount to exploitation. As has been explained in the judgment of the majority, the answer to this question turns on whether, on the facts alleged, Mr Basfar was exercising a commercial activity outside his official functions within the meaning of article 31(1)(c) of the Diplomatic Convention.

109. There is much in the majority judgment with which we agree. First, we agree with the majority’s conclusions on the principles of interpretation in paras 16, 17 and 18. We also agree with the majority’s rejection of the human rights arguments at paras 22 to 25, particularly with the conclusion that the exception to diplomatic immunity in article 31(1)(c) is not based on whether the relevant activity is unlawful under international law or violates human rights: para 25.

110. We agree that a comparison between state immunity and diplomatic immunity is unhelpful because the activities which fall outside state immunity and which are sometimes described as “commercial transactions” or “commercial activities” are much broader than the activities covered by the article 31(1)(c) exception. The

distinction that is relevant in state immunity is the distinction between the acts of the state, *ius imperii* and acts of a private character, *ius gestionis*.

111. Most important, we would also conclude, as we understand the majority to conclude, that the normal employment of a domestic worker (that is, employment not tainted by trafficking, forced labour or domestic servitude) does not amount to “commercial activity” within the exception. Our reasons for coming to that view, though, are rather different from those of the majority. We do not agree that as a matter of ordinary language, a person exercises a commercial activity when they buy goods or services for their personal use. The distinction between acting as a consumer and acting as a business is an important distinction in many aspects of the law. We agree with Lord Sumption’s statement in *Reyes* at para 51 that “there is no sense which can reasonably be given to article 31(1)(c) which would make the consumption of goods and services the exercise [of] a commercial activity”.

112. The reason the normal employment of a domestic worker falls outside the definition of “commercial activity” for the purposes of article 31(1)(c) is because it is an activity that is incidental to the ordinary conduct of daily life and, further, because the conduct of the daily life of the household is not itself a “commercial activity”. A claim relating to that employment is not, therefore, a claim relating to the exercise by the diplomatic agent of a commercial activity. To put this another way, if a diplomat set up in business as an interior designer, that is likely to involve him or her in employing people and buying in services and goods for use in the business. Any claims arising from those employment contracts or acquisitions of goods and services for that business would fall within the exception. This would not be because those transactions, looked at in isolation, amount themselves to the exercise of commercial activity but because they are part and parcel of - and hence relate to - the exercise of the commercial activity, being the interior design business. The question raised here is whether those transactions, whether one off or continuing, can themselves be commercial activity when they are not part and parcel of or incidental to some overall professional or commercial activity.

113. We have concluded that they cannot. Where we disagree with the majority is in their conclusion that the conditions under which a person is employed or how they came to be employed can convert employment which is not of itself a “commercial activity” exercised by her employer into such an activity falling within the exception. In summary our conclusions are:

- (i) At the time that the Diplomatic Convention was concluded, the parties negotiating the terms were well aware that domestic servants were engaged in diplomatic households. They were also well aware that diplomatic agents

sometimes engaged in egregious activities in breach of the laws of the receiving state. They recognised, however, the importance of preserving diplomatic immunity despite the abuses that could be expected to take place.

(ii) In more recent years, the international community has demonstrated its abhorrence of trafficking, modern slavery, forced labour and domestic servitude by entering into international instruments such as the Palermo Protocol designed to eliminate these practices and ensure that those engaging in them are punished. However, whether those developments have any effect on the meaning of the term “commercial activity” has to be ascertained by careful analysis of the relationship between the international instruments, the development of jurisprudence in the state parties and the application of the principles underlying diplomatic immunity. In our view, there is nothing that can be found in any of those sources to suggest that the meaning of the term “commercial activity” has been expanded so that it now includes trafficked employment.

(iii) The expansion of the exception in article 31(1)(c) to include trafficked employment or, more broadly, the kinds of exploitative employment described by the majority, risks seriously undermining the scope of diplomatic immunity. This is because of the uncertainty of the boundary between what is and what is not covered and the intrusive nature of the enquiry that a tribunal will have to conduct in order to apply the exception in this new way. It also risks exposing the United Kingdom’s diplomats overseas to formal or informal retaliatory measures.

(iv) We do not consider that the appellant should be permitted to raise an alternative case based on forced labour and domestic servitude at this very late stage in proceedings. We consider that the Supreme Court should decide the case solely on the basis pleaded and on which the courts below proceeded; that is, on the assumption that the facts alleged amounted to an allegation of human trafficking. In any event, however, we do not consider that this altered focus changes the outcome of this case. Just as for human trafficking, neither forced labour nor domestic servitude can constitute “commercial activity” in circumstances where they are not part and parcel of or incidental to some identifiable professional or commercial activity.

## (1) Normal employment as “commercial activity”

114. It now seems to be beyond doubt that the normal employment of a domestic worker in the diplomatic household does not amount to the exercise of a commercial activity on the part of the employer. This issue was considered in detail by Lord Dyson MR in *Reyes* when it was argued on behalf of the claimant that normal employment was also covered by the article 31(1)(c) exception. He examined the ordinary meaning of the phrase and concluded that as a matter of ordinary language, a contract for the provision of services which are incidental to family or domestic daily life is not “commercial activity”: para 14 of the Court of Appeal’s judgment in *Reyes*. This view was confirmed by the context of the phrase, in particular the link with article 42. As to the object and purpose of the phrase, it was clear from the drafting history and the travaux préparatoires to which Lord Dyson referred that the participants in the Vienna Conference: (i) did not consider that contracts of employment for the provision of domestic services at a mission were already included within the concept of “professional and commercial activities”; and (ii) did not favour enlarging the scope of the exception to a diplomatic agent’s immunity to include such contracts of employment. Lord Dyson concluded:

“29. I cannot accept the broad interpretation of ‘commercial activity’ for which Mr Otty [*appearing for Ms Reyes*] contends. It has little support in the jurisprudence or the commentaries. It would frustrate the principle of reciprocity and importance of diplomatic immunity. It would mean that there was no diplomatic immunity in respect of any contract made between a diplomatic agent and another person for the supply by that other person of goods or services for profit. Moreover, as Sir Daniel Bethlehem QC points out, effect has also to be given to the important words ‘outside his official functions’ in article 31(1)(c) of the 1961 Convention. There is no immunity in the case of an action relating to ‘any professional or commercial activity exercised ... outside his official functions’. The employment of a domestic servant at a mission is an activity which is incidental to the daily life of a diplomatic agent and enables him to perform his official functions.

30. I conclude, therefore, that article 31(1)(c) does not deprive a diplomatic agent of immunity from civil suit by a person employed at his official residence to carry out

domestic services where the contract is not infected by any allegation of trafficking. The next question is whether a contract of employment which is otherwise not a commercial activity is rendered a commercial activity because the employee has been the subject of trafficking.”

115. We agree with Lord Dyson that the signatories to the Diplomatic Convention were clearly aware that domestic servants were employed in diplomatic residences. Article 1(g) defines “members of the service staff” as members of the staff of the mission in the domestic service of the mission; a “private servant” is defined in article 1(h) as a person who is in the domestic service of a member of the mission and who is not an employee of the sending State. These definitions are important because other provisions of the Diplomatic Convention confer advantages on those falling within those definitions. According to article 37(3), members of the service staff of the mission who are not nationals of or permanently resident in the receiving State shall enjoy immunity in respect of acts performed in the course of their duties. Domestic workers can claim exemption from dues and taxes on the payments they receive by reason of their employment and the exemption from social security provision. Private servants also enjoy certain privileges; see article 37(4).

116. We were also taken to extensive travaux préparatoires. These reveal that there was discussion about the role of domestic staff in the context of considering how far they should share the immunities of the diplomatic family they were serving. Beyond that, it appears that there was no intention to exempt employment issues generally from the civil immunity jurisdiction. The Yearbook of the International Law Commission for 1957, Vol I records the discussions of the ninth session considering the draft codification of the law relating to diplomatic immunity in May 1957. The issue of unfair treatment of domestic servants was raised as a possible additional exception to immunity from jurisdiction by the Yugoslav delegate raising a point that had been put to him by the Yugoslav trade unions. He suggested that some case law suggested that where diplomatic agents enter into contracts with domestic servants, they thereby accepted the jurisdiction of the courts to deal with labour questions. He went on: (p 95 of the 402nd meeting on 22 May 1957)

“31. ... However, in cases where diplomats were accused of dismissing servants without just cause or due notice, the protocol department often intervened on the ground that the prestige of a foreign mission was at stake. The only remedy then open to the aggrieved servant was to bring an action in the diplomat’s own country, a laborious and expensive matter seldom justified by the value of the claim

involved. The problem was further complicated by the fact that many States permitted their diplomatic agents to waive their immunity from jurisdiction only with the prior consent of the ministry of foreign affairs. Thus, even if a diplomatic agent accepted the jurisdiction of labour courts in a contract with a domestic servant, that acceptance might later be shown to be invalid because he had not the prior consent of his minister of foreign affairs.

32. While it would be premature to talk of a definite rule that entry into a labour contract implied acceptance of the jurisdiction of labour courts, there certainly was a marked trend in case law in that direction. The Commission might consider whether to encourage that trend, or simply allow matters to take their course”.

117. Mr Sandström, the Special Rapporteur, agreed that diplomatic immunity “was often a source of inconvenience” but this was not “so great as to warrant making an exception to the rule”.

118. Lord Sumption in *Reyes* also emphasised the importance of considering reciprocity when construing the Diplomatic Convention articles:

“21(6) A wider scope for exception (c) would expose diplomatic agents in post in the United Kingdom (and potentially British diplomatic agents abroad) to local proceedings not only in respect of their employment of domestic servants but in respect of any transaction in the receiving state for money or money’s worth, save perhaps for those which were isolated or uncharacteristic. The substantial effect would be to limit the immunity to acts done in the exercise of the diplomat’s official functions, even in the case of a diplomat in post. The immunity in respect of non-official acts would mean very little, for every purchase that a diplomat might make in the course of his daily life from a business carried on by someone else would be a commercial activity exercised by the diplomat for the purposes of article 31(1)(c). This would be contrary to the carefully constructed scheme of the Convention for different categories of protected person.”

## (2) Diplomatic immunity and egregious conduct by the diplomatic agent

119. There are many instances in the travaux préparatoires where the conference delegates discuss abuses of immunity by diplomatic agents. The choice whether to lift or retain the immunity against claims is nothing to do with the disapproval or acceptability of such conduct. On the contrary, the discussions on the draft at the conference frequently refer to the abuses of privilege that caused public protest in the delegates' home countries. There was considerable debate about a proposal from the Netherlands to include a separate lifting of immunity for civil liability for car accidents, particularly since the diplomat was likely to be insured: see p 171 of the UN Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities in spring 1961 Vol I. But despite such abuses there has been no revision or cutting back of the protection afforded to diplomats from intrusive investigations into their non-commercial life. This was explained by Professor Denza in the Introduction to her work *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 4th ed (2016) ("Professor Denza's Commentary"). She describes the rules protecting the sanctity of ambassadors and enabling them to carry out their functions as "the oldest established and the most fundamental rules of international law" forming "a cornerstone of the modern international legal order". She went on:

"The second point which can be made is that the Convention has proved remarkably resilient to external attacks. In the United Kingdom and in the United States in particular, the effect of a small number of appalling or bizarre instances of abuse of diplomatic immunity during the 1980s, and of widespread resentment of the flouting by diplomats and other privileged persons of parking restrictions, was a cry for revision of the Convention or for new ways of combating perceived abuse. It would indeed have been possible, had the political will been generally present, to have achieved some reduction of the protection given, in particular, to the diplomatic bag. But Western governments were too well aware of the overall need for protection of their diplomats and their missions abroad against terrorism, mob violence, and intrusive harassment from unfriendly States to dispense with the essential armour provided by the Vienna Convention ... The Convention was left intact and in truth strengthened by the systematic re-examination it had undergone."

120. Mr Otty QC drew our attention to the preamble of the Diplomatic Convention which states that the purpose of the privileges and immunities conferred by the text “is not to benefit individuals but to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing States”. He asked how could it be said that the treatment alleged by Ms Wong promoted the efficient performance of Mr Basfar’s functions? We do not regard that as a legitimate approach to construing the scope of the exception in article 31(1)(c). The preamble is intended to express the underlying purpose of the Diplomatic Convention, but it cannot be relied on to restrict the extent of the diplomatic immunity to cover only those activities which might be said to increase their efficiency. We agree with Lord Sumption in *Reyes* at para 12(3) that:

“Although the purpose of stating uniform rules governing diplomatic relations was ‘to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing states’, this is relevant only to explain why the rules laid down in the Convention are as they are. The ambit of each immunity is defined by reference to criteria stated in the articles, which apply generally and to all state parties. The recital does not justify looking at each application of the rules to see whether on the facts of the particular case the recognition of the defendant’s immunity would or would not impede the efficient performance of the diplomatic functions of the mission.”

121. Thus, for example, article 41(3) provides “The premises of the mission must not be used in any manner incompatible with the functions of the mission as laid down in the present Convention or by other rules of general international law or by any special agreements in force between the sending and the receiving State.” But that has not been relied on to argue that if the premises are being used in an incompatible manner, that can affect the scope of the immunities because the misconduct does not promote the efficient running of the mission. Conversely, the immunity is lifted by the other paragraphs of article 31 in respect of activities which could not generally be regarded as unacceptable or reprehensible, such as being the executor of an estate or an heir or legatee as a private person.

**(3) The “trafficking dimension” at the time the Diplomatic Convention was concluded**

122. None of the parties in this appeal, or apparently in *Reyes*, was able to point to any express discussion in the travaux préparatoires of the trafficking of domestic servants. But we are nevertheless satisfied that at the time the Diplomatic Convention was concluded there was no intention on the part of the contracting states that the phrase “commercial activity” could extend to a contract of employment where the worker was trafficked or otherwise exploited. On this point we note that the Supreme Court in *Reyes* was unanimous. Lord Wilson, who expressed his doubts about the answer proposed by Lord Sumption, accepted that when agreeing to the terms of the Diplomatic Convention in 1961, the parties would not have regarded a claim brought by Ms Reyes as relating to any commercial activity exercised by Mr Al-Malki. He said that he was persuaded that:

“... when agreeing to the terms of the 1961 Convention, the parties would have rejected any suggestion that the proceedings brought by Ms Reyes related to any commercial activity exercised by Mr Al-Malki (para 67).”

123. The doubts that the majority in the Supreme Court expressed in *Reyes* concerned whether the later developments in international law demonstrating the determination of many states to take steps to punish and eliminate human trafficking, particularly the adoption of the Palermo Protocol, could affect the interpretation of the exception so that it could now be said to encompass trafficked employment. We turn then to consider the case put by Mr Otty QC to this Court in the present proceedings as to the current meaning of the term and the conclusions arrived at by the majority.

**(4) Has the meaning of “commercial activity” changed over time?**

124. The case presented to the Supreme Court in *Reyes* and in this appeal as to the changing scope of the exception in the light of international law developments was a narrow one. As recorded by Lord Sumption in *Reyes*, Ms Reyes had confined her argument to the proposition that the international obligation to recognise a crime and tort of human trafficking affected the scope of the exception. It was not submitted before the Supreme Court in *Reyes* that the exception had extended to trafficked

domestic workers when the Diplomatic Convention was concluded in 1961 or that the exception extended now to employment which did not fall within the definition of trafficking in the Palermo Protocol. Mr Otty QC's case before us at the hearing was similarly narrow. He declined to be drawn on whether a domestic worker who could not establish that she had been trafficked within the meaning of the Palermo Protocol would be able to rely on the exception, since, he said, he did not have to argue anything that wide. Indeed, one of the issues in dispute at the hearing was whether Ms Wong had sufficiently pleaded facts that amounted to trafficking within that definition. We agree with the courts below and with the majority that the appeal should proceed on the basis that the pleaded facts do allege trafficking within the meaning of the Palermo Protocol.

125. We would add that, in light of these pleaded and assumed facts concerned with trafficking, we do not consider that Ms Wong should be permitted to raise an alternative case at this late stage based on forced labour and/or domestic servitude. Ms Wong was invited by the Supreme Court to address this by written submissions subsequent to the hearing, and so we make no criticism of her attempt to do so. However, Ms Wong's pleaded case and arguments before the Employment Tribunal and Employment Appeal Tribunal were limited to human trafficking, as was the oral argument before us. In oral submissions before this court Mr Otty QC expressly accepted that Ms Wong's case rested on the international definition of trafficking being met. In our view, it would be inappropriate to allow Ms Wong, following the hearing before this court, to advance for the first time this alternative case. We do not have the benefit of the consideration of this case by the courts below and it would involve this court making effectively a first instance determination, from which, moreover, there is no possibility of appeal.

126. In addition, we disagree with Ms Wong that the allegations made in her ET1 claim form are sufficient to permit her claim nonetheless now to be characterised as relating to forced labour and/or domestic servitude.

127. Forced labour is defined in article 2(1) of the Forced Labour Convention, 1930, No 29 as "all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily". It requires it to be demonstrated both that there is a threat of a penalty should the labour not be performed and that the work is performed against the will of the person concerned (ie with an absence of consent or free choice) - see, for example, the decision of the European Court of Human Rights ("ECtHR") in *Van der Mussele v Belgium* (1983) 6 EHRR 163, para 34.

128. Servitude is the obligation to perform certain services imposed by the use of coercion and is linked with the concept of slavery - see, for example, *Siliadin v France* (2006) 43 EHRR 16, para 124. It is a “particularly serious form of denial of liberty” and “corresponds to a special type of forced or compulsory labour or, in other words, ‘aggravated’ forced or compulsory labour” - see *CN and V v France* (Application No 67724/09), paras 89 and 91. As stated in that case at para 91, the distinguishing feature between servitude and forced labour is the victim of servitude’s feeling that their condition is permanent and unlikely to change.

129. The ET1 and Ms Wong’s Grounds of Complaint would not have been reasonably understood by Mr Basfar or his legal representatives as relating to forced labour or domestic servitude. They assert that she is a “victim of trafficking”. They do not allege that she is a victim of forced labour, that there was a threat of penalty or that the work was performed against her will. They do not allege that she is a victim of domestic servitude, or that there were any aggravating factors which would turn a situation of forced labour into domestic servitude, that Ms Wong felt her condition was permanent and unlikely to change, or that there were objective grounds for any such belief. In our view Ms Wong could not succeed in a claim based on either forced labour or domestic servitude on the basis of her claim as pleaded. This further persuades us that the claim should be limited to the assumed basis of human trafficking as pleaded in the appellant’s ET1 form. We focus therefore on solely the human trafficking context.

130. We need first to address the question whether the words “commercial activity” are capable of changing their content at all. Ms Wong relied on *Costa Rica v Nicaragua* (2009) ICJ Rep 213, para 64. In that case the International Court of Justice considered the meaning of the phrase “for the purposes of commerce” in the treaty between the two states, granting the right of free navigation to Costa Rica only for such purposes. Costa Rica argued that the phrase included tourism although no tourism existed at the time the Treaty was concluded. The Court referred to the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969: at para 64.

“64. ... On the one hand, the subsequent practice of the parties, within the meaning of article 31(3)(b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement between the parties. On the other hand, there are situations in which the parties’ intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used - or some of them - a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law. In such instances it is

indeed in order to respect the parties' common intention at the time the treaty was concluded, not to depart from it, that account should be taken of the meaning acquired by the terms in question upon each occasion on which the treaty is to be applied."

131. The Court went on to hold that where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period or is "of continuing duration", the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning.

132. Lord Sumption said at para 43 in *Reyes* that there is nothing in the wording of the Diplomatic Convention from which one could discern that the concept of "professional or commercial activity" was ambulatory:

"The expression does not express a general value whose content may vary over time. It is a fixed criterion for categorising the facts, whose meaning and effect was extensively discussed during the drafting and negotiation of the text. There is no reason to suppose that it refers today to anything other than what it referred to in 1961."

133. On this point we respectfully doubt that conclusion to this extent: the phrase can have an ambulatory meaning in a more limited sense. Businesses that did not exist in 1961 such as mining cryptocurrencies, designing computer games or trading in financial derivatives might well, in our view, count as exercising a commercial activity even though they were not activities that existed when the Diplomatic Convention was adopted. That is the sense in which an ambulatory meaning was given to the term "for the purposes of commerce" in the *Costa Rica* case so that it included the transport of tourists on boats along the river even though no such tourism had taken place when the Treaty had been signed in 1858. It is not difficult to accept that the drafters of the Diplomatic Convention would intend that the words could expand in their meaning over future years for that purpose.

134. Here, however, we are dealing with a different kind of ambulatory meaning. Human trafficking and the exploitation of vulnerable workers did not start after 1961; it has always existed on varying scales. The question is whether the adoption of measures by the international community exhorting countries to punish perpetrators and compensate victims has changed the content of the phrase "commercial activity"

so that it now does encompass trafficking. It is not possible simply to make the leap from the developments in the law as to human trafficking to a conclusion that those developments have affected the meaning of words in an earlier international instrument. In addressing that question, one must, as Lord Sumption said at para 42 of *Reyes* approach the matter using legitimate techniques of interpretation, subject to principled limits. That much is also clearly established by the two cases in which similar submissions were made: *Barnet London Borough Council v Attorney General and the Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs* [2021] EWHC 1253 (Fam); [2021] Fam 404 (“*Barnet*”) and *Jones v Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* [2006] UKHL 26; [2007] 1 AC 270 (“*Jones*”).

135. In *Barnet* the argument before the Divisional Court (Sir Andrew Macfarlane P and Sir Duncan Ouseley (sitting as a High Court judge)) concerned the effect, if any, of the adoption of the UN Convention on the Rights of the Child (1989) (Cm 1976) on the scope of diplomatic immunity. More precisely, the issue before the court was whether the positive obligations under article 3 ECHR, required a new exception which would apply where the diplomat was accused of abusing his children in breach of their article 3 rights. The Court rejected a submission that the UNCRC and the ECHR could have superseded the provisions of the Diplomatic Convention (which they referred to as the “VCDR”):

“115. ... The parties to the VCDR would never have agreed to such a provision. The VCDR, codifying customary international law, after extensive negotiations and consideration, leading to its specific text governing international diplomatic relations, cannot have been superseded in any part by a Convention dealing with the rights of children. Still more difficult is it to conclude that that has been achieved in so sensitive an area, where the very purpose is to send diplomats and their families abroad safely, and entrust them to the compliance with the VCDR by the receiving state, without so much as a word in the text of the later to the problem of diplomats’ children. It is not possible to conclude that the UNCRC should be interpreted as disturbing the VCDR, heedless of the real harm that would risk doing, and doing to the children of diplomats abroad, as the UNCRC would be doing were the Applicant right. None of the Comments, for what they are worth, suggested that either.”

136. This was a similar exercise to that which the House of Lords conducted in *Jones*. In that case the immunity invoked was state immunity rather than diplomatic immunity but the approach is still instructive. The issue for the House was to consider the balance currently struck in international law “between the condemnation of torture as an international crime against humanity and the principle that states must treat each other as equals not to be subjected to each other’s jurisdiction”: para 1. Lord Bingham of Cornhill described the new and important consensus of the nations of the world as to the “extreme revulsion” for the practice and fruits of torture, as expressed in the UN Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 (1990) (Cm 1775): para 15. The Torture Convention had come into force in June 1987 and both the UK and Saudi Arabia (with the overwhelming majority of other states) were parties. It was also common ground that the proscription of torture in the Torture Convention had, in international law, the special authority of *ius cogens*. The claimants’ key submission was that the proscription of torture by international law, having the authority it did, precluded the grant of immunity to states or individuals sued for committing acts of torture. Such acts could not be governmental acts or exercises of state authority entitled to the protection of state immunity *ratione materiae*.

137. Lord Bingham rejected that submission. He held that neither the prohibition on torture nor that on crimes against humanity automatically overrode all other rules of international law. He said that it may very well be that the claimants’ contention would come to represent the law of nations but it could not be said to do so now. Lord Hoffmann also rejected the submission that the fact that the prohibition on torture was *ius cogens* meant that it overrode immunity:

“45. To produce a conflict with state immunity, it is therefore necessary to show that the prohibition on torture has generated an ancillary procedural rule which, by way of exception to state immunity, entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged. Such a rule may be desirable and, since international law changes, may have developed. But ... it is not *entailed* by the prohibition of torture.”

He went on: (para 46)

“Whether such an exception is now recognised by international law must be ascertained in the normal way from treaties, judicial decisions and the writings of reputed publicists.”

138. Lord Hoffmann said further, at para 63, that international law is based on the consent of nations so that it is not for a national court to “develop” international law “by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states”. He concluded that there was nothing in either the Torture Convention or the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004) to indicate that a new exception was so recognised. He considered judicial decisions of the International Criminal Court and the ECtHR and then national courts. Lord Rodger of Earlsferry and Lord Walker of Gestingthorpe and Lord Carswell agreed with both Lord Bingham and Lord Hoffmann.

139. The majority’s judgment in the present appeal does not state that it is overruling the decision of the Divisional Court in *Barnet* but it is difficult to see how that decision can stand, assuming one regards child abuse falling within article 3 ECHR as being serious misconduct which is widely condemned by the international community. It is true that the present appeal is different from *Barnet* and *Jones* in that those cases were considering the insertion of a wholly new exception rather than a new and wider interpretation of an existing exception. But the same principles must apply since the principle that the words must mean the same for all signatories applies just as much to the proposed extension of meaning of an existing exception as it does to the creation of a new exception. Further, the potential effect on diplomatic relations - the risks of real harm to our diplomats abroad arising from disturbing the Diplomatic Convention to which the Divisional Court referred in *Barnet* - is the same in both situations.

140. To adapt what Lord Hoffmann observed in para 46 of *Jones* set out above to the facts of the present case, whether an exception to diplomatic immunity has come to be recognised by international law in the extension of the phrase “commercial activity” to the employment of a trafficked domestic worker must be ascertained from treaties, judicial decisions and writings of reputed publicists.

141. So far as treaties are concerned, we consider that the same answer must be given as regards the effect of the Palermo Protocol on the Diplomatic Convention as was given by the House of Lords in *Jones* as regards the effect of the Torture Convention on the scope of state immunity. Mr Otty QC is not able to point to anything in the Palermo Protocol that deals with the scope of diplomatic immunity. It cannot be the case that a treaty obligation to make certain conduct a serious criminal offence is itself enough to require contracting states to lift immunity for that conduct: the immunity of diplomats from criminal prosecution is complete and is not challenged in these proceedings.

142. As to state practice, the jurisprudence from the courts of other parties to the Diplomatic Convention point very firmly towards the continuing state practice being that the employment of trafficked domestic workers does not amount to commercial activity for the purposes of article 31(1)(c).

143. We were taken to a series of cases in which the courts in the US have firmly rejected cases on similar facts to those of Ms Wong. The primary authority to which these cases refer is an authority from the United States *Tabion v Mufti* (1996) 73 F 3d 535 (“*Tabion*”). We agree with Lord Sumption’s comment in *Reyes* at para 22 that decisions of the federal courts of the United States are a valuable source of law in this area, “because of the long-standing engagement of the US courts with international law and the existence of a highly developed body of domestic foreign relations law belonging to the same tradition as our own”. In *Tabion* the claimant worked as a domestic servant in the home of a Jordanian diplomat stationed in Washington. She brought an action alleging breach of United States labour laws. The US Court of Appeals Fourth Circuit (on appeal from the District Court) held that the term “commercial activity” did not extend to include occasional service contracts but related only to trade or business activities engaged in for personal profit. The Court concluded:

“Here, as in most cases invoking sovereign immunity, there may appear to be some unfairness to the person against whom the invocation occurs. But it must be remembered that the outcome merely reflects policy choices already made. Policymakers in Congress and the Executive Branch clearly have believed that diplomatic immunity not only ensures the efficient functioning of diplomatic missions in foreign states, but fosters goodwill and enhances relations among nations. Thus, they have determined that apparent inequity to a private individual is outweighed by the great injury to the public that would arise from permitting suit against the entity or its agents calling for application of immunity.” (p 456)

144. Although Ms Tabion’s claims included claims for low pay, long hours and false imprisonment, the case did not raise squarely the question whether the conditions under which she worked affected whether her employment amounted to “commercial activity”. This was dealt with more directly in later cases. In *Sabbithi v Al Saleh* (2009) 605 F Supp 2d 122, the plaintiffs were domestic workers from India bringing an action against their former employers who were Kuwaiti diplomats. They brought proceedings under the Trafficking Victims Protection Act of 2000 (“TVPA”) and the Fair

Labor Standards Act. The plaintiffs had been employed by the defendants in their home in Kuwait prior to moving to the US. It was alleged that in Kuwait they had worked long hours, seven days a week for small payment. On coming to the US, they signed employment contracts promising to pay them considerably more and to comply with US labour laws. These contracts were presented to the US Embassy in Kuwait for the purpose of obtaining visas to authorise the plaintiffs to work in the defendants' home in the US. The plaintiffs claimed that once in the US, the defendants did not comply with the terms of the contracts but maintained their exploitative treatment depriving them of their passports, threatening them with physical harm and physically abusing one of them. When they escaped and filed suit, Kuwait declined to waive immunity.

145. The arguments put forward by the plaintiffs in *Sabbithi* relevant to the present appeal were (1) the defendants' alleged trafficking of the plaintiffs fell within the "commercial activities" exception to immunity under the Diplomatic Convention; (2) diplomatic immunity could not bar the plaintiffs' claims because the defendants' actions were so egregious they violated ius cogens norms prohibiting slavery and slavery-like practices; and (3) the plaintiffs' claims under the TVPA prevailed over the defendants' conflicting claims of diplomatic immunity according to the "subsequent-in-time" rule. The District Court rejected those arguments. The court was not persuaded that the defendants' alleged conduct constituted human trafficking and held that no ius cogens norm was at issue. But it went on to say that, in any event, there was no evidence that the international community has come to recognise a ius cogens exception to diplomatic immunity. The Court then went on to come to a different conclusion from the Supreme Court in *Reyes*, holding that the immunity extended after the defendants returned to Kuwait because it was part of the exercise of their diplomatic functions.

146. This has been the interpretation of article 31(1)(c) approved by the US courts in more recent cases. In 2011, the claimant in *Montuya v Chedid* (2011) 779 F Supp 2d 60 alleged that she was brought to the US in August 2007 to work in the home of the Lebanese ambassador as their domestic servant. She was forced to work long hours for little pay and was verbally abused and insulted. She claimed she was not allowed to leave the defendants' home and was illegally confined there. The court referred to the *Sabbithi* case and found the reasoning persuasive. The court said in closing:

"The Court, moreover, is mindful that the [Convention] is not a unilateral document; what may prevent parties from obtaining redress in our courts also serves to protect American diplomats and their families from what we might

consider as legal abuses overseas. This balancing is a policy decision this Court should not challenge.” (p 65)

147. Finally as regards the US jurisprudence, the question of trafficking was raised squarely in *Fun v Pulgar* (2014) 993 F Supp 2d 470 (decision of the US District Court). There the plaintiff was offered work as a live-in domestic worker for the family of a Peruvian diplomat working at the Permanent Mission of Peru to the United Nations. She was supplied with an employment contract setting out favourable terms but once she arrived in the United States, the defendants confiscated her passport and put her immediately to work. She alleged that the defendants’ actions created a human trafficking and alien harbouring enterprise in order to take advantage of her service as an underpaid domestic servant. The plaintiff claimed damages and injunctive relief for being trafficked into the United States by the defendants and forced to work against her will as their domestic servant for over six months. The District Court still held that the claim did not relate to commercial activity within article 31(1)(c), applying *Tabion*. The court did not regard the conditions under which she worked as capable of converting her employment into a commercial activity.

148. The only case on which Mr Otty QC could rely is the Portuguese case of *Fonseca v Larren* 30 January 1991 reported in “State Practice regarding State Immunities” edited by the Council of Europe. This was an appeal before the Supremo Tribunal de Justiça. The report provided to us can be set out in its totality:

“The State’s immunity from jurisdiction contained in the Vienna Convention on Diplomatic Relations aims at ensuring the reciprocal independence of States and prevents States from being placed in the position of defendants in the courts of another State. This rule is applicable also to the diplomatic agents of a State, but only when the acts are practised on behalf of the State and for the purposes of the mission and not in case of acts in their private capacity. Hiring a domestic servant for the private residence of a diplomat is an act outside of the diplomatic functions of the agent and therefore not included in the immunity from jurisdiction.”

149. We have no reason to disagree with Lord Sumption’s analysis of this case at para 33 of *Reyes* where, apparently having access to a fuller report of the decision, he explained the result as arising from a principle of statutory construction sanctioned by the Portuguese Civil Code which would not apply to a treaty in England. Curiously, the page containing this report in the Court’s appeal bundle contains a report of a later decision on 4 May 1994 in the District Court of Lisbon in *Ramos v US Government*. In

that case it appears that the Lisbon Court held that “Portuguese courts are internationally incompetent to judge labour contracts entered into with the US Diplomatic Mission in Portugal, since this State has not waived its immunity from jurisdiction.”

150. We accept that the Supreme Court in *Reyes* has already created a difference of interpretation by holding that the employment of domestic workers is not part of the diplomat’s official functions so that immunity for employment related claims does not continue once the diplomat leaves office. The contrary conclusion has been reached by the US Courts. Whether or not the majority judgment means that the US cases were wrongly decided is not the main point here. The relevance of the US cases for present purposes is that they are very far from showing that there is state practice to support a contention that the parties to the Diplomatic Convention have recognised that the development of international law about trafficking and slavery has affected the meaning of the term “commercial activity” in the treaty to which they are all party.

151. As to writings of reputed international lawyers, we were shown nothing to suggest that legal writings recognise the extension of the term “commercial activity”. On the contrary, Professor Denza refers without criticism to the decision of the US court in *Tabion* and to the application of that principle by the Court of Appeal in *Reyes*: see pp 251-252 of her Commentary. She refers also in her Introduction to the resilience of diplomatic immunity in the face of evolving human rights norms:

“There have been onslaughts on the protected status of diplomats, from those asserting that it cannot be justified in the face of abuse of immunity and from those claiming that it must give way when it appears to conflict with claims to access to justice or to human rights. In recent years diplomats have become conspicuous and highly vulnerable targets for terrorist attack. In the face of these attacks the Convention has survived unscathed. ...

Subsequent developments in the functions of governments, the conduct of international relations, in trade, travel, and communications altered in only marginal respects the main functions of diplomatic missions - to represent the sending State and protect its interests and its nationals, to negotiate with the receiving State, to observe, and to report. The basic rules which enabled those functions to be carried out have therefore continued largely without change.”

152. We therefore agree with Lord Sumption’s conclusion in *Reyes* that there is nothing either in the Palermo Protocol or in the other international treaties, or in state practice or in academic writings to support the proposition that the meaning of “commercial activity” has changed since 1961 so that it now encompasses trafficked employment of the kind Ms Wong alleges.

153. For completeness, we add that even if Ms Wong’s claim can be characterised and advanced as relating to forced labour and/or domestic servitude (contrary to our conclusions at paras 125-129), our view is that this makes no difference to the question of whether Mr Basfar was engaged in “commercial activity”. We consider that Ms Wong is wrong to suggest that forced labour and domestic servitude amounts to a “commercial activity” for the purposes of article 31(1)(c) because a perpetrator makes financial savings by not paying the required rate for that labour. For the reasons we have given above, in our view the correct approach is to consider whether the activity in which the forced labour or domestic servitude is used can be considered a “commercial activity”. The forced labour or domestic servitude is not itself a “commercial activity”. In the present case, Ms Wong’s labour was clearly carried out in a domestic setting rather than being put towards any kind of profit-making activity by Mr Basfar. The fact that, on the assumed facts, Mr Basfar’s treatment of Ms Wong was of an appalling nature does not mean that he was engaged in a “commercial activity”.

154. As Lord Sumption recognised in the context of human trafficking in *Reyes* at para 45, there is nothing inherent in forced labour or domestic servitude that they be carried out in the exercise of a commercial activity. The characterisation of working conditions as forced labour or domestic servitude does not depend on whether a “commercial activity” is carried on by the perpetrator, nor on whether the perpetrator intends to make savings or a profit, but rather on the perpetrator’s treatment of the victim and whether it involves the denial of the personal autonomy and dignity of the victim.

## **(5) Problems arising from the majority’s decision**

155. Ms Wong’s appeal before the Court has been conducted on the basis that the facts she asserts in her pleaded case before the Employment Tribunal are true. The majority judgment has set out those facts and, if true, they disclose shocking and shameful mistreatment. The same was true of the facts assumed in *Barnet* that the diplomatic agent’s mistreatment of his children had been so severe as to amount to a breach of their article 3 Convention rights and in *Jones* where the claimants pleaded particulars of severe, systematic and injurious torture. Although this Court does not have to examine whether Ms Wong’s allegations are true, that does not absolve us

from the need to consider the worrying difficulties that one can foresee arising from a decision that trafficked or other exploitative employment is a “commercial activity” for the purposes of the exception. We see these difficulties as arising on a number of fronts:

- (i) The difficulty in defining what amounts to trafficking and the breadth of that definition;
- (ii) The intrusive nature of the enquiry that the tribunal would need to carry out to determine whether immunity applied or not;
- (iii) The scope of the exception if it is extended beyond trafficking to cover other forms of slavery or exploitative employment;
- (iv) The risks to the UK’s diplomats abroad from the expansion of the exception.

(a) *The definition of trafficking*

156. As we have already noted, Mr Otty QC’s submissions relied on the Palermo Protocol definition of human trafficking for two purposes. The first was as showing the development of international law since the Diplomatic Convention was adopted. We have dealt with that in the previous section of this judgment. The second was that the Palermo Protocol provides a reasonably bright line for the purpose of defining the scope of “commercial activity”. It is a definition that has already been reflected in statute in section 2 of the Modern Slavery Act 2015. This Court has already had occasion, nonetheless, to comment on how difficult it is to determine whether the treatment of a particular individual falls within the definition of trafficking or not. In *Hounga v Allen* [2014] 1 WLR 2889 Ms Hounga’s claim for, amongst other things, unlawful race discrimination was met by a defence of illegality by her employer who asserted that Ms Hounga had knowingly participated in presenting false documents to the UK authorities in order to acquire a visa. The Supreme Court held that there was a public policy to which barring Ms Hounga’s claim would “run counter” namely the prevention of human trafficking. This raised the question whether the evidence established that Ms Hounga had been trafficked. Lord Wilson JSC (with whom Baroness Hale of Richmond DPSC and Lord Kerr of Tonaghmore JSC agreed) dealt with the question as follows:

“49. The tribunal made no finding whether Miss Houna was the victim of trafficking. No doubt it considered that it had no need to do so. It is only at this third level of appeal that the issue crops up again; and this court’s duty to be fair to [the employer] demands that it should approach the issue with the utmost caution. Nevertheless, although the court should remember, for example, that Miss Houna was not actually locked into the home, it is hard to resist the conclusion that Mrs Allen was guilty of trafficking within the meaning of the definition in the Palermo Protocol. Thus, of the ILO’s six indicators of forced labour, there might be argument about the existence of the second (restriction of movement) but, on the tribunal’s findings, there certainly existed the first (physical harm or threats of it), the fourth (withholding of wages) and the sixth (threat of denunciation to the authorities where the worker has an irregular immigration status). Judicious hesitation leads me to conclude that, if Miss Houna’s case was not one of trafficking on the part of Mrs Allen and her family, it was so close to it that the distinction will not matter for the purpose of what follows.”

157. Lord Wilson did not have to arrive at a definite conclusion as to whether Ms Houna was trafficked since he concluded that to uphold her employer’s defence of illegality would run strikingly counter to the policy against trafficking and in favour of the protection of its victims.

158. A useful illustration of the task that awaits courts and tribunals if they are required to determine whether a claimant has been trafficked as a preliminary issue of jurisdiction in a claim against a diplomat can be seen in the case of *Ajayi v Abu* [2017] EWHC 3098 (QB). HHJ Alison Hampton was considering claims by Ms Ajayi for compensation for being the victim of human trafficking. The trial in the Queen’s Bench Division lasted five days and resulted in a judgment of 126 paragraphs. Her factual findings covered the period between when Ms Ajayi first started work for the Abu family in the summer of 2005 until she was expelled from the household in March 2015. The judge heard evidence from the defendants, from members of the family and their friends, from a director of Anti-Slavery International who provided his opinion to the court on whether Ms Ajayi could be said to be a victim of trafficking, and from a psychiatrist. The judge prefaced her analysis of the factual witnesses and her findings of fact by describing the difficulties facing her - difficulties which are likely to face any judge considering whether a claimant has been the victim of trafficking:

“52. It is judicial experience that those involved in disputes within family relationships or other close personal or domestic relationships which have failed have a natural inclination to reinterpret past events in either vengeful or self exculpatory terms. This is particularly so in the present case where the claimant’s expectations of the life she was expected to lead in the United Kingdom, including her education, had not been met, I find that she has a genuine and justified sense of grievance against the defendants. I also find that the defendants feel a sense of grievance that the claimant has turned against them, after they provided her with a home and assisted her with education and the opportunity to remain in the United Kingdom.”

159. The judge found that Ms Ajayi had exaggerated her claim in some respects. She found that Ms Ajayi had never been physically abused or locked into the family home. She had received cash payments from time to time and had been free to go to college and to carry out voluntary work at church. But on the issue of whether her treatment amounted to trafficking, the judge concluded that it did, since the control on an individual does not require physical restraint, violence, or the threat of violence, to be effective and coercive. She found that the claimant was indeed the victim of trafficking and harassment within the meaning of the 1997 Act.

160. It appears therefore that if the test for “commercial activity” is indeed the test for human trafficking set out in the Palermo Protocol, the circumstances in which immunity may be lifted are not limited to extreme cases of zero payment, virtual imprisonment in the family home and physical abuse. It is no answer to this point to say that Ms Wong’s allegations as set out at paras 8 and 9 of the majority judgment are at the more extreme end of what amounts to human trafficking. If trafficking and exploitation amount to exercising “commercial activity” as the majority conclude, the immunity may be lifted whenever the test is satisfied, not simply when it is satisfied in a particularly egregious form. The Employment Tribunal may find, having investigated Ms Wong’s allegations that some of what she claims is exaggerated and that, for example, she was never made to wear a door-bell round her neck, that she was provided with meals every day and allowed to speak to her family using Mr Basfar’s phone once a month. Would Mr Basfar’s conduct still be such as to lift his immunity from suit? The majority judgment does not assist because there is no indication which of the vulnerable characteristics and identifying factors listed in paras 45 to 51, singly or in combination, need to be present before the employment relationship amounts to “commercial activity”. The majority judgment refers throughout to Ms Wong as a “migrant” domestic worker. It is not clear - but it needs to be clear if this test is to be applied by employment tribunals - whether the exception is limited to “migrants”. If so

then the serious mistreatment of domestic workers engaged by the diplomat but who are resident in this country cannot amount to “commercial activity” even if they, like a typical migrant worker, have no network of supporters in this country to whom they can turn for help.

*(b) The intrusive nature of the exercise in which employment tribunals will need to engage*

161. The judgment in the *Ajayi v Abu* case illustrates the exercise on which tribunal judges will need to embark in deciding whether the “commercial activity” exception applies. The issues covered in the judgment include: the claimant’s conduct during periods of prayer within the family home; the claimant’s attendance at the family’s church; what percentage of the family’s ironing was carried out by the claimant; to what extent Ms Ajayi did the school run to collect the children. There was a dispute between the parties as to whether Ms Ajayi had ever been paid and, if so, how much. This required an analysis of Mr Abu’s bank statements. We cannot accept that the signatories of the Diplomatic Convention envisaged that such an exercise was an appropriate one for courts and tribunals to undertake in order to decide whether the exception in article 31(1)(c) applies.

162. It is no answer, in our judgment, to say that Mr and Mrs Basfar can rely on article 31(2) of the Diplomatic Convention which prevents them from being compelled to give evidence. It cannot be the case that the exception is recognised only because it is likely that future defendants will consider themselves unable to defend the proceedings because of the intrusive examination of their home life that would be required to refute the allegations.

*(c) The wider definition of exploitation*

163. The majority’s judgment extends the meaning of “commercial activity” to employment relationships other than those which fall within the definition of trafficking set out in the Palermo Protocol. The judgment refers to the international concepts of servitude and forced labour as marking the dividing line between on the one hand the consensual employment of a housekeeper or other domestic worker which is not to be treated as a commercial activity and “a form of modern slavery” which is. Underlying the majority’s judgment is the assumption that there is a boundary with servitude or forced labour on one side of it and voluntary employment

on the other side. In our view there is, rather, a broad spectrum between those who are in the fortunate position of working in congenial conditions and being free to leave their jobs when they please on the one hand and victims of trafficking, servitude and forced labour on the other. Many people in the UK and elsewhere work long, anti-social hours in unpleasant conditions doing menial work for low pay and having to put up with rude, bullying employers. They cannot afford to leave their jobs; they have families to feed and bills to pay and the alternatives open to them are very limited and unlikely to be much better. But they are not generally regarded as “slaves” or as working in “forced servitude”.

164. We accept that the phrase “commercial activity” chosen by the drafters of the 1961 Convention is vague. The state parties must have expected there to be disputes about what was excepted and what was not. However, here the uncertainty arises because the factors considered relevant are not in any other context regarded as indicia of whether an activity is “commercial” or not, such as the degree of psychological abuse by one counterparty to the other or restrictions on a counterparty’s liberty.

165. The one aspect of the employment relationship which clearly is “commercial” is the pay. Ms Wong accepts that she was paid something although it was a small fraction of her contractual entitlement. But we accept that trafficking and exploitation are not limited to situations where there is no payment at all. The majority refer to the element of profit on the part of the employer that arises when he obtains the worker’s services for less than he should pay. This, the majority say, is an indicator of the commercial nature of the activity of employing an exploited domestic worker although it does not appear that they regard it as a necessary element. They do not identify what degree of disparity between the pay given to the claimant and an acceptable rate of pay is essential before the employer is regarded as profiting unfairly thereby turning the relationship into the exercise of “commercial activity” for the purposes of article 31(1)(c).

166. In so far as lower than normal pay is relevant to the issue, it raises another area of uncertainty as to the correct comparator for normal pay. The majority propose a comparison between the worker’s actual pay and the amount for which the worker would “willingly” have provided the services or for which equivalent services could have been purchased in the labour market. Such a test raises serious issues, for example whether the labour market under consideration is the labour market in central London or the labour market in the sending state where Ms Wong was initially employed and where the cost of living is substantially lower.

(d) *Reciprocity and risks of retaliation*

167. Professor Denza says in the Introduction to her Commentary:

“... reciprocity forms a constant and effective sanction for the observance of nearly all the rules of the Convention. Every State is both a sending and a receiving State. Its own representatives abroad are in some sense always hostages. Even on minor matters of privilege and protocol, their treatment may be based on reciprocity. For the most part, failure to accord privileges or immunities to diplomatic missions or to their members is immediately apparent and is likely to be met by appropriate countermeasures.”

168. The risks to which an expansive or unusual interpretation of the exception in article 31(1)(c) may expose the United Kingdom’s diplomats abroad has been commented on in various decisions. It was a point made in the evidence lodged by the Foreign, Commonwealth and Development Office in *Barnet*. The court in that case was provided with a witness statement of Ms MacMillan MVO, Deputy Director of the Protocol Directorate and Assistant Marshal of the Diplomatic Corps. She referred to article 47(2) of the Diplomatic Convention. Article 47 provides that in the application of its provisions, the receiving state shall not discriminate as between States. But there is an exception in article 47(2) that discrimination shall not be regarded as taking place where the receiving State applies any of the provisions of the present Convention restrictively because of a restrictive application of that provision to its mission in the sending State. Ms McMillan’s evidence was that the failure of a state to respect the immunities of diplomatic staff in its own territories might expose its own diplomats to “harsher treatment abroad, by way of reprisal”(para 51).

169. A restrictive application of the immunity granted by article 31 by this court may well be met by a restriction on the immunity granted to UK diplomats in Saudi Arabia. No doubt, as Mr Otty QC submitted, it is most unlikely that UK diplomats are involved in human trafficking or in treating their domestic staff in the way that Ms Wong alleges that she has been treated. But the retaliation does not have to be limited to such a specific tit for tat. The court in *Barnet* quoted from Ms MacMillan’s evidence making this point:

“(1) The first is the reality that many of the 192 States Parties to the VCDR are not equipped with fair, effective and

independent judicial systems and law enforcement agencies. Our diplomatic staff (and their families) could face politically motivated charges (and possibly arrest and detention), which would both put their safety and security at risk, but also prevent them from carrying [out] their vital work on behalf of the United Kingdom. This would be a particular risk if the mission or instructions were politically unpopular in the relevant receiving State, or if the conditions in that State deteriorated. These sorts of risks are precisely what the rules enshrined in the VCDR were intended to avoid.

(2) Secondly, an exception to inviolability or immunity made unilaterally on one basis (for example, child welfare) could easily be extended to encompass other factual situations (for example, public security, public morality or blasphemy) and other provisions of the VCDR, not just by the courts and legislature in the United Kingdom, but also by those of other States.” (para 55)

## **(6) Conclusion**

170. We, like the majority in this appeal, have every sympathy with the plight of trafficked domestic workers. We share the dismay of Lord Wilson at the apparent proliferation of serious cases of domestic servitude here in the UK, particularly in the homes of diplomats: see paras 59 and 68 of *Reyes*. But there are larger issues of international comity at stake here. We were told during the hearing that Ms Reyes has been unable to enforce the judgment she obtained against Mr Al-Malki after her appeal was allowed by the Supreme Court. The majority in the present appeal accept, as they must, that even if Ms Wong succeeds in her tribunal claim, there will be nothing she can do to enforce the judgment against Mr Basfar. The outcome of *Barnet* shows that Ms Wong and those wishing to support her have alternative routes to achieve as much as they can hope to achieve from this litigation. The Divisional Court in *Barnet* records that after the Secretary of State had invited the sending state to waive the diplomatic immunity of the father and family, the sending state refused but recalled the father with immediate effect. Shortly after, the Secretary of State informed the sending state that the father and the rest of the family were *personae non gratae* and were required to leave the UK at the first opportunity.

171. All these steps can and should be taken within the parameters of the established international order and without taking the unprecedented step that the majority judgment takes in this appeal.

172. We would therefore dismiss the appeal.



**[2024] UKSC 30**

*On appeal from: [2024] EWCA Civ 64*

## **JUDGMENT**

**UniCredit Bank GmbH (Respondent) v  
RusChemAlliance LLC (Appellant)**

before

**Lord Reed, President  
Lord Sales  
Lord Leggatt  
Lord Burrows  
Lady Rose**

**JUDGMENT GIVEN ON  
18 September 2024**

**Heard on 17 and 18 April 2024**

*Appellant*  
Alexander Gunning KC  
Alexander Brown  
(Instructed by Enyo Law LLP)

*Respondent*  
Stephen Houseman KC  
Jonathan Harris KC (Hon)  
Stuart Cribb  
(Instructed by Latham & Watkins (London) LLP)

**LORD LEGGATT (with whom Lord Reed, Lord Sales, Lord Burrows and Lady Rose agree):**

## **1. Introduction**

1. This judgment gives the reasons for the court’s unanimous decision, announced on 23 April 2024, to dismiss this appeal. The appeal is from an order made by the Court of Appeal on 29 January 2024 requiring the appellant, RusChemAlliance LLC (“RusChem”), to cease court proceedings in Russia against the respondent, UniCredit Bank GmbH (“UniCredit”), in circumstances where the parties have agreed, in a contract governed by English law, that any disputes between them shall be settled by arbitration in Paris. The result of this court’s decision is therefore that the Court of Appeal’s order is undisturbed.

## **2. The underlying dispute**

2. RusChem is a Russian company which in July and September 2021 entered into two contracts with German companies (together described as “the Contractor”) for the construction of liquefied natural gas and gas processing plants in Russia. Under these contracts RusChem agreed to pay, in stages, approximately €10 billion, including advance payments of around €2 billion. RusChem made the advance payments to the Contractor.

3. Performance of the Contractor’s obligations was guaranteed by bonds payable on demand. Seven such bonds have been issued by the respondent, UniCredit, a German bank. Each of the contracts contained in these bonds provides (in clause 11) that the bond is governed by English law and (in clause 12) that all disputes are to be settled by arbitration in Paris under the rules of the International Chamber of Commerce (“ICC”). Here is the full wording of these clauses:

“11. This Bond and all non-contractual or other obligations arising out of or in connection with it shall be construed under and governed by English law.

12. In case of dispute arising between the parties about the validity, interpretation or performance of the Bond, the parties shall cooperate with diligence and in good faith, to attempt to find an amicable solution. All disputes arising out of or in connection with the bond (which cannot be resolved amicably) shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) by one or more arbitrators appointed, in accordance with the said ICC’s Rules.

The place of arbitration shall be Paris and the language to be used in the arbitral proceedings shall be English.”

4. Following Russia’s invasion of Ukraine in February 2022, the European Union imposed sanctions on Russia and on designated Russian legal entities and individuals. The designated entities did not include RusChem. Even so, in May 2022 the Contractor announced that, because of EU sanctions, it could not continue to perform the construction contracts. As a result, RusChem terminated the contracts and requested the return of the advance payments. The Contractor stated that it could not return the advance payments, again giving EU sanctions as the reason.

5. In October 2022 and April 2023 RusChem made demands on UniCredit for payment under the bonds. UniCredit refused to pay on the ground that payment was prohibited by EU sanctions, in particular article 11 of Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine. UniCredit has not relied on any other reason for its refusal to pay.

### **3. The Russian proceedings**

6. On 5 August 2023 RusChem issued proceedings against UniCredit before the Arbitrazh Court of the St Petersburg and Leningrad Region in Russia, claiming payment of €448 million under the bonds. In its statement of claim in those proceedings RusChem relied on article 248.1 of the Arbitrazh Procedural Code, introduced by the Russian Federation in 2020. The effect of article 248.1 is, among other things, to confer exclusive jurisdiction on Russian Arbitrazh Courts over disputes between Russian and foreign persons arising from foreign sanctions; to treat an agreement providing for arbitration of such a dispute outside the territory of the Russian Federation as inoperable. Article 248.2 enables Russian persons affected by foreign sanctions to apply to a Russian Arbitrazh Court for an anti-suit injunction prohibiting the other party from initiating or continuing proceedings before a foreign court or international arbitration tribunal located outside the territory of the Russian Federation.

7. UniCredit applied to the Arbitrazh Court to dismiss RusChem’s claim on the ground that the parties have agreed that all disputes arising out of the bonds are to be settled by arbitration in Paris under the rules of the ICC.

8. On 1 November 2023 the judge in the Russian proceedings, SS Saltykova, announced the decision of the Arbitrazh Court to dismiss that application. Judge Saltykova ruled that, by virtue of article 248.1(2)(1) of the Arbitrazh Procedural Code, the dispute falls within the exclusive competence of the Arbitrazh Courts of the Russian Federation, so that the arbitration agreements cannot be enforced. The judge stayed the

proceedings, however, and has since adjourned the matter pending the outcome of the present proceedings. Lord Reed PSC has formally expressed this court's gratitude to Judge Saltykova for taking this course and enabling these proceedings to be dealt with in an orderly way.

#### **4. These proceedings**

9. These proceedings were begun in the Commercial Court in London by UniCredit on 22 August 2023. The claim was for injunctive and declaratory remedies for RusChem's commencement and pursuit of the Russian proceedings in breach of the arbitration agreements in the bonds. UniCredit applied without notice for an interim injunction prohibiting RusChem from continuing the Russian proceedings until further order of the court, which was granted on 24 August 2023.

10. On 8 September 2023 RusChem issued an application disputing the English court's jurisdiction to hear UniCredit's claim.

11. On 22 September 2023 the hearing of RusChem's challenge to the English court's jurisdiction and an expedited trial of UniCredit's claim took place in the Commercial Court before Sir Nigel Teare sitting as a High Court judge. For reasons given in an ex tempore judgment, the judge held that the English court did not have jurisdiction to hear the claim; but he continued the interim anti-suit injunction until the process of appeal from his order had been exhausted: [2023] EWHC 2365 (Comm).

12. The Court of Appeal granted UniCredit permission to appeal from the judge's decision and the appeal was heard on 25 January 2024. At the end of the hearing, the court (Bean, Males and Lewis LJ) announced its decision to allow the appeal and to grant a final anti-suit injunction, with reasons to follow. On 29 January 2024 the order of the Court of Appeal was made granting final relief including a mandatory injunction requiring RusChem to discontinue the Russian proceedings. The reasons for the Court of Appeal's decision were given by Males LJ in a judgment handed down on 2 February 2024: [2024] EWCA Civ 64; [2024] 1 Lloyd's Rep 350.

13. In the Court of Appeal the issues were: (1) whether the English court has jurisdiction over UniCredit's claim; and (2) if so, whether the Court of Appeal should grant the final injunction claimed by UniCredit or should remit that question to the Commercial Court. In summary, the Court of Appeal decided that the English court has jurisdiction over the claim because: (a) the arbitration agreements in the bonds are governed by English law; and (b) England and Wales is the proper place in which to bring the claim. The Court of Appeal also decided that the question whether to grant a final injunction should not be remitted to the Commercial Court and granted the injunction.

## **5. This appeal**

14. On 12 February 2024 this court gave RusChem permission to appeal from the decision of the Court of Appeal on the jurisdiction issue. RusChem was refused permission to appeal on the question whether, if the English court has jurisdiction over UniCredit's claim, the Court of Appeal was entitled to grant a final injunction rather than remit the matter to the Commercial Court. Permission to appeal on that issue was refused because it did not raise a point of law of general public importance.

15. The sole issue in this appeal is therefore whether the English court has jurisdiction over UniCredit's claim. This depends on whether the Court of Appeal was right to decide (a) that the arbitration agreements in the bonds are governed by English law and (b) that England and Wales is the proper place in which to bring the claim. I will refer to these issues, respectively, as "the governing law issue" and "the proper place issue" and will address them in turn.

## **6. The governing law issue**

16. Under rule 6.36 of the Civil Procedure Rules (CPR), the claimant may serve a claim form on a defendant out of the jurisdiction with the permission of the court if any of the grounds (commonly known as "gateways") set out in para 3.1 of Practice Direction 6B applies. The sole ground, or gateway, on which UniCredit relies is that set out in para 3.1(6)(c) of Practice Direction 6B (the "contract gateway"). The contract gateway applies where a claim is made in respect of a contract which is governed by the law of England and Wales.

17. When applying for permission to serve proceedings out of the jurisdiction, it is only necessary for the claimant to satisfy the court that there is a "good arguable case" that the claim falls within the relevant gateway. The Court of Appeal, however, thought it right to decide this question on a final basis and this court has approached the question in the same way.

### ***To which part of the bond contracts does the test apply?***

18. As explained in para 3 above, the bond contracts are expressly governed by English law. Where, however, as here, a contract includes an agreement to arbitrate disputes arising out of the contract, it is possible in principle for that agreement to be governed by a different system of law from the rest of the contract. RusChem argues that that is so here and that the arbitration agreements in clause 12 of the bonds are governed by the law of the place which the parties have chosen for the arbitration, that is to say, the law of France.

19. UniCredit argues that the arbitration agreements are governed by English law because the choice of English law in clause 11 as the governing law applies to clause 12 (the arbitration clause) as well as all the other clauses of the contract. In the courts below this was the only argument that UniCredit advanced on the governing law issue. On this appeal UniCredit raised a suggestion in its written case that, even if the arbitration agreements in clause 12 are governed by French law, UniCredit's claim still falls within the contract gateway because English law on any view governs the rest of the bond contracts and it can be said that UniCredit's claim is made in respect of those contracts. If this argument were thought to have any merit, there is no reason why it could not have been made in the courts below. As it is, UniCredit gave no notice that it might seek to raise this new point until after RusChem had filed its written case for this appeal. At the hearing I did not understand counsel for UniCredit to be asking the court to allow UniCredit to rely on this new argument; but if permission to do so had been sought, I would not have thought it right to give it.

20. I therefore proceed on the basis that, for the purpose of the governing law issue, the only relevant question is whether the arbitration agreements in clause 12 of the bonds are governed by English law.

### ***This court's decision in Enka***

21. The principles which determine what system of law governs an arbitration agreement were considered by this court in depth in *Enka Insaat ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38; [2020] 1 WLR 4117 ("*Enka*"). The central issue on that appeal was which system of law governs an arbitration agreement when the law applicable to the contract containing it differs from the law of the seat of the arbitration. According to the common law rules which the court must apply in deciding this question, the arbitration agreement is governed by whichever system of law the parties have agreed will govern it or, in the absence of such an agreement, the system of law with which the arbitration agreement is most closely connected. Whether the parties have agreed on a choice of law to govern the arbitration agreement is ascertained by construing the arbitration agreement and the contract containing it, as a whole, applying the rules of contractual interpretation of English law as the law of the forum.

22. It is rare for the law governing an arbitration agreement to be separately specified, either in the arbitration clause itself or elsewhere in the contract. It is common, however, in a contract which has connections with more than one country (or territory with its own legal system) to find a clause specifying the law which is to govern the contract. A typical clause of this kind states: "This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of [name of legal system]". Where the contract also contains an arbitration clause, it is natural to interpret such a governing law clause as applying to the arbitration clause for the simple reason that the arbitration clause is part of the contract which the parties have agreed is to be governed by the specified system of law. Thus, in

*Enka* the Supreme Court unanimously held: (1) that a choice of law to govern the contract should generally be construed as applying to an arbitration agreement set out (or incorporated by reference) in a clause of the contract; and (2) that this is so even where the parties have chosen a place with a different system of the law as the seat of the arbitration: see paras 43, 53–54, 60, 170(iv)–(v), 260, 267, 269–271. Additional reasons given for adopting this approach as a general presumption were that it provides a degree of certainty, achieves consistency, avoids complexities and uncertainties, avoids artificiality and ensures coherence: see para 53.

23. This court in *Enka* also considered what law applies if the parties have not agreed on a choice of law to govern the arbitration agreement but have chosen a seat of arbitration. The majority held that as a general rule the law applicable in this situation is the law of the seat, even if this differs from the law applicable to the parties' substantive contractual obligations: see paras 120, 145, 170(viii). In the present case no reliance is placed on this second aspect of the decision in *Enka*, so there is no need to consider it further.

### ***This court's decision in Kabab-Ji***

24. In *Kabab-Ji SAL v Kout Food Group* [2021] UKSC 48; [2021] Bus LR 1717 the claimant brought proceedings in England to enforce an arbitration award made in France. The defendant resisted enforcement on the ground that it was not a party either to the contract under which the underlying claim was brought or to the arbitration agreement contained in that contract and therefore had not agreed to arbitration of the claim. The first and main issue on appeal to the Supreme Court was what system of law governed the arbitration agreement. Although the issue arose under section 103(2)(b) of the Arbitration Act 1996, it was common ground that the general principles identified in *Enka* were applicable to ascertain whether the parties had chosen the law which was to govern their arbitration agreement and, if so, what law they had chosen.

25. Like the bonds in this case, the contract in *Kabab-Ji* contained a clause providing for settlement of disputes under the rules of the ICC in Paris and also contained a typical governing law clause, which stated: "This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England". The phrase "this Agreement" was further defined as consisting of "the terms of agreement set forth herein below ...". The Supreme Court regarded the effect of these clauses as "absolutely clear": para 39. Even without the further definition, the phrase "this agreement" was "ordinarily and reasonably understood ... to denote all the clauses incorporated in the contractual document, including therefore clause 14 [the arbitration clause]". There was no good reason to infer that the parties intended to except clause 14 from their choice of English law to govern all the terms of their contract. In particular, the choice of Paris as the seat of the arbitration was not such a reason. The law governing the arbitration agreement was therefore English law.

### ***Express and implied choice***

26. Some commentators have described the general principle recognised in *Enka* and applied in *Kabab-Ji* as being that a choice of governing law for the contract containing an arbitration clause amounts to an “implied choice” of law for the arbitration agreement. That is not how the principle was articulated in those cases. Thus, in our judgment in *Enka* Lord Hamblen and I expressed the principle simply in terms of what, on the proper interpretation of the contract, the parties would reasonably be understood to have agreed and did not use the phrase “implied choice”: see eg para 170(ii)–(iv) and the passages on which that summary was based.

27. This was deliberate. We pointed out, at para 35, that whether a choice is described as “express” or “implied” is a matter of degree as language may be more or less explicit. If the contract contains a typical governing law clause of the kind contained, for example, in the contract in *Kabab-Ji*, an element of inference or implication is involved in ascertaining that the parties have chosen that law to govern the arbitration clause. But this is only because the governing law clause does not refer specifically to the arbitration clause. The same can be said about all the other individual clauses of the contract. None of the individual clauses of the contract is specifically referred to in the governing law clause: the inference is merely that the general includes the particular. If it were necessary or relevant to characterise the choice of law for the arbitration agreement signified by such a governing law clause as “express” or “implied”, I think it would be more apt to call it an “express choice” because it is identified by interpreting the express terms of the contract and is not based on any implied term. But it does not matter which description is preferred. The distinction is of no legal significance. As was said in *Enka*, at para 35, it is “important to keep in mind that whether a choice is described as express or implied is not a distinction on which any legal consequence turns”. The only question of legal relevance is whether, on the proper interpretation of the contractual documents, the parties have agreed on the law which is to govern the arbitration agreement.

### ***The Law Commission’s Review***

28. Since *Enka* and *Kabab-Ji* were decided, the Law Commission in its *Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill* (Law Com No 413), published on 5 September 2023, has suggested that the law as stated in *Enka* is “complex and unpredictable” (para 12.20) and has recommended that the Arbitration Act 1996 be amended to provide that the arbitration agreement is governed by the law of the seat, unless the parties expressly agree otherwise (para 12.77). Depending on what the word “expressly” is taken to add to the word “agree”, this would not by itself alter the law as stated in *Enka*. The draft clause proposed by the Law Commission, however, includes a further provision that (para 12.78):

“agreement between the parties that a particular law applies to an agreement of which the arbitration agreement forms a part does not ... constitute express agreement that that law also applies to the arbitration agreement.”

A Bill is before Parliament which includes a clause in these terms.

29. In light of this potential legislative change, RusChem sought to raise as a ground of appeal an alternative case that “the principles in *Enka* should be revisited more generally, and reformulated such that absent clear indications to the contrary, it should be inferred that the implied choice of governing law for the arbitration agreement is the law of the place of the seat chosen for the arbitration”. The invitation to revisit principles which this court has so recently settled (and even more recently affirmed in *Kabab-Ji*) was declined. Far from being a reason to revisit those principles, the fact that the matter is the subject of draft legislation currently before Parliament is a positive reason why it is inappropriate to do so. Permission to appeal on this ground was consequently refused because it does not raise a point of law “which the court should consider at this time”.

30. So the question whether the parties have agreed on a choice of law to govern the arbitration agreements in the bonds is to be determined, as it was in *Kabab-Ji*, by applying the principles identified in *Enka*.

### *Applying the Enka principles*

31. Applying those principles, the answer to the question is just as clear here as it was in *Kabab-Ji*. The governing law clause in the bonds is framed in particularly wide terms and covers not only the bond itself but “all non-contractual or other obligations arising out of or in connection with it”. Even if the obligations created by the arbitration agreement were regarded as separate from the bond contract for this purpose, they are on any view “obligations arising ... in connection with” the bond. But those additional words are not critical. Even if they are disregarded, the term “this Bond” in clause 11 is reasonably understood to mean the whole bond including clause 12 (the arbitration clause). There is nothing in the wording of the bonds which excepts clause 12 from the choice of English law as the governing law. As was held in *Enka*, the choice of a different country for the seat of the arbitration does not justify reading “this Bond” as excluding the arbitration agreement in clause 12. The arbitration agreements are therefore governed by English law.

### ***RusChem's argument***

32. RusChem does not accept that the principles stated in *Enka* lead to that conclusion. RusChem argues that on the proper interpretation of the bonds: (a) the choice of English law in clause 11 does not apply to the arbitration agreement in clause 12; and (b) the parties have agreed that the arbitration agreement is to be governed by French law. It is not obvious how a reasonable reader of the bonds could attribute this meaning to them. But counsel for RusChem have advanced an argument which is based on certain statements made in the majority judgment in *Enka*.

33. Para 170 of that judgment summarised the conclusions reached on the law applicable to the arbitration agreement. This summary included the following points:

“(iv) Where the law applicable to the arbitration agreement is not specified, a choice of governing law for the contract will generally apply to an arbitration agreement which forms part of the contract.

(v) The choice of a different country as the seat of the arbitration is not, without more, sufficient to negate an inference that a choice of law to govern the contract was intended to apply to the arbitration agreement.

(vi) Additional factors which may, however, negate such an inference and may in some cases imply that the arbitration agreement was intended to be governed by the law of the seat are: (a) any provision of the law of the seat which indicates that, where an arbitration is subject to that law, the arbitration agreement will also be treated as governed by that country's law; or (b) the existence of a serious risk that, if governed by the same law as the main contract, the arbitration agreement would be ineffective. Either factor may be reinforced by circumstances indicating that the seat was deliberately chosen as a neutral forum for the arbitration.”

34. We are not on this appeal concerned with the second factor referred to in para 170(vi). That factor reflects the principle that an agreement should be interpreted so that it is valid rather than ineffective: see *Enka*, paras 95–97. Nor is it suggested that the reason why the seat was chosen is a significant consideration. RusChem's argument focuses on the factor referred to in para 170(vi)(a) of the judgment. This is said to establish an exception to the general rule that a choice of governing law for the contract as a whole will apply to an arbitration agreement in the contract even when a different country has

been chosen for the seat of the arbitration. Counsel for RusChem read para 170(vi)(a) as saying that there is an exception to this general rule where the law of the seat treats the arbitration agreement as governed by that country's law: in this situation it may be inferred that the arbitration agreement was intended to be governed by the law of the seat. They then submit that French law falls within this exception as it provides that arbitration agreements such as those in the bonds are governed by French law. It may therefore be inferred that the arbitration agreements in the bonds were intended to be governed by French law.

### ***The relevant French law***

35. A good deal of argument from both sides was directed to whether French law does or does not fall within this putative exception. The expert evidence of French law adduced in this case and in previous cases such as *Kabab-Ji* shows that the French courts regard questions about the validity of the arbitration agreement as governed by “substantive rules of international arbitration.” The only exception is where a choice of national law to govern the arbitration agreement is contained within the arbitration agreement itself. The “substantive rules” which the French courts apply are rules which they have developed for international arbitration. These rules are different from the French domestic law rules applicable to arbitration agreements contained in the Civil Code, which has been held not to apply to international arbitration. But it is clear that these “substantive rules of international arbitration” are still part of French law. This has been recognised in earlier decisions of this court: see *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan* [2010] UKSC 46; [2011] 1 AC 763, para 15; and *Kabab-Ji*, para 89. The characterisation of the “substantive rules of international arbitration” as rules of French law is further confirmed by the expert evidence in this case and by the judgment of the Cour de Cassation in the parallel French proceedings in *Kabab-Ji*. In those proceedings the Cour de Cassation held that the Paris Court of Appeal had been right “to consider the existence and efficacy of the arbitration clause, not in the light of English law, but in the light of the substantive rules of French law in international arbitration matters”: see *Kabab-Ji (Société) v Kout Food Group (Société)* [2023] ILPr 6, para 12.

36. Counsel for UniCredit have argued that these “substantive rules of international arbitration” do not amount to rules of French law for the purposes of the “exception” contemplated in *Enka*. They have submitted that what was contemplated in para 170(vi)(a) of the judgment in *Enka* was a provision of the law of the seat which stipulates that, where the arbitration has its seat in that country, the arbitration agreement will be treated as governed by that country's law *because it is the law of the seat*. The relevant French law, they say, does not satisfy this criterion. This is because French law does not link the application of its “substantive rules of international arbitration” to the choice of France as the seat of the arbitration. Rather, the French courts apply those rules (unless the arbitration agreement itself contains a choice of law to govern it) *whenever* a question

arises about the existence, validity or scope of the arbitration agreement, regardless of whether the arbitration has its seat in France or somewhere else.

### ***The proper approach to para 170(vi)(a) of the Enka judgment***

37. The language used in para 170(vi)(a) of the judgment in *Enka* was permissive rather than prescriptive. All that was said was that a provision of the law of the seat of the kind described “may” (not “must” or “will”) “in some cases imply that the arbitration agreement was intended to be governed by the law of the seat”. No attempt was made to suggest when, if at all, such an inference ought to be drawn. It was unnecessary to address that question on the facts of *Enka*.

38. It is in any case a mistake, all too frequently made, to treat sentences and phrases in a judgment as if they had textual authority in the same way as an Act of Parliament. As Sir George Jessel MR said succinctly in *Hood v Newby* (1882) 21 Ch D 605, 608: “You must always look to what was being discussed by the judges as well as to the words used.” It should also be remembered that, as the Earl of Halsbury LC said in *Quinn v Leathem* [1901] AC 495, 506, “every judgment must be read as applicable to the particular facts proved, or assumed to be proved” and “a case is only an authority for what it actually decides”.

39. The correct resolution, therefore, of the issue raised on this appeal does not lie in dissecting the particular verbal formulations used in the judgment in *Enka* but in examining the underlying reasoning. It is essential to understand, first of all, how the point reflected in the summary statement at para 170(vi)(a) of the judgment arose in the context of the arguments in that case.

### ***What was being discussed in Enka***

40. At paras 65–94 of our judgment in *Enka* Lord Hamblen and I discussed what we called the “overlap argument” which had been accepted by the Court of Appeal. The thrust of this argument was: (1) that in choosing a place as the seat of the arbitration the parties can be taken to have chosen the law which will govern the arbitration process (known as the “curial law”); and (2) that the curial law is so closely related to the law governing the arbitration agreement that a choice of seat and curial law should generally be understood to be a choice of law to govern the arbitration agreement.

41. We accepted the first step in this argument (paras 67–68), but not the second. We pointed out that the curial law which governs the arbitration process is conceptually distinct from the law which governs the validity and scope of the arbitration agreement and said that whether a choice of the curial law carries any implication that the parties

intended the same system of law to govern the arbitration agreement—and, if so, the strength of any such implication—must depend on the content of the relevant curial law (para 69).

42. In *Enka* the chosen seat of arbitration was London and the relevant curial law was therefore the English law governing arbitration contained in the Arbitration Act 1996. It was argued by Enka, and accepted by the Court of Appeal, that the 1996 Act contains provisions which affect substantive rights under the arbitration agreement that are intertwined with, and cannot readily be separated from, procedural provisions of the Act; and that this justifies an inference that, by choosing English law as the curial law, the parties intended their rights under the arbitration agreement also to be governed by English law. We rejected this argument. We agreed that there is a close relationship between provisions of the Arbitration Act 1996 concerned with the arbitration agreement and provisions of the Act concerned with the arbitration process and that the distinction between them is not always clear or easy to draw. But it cannot be inferred that the parties intended their rights under the arbitration agreement to be governed by English law. One conclusive reason is that the 1996 Act contemplates and specifically provides for a situation in which the arbitration agreement will be governed by a foreign law even though the curial law is English law. That makes it impossible to deduce that, just by choosing an English seat and with it English law as the curial law, the parties intended English law to govern their arbitration agreement.

### *The Carpatisky case*

43. It was in this context, and in support of the overlap argument, that counsel for Enka cited *Carpatisky Petroleum Corp v PJSC Ukrnafta* [2020] EWHC 769 (Comm); [2020] Bus LR 1284. This was a claim to enforce in England and Wales an arbitration award made in Sweden. Enforcement of the award was resisted on the ground (among others) that the arbitration agreement pursuant to which the award was made was invalid. That argument depended on the contention that the arbitration agreement was governed by the law of Ukraine. If, as the claimant contended, the arbitration agreement was governed by Swedish law, it was indisputably valid as the Swedish court had already decided that the arbitration agreement was valid under Swedish law.

44. The judge (Butcher J) held that, having argued in the arbitration and in court proceedings in Sweden that the arbitration agreement was governed by Swedish law, it was not open to the defendant to change its position on the issue. But in case that was wrong he considered what the applicable law was, applying the common law rules. The contract provided for the “law of substance of Ukraine” to apply “on examination of disputes”. The judge, at para 67, interpreted this provision as meaning that Ukrainian law was to apply to the substantive issues which formed part of a dispute between the parties, but held that it was not a choice of law to govern the arbitration agreement itself.

45. This was a case, therefore, in which there was no choice of law to govern the whole contract including the arbitration clause. It was in this context that the judge then considered whether a choice of Swedish law to govern the arbitration agreement could be inferred from the choice of Sweden as the seat of the arbitration. He reasoned, first, that, by choosing Sweden as the seat, the parties should be taken to have agreed to the application of the Swedish Arbitration Act, including section 48 which provides that:

“where an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. Where the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place and shall take place.” (See *Carpatsky*, para 70.)

46. Expert evidence of Swedish law established that, for the purpose of this provision, only an express choice of law to govern the arbitration agreement is sufficient to displace the application of the law of the place of the arbitration. The judge considered that the parties should be taken to have known and agreed that, by failing to make an express choice of law for the arbitration agreement and by providing for a Swedish seat, the effect would be that the arbitration agreement would be governed by Swedish law. The final step in his reasoning, at para 70, was that:

“The parties can be taken to have intended that if Swedish law was to be the governing law of the arbitration agreement when the matter was looked at in Sweden, it should be the governing law of the arbitration agreement wherever it was looked at.”

47. Butcher J concluded that there was “an implied choice of Swedish law as the law governing the arbitration agreement”; alternatively, Swedish law as the law of the seat applied because it was the law with which the arbitration agreement had its closest connection (para 71).

### ***The treatment of *Carpatsky* in *Enka****

48. In *Enka*, at para 72, *Carpatsky* was distinguished on the basis that there is no provision in the Arbitration Act 1996 similar to section 48 of the Swedish Arbitration Act (although we noted that the law in Scotland is different as the Arbitration (Scotland) Act 2010 does contain a similar provision).

49. It was in these circumstances unnecessary to examine the reasoning in *Carpatsky* further. But in light of that decision Lord Hamblen and I, in our conclusion on the overlap argument, contemplated the possibility that its reasoning could apply in another case. We said, at para 94:

“While a choice of seat and curial law is capable in some cases (based on the content of the relevant curial law) of supporting an inference that the parties were choosing the law of that place to govern the arbitration agreement, the content of the Arbitration Act 1996 does not support such a general inference where the arbitration has its seat in England and Wales.”

This was reflected in the summary at para 170(vi)(a) of the judgment, quoted at para 33 above.

50. All that was actually decided in *Enka* was therefore that a choice of seat for an arbitration in England and Wales does not support an inference that the parties are thereby choosing the law of England and Wales to govern the arbitration agreement. The suggestion that it might be possible, based on the content of the relevant curial law, to draw such an inference from a different choice of seat and curial law was obiter and was not explored. No attempt was made to prescribe in advance of a case in which the question arose, when such an inference could properly be drawn. Nor would it have been appropriate to seek to do so.

### ***Revisiting the reasoning in Carpatsky***

51. Although in *Enka* it was sufficient to distinguish *Carpatsky* and unnecessary to subject the reasoning in that case to close scrutiny, it is necessary to do so now because it underpins RusChem’s argument on the governing law issue. Transposed to the present case, the reasoning is as follows:

(i) By choosing Paris as the place of arbitration, the parties must be taken to have known that, under the law applicable in that place, the arbitration agreements in the bonds would be regarded by the French court as governed by the French substantive rules of international arbitration.

(ii) The parties must further be taken to have intended that, if these rules of French law were to govern the arbitration agreements when the matter was looked at in France, they should govern the arbitration agreements wherever this question was looked at.

(iii) Therefore, the parties impliedly chose French law to govern the arbitration agreements.

52. I will assume in RusChem's favour that the first step in this reasoning is valid—although it attributes to commercial parties and their legal advisers when they are choosing a place of arbitration a degree of legal foresight which goes beyond what it may in practice be realistic to expect. But the argument breaks down altogether at the second step.

53. At first sight the idea that the question “what law governs the arbitration agreement?” should be answered in the same way in whichever jurisdiction this question is asked seems attractive. Consistency of approach between the courts of different countries is clearly desirable when questions arise about the validity or scope of an arbitration agreement. In an ideal world the situation that occurred in *Kabab-Ji*, where the English courts held that the arbitration agreement was governed by English law while the French courts held that it was governed by French law, would not occur. One way of avoiding such inconsistency would be for transnational principles to be developed which all national courts apply. This appears to be the aspiration which underlies the approach of the French courts. Another way would be to treat one jurisdiction as what might be called the “lead jurisdiction” whose identification of the law governing the arbitration agreement the courts of other countries will follow. If this approach were to be adopted, the obvious candidate to be regarded the “lead jurisdiction” is the place where the arbitration has its seat, as that is the legal order in which arbitration proceedings are anchored. It is the courts of the seat which have control over the proceedings and are the courts with primary responsibility for deciding questions about the constitution of the arbitral tribunal, the validity of the arbitration agreement or the validity of an award.

54. Such an approach would, of course, only achieve consistency if it were to be generally adopted. So far as I am aware, there is no jurisdiction in the world which has adopted such an approach. When the idea is examined further, it is evident that there is good reason for this.

55. At least as desirable as transnational consistency—and best calculated to promote it—is to have a rule which is clear and simple to apply. A rule which treated the arbitration agreement as governed by whichever law the courts of the seat would regard as the law governing the arbitration agreement would be neither clear nor simple to apply. It would have the consequence that, in every case where the parties have chosen a foreign seat for the arbitration, evidence of that country's law would have to be obtained in order to know what law governs the arbitration agreement. This would introduce significant complication. Particular complication would arise where the relevant foreign law allows the parties to choose the law which is to govern the arbitration agreement (as most legal systems are likely to do) and the contract containing the arbitration agreement also contains a governing law clause. It would then be necessary to determine how the relevant

foreign law would answer the question whether the law of the contract or the law of the seat prevails in this situation. That might be a substantial issue as it was, as regards English law, in *Enka*.

56. Such considerations show that a rule which treats the arbitration agreement as governed by whatever law the courts of the seat would treat as the law which governs it would in fact be a very unsatisfactory rule for any legal system to adopt. Partly for this reason, it seems improbable that such a rule might become widely adopted. Transnational consistency is far more likely to be achieved in the long term by coalescence around one or other of two default rules: either the rule endorsed by this court in *Enka* which treats a choice of governing law for the contract as a whole as applying to an arbitration agreement which forms part of the contract (unless the parties specifically agree otherwise); or a rule of the kind recommended by the Law Commission which treats the arbitration agreement as governed by the law of the seat (unless the parties specifically agree otherwise). At present there is no international consensus in favour of either rule. According to Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed (2021), pp 553–558, courts in the Netherlands, Japan, India and Australia have adopted a similar approach to this court in *Enka*. So does the *Restatement (Third) of the US Law of International Commercial and Investor-State Arbitration* (2019): see §4-14 comment b. But, as noted above, Sweden has adopted the opposite approach.

57. In deciding this appeal this court is not engaged in a legislative exercise of deciding what would be an optimum rule. That is for the Law Commission and Parliament. The question for us is what the parties to the arbitration agreements in the bonds must be taken to have intended when choosing Paris as the place of arbitration. What this discussion shows, however, is that there is no valid basis for imputing to the parties an intention that, if the arbitration agreements in the bonds would be treated as governed by the French rules of international arbitration when the matter is looked at in France, those rules should govern the arbitration agreements wherever the matter is looked at. It is not enough to justify imputing an intention to contracting parties that it would be a reasonable intention for them to have had. But that is a prerequisite. For the reasons given, an intention that the arbitration agreement should be governed by whatever law a court of the seat would regard as the law which is to govern it would not be a reasonable intention to attribute to the contracting parties (without express words to that effect). Still less therefore is it an intention which they must be taken to have had.

58. A further objection is that the putative intention attributed to the contracting parties involves an elaborate process of ratiocination that no one transacting business, or commercial lawyer for that matter, would realistically engage in—or could sensibly be expected to engage in—when agreeing on a place as the seat for the arbitration. The parties always have it in their power to agree what system of the law should govern their arbitration agreement. But where there is no language in their contract which would reasonably be understood as recording such an agreement, the court should not strain artificially to find one by attributing to the parties an unrealistic process of reasoning.

Instead, the court should apply the rule of law which operates in the absence of party choice.

59. Having now been required to scrutinise the reasoning in *Carpatsky* closely, I conclude that it does not stand up on analysis. For the reasons given, even where the law of the seat contains a provision such as section 48 of the Swedish Arbitration Act, no inference can properly be drawn from a choice of seat that the arbitration agreement was intended to be governed by the law of the seat which is capable of displacing the general principles outlined in para 170(iv) and (v) of the judgment in *Enka*. What was said in para 170(vi)(a) should therefore in future be disregarded.

60. Thus, in *Carpatsky*, para 71, the judge was wrong to infer, based on the reasoning that I have just considered, that there was “an implied choice of Swedish law as the law governing the arbitration agreement.” The proper conclusion was that there was no agreement on a choice of law to govern the arbitration agreement in that case. It was therefore necessary to fall back on the rule which applies where the parties have not agreed on a choice of law to govern the arbitration agreement. In *Carpatsky* the judge took this fall-back rule to be that the arbitration agreement is governed by the law with which the agreement has its closest connection, which—as confirmed in *Enka*—is generally the law of the seat (see para 23 above). That was not strictly correct, but the error was not material to his conclusion. The closest connection test applies when a question about the validity or scope of the arbitration agreement arises, as it did in *Enka*, before an award has been made. Where, as in *Carpatsky*, a question about the validity of the arbitration agreement arises after an award has been made which the successful party is seeking to enforce in England, the matter is governed by section 103(2)(b) of the Arbitration Act 1996. Under that provision, in the absence of party choice, the validity of the arbitration agreement is governed by “the law of the country where the award was made”. By section 100(2)(b), an award is to be treated as made at the seat of the arbitration. So the judge was right to conclude that the validity of the arbitration agreement was governed by Swedish law as the law of the seat.

### ***The contracts in this case***

61. If the contracts in this case had been in materially similar terms to the contract in *Carpatsky* except with Paris rather than Stockholm chosen as the place for the arbitration, the proper conclusion would likewise have been that the arbitration agreements in the bonds are governed by French law as the law of the seat. But this would not be because an intention that French law is to govern the validity of the arbitration agreements can properly be inferred from the choice of a French seat combined with knowledge of what a French court would regard as the applicable law. It would be because, in the absence of agreement on a choice of law to govern the arbitration agreements, the law of the seat would apply as the system of law with which the arbitration agreements are most closely connected.

62. The bond contracts, however, are not in materially similar terms to the contract in *Carpatsky*. There is a critical distinction. As mentioned earlier, the judge in *Carpatsky* found that the unusually worded governing law clause in the contract meant only that Ukrainian law was to apply to the substantive issues which formed part of a dispute between the parties and was not a choice of law to govern the arbitration agreement itself. On the proper interpretation of the contractual documents there was therefore no law chosen by the parties to govern the arbitration agreement. By contrast here the bonds contain a governing law clause which, in accordance with the reasoning in *Enka*, is properly construed as applying to all the provisions of the bonds including the arbitration clauses. As was also held in *Enka*, this conclusion is not displaced by the choice of a seat of arbitration and curial law which is different from the law chosen to govern the contracts (see para 22 above). The fact that the courts of the seat would take a different view and regard their own law as the law governing the arbitration agreement is not a good reason to reach a different conclusion.

### ***Conclusion on the governing law issue***

63. The short answer to RusChem's argument that the arbitration agreements in the bonds are governed by French law is therefore the correct answer. It is as clear in this case as it was in *Kabab-Ji* that, applying the rules of contractual interpretation of English law as the law of the forum, the parties have agreed that the arbitration agreements in the bonds are governed by English law. It follows that the Court of Appeal was correct to hold that UniCredit's claim falls within the contract gateway for service of proceedings out of the jurisdiction.

## **7. The proper place issue**

64. Establishing that the claim falls within a gateway does not by itself suffice to obtain permission to serve the claim form on the defendant out of the jurisdiction. The claim must have a real prospect of success, which is not disputed here. In addition, CPR 6.37(3) provides that "[the] court will not give permission unless satisfied that England and Wales is the proper place in which to bring the claim".

### ***Forum non conveniens***

65. This question most commonly arises when a claimant wishes to bring a substantive claim for relief in the courts of England and Wales and the defendant asserts that there is another available forum which is more appropriate for the trial of the action. The basic principle to be applied in this situation, as stated in the leading case of *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1987] 1 AC 460, 476, is that the English court should not exercise jurisdiction if there is "some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action, ie in which the case may be tried more

suitably for the interests of all the parties and the ends of justice”. This principle (often referred to as “forum non conveniens”) applies not only where the court’s permission is required for service out of the jurisdiction but also where the defendant has been served with the claim form in England and Wales but seeks a stay of the proceedings on the ground that the case could more suitably be tried elsewhere. What differs is the burden of proof. When the claim form has been served in England and Wales, the defendant has the burden of satisfying the court that there is another available forum which is clearly more appropriate than England and Wales for the trial of the action. Conversely, if the court’s permission to serve out of the jurisdiction is required, the claimant has the burden of satisfying the court that England and Wales is clearly the appropriate forum for the trial of the action: see *Spiliada* at pp 476–481.

### ***Contractual choices of forum***

66. In *Spiliada* the House of Lords was not addressing the situation where the parties have agreed on a forum for the resolution of the dispute. In such cases it is not relevant to evaluate whether a forum other than the English court is more appropriate or suitable for the trial of the action. The basic principle applied is “pacta sunt servanda” (agreements must be kept). As Lord Hobhouse pointed out in *Turner v Grovit* [2001] UKHL 65; [2002] 1 WLR 107, para 25, where a person has a contractual right to be sued only in a particular forum, that person “does not have to show that the contractual forum is more appropriate than any other; the parties’ contractual agreement does that for him”.

67. The position where there is an agreed choice of court was authoritatively stated by Lord Bingham in *Donohue v Armco Inc* [2001] UKHL 64; [2002] CLC 440, para 24:

“If contracting parties agree to give a particular court exclusive jurisdiction to rule on claims between those parties, and a claim falling within the scope of the agreement is made in proceedings in a forum other than that which the parties have agreed, the English court will ordinarily exercise its discretion (whether by granting a stay of proceedings in England, or by restraining the prosecution of proceedings in the non-contractual forum abroad, or by such other procedural order as is appropriate in the circumstances) to secure compliance with the contractual bargain, unless the party suing in the non-contractual forum (the burden being on him) can show strong reasons for suing in that forum.”

Where the contractually agreed forum is a court, reasons which may, depending on the circumstances, be of sufficient strength to justify declining to enforce the contractual bargain include, as well as matters such as delay in seeking relief or submission to the

jurisdiction of another court, inconvenience and potential injustice that would otherwise result from allowing parallel claims to be litigated in different jurisdictions. It was on that ground that the House of Lords in *Donohue* held that an anti-suit injunction should not be granted in that particular case.

68. Where the contractually agreed forum is arbitration, the policy of securing compliance with the parties' contractual bargain is further reinforced by the strong international policy of giving effect to agreements to arbitrate disputes. The main pillar on which international arbitration rests is the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, known as the New York Convention, which now has more than 170 state parties and has been implemented through national legislation in almost all contracting states. Article II(3) of the New York Convention provides:

“The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

This mandatory rule is implemented in England and Wales by section 9 of the Arbitration Act 1996, which requires the court to stay proceedings brought in breach of an arbitration agreement in such circumstances.

69. In a case falling within this provision, the court has no discretion in the matter. It must stay the proceedings. If the proceedings are brought abroad rather than in England, the court is not obliged to grant an injunction to restrain the prosecution of the proceedings. But, as in cases where the parties have agreed to submit the dispute to a specified court, strong reasons are required to displace the prima facie entitlement to enforce the contractual bargain. Furthermore, unlike in cases where the contractually agreed forum is a court, the existence or risk of parallel proceedings is not a factor which in itself carries any weight. Not only is this possibility inherent in the choice of arbitration as a method of dispute resolution (given that arbitration proceedings cannot be consolidated with court proceedings or, in the absence of consent, with another arbitration); but to treat it as relevant would be inconsistent with the mandatory policy embodied in article II(3) of the New York Convention.

70. The Russian Federation is a party to the New York Convention, bound therefore by article II(3) when an action is brought in a Russian court in respect of a matter covered by an arbitration agreement to refer the parties to arbitration if one of them so requests. Here, however, the Russian court is prevented from doing this by the national legislation

described at para 6 of this judgment. Yet that legislation does not bind an English court or affect the validity of the relevant arbitration agreements under English law which, as discussed above, is the law by which those agreements are governed. Under English law the arbitration agreements in the bonds are valid, RusChem's claim for payment under the bonds falls squarely within the scope of those agreements, and it is a breach of contract for RusChem to pursue its claim for payment under the bonds in the Russian courts. RusChem has not attempted in these proceedings to argue otherwise.

71. In such circumstances, if the parties had chosen an English seat of arbitration, the English court would not hesitate to enforce the parties' bargain by issuing an injunction to restrain a party over whom it has personal jurisdiction from commencing or continuing foreign proceedings in breach of the arbitration agreement. That has been clear at least since the decision of the Court of Appeal in *Aggeliki Charis Cia Maritima SA v Pagnan SpA (The Angelic Grace)* [1995] 1 Lloyd's Rep 87, where Millett LJ said, at p 96, that "the time has come to lay aside the ritual incantation that this is a jurisdiction which should only be exercised sparingly and with great caution". He observed that, while such an approach has much to commend it where an injunction is sought on the ground of forum non conveniens, there is no good reason for diffidence in granting an injunction to restrain foreign proceedings brought in breach of an arbitration agreement "on the clear and simple ground that the defendant has promised not to bring them". As Millett LJ further explained:

"The justification for the grant of the injunction ... is that without it the [applicant] will be deprived of its contractual rights in a situation in which damages are manifestly an inadequate remedy. The jurisdiction is, of course, discretionary and is not exercised as a matter of course, but good reason needs to be shown why it should not be exercised in any given case."

This approach has been endorsed and repeatedly followed in later cases, including by this court in *Enka*, at paras 180–184. Examples of matters which may be relevant to the exercise of the court's discretion are (as in cases where the contractually agreed forum is a court) delay in applying for an anti-suit injunction or the fact that the applicant submitted to the jurisdiction of the foreign court: see eg *Ecobank Transnational Inc v Tanoh* [2015] EWCA Civ 1309; [2016] 1 WLR 2231, paras 132–137; *SAS Institute Inc v World Programming Ltd* [2020] EWCA Civ 599; [2020] 1 CLC 816, paras 113–114.

### ***Test where England is not the seat***

72. In *The Angelic Grace*, *Enka* and other cases in this line of authority, the parties had agreed to arbitration in England. The question which arises in this case is whether it

makes any—and, if so, what—difference to the test which the court should apply in deciding whether to exercise jurisdiction over a foreign defendant to grant anti-suit relief that the seat of arbitration is not within England and Wales.

73. Both parties have approached this question on the assumption that, in deciding whether England and Wales is the proper place in which to bring a claim for such relief, the test of forum non conveniens as elaborated in the *Spiliada* case applies. In my view, that is an erroneous assumption. As I have explained, that test is designed to deal with a different situation: one where (a) the claimant wishes to bring a substantive claim for relief in the English courts, (b) the defendant asserts that there is another available forum which is more appropriate for the trial of the action, and (c) no forum has been contractually agreed. The object of the test is to seek to ensure that, in these circumstances, the case is allocated to whichever forum, among those available, is the most suitable place for the trial.

74. The situation here is different in two significant respects. First, neither party suggests that the courts of England and Wales are an appropriate forum for the trial of the substantive dispute about whether RusChem is entitled to payment under the bonds. Second, the parties have contractually agreed to refer this dispute to arbitration. The English court is therefore not concerned, as it was in *Spiliada*, with whether England is the forum conveniens but only with whether to enforce the parties' agreement.

75. In the argument in these proceedings it has nevertheless been assumed that the *Spiliada* test should be applied to determine whether UniCredit's claim to enforce the contractual choice of forum may be brought in England. I do not consider that the test is apt for this purpose. That is because I do not think it right to accept that there is only one court (at most) which can properly exercise jurisdiction over a party for the purpose of preventing that party from breaking its contract to arbitrate a dispute, so that the English court should automatically decline to grant relief unless satisfied that it is clearly the most suitable tribunal to do so. Rather, the appropriate starting-point is that stated by the Court of Appeal in *Enka*: that in principle "[i]t is desirable that parties should be held to their contractual bargain by any court before whom they have been or can properly be brought": see [2020] EWCA Civ 574; [2020] Bus LR 1668, para 57 (Popplewell LJ). It should be noted also that the important statement of principle in *Donohue*, quoted at para 67 above, is expressed in general terms and is not confined to cases where either the forum agreed by the parties or the forum in which proceedings are brought in breach of that agreement is the English court.

### ***Two potentially relevant cases***

76. Although not directly analogous, two cases are of potential relevance. In *Airbus Industrie GIE v Patel* [1999] 1 AC 119 victims of an aircraft crash in India, who included

British citizens living in London, sued the manufacturer of the aircraft (Airbus) in Texas. Airbus applied in England for an anti-suit injunction to restrain the British claimants from pursuing the Texas proceedings. The House of Lords held that an injunction should not be granted, for reasons given by Lord Goff of Chieveley. He approached the case on the basis that, “[a]s a general rule, before an anti-suit injunction can properly be granted by an English court to restrain a person from pursuing proceedings in a foreign jurisdiction in cases of the kind under consideration . . . , comity requires that the English forum should have a sufficient interest in, or connection with, the matter in question to justify the indirect interference with the foreign court which an anti-suit injunction entails” (p 138). In that case, although India was the natural forum for the resolution of the dispute, the Indian courts could not grant an anti-suit injunction because they did not have jurisdiction over the British claimants. They were therefore not an alternative available forum for the grant of anti-suit relief. But the House of Lords held that it would be inconsistent with comity for the English court to intervene as the English court had no interest in, or connection with, the matter: see pp 140–141.

77. The *Airbus* case is helpful in showing that, where the English court is asked to grant an anti-suit injunction to restrain proceedings in another forum because a third forum is the appropriate forum for the resolution of the substantive dispute, the test for determining whether the English court should exercise jurisdiction is not whether the English court is the most suitable forum for granting anti-suit relief. It is whether the intervention of the English court is consistent with comity. This was held to require that the English forum has a sufficient interest in, or connection with, the subject matter of the case. As Lord Goff emphasised, however, the House of Lords was not concerned in *Airbus* with cases where the choice of forum is the subject of a contract between the parties (see p 138F); and the requirement to show a sufficient interest or connection was specifically tied to the problem of comity seen as arising in “cases of the kind under consideration” in the *Airbus* case.

78. It is easy to see why in *Airbus* it was considered inconsistent with comity for the English court to interfere, even indirectly, to prevent proceedings which could more suitably be tried in India from being pursued in a court in Texas. The position is very different where an injunction is sought to restrain the pursuit of foreign proceedings brought in breach of an agreement to refer the matter to arbitration. In the first place, it cannot be an objection that the English court is not itself the appropriate forum for the resolution of the substantive dispute since, as Professor Adrian Briggs has pointed out, injunctions to enforce arbitration agreements are always granted by a court which is neither the natural nor the agreed forum, as no court is supposed to be resolving the dispute between the parties: see *Adrian Briggs, Civil Jurisdiction and Judgments*, 7th ed (2021), para 28.07.

79. Secondly, when the obligation to refer the dispute to arbitration is the subject of international agreement among the states concerned, considerations of comity have little, if any, role to play. As Millett LJ said in *The Angelic Grace*, at p 96:

“The courts in countries ... party to ... the New York Convention, are accustomed to the concept that they may be under a duty to decline jurisdiction in a particular case because of the existence of an ... arbitration clause. I cannot accept the proposition that any court would be offended by the grant of an injunction to restrain a party from invoking a jurisdiction which he had promised not to invoke and which it was its own duty to decline.”

80. As mentioned already, the Russian Federation is a party to the New York Convention. Accordingly, although the legislation described at para 6 above prevents the Russian court from complying with its duty under article II(3) of the New York Convention to decline jurisdiction in this case, there can be no violation of comity in the English court granting an injunction to restrain RusChem from invoking that jurisdiction, and none is suggested. Nor is there any breach of comity as regards the French courts. France, too, is a party to the New York Convention and recognises and respects the policy of upholding agreements to arbitrate. A French court could have no objection to an English court taking steps to enforce the arbitration agreement in this case and the evidence of French law positively confirms that the French courts would have no objection to the grant of an anti-suit injunction by the English court.

81. A case more directly relevant than *Airbus* to the situation here is *IPOC International Growth Fund Ltd v OAO CT-Mobile LV Finance Group* [2007] CA (Bda) 2 Civ; [2007] Bda LR 43, a decision of the Court of Appeal for Bermuda. The claimant in that case applied to the court in Bermuda, where the defendant company was incorporated, for an injunction to require the defendant to discontinue proceedings it had brought in the courts of Russia in breach of agreements to arbitrate the claims in question in Switzerland and Sweden. The judge’s decision to grant such an injunction was upheld by the Court of Appeal. The main issue in the appeal was whether the Bermudian court was entitled as a matter of law to issue the injunction on the basis that it had personal jurisdiction over the defendant; or whether, as the defendant argued, it was also necessary to show that the Bermudian court had a sufficient interest in the matter. The defendant argued that there was no sufficient interest when Bermuda was not the seat of the arbitration.

82. That argument was rejected. In a judgment given by Sir Murray Stuart-Smith JA, the Court of Appeal held, at para 45, that the court could grant an injunction provided it had personal jurisdiction over the defendant. That was so because the defendant was domiciled within the court’s territorial jurisdiction, which was not a tenuous link. There was no requirement that the court must have a further interest in the resolution of the dispute itself.

83. It is unnecessary to express a view in this case on whether it will always amount to a sufficient connection to justify intervention by the English court to restrain breach of an agreement to arbitrate in a foreign seat that the English court has personal jurisdiction over the defendant—either because the defendant has been served with the claim form in England and Wales or because, if service out of the jurisdiction is necessary, jurisdiction is established through one of the gateways. As in *IPOC International Growth Fund*, this is not a case where jurisdiction is based on a tenuous link. There is a substantial connection with England and Wales in the fact that the contractual rights which UniCredit is asking the court to enforce are rights governed by English law.

### ***Compatibility with the arbitration agreement***

84. A question which should be considered is whether bringing a claim for an injunction in the English court is itself compatible with the arbitration agreements. Where parties have agreed that disputes between them should be referred to arbitration in England, the view has been taken that, by choosing England as the seat of the arbitration, they have impliedly agreed that proceedings to uphold that agreement may be brought in the English courts: see *Thomas Raphael, The Anti-Suit Injunction*, 2nd ed (2019), para 7.58; *Sheffield United Football Club Ltd v West Ham United Football Club plc* [2008] EWHC 2855 (Comm); [2009] 1 Lloyd's Rep 167, paras 39–40; *Nomihold Securities Inc v Mobile Telesystems Finance SA (No 2)* [2012] EWHC 130 (Comm); [2012] Bus LR 1289, paras 45–47; and *Enka*, para 174. This reasoning does not apply where the parties have chosen a foreign seat for the arbitration. It cannot then be inferred that the parties have impliedly agreed to any proceedings being brought in the English courts.

85. It is a further question, however, whether the implied negative obligation not to litigate disputes which the parties have agreed to resolve by arbitration should be construed as extending to court proceedings brought to uphold that very agreement or otherwise support the arbitral process. I think it clear that it should not. To construe an arbitration agreement as prohibiting any such proceedings would defeat its purpose. If the obligation on the courts of every contracting state under article II(3) of the New York Convention to refer the parties to arbitration is to be capable of performance, it is obviously necessary that proceedings brought for this purpose should not themselves be treated as contrary to the arbitration agreement. The same applies to any other proceedings brought to enforce the agreement. To make commercial sense of the agreement and give it such efficacy as the parties must intend it to have, an agreement to refer disputes to arbitration must be interpreted as not impliedly prohibiting a party from applying to a court for relief needed either to hold the other party to its agreement or to support the process of arbitration.

86. As regards interim measures of protection, this principle of compatibility is reflected in the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 1985 (amended 2006), which has been adopted in, or has influenced the arbitration law of, more

than 120 jurisdictions around the world (including England and Wales). Article 9 of the Model Law states:

“It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.”

The interim measures contemplated by the Model Law include orders directing a party to “refrain from taking action that is likely to cause ... current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself”: see article 17(2)(b). This wording is clearly wide enough to encompass anti-suit injunctions. Indeed, the travaux préparatoires show that the words “or prejudice to the arbitral process itself” were included specifically to make it clear that court proceedings brought in breach of the arbitration agreement, or otherwise used to obstruct the arbitral process, may be restrained by granting interim measures: see Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its 43rd session (Vienna, 3–7 October 2005), paras 20–26. In addition, it is apparent from article 1(2) of the Model Law that article 9 and article 17J (which recognises the power of the court to grant interim measures) apply even if the place of arbitration is in the territory of another state. Thus, as stated in the Explanatory Note, para 22:

“Article 9 ... is ultimately addressed to the courts of any State, insofar as it establishes the compatibility between interim measures possibly issued by any court and an arbitration agreement, *irrespective of the place of arbitration.*” (Emphasis added.)

87. Under the Model Law, therefore, it is not incompatible with an arbitration agreement for a court to grant an anti-suit injunction as an interim measure of protection before or during arbitral proceedings, regardless of where the arbitration has its seat. It may be noted too that the ICC Rules of Arbitration, applicable under clause 12 of the bonds, provide at article 28(2) that before an arbitral tribunal is appointed, “and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures”.

88. In *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334, the House of Lords accepted that it would not be incompatible with an agreement to arbitrate disputes in Brussels for an English court to grant an interim injunction to restrain a threatened breach of the underlying contract. Lord Mustill said, at p 365:

“The purpose of interim measures of protection ... is not to encroach on the procedural powers of the arbitrators but to

reinforce them, and to render more effective the decision at which the arbitrators will ultimately arrive on the substance of the dispute. Provided that this and no more is what such measures aim to do, there is nothing in them contrary to the spirit of international arbitration.”

89. The *Channel Tunnel* case was decided before section 2(3) of the Arbitration Act 1996 expressly extended the powers of the English court to grant interim relief in support of arbitration proceedings to arbitrations with a foreign seat. Section 2(3) provides that the powers conferred by sections 43 and 44 of the 1996 Act (exercisable in support of arbitral proceedings) apply:

“even if the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland or no seat has been designated or determined— ... but the court may refuse to exercise any such power if, in the opinion of the court, the fact that the seat of the arbitration is outside England and Wales or Northern Ireland, or that when designated or determined the seat is likely to be outside England and Wales or Northern Ireland, makes it inappropriate to do so.”

The 1997 Supplementary DAC Report on the Arbitration Act 1996, at para 18, explains that section 2(3) is:

“based on a very clear policy: the English court should have effective powers to support an actual or anticipated arbitration that does not fall within section 2(1) [which applies where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland]. However, such powers should not be used where any other foreign Court is already, or is likely to be, seized of the matter, or where the exercise of such powers would produce a clash with any other more appropriate forum.”

90. Section 2(3) does not apply in this case because the Supreme Court has held that the source of the court’s power to grant an injunction to restrain foreign court proceedings brought in breach of an arbitration agreement is not section 44(2)(e) of the 1996 Act, which confers power to grant an interim injunction in support of arbitral proceedings, but section 37 of the Senior Courts Act 1981: see *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC* [2013] UKSC 35; [2013] 1 WLR 1889, para 48. Section 37 gives the High Court a general power to grant an injunction (whether interim or final) “in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so”. The powers conferred by section 44 of the 1996 Act are exercisable only “for the

purposes of and in relation to arbitral proceedings” and therefore only when such proceedings are on foot or “proposed”: see section 44(3). The court’s power under section 37 of the 1981 Act is not limited in this way and, as the Supreme Court held, may be exercised for the purpose of enforcing the negative promise not to bring court proceedings contained in the arbitration agreement regardless of whether arbitration proceedings are in existence or anticipated.

91. In *AES Ust-Kamenogorsk* it was also held that the claim in that case for an injunction to restrain foreign proceedings brought in breach of an arbitration agreement fell within CPR 62.5, which governs the service of an “arbitration claim form” out of the jurisdiction. Where a claim falls within this rule, there is no requirement corresponding to the requirement in CPR 6.37(3) that permission to serve the claim form out of the jurisdiction will not be given unless the court is satisfied that England and Wales is the proper place in which to bring the claim. CPR 62.5 does not apply here because, although a claim for an order under section 44 of the 1996 Act comes within its scope regardless of where the arbitration has its seat, a claim for “some other remedy ... affecting ... an arbitration agreement” (which includes an anti-suit injunction) is not covered by the rule if the seat of the arbitration is or will be outside the jurisdiction.

92. I cannot discern any good reason for allowing service out of the jurisdiction on any defendant (subject to the court’s general discretion) of a claim form seeking an order under section 44 of the 1996 Act for interim relief in relation to an arbitration with a foreign seat, and yet imposing an additional test where the claim is for an injunction to restrain breach of the arbitration agreement by a defendant over whom the English court has personal jurisdiction under the contract gateway in CPR PD 6B, para 3.1(6)(c). This apparent anomaly in the procedural rules need not and should not, however, prevent the court from adopting a principled approach to the exercise of jurisdiction. In my opinion, the proper principle to apply in both cases is that expressed in section 2(3) of the 1996 Act. Service out of the jurisdiction should in principle be permitted unless, in the opinion of the court, the fact that the seat of the arbitration is or is likely to be outside England and Wales makes it inappropriate on the facts of the case to exercise the court’s jurisdiction to grant relief aimed at enforcing the arbitration agreement or supporting the arbitral process. This test should be applied consistently with the principle discussed above: that a strong reason needs to be shown as to why in the particular circumstances the court ought not to exercise its jurisdiction to restrain a breach of the parties’ contractual bargain.

93. I do not consider that the wording of CPR 6.37(3), which requires the court to be satisfied that England and Wales is “the proper place in which to bring the claim”, precludes this approach. Those words are capable of being read, in a case of this kind, against the background of a presumption which treats the courts of England and Wales as the proper place in which to bring the claim for an anti-suit injunction unless the fact that the arbitration has a foreign seat makes it inappropriate to do so.

### ***RusChem's case on proper forum***

94. RusChem contends that England is not the proper place in which to bring the claim made by UniCredit in this case and that the proper place is France. Before the judge, RusChem argued that, by choosing Paris as the seat of arbitration, the parties have chosen to be subject to the supervisory jurisdiction of the French courts, and it is therefore for the French courts to determine whether there has been a breach of the arbitration agreements in the bonds and, if so, what relief to grant. RusChem still maintains this argument. But the judge decided this issue in RusChem's favour mainly because he considered that substantial justice can be done in an arbitration in Paris. RusChem relies on this finding and argues in the alternative that the proper place in which to bring the present claim is arbitration under clause 12 of the bonds. Both these contentions must therefore be considered.

### ***The French courts***

95. It is true that in *West Tankers Inc v Ras Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (The Front Comor)* [2007] UKHL 4; [2007] 1 Lloyd's Rep 391, para 21, Lord Hoffmann described the power to grant an injunction to restrain foreign court proceedings as a valuable weapon in the hands of the court exercising supervisory jurisdiction over the arbitration. In the same case Lord Mance, at para 31, described anti-suit injunctions issued by the courts of the place of arbitration as "a highly efficient means to give speedy effect to clearly applicable arbitration agreements". In *Enka* Lord Hamblen and I quoted these statements and, at para 174, described the grant of such injunctions as "A well established and well recognised feature of the supervisory and supporting jurisdiction of the English courts". In both these cases, however, the parties had chosen England as the seat of arbitration and in neither case was it necessary to delve into the precise basis of the power to grant anti-suit injunctions or its relationship with either the supervisory or the supporting jurisdiction of the court.

96. It is generally accepted that the courts of the place where an arbitration has its seat have the sole responsibility for supervising the arbitration and the primary responsibility for supporting the arbitration process. As discussed above, where an arbitration has its seat in England, the English court will intervene, absent a strong reason to the contrary, to restrain a party from bringing proceedings in breach of the arbitration agreement. However, it is in fact clear on analysis that the power to grant such relief is not an aspect of either the supervisory or the supporting jurisdiction of the English court.

97. The precise extent of the court's supervisory role is defined by national law. But the basic supervisory functions are to intervene in limited circumstances in arbitration proceedings—for example, by appointing an arbitrator in the absence of agreement or dealing with a challenge to the impartiality of an arbitrator—and to provide a forum for

establishing the validity of an award or challenging its validity on grounds of lack of jurisdiction or procedural or substantive error. Under articles V(1)(a) and (e) and VI of the New York Convention it is the law of the seat which gives an award the binding force that enables it to be recognised and enforced internationally.

98. Had arbitration proceedings been commenced in which an issue had been raised about whether the arbitral tribunal had jurisdiction to decide whether UniCredit is liable to pay the sums claimed by RusChem under the bonds, it might be said that for the English court to decide that issue would encroach on the role of the court with supervisory responsibility. But that is not the situation here. No arbitration proceedings have been commenced or proposed. Nor has RusChem advanced any argument that an arbitral tribunal would lack jurisdiction. In particular, it has not been, and could not reasonably be, suggested that article 248.1 of the Russian Arbitrazh Procedural Code, on which RusChem has sought to rely in the proceedings brought in Russia, has any effect on the validity or enforceability of the arbitration agreements as a matter of English law, which (as discussed above) is the law that governs them. Under English law the agreements are valid and enforceable. The only question is whether the English courts can and should exercise their coercive power to enforce them by restraining RusChem from continuing the Russian proceedings. That is not a supervisory function which ought therefore to be left to the courts of the seat. As was rightly said in *IPOC International Growth Fund*, at para 35:

“The role of the courts of the seat of arbitration is to supervise the arbitration itself. They are not the only courts that can prevent a party breaking his contract to arbitrate.”

99. As discussed above, the powers exercisable by courts in support of arbitration proceedings include granting interim measures of protection. Such powers may include granting interim anti-suit injunctions—as contemplated, for example, by articles 17(2)(b) and 17J of the Model Law—and may in principle be exercised by courts other than the courts of the seat of the arbitration. In English law, however, it has been authoritatively established in *AES Ust-Kamenogorsk* that the source of the court’s power to grant anti-suit injunctions is not its jurisdiction to grant interim measures in support of current or intended arbitration proceedings but its general equitable jurisdiction under section 37 of the 1981 Act. The purpose of issuing such an injunction is to enforce the negative promise contained in the arbitration agreement not to bring court proceedings, which applies and is enforceable regardless of whether or not any arbitration proceedings are on foot or proposed which require support.

100. The fact, therefore, that, in relation to any arbitration which may in future be brought, the parties have chosen to be subject to the supervisory jurisdiction of the French courts is not itself a reason why an English court cannot or should not uphold the parties’ bargain by restraining a breach of the arbitration agreement.

101. This is not a case where the French court is already, or is likely to be, seized of the matter, nor where the exercise by the English court of its power to grant an anti-suit injunction would or might produce a clash with any exercise of jurisdiction by the French courts so as to give rise to any issue of comity. There is in fact no possibility that the French courts could be seized of the matter. Not only, as is agreed, do the French courts have no power to grant anti-suit injunctions, but uncontradicted evidence which was before the judge shows that the French courts would not have jurisdiction to determine a claim of any kind brought by UniCredit complaining of a breach by RusChem of the arbitration agreements in the bonds.

102. This evidence is contained in a report from Mathias Audit, a French law professor and practitioner specialising in international arbitration law. His report was originally prepared for a case on materially the same facts: *Commerzbank AG v RusChemAlliance LLC* [2023] EWHC 2510 (Comm); [2023] 2 Lloyd's Rep 587. But it was also admitted in evidence at the trial in these proceedings. Professor Audit explains in his expert's report that the fact that an arbitration has a French seat does not, of itself, confer jurisdiction on any French court to order interim relief. There is evidently no provision of French law comparable to CPR 62.5. Instead, jurisdiction depends on the ordinary French rules which determine when a French court has jurisdiction over a foreign defendant. On the facts a French court would not have jurisdiction over RusChem as, other than the seat of arbitration being Paris, there is no link between the parties or the subject matter of their dispute and France. In particular, RusChem is not established in France but in the Russian Federation; France is not the place of performance of the bonds; nor is France the place where any relief sought would be implemented. There is no suggestion that the position would be any different if the relief sought were final rather than interim relief.

103. Even when a foreign court would not otherwise have jurisdiction over the defendant, an undertaking by the defendant to submit to its jurisdiction can make the foreign court an available forum: see *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 16th ed (2022), para 12-031; *Sharab v Al-Saud* [2009] EWCA Civ 353; [2009] 2 Lloyd's Rep 160. But RusChem has not offered an undertaking to submit to the jurisdiction of the French court; nor could it do so consistently with its position that the Russian courts have exclusive jurisdiction over its claims under the bonds and that initiating or pursuing proceedings before a foreign court in connection with those claims is contrary to Russian law.

104. The upshot is that the French courts would not have jurisdiction to entertain a claim by UniCredit to enforce the arbitration agreements in the bonds. The French courts are therefore not even an available forum in which to bring such a claim. In any event, as I have explained, even if the French courts were an available forum, there is no reason which can be said to make it inappropriate for an English court to restrain a breach of the arbitration agreements by granting an injunction. In particular, the fact that any arbitration brought would have its seat in France does not amount to such a reason.

## *Arbitration*

105. I turn to RusChem’s alternative case that the proper place for UniCredit to bring such a claim is in an arbitration commenced under the arbitration agreements in the bonds. RusChem emphasises that arbitrators have power, not merely to award damages, but to make an award ordering a party to refrain from bringing or to terminate court proceedings brought in breach of the arbitration agreement. Under the ICC Rules an arbitral tribunal also has power, as soon as it is constituted and at the request of a party, to order any interim or conservatory measure that it deems appropriate. Further, the ICC Rules provide for the appointment of an emergency arbitrator where a party needs urgent interim or conservatory measures that cannot await the constitution of an arbitral tribunal. Such measures could, again, in theory include an order directing the other party to refrain from bringing or to terminate court proceedings brought in breach of the arbitration agreement.

106. The judge accepted RusChem’s contention that UniCredit could in these circumstances obtain substantial justice in arbitration proceedings. But the Court of Appeal rejected this suggestion as “an illusion”: para 77. Its main reasons were, first, that any award or interim order made by an arbitral tribunal or emergency arbitrator granting anti-suit relief would not be enforceable in Russia; and, second, that without the protection of an anti-suit injunction from the English court RusChem would be likely to apply for and obtain from the Russian court an injunction to prevent UniCredit from commencing or pursuing an arbitration: paras 76–77. The Court of Appeal also accepted a submission made by counsel for UniCredit that it is an abuse of process for RusChem to assert that the proper forum for UniCredit’s claim is arbitration while simultaneously seeking to pursue proceedings in Russia on the basis that the agreement to arbitrate is unenforceable: para 78.

107. On this appeal counsel for RusChem criticised the Court of Appeal’s reasoning, denying that RusChem’s stance is an abuse of process and arguing that the assumptions made by the Court of Appeal about the difficulties of obtaining and enforcing an award were unsupported by evidence and in any case do not come close to showing that substantial justice cannot be obtained through arbitration proceedings. They also pointed out that in two materially identical cases, *Commerzbank* and *Deutsche Bank* have both commenced arbitrations against RusChem in Paris (see *Deutsche Bank AG v RusChemAlliance LLC* [2023] EWCA Civ 1144; [2023] Bus LR 1660). Those arbitrations remain on foot and in neither case has RusChem sought an anti-arbitration injunction. RusChem submits that there is nothing stopping UniCredit from likewise commencing an arbitration in Paris.

108. I do not think it necessary to reach any conclusion on the likelihood that RusChem would seek an anti-arbitration injunction from the Russian court if the injunction granted in these proceedings were lifted, though I see no reason to suppose that it would not. In both the *Commerzbank* and *Deutsche Bank* cases anti-suit injunctions were granted by

the English court. So no inference can properly be drawn from what has happened in those cases about what RusChem would do in the absence of such an injunction. But the more fundamental reason why substantial justice could not be obtained through arbitration proceedings is that any award or order made by an arbitrator has no coercive force. It is not backed by the powers available to a court to enforce performance of its orders, which include sanctions for contempt of court. An order made by an arbitrator creates only a contractual obligation. RusChem is already under a contractual obligation not to bring proceedings against UniCredit in the Russian courts. That obligation did not deter it from doing so. There is no reason to think that adding a further contractual obligation not to bring such proceedings would have any greater effect. RusChem's conduct demonstrates that it would not.

109. The undisputed evidence of French law adduced by UniCredit in this case shows that French courts would have no power to enforce any order made by an arbitral tribunal directing RusChem not to pursue, or to discontinue, proceedings in Russia. It is also clear that, as the Court of Appeal found, such an order would not be enforceable in Russia. RusChem is wrong to say that there was no evidence to support that finding. Evidence of Russian law not challenged by RusChem shows that article 248.1 of the Arbitrazh Procedural Code (described in para 6 above) renders an arbitral award in proceedings falling within that provision unenforceable in Russia. That any arbitration commenced by UniCredit would be regarded as falling within article 248 is not only clear from the evidence of Russian law but has been conclusively established by the decision of the Russian court holding that, by reason of article 248, the arbitration agreements are unenforceable.

110. In these circumstances the Court of Appeal was right to reject the contention that UniCredit could obtain substantial justice in arbitration proceedings.

111. It is unnecessary to decide whether the Court of Appeal was also right to characterise RusChem's contrary argument as abusive. It is, to put it no higher, unattractive for RusChem, whilst contending in the Russian proceedings that the arbitration agreements are invalid and unenforceable, at the same time to be seeking in these proceedings to benefit from the arbitration agreements by arguing that the proper place for UniCredit to bring a claim for redress is in an arbitration commenced under them. In response to a similar argument advanced by the respondent in *AES Ust-Kamenogorsk*, Lord Mance observed, at para 41, that a party is entitled to benefit by the existence of an arbitration agreement, but normally only by asserting it, eg by commencing an arbitration or applying for a stay of court proceedings in favour of arbitration. RusChem plainly has no intention of doing either. It is sufficient, however, to draw from RusChem's conduct the obvious conclusion that for UniCredit to seek relief in arbitration proceedings would be wholly ineffectual to prevent RusChem from breaking its agreement to arbitrate.

112. Accordingly, neither the French courts nor arbitration proceedings are a forum in which UniCredit could obtain any, or any effective, remedy for RusChem's breach (and threatened further breach) of the arbitration agreements. The fact that the seat of any arbitration would be in France provides no reason why the English court should refrain from upholding UniCredit's English law contractual rights by granting an anti-suit injunction. Furthermore, even if—contrary to what I consider the correct approach to be—a test of forum conveniens were to be applied, it would yield the conclusion that England and Wales is the proper place in which to bring this claim.

## **8. Conclusion**

113. For these reasons, the appeal has been dismissed. The Court of Appeal was entitled to make the order that it did granting final relief to UniCredit which includes a mandatory injunction requiring RusChem to discontinue its Russian proceedings. That order therefore stands.



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Audition de Mme Wanda Mastor, professeure des universités, Université de Corse,  
du lundi 4 novembre 2024 à 9h30

Je vous remercie. C'est un sujet que je connais bien, pour y avoir consacré ma thèse de doctorat qui est publiée et plusieurs articles. L'appellation « opinion séparée », en remplacement de la plus usuelle « opinion dissidente », qui n'en est que l'une des variantes, est de moi. Je suis là pour répondre à vos questions et vais essayer d'être le plus claire possible.

Je vais vous expliquer mon cheminement scientifique. J'ai fait ma thèse sur ce sujet à l'époque où Louis Favoreu était juge constitutionnel à la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine et était confronté à la pratique des opinions séparées. Quand il m'a proposé de faire une thèse avec lui, il m'a imposé le sujet. Je voulais travailler sur la constitutionnalisation de l'article 16 du code civil et il m'a dit que j'allais travailler sur les opinions dissidentes... C'était une chose que je connaissais à peine. On est en 1996 et très peu de personnes savent en France ce que sont les opinions séparées, même dissidentes. M. Favoreu avait une idée très claire ; il voulait un vibrant plaidoyer « contre » et j'ai finalement fait un vibrant plaidoyer « pour ». À l'époque de la publication de ma thèse, les gens trouvaient ça plutôt « exotique ». Pierre Joxe, à l'époque membre du Conseil constitutionnel, m'a alors appelée car il était en faveur de cette pratique. Nous avons ensemble travaillé sur cette question, en rédigeant notamment une opinion séparée dissidente sur un thème précis mais qui est demeurée secrète. Il y fait allusion dans le livre qu'il a plus tard publié sur son expérience au Conseil.

À peu près à la même époque, Guy Canivet, alors premier président de la Cour de cassation, m'avait invitée à délivrer une conférence sur ce thème à la Cour de cassation. C'était périlleux. Il y avait beaucoup de monde à la Grand'chambre et très peu de personnes favorables à cette pratique. J'y ai néanmoins plaidé pour les vertus de l'opinion séparée. Il y avait, dans les réactions des magistrats et juges constitutionnels, à la fois, beaucoup de violence et beaucoup de fascination, parce que les gens ne savaient pas en réalité ce dont il s'agissait réellement. Quand j'ai envoyé ma thèse au juge américain de la Cour suprême Antonin Scalia, ce dernier nous a invités avec monsieur Favoreu à la Cour suprême. J'ai eu la chance d'entretenir ensuite une correspondance avec lui au sujet des opinions séparées, puis avec le juge Breyer dont j'ai traduit certaines célèbres dissidences.

Ma passion pour mon sujet de thèse ne m'a jamais quittée. J'ai publié plusieurs articles sur la question, en France et à l'étranger. Il y a des périodes où on n'en parle plus du tout et il y a des périodes où le sujet revient. Comme lorsqu'Emmanuel Macron l'a évoqué au début de son premier mandat. Toutes les institutions m'avaient soudainement sollicitée, pour finalement ne plus donner suite. Après, j'ai continué à réfléchir sur la question mais par le prisme de la motivation des décisions de justice. L'un des plus grands avantages des opinions séparées est d'enrichir la motivation de la décision majoritaire. Au début de mon doctorat, mis à part Dominique Rousseau et Michel Troper, pratiquement personne en doctrine n'y était favorable. C'était difficile de l'être après la mise en garde du doyen Vedel.

Le terme d'« opinion séparée » est de moi. Il ne fut pas évident de l'imposer car au départ on me disait que les gens ne comprendraient pas le terme et qu'il fallait conserver l'expression « opinion dissidente » dans le titre. Or cette dernière n'est qu'une variante de l'opinion séparée. L'opinion séparée est une opinion alternative à celle de la majorité de la Cour, rédigée par un ou plusieurs juges constitutionnels, soit parce qu'elle propose une solution différente (opinion dissidente), soit parce qu'elle offre un fondement différent pour une solution identique (opinion concordante).

Je vais sans doute vous étonner mais je pense que l'opinion séparée à la Cour de cassation n'est pas adaptée ; de manière générale, elle ne l'est peut-être pas au sein des juridictions judiciaires. Je n'ai jamais écrit que les opinions séparées étaient un bienfait pour les juridictions judiciaires. Le procès constitutionnel, procès fait à un acte, est un procès de nature très particulière.

Quelques mots sur la différence entre les opinions dissidentes et concordantes. Les premières sont pour le juge la façon la plus radicale d'exprimer son désaccord. Il ne rallie ni le dispositif ni les motifs de la décision. Il vote contre la décision de la majorité. Dans une opinion concordante, le juge se range du côté de la majorité, mais développe des motifs différents de ceux de ses collègues majoritaires. Dans ma thèse, j'ai insisté sur la complexité de ces dernières en dressant une typologie. Certaines concordances sont très délicates à identifier : aux États-Unis, existent également « les opinions concordantes d'une part et dissidentes d'autre part ». Le développement de telles opinions est hautement problématique. Il y a même des décisions aux États-Unis où il n'y a plus de majorité sur les motifs mais seulement sur le dispositif. Et quand les sujets sont aussi impérieux que ceux relatifs à la peine de mort par exemple, cela devient réellement un problème pour la démocratie. Cette sophistication, surtout observée aux États-Unis, il ne faut la souhaiter pour aucune juridiction.

Pour la justice constitutionnelle, les vertus de l'opinion séparée sont multiples :

- **Vertus visionnaires** : aux États-Unis, en Espagne et en Allemagne, on ne compte plus les opinions minoritaires d'hier qui ont pu annoncer des opinions majoritaires de demain. Elles sont très nombreuses et fondamentales, notamment dans des pays liés par la règle du précédent judiciaire. La plupart des grandes décisions de la Cour suprême des États-Unis, sur les grands sujets sociétaux, ont été souvent adoptées à 5 voix contre 4, et suivies de nombreuses opinions séparées, soit dissidentes, soit concordantes. Prenons l'exemple désormais célèbre de la décision *Dobbs* qui a supprimé, non le droit à l'avortement, mais le niveau fédéral de sa protection, renvoyant le soin aux États fédérés de légiférer en la matière. C'était attendu. Il suffisait de lire les opinions séparées

accompagnant les décisions de la Cour suprême relatives à l'avortement depuis 1973 pour savoir que ça allait arriver. Les juges conservateurs disaient que le problème était essentiellement, non celui de la liberté de la femme, mais la liberté souveraine des États fédérés. Surtout en l'absence d'un droit inscrit dans la Constitution. Tous ont insisté sur la fragilité du fondement juridique de l'arrêt *Roe v. Wade* et les dissidents d'hier sont devenus les juges majoritaires d'aujourd'hui.

- **Vertus pédagogiques** : Dans mon ouvrage sur la motivation des décisions de justice, je suis moins critique envers la Cour de cassation sur la question de la motivation que je ne le suis envers le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État. Dans les institutions au sein desquelles les juges constitutionnels ne motivent pas suffisamment leur décision, entraînant parfois l'incompréhension des justiciables, l'opinion séparée est un formidable outil de compréhension. Je nuance cette vertu en disant que ce n'est pas son rôle non plus. Les opinions séparées éclairent une motivation absente ou une motivation beaucoup trop complexe ou politique. L'opinion séparée a une vertu pédagogique immense pour mieux comprendre la décision majoritaire mais ce n'est pas normal. Il faut avant tout qu'une juridiction enrichisse sa motivation pour que le peuple, au nom duquel elle est rendue, puisse la comprendre sans être obligé d'aller regarder autre chose qui l'éclaire.

- **Vertus performatives** : Les opinions séparées produisent un « effet ricochet » sur la qualité de la décision majoritaire. Ces vertus performatives nourrissent 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 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 ». 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. Les opinions séparées ont donc un effet sur la structure même de l'argumentation. Elles ont également un impact, non plus sur la structure des motifs eux-mêmes, mais sur la manière dont ils sont présentés : sur le langage de l'argumentation. L'effet est donc ici non plus seulement interne mais également externe : la Cour, grâce à cette pression exercée par les dissidents, ne parle plus seulement à ses membres ; elle s'adresse à la société destinataire de ses décisions.

- **Vertus autonomiques** : Les opinions séparées permettent au juge constitutionnel de faire preuve de « devoir d'ingratitude » - pour reprendre l'expression de Robert Badinter - envers la personne qui l'a nommé. Elles peuvent signifier : « *Je suis indépendant et je peux faire une opinion séparée dans laquelle j'explique pourquoi je ne suis absolument pas d'accord avec cette loi qui a pourtant été portée par celui qui m'a nommé* ».

- **Vertus protectrices** : Ce sont des vertus que j'ai développées après la publication de ma thèse. J'entends par là des vertus protectrices de la partie qui perd un procès. Surtout quand il s'agit d'une minorité comme c'est le cas aux États-Unis, qu'il s'agisse des Noirs, des femmes, des homosexuels. Quand vous êtes une femme et que vous lisez la décision *Dobbs*, vous lisez les opinions dissidentes et avez un moyen d'espérer que les choses vont changer. Vous vous sentez au moins représentée par une minorité de personnes qui vont dire que la décision majoritaire est inacceptable. De ce point de vue, l'opinion dissidente du juge Harlan sur la ségrégation raciale est un chef-d'œuvre. Il

était seul à voter contre la constitutionnalité de la doctrine « séparés mais égaux ». Cette *vox clamentis in deserto* a pu malgré tout honorer les Noirs, qui ont pu voir quelques années après son opinion dissidente devenir l'opinion majoritaire.

Très tôt, dans la thèse, je me suis demandé si je devais regarder également du côté du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Je me suis rapidement dit que ce ne serait pas une bonne idée de permettre l'opinion séparée au sein d'une juridiction judiciaire. Je n'ai pas effectué un travail approfondi sur cette question-là. Ça résulte des échanges que j'ai pu avoir avec certains juges aux États-Unis, avec des magistrats à la Cour de cassation et au Conseil d'État. Je maintiens, en tant que constitutionnaliste, que le procès constitutionnel reste un procès en France fait à un acte et non à une personne. Un procès fait à un acte n'objectivise pas plus la façon de juger mais légitime la raison d'être des opinions séparées. Les opinions séparées ne seraient pas dotées de toutes les vertus que je leur prête pour une cour constitutionnelle parce qu'au sein d'une juridiction ordinaire, judiciaire ou administrative, les parties sont des individus, et les principes qui entourent le procès qui sont différents. Ce n'est pas la même philosophie, ce n'est pas le même objectif, ce n'est pas la même utilité pour les parties.

En revanche, je ne veux pas qu'on retienne que les opinions séparées à la Cour de cassation vont atténuer votre prestige, ou qu'elles vont insuffler dans la tête des justiciables le fait que la décision judiciaire ne serait pas l'expression d'une vérité. Si vous devez rendre un rapport d'ampleur, il serait vraiment dommage d'avancer ces arguments en vertu desquels l'opinion séparée affaiblit l'autorité de la décision... Je ne le pense pas. Ce qui affaiblit une collégialité, c'est une motivation insuffisante, voire inexistante - dans le cas de certaines décisions du Conseil constitutionnel -. Nul ne viendra contester le prestige d'une institution qui travaille. En revanche, il faut insister sur le fait que les vertus au niveau du procès constitutionnel ne seraient pas les mêmes au niveau du contentieux judiciaire. Ça me semble plus pertinent que l'argument de la tradition.

- Pensez-vous que les opinions séparées pourraient être un moyen d'optimiser la réflexion, en particulier au sein des formations les plus hautes de la Cour de cassation ? Seraient-elles, à ce titre, plus efficaces que la mention, dans la motivation de l'arrêt, de la solution alternative qui a été écartée ?

Ce que j'ai appelé la vertu performative de l'opinion séparée me paraît sa vertu la plus importante. La présence des opinions séparées oblige la majorité à mieux étayer son argumentation. La menace intellectuelle que constitue la possibilité d'une opinion séparée oblige la majorité à mieux étayer. Cela étant, tout dépend de la manière de travailler. Quand les opinions séparées sont surprises (déposées après la délibération, pour publication), ça n'a aucun intérêt. Quand l'opinion séparée est annoncée, il y a une montée dans la qualité d'argumentation. Cette vertu-là est la plus importante. C'est la raison pour laquelle, dans mon livre sur la motivation, j'avais indiqué que si les motivations étaient enrichies, la raison d'être des opinions séparées pourrait être moindre. Je ne suis pas du tout convaincue par l'idée de mettre une opinion séparée anonyme dans vos décisions et je crains que ça puisse introduire une incompréhension. Sans parler de la chasse médiatique pour savoir qui se cache derrière l'anonymat.... Ce n'est pas sain en démocratie. J'ai vu ça dans une expérience aux

Pays baltes. Toute la grâce d'une argumentation judiciaire était un peu perdue avec tout à coup la mention « *un juge a manifesté sa désapprobation à l'égard de* ». Votre formule sur la solution alternative, je trouve ça plus gracieux, pertinent, et surtout fort utile.

- Que pensez-vous de l'idée d'une opinion séparée qui serait rédigée par le ou les membres de la formation de jugement minoritaires et confrontée au projet majoritaire au cours du délibéré, mais sans être publiée, une opinion séparée « souterraine » ?

Je n'en pense que du bien du point de vue de la qualité argumentative. C'est exactement comme ça comme ça se passe aux États-Unis même si après il y a eu des dérives. Dès les premières motivations enrichies, on sent toutes les vertus d'une collégialité raisonnée et non frustrante. On ne fait pas comme s'il n'y avait pas eu d'opinion divergente.

Je pense qu'avec les opinions séparées souterraines - cette seule appellation me pose un vrai problème intellectuel -, il risque d'y avoir un problème majeur : on risque vite d'avoir un jeu de piste pour savoir qui en est l'auteur. Du coup, je n'appellerai pas ça une opinion séparée puisque, par essence, l'opinion séparée est publiée. C'est l'expression raisonnée de la divergence, ce qui crée moins de frustration personnelle et plus d'épanouissement intellectuel. Donc j'appellerais ça plutôt la prise en compte des divergences. Il ne faut pas confondre secret des délibérés et délibérer en secret et il faut garder précieusement le fait de « délibérer en secret » même au sein des cours constitutionnelles. Donc je n'en pense que du bien, mais je n'appellerai pas ça opinion séparée souterraine. Je préférerais l'« expression des divergences ». Du coup, ce n'est plus une opinion séparée qui est destinée à être publiée, et assumée par son auteur. C'est une divergence qu'on découvre et qui produit une montée dans l'argumentation. Je trouve ça très pertinent et c'est ce que j'appelle la collégialité raisonnée. Il n'y a rien de pire que la collégialité frustrante, en réalité fissurée, quand on signe une décision.

- Pourriez-vous nous parler un peu plus de l'expérience dans les Pays baltes sur l'anonymisation des opinions séparées qui n'était pas concluante ?

C'est une histoire un peu particulière. Je travaille auprès de l'opposition biélorusse en exil. Ce n'est pas concluant car on ne parle plus de droit mais des parties et le juge se transforme en avocat. C'est une expérience qui est très empirique. Le juge dissident, du moment qu'il rédige une opinion séparée, se fait aussi avocat des parties au sein des tribunaux de l'ordre judiciaire. J'insiste pour ma part sur les vertus de l'opinion dissidente lorsqu'elle concerne un acte qui bien sûr a des effets sur les parties. Mais *In fine*, ça reste des procès faits à des actes.

- Est-ce que la dimension doctrinale des opinions séparées vous semble utile au débat public juridique ?

Je risque un peu de vous décevoir. Ce n'est pas le lieu, ce n'est pas son rôle. On insiste sur cette vertu en droit comparé parce que l'apport doctrinal est en effet immense aux États-Unis et en

Allemagne, les juges constitutionnels étant de grands juristes. Il est un fait que la France est l'un des rares pays au monde avec les États-Unis où il n'y a pas de condition pour être nommé. Mais il se trouve qu'aux États-Unis, la tradition veut que ce soient les plus grands juges du pays, mais aussi de grands auteurs. Donc l'apport doctrinal est immense parce que vous avez une opinion séparée rédigée par un grand juriste. La puissance doctrinale est forte, mais ce n'est pas l'objet d'une opinion séparée. L'opinion séparée est un acte de justice et le juge n'est pas là pour engager des joutes doctrinales. Qu'il le fasse *par ailleurs*, en tant qu'auteur, est chose différente. On commence à voir ce défaut en Allemagne ou en Espagne où les juges sont majoritairement de grands professeurs de droit et qui, parfois, confondent activité professorale et judiciaire... On a alors des opinions séparées qui sont avant tout des pages de doctrine et ce n'est pas le lieu. Le support de la doctrine ce sont les revues juridiques. Le support des opinions séparées, ce sont les équivalents de notre journal officiel. La Cour de cassation a déjà prouvé qu'elle avait une doctrine judiciaire. L'aspect doctrinal est là par la constance des idées, des lignes argumentatives même après un revirement. Les opinions sont souvent brillantes, mais se détournent de leur mission première lorsqu'elles ne deviennent que doctrinales (c'est surtout le cas, non des opinions dissidentes, mais des opinions concordantes). Les juges de la Cour suprême américaine ne cloisonnent pas suffisamment leur fonction de juge et celle d'auteur. Je ne suis pas sûre qu'il soit bon pour le justiciable de se dire qu'il y a un apport doctrinal. Le but d'une décision de justice n'est pas d'avoir un apport doctrinal. Œuvre judiciaire n'est pas œuvre doctrinale. Il y a une vraie œuvre judiciaire mais l'apport doctrinal ne devrait pas être cristallisé dans une opinion séparée.

- Est-ce que selon vous l'opinion séparée peut avoir une incidence du point de vue de la diffusion de la jurisprudence et de l'*open data* ?

La première réflexion que j'ai faite en travaillant sur les opinions séparées était d'estimer que les opinions séparées coûtaient trop chères pour la publication papier, notamment quand une opinion séparée faisait 400 pages. S'agissant de la diffusion du droit, je ne suis pas certaine que la personne qui s'intéresse à la Cour de cassation le fera mieux sur internet qu'en version papier. Je crois beaucoup à la solennité du droit. Du coup, quand on commence à diffuser les dispositifs de la Cour de cassation sur X, ça me chagrine un peu. Ce qui fait sens pour moi, ce qui fait droit, c'est la décision majoritaire. Je craindrais que la diffusion des opinions séparées sur l'*open data* dilue la décision majoritaire. J'ai mené une étude de terrain aux États-Unis à travers notamment des questionnaires. Les gens confondent et pensent que les opinions séparées sont la décision majoritaire. Il faut faire attention à ça. Trop de sophistication tue la démocratie. La décision de justice n'est pas faite que pour des juristes. Il résultait des questionnaires aux États-Unis que les personnes qui n'avaient pas fait d'études ne comprenaient pas quelle était la décision majoritaire. Pour répondre à votre question, je pense qu'une diffusion de quelque chose qui ne fait pas corps avec la décision majoritaire risque d'entraîner la confusion dans l'esprit des justiciables.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Contribution de Mme Anne Levade, professeure des universités, Paris I Panthéon-Sorbonne, président émérite de l'Association française de droit constitutionnel, à la suite de son audition du vendredi 15 novembre 2024 à 9h30

Vous avez souhaité m'auditionner sur la proposition, formulée par la Commission de réflexion « Cour de cassation 2030 », d'« *ouvrir la possibilité d'intégrer une opinion minoritaire dans la motivation d'un arrêt, sous une forme anonyme et avec l'accord de la majorité* ».

Dans cette perspective, vous avez bien voulu m'adresser une série de questions auxquelles il sera répondu dans l'ordre, le cas échéant en opérant des regroupements.

**Toutefois, à titre liminaire, il semble utile de formuler trois observations d'ordre général.**

### **1. La première observation est d'ordre lexical ou sémantique.**

L'expression « opinion séparée » renvoie à la faculté qu'a un juge participant à une instance collégiale de joindre à la décision au délibéré de laquelle il a participé l'exposé de son avis personnel.

De cette définition, on peut déduire trois caractéristiques de l'opinion séparée :

- Elle est par nature minoritaire puisqu'elle vise à identifier les points de discordance avec la position majoritaire figurant dans la décision de justice.
- Elle est, en principe, individuelle mais peut aussi être collective, soit que sa rédaction ait ab initio été individuelle et que d'autres membres de la formation de jugement aient souhaité s'y rallier, soit qu'elle ait été d'emblée rédigée à plusieurs mains.
- Substantiellement, elle est concordante ou dissidente.
  - L'opinion concordante est celle du juge qui, tout en souscrivant au sens de la décision, souhaite rendre compte d'un raisonnement alternatif qui, de son point de vue, aurait pu ou du y conduire.
  - L'opinion dissidente est celle du juge minoritaire qui rend ainsi compte de son désaccord avec la solution retenue par la majorité.

En pratique et spécialement dans des affaires complexes, il peut arriver que l'opinion soit plus nuancée et ne puisse aisément être qualifiée de concordante ou dissidente.

Cette première observation n'est pas anodine dans la mesure où la nature de l'opinion séparée est susceptible d'influer sur les réponses qui seront apportées à certaines des questions posées.

## 2. La deuxième observation est d'ordre historique et permet de comprendre les raisons pour lesquelles l'opinion séparée est largement étrangère à la tradition juridique française.

Si certains font remonter les opinions séparées au droit romain, il est communément admis qu'elles trouvent leur origine dans la pratique anglo-saxonne.

- **Au XIV<sup>e</sup> siècle, en Angleterre**, les décisions de justice ne prenaient pas la forme d'un jugement ou d'un arrêt rendu par le tribunal ou la cour sous forme écrite mais de *seriatim opinions* – que l'on peut traduire par opinions en série – formulées oralement par chacun des juges composant la juridiction. La décision de justice était donc l'addition d'opinions individuelles, avec ce que cela pouvait emporter comme risques de divergences. Le passage à des décisions de justice écrites conduisit les juges à prendre l'habitude de se rallier à une position majoritaire, hors le cas d'un désaccord justifiant de faire état d'une opinion séparée, concordante ou dissidente.

- Sans surprise, **aux États-Unis**, la tradition des *seriatim opinions* fut, dans un premier temps, reprise.

Mais, au XIX<sup>e</sup> siècle, à l'initiative du *Chief Justice Marshall* qui la présida de 1801 à 1835, la Cour suprême abandonna cette pratique au profit d'un jugement unique, traduisant « l'opinion de la Cour ». L'enjeu était tout à la fois d'unification du droit dans un État fédéral et de légitimation de l'institution qui apparaissait ainsi de même poids que les deux autres pouvoirs.

C'est dans ce contexte que les opinions séparées vont naître à la faveur d'un choix politique. Opposé à cette nouvelle manière de rédiger les arrêts, Thomas Jefferson, président des États-Unis de 1801 à 1809, nomma en 1804 à la Cour suprême William Johnson qui, dès 1805, à l'occasion de l'affaire *Huidekoper's Lessee v. Douglass* (7 US, 1805) décida de publier une opinion individuelle par laquelle il répondait à un argument de la défense que la majorité des membres de la Cour suprême avait décidé de ne pas prendre en compte. Quand bien cette première opinion séparée était concordante, William Johnson fut rapidement connu comme le *first dissenter* et rédigea, jusqu'à sa mort en 1834, la moitié des opinions séparées émises pendant la présidence Marshall.

Si le principe d'un jugement majoritaire présenté comme l'opinion de la Cour ne s'en trouva pas remis en cause, la pratique des opinions séparées était initiée qui ne fut jamais abandonnée par la suite mais donna lieu à un effort de rationalisation à partir des années 1950 afin d'éviter que la compréhension des arrêts n'en pâtisse.

- On rappellera aussi que la Cour suprême du **Canada** connut un cheminement identique. Son premier arrêt fut rendu en 1877 sur le modèle des *seriatim opinions* (*Prince Edward Island (Commissioner of Public Lands) c/ Sullivan*, [1877] 1 R.C.S. 3). Parce que sa jurisprudence apparaissait incohérente, la Chambre des communes canadienne évoqua même l'idée de réformer la Cour afin de résoudre ce problème. Mais c'est à partir des années 1920 que, sur l'initiative de son président, les décisions de la Cour suprême prirent la forme d'une décision de justice unique qui, en cas de désaccord entre les juges, pouvait être assortie d'une opinion minoritaire dissidente.

Il n'est pas inintéressant de relever que, aux États-Unis comme au Canada, s'est développé, sur les causes jugées importantes, l'usage d'une décision unanime et anonyme, lorsque bien sûr l'unanimité était possible.

- **À l'inverse, les États de tradition romano-germanique ont développé le modèle d'une autorité juridictionnelle dépersonnalisée exprimant une volonté unique** dégagée par des juges statutaires dont la désignation échappe à tout enjeu politique puisqu'ils ne sont ni élus ni nommés par une autorité politique et dont les opinions individuelles sont effacées au profit d'une synthèse que traduit la décision de justice. **Dit autrement, la justice est rendue par une collégialité qui s'exprime d'une seule voix.**

3. Ceci conduit à la troisième observation qui porte sur les raisons de vouloir introduire l'opinion séparée dans un système juridique auquel elle est étrangère et, en particulier, en droit français.

On peut entamer le propos en se référant au rapport de la commission de réflexion « Cour de cassation 2030 » dans lequel la « *liste des recommandations* » évoque l'« opinion minoritaire » comme l'un des outils permettant de « *renforcer la confiance dans le processus d'élaboration des décisions* », en vue de faire de la juridiction « *une Cour suscitant l'adhésion à son autorité* ».

Sans anticiper sur les propos à venir, on peut considérer que c'est, ensemble, de légitimation de la décision de justice et de la juridiction qui la rend qu'il s'agit, l'opinion séparée participant, avec la motivation enrichie, d'une meilleure lisibilité et d'une meilleure acceptabilité de la solution juridique par la transparence faite sur son élaboration.

Pour le dire autrement, alors que les systèmes romano-germaniques sont fondés sur l'idée que la décision de justice est le fruit d'une opération de transformation par le délibéré des opinions individuelles en une opinion de la juridiction et que dans la chimie juridictionnelle seul importe le précipité, on veut donner à voir la précipitation, c'est-à-dire le processus de transformation.

Si louable que soit l'intention, elle s'explique aussi par la montée en puissance de la défiance à l'égard de la justice comme, d'ailleurs, des institutions en général. À cet égard, il n'est pas surprenant que les États européens qui, de manière variable, ont adopté l'opinion séparée soient ceux qui ont connu des expériences autoritaires emportant une défiance légitime et structurelle à l'égard, entre autres, des juges. On en veut pour preuve l'introduction progressive de l'opinion séparée devant la Cour constitutionnelle allemande à partir de 1952, la généralisation de l'opinion séparée pour toutes les juridictions en Espagne ou encore la reconnaissance de l'opinion séparée par la très grande majorité des États issus du bloc communiste, jusques et y compris la Fédération de Russie.

Outre qu'il est rare qu'une réforme atteigne l'objectif escompté, on veut ici rappeler que, dût-on le regretter, la confiance ne se décrète pas. En attestent les nombreuses lois visant à restaurer la confiance qui ont été votées ces dernières années sans que leurs effets soient avérés. De plus, dans un contexte de désinstitutionnalisation qu'on ne peut plus même qualifier de rampante, il n'est pas interdit de craindre qu'une telle réforme produise des effets à l'inverse de ceux pour lesquels elle aurait été mise en œuvre.

## **I/ Sur le principe de l'opinion séparée**

- 1) Que pensez-vous de la possibilité de l'intégration d'opinions séparées dans les arrêts de la Cour de cassation ?

On répondra à cette question en deux temps.

D'une part, et sur le principe, l'opinion séparée est à rebours de la tradition juridique dans laquelle s'inscrit le droit français. Le fait que la plupart des États de tradition romano-germanique ont aujourd'hui accepté, quoique dans des conditions très variables, que les décisions de leurs juridictions, notamment suprêmes, puissent être assorties d'opinions séparées ne change rien au constat. Ainsi que cela a déjà été rappelé, le droit français est irrigué par l'idée que le résultat juridictionnel importe davantage que le processus qui permet d'y parvenir, à l'image peut-être de l'importance que l'on accorde, dans la compréhension que l'on a du processus législatif, à la volonté générale issue du creuset délibératif. Point n'est ici question de défendre la thèse – à laquelle on n'adhère pas – selon laquelle l'unité de la décision de justice s'expliquerait par un légicentrisme exacerbé qui réduirait le juge à la fonction de bouche de la loi. En revanche, on croit que la décision de justice et la loi ont en commun d'être les produits d'une transfiguration délibérative dans laquelle les positions individuelles importent peu puisqu'elles ont vocation à être transcendées.

D'autre part, et si cette recommandation devait être suivie, il y a quelque paradoxe à vouloir faire entrer la minorité dans la majorité, raison pour laquelle on émet des réserves quant à l'idée *d'intégrer dans les arrêts* l'opinion séparée. Soit il s'agit d'une opinion séparée et elle doit être séparée de la décision, soit il s'agit d'une opinion qui a constitué un élément à part entière du raisonnement, quand bien même elle aurait été *in fine* écartée, et ce n'est alors plus une opinion séparée. Là sans doute est un des points les plus délicats sur lequel d'autres questions conduiront à revenir : une opinion peut-elle être en même temps séparée et intégrée et si elle est intégrée ne fait-elle pas simplement partie de la motivation de la décision ?

- 2) La formulation d'une opinion séparée vous paraît-elle de nature à renforcer ou à fragiliser l'autorité de la décision rendue ?

Ici n'est pas le lieu de revenir sur l'ensemble des arguments contradictoires développés de longue date pour défendre ou condamner le recours aux opinions séparées. Le débat n'est pas nouveau et les deux thèses se défendent.

Si l'on entend parfaitement les raisons qui, au terme d'un arbitrage mûrement pesé, ont conduit la commission de réflexion « Cour de cassation 2023 » à recommander l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation, trois séries d'éléments empêchent d'y souscrire.

En premier lieu et d'un point de vue microjuridique, on peut craindre que l'opinion séparée fragilise plus qu'elle ne renforce l'autorité de la décision dans l'esprit des parties. En effet, la satisfaction de voir repris et, le cas échéant, soutenu un argument que l'on avait soulevé ne l'emportera pas nécessairement sur la frustration de ne pas avoir obtenu gain de cause. De plus, à rebours de l'objectif poursuivi, il n'est pas certain que cela permette nécessairement aux parties de mieux comprendre le sens de la décision, en particulier si l'objet de l'opinion est de conforter la partie en cause dans la conviction que son point de vue aurait dû l'emporter.

En deuxième lieu et d'un point de vue macrojuridique, l'introduction d'une opinion séparée dans une décision de justice peut obscurcir plus qu'éclairer le raisonnement qui a permis de dégager une solution. Se pose, en outre, la question de l'exacte compréhension du droit applicable.

En troisième lieu enfin, et quelle que soit le point de vue adopté, cela semble de nature à affaiblir l'autorité de la décision de justice dans la mesure où le relativisme des arguments qui nécessairement pourrait en ressortir peut donner le sentiment que « avec un peu de chance » la solution aurait pu être inverse.

À ce dernier égard et sans doute parce qu'on n'en a jamais douté, on peine à comprendre le souci de montrer à tout prix que les juges réfléchissent avant de statuer. On craint même d'y voir une forme d'acceptation de la mise en cause dont ils sont l'objet. La production d'une décision de justice n'est ni une délibération politique ni un débat doctrinal et le risque est grand que le pouvoir d'interprétation du juge s'en trouve considérablement affaibli.

Pour le dire autrement, l'irruption de l'opinion séparée dans le droit français pourrait entraîner un mouvement de relativisme juridictionnel qui ramènerait les juges des décennies en arrière.

3) Pensez-vous qu'elle soit susceptible d'avoir des répercussions sur les voies de recours exercées par les justiciables et sur d'éventuelles rébellions par les cours d'appel ?

Pour ce qui est des justiciables, on voit mal quelles pourraient être les répercussions sur les voies de recours, en particulier puisque la recommandation est de n'introduire l'opinion séparée que dans les arrêts de la Cour de cassation. Dès lors que l'opinion séparée est par essence minoritaire, elle est bien davantage susceptible de déclencher une contestation extrajudictionnelle que la multiplication des recours.

L'approche pourrait être un peu différente du point de vue des avocats car ils pourraient analyser les opinions séparées comme des indicateurs de points de fragilité du raisonnement juridique et considérer qu'ils peuvent en tirer argument dans la perspective de contentieux futurs. Cette partie de la réponse est évidemment conditionnée par la nature de l'opinion séparée – concordante ou dissidente – et de la décision de justice – confirmative d'une jurisprudence bien établie, constitutive d'un revirement de jurisprudence, relative à un point de droit non tranché...–.

Pour ce qui est d'éventuelles rébellions par les cours d'appel, je ne suis pas certaine de bien comprendre les tenants et les aboutissants de la question. Ma première réaction consisterait à dire que de telles réactions ne pourraient résulter que d'opinions séparées qui mettraient en cause la manière dont elles ont statué.

4) Comment percevez-vous l'articulation entre la possibilité d'émettre une opinion séparée et le principe du secret du délibéré ?

Sur le plan des principes, la contradiction entre opinion séparée et secret du délibéré est flagrante puisqu'il s'agit de permettre à un juge ou à quelques juges de manifester individuellement ou collectivement leur désaccord soit avec la motivation soit avec le dispositif d'un arrêt.

Mais, dès lors que la recommandation de la commission de réflexion est d'introduire l'opinion séparée *anonyme*, l'obstacle est levé puisque le secret du délibéré n'a, comme le rappelle la

commission dans son rapport, pas pour objet de faire croire à l'unanimité, mais d'assurer que les juges ne puissent être individuellement mis en cause.

Dans la mesure où la réforme envisagée n'a pas vocation à donner lieu à l'adoption d'une loi ou d'une loi organique, la question de sa constitutionnalité n'est *a priori* pas susceptible d'être examinée par le Conseil constitutionnel.

Il n'en demeure pas moins intéressant d'évoquer la jurisprudence constitutionnelle relative au secret du délibéré, d'autant qu'elle est peu abondante.

Par une décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, le Conseil constitutionnel a considéré que « *est garanti [par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789] le principe d'indépendance, qui est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles et dont découle le principe du secret du délibéré* ». Il en résulte donc que ce principe a valeur constitutionnelle. Dans le commentaire que le Conseil constitutionnel a publié sous cette décision, il est rappelé que « *le principe du secret du délibéré entraîne diverses conséquences. / En premier lieu, il faut obstacle à ce que soient connues les modalités d'adoption de la décision et le sens du vote des juges (...) Le secret du délibéré a également des conséquences sur les devoirs et obligations des magistrats* » qui ont « *le devoir de témoigner sur ce qui peut toucher au secret des délibérations auxquelles* » ils ont participé. Dans ce même commentaire sont cités des arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État rappelant qu'une décision de justice ne doit pas indiquer si elle a été prise à l'unanimité ou à la majorité.

S'il est en l'état difficile de préjuger de la position qui serait celle du Conseil constitutionnel si une disposition législative venait à consacrer le principe de l'opinion séparée, en particulier mise en œuvre de manière anonymisée, on pense que l'obstacle principal à l'introduction de l'opinion séparée n'est pas tant de nombre – majorité *versus* minorité – que d'esprit. Le secret du délibéré n'a pas vocation à masquer le fait que certaines décisions ont été adoptées à l'unanimité et d'autre à la majorité mais de témoigner du consensus qui, au terme du délibéré, s'est formé autour d'une position collégalement partagée.

Quiconque a l'expérience d'une prise de décision collégiale sait qu'il n'est pas systématique, ni même parfois fréquent, d'en passer par un vote formalisé et que, le plus souvent, après que chacun a pu exprimer oralement une position spécifique, nul ne s'oppose à la position commune qui résulte de la délibération.

Ainsi envisagée, il n'est pas interdit de penser que la possibilité de l'opinion séparée fasse écho à une intention de concrétisation très réductrice de la réalité du délibéré.

5) Plus généralement, êtes-vous d'avis que l'opinion séparée est compatible avec le droit positif ainsi qu'avec les obligations déontologiques des magistrats ?

Dans la mesure où l'opinion séparée serait anonymisée et où la répartition des votes ne serait pas détaillée, on ne voit pas en quoi, conçue comme une évolution interne à la Cour de cassation, elle heurterait le droit positif ou les obligations déontologiques des magistrats.

En revanche, on l'aura compris, on considère qu'elle heurterait son esprit.

Néanmoins, on le rappelle, tout dépendrait aussi de ce que, en pratique, les juges feraient de cette possibilité de formuler des opinions séparées qui leur serait offerte. S'il s'agissait, par ce biais, de violemment mettre en cause les conditions dans lesquelles une décision de justice a été rendue, pourrait même se poser la question du devoir de réserve des magistrats.

- 6) Il arrive désormais que certains arrêts, rédigés en motivation enrichie, fassent référence à une position contraire, expliquant pourquoi celle-ci n'a pas été retenue. Par rapport à cette pratique récente, certes encore très marginale, pensez-vous que l'opinion séparée intégrée puisse revêtir un intérêt complémentaire ?

Là est de mon point de vue l'une des questions les plus importantes quand il s'agit de discuter de l'opportunité d'importer l'opinion séparée à la Cour de cassation.

À la lecture du rapport de la commission de réflexion « Cour de cassation 2030 », il ne fait aucun doute que l'opinion séparée et la motivation enrichie sont intimement liées :

- elles sont présentées par la liste des recommandations comme participant du même objectif (*« renforcer la confiance dans le processus d'élaboration des décisions »* pour *« une Cour suscitant l'adhésion à son autorité »*) ;
- elles donnent lieu à un unique développement substantiel : *« 2.2.2.2. Renforcer la motivation des arrêts et introduire "l'opinion séparée intégrée" »* ;
- ledit développement fait de l'opinion séparée un outil de la qualité de la motivation puisqu'il est expressément indiqué que *« parmi les voies d'amélioration du délibéré et de la motivation, la commission a décidé de proposer l'introduction de "l'opinion séparée" à la Cour de cassation, en adaptant cette spécificité à la culture juridique française »* ;
- l'annexe I.5 au rapport consacrée à l'opinion séparée précise que *« la motivation de la décision est enrichie par la complétude du délibéré résultant de l'existence d'un courant minoritaire et de la volonté d'intégrer autant que possible les différentes positions qu'il exprime [sic], notamment celles qui pourraient prendre la forme d'une opinion séparée »* ;
- enfin, le lien est patent puisque la proposition est d'intégrer l'opinion minoritaire dans la motivation de l'arrêt.

Dès lors, plusieurs questions se posent.

L'opinion peut-elle être en même temps séparée et intégrée ? La décision de justice doit-elle être une forme de procès-verbal anonymisé du délibéré ? Sans anticiper sur les modalités de mise en œuvre préconisées par la commission de réflexion, l'opinion séparée est-elle toujours minoritaire si elle est acceptée par la majorité et incorporée à la motivation de la décision ? Pourquoi alors la présenter *in fine* et sous l'avertissement *« L'analyse et l'orientation présentées ci-dessous ont été débattues au cours du délibéré mais n'ont pas recueilli de soutien majoritaire »* ? L'opinion séparée ne risque-t-elle pas d'être un substitut à une motivation que l'on considérerait, en l'état, insuffisamment enrichie et ne vaudrait-il pas mieux approfondir la réflexion sur le bilan de la mise en œuvre de cette réforme ?

Pour le dire plus clairement, telle que proposée, l'opinion séparée ne me semble qu'une modalité de la motivation enrichie et peut-être est-ce très bien ainsi.

7) L'intégration de l'opinion séparée est-elle selon vous de nature à contribuer au dialogue des juges, notamment entre la Cour de cassation et les juridictions européennes ?

Une fois encore, la question peut être comprise de différentes manières et appeler, en conséquence, plusieurs réponses.

En premier lieu, je pense que le dialogue des juges passe par des voies multiples, y compris informelles, et que l'opinion séparée n'a pas nécessairement une vocation à y contribuer.

Mais ceci amène, en deuxième lieu, à s'interroger sur ce que serait l'opinion séparée.

S'il s'agit d'enrichir la motivation de l'arrêt en décrivant plus précisément le raisonnement conduisant à la solution, y compris les pistes qui ont été écartées, la réponse à la question peut être positive ... mais on peut alors douter qu'il s'agisse *stricto sensu* d'une opinion séparée.

S'il s'agit d'une véritable opinion séparée, entendue comme l'opinion discordante individuelle d'un membre de la formation de jugement, *a fortiori* anonymisée, on voit mal quels pourraient être sa portée et son apport au dialogue des juges.

En troisième lieu, il faut préciser de quelles juridictions européennes on parle.

Si l'on pense aux juridictions nationales homologues de la Cour de cassation, il me semble que les relations établies avec elles contribuent davantage au dialogue des juges que ne le ferait l'introduction de l'opinion séparée.

Si l'on pense aux juridictions proprement européennes – c'est-à-dire aux deux Cours de Strasbourg et de Luxembourg – il faut d'emblée rappeler qu'elles ont des positions radicalement différentes à l'égard de l'opinion séparée.

Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, l'opinion séparée est institutionnalisée puisque l'article 45 – Motivation des arrêts et décisions – stipule dans son deuxième paragraphe que « *Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée* ». La rédaction de l'opinion séparée est d'ailleurs organisée, son auteur ne pouvant divulguer d'information sur le délibéré, les notes du rapporteur et la position individuelle des autres juges. Il est même prévu, en cas d'affaire complexe, que les éventuelles opinions séparées soient transmises à la formation de jugement préalablement au vote afin, le cas échéant, de modifier en conséquence le projet d'arrêt et d'éclairer le vote des indécis. À l'aune de la Cour européenne des droits de l'homme, l'opinion séparée est donc un élément de *doctrine* et participe du débat sur l'interprétation et l'application de la Convention. Elle est également une modalité de la marge d'appréciation laissée aux États et, par conséquent, sur des sujets sensibles, un gage d'acceptabilité de la décision. La pratique n'en a pas moins été parfois erratique, conduisant même à fragiliser la Cour. Mais l'opinion séparée y est, en quelque sort, une spécificité consubstantielle au système européen de garantie des droits et libertés.

À l'inverse, la Cour de justice de l'Union européenne ne connaît pas l'opinion séparée. Sans que l'on dispose d'éléments autres que doctrinaux permettant de l'expliquer, on y voit naturellement la manifestation de la préoccupation d'unité et d'unification du système juridique de l'Union européenne. C'est également le moyen d'éliminer ou, du moins, de limiter le biais de nationalité des juges alors que la mission de la Cour est structurellement européenne. Sans doute est-ce la même

logique qui justifiait, jusqu'à il y a encore quelques semaines, la compétence exclusive de la Cour en matière de renvoi préjudiciel. ET, à bien y réfléchir, elle se justifie pleinement dès lors que c'est elle qui a progressivement mis en lumière les principes structurants de la construction européenne : effet direct, primauté, effet utile ...

À l'égard de l'une comme de l'autre, on ne voit donc pas la contribution au dialogue des juges qui résulterait de la mise en place de l'opinion séparée.

- 8) Dans le contexte actuel de critiques fréquentes portées contre l'institution judiciaire, n'existe-t-il pas un risque d'amplification des contestations des décisions rendues prenant appui sur l'opinion séparée exprimée ?

On pense avoir déjà répondu à cette question, notamment à l'occasion de la réponse à la questions 1 et 2.

On se contente de rappeler que le risque d'amplification tient aussi au fait que les institutions de manière générale sont de plus en plus fréquemment contestées.

- 9) Pourrait-elle être une réponse à certaines menaces liées à l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée à l'open data ? Pourriez-vous développer ce point ?

La question est particulièrement délicate et il n'est pas raisonnablement concevable de l'épuiser, même en développant, dans les limites propres à une audition.

Ceci étant dit, on connaît – ou plus exactement on apprend au fur et à mesure à connaître – les avantages et les inconvénients de l'IA en matière de justice. Et si l'on sait qu'elle peut être une aide précieuse à la décision, le fait est aussi qu'elle peut sembler menacer les droits fondamentaux de la justice compte tenu, notamment, de la place faite à la justice prédictive.

À cet égard, l'opinion séparée pourrait permettre de déjouer certains des biais des algorithmes mais il n'est pas impossible que ceux-ci évoluent de telle sorte et avec une telle rapidité que le répit ne soit que temporaire.

En écho aux questions précédentes, on ne voit pas d'avantage comparatif significatif à l'opinion séparée par rapport à la motivation *réellement* enrichie. On peut même légitimement s'interroger sur les risques qui résulteraient d'une formule d'avertissement systématique qui pourrait faciliter la reconnaissance par l'IA de l'opinion minoritaire.

- 10) Que pensez-vous des arguments présentés par la commission Cour de cassation 2030 » pour recommander l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

À la lecture du rapport de la commission de réflexion, les avantages de l'introduction de l'opinion séparée seraient :

- d'offrir une clause de conscience au juge qui ne pourrait se résoudre à assumer une décision allant à l'encontre de ses convictions intimes ;
- d'enrichir le délibéré ;
- de développer la motivation de l'arrêt ;

- de nourrir le dialogue avec l'extérieur en mettant en lumière une approche diversifiée de l'affaire.

Les mêmes arguments sont repris sous une forme plus développée dans l'annexe 1.5 qui lui est consacrée et leur est ajoutée l'idée que l'opinion séparée « *peut aller au-delà du des limites actuelles du droit et accoutumer les juges à des idées ou des réalités qui semblent encore incompatibles avec le droit positif et l'état des mentalités lors de la prise de décision* ».

On peut à cet égard, faire trois séries de remarques.

D'abord, ces arguments renvoient, pour l'essentiel, aux deux justifications classiques de l'opinion séparée que sont la transparence et l'acceptabilité de la décision. Il en a déjà été discuté mais on veut ici attirer l'attention sur le fait que le risque existe que le vœu demeure pieux dans la mesure où restaurer la confiance dans les institutions suppose que ceux auxquels le message s'adresse y soient réceptifs. Tout indique que la démarche *pédagogique* n'est pas nécessairement la mieux comprise.

Ensuite, et c'est en particulier le dernier argument figurant dans l'annexe 1.5 qui y incite, l'opinion séparée, *a fortiori* si elle est intégrée à l'arrêt, doit faire le départ entre ce qui est « au-delà » et ce qui est « en dehors » du droit. S'il peut être légitime de vouloir évoluer vers une moindre brièveté de la décision de justice, il faut veiller à ne pas aller vers des décisions bavardes qui loin d'éclairer sur le sens du droit et de la solution contribueraient à brouiller les messages. Il n'est à cet égard pas certain que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme soient véritablement plus lisibles que ceux de la Cour de cassation et ce que l'on pense à un lecteur averti ou à un simple justiciable.

Enfin, et au risque de la répétition, si ces arguments s'entendent, on ne voit pas pourquoi une motivation *réellement* enrichie ne pourrait pas remplir le même office.

#### 11) Voyez-vous d'autres avantages ?

Cette question n'appelle pas de réponse de ma part.

## **II/ Sur la mise en œuvre de l'opinion séparée**

#### 1) Avez-vous des observations à formuler sur la procédure et la forme que pourrait prendre l'opinion séparée à la Cour de cassation ?

On se contente de rappeler les deux difficultés précédemment évoquées.

Si l'anonymisation, l'acceptation par la majorité de la formation de jugement et l'intégration dans la motivation de l'opinion séparée sont présentées comme des moyens de la rendre compatible avec les contraintes d'un système juridique à la culture duquel l'exercice est étranger,

- l'opinion est-elle vraiment séparée dès lors qu'elle est partie intégrante de l'arrêt ?
- l'opinion séparée est-elle vraiment minoritaire si l'on conditionne sa publication à l'accord de la majorité ?

2) Devrait-elle inclure les opinions dissidentes et concordantes ?

Si la décision est prise d'introduire les opinions séparées, la réponse à cette question ne peut qu'être positive.

D'où une interrogation renforcée sur le principe de l'acceptation majoritaire.

3) La pratique de l'opinion séparée devrait-elle être réservée à la Cour de cassation, à l'exclusion des juridictions de fond, ou être largement adoptée ?

Il me semble que oui.

En premier lieu, l'opinion séparée devra nécessairement faire l'objet d'une évaluation et il paraît donc raisonnable d'en passer par une phase d'expérimentation à l'échelle de la Cour de cassation.

En deuxième lieu, si l'on admet que l'opinion séparée peut être l'occasion de signifier qu'une position alternative pouvait ou pourrait à terme être retenue, il semble pertinent de la réserver à la juridiction placée au sommet de l'ordre juridictionnel.

En troisième lieu, l'opinion séparée ne peut être formulée – de mon point de vue – que sur une question strictement juridique. Il y aurait donc un risque que les juridictions de fond bénéficient d'une possibilité qui pourrait laisser penser qu'il y a lieu de reconsidérer l'appréciation portée sur les circonstances de fait. Il y aurait là à coup sûr un risque réel de voir se multiplier les recours.

En quatrième lieu et l'argument pût-il paraître trivial, la généralisation de l'opinion séparée pourrait emporter un allongement significatif des délais de traitement des affaires.

4) À la Cour de cassation, devrait-elle être réservée à certaines formations de jugement ?

Si l'opinion séparée devait être introduite, il ne fait aucun doute qu'elle devrait pouvoir être utilisée dans le cadre de l'assemblée plénière, en chambre mixte et en formation plénière de chambre. Je ne vois pas d'obstacle à ce qu'elle soit utilisée en formation de section, même si le nombre de magistrats y siégeant peut poser davantage de difficultés de préservation de l'anonymat de l'auteur de l'opinion séparée notamment dans l'hypothèse où elle ne réunirait que le nombre minimum de cinq juges.

Me semblerait en revanche parfaitement illogique qu'une opinion séparée pût être formulée dans le cadre d'une formation restreinte de trois juges. Outre que la préservation de l'anonymat serait assurément difficile, il n'apparaîtrait guère cohérent qu'il y ait lieu à une opinion séparée alors que la formation de jugement retenue est justifiée par le fait que la décision paraît s'imposer, que le pourvoi est irrecevable ou qu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Contribution de M. Dominique Rousseau, professeur émérite des universités,  
Paris I Panthéon-Sorbonne, Membre honoraire de l'Institut universitaire de France,  
à la suite de son audition du 18 novembre 2024 à 14h30

### Plaidoyer en faveur des opinions séparées

Le 9 janvier 2023, lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation, le premier Président, Christophe Soulard, annonce que la réflexion sur la motivation des décisions de justice devra étudier « l'éventuelle introduction de l'opinion séparée intégrée ». En 1996, le sénateur et professeur de droit Patrice Gélard déposait une proposition de loi relative au Conseil constitutionnel comportant un seul article ainsi rédigé : « *Le nom du rapporteur est indiqué en tête de la décision. 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 par leurs auteurs* »<sup>1</sup>. À l'inverse, le doyen Vedel, en 1992, affirmait qu'admettre les opinions dissidentes serait « *porter malheur au Conseil* » et sans doute au-delà aux décisions de justice<sup>2</sup>.

Mais qu'est-ce qu'une « opinion séparée » ? C'est la possibilité donnée aux juges qui sont d'accord avec la décision mais pas avec le raisonnement retenu, aux juges qui sont d'accord avec le raisonnement mais pas avec la solution, aux juges qui ne sont d'accord ni avec le raisonnement ni avec le jugement de publier leur opinion à la suite de la décision. Est-ce malheur ou bienfait pour la Justice ? Peser au trébuchet, les opinions séparées apportent plus de bienfaits que de malheurs à la Justice.

### **I/ Des « malheurs » exagérés des opinions séparées**

---

<sup>1</sup> JO, Doc. Sénat, session ordinaire 1996-1997, n° 101.

<sup>2</sup> G. Vedel, Préface au manuel Droit du contentieux constitutionnel, Précis Domat, Lextenso, 1992, p.13.

Le premier malheur redouté des opinions séparées est d'affaiblir l'autorité de la décision de justice. En montrant qu'une autre sentence était juridiquement possible, en révélant que celle retenue ne s'est imposée que par les hasards des alliances et de l'arithmétique, l'opinion séparée enlève à la décision rendue son caractère de nécessité évidente et définitive ; il devient, au contraire, évident, visible qu'elle aurait pu être autre. Et, par un effet d'optique, l'attention du public se portera plus facilement sur les opinions séparées que sur la décision surtout si elles sont signées par des juges à fort capital juridique.

Le deuxième malheur est d'affaiblir la collégialité. Au lieu de rechercher le consensus par une patiente élaboration de la décision avec ses collègues, tel ou tel juge peut penser tirer davantage de bénéfice à exposer publiquement son argumentation juridique ; et cette stratégie de mise en valeur personnelle provoquera de multiples procès croisés entre magistrats altérant d'autant la convivialité et le bon fonctionnement de la juridiction.

Le troisième malheur est de provoquer une politisation de l'activité juridictionnelle. Alors que l'anonymat garantit l'indépendance des juges et leur liberté de jugement, sa levée ouvre un espace aux politiques qui peuvent faire pression sur les juges pour les convaincre, par l'usage de l'opinion séparée, à se désolidariser de la décision majoritaire ; ou qui peuvent aussi dénoncer la partialité de la décision en puisant leur argumentation dans l'opinion séparée.

Si ces malheurs annoncés méritent attention et réflexion, ils n'adviennent pas là où les opinions séparées existent. Et, sans avoir besoin de mobiliser le droit comparé, ces malheurs n'adviennent pas par la publication des rapports des conseillers rapporteurs, des avocats généraux à la Cour ou des conclusions des rapporteurs publics au Conseil d'Etat. Or, ces rapports et conclusions ressemblent fort, lorsque la Cour ou le Conseil ne les suivent pas, à l'expression d'une opinion séparée portant, le cas échéant, sur l'argumentation juridique et/ou sur la solution de droit. Et il ne vient à l'idée de personne de demander que ces rapports soient tenus secrets pour ne pas porter atteinte à l'autorité de la décision ; au contraire, leur publication joue un rôle positif pour la formation de la jurisprudence, sa compréhension et son évolution en maintenant ouvert le dialogue juridique.

Au demeurant, en Allemagne, au Canada, aux États-Unis, en Espagne, la pratique des opinions séparées n'a pas provoqué les méfaits redoutés par certains. D'où les bienfaits attendus des opinions séparées.

## **II/ Des bienfaits attendus des opinions séparées**

Le premier bienfait est de favoriser la motivation des décisions de justice. Il n'est pas anodin que le premier président de la Cour de cassation ait placé la réflexion sur l'introduction possible des opinions séparées dans le cadre d'un travail de la Cour sur « la motivation enrichie » des décisions. Ce faisant, est – enfin – reconnu qu'une norme n'est pas dans l'énoncé juridique mais dans l'interprétation qui en est faite. D'un même article, les avocats donnent des lectures différentes ;

d'un même arrêt, la doctrine propose souvent des commentaires divergents ; d'un même principe, les juges tirent au fil du temps des effets de droit différents. Reconnaître les opinions séparées, 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 interprétations pour parvenir à la décision. Elles jouent comme une contrainte procédurale au service d'une montée en argumentation juridique des décisions de justice ; elles ouvrent une logique de motivation en effet « enrichie » : sachant que leur désaccord éventuel avec la décision rendue peut être publié, les juges minoritaires, sous peine de ruiner leur position, ne pourront s'en tenir à des considérations politiques ; ils devront argumenter sur le terrain du droit avec les moyens du droit ; ils seront obligés d'opposer une argumentation juridique à celle exposée par les juges majoritaires ; et ces derniers, pour convaincre du bien-fondé de leur jugement ou affaiblir préventivement l'argumentation qui sera défendue dans l'opinion séparée, devront motiver avec soin et précision leur décision.

Le second bienfait des opinions séparées, lié au précédent, est de favoriser l'acceptabilité de la décision de justice. Juger, disait Paul Ricoeur, est un acte de distribution dans lequel chaque partie doit pouvoir se reconnaître, celle qui a gagné mais aussi celle qui a perdu parce qu'elle a pu entendre et qu'elle peut lire, dans l'opinion séparée, que ses prétentions avaient une valeur juridique reconnue et discutée au moment de la délibération. La majorité fait la décision mais ce qui rend la décision acceptable est moins d'être le produit d'un vote que d'être le produit de la raison délibérative. C'est-à-dire d'une raison qui intègre l'idée de sa finitude, de sa limite, de sa faillibilité, en d'autres termes, l'idée qu'elle aurait pu produire une décision autre. Et c'est précisément parce que l'opinion séparée permet de montrer que sur l'affaire en cause il y avait une autre solution possible, de montrer qu'il y a eu délibération que la décision retenue est rationnelle et donc acceptable.

Une décision de justice ne descend pas du Ciel ; elle est un acte produit par des hommes instruits de cette sentence que Montaigne avait inscrite dans sa librairie : « *contre chaque argument, un argument égal* ».



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Contribution de M. Anderson Teixeira, professeur de droit brésilien, à la suite de son audition du 18 novembre 2024 à 14h30

Au Brésil, le vote séparé est appelé vote dissident en raison de l'importance historique attribuée à la divulgation du contenu des débats qui ont précédé la préparation de la décision judiciaire prise par un organe collégial.

Il convient également de noter que la sentence prononcée par un tribunal est appelée en portugais un « acórdão », c'est-à-dire un mot qui vient du latin *accordare* et qui fait directement référence à la nécessité de parvenir à un accord.

Même dans le Brésil Empire, l'ancienne Cour suprême de justice, installée en janvier 1829, sur la base des dispositions de la Constitution de 1824 - la première depuis l'indépendance de ce pays -, la publication des « acórdãos » se faisait en référence aux votes dissidents.

Avec l'avènement de la République, en 1889, et surtout avec la première Constitution républicaine, en 1891, la structure fédérative inaugurée à ce moment a universalisé dans toutes les juridictions brésiliennes la pratique de la publication de décisions collégiales, c'est-à-dire des « acórdãos », avec la présence d'opinions dissidentes.

Dans le cadre de la Constitution du 1988, actuellement en vigueur, plusieurs dispositions normatives soutiennent l'importance de la publication des votes dissidents.

Premièrement, il est compris comme un droit corollaire du droit fondamental à une défense pleine et entière et à un procès contradictoire (art. 5, LV), car la tradition constitutionnelle de ce pays affirmait l'idée que, pour être en conditions de se défendre, toute personne doit avoir le droit de connaître les raisons qui ont précédé à la formulation de la décision qui lui est appliquée.

Deuxièmement, « *l'accès à la justice* » est une formule juridico-constitutionnelle présente dans au moins six dispositions constitutionnelles et, par conséquent, peut être considérée comme un principe fondamental de l'ensemble du système judiciaire brésilien. Pour « *accéder à la justice* », ils

comprennent qu'il serait évident de savoir comment les décisions collégiales sont formulées dans leurs arguments, notamment en matière de votes dissidents.

Troisièmement, l'importance de la publicité des actes judiciaires qui est largement diffusée. C'est pourquoi, là encore, la formulation d'une décision judiciaire collégiale doit être largement diffusée par les tribunaux.

En résumé, dans un parcours de 200 ans, le Brésil a affirmé la pertinence singulière de la publication des votes dissidents fondés sur :

1. La protection du droit fondamental à une défense pleine et entière et à un procès contradictoire ;
2. La défense de la démocratisation et de l'élargissement de l'accès à la justice ;
3. Le caractère constitutionnel du principe de publicité des actes judiciaires.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Audition de M. Christophe Chantepy, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat depuis janvier 2021, du jeudi 5 décembre 2024 à 10h00

Le Conseil d'État et, de manière générale, les juridictions administratives ne ressentent pas le besoin d'un dispositif de l'opinion séparée et le Conseil d'État n'y est pas favorable. Je vais vous en expliquer les raisons.

Nous partons d'une jurisprudence et d'une disposition législative qui figure dans le code de justice administrative. Elles prohibent l'expression, quelle qu'en soit la forme, d'opinions séparées parce qu'elles contrarient le secret du délibéré. La jurisprudence date du 17 novembre 1922 (« Sieurs Légouillon ») et a été codifiée à l'article L. 8 du code de justice administrative : « *Le délibéré des juges est secret* ». Dans la tradition française, ce secret ne consiste pas seulement à préserver le huis clos et la teneur des discussions entre les juges au cours du délibéré, mais s'étend également aux opinions exprimées au cours du délibéré par les membres de la formation de jugement et même aux conditions de majorité dans lesquelles une décision a été adoptée. Dans une décision du 26 mars 2003 (« Doni Worou »), nous avons jugé qu'en vertu des règles générales applicables devant les juridictions administratives, les conditions de majorité dans lesquelles une décision est adoptée sont couvertes par le secret du délibéré. Enfin, récemment, le législateur a institué la prestation de serment pour tous les nouveaux membres de la juridiction administrative. L'article L. 12 du code de justice administrative prévoit ce serment, les conditions dans lesquelles il est prêté et le texte de ce serment. Ce serment prévoit que l'ensemble des magistrats des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat « *prêtent serment publiquement, devant le vice-président du Conseil d'Etat ou son représentant, de remplir leurs fonctions en toute indépendance, probité et impartialité, de garder le secret des délibérations et de se conduire en tout avec honneur et dignité* ».

Nous avons différentes raisons pour nous opposer à l'importation du système des opinions séparées :

1) L'autorité de la décision juridictionnelle : L'arrêt rendu est la décision de la juridiction. L'expression publique d'une opinion divergente, anonyme ou non, affaiblirait son autorité en ce que cette décision deviendrait celle d'une majorité contestée par une minorité. L'expression d'une

opinion séparée manifesterait publiquement un refus de ceux qui expriment cette opinion séparée d'endosser cette décision, ce qui affaiblirait l'autorité de cette dernière.

J'ajoute que nous avons une tradition dans les juridictions administratives de respect de la jurisprudence par les juridictions subordonnées. Si la jurisprudence fixée par le Conseil d'Etat est publiquement contestée par certains juges ayant participé au délibéré, alors ce respect de l'unité de la jurisprudence sera affaibli et, finalement, c'est le justiciable, qui est attaché au fait d'être jugé de la même façon à Marseille et à Lille, qui en pâtira.

2) La collégialité : Exprimer publiquement une opinion séparée peut nuire à la collégialité et à la dynamique du délibéré. Le délibéré ne consiste pas à enregistrer les opinions des uns et des autres et, ensuite, à faire voter. Le délibéré est une dynamique, une vraie discussion, ouverte, franche, libre, qui suppose une qualité d'écoute des participants par rapport à la position que spontanément au début du délibéré ils pouvaient avoir. Dans nos délibérés, les positions des uns et des autres peuvent tout à fait évoluer au cours du délibéré, parce que le délibéré est fait pour cela : c'est un moment de réflexion collective, et non pas un moment de collation d'opinions individuelles. Si l'on admettait la possibilité de l'opinion séparée, cet effort d'écoute serait alors sans doute appauvri. Il y a un risque pour le juge de se crisper sur son opinion initiale et d'oublier la collégialité.

Enfin, le délibéré clôt l'affaire. Admettre l'expression d'opinions séparées, c'est faire rebondir l'affaire après le délibéré.

3) L'indépendance de la justice : L'indépendance des juridictions et des magistrats pris individuellement, ce n'est pas la question de la liberté de chaque membre de la juridiction de s'exprimer publiquement et de donner son avis sur une affaire. L'indépendance, ce sont des garanties institutionnelles pour assurer que nous sommes à l'abri de toute pression. Si on introduit un système d'opinions séparées, qui plus est s'il n'est pas anonyme, on court plusieurs risques :

- que le juge qui ne s'exprime jamais en opposition à un jugement soit regardé comme suspect du point de vue de son indépendance.

- que les juges finissent par devenir comptables de leurs opinions avec le risque d'être catalogués. Il y a déjà suffisamment de mises en cause personnelles des juges pour ne pas en rajouter.

En réalité, le secret absolu du délibéré protège la juridiction et les juges des mises en cause.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rendu une décision n° 2015-506 QPC dans laquelle il rappelle le lien entre le secret du délibéré et l'indépendance des juges. Il juge que l'article 16 de la Constitution « *garantit le principe d'indépendance qui est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles et dont découle le principe du secret du délibéré* ».

4) L'expression d'opinions divergentes fragiliserait l'interprétation que le juge donne de la norme : L'interprétation que le juge donne de la norme s'incorpore à la norme. C'est le devoir du juge d'interpréter la norme lorsqu'elle est obscure ou lacunaire parce qu'il a l'obligation de trancher le litige qui lui est soumis. Cette interprétation serait fragilisée s'il y avait l'expression d'une opinion séparée. On ne saurait donner l'impression que le droit serait aléatoire et ses interprétations suspectes. C'est ici la confiance dans la justice qui est en jeu.

Enfin, il y a bien d'autres manières de montrer aux parties, aux commentateurs, à la doctrine et au plus grand nombre que le débat, inhérent à toute délibération collégiale, a bien eu lieu et que les différentes thèses en présence dans le litige ont été examinées et confrontées les unes aux autres.

De ce point de vue, la question de la motivation me paraît essentielle. Il est révolu le temps où le juge assénait des vérités sans s'en expliquer dans sa motivation et encore moins en publiant des communiqués explicatifs. La motivation détaillée, précise, qui permet de suivre le raisonnement retenu par le juge, est indispensable : ainsi la solution est réellement démontrée en droit.

Devant les juridictions administratives, le premier rôle explicatif, avant même la motivation de la décision, revient aux conclusions du rapporteur public. C'est lui qui expose l'affaire en fait et en droit. Quand plusieurs interprétations sont possibles, il les explique et indique celle qui a sa préférence. Il va publiquement exposer l'ensemble des solutions possibles.

Par ailleurs, nous avons, depuis peu, une formule très utile dans les dossiers complexes : l'instruction orale, soit réservée aux parties, soit ouverte au public. Ce sont aussi des moments d'explication. Nous avons fait à une occasion, dans un litige de droit du travail, une audience publique, où l'ensemble des partenaires sociaux de la branche concernée et l'administration se sont expliqués.

En conclusion, on ne peut mieux résumer les réserves quant à l'introduction d'un système d'expression des opinions dissidentes que ne l'a fait le vice-président Jean-Marc Sauvé dans un discours à l'ENM prononcé le 29 septembre 2015 : *« On se plaint parfois de l'impossibilité dans laquelle se trouvent les juges en France d'exprimer publiquement leurs opinions concordantes, séparées ou dissidentes sur l'arrêt ou le jugement auquel ils ont pris part. Sans prétendre épuiser ce débat qui mériterait un colloque à lui seul, il faut souligner que la tradition française permet d'aller au fond des délibérés : les juges expriment dans cette enceinte tout ce qu'ils ont à dire au service de la réflexion collective, de la recherche du dispositif le plus pertinent et même de l'écriture de la décision de justice. Ils ne peuvent se retirer sur un Aventin symbolique, ni réserver le cœur de leur argumentation pour l'extérieur, en prenant à témoin la communauté juridique et le corps social de la justesse de leur opinion – et des torts éventuels de leurs collègues ».*



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Contribution écrite du Tribunal suprême espagnol

### 1. Comment les avis séparés sont-ils autorisés dans votre pays ?

Selon les paragraphes 1 et 2 de l'article 157 de l'actuelle loi organique du pouvoir judiciaire :

1. Une fois la discussion (délibéré) de chaque question terminée, le vote se déroulera en commençant par le juge ou le magistrat le moins ancien et en suivant l'ordre croissant d'ancienneté, jusqu'au juge président. Le vote sera secret si un membre le demande.

2. Le juge ou magistrat dont l'opinion apparaît dissidente de la majorité peut demander que son vote soit consigné aux minutes de l'arrêt. S'il le souhaite, il peut formuler une opinion dissidente, écrite et motivée, qui sera incluse aux minutes si la chambre l'estime appropriée en raison de sa nature ou des circonstances concomitantes, à condition qu'elle soit présentée dans le délai fixé par la chambre, qui n'excède pas trois jours.

Il est important de noter ce qui suit :

- Les juges dissidents ont le droit de faire consigner leur vote dissident dans les minutes de vote. Toutefois, ils ne sont pas nécessairement obligés de rédiger une opinion dissidente.
- Si les juges dissidents souhaitent rédiger une opinion dissidente, ils peuvent le faire dans un document où ils expriment tous les arguments à l'appui de leur vote dissident.

La pratique judiciaire en matière de publicité des votes dissidents consiste à leur donner le même niveau de publicité que l'opinion majoritaire contenue dans l'arrêt.

Cette pratique reflète parfaitement l'article 205 de la loi sur la procédure civile, qui dispose que « *L'opinion dissidente, signée par son auteur, est incorporée au recueil des arrêts et notifiée aux parties en même temps* »

*que l'arrêt approuvé à la majorité. Lorsque la publication de l'arrêt est obligatoire en vertu de la loi, l'opinion dissidente, s'il y en a une, doit être publiée en même temps que l'arrêt ».*

Dans les cas où il y a plus d'un juge dissident, ils ont la possibilité de formuler soit une opinion dissidente commune, soit des opinions dissidentes séparées.

Il est également important d'indiquer que les votes dissidents peuvent concerner non seulement les arrêts, mais aussi les résolutions de procédure ou celles qui résolvent des incidents de procédure ("*providencias*" ou "*autos*"). Cela s'applique si, dans le cas des "*providencias*", elles sont motivées.

Cette large application des votes dissidents souligne l'engagement du système judiciaire espagnol en faveur de la transparence et de la reconnaissance des diverses opinions judiciaires à différents stades de la procédure judiciaire. En autorisant les votes dissidents sur un large éventail de décisions judiciaires, le système garantit que les points de vue minoritaires sont reconnus et documentés, ce qui contribue à un processus juridique plus nuancé et plus approfondi.

## 2. Quand l'opinion séparée a-t-elle été introduite dans votre législation ? Quelles étaient les raisons pour l'introduction de l'opinion séparée ? Quelle a été la source d'inspiration ?

En ce qui concerne les votes dissidents dans les décisions judiciaires, il existe deux traditions juridiques distinctes ayant des origines différentes, bien qu'elles aient convergé au fil du temps tout en conservant des différences significatives. D'une part, nous avons la tradition anglo-saxonne, où l'opinion dissidente a trouvé son habitat naturel très tôt dans le monde médiéval de la common law. En revanche, la tradition continentale de droit civil a eu tendance à considérer les votes dissidents ou concordants comme étrangers et moins compatibles avec un rôle judiciaire beaucoup plus limité à l'application du droit codifié.

Malgré les différences susmentionnées, certains pays de tradition civiliste ont adopté une approche plus souple du droit, s'éloignant du positivisme strict qui n'autorise qu'une seule interprétation d'une norme. En Espagne, par exemple, où le vote dissident est connu sous le nom de "*voto particular*", le système judiciaire décrit explicitement les exigences et les modalités de présentation d'un tel vote.

Notamment, le titre IX de la Constitution espagnole, à l'article 164.1, prévoit les opinions dissidentes en déclarant : « *Les arrêts du Tribunal constitutionnel sont publiés au Journal officiel de l'État avec les voix dissidentes, le cas échéant* ». Ainsi, les opinions dissidentes sont dotées de l'imprimatur constitutionnel, ce qui témoigne d'une évolution vers un cadre juridique plus ouvert et interprétatif.

Indépendamment de la constitutionnalisation de la dissidence spécifiquement mentionnée en ce qui concerne le Tribunal constitutionnel, il ne fait aucun doute qu'en Espagne, la capacité des membres des tribunaux collégiaux à émettre des votes dissidents a été établie depuis longtemps. Il s'agit d'une

tradition profondément enracinée, reflétée dans le droit positif, à tel point que cette référence constitutionnelle peut sans aucun doute être élevée au rang de principe général.

La pratique des votes dissidents en Espagne n'est pas seulement un développement récent mais un aspect bien ancré de son système judiciaire, soulignant l'engagement du pays en faveur d'une approche plus nuancée et interprétative de la prise de décision juridique.

En Espagne, la loi de procédure civile de 1881 et la loi de procédure pénale de 1882 comportaient déjà des dispositions relatives aux votes dissidents. Cela montre que la pratique consistant à autoriser les opinions dissidentes fait partie intégrante du système juridique espagnol depuis plus d'un siècle.

Notre tradition historique en la matière s'étend encore plus loin. Selon les études les plus savantes, le point de départ coïncide avec la lointaine promulgation des Ordonnances de Médine en 1489 par les Rois Catholiques. Le chapitre XIV de ces ordonnances établissait que tous les tribunaux devaient enregistrer dans certains cas ("*procès ardu et substantiels, spécialement ceux qui dépassent cent mille maravédís*") les résultats du vote des jugements dans un livre secret.

Non seulement le vote dissident a une longue tradition dans le droit positif espagnol, mais sa pratique est aussi profondément enracinée.

3. L'introduction de l'opinion séparée a-t-elle été développée par la jurisprudence avant qu'elle ne soit introduite par la loi ou la loi l'a-t-elle introduite dans le système juridique ?

Les précédents historiques susmentionnés montrent clairement que le vote dissident a été introduit très tôt dans le droit positif.

L'incorporation précoce des votes dissidents, comme en témoignent les ordonnances de Medina de 1489 et les lois de procédure civile et pénale de la fin du 19<sup>e</sup> siècle, démontre une reconnaissance de longue date de l'importance de la pluralité judiciaire. Cette adoption précoce témoigne de l'engagement de l'Espagne à recueillir un éventail d'opinions judiciaires, favorisant ainsi un discours juridique plus riche et plus solide au sein de son cadre juridique.

4. La mise en œuvre a-t-elle été progressive ? Dans l'affirmative, comment ?

Comme indiqué précédemment, ce n'est pas le cas.

5. Le "profilage" des juges était-il une crainte lors de la mise en œuvre du système d'opinion séparée ? D'autres craintes ont-elles été exprimées et, dans l'affirmative, lesquelles ?

Compte tenu de la longue tradition historique des votes dissidents en Espagne, le pouvoir judiciaire n'a jamais nourri d'appréhension à l'égard de cette pratique. Au contraire, elle est considérée comme un outil précieux qui non seulement met en évidence les différentes perspectives au sein d'un organe collégial lors de l'application et de l'interprétation de la loi, mais qui permet également aux juges d'exprimer leur désaccord avec la décision de la majorité, préservant ainsi leur responsabilité et leur intégrité.

6. Le système de l'opinion séparée est-il réservé à la Cour suprême ou a-t-il été étendu aux juridictions inférieures ? Est-elle réservée à certaines formations ?

En Espagne, le vote dissident peut être exercé par n'importe quel tribunal collégial. Historiquement, cette prérogative n'a jamais été limitée à la Cour suprême.

Depuis ses origines, le vote dissident est une pratique répandue, accessible aux juges à différents niveaux de la hiérarchie judiciaire. Cette inclusion reflète l'engagement du système juridique espagnol à promouvoir une culture de dialogue ouvert et de points de vue divers au sein de tous les organes judiciaires. En autorisant les votes dissidents dans toutes les juridictions collégiales, le système garantit que les opinions minoritaires sont documentées et prises en compte, contribuant ainsi à un processus judiciaire plus dynamique et démocratique.

7. Pouvez-vous expliquer les conditions dans lesquelles les juges utilisent les opinions séparées ?

Voir la réponse à la question 1.

8. Quels sont les critères d'utilisation d'une opinion séparée, qu'ils soient juridiques et/ou fondés sur la jurisprudence ?

Comme nous l'avons indiqué dans notre réponse à la question 1, les critères d'émission d'une opinion séparée sont légalement établis par le droit positif.

9. Le recours à une opinion séparée est-il discuté au cours des délibérations ? Son contenu fait-il l'objet d'un débat ?

Bien que le contenu écrit exact d'un vote dissident séparé ne soit généralement pas débattu pendant les délibérations - principalement parce qu'il n'a pas encore été rédigé, même sous forme préliminaire - il est vrai que les juges expriment des points de vue différents au cours de ces discussions. Si, en fin

de compte, un ou plusieurs juges ne sont pas d'accord avec la décision finale, ils annoncent généralement leur intention d'émettre une voix dissidente séparée. Le contenu essentiel de cette opinion dissidente a déjà été discuté, car il fait partie de la délibération elle-même.

10. Le recours à l'opinion séparée est-il conçu comme un droit pour les juges minoritaires ou doit-il être autorisé et, dans l'affirmative, par qui ?

La possibilité d'émettre des votes dissidents est sans équivoque un droit qui ne nécessite aucune autorisation ou permission.

11. Les opinions dissidentes et/ou concordantes sont-elles émises pour des raisons différentes ?

Les votes dissidents séparés peuvent certainement englober diverses raisons ou motivations. Ceux-ci peuvent être classés en raisons spécifiques à un cas et en raisons institutionnelles.

- **Raisons spécifiques à chaque cas.** En ce qui concerne l'affaire, les motifs du vote dissident peuvent porter sur différents aspects du raisonnement de la majorité. Un juge peut être en désaccord avec l'interprétation de la loi, l'évaluation des preuves ou l'application des principes juridiques aux faits de l'affaire.

- **Raisons institutionnelles.** En ce qui concerne les raisons institutionnelles justifiant l'émission d'un vote dissident séparé, plusieurs facteurs sont généralement réunis :

- Intégrité professionnelle : Le juge souhaite et a le droit de faire connaître son raisonnement. Cet aspect professionnel souligne l'engagement du juge à exprimer et à consigner son point de vue personnel.
- La transparence : L'administration de la justice par un organe collégial est un acte complexe qui peut donner lieu à des opinions divergentes. Il est jugé bénéfique pour le public d'être conscient de cette complexité et de la comprendre. La transparence du processus judiciaire renforce la confiance du public et sa compréhension du fonctionnement du système judiciaire.
- Responsabilité : Lorsqu'un juge émet un vote dissident séparé, il sauvegarde sa responsabilité. Il est important de rappeler qu'en Espagne, l'administration de la justice est conçue comme une action soumise à la responsabilité. En exprimant clairement leur désaccord, les juges clarifient leur position et se séparent de la décision majoritaire, ce qui permet de préserver leur responsabilité personnelle et professionnelle.

Ces raisons multiples illustrent le fait que les votes dissidents ne sont pas seulement le fruit d'un désaccord avec la majorité, mais aussi de la défense des principes d'indépendance, de transparence et de responsabilité du pouvoir judiciaire.

## 12. Qui rédige l'opinion séparée ?

Comme indiqué précédemment, le ou les juges dissidents disposent de plusieurs options pour émettre leur vote dissident. Ils peuvent :

- Émettre une opinion dissidente commune : les juges dissidents peuvent rédiger et signer ensemble une opinion dissidente unique.
- Émettre des votes dissidents individuels : Chaque juge dissident peut rédiger et signer sa propre opinion dissidente.
- Adopter une opinion dissidente commune : Les juges peuvent choisir d'approuver ou d'adopter l'opinion dissidente rédigée par l'un de leurs collègues.

## 13. Votre législation précise-t-elle que le recours à une opinion séparée est facultatif, de sorte que l'absence d'une opinion séparée ne permet pas de déduire que la décision a été prise à l'unanimité ?

Selon l'article 260 de la loi organique du pouvoir judiciaire : *"Tous ceux qui participent au vote d'un arrêt ou d'une ordonnance définitive signent la décision adoptée, même s'ils sont en désaccord avec la majorité. Toutefois, il peut, au moment du vote ou au moment de la signature, faire part de son intention de formuler une opinion dissidente, sous la forme d'un arrêt. Dans cette opinion dissidente, ils peuvent reprendre, par référence, les éléments de fait et de droit de l'arrêt rendu par la Cour avec lequel ils sont d'accord".*

Cette disposition clarifie ce point :

- Signature obligatoire : Tous les juges participant au vote doivent signer la décision finale, qu'ils soient ou non d'accord avec la majorité.
- Annonce de la dissidence : Les juges dissidents peuvent annoncer leur intention de rédiger une opinion dissidente au moment du vote ou de la signature de la décision finale.
- Forme de l'opinion dissidente : L'opinion dissidente doit être formulée sous la forme d'un jugement et peut incorporer, par référence, les points de fait et de droit de la décision majoritaire avec lesquels le juge dissident est d'accord.

## 14. Sous quelle forme l'avis est-il présenté ? Comment est-il rendu public ?

L'opinion dissidente est présentée sous la forme d'un arrêt, qui consiste essentiellement en ce qui suit :

- 1) **Exposé des faits** : Le juge dissident expose les faits qui, selon lui, auraient dû être pris en compte ou qui ont été prouvés, le cas échéant.
- 2) **Référence au raisonnement de la majorité** : L'avis fait référence au raisonnement juridique de l'arrêt majoritaire.

- 3) **Expression des divergences** : Le juge dissident explique ses désaccords avec le raisonnement de la majorité, en fournissant les arguments correspondants.
- 4) **Proposition d'une résolution alternative** : L'opinion se termine par l'énoncé de la résolution qui, selon le juge dissident, aurait dû être adoptée.

Cette approche structurée garantit que les opinions dissidentes sont complètes et bien motivées, offrant une perspective alternative claire et détaillée à la décision majoritaire. Elle ne met pas seulement en évidence les points de désaccord, mais fournit également une argumentation cohérente et une proposition d'issue, contribuant ainsi à un processus judiciaire plus approfondi et plus transparent.

Conformément à l'article 260.2 de la loi organique du pouvoir judiciaire : "*L'opinion dissidente, signée par son auteur, est incorporée au recueil des arrêts et notifiée aux parties en même temps que l'arrêt approuvé à la majorité. Lorsque, selon la loi, la publication de l'arrêt est obligatoire, l'opinion dissidente, s'il y en a une, doit être publiée en même temps que l'arrêt*".

En termes plus simples, la publicité de l'opinion dissidente est la même que celle de l'arrêt ou de la résolution de la majorité.

15. Les opinions individuelles sont-elles nominatives ?

Oui.

16. Le nombre de juges favorables à l'opinion séparée est-il mentionné ?

Oui.

17. Comment votre législation a-t-elle concilié le principe du secret des délibérations et celui de la confidentialité avec le recours au système d'opinion séparée ?

Dans notre législation, les principes du secret des délibérations et de la transparence des opinions séparées sont traités comme des étapes et des aspects distincts du processus judiciaire.

Voici comment cette conciliation est réalisée :

- **Le secret absolu des délibérations** : Au cours de la phase de délibération, le secret absolu est maintenu. Les juges discutent ouvertement et franchement de l'affaire, sans pression ni influence extérieure, en veillant à ce que leurs délibérations restent confidentielles et protégées.

- **Des décisions motivées** : Une fois qu'une décision majoritaire est prise, elle doit être parfaitement motivée. Cette exigence est essentielle pour faire respecter l'État de droit et garantir les droits de la défense. Une décision bien motivée clarifie le raisonnement qui sous-tend le jugement, ce qui permet aux parties concernées de comprendre le fondement de la décision du tribunal.

- **Notification et publication des décisions** : La décision, ainsi que sa motivation, doit être notifiée aux parties et, lorsque la loi l'exige, publiée. Cette transparence est essentielle pour la légitimité du processus judiciaire et la confiance du public. Des restrictions à la publication peuvent s'appliquer dans certains cas, notamment lorsqu'il s'agit d'informations sensibles ou de questions de protection des données.

- **Publicité des opinions dissidentes** : Étant donné que la décision majoritaire doit être motivée et rendue publique, il s'ensuit que toute opinion dissidente doit également être divulguée. L'article 260.2 de la loi organique du pouvoir judiciaire garantit que les opinions dissidentes, signées par leurs auteurs, sont incorporées dans le recueil officiel des arrêts, notifiées aux parties et publiées avec la décision majoritaire lorsque cela est nécessaire.

- **Des étapes distinctes** : La législation établit une distinction claire entre la nature confidentielle des délibérations et la nature publique des décisions finales. Alors que les délibérations sont protégées par un secret absolu pour permettre une discussion libre et franche, les décisions elles-mêmes, y compris les opinions dissidentes, sont rendues publiques pour garantir la transparence et la responsabilité.

- **Expression structurée de la dissidence** : Les juges dissidents peuvent émettre leurs opinions sous la forme d'un jugement, en exposant les faits et les arguments juridiques qui, selon eux, auraient dû être pris en compte. Cette approche structurée garantit que les opinions dissidentes sont complètes et offrent une alternative raisonnée à la décision majoritaire.

- **Flexibilité et droits des juges** : Les juges ont la possibilité d'émettre des opinions dissidentes communes ou séparées et d'adopter ou de citer le raisonnement de l'autre. Cette flexibilité respecte leur intégrité professionnelle et leur permet d'exprimer leurs points de vue individuels tout en maintenant la cohérence globale du processus judiciaire.

- **Équilibre entre secret et transparence** : En traitant les délibérations et les décisions finales comme des étapes distinctes, la législation établit un équilibre entre le besoin de confidentialité des discussions judiciaires et le besoin de transparence des résultats judiciaires. Cette approche garantit que le public et les parties concernées peuvent comprendre l'ensemble du raisonnement judiciaire, y compris les points de vue divergents, renforçant ainsi les principes de responsabilité et de transparence dans le système judiciaire.

18. Quelle est la fréquence du recours à l'opinion séparée ? Dans quels cas et/ou litiges l'opinion séparée est-elle utilisée ?

Bien que nous ne disposions pas de chiffres spécifiques en la matière, on peut affirmer que les opinions dissidentes sont une pratique bien acceptée et adoptée au sein du système judiciaire espagnol. Le recours aux opinions dissidentes n'est ni rare ni inhabituel.

19. Que pensez-vous de l'utilisation des opinions séparées et pourquoi ?

Comme quelque chose de normal et de nécessaire. Nous faisons partie d'une tradition bien établie.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Contribution écrite de M. Athanasios Rantos, avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne, président émérite du Conseil d'État hellénique

Selon le paragraphe 3 de l'article 93 **de la Constitution hellénique**, inséré dans le texte de la Constitution en 2001 : « ***L'opinion dissidente est obligatoirement publiée*** ».

Par conséquent, les arrêts **de toutes les juridictions** helléniques contiennent l'opinion minoritaire, s'il en existe une.

Les noms des juges qui émettent cette opinion **sont obligatoirement mentionnés**.

L'opinion minoritaire **fait partie intégrante du texte** de l'arrêt. Ce régime existe au moins depuis les années 1950. Jusqu'à l'année 1993, les noms des juges n'étaient pas mentionnés. Seul **le nombre** des juges partageant l'opinion minoritaire était indiqué. La **loi 2172/1993** (article 40) a prévu, pour la première fois, la mention des noms des juges, disposition incluse par la suite, en 2001, dans la Constitution.

L'idée qui repose derrière ces dispositions, qui reste encore presque à l'unanimité soutenue par les magistrats et la doctrine en Grèce, est **l'indépendance des magistrats**, qui semble être renforcée si chaque juge dispose de la possibilité de constater que son nom **ne figure pas** comme faisant partie d'une opinion **qui n'est pas la sienne**. Cela permet (et favorise) également **une meilleure compréhension du contenu** de l'arrêt, tant pour les parties à la procédure que pour le « grand public », juristes ou non. Les arrêts sont d'ailleurs moins « suspectés » si chacun sait qu'ils sont le résultat d'une « bataille juridique » et que tous les arguments ont bien été examinés. En outre, ces opinions contribuent aussi à la critique des arrêts puisqu'elles sont fondées sur des arguments juridiques non pas spéculatifs mais concrets.

Toutes les opinions sont débattues pendant le délibéré et l'existence d'une opinion dissidente est dès lors notée par le juge qui préside. C'est **au juge rapporteur**, même si son approche est devenue majoritaire, **ou au(x) juge(s) partageant cette opinion**, qu'incombe la tâche de rédiger l'opinion dissidente.

Le **texte de l'arrêt** contient, successivement, l'**interprétation** qui a prévalu, les opinions concordantes mais selon une autre motivation et, enfin l'(les) opinion(s) dissidente(s). La même chose vaut pour son **application** au cas concret.

Le secret du délibéré est conçu en Grèce en ce sens qu'il est interdit de divulguer le contenu de l'arrêt **avant** sa publication. Aussi, la transmission postérieure des détails du débat est interdite.

Les arrêts des juridictions suprêmes (Conseil d'État, Cour de cassation, Cour des comptes), surtout en séance plénière, dans le cadre de laquelle le nombre de juges est élevé (dépassant, en tout cas, 17 juges), contiennent, dans un pourcentage qui souvent dépasse les 50% (surtout au CE), des opinions dissidentes, notamment dans les affaires qui présentent un intérêt particulier, de nature juridique, sociale ou encore « politique ». Par exemple, les demandes de décision préjudicielle transmises par le CE à la CJUE comportent normalement des opinions dissidentes (souvent non traduites par le greffe de la Cour...). S'agissant des juridictions dites « inférieures », constituées, normalement, de 3 juges, le phénomène est plus rare.

Les qualités du système qui ont été exposées sont, pour moi, personnellement, **inestimables...**

À l'inverse, les défauts de ce système sont, à mon sens, un risque de « profilage » des juges, à savoir que des juges peuvent être catégorisés comme étant « conservateurs » ou « progressistes ». Ainsi, il existe un risque que les juges deviennent véritablement des « cibles ».

[Une parenthèse. Peur pour le juge par exemple juif - risque inclinant à la non-mention des noms des juges dans les arrêts publiés. J'ai entendu pour la première fois l'existence de ce risque évoqué par le M. le Vice-Président du CE Bruno Lasserre pendant les séances du congrès international de l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA) au Mexique, en 2019. Réaction ambiguë par les autres représentations nationales. Ma réponse spontanée fut que « *si les magistrats avouent avoir peur à cause de leur appartenance à un groupe social concret, quels seraient la position et les sentiments d'un citoyen ordinaire appartenant au même groupe dans une telle société ?* ». Risques du métier. Personnellement, je connais bien ces situations après 42 années ininterrompues de service au CE – Auditeur, Maître des requêtes, Conseiller d'État, Vice-Président, Président, et ce de mes 25 ans jusqu'à mes 67 ans... Mais, quelle surprise. Pas seulement chez moi... Avec le prononcé, le 31-3-2022, de mes conclusions dans l'affaire C-168/21, Procureur général près la cour d'appel d'Angers (danger...), arrêt du 14-7-2022, (**mandat d'arrêt européen - questions préjudicielles posées par la Cour de cassation**), j'ai été « honoré » par un article critique, publié dans un journal français. Attaque personnelle... Partout les risques du métier...].

**Il n'existe pas de systèmes juridiques « parfaits ».** Chacun a ses propres qualités et ses propres défauts. **Les traditions** de chaque système juridique jouent aussi un rôle important. Si l'on pouvait condenser, c'est « **l'imposition à la société d'une solution incontestable, qui tranche le litige sans laisser des doutes au citoyen** » contre « **la sincérité juridique, la transparence et le droit de chaque juge de s'exprimer en toute liberté** ». J'oserais dire, en guise de conclusion, qu'il incombe à chaque ordre juridique, qui connaît le mieux la situation particulière des esprits dans son pays, d'opter pour le système qu'il juge le plus convenable/adapté et que toute transition vers un autre système doit s'effectuer attentivement, avec des essais et des périodes transitoires.



## Groupe de travail sur l'opinion séparée

Contribution écrite de la Cour suprême du Japon

1. Comment les opinions séparées sont-elles autorisées dans votre pays ?

La loi sur les tribunaux du Japon (loi n° 59 de 1947), partie II La Cour suprême, article 11, dispose que les opinions de chacun des juges doivent être exprimées dans un jugement écrit. Par conséquent, l'opinion distincte de chaque juge de la Cour suprême doit être incluse dans un jugement écrit. En revanche, les juges des juridictions inférieures ne sont pas autorisés à inclure leur opinion dans le jugement écrit<sup>1</sup>.

2. Quand l'opinion séparée a-t-elle été introduite dans votre législation ? Quelles étaient les raisons de l'introduction de l'opinion séparée ? Quelle a été la source d'inspiration ?

En 1947, la loi sur les tribunaux a été promulguée pour définir l'organisation et l'autorité des tribunaux, ainsi que les juges et autres fonctionnaires des tribunaux. Cette loi a introduit le système d'expression des opinions de chaque juge de la Cour suprême dans un jugement écrit.

Pour une juridiction composée d'un collège de juges, une décision judiciaire est adoptée par délibération entre les juges qui la composent, et il est nécessaire de protéger le secret des délibérations afin de garantir la liberté des juges d'exprimer leurs opinions. Ainsi, en règle générale, seule une opinion unique et intégrée à laquelle le collège est parvenu à l'issue des délibérations doit être mentionnée dans l'arrêt écrit. En revanche, pour les juges de la Cour suprême, il n'est pas nécessaire de prendre en considération le secret des délibérations pour garantir la liberté d'expression des opinions, compte tenu de leur statut. En outre, étant donné que la nomination des juges de la Cour suprême est examinée

---

<sup>1</sup> cf. la clause principale de l'article 75, paragraphe (1) de la loi sur les juridictions.

par le peuple lors d'un référendum national, il est nécessaire de permettre au peuple d'accéder aux opinions des juges participant aux décisions judiciaires afin de l'aider à prendre des décisions en vue de l'examen. Nous comprenons que c'est pour ces raisons que le système a été adopté pour que les juges de la Cour suprême divulguent leurs opinions respectives dans un jugement écrit.

3. L'introduction de l'opinion séparée a-t-elle été développée par la jurisprudence avant d'être introduite par la loi ou est-ce la loi qui l'a introduite dans le système juridique ?

Nous comprenons que le système d'opinion séparée a été introduit par la loi.

4. La mise en œuvre a-t-elle été progressive ? Si oui, comment ?

Nous pensons que la mise en œuvre n'a pas été progressive.

5. Le « profilage » des juges était-il une crainte lors de la mise en œuvre du système d'opinion séparée ? D'autres craintes ont-elles été exprimées et, si oui, lesquelles ?

Nous n'avons pas connaissance de craintes particulières au moment où la loi a été promulguée.

6. Le système de l'opinion séparée est-il réservé à la Cour suprême ou a-t-il été étendu aux juridictions inférieures ? Est-il réservé à certaines formations ?

Ce système est réservé à la Cour suprême.

7. Pouvez-vous expliquer les conditions dans lesquelles les juges utilisent l'opinion séparée ?

Dans la pratique, les opinions séparées sont classées en opinion concordante, opinion dissidente et opinion.

- Une opinion concordante est une opinion supplémentaire présentée par un juge qui participe à l'opinion majoritaire.
- Une opinion dissidente est une opinion qui s'écarte de l'opinion majoritaire en termes de résultat et de raisonnement.
- Une opinion est une opinion qui partage le résultat de l'opinion majoritaire mais pour des raisons différentes.

8. Quels sont les critères d'utilisation d'une opinion séparée, qu'elle soit légale et/ou basée sur la jurisprudence ?

Veillez vous reporter à la réponse au point 7 ci-dessus.

9. Le recours à une opinion séparée est-il discuté pendant les délibérations ? Le contenu de l'opinion fait-il l'objet d'un débat ?

Si une opinion séparée doit être exprimée dans un arrêt écrit, le contenu de l'opinion séparée est souvent discuté lors de la délibération.

10. Le recours à l'opinion séparée est-il conçu comme un droit pour les juges minoritaires ou doit-il être autorisé, et si oui, par qui ?

Comme il a été répondu à la question 1, l'article 11 de la loi sur les tribunaux prévoit seulement que « *les opinions de chacun des juges doivent être exprimées dans un jugement écrit* » et il n'existe pas de conditions spécifiques pour exprimer une opinion séparée, y compris l'autorisation des autres juges (bien que la question de savoir si l'utilisation d'une opinion séparée est conçue comme un droit pour les juges minoritaires n'ait jamais fait l'objet d'un débat au Japon).

11. Les opinions dissidentes et/ou concordantes sont-elles émises pour des raisons différentes ?

Comme indiqué à la question 7, une opinion dissidente et une opinion concordante sont fondées sur des motifs différents.

12. Qui rédige l'opinion séparée ?

L'opinion individuelle est rédigée par les juges eux-mêmes, parfois avec l'aide d'un responsable de la recherche judiciaire de la Cour suprême.

13. Votre législation précise-t-elle que l'utilisation d'une opinion séparée est facultative, de sorte que l'on ne puisse pas déduire de l'absence d'opinion séparée que la décision a été prise à l'unanimité ?

Au Japon, l'expression des opinions dans un jugement écrit n'est pas facultative, car la loi exige que les juges de la Cour suprême expriment leurs opinions dans un jugement écrit.

14. Sous quelle forme l'avis est-il présenté ? Comment est-il rendu public ?

Les avis sont rendus publics en les exprimant dans un arrêt écrit.

15. Les opinions individuelles sont-elles nominatives ?

Lorsque les opinions séparées sont exprimées dans un arrêt écrit, les noms des juges qui ont présenté les opinions respectives sont indiqués.

16. Le nombre de juges favorables à l'opinion séparée est-il mentionné ?

Les noms et les opinions des juges exprimant des opinions séparées sont indiqués dans un arrêt écrit.

17. Comment votre législation a-t-elle concilié le principe du secret des délibérations et des votes avec l'utilisation du système de l'opinion séparée ?

Voir la réponse à la question 2.

18. Quelle est la fréquence du recours à l'opinion séparée à l'heure actuelle ? Dans quels cas et/ou litiges est-elle utilisée ?

Étant donné qu'une opinion séparée est exprimée lorsque le juge le juge nécessaire, nous ne pouvons pas fournir d'informations spécifiques sur la fréquence ou les types d'affaires et de litiges.

(À titre d'information) Sur les 59 affaires inscrites au Recueil des arrêts de la Cour suprême 2023, 18 affaires ont donné lieu à l'expression d'une opinion séparée.

19. Que pensez-vous de l'utilisation des opinions séparées et pourquoi ?

Nous pensons que notre système d'opinions séparées est pratiqué de manière appropriée.



## **Groupe de travail sur l'opinion séparée**

Contribution écrite du Tribunal fédéral suisse

Les réponses à ce questionnaire ont été établies par la Juge fédérale Florence Aubry Girardin, Présidente de la II<sup>e</sup> Cour de droit public, avec la collaboration de Hector Rastorfer, conseiller scientifique auprès du Tribunal fédéral. Les informations qui suivent ne contiennent pas de prises de position personnelles.

### **I/ Brève présentation du système suisse**

Pour faciliter la compréhension des réponses aux questions posées, il convient d'expliquer sommairement le système suisse de prise de décision car la procédure suivie est peu connue et peut surprendre dans les États, comme la France, où s'applique le secret du délibéré.

La façon dont le Tribunal fédéral délibère figure dans une loi fédérale, la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110). Dans la grande majorité des cas, les arrêts du Tribunal fédéral sont rendus par écrit, sans débats publics, le tribunal statuant par voie de circulation (art. 58 al. 2 LTF). Ce procédé suppose cependant l'unanimité des juges. S'il n'y a pas d'unanimité, si le président de la Cour l'ordonne ou si un juge le demande, alors le Tribunal fédéral va délibérer en audience publique (art. 58 al. 1 LTF). Lors de cette audience, les parties ne plaident pas. Ce sont les juges qui expriment oralement et publiquement leur position juridique et ensuite votent, toujours devant les parties et le public. Les audiences du Tribunal fédéral sont ouvertes à toute personne intéressée, en particulier aux journalistes. En revanche, il est interdit d'enregistrer ou de filmer les débats oraux. Une fois la décision rendue, il n'y a donc pas de trace écrite de l'opinion des juges qui ont été minorisés, contrairement à ce que permet la publication d'une opinion dissidente.

Il s'agit de la situation qui prévaut au Tribunal fédéral. Toutefois, la Suisse étant un État fédéral, chaque canton a sa propre organisation judiciaire et certains cantons prévoient la possibilité pour les juges cantonaux de présenter des opinions dissidentes qui, dans certains cas, figurent à la suite

de la motivation écrite du jugement. Tel est le cas dans le canton de Vaud par exemple<sup>1</sup> ou, partiellement, dans le canton de Zurich<sup>2</sup>.

## **II/ Une réflexion sur la mention dans les arrêts du Tribunal fédéral d'opinions dissidentes a été menée il y a quelques années (2019) : Quel a été le point de départ de cette réflexion, qui en a été à l'initiative et quelle forme a pris cette réflexion ?**

La possibilité d'assortir les arrêts du Tribunal fédéral d'opinions dissidentes a été plusieurs fois envisagée par le Conseil fédéral (pouvoir exécutif) ou par le Parlement fédéral (pouvoir législatif) et ce déjà avant 2019. Avant de répondre à cette question, vous trouverez la chronologie des différentes tentatives et leur résultat.

### **a. Première tentative de 1997**

Une motion parlementaire a été déposée en 1997, demandant que l'on puisse faire figurer dans la version écrite des arrêts du Tribunal fédéral les opinions dissidentes de la minorité des juges, y compris l'exposé des motifs<sup>3</sup>.

Le Conseil fédéral s'est exprimé contre cette motion, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il a rappelé que, selon le système suisse, les opinions séparées pouvaient déjà être exprimées oralement lors des séances publiques, ce qui faisait de la Suisse une "*exception unique et remarquée en Europe*". Par ailleurs, tout juge pouvait présenter une contre-proposition immédiatement après l'exposé du rapport. Enfin, les considérants des arrêts écrits étaient motivés, souvent longuement, selon un mode discursif, où les arguments en présence étaient successivement discutés et où il était fait référence à tel courant de la doctrine ou à telle autre jurisprudence dont l'auteur d'une opinion divergente se réclamait. Cette "*culture de délibération*", propre au Tribunal fédéral, et ce dialogue constant avec la doctrine contribuaient notablement à faire progresser le droit et à enrichir la doctrine et la pratique juridiques, de sorte que la publication des opinions divergentes n'apporterait rien de plus. Pour le Conseil fédéral, les opinions dissidentes sont issues de l'ordre juridique anglo-saxon (avant de tout droit prétorien), qui diffère du nôtre. En outre, introduire de telles opinions risquait d'entraîner une surcharge de travail pour le Tribunal fédéral et d'inciter certains juges à se profiler.

Finalement, cette motion a été rejetée en 1999 par le Parlement, qui a suivi l'avis du Conseil fédéral<sup>4</sup>.

### **b. Deuxième tentative en 2014**

Une seconde motion parlementaire a été déposée le 14 août 2014 par la Commission des affaires juridiques du Conseil national<sup>5</sup>. Elle chargeait le Conseil fédéral de préparer une modification de la

---

<sup>1</sup> cf. art. 134 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 [Cst./VD ; RS 131.231], cf. aussi art. 78 al. 4 du règlement organique du Tribunal cantonal vaudois du 13 novembre 2007 [ROTC/VD ; BLV 173.31.1].

<sup>2</sup> cf. art. 124 Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess du 10 mai 2010 [GOG/ZH ; LS/ZH 211.1].

<sup>3</sup> cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=19973368>

<sup>4</sup> cf. Bulletin officiel du Conseil national 1999 I 101, <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/20045394.pdf?ID=20045394>

<sup>5</sup> au sujet de cet organe, cf. infra VI, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20143667>

loi sur le Tribunal fédéral, afin que les arrêts du Tribunal fédéral puissent aussi mentionner les opinions dissidentes, mais uniquement dans les cas où une délibération publique et orale avait eu lieu au Tribunal fédéral, ce qui était rare.

Le Conseil fédéral a cette fois proposé d'accepter la motion, non sans avoir rappelé que, comme les opinions dissidentes sont exprimées en audience publique, la motion portait surtout sur la possibilité de mettre par écrit des opinions qui étaient déjà publiques. En faveur, il a souligné que l'acceptation de la motion "*contribuerait nettement à la transparence des arrêts*". Il a toutefois rappelé certaines des craintes qu'il avait soulevées à l'occasion de la première motion, à savoir le risque de "*profilage*" des juges ainsi que l'accroissement de la "*charge de la machine judiciaire*". Cette motion a été acceptée par le Parlement.

Cependant, en 2018, le Conseil fédéral a proposé de ne pas donner directement suite à la motion et de la classer car il prévoyait d'intégrer celle-ci dans la modification de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral qu'il était en train de préparer<sup>6</sup>.

Le Parlement s'est rangé à l'avis du Conseil fédéral en 2019<sup>7</sup>.

### c. Troisième tentative en 2018

La troisième proposition visant à introduire les opinions dissidentes au Tribunal fédéral a été proposée par le Conseil fédéral lors de l'élaboration d'une proposition de modification de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Dans son message du 15 juin 2018 (Feuille Fédérale 2018 4713 ss, 4727 s., cf. *op. cit.*), la prise en compte d'avis minoritaires dans les motifs de l'arrêt a fait l'objet d'un nouvel article de loi (60 al. 1bis LTF). Selon cette disposition, lorsqu'une décision n'a pas été rendue à l'unanimité, les juges dont les conclusions n'ont pas été retenues peuvent joindre à l'arrêt écrit leur opinion minoritaire et ses motifs. Les juges minoritaires ont ainsi la possibilité de présenter dans la décision les arguments qu'ils ont fait valoir au cours des débats mais qui ont été écartés. Ils ne sont toutefois pas tenus de le faire. En outre, il n'est pas prévu d'annexer aux jugements des opinions concurrentes, c'est-à-dire celles dont la justification diverge de la motivation retenue par la majorité mais qui n'ont pas d'incidence sur le dispositif du jugement.

Le 25 janvier 2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil national s'est prononcée en défaveur de la prise en compte d'avis minoritaires dans les arrêts écrits du Tribunal fédéral et a proposé de biffer du projet cette possibilité. Elle a estimé que l'organisation d'audiences publiques en cas de désaccords remplissait déjà cette fonction<sup>8</sup>.

Le 13 mars 2019, le Conseil national a suivi l'avis de sa commission<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> cf. Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la LTF du 15 juin 2018 ; Feuille fédérale 2018 4713 ; <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/4713.pdf>

<sup>7</sup> <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20180051>

<sup>8</sup> <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2019/mm-rk-n-2019-01-25.aspx>

<sup>9</sup> <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=45550>

Le 17 décembre 2019 et le 5 mars 2020, le Conseil des États et le Conseil national ont décidé d'abandonner toute la révision de la loi sur le Tribunal fédéral, donc par voie de conséquence également la modification proposée par le Conseil fédéral concernant les opinions dissidentes.

#### d. Conclusion

Il découle de cette chronologie que l'introduction d'opinions dissidentes a fait l'objet de plusieurs tentatives qui se sont soldées par des échecs. La volonté principale d'introduire ce processus tend à assurer une meilleure transparence de la justice, d'initier des changements de jurisprudence et un dialogue avec la doctrine.

Prévoir des opinions dissidentes écrites auprès du Tribunal fédéral implique une modification législative, de sorte que c'est le Parlement et le Conseil fédéral qui sont à l'origine de ces tentatives. La comparaison avec le système anglo-saxon peut expliquer partiellement la volonté d'introduire de telles opinions dissidentes. Toutefois, celle-ci peut aussi trouver son origine dans la volonté de conserver par écrit les opinions diverses des juges qui s'expriment, mais exclusivement par oral, lors des délibérations publiques devant le Tribunal fédéral (cf. supra ch. I).

### **III/ Pouvez-vous nous préciser sous quelle forme il était envisagé d'introduire les opinions dissidentes dans les arrêts du Tribunal fédéral ? Quel était le projet envisagé (opinions dissidentes anonymes ou nominatives ; intégrées dans l'arrêt lui-même ou en annexe ; la rédaction d'opinions dissidentes aurait-elle été un droit pour les magistrats concernés...) ?**

Deux formes différentes d'opinions dissidentes écrites ont été envisagées dans les différents projets (cf. ch. II, chronologie).

La première consistait à introduire dans le texte de l'arrêt lui-même ou à sa suite les opinions dissidentes, et ce pour tous les arrêts, même ceux rendus sans délibération publique.

La seconde proposition prévoyait de limiter cette possibilité aux arrêts ayant fait l'objet d'une délibération publique, soit à une partie restreinte des décisions du Tribunal fédéral. Dans les deux cas, les opinions dissidentes devaient figurer soit dans la motivation de l'arrêt soit directement à sa suite. Il n'a jamais été question d'anonymiser les opinions dissidentes. Enfin, dans les deux projets, les opinions dissidentes consistaient en une faculté offerte au juge, jamais en une obligation.

### **IV/ Quels arguments étaient invoqués en faveur de l'introduction des opinions dissidentes dans les arrêts du Tribunal fédéral ?**

L'argument premier consiste à renforcer la transparence de la justice. Les opinions dissidentes favorisent aussi l'évolution de la jurisprudence et les débats scientifiques. En outre, les justiciables peuvent, grâce aux opinions dissidentes, estimer si leur cas et leur argumentation s'alignent sur la décision de la majorité ou non et si un changement de pratique se profile. Enfin, les opinions dissidentes peuvent améliorer la qualité des prises de décisions, car le tribunal devra, dans des décisions ultérieures similaires, également se pencher sur les opinions dissidentes déjà exprimées.

**V/ Il était envisagé de modifier la loi sur le Tribunal fédéral afin d'introduire la possibilité pour cette juridiction de mentionner les opinions dissidentes dans ses arrêts. Pourquoi une telle modification législative était-elle nécessaire ?**

La procédure devant le Tribunal fédéral fait l'objet d'une loi (la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)). Cette loi règle en particulier le système inédit de débats publics qui prévaut en Suisse (cf. supra I). L'introduction des opinions dissidentes écrites suppose donc une modification de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral. En effet, il s'agit d'un changement fondamental dans la présentation des arrêts de la Cour suprême qui ne saurait être mis en place par le Tribunal fédéral lui-même au moyen d'un simple règlement.

**VI/ Le communiqué de presse de la commission des affaires juridiques du Conseil national expose que cette dernière a considéré à la majorité que l'organisation d'audiences publiques en cas de désaccords remplit déjà cette fonction. Pouvez-vous nous préciser le rôle de cette commission, ainsi que nous expliquer en quoi consiste la procédure dont il est fait état pour écarter le projet d'introduction des opinions dissidentes ?**

Le Parlement suisse (pouvoir législatif) se compose de deux Chambres, le Conseil national et le Conseil des Etats, qui représentent respectivement le peuple et les cantons. La Commission des affaires juridiques du Conseil national est une commission parlementaire fédérale dite "thématique", composée de vingt-cinq députés. Son pendant au Conseil des Etats est composé de treize députés.

La mission de ces commissions est de procéder à l'examen préalable des objets qui leur ont été attribués dans leur domaine de compétences commun, en l'occurrence les affaires juridiques (notamment les questions relatives aux autorités judiciaires), et de proposer au plénum du Conseil national ou du Conseil des Etats des solutions abouties susceptibles de rallier une majorité. Elles suivent également l'évolution sociale et politique dans leur domaine de compétences. Pour exercer leurs attributions, les commissions peuvent notamment déposer des initiatives et des interventions parlementaires, faire des propositions et présenter des rapports. Leurs délibérations sont confidentielles mais elles informent le public des résultats de celles-ci<sup>10</sup>.

La procédure dont il est question est celle évoquée sous ch. I. Elle permet au(x) juge(s) qui ne sont pas d'accord avec un projet d'arrêt d'exprimer leur avis lors d'une séance publique. Cette prise de position se fait exclusivement oralement, mais devant le public et les journalistes. Elle est fréquemment relayée dans la presse, mais l'arrêt final ne fait pas mention des opinions divergentes exprimées lors de la séance publique. Toutefois, il arrive que la motivation ultérieure se prononce sur les arguments développés en séance publique et y réponde.

**VII/ Est-ce que d'autres motifs ont conduit à ne pas introduire le système de l'opinion séparée dans votre législation ? Si oui, s'agit-il d'obstacles légaux (secret des délibérations par exemple), de raisons culturelles, d'une crainte de profilage des juges ou autres ?**

---

<sup>10</sup> cf. art. 44 ss de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2022 [LParl; RS 171.10].

Les arguments contre cette introduction et qui ont fini par l'emporter (cf. II) exprimaient la crainte d'un affaiblissement de l'autorité du Tribunal fédéral et des arrêts de celui-ci, le risque de porter atteinte à l'indépendance judiciaire et de favoriser la volonté de certains juges de se profiler. La complexification des motifs des arrêts et la surcharge du Tribunal fédéral ont aussi été évoquées.

### **VIII. Y a-t-il eu d'autres réflexions depuis ?**

Pour l'instant, le débat visant à introduire les opinions dissidentes dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral ne semble plus d'actualité.

Ainsi, un postulat a été déposé le 2 décembre 2020, afin de parvenir à décharger le Tribunal fédéral. Il demande au Conseil fédéral d'établir un rapport dans lequel il présentera des modifications qui pourraient être apportées à la loi sur le Tribunal fédéral en vue de rééquilibrer la charge de travail du Tribunal fédéral et d'améliorer la protection juridictionnelle<sup>11</sup>.

Dans son rapport du 24 janvier 2024, le Conseil fédéral n'a pas repris sa proposition de 2018 qui visait à introduire les opinions dissidentes, considérant désormais celle-ci comme non pertinente.

### **IX/ Avez-vous d'autres observations ?**

Au sein du Tribunal fédéral, la possibilité d'introduire des opinions dissidentes écrites fait régulièrement l'objet de discussions. Les juges sont divisés sur la question et aucune majorité ne se dessine dans un sens ou dans un autre.

---

<sup>11</sup> <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-99777.html>

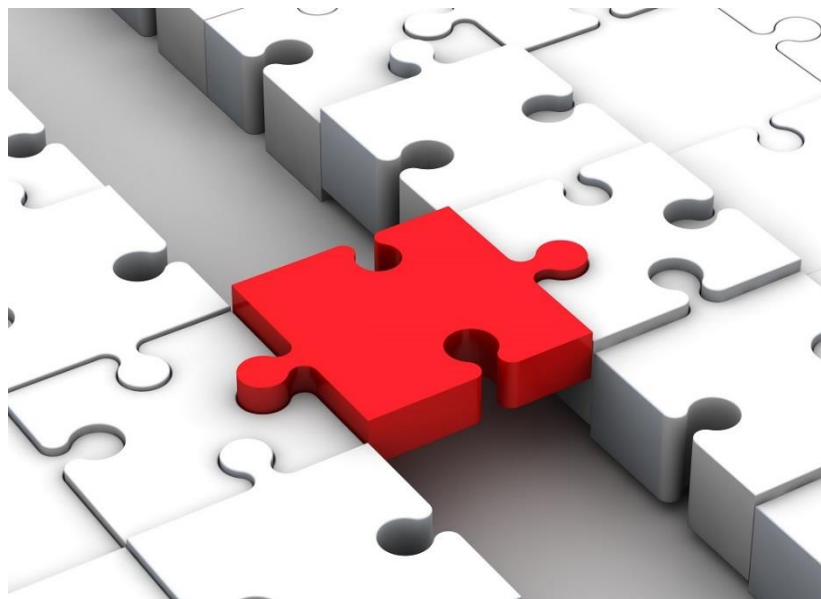


---

COUR DE CASSATION

# SYNTHÈSE DU RAPPORT

Renforcer la confiance dans  
le processus de décision à la Cour de cassation  
**Motivation enrichie et opinion séparée**



Mai 2025





# **RENFORCER LA CONFIANCE DANS LE PROCESSUS DE DECISION A LA COUR DE CASSATION**

## **MOTIVATION ENRICHIE ET OPINION SEPARÉE**

### **Synthèse du rapport du groupe de travail**

La confiance des citoyens dans le processus judiciaire, essentielle dans un Etat de droit, repose sur l'indépendance des juges et leur impartialité, l'adoption de règles régissant un procès équitable, mais aussi sur la compréhension et donc la motivation des décisions de justice.

Pendant longtemps, les arrêts de la Cour de cassation se sont caractérisés par un style court et concis, fondé sur le syllogisme, et par le recours à la phrase unique. Depuis plusieurs années, la question de l'évolution de cette rédaction vers un enrichissement a été un enjeu majeur pour la Cour de cassation. Ce mouvement de réformes est apparu comme une nécessité démocratique, afin de permettre, d'une part, de répondre aux attentes citoyennes de transparence de la justice, d'autre part, de favoriser le dialogue des juges dans un contexte de mondialisation et de complexification du droit.

Ces travaux de réflexion et d'expérimentation ont été menés dès 2014. Ils ont permis, en 2019, l'abandon de l'attendu et le passage au style direct pour une rédaction plus claire et plus accessible.

A la suite de ceux-ci et en dernier lieu, dans le prolongement des préconisations de la commission Cour de cassation 2030, un groupe de travail, présidé par Agnès Martinel, présidente de la deuxième chambre civile, s'est constitué au sein de la Cour pour réfléchir à la motivation enrichie, comme méthodologie la plus aboutie de retranscription du raisonnement suivi par la composition de jugement. Ces travaux, rappelés dans la première partie du présent rapport, ont abouti en septembre 2023 à la publication d'un Guide sur la motivation enrichie, définie comme « *une motivation qui mentionne des éléments traditionnellement passés sous silence et qui les articule de manière à ce qu'ils constituent les maillons intermédiaires du raisonnement justifiant le principe posé dans la décision* »

A la demande du premier président Christophe Soulard, le groupe de travail a poursuivi ses réflexions en 2024 et 2025 en se penchant en particulier sur l'intégration d'une « opinion séparée » dans les arrêts de la Cour de cassation, recommandée par la Commission Cour de cassation 2030, comme voie d'enrichissement du délibéré et de la motivation des arrêts. Cette pratique consiste à joindre à une décision collégiale une opinion alternative à la majorité rédigée par un ou plusieurs juges, parce qu'ils sont opposés soit à la solution adoptée (opinion dissidente), soit à la motivation retenue au soutien de cette décision (opinion concordante).

Les recherches du groupe de travail ont été menées en partant de cette recommandation, afin d'appréhender les vertus dialectiques et pédagogiques de l'opinion séparée, et de déterminer si son introduction à la Cour de cassation serait de nature à nourrir le délibéré et à favoriser une meilleure compréhension du processus décisionnel et de l'arrêt rendu, au-delà de ce que permet déjà la motivation enrichie.

Dès lors, les théories de l'opinion séparée selon lesquelles elle offrirait une clause de conscience au juge aux convictions heurtées par la décision majoritaire, ou serait un moyen de permettre l'engagement de la responsabilité des magistrats à raison de l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, n'ont pas été envisagées dans l'analyse de l'opportunité d'une introduction de cette opinion séparée à la Cour de cassation.

Pour étudier l'intérêt des opinions séparées, leur compatibilité et, le cas échéant, les moyens de leur acclimatation avec le système juridique français, le groupe de travail a procédé à l'audition de nombreuses personnalités françaises et étrangères, magistrats, avocats et universitaires. Plusieurs juridictions suprêmes étrangères ont également été interrogées sur leur pratique par voie de questionnaire.

L'examen des principaux arguments que développent partisans et contempteurs des opinions séparées a montré que les effets en sont, respectivement, escomptés ou redoutés au niveau tant de la *conception* de la décision de justice que de sa *réception*.

Au stade de la conception de la décision, l'opinion séparée est présentée positivement comme un facteur d'émulation conduisant à une amélioration de la qualité du délibéré et de l'argumentation développée dans la motivation. Elle favoriserait la recherche d'une décision consensuelle et équilibrée. Par ailleurs, en lui permettant de s'exprimer, elle garantirait l'indépendance du juge minoritaire. En contrepoint, c'est un résultat rigoureusement opposé que craignent certains. Loin de pousser au consensus, la possibilité d'une opinion dissidente conduirait le juge à se crispier sur sa singularité, favorisant la personnalisation de la justice au détriment de l'anonymat de la collégialité. En portant atteinte au secret du délibéré, elle nuirait à l'indépendance des juges et mettrait à mal leur impartialité.

S'agissant de la réception de la décision, selon ses partisans, l'opinion séparée, qui met à jour le processus délibératif, inscrirait l'œuvre de justice dans la modernité démocratique, renforçant sa légitimité. Elle serait également un facteur d'acceptation de la décision, chaque partie ayant la garantie que son argumentation a été débattue. Enfin, elle permettrait d'éclairer la portée de la décision et d'enrichir « le dialogue des juges ». Au contraire pour d'autres, l'opinion séparée risquerait d'affaiblir l'autorité des décisions, en ce que se manifesterait publiquement le refus de certains délibérants d'en endosser la responsabilité. Elle alimenterait la critique et serait un facteur de confusion.

Face à la force, mais également la réversibilité des arguments invoqués de part et d'autre, l'étude des pratiques des juridictions étrangères et supranationales s'est révélée d'une immense richesse.

Elle a conduit à constater que l'opinion séparée est autorisée dans la très grande majorité des Etats étudiés, à la fois au sein de systèmes de Common Law et de droit continental, au moins devant certaines juridictions. Il en est de même dans les systèmes de protection régionaux et internationaux des droits de l'homme (Cour européenne des droits de l'homme, Cour pénale internationale, Cour internationale de justice).

La distinction entre les pays qui autorisent l'expression d'opinions séparées et ceux qui l'interdisent s'explique pour beaucoup par des raisons historiques ou de tradition juridique. On observe

également que les Etats faisant partie de chacun de ces deux groupes s'opposent par leur conception du secret du délibéré.

Pour certaines juridictions étrangères, le secret ne couvre que la teneur de la discussion qui s'est déroulée pendant les délibérations, par opposition à l'opinion définitive de chacun des délibérants, en phase ou non avec le sens du délibéré, qu'ils sont libres de divulguer après que la décision a été rendue. Une telle conception souple du secret repose sur l'idée qu'il est destiné à protéger l'indépendance du juge, entendue au sens de sa liberté de parole, protection dont chacun est donc libre de disposer. Sa seule limite est de ne pas porter atteinte à la protection ainsi conférée par le secret aux autres délibérants, ce qui interdit de divulguer leurs positions et la teneur des échanges qui les révélerait indirectement. Le principe du secret du délibéré est dans cette conception, compatible avec l'expression d'opinions séparées, anonymes ou non.

Selon une interprétation stricte adoptée par d'autres juridictions étrangères, le secret couvre tant la teneur de la discussion, dont la substance des argumentations débattues, que l'opinion définitive des délibérants. Une telle conception du secret du délibéré s'inscrit dans l'idée qu'il garantit le principe d'indépendance des magistrats, dont ils n'ont pas la libre disposition, ainsi que l'autorité morale des décisions de justice collégiales.

Selon de nombreux juristes, cette conception stricte, qui prévaut dans le droit et la culture juridique française, s'oppose à l'introduction de l'opinion séparée dans notre système judiciaire. Elle constituerait une violation du secret des délibérés et affaiblirait l'autorité des décisions de justice.

Le groupe de travail se devait de mesurer la réalité de ces obstacles pour vérifier la faisabilité de l'introduction des opinions séparées à la Cour de cassation.

A cette fin, une étude précise des implications juridiques de l'éventuelle introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation a été menée.

L'analyse des textes et de la jurisprudence n'épuise pas le débat sur la possibilité d'exprimer une opinion séparée, en particulier si celle-ci est anonyme. Il semble toutefois que les jurisprudences judiciaires et administratives inclinent en faveur d'une conception large du secret du délibéré incluant les conditions d'adoption de la décision, même lorsqu'elles ne permettent pas d'identifier les opinions des délibérants. Si l'expression d'une opinion anonyme ne porte, *a priori*, pas atteinte à l'indépendance des magistrats qui est le fondement de la protection constitutionnelle du secret du délibéré, il reste à savoir si, en ce qu'elles révèlent le principe et la teneur d'une dissension au sein de la formation de jugement, elles seraient compatibles avec le secret du délibéré, en tant qu'il est également fondé, au niveau législatif, sur l'autorité morale des décisions de justice. Ce débat peut difficilement être tranché en l'état de la jurisprudence.

Le groupe de travail s'est attaché ensuite à examiner l'incidence que pourrait avoir la mise en œuvre de l'opinion séparée sur les décisions de la Cour de cassation et en particulier sur leur autorité morale.

À cet égard, les mouvements de réforme à l'œuvre au sein de la Cour de cassation, et notamment l'introduction de la motivation enrichie pour les arrêts les plus importants, témoignent de l'existence d'une conception de l'autorité de la décision renouvelée, d'ores et déjà acclimatée à l'idée d'afficher la complexité du raisonnement juridique. Pour les décisions les plus normatives, la mise en œuvre de l'opinion séparée, en tant qu'elle révèle que d'autres solutions ont été soutenues et écartées lors du délibéré, s'inscrirait donc, conceptuellement, dans le sillage de la motivation enrichie. Or, contrairement à ce que certains avaient pu craindre en amont de sa mise en œuvre,

celle-ci n'a pas affaibli, loin de là, l'autorité des décisions les plus importantes de la Cour de cassation. En revanche, pour les décisions contingentes, celles qui ne fixent pas le sens de la règle de droit applicable, la conception traditionnelle de l'autorité morale des décisions de justice qui passe par l'énoncé clair d'une unique « *vérité judiciaire* » sur les données du litige conserve toute sa pertinence. En particulier, on peut penser que pour ces décisions, le risque que l'expression d'une opinion séparée suscite une décision divergente de la juridiction de renvoi serait plus prégnant, sans qu'une telle « *rébellion* » ne contribue, par le dialogue des juges, à l'élaboration de la jurisprudence.

Pour ce second type de décision, la mise en œuvre de l'opinion séparée pourrait donc être, au contraire, vue comme un facteur de fragilisation de la décision.

Il en résulte que la mise en œuvre des opinions séparées à la Cour de cassation pourrait avoir plus spécifiquement sa place pour le traitement des affaires à forte portée normative, relevant d'ores et déjà de circuits approfondis spécifiques, à l'instar, le plus souvent, des arrêts en motivation enrichie.

À l'issue de ces travaux de réflexion, un constat s'impose. La réponse à la question de l'introduction de l'opinion séparée à la Cour de cassation relève d'un équilibre délicat et complexe.

Trois pistes ont été expertisées.

La première piste porte sur une opinion séparée nominative publiée.

Le groupe de travail conclut cependant, en l'état actuel du droit, à l'impossibilité de mettre en œuvre celle-ci. Elle méconnaîtrait frontalement le secret du délibéré tel qu'actuellement défini par la jurisprudence. Par ailleurs, par la révélation de l'identité de son auteur, il a été avancé, à de nombreuses reprises, que l'opinion séparée risquerait de porter atteinte à l'indépendance des juges et à leur impartialité. Partant, sur le terrain constitutionnel, il pourrait être jugé que l'opinion séparée nominative porte atteinte à l'indépendance des juges et au principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi qui est l'un des fondements du principe d'impartialité.

La deuxième piste concerne une opinion séparée anonyme publiée.

Il s'agit du modèle conçu et préconisé par le rapport Cour de cassation 2030. Une telle option paraît davantage admissible que la précédente en ce que l'anonymat de l'auteur de l'opinion séparée préserverait, *a priori*, son indépendance qui est, à ce jour, le fondement principal de la protection constitutionnelle du secret du délibéré. Il n'en reste pas moins qu'il n'est pas certain que cette seconde option soit compatible avec la conception française du principe du secret du délibéré. La Cour de cassation rattache en effet ce dernier, au-delà du principe d'indépendance des juges, à l'autorité morale de la décision qui, elle-même, est liée à la logique collective qui préside à son adoption. Or, l'expression d'une opinion séparée, même anonyme, donne à voir la décision comme la somme d'opinions individuelles et non comme une évidence partagée.

La portée d'un tel changement de paradigme et l'acculturation nécessaire pour les juges ne doivent pas être minimisées. C'est pourquoi, si une telle option était retenue, une réforme législative devrait être envisagée.

Elle supposerait de prendre les précautions suivantes :

- prévoir que l'opinion séparée soit réservée à la Cour de cassation eu égard à la portée normative de ses décisions ;
- prévoir une limitation de l'opinion séparée anonyme aux seules formations les plus solennelles de la Cour de cassation (à savoir les formations plénières ou mixtes de Cour ou de chambre), afin d'écartier tout risque de « *profilage* » de l'auteur d'une opinion séparée, qui pourrait exister au sein d'une formation restreinte de trois juges ;
- préciser que l'opinion séparée ne doit pas révéler le nombre de juges minoritaires, afin d'éviter toute supputation sur l'opinion individuelle des délibérants par recoupement ;
- prévoir que l'opinion séparée anonyme demeure une simple faculté, toute décision ne comprenant pas d'opinion séparée pouvant, dans le cas contraire, être supposée avoir été prise à l'unanimité et par là même révéler l'opinion de chaque délibérant.

La troisième piste porte sur une opinion séparée non publiée utilisée comme technique de délibéré.

Au-delà de l'opinion séparée anonyme intégrée, qui paraît difficilement envisageable sans précision textuelle, le groupe de travail a envisagé d'utiliser l'opinion séparée comme technique de délibéré en intégrant dans l'arrêt l'enrichissement résultant de la confrontation de l'opinion majoritaire et de l'opinion minoritaire. En effet, l'opinion séparée, par la divergence qu'elle exprime, permet de mettre dans le débat des juges des arguments formalisés et structurés.

Une telle opinion peut être qualifiée de « séparée » : formalisée et structurée au stade du délibéré, elle acquiert une autonomie concrète et un statut procédural au sein de la collégialité délibérante qui se trouve tenue d'y répondre.

Cette troisième voie impliquerait deux temps de délibéré. Lorsque le premier temps laisserait apparaître une divergence au sein de la formation de jugement, il pourrait être laissé un certain délai aux magistrats ayant exprimé une opinion minoritaire afin de la formaliser. Le document ainsi rédigé serait communiqué à l'ensemble des délibérants, les conseillers majoritaires étant chargés d'intégrer dans le projet d'arrêt initial une réponse à l'opinion séparée. Lors du second temps de délibéré, la discussion s'articulerait autour de ces deux écrits. L'arrêt rendu intégrerait une motivation spécifique pour répondre de manière précise aux arguments des magistrats ayant rédigé l'opinion séparée.

L'opinion séparée, envisagée comme une nouvelle méthode de travail au sein de la Cour, aurait l'avantage de permettre une meilleure visibilité de ces échanges dialectiques. Cet avantage n'est pas moindre dans une Cour supérieure où les débats doctrinaux peuvent, dans les formations de jugement les plus hautes porter sur des questions complexes ou sensibles. La perspective, pour les magistrats ayant une position différente de celle de la majorité, de pouvoir réellement s'exprimer, par un écrit marquant leur dissentiment, et ce même si leur opinion séparée n'est pas publiée, ne pourrait qu'améliorer le processus décisionnel de la Cour de cassation. Il est en conséquence proposé qu'une expérimentation soit envisagée devant les formations solennelles afin d'en évaluer concrètement les bénéfices.

Ledit rapport a ainsi été rendu public le 5 mai 2025, concluant la mission du groupe de travail.