

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES ET
D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ

Les opinions séparées des juges

Comparaison et perspectives relatives au Tribunal fédéral

Mémoire de Master
Simon JUNOD

sous la supervision du
Prof. Vincent MARTENET

Printemps 2017

Les opinions séparées des juges

Simon JUNOD

Prof. Vincent MARTENET

Les opinions séparées des juges
© 2017, S. Junod

Version 2

Sommaire

Introduction	1
Les opinions séparées des juges	1
1 Définitions	1
2 Statut juridique des opinions séparées	2
2.1 Choix des juridictions	2
2.2 Aux États-Unis – La Cour suprême	2
2.3 En Allemagne – Le Tribunal constitutionnel fédéral	5
2.4 En France – Le Conseil constitutionnel	9
2.5 En Suisse – Le Tribunal fédéral	11
2.6 Autres tribunaux suisses	13
3 Avantages et inconvénients de la publication écrite	18
3.1 Indications liminaires	18
3.2 Effets sur la qualité de l'arrêt	18
3.3 Effets sur la partie succombante	22
3.4 Effets sur la bonne entente entre les juges	24
3.5 Effets sur l'indépendance des juges	28
3.6 Effets sur l'autorité morale de la décision, du juge et de la justice	31
3.7 Autres arguments	34
3.8 Réflexions finales au sujet du Tribunal fédéral	37
Conclusion	42
Annexes	44
Liste des abréviations	44
Bibliographie	45
Ressources électroniques utilisées	47
Figures et tables	48
Table des matières	51

Introduction

Ce mémoire se veut une introduction à la notion d'opinion séparée, tout particulièrement en ce qui concerne les juges constitutionnels, ainsi qu'une étude des divergences que connaissent diverses juridictions à ce sujet. Nous nous intéresserons notamment au cas de la Suisse, et à l'évolution observée depuis quelques décennies en matière d'opinions séparées au Tribunal fédéral. Une motion parlementaire a récemment été acceptée par une majorité de l'Assemblée fédérale : elle vise à rendre possible, au Tribunal fédéral, la publication d'opinions séparées écrites jointes à l'arrêt rendu. Après un examen des différents avantages et inconvénients souvent cités au sujet d'un tel mécanisme, nous terminerons ce travail par une conclusion qui sera l'occasion d'une réflexion sur la pertinence de son introduction au Tribunal fédéral, sur le potentiel de réalisation des craintes exprimées à son sujet, et sur les alternatives qui auraient pu être envisagées.

Les opinions séparées des juges

1 Définitions

L'expression *opinion séparée* peut prêter à confusion. Si elle peut sembler désigner de manière très large les opinions propres à chaque juge, elle recouvre en réalité un concept bien précis : un avis qui s'écarte de celui de la majorité¹, sachant que l'avis de la majorité sera publié comme ayant été l'avis du tribunal dans son ensemble, et sera le seul à faire autorité – à l'exception des jugements rendus *seriatim*², définis plus loin.

Ce n'est pas la question de l'existence de telles opinions séparées qui fait débat, mais celle de leur publication.

Les opinions séparées se subdivisent en plusieurs types³. Les *opinions dissidentes* sont celles des juges en désaccord avec le dispositif du jugement. Les *opinions concordantes* réunissent les juges qui, s'ils s'alignent sur le dispositif du jugement, n'en acceptent par contre pas les motifs – ou considèrent que d'autres motifs doivent s'y ajouter⁴. Une partie de la doctrine désigne ces opinions concordantes sous le nom d'« opinions individuelles », terme que nous préférons réserver aux opinions séparées – dissidentes ou concordantes – propres à un seul juge, par opposition aux opinions séparées « communes », c'est à dire communes à plusieurs des juges ayant pris part à la décision⁵.

1. MASTOR, *Point de vue*, p. 714.

2. HENDERSON, p. 7.

3. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 20.

4. MASTOR, *Point de vue*, p. 714.

5. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 24.

2 Statut juridique des opinions séparées

2.1 Choix des juridictions

La plupart des États européens connaissent aujourd'hui le mécanisme de la publication des opinions séparées, en le limitant parfois au contrôle constitutionnel⁶. C'est le cas de l'Allemagne, choisie en raison des revirements intéressants qu'a connus sa cour constitutionnelle en matière d'opinions séparées⁷. D'autres, cependant, se refusent à adopter ce mécanisme. Parmi eux, la France, choisie en raison du caractère *sui generis* de son Conseil constitutionnel.

Nous traiterons également des États-Unis, car il s'agit du berceau historique des opinions séparées⁸.

Enfin, il nous paraissait indispensable d'aborder le cas de la Suisse, bien que les discussions au sujet des opinions séparées n'y aient pas été particulièrement riches ou nombreuses.

Ce travail laissera de côté les juridictions inférieures des États en question et leur éventuelle réception des opinions séparées pour se concentrer sur les « cours constitutionnelles », à savoir celles qui, sous des formes et des dénominations diverses, ont notamment pour tâche et objet l'interprétation de la Constitution étatique ou de son équivalent.

2.2 Aux États-Unis – La Cour suprême

2.2.1 Historique

La Cour suprême des États-Unis (*Supreme Court of the United States*) a connu plusieurs phases depuis sa création en 1789 suite à l'adoption de la Constitution américaine.

De 1789 à la nomination du juge en chef (*Chief Justice*) MARSHALL en 1801⁹ par le président ADAMS, la Cour suprême suivit la pratique britannique¹⁰ consistant à rendre les jugements *seriatim*. Un jugement rendu *seriatim* consiste en un énoncé de l'opinion individuelle¹¹ de chacun des juges en charge de la décision¹². C'est la superposition de ces différentes opinions qui fait apparaître le verdict¹³.

Dès 1801, sous l'influence du juge en chef MARSHALL, la Cour suprême prit l'habitude d'énoncer une « opinion de la Cour », issue d'une tentative de consensus et reflétant l'avis de la majorité¹⁴. Les juges assesseurs pouvaient certes y joindre leurs

6. RAFFAELLI, p. 32.

7. SOHIER, p. 755.

8. ZOBELL, p. 195; LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 21.

9. HENDERSON, p. 4.

10. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 18.

11. *Ibid.*, p. 17.

12. MORTON, p. 53.

13. HENDERSON, p. 8.

14. ZOBELL, p. 193; HENDERSON, p. 23; LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 19.

opinions séparées¹⁵, mais cette pratique était alors très peu utilisée¹⁶ : durant les 35 années du mandat du juge MARSHALL, seuls 4 % des jugements rendus inclurent une opinion dissidente¹⁷, soit 70 sur un total de 1 244 décisions¹⁸. HENDERSON explique ce changement dans la pratique de la Cour par une volonté de renforcer le rôle de la Cour suprême et de donner de l'importance au pouvoir judiciaire dans les premiers temps de la démocratie américaine¹⁹.

La juge assesseur GINSBURG, membre de la Cour suprême depuis 1993, cite deux facteurs contribuant à expliquer comment MARSHALL put imposer aussi radicalement cette pratique juridique : le fait qu'il avait pris l'habitude de rédiger lui-même la quasi-totalité des jugements de la Cour, et le fait qu'au début de son mandat, les juges résidaient et dînaient ensemble dans le même bâtiment lorsqu'ils se réunissaient à Washington²⁰. HENDERSON rejoint ce dernier argument, et y adjoint ceux d'une similitude entre les milieux socio-économiques des différents juges de la Cour et du charisme personnel du juge MARSHALL²¹. Les pratiques du juge MARSHALL ne faisaient pas pour autant l'unanimité ; le président JEFFERSON n'a ainsi pas manqué d'exprimer sa méfiance à son sujet²².

La première opinion dissidente fut émise en 1804²³ par le juge assesseur JOHNSON, nommé à ce poste par JEFFERSON. Ce dernier, craignant que le pouvoir judiciaire ne se retranche derrière le voile des « opinions de la Cour » pour se dédouaner de toute responsabilité politique, urgia les juges de revenir aux opinions *seriatim*, et demanda par ailleurs à JOHNSON d'avoir recours aux opinions séparées le plus souvent possible²⁴. Il craignait que les opinions uniques ne soient en fait un outil employé par un juge pour « distordre la loi dans le sens de ses idées, par le détour de ses propres raisonnements »²⁵. Sa stratégie porta ses fruits – quoique dans une modeste mesure – puisque le nombre des opinions dissidentes crut légèrement à la fin du mandat de MARSHALL²⁶.

Toujours est-il que la proportion de décisions porteuses d'opinions dissidentes resta faible durant les 100 ans qui suivirent la mort de MARSHALL²⁷. Entre sa mort en 1835 et le début du mandat du juge en chef STONE en 1941, la proportion de décisions porteuses d'opinions dissidentes ne dépassa pas 9 %²⁸. Durant cette période, 80 à 85 % des décisions furent unanimes²⁹. À fin des années 30, les opinions séparées prirent brusquement une importance bien plus grande, et la proportion de décisions de la Cour incluant une opinion dissidente dépassa 50 %³⁰. En 2007, seules 30 % des

15. NADELMANN, *The Judicial Dissent*, p. 418 ; MILLGRAMM, p. 230.

16. *Ibid.*, p. 60.

17. HENDERSON, p. 30.

18. MILLGRAMM, p. 60.

19. HENDERSON, p. 4 ; ROBBINS, p. 1209.

20. BADER GINSBURG, p. 1.

21. HENDERSON, pp. 28-29.

22. *Ibid.*, pp. 28-29.

23. *Ibid.*, p. 26.

24. *Ibid.*, p. 26.

25. ROBBINS, p. 1209.

26. HENDERSON, p. 26.

27. MORTON, p. 53 ; HENDERSON, pp. 29-30.

28. *Ibid.*, p. 32.

29. MORTON, p. 54.

30. HENDERSON, p. 39.

décisions de la Cour firent l'unanimité³¹. Certains cas, comme *Turner Broadcasting System v. FCC*³² en 1997, rappelèrent même les décisions *seriatim*, tant les opinions des juges y ayant pris part furent morcelées³³.

Cette montée en force des opinions séparées au sein de la Cour suprême américaine peut s'expliquer par divers facteurs. MORTON avance que l'accroissement de la charge de travail imposée aux juges a porté atteinte à leur capacité à travailler en collège et les a poussés à davantage d'isolement³⁴. Il avance également, ce qui nous paraît plus convaincant, qu'en raison de la possibilité offerte dès 1925 à la Cour de choisir librement les affaires dont elle se charge, celle-ci aurait choisi principalement des affaires fortement marquées sur le plan politique et fatalement vouées à susciter des divergences de vues³⁵. En guise de troisième argument, MORTON cite enfin la réception par le monde juridique du tournant interprétatif qu'a connu le début du XX^e siècle³⁶, changement de paradigme qui réserve une place importante à la personne de l'interprète, auparavant perçu comme simple lecteur avisé de la loi³⁷.

HENDERSON, en plus de citer l'inertie comme ayant un fort effet d'entraînement sur les habitudes des juges de la Cour suprême³⁸, énonce un certain nombre d'effets puissants reconnus aux opinions séparées, et semble expliquer ce « regain d'intérêt » à leur égard par leurs qualités intrinsèques, réduites au silence sous la présidence du juge MARSHALL. Nous reviendrons plus loin sur les forces et les faiblesses généralement reconnues aux opinions séparées³⁹.

2.2.2 Situation actuelle

L'actuel président de la Cour suprême, John G. ROBERTS, a manifesté une vive admiration pour la personne du juge MARSHALL et sa capacité à fédérer la Cour autour d'opinions faisant consensus⁴⁰.

Les opinions séparées se sont multipliées depuis une quarantaine d'années⁴¹, à tel point que les cas faisant consensus sont aujourd'hui minoritaires : durant la juridiction 2008–2009, 19% des jugements rendus le furent sans qu'aucune opinion dissidente ou concordante ne les accompagne⁴². Ce nombre doit cependant être nuancé, car il fut particulièrement bas si on le compare aux sessions précédentes : entre 2000 et 2008, il y eut en moyenne 28,5% de jugements rendus sans aucune opinion séparée, avec un maximum atteint en 2005 (45%)⁴³.

31. ROBBINS, p. 1217.

32. 520 U.S. 180 (1997).

33. HENDERSON, p. 39.

34. MORTON, p. 54.

35. *Ibid.*, p. 54.

36. *Ibid.*, p. 55.

37. PAPAUX, p. 165.

38. HENDERSON, p. 40.

39. Cf. *infra*, p. 18.

40. BADER GINSBURG, p. 1.

41. RIGAUX, p. 577.

42. BADER GINSBURG, p. 1.

43. AKIN GUMP STRAUSS HAUER & FELD LLP, *Memorandum : End of Term Statistical Analysis — October Term 2008*, URL : <http://scotusblog.com/wp-content/uploads/2009/07/summary-memo-final.pdf>, dern. consult. le 7 mars 2017, p. 3.

Si l'on considère les 1 794 avis exprimés par des juges de la Cour suprême entre 2006 et 2015, l'on constate que 42,9% de ceux-ci (770) furent des opinions se ralliant à la majorité, 24,4% (439) des opinions concordantes et 32,6% (585) des opinions dissidentes⁴⁴.

Le juge GINSBURG place en cela les États-Unis d'Amérique à « mi-chemin »⁴⁵ entre la tradition continentale européenne et la pratique britannique des opinions *seriatim*. S'il est clair que les États-Unis se sont distancés de leur héritage britannique initial, notamment pendant la longue période durant laquelle la vision du juge MARSHALL et son rejet des opinions séparées se firent sentir, s'il est clair également que nombre de pays européens se distinguent des États-Unis par leur attachement aux jugements collectifs, il est plus téméraire par contre d'affirmer qu'il existerait aujourd'hui en Europe continentale une « tradition » de ces jugements collectifs. En effet, nous le verrons dans la section suivante consacrée à l'Allemagne, l'Europe est en réalité assez morcelée pour ce qui est de la réception des opinions séparées⁴⁶.

2.3 En Allemagne – Le Tribunal constitutionnel fédéral

2.3.1 Historique

L'Allemagne est l'un des six États européens qui connaissent la pratique des opinions séparées tout en la limitant au contrôle constitutionnel⁴⁷, comme le montre la figure 1⁴⁸. Si l'on ajoute à ces six États les treize autorisant dans tous les cas la publication des opinions séparées ainsi que la République d'Irlande, qui l'autorise dans le cadre des juridictions ordinaires, l'on arrive à la conclusion qu'une majorité des États de l'Union européenne connaissent la pratique de la publication des opinions séparées (20 États sur 27).

Dès lors, il est à notre avis erroné de parler de tradition européenne du secret des opinions séparées. Il est plus exact de parler, concernant cette confidentialité, d'une tendance, tendance qui marque une rupture avec la *common law*, laquelle connaît une adoption large de la publication des opinions séparées.

La création du Tribunal constitutionnel fédéral a fait suite à l'unification allemande et à l'adoption en 1949 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne⁴⁹. Au moment de la rédaction de la loi portant sur le fonctionnement de cette cour⁵⁰ s'est posée la question de la publication des opinions séparées au sein de cette juridiction ; aucun compromis ne fut trouvé à l'époque, si bien que la loi entra en vigueur le 17 avril 1951 sans que cette question n'y soit réglée⁵¹.

Les étapes ayant conduit à l'adoption par le Tribunal constitutionnel fédéral de la

44. Statistiques tirées du Harvard Law Review, cf. <http://harvardlawreview.org/category/statistics/>, dern. consult. le 9 mars 2016.

45. BADER GINSBURG, p. 2.

46. RAFFAELLI, p. 32.

47. *Ibid.*, p. 32.

48. Cf. *infra*, p. 48.

49. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (allemande) du 8 mai 1949.

50. *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (allemande) du 12 mars 1951, abrégée BVerfGG.

51. WALTER, p. 82.

publication des opinions séparées peuvent être résumées comme suit ⁵².

En 1952, la Cour eut à se prononcer dans un avis consultatif ⁵³ sur la conformité du Traité instituant la Communauté européenne de Défense avec la Loi fondamentale allemande de 1949. Pour pallier le risque de voir sa décision critiquée en raison de la supposée faible majorité de voix ayant conduit à son adoption, la Cour publia le rapport des voix exact, qui s'avérait être de 20 voix contre 2 ⁵⁴. En revanche, le nom des juges fut gardé secret. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une publication d'opinions séparées, la publication du rapport des voix est, comme nous le verrons plus loin ⁵⁵, une solution alternative à la publication des opinions séparées qui peut représenter un premier pas en direction d'une transparence accrue des jugements et d'un résultat publié plus fidèle à la diversité des avis propre à toute juridiction collégiale ⁵⁶.

En 1966, un arrêt de la Cour ⁵⁷ prépara encore davantage le terrain pour la publication, au sein de cette juridiction, des opinions séparées, et ce à deux égards ⁵⁸ : pour commencer, l'arrêt fait expressément mention de l'art. 15 al. 2 *in fine* BVerfGG ⁵⁹, qui prévoit qu'en cas d'égalité des voix entre les juges aucune violation de la Loi fondamentale allemande ne peut être retenue. La mention expresse de cette disposition légale ne laisse aucun doute quant à la répartition des voix qui fut atteinte (en l'espèce, 4 voix contre 4) ⁶⁰. La Cour aurait pu, en s'abstenant de cette précision, laisser croire qu'une majorité des juges avait considéré que la Loi fondamentale n'était pas violée ; il n'en était rien, le vote fut serré et la Cour choisit sciemment de le faire savoir. Toutefois, là encore, l'identité des juges fut gardée secrète.

Outre ce « deuxième pas » en direction d'une publication du rapport des voix, cet arrêt rendit compte, en parallèle et sans trancher entre elles, des motivations derrière les deux positions opposées qui avaient émergé lors des débats ⁶¹, qui portaient en l'espèce sur l'interprétation de la notion de liberté de la presse ⁶². Si l'on ne peut pas véritablement parler de publication d'une « opinion séparée » concernant cet arrêt étant donné que les deux visions furent traitées à l'identique et qu'il est dès lors impossible de décréter que l'une des opinions serait « séparée » – au sens où nous l'entendons dans ce travail – de l'autre, il s'agit selon nous d'une avancée notable en direction du mécanisme de la publication des opinions séparées elles-mêmes, mécanisme plus transparent encore que la simple publication du rapport des voix. En effet, pour la première fois, des argumentations opposées bien que toutes deux juridiquement défendables étaient publiées côte à côte, rendant compte avec audace de la diversité de points de vue propre au débat juridique ⁶³.

En 1967, une nouvelle étape fut franchie, du moins pour ce qui est de la publication anonyme du rapport des voix : le Tribunal constitutionnel fédéral prit, au plénum,

52. SOHIER, pp. 756 ss.

53. WALTER, p. 82.

54. NADELMANN, *Non-Disclosure*, p. 272 ; SOHIER, p. 757.

55. Cf. *infra*, p. 39.

56. SOHIER, p. 757.

57. Arrêt *Spiegel* du 5 août 1966, BVerfGE 20, 162.

58. WALTER, p. 82 ; SOHIER, p. 757 ; KAU, pp. 479-480.

59. Disposition située aujourd'hui à l'art. 15 al. 4 *in fine* BVerfGG.

60. SOHIER, p. 758 ; HOCHMANN, p. 6 ; KAU, p. 480.

61. SOHIER, p. 758.

62. WALTER, p. 82.

63. HOCHMANN, p. 6.

la décision d'autoriser les Chambres qui le souhaitent à publier leurs jugements en les accompagnant du décompte des voix de leurs membres⁶⁴. Cette décision consacra officiellement la possibilité que s'étaient octroyées les Chambres du Tribunal à travers leur pratique, notamment lors des occurrences de 1952 et 1966 citées plus haut.

Ces étapes successives montrent l'intérêt porté alors par les juges du Tribunal constitutionnel fédéral pour une plus grande transparence de leurs divergences de vues. Ils n'étaient pas seuls dans leur engouement, globalement partagé par les acteurs du monde juridique allemand de la fin des années soixante comme en témoigne la 47^e journée d'étude de l'Association des juristes allemands, qui se tint en 1968 et au cours de laquelle la plupart des juristes montrèrent un intérêt pour l'introduction de la possibilité de publier les opinions séparées non seulement au sein du Tribunal constitutionnel fédéral, mais également des autres juridictions suprêmes fédérales ainsi que des juridictions constitutionnelles des Länder⁶⁵.

2.3.2 Situation actuelle

Les prévisions de la 47^e journée d'étude de l'Association des juristes allemands furent partiellement réalisées : l'introduction formelle de la possibilité de joindre aux jugements écrits de la Cour les opinions séparées exprimées durant les débats se fit en 1970, par le biais d'une modification de la loi sur le Tribunal constitutionnel fédéral⁶⁶ qui introduisit l'art. 30 al. 2 BVerfGG⁶⁷, dont la teneur n'a pas changé depuis – à l'exception de sa dernière phrase qui fut modifiée suite à l'adoption du règlement de procédure dont elle fait mention. Cette disposition prévoit trois mécanismes liés à la publicité des opinions : la possibilité pour un juge constitutionnel de publier, conjointement à la décision, une opinion dissidente (« *zu der Entscheidung* »), la même possibilité s'agissant des opinions concordantes (« *zu deren Begründung* »), et enfin la possibilité pour le collège de juges de décider de rendre publique le résultat précis du vote quant à la décision (« *Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmenverhältnis mitteilen* »).

Durant les 10 années qui suivirent l'entrée en vigueur de cette modification de la loi sur le Tribunal constitutionnel fédéral, sur 659 décisions rendues par la Cour on compta 56 opinions séparées⁶⁸. Entre 1971 et 2015, 2 172 décisions furent publiées dans le recueil officiel de la Cour, dont 158 porteuses d'une ou plusieurs opinion(s) séparée(s), soit un peu plus de 7%⁶⁹.

La 47^e journée d'étude de l'Association des juristes allemands avait vu juste sur un autre point : les cours constitutionnelles de certains Länder ont également reçu la possibilité de publier les opinions séparées de leurs juges. L'on peut classer les cours constitutionnelles des Länder en quatre catégories : neuf d'entre elles autorisent la publication des opinions séparées ainsi que celle du rapport des voix, cinq n'autorisent

64. SOHIER, p. 758.

65. *Ibid.*, p. 759 ; Kurt H. NADELMANN, professeur à la Faculté de droit de Harvard et ancien juge allemand, témoigne de son engouement pour les opinions séparées et prôna leur adoption future au sein du Tribunal constitutionnel fédéral : NADELMANN, *Non-Disclosure*, p. 276.

66. *Viertes Gesetz zur Änderung des BVerfGG*, in *Bundesgesetzblatt* 1970 N. 116 p. 1765.

67. FAVOREU/MASTOR, p. 60.

68. SOHIER, p. 759.

69. Cf. http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/jahresstatistiken_node.html, dern. consult. le 6 septembre 2016.

ni l'une ni l'autre, une n'autorise que la première, une enfin n'autorise que la première et exige en plus que les opinions séparées soient publiées anonymement⁷⁰.

En revanche, contrairement à ce que certains juristes avaient projeté à la fin des années soixante, les autres tribunaux fédéraux allemands n'ont pas connu une telle évolution en direction d'une plus grande transparence.

Le nombre relativement faible d'opinions séparées publiées par le Tribunal constitutionnel fédéral – bien que l'on observe une légère augmentation de leur fréquence depuis une dizaine d'années ainsi que des sursauts ponctuels, comme en 2008 où près d'un quart des arrêts publiés le furent avec une opinion séparée – ainsi que la place tout à fait secondaire qui leur est faite dans les rapports statistiques officiels publiés par la Cour – un graphique et trois valeurs numériques dans des rapports annuels excédant cinquante pages – sont selon nous les indices d'un emploi de ce mécanisme plus réservé qu'aux États-Unis et d'une culture juridique bien différente en la matière.

La raison de ces différences est sans doute à chercher dans une vision du droit qui accorde moins d'importance à la personne du juge, hypothèse étayée par le fait que la presse n'accorde que peu d'attention aux opinions séparées accompagnant les décisions dont elle se fait le relais⁷¹. KAU cite la faible « individualisation » des jugements de la Cour comme étant l'une des deux différences majeures entre les réceptions allemande et américaine des opinions séparées⁷². Au moment de leur introduction au Tribunal constitutionnel fédéral en 1971, certains juges craignirent que leurs collègues ne cherchassent à s'en servir comme d'un moyen de sortir du relatif anonymat dans lequel ils se trouvaient jusqu'alors. Ce résultat ne se produisit pas, en raison notamment du nombre relativement important de juges au Tribunal constitutionnel fédéral – 16, contre 9 à la Cour suprême américaine – et de la moindre polarisation politique de ceux-ci⁷³.

Une autre différence relevée par KAU⁷⁴ entre l'Allemagne et les États-Unis en matière d'opinions séparées réside dans la problématique des « *plurality opinions* », à savoir les décisions collégiales dont l'interprétation, notamment nécessaire pour déterminer dans quelle mesure elles font précédent, est rendue difficile par le fait qu'aucune motivation juridique n'a recueilli l'aval d'une majorité des juges ayant pris part au vote⁷⁵. Étant donné qu'une majorité de la cour doit s'entendre sur l'issue mais également sur les motifs du cas, aucune opinion exprimée ne peut être considérée comme liant le tribunal et faisant jurisprudence⁷⁶. Seule une mise en parallèle des différentes opinions exprimées permet, par le truchement de diverses méthodes⁷⁷, de dégager des bribes de motivation juridique communes à une majorité de juges⁷⁸. Les *plurality opinions*, qui compliquent considérablement la tâche des juristes américains⁷⁹, posent beaucoup moins problème en Allemagne, car les opinions concordantes qui

70. Pour le détail, cf. table 1, *infra*, p. 49.

71. SOHIER, p. 762; HOCHMANN, p. 6.

72. KAU, p. 475.

73. *Ibid.*, p. 476.

74. *Ibid.*, pp. 472-474.

75. MASTOR, *Opinions séparées*, pp. 113,270.

76. *Ibid.*, p. 271.

77. KIMURA, pp. 1600 ss; MILLGRAMM, p. 134.

78. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 273.

79. KIMURA, p. 1596.

y conduisent ne sont que peu employées par les juges du Tribunal constitutionnel fédéral⁸⁰.

Enfin, la forte proportion d'opinions séparées à la *Supreme Court* américaine s'explique selon nous également par le fait que celle-ci décide dans un large mesure des cas dont elle se charge, puisque plus de 80% des cas introduits devant elle depuis 1946 le furent sur la base d'un « *writ of certiorari* »⁸¹, sésame octroyé à la discrétion de la Cour, à la condition qu'existe un litige quant à l'interprétation du droit fédéral ou la compatibilité du droit d'un État avec celui-ci⁸². Le pouvoir des juges du Tribunal constitutionnel fédéral allemand de ne pas donner suite à un recours constitutionnel soumis à eux nous semble plus limité, dès lors que la loi sur le Tribunal constitutionnel fédéral allemand prévoit des cas dans lesquels le Tribunal est tenu de se saisir de l'affaire⁸³ : si elle revêt une « importance constitutionnelle générale », si la traiter « permet d'assurer le respect des droits visés à l'art. 90 al. 1 BVerfGG », ou si la rejeter entraînerait pour le recourant un « désavantage particulièrement sévère »⁸⁴. La *Supreme Court* pouvant dans tous les cas – à tout le moins lui parvenant par voie de *certiorari* – refuser à discrétion d'entrer en matière, elle limite sans doute son activité aux problématiques les plus débattues, les plus polarisantes, les plus sulfureuses que rencontre la société américaine. Ces problématiques sont selon nous particulièrement susceptibles de générer la dissension parmi les juges – comme d'ailleurs parmi la population –, ce qui nous semble expliquer pour partie la forte proportion d'opinions séparées à la Cour Suprême des États-Unis.

2.4 En France – Le Conseil constitutionnel

2.4.1 Historique

Au contraire des deux premiers États étudiés, la France ne connaît pas la publication des opinions séparées⁸⁵. Cette interdiction est rattachée par la doctrine française à la notion de secret du délibéré⁸⁶. Le serment que tout magistrat français prononce lors de son entrée en fonction, ancré dans la loi, l'enjoint à « garder religieusement le secret des délibérations »⁸⁷. Qui plus est, les membres du Conseil constitutionnel s'engagent en outre à « ne prendre aucune position publique »⁸⁸.

Il est à noter que le secret du délibéré n'implique pas, dans tous les ordres juridiques qui le connaissent, une interdiction des opinions séparées. Ainsi la loi sur le Tribunal constitutionnel fédéral allemand prévoit-elle à son art. 30 al. 1, 1^{re} phrase que « la Cour décide au terme de délibérations secrètes, selon sa libre conviction nourrie du contenu de l'audience et du résultat de l'instruction » ; cette Cour n'en connaît pas moins, nous l'avons vu, la publication des opinions séparées de ses membres et du

80. KAU, p. 473.

81. Cf. <http://scdb.wustl.edu>, dern. consult. le 6 septembre 2016.

82. *United States Code* (américain) titre 28, § 1257.

83. *[Die Verfassungsbeschwerde] ist zur Entscheidung anzunehmen, [...]*.

84. Art. 93a al. 2 BVerfGG.

85. FAVOREU/MASTOR, p. 64 ; LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 15.

86. *Ibid.*, p. 203 ; LÉCUYER, p. 198.

87. Article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 (française) du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

88. Article 3 de l'ordonnance n° 58-1067 (française) du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Cf. à ce sujet MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 5.

rapport des voix des juges ayant pris part à la décision.

Ce rejet de la publication des opinions séparées peut s'expliquer de diverses manières. Anne LANGENIEUX-TRIBALAT, dans sa thèse consacrée aux opinions séparées des juges français, cite le souvenir douloureux de la période de la Terreur, période qui fut la seule à consacrer pleinement l'idée de publication des opinions individuelles des juges, ainsi que l'idée, classique et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir lors de notre analyse des arguments fréquents contre la publication des opinions séparées⁸⁹, selon laquelle celles-ci porteraient atteinte à l'autorité de la justice en présentant, pour une même problématique, une pluralité de solutions possibles⁹⁰. Elle ajoute à cela une « tradition de collégialité » et le souci de protéger les juges contre d'éventuelles représailles⁹¹.

François LUCHAIRE, ancien membre du Conseil constitutionnel⁹² et opposé à l'introduction en son sein de la publication des opinions séparées, rejoint l'argument de l'autorité et y ajoute ceux de la crédibilité et de l'efficacité du Conseil⁹³.

Cette absence de publication des opinions séparées des juges du Conseil constitutionnel nous paraît cependant particulièrement étrange, et ce en raison de deux éléments qui nous semblent peser plutôt en faveur de leur adoption : pour commencer, le Conseil prête le flanc aux critiques du fait de la présence, en son sein, d'un certain nombre de membres dits « de droit », à savoir les anciens Présidents de la République⁹⁴ – membres dont la légitimité à siéger dans un Conseil constitutionnel fait l'objet de débats récurrents⁹⁵. La publication de leurs opinions propres permettrait selon nous d'atteindre une plus grande transparence, grâce à laquelle le public pourrait constater par lui-même le caractère neutre et dépolitisé de l'exercice de leur fonction – si tant est que ces membres comprennent leur intérêt à davantage de transparence, car rien ne les y contraindrait.

Le second point est la limite dans le temps du mandat des membres élus du Conseil : ceux-ci sont en effet nommés pour une durée de neuf ans, et leur mandat n'est pas renouvelable⁹⁶. Un argument fréquemment employé par les détracteurs de la publication des opinions séparées, celui du biais résultant des pressions subies par le juge, n'est dès lors plus recevable que dans une moindre mesure, la crainte d'une non-réélection n'ayant pas lieu d'être.

2.4.2 Situation actuelle

L'on peut citer un certain nombre d'évolutions dans la pratique du Conseil constitutionnel qui semblent pointer en direction d'une plus grande transparence, comme la mention depuis 1995 sur chaque décision des juges ayant siégé et délibéré, ou la publication en 2009 d'un recueil des « Grandes délibérations du Conseil constitution-

89. Cf. *infra*, p. 18.

90. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 28.

91. *Ibid.*, p. 29 ; à ce sujet, cf. aussi LÉCUYER, p. 198.

92. LUCHAIRE, p. 111.

93. *Ibid.*, p. 111.

94. FAVOREU/MASTOR, p. 39.

95. *Ibid.*, p. 39.

96. Article 56 de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

nel »⁹⁷.

En dépit de ces évolutions vers davantage de transparence, toute tentative d'introduire au sein du Conseil constitutionnel la publication des opinions séparées essuierait probablement un échec retentissant, comme en témoigne la menace proférée en 2006 par Georges VEDEL, doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris : « *A qui voudrait porter malheur au Conseil, j'offre deux recettes infailibles, confier au Conseil l'élection de son président et admettre les opinions dissidentes.* »⁹⁸ Il est rejoint, dans son rejet de l'introduction des opinions séparées au sein du Conseil constitutionnel, par une majorité de la doctrine⁹⁹.

2.5 En Suisse – Le Tribunal fédéral

2.5.1 Historique

La Confédération est attachée, pour ce qui est de l'activité des tribunaux fédéraux, au principe de publicité¹⁰⁰. Celui-ci s'est exprimé sous des formes différentes selon que l'on considère l'actuelle loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)¹⁰¹ ou son homologue antérieur, la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ)¹⁰². L'OJ prévoyait une publicité de principe des débats, délibérations et votes du Tribunal fédéral, tout en aménageant des exceptions s'agissant des délibérations et votes en matière de droit pénal, de poursuites et faillites, d'impôts, ou d'affaires disciplinaires de droit public¹⁰³. En outre, cette loi prévoyait la possibilité d'un huis clos total ou partiel en présence d'un intérêt prépondérant, qu'il fut public ou privé¹⁰⁴. La LTF fonctionne différemment : si les débats sont toujours publics¹⁰⁵, les délibérations et les votes ne le sont qu'en cas d'absence d'unanimité au sein de la cour ou, en cas d'unanimité, à la demande d'un juge ou du président¹⁰⁶. À l'instar de l'OJ, la LTF prévoit en outre la possibilité d'un huis clos total ou partiel pour motifs légitimes¹⁰⁷.

Sous l'empire de l'une comme de l'autre de ces lois, les juges fédéraux ont ainsi disposé de la possibilité d'exprimer par oral leur opinion, qu'elle aille ou non dans le sens de la majorité, dans le cadre des délibérations publiques¹⁰⁸.

En 1997, la conseillère nationale Margrith VON FELTEN déposa une motion parlementaire¹⁰⁹ demandant à ce que les juges du Tribunal fédéral puissent faire figurer leurs opinions séparées dans les arrêts écrits publiés par la Haute Cour. Outre quelques-uns des arguments classiques en faveur de la publication des opinions sépa-

97. FAVOREU/MASTOR, pp. 63-64. Les délibérations en question étaient suffisamment anciennes pour qu'ait expiré le délai de carence auquel était subordonnée leur publication.

98. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 27.

99. MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 6 ; RAFFAELLI, p. 19.

100. EGLI, p. 852.

101. RS 173.110.

102. Plus en vigueur.

103. Art. 17 al. 1 OJ.

104. Art. 17 al. 3 OJ.

105. Art. 59 al. 1 LTF.

106. Art. 58 al. 1 LTF.

107. Art. 59 al. 2 LTF.

108. PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 381.

109. Motion 97.3368, déposée le 20 juin 1997.

rées, son argumentation s'appuyait sur l'existence, dans le canton de Zurich, d'une possibilité « analogue »¹¹⁰. En réalité, la solution alors prévue par la Loi zurichoise d'organisation judiciaire du 13 juin 1976¹¹¹ nous semble différente de celle que la conseillère nationale VON FELTEN appelait de ses vœux ; en effet, la *Gerichtsverfassungsgesetz* ne prévoyait pas à proprement parler la publication des opinions séparées des juges zurichois, mais leur inscription au procès-verbal ainsi que la mention aux parties de leur seule existence¹¹².

Le Conseil fédéral s'exprima contre cette motion, pour plusieurs raisons : tout d'abord, il souligne que les opinions séparées peuvent déjà être rendues publiques par oral, ce qui fait de la Suisse une « exception unique et remarquée en Europe »¹¹³, et que les considérants des arrêts écrits sont au demeurant « motivés, souvent longuement, selon un mode discursif, où les arguments en présence sont successivement discutés et où il est fait référence à tel courant de la doctrine ou à telle autre jurisprudence dont l'auteur d'une opinion divergente se réclame »¹¹⁴. Il appuie ensuite son argumentaire sur les différences profondes entre l'ordre juridique anglo-saxon et le nôtre, et sur l'impact qu'ont ces différences sur la pertinence d'une publication des opinions séparées¹¹⁵. Il relativise ensuite l'impact positif de la publication des opinions séparées sur la prévisibilité du droit¹¹⁶. Enfin, il s'inquiète de la possible surcharge de travail qui pourrait en résulter pour le Tribunal fédéral¹¹⁷.

Le Conseil national, examinant la motion en qualité de conseil prioritaire, la rejeta par 55 voix contre 50¹¹⁸.

2.5.2 Situation actuelle

Une seconde motion parlementaire fut déposée en 2014 par la commission des affaires juridiques du Conseil national¹¹⁹, dont le contenu est identique à celle de 1997, à savoir la possibilité pour les arrêts du Tribunal fédéral de mentionner les opinions séparées des juges ayant pris part à leur élaboration. Il convient tout d'abord de rappeler que la motion ne concerne qu'une infime fraction du total des arrêts rendus par la Haute Cour ; en effet, seules les affaires dans lesquelles le Tribunal fédéral n'est pas parvenu à une solution unanime sont concernées. Les statistiques officielles du Tribunal fédéral¹²⁰ font état, en 2015, de 58 affaires traitées en audience sur un total de 7 695. Or, parmi les affaires traitées en audience, certaines font l'objet d'un vote unanime de la part des juges – l'art. 58 al. 1 let. a prévoit en effet que le Tribunal siège en audience « si le président de la cour l'ordonne ou si un juge le demande » ; l'unanimité n'est donc que l'une des deux voies menant à cette modalité de jugement. L'on réalise dès lors à quel point la proportion d'affaires divisant les juges fédéraux

110. BO 1999 CN, p. 101. La traduction de l'avis du Conseil fédéral provient du site internet de l'Assemblée fédérale (cf. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=19973368>) ; la traduction des avis des parlementaires exprimés en allemand est de nous.

111. *Gerichtsverfassungsgesetz*, plus en vigueur.

112. MARTI, p. 5.

113. BO 1999 CN, p. 102.

114. *Ibid.*, p. 102.

115. *Ibid.*, p. 103.

116. *Ibid.*, p. 103.

117. *Ibid.*, p. 103.

118. *Ibid.*, p. 104.

119. Motion 14.3667, déposée le 14 août 2014.

120. Rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 2015, p. 25.

est faible, comme le souligne le conseiller national Karl VÖGLER¹²¹.

Le Conseil fédéral, dans un avis du 19 novembre 2014¹²² au style bien plus expéditif que celui de 1997, revint sur ses positions et proposa d'accepter la motion, non sans avoir 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 ».

Le Conseil national examina la motion 14.3667 le 11 mars 2015 avant de l'adopter par 106 voix contre 65 (et 3 abstentions)¹²³. Le Conseil des États en fit de même le 18 juin 2015 et ratifia la proposition par 26 voix contre 12¹²⁴, entérinant dès lors l'obligation à charge du Conseil fédéral d'élaborer une modification idoine de la loi sur le Tribunal fédéral. À l'heure actuelle¹²⁵, le projet de révision est encore en suspens, et le Département fédéral de justice et police n'a pas encore pris de décision quant aux suites à donner à la consultation externe qui a été conduite¹²⁶.

Si l'avis du Conseil fédéral fut bref, les discussions des parlementaires furent au contraire extensives et riches d'un argumentaire étoffé, en faveur comme en défaveur de la motion. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces discussions lors du chapitre consacré aux avantages et inconvénients suspectés de la publication des opinions séparées¹²⁷.

Il est intéressant de noter, comme l'a souligné la présidente de la Confédération SOMMARUGA¹²⁸, que le Tribunal fédéral lui-même s'est montré massivement défavorable à l'introduction de ce mécanisme dans la LTF, comme en témoigne son rapport de gestion pour l'année 2014¹²⁹ qui fait état, au sein de la Cour plénière, de 27 voix contre et 7 voix pour.

2.6 Autres tribunaux suisses

2.6.1 Confédération

Parmi les trois autres tribunaux suisses de rang fédéral, le Tribunal fédéral des brevets est le seul à prévoir le mécanisme de la publication des opinions séparées¹³⁰. Ni le Tribunal pénal fédéral, ni le Tribunal administratif fédéral ne consacrent la possibilité d'une telle publication.

121. BO 2015 CN, p. 291.

122. Disponible seulement à <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20143667>, dern. consult. le 24 février 2017.

123. *Ibid.*, p. 293.

124. BO 2015 CE, p. 651.

125. Mars 2017.

126. Informations obtenues auprès de l'Unité *Législation I*, Domaine de direction *Droit public*, OFJ, DFJP.

127. Cf. *infra*, p. 18.

128. BO 2015 CE, p. 651.

129. Rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 2014, p. 11.

130. Art. 13 al. 3 du règlement du Tribunal fédéral des brevets du 28 septembre 2011, RS 173.413.1. L'on peut douter de l'opportunité d'avoir prévu cette question pourtant importante dans un règlement, norme de faible légitimité démocratique ; cf. BOLKENSTEYN, pp. 341 s.

2.6.2 Cantons

Pour terminer notre survol de la situation en Suisse, nous allons procéder à un tour d’horizon des différents cantons connaissant, sous une forme ou une autre, le mécanisme de la publication écrite des opinions séparées au sein de leur ordre juridique. À l’heure actuelle¹³¹, ils sont au nombre de quatre : Schaffhouse, Argovie, Vaud et Genève. Nous nous proposons d’exposer leur pratique, puis d’examiner trois autres cantons présentant selon nous un intérêt quant à la question des opinions séparées : Zurich, Thurgovie et Lucerne.

2.6.2.1 Schaffhouse

L’art. 55 de sa loi sur la justice du 9 novembre 2009¹³² donne aux juges de ce canton la possibilité de joindre leurs opinions séparées aux jugements qu’ils rendent, ce qui se fait en pratique sous une forme anonyme et synthétisée¹³³. En revanche, contrairement ce qui s’observe par exemple dans le canton de Zurich, aucune mention n’est faite des greffiers.

2.6.2.2 Argovie

L’art. 23 de la loi d’organisation judiciaire argovienne du 6 décembre 2011¹³⁴ suit une systématique qui n’est pas sans rappeler celle de l’art. 30 de la loi sur le Tribunal constitutionnel fédéral allemand : il commence par rappeler le principe du secret des délibérés¹³⁵, avant d’y apporter un tempérament en donnant aux cours argoviennes la possibilité de publier les opinions séparées de leurs juges¹³⁶, possibilité là encore employée, en pratique, de manière anonyme et synthétique¹³⁷. Cette solution est proche de celle prévue par le droit schaffhousois, à la différence près que les cours concernées peuvent, à discrétion, choisir de taire les opinions séparées qui se sont exprimées à l’occasion d’un jugement¹³⁸.

2.6.2.3 Vaud

Le canton de Vaud ne s’est pas contenté de prévoir un mécanisme semblable, il est allé jusqu’à l’intégrer à sa Constitution¹³⁹, tout en limitant cependant sa portée aux juges du seul tribunal cantonal. Ainsi, l’art. 134 de la Constitution vaudoise octroie aux juges cantonaux vaudois un droit constitutionnel à faire figurer leurs opinions séparées dans les arrêts et jugements qu’ils rendent¹⁴⁰. Cette particularité était, récemment encore, propre au canton de Vaud et ne se retrouvait dans aucun autre ordre juridique¹⁴¹. Cependant, le canton de Genève a par la suite procédé de la même manière. Dans la pratique, cet outil n’a pour le moment été employé qu’au

131. Mars 2017.

132. *Justizgesetz*, recueil systématique schaffhousois 173.200.

133. MARTI, p. 13.

134. *Gerichtsorganisationsgesetz*, recueil systématique argovien 155.200.

135. *Ibid.*, al. 1.

136. *Ibid.*, al. 2.

137. MARTI, p. 13.

138. *Ibid.*, p. 14.

139. Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003, en vigueur depuis le 14 avril 2003, recueil systématique vaudois 101.01.

140. EGLI, p. 851.

141. MARTI, p. 8.

sein de la Cour de droit administratif et public¹⁴² et, une fois seulement, à la Cour constitutionnelle¹⁴³. Ces opinions sont systématiquement nominatives, et près de la moitié d'entre elles¹⁴⁴ sont le fruit d'un juge assesseur. Tantôt très courtes et limitées à des questions juridiques¹⁴⁵, tantôt fournies et profitant des connaissances de fait propres à leur auteur¹⁴⁶, elles ne suivent pas un style uniforme.

2.6.2.4 Genève

Plus récemment encore, à l'occasion de la révision de la Constitution cantonale du 14 octobre 2012¹⁴⁷, le canton de Genève a conféré, à l'article 119 de celle-ci, à ses juges de seconde instance la possibilité de publier leurs opinions séparées. Cette possibilité n'a été employée que dans deux décisions¹⁴⁸. Il est intéressant de noter que ces opinions, bien qu'anonymes, sont vraisemblablement le fruit – non retouché – de leur auteur véritable, puisqu'elles sont émaillées de tournures telles qu'« il me semble » ou « à mon sens » ; le canton de Genève ne semble donc pas, pour le moment du moins, suivre l'idée exposée plus bas¹⁴⁹, selon laquelle une opinion séparée ne profite pleinement de la sécurité de l'anonymat qu'à la condition d'être réécrite – voire synthétisée – par le personnel de greffe, afin que s'estompent les particularités de langage propres à son auteur.

2.6.2.5 Zurich

L'art. 124 de la loi d'organisation des tribunaux du canton de Zurich du 10 mai 2010¹⁵⁰ permet aux juges de ce canton de faire figurer leurs opinions séparées dans les procès-verbaux des jugements. Cette possibilité est également prévue pour les greffiers. Dans l'hypothèse d'une telle inclusion, les parties au procès doivent se voir communiquer le texte desdites opinions. Bien que le canton de Zurich soit souvent cité comme un exemple et un précurseur¹⁵¹, il ne consacre qu'une diffusion limitée des opinions séparées, si bien que l'on ne peut pas véritablement parler de « publication » : en effet, seules les parties au procès ont un droit à recevoir copie écrite de ces prises de position, lesquelles ne sont pas jointes au jugement mais au procès-verbal, accessible du seul tribunal.

La pratique zurichoise semble cependant s'écarter de la loi à plusieurs égards : tout d'abord, lorsqu'une opinion minoritaire est rendue, les arrêts mentionnent son

142. CP.2005.0007, FO.2006.0014, PE.2007.0555, AC.2007.0209, PS.2009.0042, FO.2010.0029, AC.2011.0120, PS.2013.0086.

143. CCST.2006.0001

144. FO.2006.0014, PE.2007.0555, AC.2007.0209, PS.2013.0086.

145. Cf. l'opinion dissidente du juge assesseur THÉLIN dans l'arrêt PE.2007.0555.

146. Cf. l'opinion dissidente de la juge assesseure PILLONEL dans l'arrêt AC.2007.0209.

147. Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2013, recueil systématique genevois A 2 00.

148. A/3155/2014 et A/3720/2014, toutes deux auprès de la Chambre administrative de la Cour de droit public du Tribunal cantonal genevois ; les deux opinions étant en réalité rigoureusement identiques – les cas concernés étant proches dans le temps et fortement comparables –, il est impossible de se prononcer quant à d'éventuelles tendances de style ou de verbosité.

149. Cf. *infra*, p. 39.

150. *Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess* (GOG), recueil systématique zurichois 211.1.

151. MARTI, p. 5.

existence¹⁵², en précisant parfois le ou les considérant(s) concerné(s)¹⁵³. Parfois, ils vont même jusqu'à rendre compte du contenu matériel de ladite opinion, sans toutefois divulguer le nom de son ou ses auteur(s)¹⁵⁴. Cela peut conduire à se demander si, dans le fond, un tribunal a véritablement besoin d'une base légale – voire réglementaire, comme c'est le cas pour le Tribunal fédéral des brevets¹⁵⁵ – pour faire part, publiquement et par écrit, de l'existence ou du contenu des opinions séparées de ses membres. Si procéder ainsi en l'absence d'une base légale peut sembler n'être qu'un « saut de l'oral vers l'écrit » assez anodin dans les cas où les délibérations ont déjà lieu publiquement¹⁵⁶, elle devient choquante lorsqu'elle rend possible la divulgation d'opinions qui n'auraient pas dû, *de lege lata*, parvenir au public, en vertu du principe du secret des délibérés. Nous rejoignons sur ce point HOMBERGER-STÄHELI, qui considère que le secret du délibéré a pour but de protéger l'indépendance des juges et l'autorité des décisions¹⁵⁷, et que la publication des opinions séparées, puisqu'elle risque de porter atteinte à ces mêmes principes, devrait être proscrite chaque fois que le secret du délibéré s'applique – expressément ou tacitement¹⁵⁸. Il faut cependant réserver les cas où, en dépit du caractère secret des délibérations, la loi prévoit expressément la possibilité de rendre des opinions séparées écrites, ces deux régimes n'étant pas incompatibles¹⁵⁹.

Si certains arrêts civils zurichois peuvent être rendus à l'issue de délibérations publiques en vertu de la réserve de l'art. 134 al. 2 GOG, les arrêts pénaux doivent en revanche toujours respecter le secret des délibérations en vertu de l'art. 69 al. 1 du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP)¹⁶⁰. Dès lors, la 1^{ère} chambre pénale du tribunal cantonal du canton de Zurich nous semble, notamment dans l'arrêt cité dans la note de bas de page 154, avoir dépassé le cadre de ses attributions en faisant publiquement état d'une dissension née en son sein.

2.6.2.6 Thurgovie

Le canton de Thurgovie donne à ses juges et greffiers la possibilité de laisser une trace écrite de leurs opinions séparées, mais celles-ci ne sont jamais divulguées à des tiers, pas mêmes aux parties au procès, si bien que l'on ne peut plus dès lors parler de « publication » des opinions séparées¹⁶¹. L'on peut alors se questionner sur l'intérêt d'un tel mécanisme ; il s'explique par un souci d'assurer au membres du personnel cantonal, y compris celui des tribunaux, la possibilité d'écarter leur responsabilité propre¹⁶², pour les cas dans lesquels elle menaçât d'être engagée. Cette explication historique vaut également pour le canton de Zurich¹⁶³, ce dernier ayant, on l'a vu, étendu ensuite quelque peu le cercle des destinataires de ces prises de positions. Dans

152. Cf. par exemple l'arrêt HG110230 du 10 juin 2016 du tribunal de commerce.

153. Cf. par exemple l'arrêt HG120240 du 30 novembre 2015 du tribunal de commerce.

154. Cf. par exemple l'arrêt SB140429 du 7 octobre 2015 de la 1^{ère} chambre pénale.

155. Cf. *supra*, note de bas de page 130.

156. Cet ancrage écrit n'est en réalité pas forcément dénué d'importance, comme en témoignent les débats ayant entouré les deux motions parlementaires traitées plus haut concernant sa possible introduction dans la LTF. Cf. *infra*, p. 11 et HOMBERGER-STÄHELI, pp. 96 s.

157. *Ibid.*, p. 90.

158. *Ibid.*, p. 95.

159. *Ibid.*, p. 94 ; cf. aussi *supra*, p. 9.

160. RS 312.0.

161. MARTI, p. 6.

162. *Ibid.*, p. 6.

163. *Ibid.*, p. 5.

ces deux cantons, cette genèse particulière des opinions séparées explique que celles-ci puissent également être rendues par tout greffier ; en effet, l'entier du personnel cantonal zurichois et thurgovien dispose de la possibilité de faire connaître publiquement son avis.

2.6.2.7 Lucerne

À Lucerne enfin, si la possibilité de joindre au jugement l'opinion des juges minoritaires a existé par le passé, elle était si peu employée qu'elle ne fut pas reprise lors de l'intégration dans l'ordre juridique lucernois des nouvelles lois fédérales de procédure¹⁶⁴.

2.6.2.8 Cours et juges constitutionnels

Au niveau des cantons suisses, l'existence d'une cour constitutionnelle n'implique pas celle d'une possibilité, pour les juges de celle-ci, de rendre des opinions séparées. L'inverse n'est pas vrai non plus. En effet, cinq cantons suisses connaissent une cour constitutionnelle, à savoir ceux de Nidwald depuis 1965¹⁶⁵, du Jura depuis 1977¹⁶⁶, de Vaud et des Grisons depuis 2003¹⁶⁷ et de Genève depuis 2012¹⁶⁸, mais parmi ceux-ci, seuls les cantons de Vaud et de Genève connaissent, on l'a vu, le principe de la publication des opinions séparées. Tous deux l'ont par ailleurs prévu dans une norme de rang constitutionnel lors même qu'une loi au sens formel aurait suffi¹⁶⁹.

Les juges constitutionnels vaudois peuvent assurément rendre des opinions séparées, puisque celles-ci sont prévues pour les « juges du Tribunal cantonal »¹⁷⁰, lequel tribunal comprend notamment la cour constitutionnelle¹⁷¹.

S'agissant du canton de Genève, la question est plus compliquée : en effet, les opinions séparées y sont prévues s'agissant des « arrêts des juridictions de seconde instance »¹⁷² ; la cour constitutionnelle genevoise statuant généralement en instance unique, et par conséquent comme première instance¹⁷³, la question n'est pas immédiatement tranchée de savoir si elle profite elle aussi de ce privilège. BOLKENSTEYN estime que c'est le cas, à la faveur d'une interprétation des travaux préparatoires de cet article selon laquelle il devrait s'appliquer en réalité à toutes les juridictions genevoises de dernière instance¹⁷⁴.

164. *Ibid.*, p. 7.

165. BOLKENSTEYN, p. 165.

166. *Ibid.*, p. 191.

167. *Ibid.*, pp. 221, 267.

168. *Ibid.*, p. 291.

169. *Ibid.*, p. 341.

170. Art. 134 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003.

171. Art. 67 al. 1 lit. f de la loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, recueil systématique vaudois 173.01.

172. Art. 119 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012.

173. BOLKENSTEYN, p. 304.

174. *Ibid.*, pp. 304-307.

3 Avantages et inconvénients de la publication écrite

3.1 Indications liminaires

Dans ce chapitre, nous commencerons par passer en revue, dans un style discursif, les principaux arguments rencontrés dans la littérature et venant soutenir, respectivement disqualifier l'idée d'une publication écrite et nominative des opinions séparées. Nous tâcherons de peser la pertinence de ces arguments, et nous pencherons notamment sur l'impact qu'ils ont eu ou auraient dû avoir lors des débats parlementaires ayant conduit à l'introduction au Tribunal fédéral du principe de publication écrite des opinions séparées.

Nous procéderons ensuite à un examen des solutions alternatives aux opinions séparées publiées par écrit avec mention de leur auteur – par exemple la publication du seul rapport des voix – et nous demanderons dans quelle mesure les remarques faites au sujet des différents arguments conserveraient, face à ces alternatives, leur pertinence.

Enfin, nous conclurons ce chapitre par quelques remarques supplémentaires liées à des particularités propres aux Tribunal fédéral.

3.2 Effets sur la qualité de l'arrêt

Cette première section sera consacrée aux effets que pourrait avoir la publication écrite des opinions séparées sur l'arrêt lui-même.

3.2.1 Arguments pour la publication

Les auteurs favorables à la publication écrite des opinions séparées voient en elles la promesse d'arrêts plus riches, transparents et compréhensibles, et ce par le truchement de divers mécanismes.

Tout d'abord, les opinions séparées sont avant tout, comme leur nom l'indique, des opinions. Un arrêt faisant état non seulement de l'avis de la majorité mais également de celui d'une ou plusieurs minorité(s) de juges présente non pas un, mais une multiplicité de points de vue sur la question traitée¹⁷⁵. Les opinions séparées peuvent, d'une part, éclairer la problématique en jeu d'une lumière différente¹⁷⁶ et, d'autre part, apporter des précisions supplémentaires qui n'auraient pas été rendues publiques si le jugement n'avait fait mention que de l'avis de la majorité¹⁷⁷. Il est question ici d'une « qualité par la quantité », l'arrêt devenant plus clair, plus riche du fait qu'il transmet plusieurs voix au lieu d'une seule. Les voix qui s'expriment au travers des opinions séparées sont d'ailleurs particulièrement précieuses, car elles proviennent de juges qui ont connu l'affaire de l'intérieur et sont donc particulièrement bien placés pour en parler¹⁷⁸.

175. MASTOR, *Opinions séparées*, pp. 292 s.

176. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 125.

177. *Ibid.*, p. 126.

178. *Ibid.*, p. 124.

Ensuite, la possibilité d'une inclusion des opinions séparées a sur l'arrêt un effet indirect¹⁷⁹ : les juges majoritaires, sachant que leur avis risque d'être présenté en parallèle d'avis différents, ressentent une « pression » à la qualité¹⁸⁰ : il leur faut argumenter particulièrement efficacement pour convaincre le lecteur¹⁸¹, exposé à différentes visions¹⁸². Parallèlement à la richesse de l'argumentation, la clarté du langage et du raisonnement s'en trouve également améliorée, pour les mêmes raisons. Cet argument fonctionne cependant moins dans l'hypothèse où l'opinion dissidente vient s'ajouter « par surprise » à l'opinion majoritaire ; en effet, pour que ce jeu de pression saine et mutuelle puisse pleinement déployer ses effets, il est important que les juges majoritaires soient au courant du fait qu'une dissension sera exprimée publiquement¹⁸³. Néanmoins, même dans l'hypothèse d'une opinion séparée non annoncée à l'avance, le seul fait que le tribunal connaisse la possibilité de leur publication suffit sans doute à ce que cet effet bénéfique s'effectue, fût-ce dans une moindre mesure¹⁸⁴. L'on peut dans ce dernier cas parler de pression à la qualité causée par la « menace » d'une dissension.

Enfin, une autre vertu est parfois attribuée aux opinions séparées au regard de leur possible contribution à la clarté des arrêts : elles auraient tendance à être rédigées de manière particulièrement claire et accessible au grand public¹⁸⁵ en raison du fait qu'elles n'ont pas à suivre le style parfois lourd et volontiers « légaliste » de l'avis majoritaire. En effet, ce dernier étant destiné à déployer des effets jurisprudentiels et son contenu appelé à profiter de la force de chose jugée, sa rédaction ne saurait se permettre d'être victime dans une trop grande mesure du caractère fondamentalement approximatif du langage humain, car la sécurité du droit la soumet à une grande rigueur. L'on peut citer, par exemple, les expressions « attendu que » ou « considérant que » qui émaillent – quoique de moins en moins – les arrêts du Conseil constitutionnel français¹⁸⁶. Les opinions séparées n'étant pas, à l'instar des *obiter dicta*, destinées à déployer d'effets juridiques, leurs auteurs peuvent s'autoriser l'emploi d'un langage plus fluide et accessible¹⁸⁷.

Dans tous les cas, l'on peut se demander à quelles fins il est souhaitable que l'arrêt publié soit riche, clair et compréhensible. Les arrêts témoignant d'une dissidence seraient, par leur richesse et leur clarté, des outils précieux pour le débat doctrinal et académique, mais également devant l'éventuelle juridiction de recours qui se verrait ainsi fournir des précisions et arguments précieux quant au cas litigieux¹⁸⁸. Il serait au demeurant intéressant, pour les différents cercles cités, d'avoir connaissance des arguments qui, bien qu'examinés, n'ont pas su convaincre la majorité des juges¹⁸⁹.

179. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 293.

180. SOHIER, p. 764.

181. HOCHMANN, p. 7.

182. LANGENIEUX-TRIBALAT, pp. 127 ss ; MASTOR, *Conseil constitutionnel*, pp. 4 s. ; RAFFAELLI, pp. 13 s.

183. LANGENIEUX-TRIBALAT, pp. 128 s. ; MASTOR, *Opinions séparées*, pp. 233 s.

184. EGLI, p. 858.

185. MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 4.

186. MASTOR, *Opinions séparées*, pp. 289 ss.

187. LANGENIEUX-TRIBALAT, pp. 154 ss.

188. BO 2015 CE, pp. 649 s.

189. LANGENIEUX-TRIBALAT, pp. 124-125.

3.2.2 Arguments contre la publication

Les détracteurs de la publication des opinions séparées craignent que celle-ci ne porte atteinte aux qualités intrinsèques des arrêts porteurs de tels avis divergents. L'on peut résumer ces craintes comme ayant trait à un possible accroissement de l'opacité des décisions. C'est tout particulièrement le cas des opinions concordantes qui est visé, notamment lorsqu'elle conduisent à une *plurality opinion*¹⁹⁰. En effet, dès lors qu'il n'est pas possible de trouver une motivation qui ait fait consensus – ou même recueilli l'aval d'une majorité des juges –, mesurer la portée exacte de l'arrêt devient difficile, voire impossible¹⁹¹. Il faut alors recourir à diverses méthodes¹⁹², dont aucune ne saurait être considérée comme parfaite, pour comprendre quels éléments, au sein de l'arrêt, doivent faire jurisprudence. L'on citera, à titre d'exemples particulièrement extrêmes, les arrêts suivants de la Cour suprême américaine¹⁹³ : *National Mutual Insurance Co. v. Tidewater Transfer Co.*¹⁹⁴ en 1949, *Apodaca v. Oregon*¹⁹⁵ en 1972, et *Pennsylvania v. Union Gas Company*¹⁹⁶ en 1989 ; chacun de ces arrêts fut le théâtre d'un tel éclatement des argumentations qu'il est très difficile de déterminer dans quelle mesure ils font précédent.

Si cette opacité pose surtout problème aux juridictions de *common law* liées par la règle du précédent (*stare decisis*)¹⁹⁷, elle n'est pas négligeable s'agissant des ordres juridiques continentaux. En effet, lorsque l'arrêt est trop confus, des conséquences négatives sont à craindre¹⁹⁸, en miroir des retombées positives citées plus haut. La jurisprudence « perd [...] en clarté ce qu'elle gagne en précision et en transparence »¹⁹⁹. En particulier, la sécurité juridique s'en trouve impactée négativement²⁰⁰, dès lors que le caractère sibyllin de l'arrêt rend difficile l'appréhension de sa portée concrète.

3.2.3 Discussion

Les arguments discutés ci-dessus ont tendance à nous convaincre de la pertinence de l'introduction, au Tribunal fédéral, de la possibilité de rendre des opinions séparées par écrit. Pour commencer, nous rejoignons MASTOR lorsque cet auteur soutient que l'effet indirect des opinions séparées sur la qualité et la transparence de la décision représente un argument particulièrement convaincant²⁰¹. Cet argument fut notamment repris en 2015 par le conseiller national VOGLER²⁰². Nous pensons en outre qu'il faut encourager la richesse et la transparence des arrêts du Tribunal fédéral, non pas parce que ces qualités en seraient habituellement absentes, mais afin de compenser par la qualité la diminution de la proportion des arrêts rendus en public par cette cour, argument cité en 2015 par le conseiller national MERLINI²⁰³.

190. Cf. *supra*, p. 8 ; cf. aussi KAU, pp. 472 ss.

191. MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 4.

192. KIMURA, pp. 1600 ss.

193. HOCHSCHILD, pp. 273-278.

194. 337 U.S. 582.

195. 406 U.S. 404.

196. 491 U.S. 1.

197. MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 4.

198. RAFFAELLI, p. 11 ; PICHONNAZ/SCYBOZ, pp. 382 s.

199. HOCHMANN, p. 7, au sujet de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

200. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 62.

201. MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 4.

202. BO 2015 CN, p. 291.

203. *Ibid.*, p. 292.

Une analyse des statistiques officielles du Tribunal fédéral²⁰⁴ révèle en effet que cette proportion est passée d'une moyenne de 9,85% du nombre total des affaires entre 1987 et 1991 à une moyenne de 0,86% entre 2011 et 2015, ce qui s'explique probablement, en partie du moins, par l'introduction en 1992²⁰⁵ d'une procédure simplifiée à trois juges sans délibérations publiques afin d'endiguer quelque peu la surcharge chronique dont souffrait le Tribunal fédéral – et dont il souffre d'ailleurs encore, comme n'ont pas manqué de le préciser les opposants tant à la motion 14.3667²⁰⁶ qu'à celle de 1997²⁰⁷. Il est également possible que, face à cette surcharge de travail, les juges fédéraux développent d'eux-mêmes des mécanismes permettant d'atteindre plus souvent l'unanimité et éviter ainsi la complexité d'une ouverture au public, comme une seconde circulation du jugement en cas de désaccord sur celui-ci, seconde circulation qui permet souvent aux juges minoritaires de se rallier à la majorité, soit parce qu'ils sont convaincus après la lecture des arguments de celle-ci, soit précisément pour des motifs d'opportunité²⁰⁸.

La publication écrite des opinions séparées des juges du Tribunal fédéral permettra peut-être de compenser cette raréfaction par une augmentation de la richesse des arrêts publiés. Cet argument nous semble convaincant, si tant est que la possibilité de publier par écrit les opinions séparées des juges du Tribunal fédéral ne pousse pas ceux-ci à redouter encore davantage les séances publiques, comme le craint le conseiller aux États MINDER²⁰⁹.

Nous souscrivons en outre au point de vue selon lequel la publication des opinions séparées représenterait un intérêt pour les instances supérieures ainsi que pour le débat doctrinal ou académique en général.

Il convient de préciser, s'agissant de ces arguments comme de ceux que nous traiterons plus loin, que les impacts espérés, respectivement redoutés dépendent fortement de la culture juridique en cause, et notamment de l'attitude des juges²¹⁰. L'argument de l'opacité des arrêts, par exemple, est particulièrement pertinent lorsque les juges ne sont pas enclins à en faire un usage « raisonnable »²¹¹. Les arrêts du Tribunal fédéral étant selon nous généralement rédigés de manière plutôt claire et accessible, nous ne craignons que peu l'hypothèse d'un obscurcissement de ceux-ci imputable aux opinions séparées. Ce dernier argument fut cependant également employé, à l'occasion des débats parlementaires entourant la motion de 1997, à décharge de l'adoption de celle-ci : le conseiller fédéral KOLLER considérait en effet la motion comme inutile, les arrêts du Tribunal fédéral étant déjà selon lui suffisamment clairs et discursifs²¹².

Il serait intéressant, au vu de ce qui a été dit sur les inconvénients résultant d'une opinion séparée survenant « par surprise »²¹³, de prévoir une exigence légale quant au moment où doivent être formulées les opinions séparées, quitte à ce que leur rédaction

204. Statistiques tirées des rapports de gestion du Tribunal fédéral ; cf. aussi la figure 2, *infra*, p. 50.

205. RO 1992 288 ; FF 1991 II 461.

206. BO 2015 CE, p. 649.

207. BO 1999 CN, p. 104.

208. WURZBURGER, pp. 131-132.

209. BO 2015 CE, p. 649.

210. HOCHMANN, p. 7 ; MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 4.

211. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 291.

212. BO 1999 CN, p. 104.

213. Cf. *supra* p. 19.

définitive survienne plus tard²¹⁴. Une telle exigence existe notamment s'agissant des juges de la Cour constitutionnelle fédérale allemande²¹⁵.

3.3 Effets sur la partie succombante

Cette section aura pour objet les effets attribués à la publication écrite des opinions séparées sur la partie succombante, si tant est que celle-ci existe ; il convient en effet de rappeler à titre liminaire que les juges constitutionnels peuvent être amenés à se prononcer sans qu'il existe de parties gagnantes ou succombantes, par exemple au sujet de la constitutionnalité d'une loi.

3.3.1 Arguments pour la publication

Partant de l'idée que « les soupçons naissent de ce que l'on veut cacher »²¹⁶, certains auteurs attribuent aux opinions séparées la vertu d'augmenter l'acceptation de la décision rendue. Elles permettraient de s'assurer que la décision ne soit « pas seulement autoritaire, mais fasse autorité »²¹⁷. Autrement dit, elles confèreraient au verdict une véritable autorité, plus efficace qu'une simple soumission²¹⁸, en indiquant à la partie succombante que ses arguments ont bel et bien été pris en compte, qu'ils n'ont pas été purement et simplement écartés²¹⁹.

Ce mécanisme pourrait faire office de « consolation »²²⁰ pour la partie succombante ou avoir sur elle un « effet apaisant »²²¹. Outre cet effet, une autre retombée positive est citée.

Les opinions séparées peuvent être considérées comme un outil permettant à la partie succombante de bénéficier d'une plus grande clairvoyance quant aux chances de succès d'un éventuel recours²²². Ainsi, la partie succombante peut comprendre pourquoi son cas n'a pas su convaincre et se trouver par là découragée d'entreprendre un recours téméraire auprès de l'instance supérieure, si tant est que celle-ci existe – l'argument n'ayant donc pas de poids s'agissant, par exemple, de la Cour Suprême des États-Unis. L'on peut aussi imaginer la situation inverse, la partie succombante découvrant, au détour d'une opinion séparée, des motifs lui donnant raison et qui, bien que n'ayant pas suffi à convaincre une majorité de juges de l'instance en cause, pourraient trouver grâce aux yeux d'une majorité des juges de l'instance supérieure²²³. Les opinions séparées lèvent alors le voile sur les chances de succès d'un éventuel recours.

3.3.2 Arguments contre la publication

L'argument vu ci-dessus, selon lequel les opinions séparées donneraient à la partie succombante une plus grande clairvoyance quant à la pertinence d'un recours, possède

214. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 128 ; LÉCUYER, p. 211.

215. MASTOR, *Opinions séparées*, pp. 232 s.

216. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 152.

217. RAFFAELLI, p. 14, citant Joseph H. H. WEILER.

218. GADAMER, pp. 300 s.

219. RAFFAELLI, p. 14.

220. *Ibid.*, p. 14.

221. SOHIER, p. 764.

222. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 55.

223. *Ibid.*, p. 56.

un pendant négatif qui fait redouter à certains auteurs la publication des opinions séparées : la dissension entre les juges dont elles témoignent pourrait conduire à ce que Roland OSTERMANN, membre de l'assemblée constituante du canton de Vaud – au demeurant favorable à l'introduction dans la nouvelle constitution vaudoise des opinions séparées – appelle la « recourite »²²⁴, à savoir une trop forte propension des parties succombantes à porter leur cas devant une instance supérieure²²⁵, ce qui conduirait à accroître la surcharge des tribunaux.

3.3.3 Discussion

À titre liminaire, il convient de souligner que les différents effets positifs examinés plus haut peuvent être atteints, dans une certaine mesure, même en l'absence d'opinions séparées ; en effet, il incombe au tribunal de faire état, dans l'arrêt qu'il rend, de la motivation précise ayant conduit au verdict. Il ne fait nul doute qu'une motivation complète ne saurait passer sous silence les arguments soulevés par les parties, fussent-ils mauvais²²⁶. Cependant, nous rejoignons LANGENIEUX-TRIBALAT lorsque cet auteur souligne que la seule motivation de l'arrêt ne va pas aussi loin²²⁷ que les opinions séparées, ces dernières apportant à la partie succombante la preuve que ses arguments n'ont pas été expédiés brièvement, mais qu'ils ont bénéficié au sein de la cour de l'appui véritable d'un ou plusieurs juge(s)²²⁸.

La première retombée positive espérée, selon laquelle les opinions séparées pourraient servir de « consolation »²²⁹ à la partie succombante, nous paraît bien maigre lorsque prise pour elle seule, dès lors qu'il n'appartient pas selon nous à la justice de se soucier du ressenti des parties. L'argument de la clairvoyance de la partie succombante quant aux chances de succès d'un éventuel recours nous semble plus convaincant. En effet, tout éclairage apporté à la partie succombante quant à la réalité de son cas, notamment la pertinence des différents motifs qu'il a fait valoir, nous semble bienvenu dans un État de droit. Il nous semble que cette clairvoyance peut déployer des effets particulièrement puissants dans les cas où la cour qui a tranché, bien que connaissant le mécanisme de la publication des opinions séparées, n'a pas fait usage de cet outil. Ce constat permet d'asseoir fortement l'autorité du jugement, en indiquant à la partie succombante que son adversaire a convaincu non seulement la majorité des juges, mais la totalité de ceux-ci – ou, à tout le moins, que les juges minoritaires n'étaient pas convaincus de leur opinion au point de souhaiter la voir publiée. La partie succombante constate ainsi que sa défaite n'est pas contingente, et que le verdict aurait sans aucun doute été le même s'il avait été rendu par d'autres juges.

Par ailleurs, nous ne craignons pas, s'agissant du Tribunal fédéral, le revers néfaste qui consisterait en un encouragement disproportionné des recours téméraires. Il convient en effet de rappeler que le nombre de cas concernés par les opinions séparées au Tribunal fédéral est plutôt faible – en 2015, seuls 58 verdicts furent rendus en séance publique²³⁰, comme l'ont souligné la conseillère fédérale SOMMARUGA, alors

224. Bulletin de séance de l'Assemblée constituante du Canton de Vaud, 27 avril 2001, 27, p. 30.

225. LANGENIEUX-TRIBALAT, pp. 59 s. ; PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 383.

226. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 153.

227. *Ibid.*, p. 152.

228. *Ibid.*, p. 153.

229. Cf. *supra*, p. 22.

230. Rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 2015, p. 25 ; cf. aussi la figure 2, *infra*, p. 50.

présidente de la Confédération, ainsi que le conseiller aux États BISCHOF lors des débats quant à l'adoption de la motion 14.3667. Quand bien même chacun de ces cas ferait l'objet d'un recours subséquent à la Cour européenne des droits de l'homme, la surcharge de travail occasionnée ne saurait être considérée comme particulièrement lourde.

Le rapport entre opinions séparées et recours revêt un aspect particulier s'agissant notamment du Canada²³¹, puisque le Code criminel canadien prévoit que « la personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada [...] sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident »²³².

3.4 Effets sur la bonne entente entre les juges

Cette section traitera des effets supposés de la publication des opinions séparées sur la bonne entente entre les juges chargés de trancher, en collège, le cas litigieux.

3.4.1 Arguments pour la publication

Certains auteurs voient dans la possibilité de publier des opinions séparées la promesse d'une meilleure entente entre les juges chargés de trancher le cas litigieux.

L'argument en faveur des opinions séparées consiste à soutenir que celles-ci permettent aux juges d'avoir la certitude que leur voix pourra être entendue s'ils considèrent qu'ils ont un point important à faire connaître²³³. Dès lors, ils chercheraient d'une part moins à imposer coûte que coûte leur vision afin qu'elle convainque une majorité de la cour, et ressentiraient d'autre part moins de frustration et de ressentiment envers leurs collègues lorsqu'ils ne parviendraient pas à atteindre cet objectif²³⁴. Cette question prend une importance toute particulière dans les cas où le juge n'est pas seulement en désaccord intellectuel avec la majorité, mais estime même que l'avis de celle-ci est inconciliable avec ses principes éthiques²³⁵. En effet, le droit pris comme activité n'est pas purement intellectuel, comme peuvent l'être les mathématiques ; il est également profondément moral, *a fortiori* s'agissant des questions que sont amenés à trancher des juges constitutionnels. Dès lors, l'on peut imaginer qu'un juge, au contraire d'un mathématicien, soit moralement opposé au choix de la majorité. Le juge serait, dans cette hypothèse, soulagé de pouvoir faire apparaître son désaccord au grand jour. D'une manière qui peut sembler à première vue paradoxale, le fait de savoir qu'existe la possibilité, en cas de discordance profonde, de publier une opinion séparée pourrait servir de « soupape de sécurité » permettant aux juges rassurés par son existence de plébisciter, le reste du temps, le recours au consensus et au dialogue.

Parallèlement à ce premier effet, la crainte de la publication d'une opinion séparée peut conduire les juges à approfondir leurs réflexions et leurs discussions, autrement dit les qualités que l'on peut attendre d'un collège et qui le rendent préférable à un juge

231. L'HEUREUX-DUBÉ, p. 86, note de bas de page n° 50.

232. Art. 691(1)(a) du Code criminel canadien.

233. *Ibid.*, p. 92.

234. RAFFAELLI, p. 15.

235. L'HEUREUX-DUBÉ, p. 92 ; Bulletin de séance de l'Assemblée constituante du Canton de Vaud, 27 avril 2001, 27, p. 29.

unique. Cette crainte peut s'expliquer par n'importe lequel des effets potentiellement néfastes cités dans ce travail²³⁶. Les opinions séparées s'apparenteraient alors à une épée de Damoclès²³⁷, dont la menace contraindrait les juges à convaincre l'ensemble de leurs collègues d'une part – et non juste la majorité de ceux-ci –, et à prendre en compte toutes les opinions soulevées par ceux-ci – au lieu de les ignorer sitôt une majorité acquise à leur cause. Cependant, tout comme s'agissant de la pression bénéfique pour la qualité de la motivation des arrêts dont nous avons fait mention plus haut²³⁸, cet effet ne saurait déployer pleinement ses effets qu'à la condition que les juges minoritaires exposent leur vision à leurs collègues durant les délibérations et n'agissent pas par « surprise » une fois la décision rendue²³⁹.

3.4.2 Arguments contre la publication

D'autres auteurs estiment au contraire que la dissension publique représenterait un risque pour l'entente entre les juges et la dynamique positive qui en résulte, et citent plusieurs raisons pour expliquer leurs craintes.

Tout d'abord, les juges pourraient être tentés de faire un usage excessif des opinions séparées en voyant en elles la promesse d'une distinction personnelle²⁴⁰, de la possibilité de sortir de l'anonymat, que ce soit par calcul vis-à-vis d'une carrière future²⁴¹, dans le but d'atteindre une certaine notoriété²⁴² – LANGENIEUX-TRIBALAT cite ainsi le cas d'Alejandro ÁLVAREZ, juge à la Cour internationale de Justice, qui se serait servi du mécanisme des opinions séparées pour diffuser de manière large ses idées personnelles²⁴³ –, ou encore pour apporter la preuve aux instances responsables de son éventuelle réélection qu'il a voté « correctement »²⁴⁴.

En outre, les juges pourraient se montrer obstinés et s'en tenir à leur premier raisonnement²⁴⁵, considérant leur travail comme achevé sitôt qu'il apparaît qu'ils ne partagent pas l'avis de la majorité²⁴⁶.

Ensuite, SCYBOZ et PICHONNAZ citent le fait que les opinions séparées pourraient devenir le lieu d'un discours critique, voire « direct », et comporter des « attaques » envers les autres juges, à l'instar de ce que l'on trouve dans certaines opinions séparées de pays de *common law*²⁴⁷.

236. Plus exactement, puisqu'il est question ici de la crainte de voir surgir une opinion séparée supplémentaire, seuls les effets négatifs dont la sévérité est fonction du nombre d'opinions séparées rendues entrent en compte, à l'exclusion de ceux qui découlent déjà de la seule possibilité, au sein du tribunal, de dissenter publiquement. L'on citera par exemple l'opacité du jugement, dans la mesure où elle est fonction du nombre d'opinions séparées rendues ; l'on citera également d'autres effets qui seront étudiés plus loin, comme le coût marginal de la rédaction d'une opinion séparée, le temps de travail que celle-ci requiert, ou encore l'atteinte qu'un grand nombre de dissensions fait porter à la légitimité publique du tribunal ou de la justice en général.

237. LÉCUYER, p. 211.

238. Cf. *supra*, p. 19.

239. LÉCUYER, p. 211.

240. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 19.

241. ZAGREBELSKY, p. 108.

242. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 70.

243. *Ibid.*, p. 70.

244. Nous aborderons ce point plus en détail plus loin, cf. *infra*, p. 28.

245. LUCHAIRE, p. 111.

246. ZAGREBELSKY, p. 108 ; RAFFAELLI, p. 12.

247. PICHONNAZ/SCYBOZ, pp. 381 s.

Ces auteurs présagent que ces comportements auraient pour effet d'accroître les tensions au sein des tribunaux, et qu'il en résulterait une altération de l'inclination des juges pour le dialogue et la discussion, et par là un affaiblissement de la qualité du processus de prise de décision.

Enfin, un dernier effet délétère pourrait survenir : le fait qu'il soit possible de publier les opinions séparées pourrait, on l'a vu plus haut, servir d'épée de Damoclès. Si une certaine pression peut sembler saine pour les raisons citées ci-dessus, certains auteurs craignent qu'elle ne devienne redoutable dès lors que les juges, terrifiés à l'idée d'une dissension et prêts à tout pour « tuer celle-ci dans l'œuf », seraient prêts à sacrifier la libre expression de leurs arguments ou la cohérence globale du jugement afin d'éviter une telle issue²⁴⁸. Par cette recherche exacerbée du compromis, les juges parviendraient alors à un verdict qui, d'avoir trop voulu contenter, ne refléterait finalement l'avis de personne²⁴⁹.

3.4.3 Discussion

Face au constat que la bonne entente entre les juges prête le flanc à de multiples atteintes causées par la publication des opinions séparées, l'on pourrait être tenté de voir dans la préservation de ce principe un argument fort contre l'introduction de ce mécanisme au sein d'un tribunal.

S'il est vrai que le Tribunal fédéral statue souvent en collège – en 2015, seul un tiers des décisions de la Haute Cour furent rendues par un juge unique²⁵⁰ –, s'il est également selon nous indéniable que la publication des opinions séparées d'une juridiction collégiale a des effets, fussent-ils tenus, sur la bonne entente entre les juges de cette juridiction et leur capacité à statuer efficacement en collège, nous pensons que ces effets dépendent massivement de l'attitude des juges de cette juridiction, à savoir d'une part leur réserve dans la fréquence d'utilisation de cet outil²⁵¹ et d'autre part la manière dont ils l'utilisent²⁵².

Nous pensons également que l'attitude des juges varie en fonction de l'ordre juridique concerné : si, dans certaines cours de pays anglo-saxons²⁵³, le contenu des opinions séparées frôle parfois l'irrespect, par exemple parce qu'il pointe du doigt un juge en particulier ou critique avec virulence l'opinion majoritaire²⁵⁴, cela s'observe moins par exemple en Allemagne²⁵⁵, ce qui s'explique sans doute, en partie du moins, par le caractère très systématique de la science juridique allemande²⁵⁶, le droit se prêtant peut-être moins aux attaques personnelles lorsqu'il est perçu comme une science. Le conseiller aux États MINDER craignait que l'introduction des opinions séparées

248. ZAGREBELSKY, p. 108.

249. LANGENIEUX-TRIBALAT, pp. 43 s.

250. Rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 2015, p. 25 ; la LTF prévoit une collégialité de principe, à laquelle ne dérogent que les cas de procédure simplifiée prévus à l'art. 108 LTF.

251. RAFFAELLI, p. 15.

252. *Ibid.*, p. 15.

253. PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 381.

254. L'on citera notamment certaines des opinions dissidentes d'Antonin SCALIA, juge à la Cour suprême des États-Unis qui en vint à qualifier le travail de ses collègues majoritaires de « micmac interprétatif » (« *interpretive jiggery-pokery* ») et même de « pure compote de pommes » (« *pure applesauce* ») dans un arrêt de 2015 (*King v. Burwell*, 576 U.S. ____).

255. RAFFAELLI, p. 23 ; KAU, pp. 475 ss.

256. HOCHMANN, p. 7.

écrites au Tribunal fédéral ne porte atteinte au principe de la collégialité, auquel la Suisse est attachée et qu'elle a consacré jusqu'au plus haut niveau de son exécutif. Il craignait notamment que les juges ne se « poignardent dans le dos »²⁵⁷.

Mais nous rejoignons le conseiller aux États RECORDON lorsqu'il rappelle que « la plupart du temps [les juges] sont des gens raisonnables »²⁵⁸. Nous pensons en outre que la tradition de collégialité en Suisse mentionnée par MINDER²⁵⁹ pourrait agir comme un bouclier : plutôt que de la voir comme un principe passif qui pâtirait de la présence d'opinions séparées publiques et écrites, il faut peut-être la voir comme une protection efficace contre les excès de celles-ci. L'on peut cependant se demander, au vu de ces dernières considérations, si le lien de causalité ne fonctionne pas également dans le sens inverse : n'est-ce pas la possibilité, respectivement l'interdiction de rendre publiques les opinions séparées qui a, en partie du moins, contribué à donner aux différentes juridictions du monde des visages si différents²⁶⁰ ? Dès lors, ne risque-t-on pas d'affaiblir ce principe au fil des années, si les opinions séparées publiées venaient à devenir nombreuses ? Il est difficile de le prédire.

En raison de cet impact fort que nous reconnaissons à la culture juridique, l'argument du risque de manque de courtoisie entre les juges du Tribunal fédéral nous paraît peu probant. Il dépend en effet dans une large mesure de l'attitude et de la mentalité des juges concernés, or le comportement des juges suisses est différent de celui des juges de la Cour suprême américaine par exemple. L'une des raisons derrière cette différence réside dans le fait que ces juges n'ont pas la même fonction, à deux égards au moins²⁶¹ : d'une part, la Constitution est plus facilement modifiée en Suisse qu'aux États-Unis ; en outre, le droit prétorien ne joue assurément pas le même rôle dans ces deux pays²⁶². Enfin, il ne faut pas oublier qu'une telle attitude frondeuse risque de discréditer du même coup son auteur²⁶³.

L'argument selon lequel les juges pourraient employer le mécanisme de la publication des opinions séparées dans le but de se démarquer publiquement n'a pas beaucoup de poids non plus selon nous, en tout cas s'agissant du Tribunal fédéral, car nous considérons avec MASTOR²⁶⁴ que c'est avoir bien peu de considération pour une fonction aussi élevée que de considérer que ses représentants soient sujets à de telles tentations. Il nous semble par ailleurs que la tradition suisse de collégialité a notamment pour conséquence que l'attitude consistant à faire étalage d'une « forte personnalité » ou à se démarquer franchement de ses collègues n'est pas particulièrement plébiscitée ou encouragée.

A contrario, la tentation de s'en tenir à son premier raisonnement nous semble tenir davantage de la caractéristique « humaine »²⁶⁵ que du travers culturel, et s'en départir nous apparaît dès lors plus difficile. En outre, la relative discrétion de cet

257. « *Oder haben Sie schon einmal gehört, dass ein unterlegener Richter öffentlich einen Bundesgerichtsentscheid rügt und somit seinen Kollegen in den Rücken fällt ?* » Cf. BO 2015 CE, p. 649.

258. *Ibid.*, p. 650.

259. *Ibid.*, p. 649.

260. RIGAUX, p. 575.

261. BO 1999 CN, p. 104.

262. BO 2015 CE, pp. 648 s. ; Bulletin de séance de l'Assemblée constituante du Canton de Vaud, 27 avril 2001, 27, p. 30.

263. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 69.

264. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 316.

265. *Ibid.*, p. 19.

effet néfaste – il est en effet difficile de prouver que la contribution d'un juge aux délibérations serait l'expression de son premier raisonnement demeuré immuable et non le fruit d'une réflexion tenant compte de l'avis de ses collègues – le rend sans doute plus pernicieux.

Là encore, dans la mesure où certains effets bénéfiques ne surviendraient que dans une moindre mesure si les opinions séparées étaient rendues sans avoir été annoncées au préalable par leur auteur, il pourrait être intéressant de prévoir une interdiction légale des opinions séparées « surprises »²⁶⁶. Une autre disposition légale, propre celle-ci à la section qui nous occupe, pourrait s'avérer utile : l'on pense à l'injonction faite aux juges d'observer dans leurs opinions séparées un minimum de courtoisie et d'égards envers leurs collègues et la cour²⁶⁷. Il n'y aurait plus dès lors à craindre les conséquences que des propos trop virulents peuvent avoir sur la bonne entente entre juges.

Si ces considérations nous conduisent à tempérer les craintes formulées quant à une éventuelle atteinte à la bonne entente entre les juges, nous pensons utile de rappeler que le fait de se trouver en minorité dans un débat et dès lors de ne pas voir son opinion propre plébiscitée est un désagrément inhérent à processus de décision en groupe, en particulier lorsqu'il s'agit de trancher des questions n'admettant pas qu'une seule réponse valable. Les organes exécutifs d'un État sont en particulier concernés par de telles situations, et, si leurs membres minorisés reçoivent parfois la possibilité d'exprimer publiquement leur opinion, cette possibilité s'explique moins par un souci de bonne entente future ou de « soulagement moral » que par des considérations d'exonération de responsabilité²⁶⁸.

3.5 Effets sur l'indépendance des juges

Nous traiterons dans ce chapitre des effets, positifs ou négatifs, que la publication des opinions séparées pourrait avoir sur l'indépendance et le libre arbitre des juges.

L'indépendance des juges est perçue comme souhaitable, dès lors qu'elle garantit que ceux-ci exerceront alors leur tâche conformément à l'intérêt public, avec pour seuls guides « le droit, la justice et la raison »²⁶⁹.

3.5.1 Arguments pour la publication

Selon les auteurs favorables à la publication des opinions séparées, celles-ci permettraient au juge de préserver son indépendance²⁷⁰, car en disposant de la possibilité de dissenter publiquement il ressentirait de manière plus concrète sa capacité à se distinguer de ses collègues. L'ouverture d'esprit des juges serait stimulée par la présence des opinions séparées²⁷¹.

266. Cf. *supra*, p. 21.

267. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 308.

268. Cf. à ce sujet la genèse des opinions séparées dans les cantons de Zurich et de Thurgovie, *supra*, p. 16.

269. *Ibid.*, p. 59, citant Roland DUMAS, ancien président du Conseil constitutionnel français ; cf. aussi RAFFAELLI, p. 9.

270. *Ibid.*, p. 13.

271. L'HEUREUX-DUBÉ, p. 92.

En s'exprimant différemment de ses collègues, le juge éviterait ainsi de se cacher derrière « l'omnipotence de la majorité parfois étouffante »²⁷². Les opinions séparées permettraient « l'épanchement des consciences juridiques isolées »²⁷³.

3.5.2 Arguments contre la publication

Les auteurs qui voient dans la publication des opinions séparées une menace pour l'indépendance des juges sont nettement plus nombreux. L'idée est généralement que les opinions séparées, en levant le voile sur le secret des délibérés et en faisant la lumière sur le vote du juge ayant choisi d'en faire usage – voire, comme nous le verrons plus loin, sur le vote de ses collègues –, permettraient de contrôler que le juge a voté « dans le bon sens ». Certaines questions juridiques, a fortiori constitutionnelles, sont lourdes d'implications politiques ; dès lors, certains auteurs craignent que les juges n'abusent des opinions séparées pour prouver qu'ils ont voté dans le sens souhaité par les instances politiques garantes de leur réélection²⁷⁴.

La perspective d'un défaut de réélection n'est pas la seule menace qui puisse porter atteinte au libre exercice de la profession juridique²⁷⁵. L'on peut imaginer, par exemple, la perspective d'une évolution positive de la carrière professionnelle du juge²⁷⁶, ainsi que toute autre récompense – ou punition – imaginable, agissant comme autant de « carottes » et de « bâtons ».

En outre, publier une opinion séparée peut, dans certains cas, divulguer du même coup le vote des juges majoritaires : l'on pense à la situation d'un collège à 3 juges²⁷⁷. En effet, si un juge annonce publiquement avoir voté dans un sens, l'on peut avoir la certitude que ses deux collègues ont voté dans l'autre, puisqu'à défaut d'une telle configuration la majorité – et donc le verdict – n'eût pas été celle qu'elle est. Ainsi, même un juge timoré et redoutant les retombées négatives d'une divulgation de son vote pourrait avoir à affronter ces dernières, lors même qu'il a tenté de se fondre dans le secret que lui offrait la collégialité.

3.5.3 Discussion

L'espoir d'un effet bénéfique sur l'indépendance des juges est un argument qui ne nous convainc guère. L'on peut douter du fait qu'un juge, a fortiori constitutionnel, ait véritablement besoin d'un tel outil pour ressentir, respectivement employer pleinement l'indépendance que l'on attend de lui. En outre, cet argument nous semble passablement théorique, et l'on peine à comprendre concrètement en quoi la possibilité de rendre des opinions séparées aurait un impact positif. Les auteurs nous semblent, en la matière, opérer parfois une confusion entre la possibilité de publier une opinion séparée et celle, dont personne n'a jamais remis en question la pertinence, de faire part à ses collègues, au moment des délibérations, de son dissentiment²⁷⁸. En outre, le point central en matière de sauvegarde – voire de stimulation – de l'indépendance

272. LÉCUYER, p. 208.

273. *Ibid.*, p. 205.

274. ZAGREBELSKY, p. 108 ; EGLI, p. 861 ; MARTI, p. 12.

275. LÉCUYER, p. 204.

276. RAFFAELLI, p. 9.

277. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 66 ; LÉCUYER, p. 212.

278. Nous pensons par exemple à L'HEUREUX-DUBÉ lorsque cet auteur parle d'un juge auquel il serait « impossible de recourir à la dissidence » : L'HEUREUX-DUBÉ, p. 92.

des juges nous semble être leur indépendance vis-à-vis des « deux autres pouvoirs » et éventuellement d'autres sources de pression économique, et non leur capacité à s'affranchir d'un supposé instinct grégaire dans leur démarche intellectuelle collégiale, question intéressante au demeurant mais qui dépasse le cadre de ce travail.

En revanche, nous aurons l'occasion de souligner plus loin l'importance que revêt selon nous l'*apparence* d'indépendance, qui nous semble jouer un rôle non négligeable dans la manière dont le public perçoit les décisions, les juges et la justice en général ²⁷⁹.

Nous comprenons mieux la crainte de voir la publication des opinions séparées porter atteinte à l'indépendance des juges. Ce risque est particulièrement grand lorsque les juges ne sont pas élus à vie – comme ils le sont dans certains pays de *common law*²⁸⁰ – ou pour un mandat unique²⁸¹ mais sont sujets à réélection, comme c'est le cas au Tribunal fédéral²⁸². Cette pression à la réélection est redoutée par le conseiller national BRAND²⁸³ et les conseillers aux États HEFTI²⁸⁴, MINDER²⁸⁵ et RECORDON²⁸⁶. Cette crainte nous semble fondée s'agissant du Tribunal fédéral, étant donné que ses juges sont sujets à réélection et élus par le Parlement fédéral²⁸⁷. Certes, cette problématique existe aussi sous l'empire des opinions séparées orales telles que les connaît déjà le Tribunal fédéral²⁸⁸, mais l'on peut considérer que leur publication par écrit rendra ce risque plus prégnant encore : s'il est compliqué, voire impossible, d'exercer un contrôle continu et durable des opinions exprimées par un juge lorsque celles-ci ne sont accessibles que lors d'une séance dans les locaux du Tribunal fédéral, un tel contrôle devient trivial avec des arrêts écrits ; l'on peut même imaginer qu'il soit automatisé par des moyens informatiques.

Le cas, potentiellement problématique, dans lequel trois juges sont amenés à juger en collège si bien que l'opinion séparée de l'un d'eux révèle du même coup l'opinion des deux autres nous semble poser peu de problèmes au Tribunal fédéral. Certes, en 2015, 57% des affaires tranchées par le Tribunal fédéral le furent par un collège de trois juges²⁸⁹. Cependant, cette configuration est surtout fréquente en cas de jugement par voie de circulation – en 2015, 88,5% de ceux-ci ont réuni trois juges²⁹⁰ –, alors qu'en séance publique elle revêt un caractère exceptionnel : 5,2% seulement des affaires jugées en séance publique en 2015 le furent par un collège de trois juges²⁹¹, ce qui s'explique par le fait que les causes soulevant une question juridique de principe

279. Cf. *infra*, p. 31.

280. PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 382 ; cela explique sans doute en partie pourquoi le terreau américain était propice à la naissance du concept d'opinions séparées, cf. à ce sujet LÉCUYER, p. 220.

281. RAFFAELLI, p. 13.

282. Art. 5 al. 1 LTF.

283. BO 2015 CN, p. 292.

284. BO 2015 CE, p. 648.

285. *Ibid.*, p. 649.

286. *Ibid.*, p. 650 ; il est intéressant de noter que RECORDON est au demeurant favorable à l'adoption des opinions séparées écrites au Tribunal fédéral, ce qui témoigne selon nous du sérieux de cette crainte.

287. Claude ROULLER, ancien président du Tribunal fédéral, s'est exprimé sur les problèmes que soulève un tel mode d'élection dans un entretien accordé au journal *Le Temps* et publié le 12 septembre 2014 (<https://www.letemps.ch/suisse/2014/09/12/partis-se-partagent-sieges-tribunal-federal-c-etait-un-gateau>).

288. EGLI, p. 861 ; BO 1999 CN, p. 103.

289. Rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 2015, p. 25.

290. *Ibid.*

291. *Ibid.*

doivent être traitées en collège de cinq juges²⁹², et peut-être aussi par une volonté de tirer le plus grand parti possible de l'aspect fortement discursif des rares délibérations publiques²⁹³. Le jugement en séance publique étant déjà une exception, le nombre de cas concernés est au final extrêmement faible : seules 3 affaires furent tranchées, en 2015, par un collège de trois juges fédéraux délibérant en public²⁹⁴.

Il convient de rappeler qu'un mandat unique ou à vie, s'il permet sans doute d'atténuer les risques susmentionnés, ne fait pas pour autant figure de panacée, dès lors que d'autres pressions peuvent s'imposer au juge outre celle de la promesse d'une réélection²⁹⁵. Certains auteurs rappellent enfin que, si le secret des votes et des opinions permet sans doute de tempérer quelque peu lesdits risques, d'autres outils moins incisifs sont envisageables, prenant la forme de protections institutionnelles visant à sauvegarder l'indépendance des juges. RAFFAELLI cite ainsi : mandats plus longs, interdiction des représailles, élection assurée par une entité autre que le pouvoir exécutif²⁹⁶.

Les juges fédéraux eux-mêmes – massivement réfractaires, nous le rappelons, à l'idée de s'octroyer le droit de rendre des opinions séparées écrites²⁹⁷ – ne sont manifestement pas restés insensibles à cet argument, puisque le Tribunal fédéral a fait savoir, dans un communiqué du 30 octobre 2014 adressé à l'Office fédéral de la justice, qu'il préconisait la conduite d'une étude approfondie sur la question afin, notamment, d'assurer la sauvegarde de l'indépendance de la justice²⁹⁸.

Au vu des craintes liées aux pressions extérieures que pourraient subir les juges, peut-être serait-il pertinent d'opter pour une solution de compromis, comme une publication anonymisée des opinions séparées²⁹⁹ ou une publication du seul rapport des voix³⁰⁰.

3.6 Effets sur l'autorité morale de la décision, du juge et de la justice

Cette section sera consacrée aux effets que la publication écrite des opinions séparées pourrait avoir sur l'autorité morale de la décision concernée, mais également, plus largement, des juges à son origine ainsi que de la justice en général. Il n'est pas question ici de l'autorité juridique des opinions séparées, celles-ci étant sans impact sur l'autorité de la chose jugée³⁰¹, mais du respect que la justice inspire au grand public.

292. Art. 20 al. 2 LTF.

293. Un juge fédéral peut en effet, même en l'absence de question juridique de principe, demander à ce que la cause soit tranchée à cinq juges, en vertu de l'article susmentionné.

294. *Ibid.*

295. SOHIER, p. 764 ; RAFFAELLI, p. 9.

296. *Ibid.*, p. 13.

297. Cf. *supra*, p. 13.

298. Rapport de gestion du Tribunal fédéral pour l'année 2014, p. 11.

299. LÉCUYER, p. 216 ; RAFFAELLI, p. 25 ; SOHIER, p. 758 ; ZAGREBELSKY, p. 109.

300. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 125 ; FAVOREU/MASTOR, p. 60 ; cf. également *supra*, p. 7 et art. 30 al. 2, 2^{ème} phrase, BVerfGG.

301. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 51 ; LÉCUYER, pp. 209 ss ; l'on peut toutefois citer des effets juridiques indirects, comme l'existence au Canada d'un recours pénal de plein droit en cas de dissension, cf. à ce sujet *supra*, p. 24.

L'importance concrète d'une perception publique de la justice empreinte d'un respect sain, basé sur ce que GADAMER appelle un « acte de reconnaissance et de connaissance [...] que l'autre est supérieur en jugement et en perspicacité, qu'ainsi son jugement l'emporte [...] »³⁰², est une question complexe qui dépasse le cadre de ce travail. L'on peut toutefois faire la conjecture rapide que le droit n'est pas rendu dans le seul but de régler des conflits ponctuels mais remplit également un rôle prospectif, orientant la société dans son évolution. Sans doute cette évolution est-elle plus paisible et plus effective dès lors que non seulement les jugements reposent sur la juste et raisonnable interprétation de la loi – postulat que nous tenons pour vrai dans ce travail – mais qu'en outre cet exercice « correct » du métier de juge est visible et compris du grand public³⁰³.

3.6.1 Arguments pour la publication

Les arguments cités pour la publication des opinions séparées sont multiples.

Tout d'abord, nous l'avons vu³⁰⁴, les opinions séparées peuvent contribuer à la transparence des arrêts³⁰⁵. De là, elles contribuent également à la clarté du droit en général, puisque celui-ci n'est pas composé des seules lois mais également de la jurisprudence. Le public comprenant mieux les décisions, il les accepte mieux³⁰⁶ et accorde une plus grande confiance à l'édifice juridique dans son ensemble. A contrario, un droit opaque et sibyllin serait frustrant pour le public et diminuerait l'adhésion de celui-ci.

En outre, les opinions séparées pourraient avoir un effet bénéfique sur l'apparence d'indépendance des juges³⁰⁷ : le public, constatant que les juges font usage de leur droit à la dissension, obtient la preuve qu'ils n'agissent pas en « cabale » mais conservent une capacité à juger selon leur propre appréciation du cas. Une impression d'indépendance est de nature à rassurer le public dans ses soupçons d'arbitraire et à augmenter l'aura et le prestige des décisions de justice.

En plus de ces deux arguments, certains auteurs soutiennent que l'autorité morale se trouverait grandie du fait que le public aurait, grâce aux opinions séparées écrites, une vision plus exacte de ce qu'est le métier de juge³⁰⁸. Il prendrait conscience, à leur contact, du caractère essentiellement contingent de la décision de justice, et du fait que celle-ci ne découle pas d'un calcul mathématique³⁰⁹ mais d'une opération de pondération aux contours parfois imprécis, un « processus social dynamique »³¹⁰ pour reprendre les termes du conseiller national MERLINI. Roland OSTERMANN prête à l'expression publique de la dissension la capacité de faire apparaître les juges comme « des êtres de chair et de sang »³¹¹. Certains auteurs voient même dans cette transpa-

302. GADAMER, p. 300.

303. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 145.

304. Cf. *supra*, p. 18.

305. C'est du moins ce que soutiennent certains auteurs, l'opinion inverse étant également représentée.

306. FREIXES, p. 96.

307. RAFFAELLI, p. 13.

308. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 144.

309. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 86 ; BO 2015 CE, p. 650.

310. BO 2015 CN, p. 292.

311. Bulletin de séance de l'Assemblée constituante du Canton de Vaud, 27 avril 2001, 27, p. 29. L'expression apparaît déjà en 1999 dans la prise de position du Conseil fédéral au sujet de la motion

rence accrue de l'activité judiciaire un impératif démocratique³¹² : les juges agissant pour le peuple, il conviendrait que le peuple ait un accès le plus large possible aux tenants et aboutissants de leur activité³¹³.

3.6.2 Arguments contre la publication

Premièrement, si les opinions séparées peuvent conférer aux juges une apparence d'indépendance et par ce biais légitimer leurs décisions, l'on peut aussi imaginer que cette transparence accrue conduise à une « apparence de défaut d'indépendance »³¹⁴. Le public, constatant à la lecture des opinions séparées d'un juge que celui-ci vote systématiquement en accord avec les formations politiques ayant contribué à son élection, pourrait perdre confiance dans sa capacité à juger de façon neutre³¹⁵. Au contraire, dans l'éventualité d'une opinion séparée tranchant avec les positions politiques « attendues » du juge, le public – ou à tout le moins la frange de celui-ci acquise aux dites positions – pourrait vivre cela comme une « trahison » et lui en tenir rigueur³¹⁶.

En outre, les opinions séparées font, par essence, apparaître une dissension, fût-ce, s'agissant des opinions concordantes, sur la seule motivation à donner au verdict. Cette dissension peut porter atteinte à l'autorité morale de la décision et de la justice en général : de la décision parce que le public pourrait déduire de l'absence d'unanimité que le cas aurait tout aussi bien pu être tranché autrement et que par conséquent il ne revêt aucun poids³¹⁷ ; de la justice en général³¹⁸ – ou à tout le moins du tribunal ayant jugé³¹⁹ – parce qu'en indiquant au public que les juges ne sont pas parvenus à une solution unanime, celui-ci pourrait en conclure qu'ils ont mal travaillé.

3.6.3 Discussion

Cette question est sans doute celle pour laquelle nous avons pu observer la plus grande fracture parmi les auteurs, chacune des deux positions étant vigoureusement défendue. Elle revient fondamentalement à se demander si l'autorité – du jugement comme de la justice en général – devrait reposer sur le secret ou, au contraire, sur la transparence³²⁰. Nous pensons qu'il est important que le public sache non seulement ce que le tribunal a décidé, mais également si cette décision a fait l'unanimité ou n'a au contraire gagné que d'une courte majorité³²¹. Nous considérons en effet que la tâche d'un juge l'enjoint notamment à suivre, dans la mesure du raisonnable, les évolutions sociales et d'en être les porte-paroles et les garants. Ainsi, sans nier le rôle prospectif reconnu au droit³²², il ne saurait prendre le pas sur le rôle démocratique de l'activité du juge, qui tranche pour le peuple et non pour lui-même. Dès lors, les

VON FELTEN, cf. BO 1999 CN, p. 102.

312. FREIXES, p. 96 ; BO 2015 CN, p. 292.

313. RAFFAELLI, p. 15 ; LÉCUYER, pp. 217 ss.

314. RAFFAELLI, p. 9.

315. LUCHAIRE, p. 111.

316. *Ibid.*, p. 111.

317. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 47 ; on ne parle pas ici de l'impact d'une bonne acceptation morale de la décision sur la partie succombante – cf. à ce sujet *supra*, p. 22 – mais sur le public en général.

318. RAFFAELLI, p. 10.

319. ZAGREBELSKY, p. 108 ; FREIXES, p. 96.

320. LÉCUYER, p. 209.

321. EGLI, p. 860 ; l'auteur cite Max HUBER, ancien juge suisse et président de la Cour permanente de justice internationale.

322. Cf. *supra*, p. 32.

décisions de justice doivent selon nous laisser apparaître leur caractère tantôt polarisé, tantôt consensuel, car elles reflètent ce faisant avec honnêteté les caractéristiques du débat sous-jacent.

Cet impératif nous semble encore plus présent lorsqu'il est question de juges constitutionnels amenés à censurer des lois, car la tension démocratique est alors à son comble³²³. Rappelons toutefois que les juges du Tribunal fédéral n'ont pas la possibilité de prononcer une telle censure, en vertu de l'art. 190 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999³²⁴.

Nous rejoignons ainsi RECORDON lorsqu'il souligne que l'activité judiciaire est fondamentalement une affaire de pondération et de choix éclairé, et non une opération binaire destinée à accoucher d'une « vérité pure »³²⁵. Cacher cette vérité revient à se faire une piètre idée du grand public, qui n'ignore assurément pas que l'existence même du métier de juge témoigne de la nécessité de faire vivre la loi dans les réalités sociales, démarche qui ne saurait se faire sur un mode univoque.

3.7 Autres arguments

Les deux arguments qui suivent ne se prêtent pas à une approche discursive. Le premier est un argument en faveur de la publication des opinions séparées qui ne connaît pas de pendant négatif. Le second, au contraire, est un argument en leur défaveur, dénué de contrepartie positive.

3.7.1 Argument de l'évolution future du droit

Certains auteurs voient dans la publication des opinions séparées une possibilité de dialogue riche entre le droit d'aujourd'hui et celui de demain, dans un processus dynamique et mouvant. Les opinions séparées prépareraient le terrain pour les évolutions à venir, facilitant ainsi les adaptations ultérieures de la jurisprudence. L'on a cité le dialogue avec les éventuelles instances supérieures, susceptibles de profiter des enseignements des opinions séparées à l'occasion d'un recours contre la décision en ayant fait l'objet³²⁶ ; la réflexion se faisait alors « à droit constant ». Il est ici question du dialogue avec toutes les entités impliquées, parfois plusieurs décennies plus tard, dans l'élaboration du droit. EGLI parle à ce sujet de « conversation intertemporelle »³²⁷. Les opinions séparées pourraient également fournir des éléments de réflexion aux instances responsables de la politique juridique³²⁸, que ce soit au niveau exécutif ou législatif, et permettre à celles-ci de pressentir avec plus de clairvoyance la nécessité d'une modification de la loi³²⁹.

Les auteurs ne manquent pas de rappeler que les opinions séparées d'aujourd'hui peuvent être les opinions majoritaires de demain³³⁰ ; secrètes, elles priveraient les

323. LÉCUYER, p. 211.

324. RS 101.

325. BO 2015 CE, p. 650.

326. Cf. *supra*, p. 19.

327. EGLI, p. 857, citant le Pr. Kevin M. STACK de l'université Vanderbilt de Nashville.

328. MARTI, p. 11.

329. RAFFAELLI, p. 16.

330. Bulletin de séance de l'Assemblée constituante de la République et Canton de Genève, 7 septembre 2010 vol. VII, 18, p. 3646; MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 3; RAFFAELLI, p. 16.

réflexions futures d'éclairages précieux³³¹ car provenant de juges ayant eu à se prononcer, dans des cas concrets, sur la problématique en jeu³³². L'on peut citer à titre d'exemple l'opinion dissidente du juge en chef de la Cour suprême du Canada LASKIN dans l'arrêt *Murdoch c. Murdoch*³³³ de 1975, dans laquelle il défendait une répartition plus équitable des biens entre les époux au moment d'un divorce, et qui fut reprise par une majorité de la Cour dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*³³⁴ de 1980³³⁵. L'on citera également l'opinion dissidente du juge HARLAN dans l'arrêt *Plessy v. Ferguson*³³⁶ de 1896 ; dans cette opinion, qui figure parmi les plus célèbres de l'histoire des États-Unis, HARLAN s'était élevé – seul contre ses huit collègues – contre l'idée selon laquelle la doctrine « *separate but equal* », prônant la ségrégation entre « races » blanche et noire tout en reconnaissant leur égalité, serait constitutionnelle. Sa vision devait finalement triompher, en 1955, dans l'arrêt *Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*³³⁷, qui amenda cette jurisprudence³³⁸.

La conseillère nationale VON FELTEN, à l'appui de sa motion parlementaire, parle de l'intérêt de la publication des opinions séparées pour la « *Rechtsfortbildung* »³³⁹. Cette question de la *Rechtsfortbildung* revient systématiquement dans l'argumentaire – en faveur ou non de la publication des opinions séparées – des auteurs suisses que nous avons pu lire. Sans doute faut-il y voir le signe d'une culture juridique suisse particulièrement attachée à l'idée d'une prise en compte de plus grand nombre possible de visions différentes lors de l'élaboration du droit ; nous en voulons pour preuve l'existence, en Suisse, du mécanisme de la procédure de consultation.

En outre, les opinions séparées pourraient également remplir un rôle proche de celui de certains *obiter dicta*³⁴⁰ : contribuer à augmenter la sécurité juridique³⁴¹ au travers d'une meilleure prévisibilité, pour les justiciables, des changements de jurisprudence à venir³⁴². Cet argument fut également cité par VON FELTEN à l'appui de sa motion³⁴³, rejointe en cela par son collègue le conseiller national SUTER³⁴⁴. En 2015, à l'occasion de la seconde motion, trois parlementaires – les conseillers nationaux VOGLER³⁴⁵ et MERLINI³⁴⁶ ainsi que le conseiller aux États BISCHOF³⁴⁷ – utilisèrent ce même argument pour soutenir une modification de la LTF. SCYBOZ et PICHONNAZ, réfractaires à l'introduction des opinions séparées écrites dans l'ordre juridique suisse, soulignent cependant qu'il est arrivé, notamment devant la *House of Lords* britannique, qu'une opinion séparée persiste des années durant sans jamais

331. LANGENIEUX-TRIBALAT, p. 138.

332. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 313.

333. 1 R.C.S. 423.

334. 2 R.C.S. 834.

335. L'HEUREUX-DUBÉ, pp. 88 s.

336. 163 U.S. 537.

337. 347 U.S. 483.

338. MASTOR, *Opinions séparées*, pp. 308 s.

339. BO 1999 CN, p. 103 ; il s'est avéré impossible de trouver une traduction exacte de ce terme, qui nous semble cependant recouvrir tout à fait la problématique qui nous occupe.

340. PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 383.

341. MARTI, p. 11.

342. Bulletin de séance de l'Assemblée constituante du Canton de Vaud, 27 avril 2001, 27, p. 29.

343. BO 1999 CN, p. 102.

344. *Ibid.*, pp. 103 s.

345. BO 2015 CN, p. 292.

346. *Ibid.*, p. 292.

347. BO 2015 CE, p. 648.

devenir majoritaire³⁴⁸.

3.7.2 Argument de la surcharge de travail des tribunaux

Il est parfois avancé que la jonction à l'arrêt d'opinions séparées représenterait une surcharge de travail qui aurait, sur la durée des procédures ou le coût de celles-ci, des répercussions intolérables³⁴⁹.

Cet argument est, tout comme celui que nous venons de traiter, fréquemment soulevé dans les débats entourant la question de la publication écrite des opinions séparées au Tribunal fédéral, ce qui s'explique sans doute par le fait que cette cour connaît, aujourd'hui déjà, un engorgement chronique. Le nombre de juges au Tribunal fédéral est passé d'une trentaine à la fin des années huitante à 38 depuis 2007, soit une augmentation de 26% environ. Le nombre d'affaires traitées par la cour est, durant la même période, passé de 4 000 par an environ à plus de 7 500, soit une augmentation de 87% environ³⁵⁰. L'on comprend dès lors pourquoi, en 1999 déjà, le président de la Confédération KOLLER avait soulevé l'argument de la surcharge de travail à l'appui du refus du Conseil fédéral de soutenir la motion de la députée VON FELTEN³⁵¹.

La surcharge d'un tribunal peut également faire craindre l'introduction des opinions séparées publiques au sein des juridictions inférieures à celui-ci, si tant est que l'on suspecte les parties d'être davantage enclines à recourir lorsqu'elles constatent une dissidence, hypothèse évoquée plus haut³⁵².

Cet argument nous semble peu convaincant, lors même qu'il nous semble impératif de réduire la surcharge de travail dont souffre le Tribunal fédéral. D'une part, comme nous l'avons déjà souligné³⁵³, les jugements rendus en public – et donc sujets aux opinions séparées, orales ou désormais écrites – ne représentent qu'une infime fraction des jugements rendus par notre Haute Cour. Cet argument est invoqué par la conseillère fédérale SOMMARUGA³⁵⁴ pour tempérer la crainte d'un surcoût. D'autre part, si l'opinion majoritaire se doit d'être rédigée dans un langage qui siée à l'importance juridique de celle-ci – rappelons que seule l'opinion majoritaire bénéficie de la force de chose jugée –, les opinions séparées peuvent, nous l'avons dit³⁵⁵, se permettre de suivre un style plus direct et plus libre. Dès lors, leur rédaction – qui ne nécessite au demeurant pas l'intervention d'un greffier³⁵⁶ – ne risque pas de s'avérer particulièrement laborieuse ou coûteuse.

Même SCYBOZ et PICHONNAZ, pourtant globalement opposés à l'introduction des opinions séparées écrites en Suisse, doutent de la pertinence de cet argument³⁵⁷.

348. PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 383.

349. RAFFAELLI, p. 12 ; LANGENIEUX-TRIBALAT, pp. 64 s.

350. Statistiques tirées des rapports de gestion du Tribunal fédéral.

351. BO 1999 CN, p. 104.

352. Cf. *supra*, p. 22.

353. Cf. *supra*, p. 12.

354. BO 2015 CN, pp. 292 s.

355. Cf. *supra*, p. 19.

356. Bulletin de séance de l'Assemblée constituante du Canton de Vaud, 27 avril 2001, 27, p. 33. Il faut toutefois réserver le cas dans lequel le jugement ne rend pas compte des opinions séparées telles que rédigées par leur(s) auteur(s), mais d'une synthèse de celles-ci, laquelle synthèse requiert l'intervention du personnel de greffe ; cf. à ce sujet *infra*, p. 39.

357. PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 383.

3.8 Réflexions finales au sujet du Tribunal fédéral

Nous nous proposons, pour clore ce chapitre, de résumer notre position quant au Tribunal fédéral et ceci en deux temps : nous commencerons par nous demander ce que pourrait apporter le caractère écrit des opinions séparées et en quoi il représente une avancée, respectivement une perte par rapport à la pratique des opinions séparées orales qu'a toujours connue le Tribunal fédéral. Dans un second temps, nous nous demanderons s'il n'aurait pas été préférable d'opter pour une solution différente.

3.8.1 Apports par rapport aux opinions séparées orales

La motion parlementaire acceptée en 2015 par l'Assemblée fédérale prévoit que les opinions séparées des juges fédéraux, jusqu'ici exprimées uniquement par oral et accessibles des seules personnes venues assister aux délibérations publiques, pourront à l'avenir figurer par écrit dans les arrêts rendus. Quelles sont les différences auxquelles s'attendre ?

Celles-ci, si elles sont relativement ténues, n'en sont pas pour autant négligeables. Il convient, pour les appréhender, de considérer les différents groupes affectés par les opinions séparées.

La partie succombante, pour commencer, n'est impactée d'aucune manière par ce passage de l'oral vers l'écrit. En effet, les différents mécanismes, tant positifs que négatifs, que nous avons signalés la concernant déploient leurs effets de la même manière, que les opinions séparées soient ou non « gravées dans la roche », dans la mesure où elle peut de toute façon y avoir accès.

Les effets sur les juges eux-mêmes – stimulation ou inhibition de la bonne dynamique collégiale et indépendance vis-à-vis des pressions extérieures – peuvent être légèrement impactés. Il est en effet déjà possible, quoique plus complexe sans doute, de récompenser ou punir l'opinion séparée orale d'un juge qui ne s'alignerait pas sur la ligne politique attendue de lui. Dans les affaires polémiques, la presse peut même se faire l'écho des avis exprimés durant les délibérations³⁵⁸, si bien qu'ils sont au final connus d'un public large. La présidente de la Confédération SOMMARUGA a employé cet argument à l'appui de la motion 14.3667³⁵⁹, en précisant qu'un « profilage » était déjà possible. Les effets positifs des opinions séparées sur l'indépendance des juges passant, nous l'avons vu, par une stimulation de la réflexion personnelle encouragée par la possibilité de dissenter, le caractère écrit ou oral desdites opinions n'a probablement pas d'impact. Les effets sur la bonne entente entre les juges enfin, tant positifs que négatifs, sont sans doute eux aussi légèrement tempérés lorsque les opinions séparées ne sont qu'orales. En effet, la tentation d'une distinction personnelle, quoique toujours présente, est probablement moins forte dès lors que la dissension ne laisse pas de trace écrite et durable. Il en va de même de la pression à la qualité de la réflexion, la crainte d'une opinion séparée étant probablement moins lourde si ladite opinion n'est exprimée que par oral.

Enfin, les effets impactant l'ensemble des justiciables – ou du moins ceux d'entre

358. Bulletin de séance de l'Assemblée constituante du Canton de Vaud, 27 avril 2001, 27, p. 32, au sujet de la nouvelle constitution vaudoise.

359. BO 2015 CN, p. 292.

eux qui sont intéressés à la chose juridique – sont affectés dans une mesure non négligeable. L'on peut citer tout d'abord les enseignements riches que les opinions séparées peuvent représenter pour la doctrine, le monde académique, les autres tribunaux, les assemblées législatives et les offices gouvernementaux. Ces cercles ne profitent des opinions séparées que dans une mesure très restreinte lorsque celles-ci ne sont pas jointes à l'arrêt écrit. En revanche, ils profitent déjà, sous l'empire du droit actuel et des opinions séparées orales, de la pression à la qualité rédactionnelle et à la clarté argumentative que la menace d'une opinion séparée fait porter sur les juges majoritaires – pression qui serait toutefois sans doute plus forte encore, nous l'avons dit, si lesdites opinions étaient appelées à profiter de la permanence de l'écrit. En outre, la prévisibilité des changements futurs de jurisprudence ne profite assurément pas autant des opinions séparées lorsqu'elles ne sont qu'orales. Le seul point pour lequel la collectivité publique pourrait se réjouir d'une limitation des opinions séparées à la forme orale serait la considération des efforts et des coûts épargnés ; nous avons cependant vu combien ce point était discutable.

Face au constat de l'existence, *de lege lata*, des opinions séparées orales au Tribunal fédéral, deux lignes argumentatives se sont dégagées : certains y ont vu le signe que le mécanisme des opinions séparées n'était pas totalement étranger au Tribunal fédéral, et que se contenter de permettre la mise par écrit de ces opinions d'ores et déjà accessibles à qui veut les connaître n'était pas susceptible de causer de bouleversements majeurs ; c'est ce qu'ont fait la présidente de la Confédération SOMMARUGA³⁶⁰ et le conseiller aux États BISCHOF³⁶¹. C'est également la ligne argumentative suivie par NORDMANN qui, à l'occasion de l'assemblée constituante vaudoise de 2001, avait souligné que plusieurs cours vaudoises procédaient déjà à des délibérations publiques et que l'introduction dans la constitution vaudoise d'une autorisation large des opinions séparées écrites n'était dès lors pas susceptible de chambouler la tradition juridique³⁶².

L'on peut cependant également employer l'argument du caractère « dérisoire » de la modification de la LTF pour disqualifier la motion 14.3667, en la faisant apparaître comme superflue ; c'est ce qu'on fait, sous des formes diverses, le conseiller national BRAND³⁶³ et ses collègues de la chambre haute HEFTI³⁶⁴ et MINDER³⁶⁵.

3.8.2 Solutions alternatives

Nous allons à présent nous demander s'il n'eût pas été préférable d'adopter un autre mécanisme. En effet, outre la publication écrite et nominative des opinions séparées telle que consacrée par la motion 14.3667, diverses modulations sont envisageables, qui viennent toutes d'une manière ou d'une autre apporter une transparence supplémentaire à l'arrêt, fût-elle à destination des seuls juges ayant concouru à son élaboration.

L'on citera ainsi la publication des opinions séparées sans mention du nom de leur(s) auteur(s)³⁶⁶, celle des seules opinions dissidentes à l'exclusion des opinions

360. BO 2015 CE, p. 650.

361. *Ibid.*, p. 648.

362. Bulletin de séance de l'Assemblée constituante du Canton de Vaud, 27 avril 2001, 27, p. 32.

363. BO 2015 CN, p. 292.

364. BO 2015 CE, p. 649.

365. *Ibid.*, p. 649.

366. LÉCUYER, p. 216 ; RAFFAELLI, p. 25 ; SOHIER, p. 758 ; ZAGREBELSKY, p. 109.

concordantes³⁶⁷, celle du rapport anonymisé des voix ayant pris part au vote du verdict³⁶⁸, ou encore la divulgation des opinions séparées à un cercle restreint de destinataires.

3.8.2.1 Opinions séparées anonymes

Les opinions séparées anonymes présentent selon nous un grand nombre d'intérêts : elles réduisent à néant la tentation pour les juges d'abuser des opinions séparées dans un but de distinction personnelle ; elles préservent pleinement leur indépendance et leur évitent d'avoir à craindre des retombées négatives, ou d'en rechercher des positives ; leur contenu matériel n'est pas impacté, si bien que les différents effets pédagogiques cités plus haut trouvent à s'appliquer pleinement. L'on peut citer quelques désavantages : il n'est plus possible pour le juge heurté dans ses convictions par le choix de la majorité de se dédouaner publiquement en prouvant qu'il n'a pas voté dans son sens. En outre, il est probable que l'effort supplémentaire que représente la rédaction d'une opinion séparée semble bien lourd au juge qui sait qu'il devra la publier anonymement et renoncer ainsi à la fierté de sa paternité, et qu'il résulte de cela une diminution de la propension à dissenter par écrit.

Il faut cependant préciser que la publication d'opinions séparées écrites par des juges dissidents dont on caviarde le nom est une pratique manifestement rare, que nous n'avons pas rencontrée à l'occasion de ce travail. En effet, un véritable anonymat ne saurait être garanti par la simple dissimulation du nom de l'auteur : le style rédactionnel peut être à ce point particulier qu'il révèle l'identité du juge dissident. Pire : un tel style peut être recherché par le juge qui souhaite contourner l'anonymat. Il risquerait alors de porter atteinte au prestige de la cour, en rendant des opinions séparées aux allures de pamphlets et émaillées d'effets de style. C'est pourquoi l'on assiste plutôt, lorsque les opinions séparées sont anonymes, à la publication dans l'arrêt d'une version synthétique de celles-ci, œuvre non pas des juges concernés mais du greffier, à l'instar du reste de l'arrêt. Cette solution pose un problème : elle augmente la charge de travail du greffier, ce qui ne serait pas le cas si les opinions séparées étaient rédigées par les juges concernés. Elle est néanmoins pratiquée, notamment dans les cantons d'Argovie et de Schaffhouse³⁶⁹.

Cette solution nous semble la plus souhaitable – à condition que le nombre d'arrêts concernés reste faible, afin d'éviter de causer une surcharge de travail au personnel de greffe – ; peut-être d'ailleurs sera-t-elle adoptée dans la LTF. Nous sommes en effet parti de l'idée, dans ce travail, que les opinions séparées écrites seraient nominatives, à l'instar de ce qui se fait actuellement – une opinion orale ne pouvant pas, pour des raisons évidentes, être rendue anonymement. Cependant, la motion ne précise rien à ce sujet et se contente de « [charger] le Conseil fédéral de préparer une modification de la loi sur le Tribunal fédéral, afin que les arrêts du Tribunal fédéral puissent aussi mentionner les opinions dissidentes »³⁷⁰. Dès lors, la modification de la LTF prévoira peut-être une publication anonymisée.

367. MASTOR, *Conseil constitutionnel*, pp. 7-8 ; MASTOR, *Opinions séparées*, pp. 184 ss.

368. MASTOR, *Opinions séparées*, p. 125 ; FAVOREU/MASTOR, p. 60 ; cf. aussi *supra*, p. 7 et art. 30 al. 2, 2^{ème} phrase, BVerfGG ; le pendant nominatif de ce mécanisme est ici ignoré, à défaut d'exemples concrets.

369. Cf. *supra*, p. 14.

370. Rapport du 23 avril 2015 de la commission des affaires juridiques du Conseil des États.

3.8.2.2 Opinions dissidentes uniquement

Il pourrait être intéressant d'opter pour une solution de compromis : autoriser la publication des opinions dissidentes, mais non des opinions concordantes³⁷¹. Cela permettrait en effet d'éviter l'un des écueils que craignent les auteurs suisses³⁷², à savoir des situations analogues aux *plurality opinions* des juridictions de *common law*³⁷³. Si les seules opinions séparées autorisées sont dissidentes, l'interprétation de la portée juridique exacte de l'arrêt n'est jamais très compliquée, dès lors qu'il suffit, pour l'appréhender, de se fonder sur la seule des opinions exprimées qui aille dans le sens du verdict : l'opinion majoritaire. Les opinions dissidentes peuvent alors être tout bonnement ignorées dès lors que l'on lit l'arrêt pour en saisir la portée jurisprudentielle et non les enseignements « doctrinaux ».

Cette solution n'est cependant pas innocente : nombre de questions intéressantes pourraient être traitées dans des opinions concordantes, et se priver de celles-ci revient à se priver partiellement de l'un des effets les plus réjouissants de la mise par écrit des opinions séparées des juges fédéraux, à savoir les enseignements pédagogiques que celles-ci représentent.

Une attitude emprunte de mesure de la part des juges fédéraux suffirait sans doute ; à l'instar de leurs homologues allemands³⁷⁴, ils ne feraient alors qu'un usage modéré des opinions concordantes, réservant leur « droit à dissenter » aux situations de désaccord profond sur le verdict.

Si le texte de la motion 14.3667 semble aller dans ce sens puisqu'il fait mention des seules « opinions dissidentes », rien dans l'argumentation de la commission qui en est à l'origine ne laisse présager qu'elle ait voulu exclure de la motion la publication écrite des opinions concordantes. En effet, les termes précis ne font pas consensus lorsqu'il est question du sujet qui nous occupe, et si nous avons opté pour la terminologie préconisée par MASTOR³⁷⁵, d'autres formulations existent. Dès lors, il est probable qu'il faille comprendre « opinions séparées » chaque fois que le terme « opinions dissidentes » est employé dans le texte de la motion et dans les débats qui ont précédé son adoption.

3.8.2.3 Publication du rapport des voix

Ce mécanisme est, nous l'avons vu, notamment consacré au Tribunal constitutionnel fédéral allemand³⁷⁶, parallèlement à celui de la publication des opinions séparées elles-mêmes, introduit trois ans plus tard³⁷⁷.

Cette solution n'est pas selon nous souhaitable, car elle ne résout pas les problèmes d'indépendance que craignent les juges du Tribunal fédéral³⁷⁸ et ne permet pas d'at-

371. Cf. à ce sujet MASTOR, *Conseil constitutionnel*, pp. 7-8 et MASTOR, *Opinions séparées*, pp. 184 ss.

372. PICHONNAZ/SCYBOZ, p. 382.

373. Cf. *supra*, p. 8.

374. Cf. *supra*, p. 8.

375. MASTOR, *Conseil constitutionnel*, p. 1.

376. Art. 30 al. 2, 2^{ème} phrase, BVerfGG.

377. Cf. *supra*, p. 6.

378. Cf. *supra*, p. 13.

teindre les objectifs « pédagogiques » intéressants mentionnés plus haut³⁷⁹. Tout au plus permet-elle de rendre compte plus authentiquement du travail des juges et de refléter le caractère unanime d'une décision, respectivement le fait qu'elle n'a triomphé qu'à la faveur d'une courte majorité, et ce, sans représenter la moindre surcharge de travail, dès lors qu'elle n'est que la publication d'une donnée statistique déjà connue.

3.8.2.4 Divulgence à un cercle restreint de personnes

L'on vise ici une divulgation – le terme « publication » cessant d'être opportun – des opinions aux seules parties au procès³⁸⁰, voire au personnel du tribunal³⁸¹.

Nous rejoignons MARTI³⁸² lorsque cet auteur soutient que cette pratique n'a pas vraiment de sens du point de vue des avantages reconnus aux opinions séparées. Dans les cantons qui la connaissent, elle s'explique par des motifs de dédouanement des juges face à la responsabilité personnelle qu'ils pouvaient dans certains cas encourir, motifs rendus d'ailleurs obsolètes par l'évolution globale du droit de la responsabilité³⁸³.

Certes, dans le cas d'une divulgation des opinions séparées aux parties, les effets rattachés à la partie succombante trouvent à s'appliquer, sans qu'il y ait à craindre pour l'indépendance des juges – si tant est que les parties soient tenues au secret s'agissant des opinions en question ; mais l'indépendance des juges est également assurée, nous l'avons vu, dès lors que les opinions séparées sont rendues de manière anonyme. Par conséquent, cette solution n'aurait pas selon nous représenté une alternative intéressante à celle qu'a récemment plébiscitée l'Assemblée fédérale.

3.8.2.5 Retransmission en direct des délibérations publiques

Le conseiller national BRAND soulève un point intéressant³⁸⁴ : le rejet d'une autre motion parlementaire³⁸⁵, dite « motion *Live-Stream* », qui proposait que les délibérations publiques du Tribunal fédéral soient retransmises en direct sur Internet, à la manière de ce qui se fait pour les séances parlementaires. Il juge incohérent de rejeter cette possibilité tout en acceptant la publication écrite des opinions séparées des juges fédéraux. Nous réfutons cette position et soutenons avec le conseiller national VOGLER³⁸⁶ que les deux mécanismes ne sont pas comparables ; s'il est question dans la motion 14.3667 de rendre possible la publication par écrit des opinions minoritaires, l'entier de la discussion n'est en revanche pas censée y figurer. Ainsi, les éventuelles hésitations ou malentendus propres à tout débat oral ne seraient connus que du maigre public présent physiquement dans la salle d'audience, et pas d'un nombre indéterminé de personnes comme ce serait le cas avec une retransmission instantanée.

Le conseiller aux États SCHMID – par ailleurs à l'origine de la motion *Live-Stream* – propose pour sa part de voir dans la motion 14.3667, consacrée à la publication écrite des opinions séparées, un compromis : il s'agirait d'un progrès en matière de trans-

379. Cf. *supra*, p. 37.

380. Cf. *supra*, p. 15.

381. Cf. *supra*, p. 16.

382. MARTI, p. 14.

383. *Ibid.*, p. 14.

384. BO 2015 CN, p. 292.

385. Motion 13.3660, déposée le 21 juin 2013.

386. BO 2015 CN, p. 291.

parence dépourvu de certains des effets indésirables inhérents à une retransmission en direct³⁸⁷. Nous rejoignons cet avis, et pensons notamment, comme l'a souvent souligné la conseillère fédérale SOMMARUGA³⁸⁸, que la force de l'outil qu'il s'agit de donner aux juges de notre Haute Cour provient notamment de son caractère facultatif : les opinions séparées pourraient toujours, au loisir du juge qui les émet, n'être qu'orales et demeurer absentes du jugement écrit. Le juge dispose en somme d'une palette d'outils aux conséquences graduellement plus incisives : garder son opinion par-devers soi, l'exprimer à ses collègues par voie de circulation sans dissenter sur le verdict ni requérir de délibérations publiques, profiter de telles délibérations pour la partager oralement avec ses collègues et le public présent, ou enfin agir de la sorte et solliciter de plus son inclusion dans le jugement écrit. Une retransmission totalement transparente des délibérations publiques ne permettrait pas de profiter d'une gradation aussi fine.

Conclusion

Au vu des considérations exposées jusqu'ici, l'introduction des opinions séparées écrites au Tribunal fédéral nous apparaît comme une perspective plutôt enthousiasmante. Nous pensons que les opinions minoritaires prennent un sens tout particulier au sein d'une instance appelée à se prononcer sur des questions liées aux droits fondamentaux : celles-ci sont en effet l'occasion de débats particulièrement polarisants, lourds de considérations éthiques et d'implications politiques. Nous sommes tout particulièrement sensibles aux retombées positives qu'un tel mécanisme pourrait avoir sur la qualité des décisions et des arrêts, dès lors qu'il fait la lumière sur la problématique en cause et sur l'ensemble des argumentations juridiques qu'elle peut susciter. Les opinions séparées nous semblent aller dans le sens d'une justice qui cherche à « faire comprendre » plutôt que « faire croire »³⁸⁹.

Nous ne sommes en outre pas particulièrement inquiet des éventuelles retombées négatives susmentionnées ; en effet, dès lors que les juges fédéraux se sont eux-mêmes montrés défavorables à l'apparition de cet outil au sein de leur instance, tout porte à croire que l'usage qui en sera fait sera emprunt d'une très grande réserve. L'on s'en convainc d'autant plus en constatant avec quelle retenue les opinions séparées écrites ont été employées dans le canton de Vaud depuis leur introduction dans la constitution vaudoise en 2003, nos recherches ne dégagant que neuf arrêts porteurs d'une telle opinion³⁹⁰.

Nous nous réjouissons au demeurant de l'introduction récente de ce mécanisme dans plusieurs cantons. Contacté par nos soins, le conseiller national Jean Christophe SCHWAAB souligne en effet le fait que cet instrument trouve un sens particulier en dernière instance cantonale, dès lors que les opinions minoritaires peuvent alors fournir au Tribunal fédéral une piste de réflexion supplémentaire.

387. BO 2015 CE, p. 650.

388. *Ibid.*, p. 651.

389. Dichotomie empruntée à ROUSSEAU, p. 114.

390. Cf. *supra*, p. 14.

Certes, étant donné le faible nombre de cas concernés, le fait que les opinions séparées existent déjà par oral au sein de notre Haute Cour et l'importance assurément différente du droit prétorien selon que l'on considère l'ordre juridique suisse ou ceux des pays anglo-saxons, l'introduction de ce mécanisme au sein du Tribunal fédéral ne représente probablement pas un bouleversement majeur ; mais à considérer que les juges fédéraux feront de l'instrument des opinions séparées écrites un usage prudent et emprunt de réserve, à l'instar de leurs collègues du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, le juriste suisse peut sans doute se réjouir d'une telle évolution, qui éclairera non seulement ceux des cas dans lesquels elle trouvera à s'appliquer mais également, à plus large échelle, la démarche intellectuelle conduite de manière générale par les juges du Tribunal fédéral. En effet, ce travail fut pour nous l'occasion de lire un certain nombre d'opinions séparées ; force fut de constater qu'elles représentaient toujours un apport pédagogique indéniable car, en apportant une vision perpendiculaire à celle de la majorité, elles permettent – en conjonction avec celle-ci – d'appréhender en un coup d'œil la problématique en cause dans sa globalité. Nous sommes par conséquent curieux de voir quel usage sera fait des opinions séparées écrites au Tribunal fédéral, et nous réjouissons de profiter à l'avenir de leurs enseignements.

Annexes

Liste des abréviations

al.	alinéa
art.	article
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (recueil des décisions du Tribunal constitutionnel fédéral allemand)
BVerfGG	<i>Gesetz über das Bundesverfassungsgericht</i> (loi sur le Tribunal constitutionnel fédéral allemand) du 12 mars 1951
CE	Conseil des États
cf.	se reporter à
ch.	chiffre
CN	Conseil national
CPP	Code suisse de procédure pénale du 5 octobre 2007, RS 312.0
dern. consult.	dernière consultation
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	édition
FF	Feuille fédérale suisse
GOG	<i>Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess</i> (loi d'organisation des tribunaux du canton de Zurich) du 10 mai 2010, recueil systématique zurichois 211.1
Ibid.	Ibidem
lit.	lettre
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
OFJ	Office fédéral de la justice
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, plus en vigueur
p.	page
pp.	pages
Prof.	Professeur
R.C.S.	Rapports de la Cour suprême du Canada
RO	Recueil officiel du droit fédéral suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
U.S.	<i>United States Reports</i>
VerfGG.XX	Loi sur la Cour constitutionnelle du Land allemand XX

Bibliographie

- BADER GINSBURG Ruth, *The Role of Dissenting Opinions*, in : Louisiana Law Review 2010 95 n° 1.
- BOLKENSTEYN Arun, *Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales*, th. Lausanne, Berne 2014.
- EGLI Patricia, *Dissenting Opinions — Abweichende Richtermeinungen im Schweizer Recht*, in : DIKE (édit.), *Innovatives Recht — Festschrift für Ivo Schwander*, Zurich 2011, pp. 849–862.
- FAVOREU Louis / MASTOR Wanda, *Les cours constitutionnelles*, Paris 2011.
- FREIXES Teresa, *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles — La pratique des opinions dissidentes en Espagne*, in : Cahiers du Conseil constitutionnel juillet 2000 8 pp. 94–103.
- GADAMER Hans-Georg, *Vérité et méthode — Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris 1996.
- HENDERSON M. Todd, *From Seriatim to Consensus and Back Again — A Theory of Dissent*, in : University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper 2007 186.
- HOCHMANN Thomas, *Transparence et justice constitutionnelle — La Cour constitutionnelle fédérale allemande*, in : Cycle « Les valeurs du droit public » — Conférence-débat du CDPC intitulée « Principe de transparence et justice constitutionnelle », Paris 21 novembre 2013.
- HOCHSCHILD Adam S., *The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision : Interpretation in Historical Perspective*, in : Washington University Journal of Law & Policy janvier 2000 4.
- HOMBERGER-STÄHELI Daniela, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters*, th., Zurich 1973.
- KAU Marcel, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht — Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 2007.
- KIMURA Ken, *Legitimacy Model for the Interpretation of Plurality Decisions*, in : Cornell Law Review septembre 1992 77 n° 6 pp. 1593–1627.
- LANGENIEUX-TRIBALAT Anne, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, th., Limoges 2007.
- LÉCUYER Yannick, *Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence*, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme 2004 57 pp. 197–223.
- L'HEUREUX-DUBÉ Claire, *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles — La pratique des opinions dissidentes au Canada*, in : Cahiers du Conseil constitutionnel juillet 2000 8 pp. 85–94.
-

-
- LUCHAIRE François, *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles — La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel*, in : Cahiers du Conseil constitutionnel juillet 2000 8 pp. 111–112.
- MARTI Arnold, *Offenlegen von Minderheitsmeinungen (« dissenting opinion ») — Eine Forderung von Transparenz und Fairness im gerichtlichen Verfahren*, in : Justice - Justiz - Giustizia 2012 4.
- MASTOR Wanda, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, th., Aix-en-Provence / Paris 2005 (abr. : MASTOR, *Opinions séparées*).
- MASTOR Wanda, *Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels*, in : Recueil Dalloz 2010 p. 714 (abr. : MASTOR, *Point de vue*).
- MASTOR Wanda, *Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français*, in : *Cour de cassation, cycle de conférences organisé du 29 novembre 2004 au 28 novembre 2005*, Paris 18 octobre 2005 (abr. : MASTOR, *Conseil constitutionnel*).
- MILLGRAMM Karl-Heinz, *Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1985.
- MORTON Frederick L., *La rédaction des opinions de la Cour suprême*, in : Pouvoirs novembre 1991 59 pp. 45–57.
- NADELMANN Kurt H., *Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts — Italy and West Germany*, in : The American Journal of Comparative Law 1964 13 n° 2 pp. 268–276 (abr. : NADELMANN, *Non-Disclosure*).
- NADELMANN Kurt H., *The Judicial Dissent — Publication v. Secrecy*, in : The American Journal of Comparative Law 1959 8 n° 4 pp. 415–432 (abr. : NADELMANN, *The Judicial Dissent*).
- PAPAUX Alain, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Genève / Zurich / Bâle 2006.
- PICHONNAZ Pascal / SCYBOZ Pierre, *Les dissenting opinions dans les jugements : une innovation à craindre ?*, in : Revue Suisse de Jurisprudence 2002 98 n° 15 pp. 377–384.
- RAFFAELLI Rosa, *Opinions divergentes au sein des cours suprêmes des États membres*, in : Parlement européen — Études du département thématique C : droit des citoyens et affaires constitutionnelles 2012.
- RIGAUX François, *Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes — L'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire*, in : BRUYLANT (édit.), *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles 2004, pp. 573–589.
- ROBBINS Ira P., *Hiding Behind the Cloak of Invisibility — The Supreme Court and Per Curiam Opinions*, in : Tulane Law Review juin 2012 86 n° 6 pp. 1197–1242.
-

ROUSSEAU Dominique, *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles — La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, in : Cahiers du Conseil constitutionnel juillet 2000 8 pp. 113–114.

SOHIER Jérôme, « *Vote secret* » ou « *vote dissident* » — *La pratique de la publication des opinions dissidentes au Tribunal constitutionnel fédéral allemand*, in : NEMESIS (édit.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles 1986, pp. 755–768.

WALTER Christian, *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles — La pratique des opinions dissidentes en Allemagne*, in : Cahiers du Conseil constitutionnel juillet 2000 8 pp. 81–84.

WURZBURGER Alain, *Le Tribunal fédéral — Comprendre son fonctionnement, agir devant ses juges*, Genève / Zurich / Bâle 2011.

ZAGREBELSKY Gustavo, *Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles — La pratique des opinions dissidentes en Italie*, in : Cahiers du Conseil constitutionnel juillet 2000 8 pp. 107–109.

ZOBELL Karl M., *Division of Opinion in the Supreme Court — A History of Judicial Disintegration*, in : Cornell Law Review 1959 44 n° 2 pp. 186–214.

Ressources électroniques utilisées

Bundesverfassungsgericht – Jahresstatistiken : http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/jahresstatistiken_node.html

Harvard Law Review – Supreme Court Statistics : <http://www.harvardlawreview.org/category/statistics/>

Rapports de gestion du Tribunal fédéral : <http://www.bger.ch/FR/index/federal/federal-inherit-template/federal-publikationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm>

Supreme Court of the United States Blog : <http://www.scotusblog.com>

Figures et tables

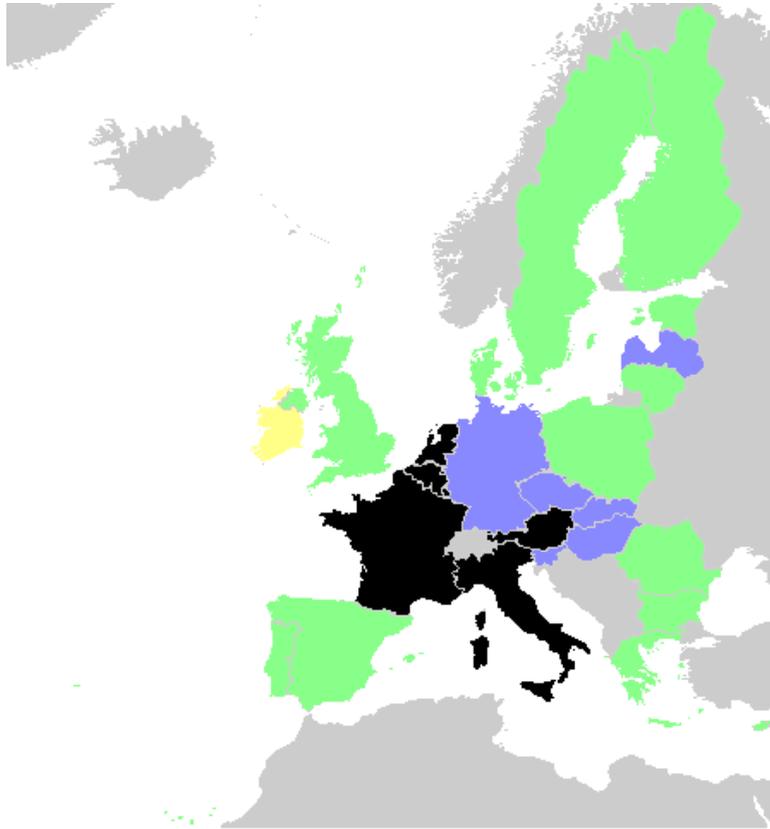


FIGURE 1 – Pratique des États membres de l’Union européenne en matière d’opinions séparées.

En noir, les États n’autorisant pas la publication d’opinions séparées.

En jaune, les États l’autorisant uniquement dans les juridictions ordinaires.

En bleu, les États l’autorisant uniquement dans le cadre du contrôle constitutionnel.

En vert, les États l’autorisant dans tous les cas.

Données tirées de RAFFAELLI, p. 32.

Bade-Wurtemberg	Non	Non	<i>Aucune</i> ¹
Bavière	Oui ²	Non	Art. 25 al. 5 VerfGG.BY
Berlin	Oui	Oui	Art. 29 al. 2 VerfGG.BE
Brandebourg	Oui	Oui	Art. 27 al. 2 VerfGG.BR
Brême	Oui	Oui	Art. 17 al. 3 VerfGG.HB
Hambourg	Oui	Oui	Art. 22 al. 3 et 4 VerfGG.HH
Hesse	Oui	Non	Art. 16 al. 3 VerfGG.HE
Mecklembourg-Poméranie-Occidentale	Oui	Oui	Art. 27 al. 4 et 5 VerfGG.MV
Rhénanie-du-Nord-Westphalie	Non	Non	<i>Aucune</i> ¹
Rhénanie-Palatinat	Non	Non	<i>Aucune</i> ¹
Sarre	Non	Non	<i>Aucune</i> ¹
Saxe	Non	Non	Art. 13 VerfGG.SN ³
Basse-Saxe	Oui	Oui	Art. 12 al. 1 VerfGG.NI
Saxe-Anhalt	Oui	Oui	Art. 28 al. 2 VerfGG.ST
Schleswig-Holstein	Oui	Oui	Art. 28 al. 2 VerfGG.SH
Thuringe	Oui	Oui	Art. 24 al. 2 VerfGG.TH

TABLE 1 – Pratiques autorisées dans les Länder allemands.

¹ L'impossibilité résulte du silence de la loi à ce sujet.

² Les opinions séparées sont publiées anonymement.

³ Renonciation expresse à reprendre l'art. 30 al. 2 BVerfGG.

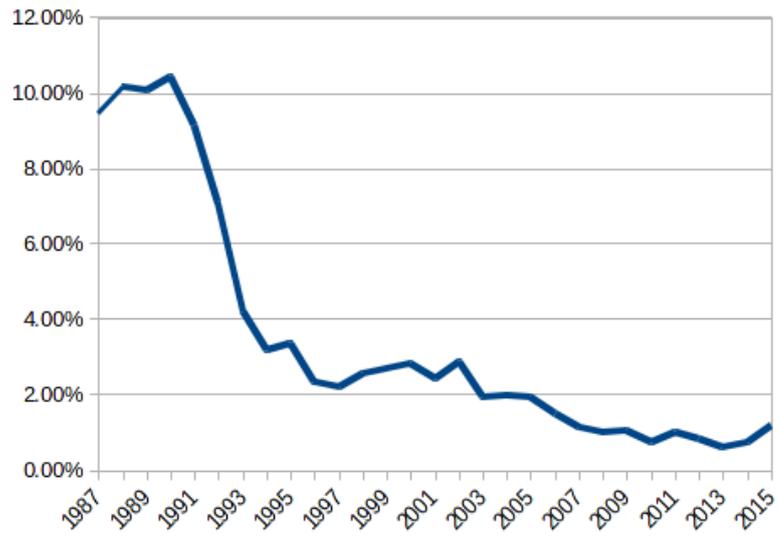


FIGURE 2 – Évolution de la proportion d'arrêts du Tribunal fédéral suisse qui firent l'objet d'une séance publique.

Table des matières

Introduction	1
Les opinions séparées des juges	1
1 Définitions	1
2 Statut juridique des opinions séparées	2
2.1 Choix des juridictions	2
2.2 Aux États-Unis – La Cour suprême	2
2.2.1 Historique	2
2.2.2 Situation actuelle	4
2.3 En Allemagne – Le Tribunal constitutionnel fédéral	5
2.3.1 Historique	5
2.3.2 Situation actuelle	7
2.4 En France – Le Conseil constitutionnel	9
2.4.1 Historique	9
2.4.2 Situation actuelle	10
2.5 En Suisse – Le Tribunal fédéral	11
2.5.1 Historique	11
2.5.2 Situation actuelle	12
2.6 Autres tribunaux suisses	13
2.6.1 Confédération	13
2.6.2 Cantons	14
3 Avantages et inconvénients de la publication écrite	18
3.1 Indications liminaires	18
3.2 Effets sur la qualité de l’arrêt	18
3.2.1 Arguments pour la publication	18
3.2.2 Arguments contre la publication	20
3.2.3 Discussion	20
3.3 Effets sur la partie succombante	22
3.3.1 Arguments pour la publication	22
3.3.2 Arguments contre la publication	22
3.3.3 Discussion	23
3.4 Effets sur la bonne entente entre les juges	24
3.4.1 Arguments pour la publication	24
3.4.2 Arguments contre la publication	25
3.4.3 Discussion	26
3.5 Effets sur l’indépendance des juges	28
3.5.1 Arguments pour la publication	28
3.5.2 Arguments contre la publication	29
3.5.3 Discussion	29
3.6 Effets sur l’autorité morale de la décision, du juge et de la justice . . .	31
3.6.1 Arguments pour la publication	32
3.6.2 Arguments contre la publication	33
3.6.3 Discussion	33
3.7 Autres arguments	34
3.7.1 Argument de l’évolution future du droit	34
3.7.2 Argument de la surcharge de travail des tribunaux	36
3.8 Réflexions finales au sujet du Tribunal fédéral	37

3.8.1	Apports par rapport aux opinions séparées orales	37
3.8.2	Solutions alternatives	38
	Conclusion	42
	Annexes	44
	Liste des abréviations	44
	Bibliographie	45
	Ressources électroniques utilisées	47
	Figures et tables	48
	Table des matières	51
