Opinions séparées et interprétations concurrentes de la Constitution

Wanda Mastor

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/13695>

DOI : 10.4000/revdh.13695

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Wanda Mastor, « Opinions séparées et interprétations concurrentes de la Constitution », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 | 2022, mis en ligne le 14 janvier 2022, consulté le 26 septembre 2022.
URL : <http://journals.openedition.org/revdh/13695> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.13695>

Ce document a été généré automatiquement le 26 septembre 2022.

Tous droits réservés

Opinions séparées et interprétations concurrentes de la Constitution

Wanda Mastor

- 1 Revenir sur l'ouvrage doctoral n'est jamais chose aisée tant la jeunesse intellectuelle et scientifique qui s'y attache s'éloigne irrémédiablement. Mais il est un fait que la passion du sujet ne m'a, d'une part, jamais quittée ; et que, d'autre part, s'il y en a bien un qui s'inscrit parfaitement dans la problématique des présents actes, c'est celui des opinions séparées. Je continue, comme il y a plus de vingt ans, à les définir ainsi : « Une opinion alternative à celle de la majorité de la Cour, rédigée par un ou plusieurs juges constitutionnels, soit parce qu'elle propose une solution différente, soit parce qu'elle offre un fondement différent pour une solution identique »¹.
- 2 Le pluriel hypothétique des signataires est important. Une opinion séparée peut être rédigée et/ou signée par un ou plusieurs juges constitutionnels. Qu'elles soient dissidentes ou concordantes, les opinions séparées peuvent être – toujours selon ma terminologie – *individuelles*, *conjointes* ou *solidaires*, si l'on se place du point de vue de leurs auteurs. On parlera d'opinion individuelle lorsqu'elle est le fruit d'un seul homme (opinion dissidente ou concordante du juge Ulysse) ; d'opinion conjointe lorsque deux ou plusieurs juges ont rédigé ensemble une telle opinion (opinion dissidente ou concordante conjointe des juges Ulysse et Achille) ; enfin, d'opinion solidaire lorsqu'un ou plusieurs juges ne font qu'apposer leur signature à une opinion rédigée par un ou plusieurs autres juges (opinion dissidente ou concordante du juge Ulysse à laquelle adhère le juge Achille ; opinion dissidente ou concordante du juge Ulysse à laquelle adhèrent les juges Achille et Pâris, opinion dissidente ou concordante conjointe des juges Ulysse et Achille à laquelle adhère le juge Pâris, opinion dissidente ou concordante conjointe des juges Ulysse et Achille à laquelle adhèrent les juges Pâris et Télémaque). On imagine aisément, sans entrer ici dans les détails, les importances stratégiques et politiques des opinions co-rédigées et/ou co-signées, surtout quand les auteurs ne font pas partie du même « bloc » idéologique.
- 3 Les problèmes d'interprétations concurrentes de la Constitution peuvent donc opposer deux juges mais aussi deux « groupes » de juges, lesquels divergent de plusieurs

manières. La différence entre la divergence sur la solution et la divergence sur les motifs renvoie à celle distinguant les opinions séparées dissidentes des opinions séparées concordantes (II). Au préalable de l'étude du contenu des opinions, il faut s'entendre sur la définition générale que l'on peut en faire. Car en théorie du droit, celle-ci ne va absolument pas de soi, tant les opinions séparées ont une place particulière dans le paysage des normes (certains affirment encore d'emblée que précisément, elles en sont totalement exclues) (I).

I-Le cadre : des juges formulant des opinions qu'ils tiennent pour vraies

- 4 Au niveau des réflexions théoriques, les opinions séparées occupent une place privilégiée. Difficile à qualifier juridiquement (B), elles sont, avant tout, l'expression d'une vérité tenue pour vraie par leurs auteurs (A).

A. Formulation des opinions séparées et vérité

- 5 Qu'elle soit présentée avant tout comme source d'erreur ou activité médiane dans la recherche de la vérité, l'opinion va du possible au véritable en passant par le probable et le vraisemblable. Le rapport qu'elle entretient avec la vérité est très ambigu : *tenir pour vrai* quelque chose peut signifier croire en la vérité de cette chose qui *paraît* vraie, mais *en réalité*, ne l'est pas. Mais tenir pour vrai peut également signifier croire en quelque chose qui *existe vraiment* en tant que *vérité*. Dans les deux cas, que l'objet de l'opinion soit un paraître ou une réalité, le sujet la tient pour vraie : il est persuadé de sa vérité, l'opinion atteignant alors le degré – subjectif – de certitude.
- 6 C'est exactement ce qui se passe lorsqu'un juge professe une opinion alternative à celle de la majorité. Je ne parle néanmoins pas ici des cas dans lesquels l'opinion n'est que l'occasion pour son auteur d'ajouter des arguments, d'en développer d'autres, voire de profiter de cette « tribune » pour faire œuvre doctrinale ou politique. La réflexion concerne ici les opinions séparées dissidentes qui aboutissent à une solution B quand celle de la majorité conclut à la solution A. Pour mieux saisir cette hypothèse, prenons le cas significatif, toujours actuel aux États-Unis, d'un juge dissident estimant que la peine de mort est contraire à la Constitution, quand ses collègues de la majorité la considèrent, au contraire, comme lui étant conforme. Le juge dissident s'écarte de la décision majoritaire en ce qu'elle lui semble fondée sur l'erreur. Exprimant sa divergence, il est persuadé du bien-fondé de son opinion, de sa vérité : s'il n'en était pas convaincu, il ne professerait pas un discours dissident et se rallierait à la position dominante. Doit-on en conclure qu'une seule solution contient la vérité et que la partie qui ne la soutient pas est forcément dans l'erreur ? À la lumière de l'enseignement philosophique, ne serait-il pas plus juste de dire que la majorité, comme la minorité, *tiennent toutes deux leurs solutions pour vraies* ? Quelle que soit la solution retenue, le juge doit mettre en œuvre tous ses efforts argumentatifs pour la justifier. Le langage du juge est prescriptif et non pas descriptif : en cela, il n'est ni vrai, ni faux : il est *tenu pour vrai* par son auteur, comme s'attache encore à le démontrer Michel Troper.
- 7 Peu importe, au fond, que l'opinion soit vraie ou fausse : il faut avant tout qu'elle soit tenue pour vraie par son auteur, même sur un sujet aussi « radical » que peut l'être celui de la peine de mort. Le juge constitutionnel, lorsqu'il rédige une opinion séparée,

le fait – parfois, pas toujours – par dépit : il aurait préféré se rallier à la majorité et rester dans l'ombre, mais son honnêteté intellectuelle le pousse à exprimer son désaccord, à prouver que la Cour est dans l'erreur en démontrant la vérité de ses arguments.

- 8 Les opinions séparées sont avant tout un avis donné par un des juges qui ne partage pas les vues de ses collègues ou du moins qui n'en partage pas l'ensemble. L'acteur devient observateur puisque son opinion, contrairement à celle de la majorité, ne va pas être revêtue de l'« autorité » – mettons des guillemets, ladite autorité divergeant d'un système juridique à un autre. Si l'on s'en tient à cette définition, alors l'opinion séparée, du point de vue juridique, n'est finalement rien, ou du moins pas grand-chose : une opinion, un avis, une recommandation, un conseil, une mise en garde : bref, un discours sans valeur juridique.
- 9 À propos du caractère constitutif des décisions juridictionnelles, Hans Kelsen donne l'exemple d'un homme soupçonné de meurtre. Plusieurs opinions émergent face à la question de savoir s'il est coupable ou non. Voici ce qu'il écrit à propos de ces dernières : « Ces opinions méritent plus ou moins confiance ; il est possible qu'elles se contredisent, ou que l'individu soupçonné de meurtre avoue lui-même le fait ou le nie. Mais si la norme juridique générale doit être appliquée, *il faut qu'une seule opinion l'emporte et vaille (...). C'est l'opinion qui s'exprime dans la décision du tribunal. Elle seule compte juridiquement ; l'opinion de toute autre personne est juridiquement indifférente* »².
- 10 Kelsen poursuit en soulignant que l'opinion du tribunal peut être juridiquement exclue tant que la décision n'acquiert pas autorité de chose jugée, mais qu'en outre, une fois cette étape franchie, toute opinion extérieure à celle du tribunal doit être écartée³. « Il faut qu'une seule opinion vaille », et celle-là seule possède une valeur juridique. Difficile de plaider pour la valeur normative des opinions séparées. Celles-ci ne sont pas « la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »⁴. Les opinions séparées se limitent à exposer un point de vue alternatif à celui de la majorité : seule la décision de la Cour répond à cette définition ; en outre, leur langage ne comporte pas de « foncteurs déontiques créateurs de normes »⁵ énonçant un impératif.
- 11 Il faut donc convenir de l'absence de tout statut normatif de l'opinion séparée des juges constitutionnels. Ni norme, ni acte juridique sans norme : l'opinion ne saurait être plus qu'un langage. Mais il s'agit bien, à ce stade de la démonstration, de quelque chose d'autre, de supérieur à une simple opinion. C'est ce supplément qui va offrir à la question des interprétations concurrentes tout son sens et son impérieux intérêt.

B. Formulation des opinions séparées et force constitutive

- 12 Les opinions séparées des juges constitutionnels ne sont donc pas un langage prescriptif et ne possèdent aucun statut normatif, aucune force obligatoire. Sans aucun doute possible, elles constituent un métalangage. Or les assimiler à de simples pages doctrinales reviendrait à conclure qu'elles sont un métalangage descriptif de second degré, portant sur le droit et susceptible de vérité ou de fausseté. Or, le qualificatif de « descriptif » apparaît ici inexact pour plusieurs raisons liées à la particularité des opinions séparées des juges constitutionnels. La première tient à la qualité de leur(s) auteur(s) ; la deuxième à leur *finalité* ; la troisième à leur *publication* ; la dernière à leur *influence*.

- 13 En premier lieu, de telles opinions sont rédigées par un juge constitutionnel. Le fait d'appartenir à la communauté de praticiens n'est pas un obstacle à l'inclusion dans le champ doctrinal. Certains juges constitutionnels, quels que soient les systèmes, ont été avocats ou juges et auteurs de doctrine, parfois même de manière simultanée. La frontière entre les deux n'est pas si étanche que cela, le juge utilisant les connaissances universitaires de l'auteur et l'auteur respectant le devoir de réserve du juge. Il est classique de conclure au statut doctrinal des opinions séparées. Pourtant, c'est le juge qui les signe et non le professeur, l'avocat ou l'homme politique.
- 14 En deuxième lieu, en rédigeant une opinion minoritaire, le juge constitutionnel n'a pas la *volonté* de faire œuvre doctrinale. Surtout, et c'est une des raisons qui fait que l'on ne peut pas assimiler une opinion séparée à la doctrine, le juge auteur d'une telle opinion a la particularité d'avoir *participé au délibéré*. Le juge dissident n'est pas un arrêtiste ; son opinion n'a pas pour finalité de commenter une décision ou de faire des observations. Elle lui permet d'exposer à l'auditoire de la décision de justice (interne et externe) les raisons de son opinion alternative⁶, de justifier son refus de ralliement à la majorité en développant des arguments qui lui semblaient plus valables.
- 15 En troisième lieu, les opinions séparées des juges constitutionnels ont la particularité d'être publiées au côté de la décision de constitutionnalité qui fera autorité. Dans la grande majorité des pays dotés d'une justice constitutionnelle permettant l'expression de la divergence, celles-ci sont publiées dans les documents officiels équivalant à notre *Journal officiel de la République française*. De simples pages doctrinales ne reçoivent pas autant d'honneurs.
- 16 En dernier lieu, les exemples où les opinions minoritaires sont devenues par la suite la solution de la majorité ne manquent pas. Il serait malhonnête d'affirmer que ceux-ci sont nombreux, mais ils sont assez remarquables pour pouvoir être soulignés. Tant en Espagne qu'aux États-Unis, il est arrivé que sous la pression des dissidences répétées (preuve de sa ténacité, un juge dissident peut même reprendre textuellement une de ses opinions minoritaires précédentes à plusieurs reprises dans des affaires analogues), le Tribunal constitutionnel et la Cour suprême infléchissent leur position, voire opèrent des revirements de jurisprudence.
- 17 L'opinion séparée n'est pas une norme mais *interfère dans un processus normatif*. Certaines évolutions jurisprudentielles notables sont nées de ce dialogue entre juges majoritaires et minoritaires. La fin de la ségrégation, le droit à l'avortement, le mariage entre personnes du même sexe ne sont que des exemples américains connus parmi d'autres. Un véritable dialogue (et non symbolique comme celui existant entre le juge et la doctrine) a lieu entre juges majoritaires et minoritaires participant aux délibérations, les uns essayant de persuader les autres. Preuve en est la référence permanente très frappante de la Cour suprême américaine aux opinions minoritaires. Le style utilisé donne même parfois l'impression que la Haute instance les cite comme s'il s'agissait de normes de référence, ou tout au moins des décisions majoritaires.
- 18 De ces quelques observations découle le refus de l'assimilation simpliste des opinions séparées à un apport doctrinal. Sorte de métalangage infra-prescriptif mais supra-descriptif, de telles opinions jouissent d'un statut hybride difficilement qualifiable d'un point de vue juridique. Assurément, leur statut n'est pas normatif mais il n'est pas non plus seulement doctrinal. Il s'agit d'un métadiscours *constitutif*, dans le sens « chimique » du verbe « constituer ». De même que certains éléments entrent dans la composition de quelque chose, ces opinions sont des éléments constitutifs de la

jurisprudence constitutionnelle, toutes deux étant indissociablement liées. Les opinions séparées sont un métalangage constitutif du langage prescriptif qu'est celui de la jurisprudence. Isolée, indépendante de la décision faisant autorité, l'opinion séparée n'existerait pas.

II-Le contenu : des concurrences d'interprétation à l'égard des motifs ou du dispositif

- 19 Après la délicate tentative de définition du statut des opinions séparées, il faut s'attacher à en comprendre le *pourquoi*. Quelles sont les origines de la divergence ? Pourquoi deux juges lisent-ils différemment un même texte ? Une réponse à de telles questions présuppose un retour sur les théories de l'interprétation, que nous ne ferons pas dans le cadre de la présente étude. Inconcevables dans certaines, les opinions séparées s'avèrent être la condition *sine qua non* d'autres conceptions de l'interprétation auxquelles j'adhère pleinement.
- 20 L'opinion séparée propose, comme indiqué en introduction, une solution différente ou offre un fondement différent pour une solution identique. Cette distinction a trait à l'objet de l'opinion minoritaire. Une opinion séparée peut être en effet soit *dissidente* soit *concordante* (A). L'étude approfondie de ces opinions met en relief une pluralité de motivations profondes. La plupart du temps, les juges minoritaires dénoncent la posture interprétative des juges majoritaires, qu'ils estiment trop « activiste » ou trop « restreinte ». Ce qui renvoie, inévitablement, à une guerre idéologique entre progressistes et conservateurs (B).

A.La formalisation des interprétations concurrentes : la dissidence ou la concordance

- 21 Les opinions dissidentes proprement dites (*dissenting opinions* aux États-Unis, *votos discrepantes* en Espagne) ne sont en fait qu'une « variante » des opinions séparées. Dans une telle opinion, le juge minoritaire exprime sa dissidence tant à l'égard des motifs de la décision que de son dispositif. Lors du processus d'adoption de la décision, il a émis un vote négatif. C'est l'expression la plus absolue, la plus radicale de la faculté offerte au juge de manifester son désaccord.
- 22 La seconde variante de l'opinion séparée en relation avec son objet est l'opinion communément désignée sous le terme de *concurrente*, malheureuse traduction des *concurring opinions* américaines. Dans ce cas, l'opinion minoritaire offre un fondement différent pour une solution identique à celle approuvée par la majorité. Si elle s'écarte de la motivation, cette opinion n'en rejoint pas moins le dispositif. Le juge en désaccord avec les motifs de la décision majoritaire a cependant émis un vote favorable à son adoption. La complexité des opinions concordantes réside dans ce paradoxe : même si les critiques adressées à l'égard d'arguments jugés erronés ou insuffisants peuvent être virulentes, l'auteur d'une telle opinion est considéré comme majoritaire au sein de la juridiction, son vote ayant permis l'adoption de la décision dont il ne partage pourtant pas la motivation.
- 23 Je réfute le terme d'opinion « concurrente ». Plus qu'un barbarisme, il est ici un contresens qui, par commodité de langage, est largement diffusé par la doctrine

française. Aux États-Unis, une telle opinion est ainsi annoncée : « *Concur by...* » suivie du ou des noms des juges. Le terme d'opinion concurrente est inadapté et va même jusqu'à signifier exactement l'inverse de ce qu'est une *concurring opinion*. En anglais, le terme *concur* signifie littéralement coïncider, être d'accord, du même avis. Or le mot *concurrent* que l'on retrouve sous la plume des auteurs français signifie l'inverse, ce qui en anglais aurait donné *competitive*, *competing* ou *rival*. C'est la raison pour laquelle nous devons préférer le terme d'*opinion concordante* à celui d'*opinion concurrente* (l'expression espagnole étant d'ailleurs « *voto concordante* »). Le mot *concordant* doit cependant nécessairement s'accompagner de la proposition « avec ». De manière rigoureuse, il faudrait ainsi toujours écrire *opinion concordante avec le dispositif de la décision* (sous-entendu *et dissidente quant aux motifs*). C'est par souci de simplification que j'utilise la plupart du temps le terme « opinion concordante ».

- 24 La dissidence d'un juge constitutionnel peut donc porter sur l'ensemble de la décision mais aussi uniquement sur ses motifs. Les opinions concordantes sont, en Europe, proportionnellement beaucoup moins importantes que les opinions dissidentes proprement dites. Elles peuvent être une critique encore plus violente à l'égard de la majorité, et sont au cœur de la problématique du colloque dont les actes sont rassemblés dans cet ouvrage. Cela pourrait vouloir dire : « bien sûr, la loi doit être déclarée inconstitutionnelle, mais pas pour les raisons que vous avancez. Vous avez mal (ou pas suffisamment) motivé cette décision ». Chaque juge constitutionnel sait pertinemment qu'une motivation lacunaire encourra la censure sévère d'un éventuel dissident dont les écrits seront lus par le plus large auditoire. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple significatif, dans une opinion dissidente du juge constitutionnel espagnol Francisco Tomas y Valiente, à laquelle souscrivent trois autres dissidents⁷, est sévèrement dénoncé le manque de rigueur du Tribunal. Le juge rappelle qu'« il est indispensable de définir certains termes et de préciser la portée de droits déterminés ou les expressions contenues dans la loi invoquée, pour ainsi sauver sa constitutionnalité (...) que le Tribunal, en effectuant un contrôle abstrait, doit, en sa qualité d'interprète suprême de la Constitution (article 1-1 de la Constitution espagnole), réduire les ambiguïtés et ainsi promouvoir la sécurité juridique ». L'opinion dissidente finit par déclarer que « le Tribunal aurait dû, dans sa motivation, éclaircir le sens des termes ambigus et qu'en aucun cas il n'aurait dû renvoyer au dispositif l'interprétation de la norme attaquée ». Ainsi, l'existence même des opinions dissidentes est le gage d'une motivation renforcée : « Les argumentations (ont) l'avantage d'être connues et, même, de la confrontation entre une minorité et une majorité au sein de la Cour, résulte des décisions d'une meilleure qualité argumentative, puisque la majorité est obligée d'étayer sa motivation pour répondre aux objections des juges minoritaires »⁸.
- 25 Au sein des opinions séparées concordantes, il convient d'opérer une nouvelle typologie. La définition d'une opinion concordante est bien plus complexe aux États-Unis qu'en Europe. Lorsque le degré de divergence sur les motifs devient trop élevé, l'auteur d'une opinion concordante bascule alors du côté de la minorité. C'est en fonction de cette limite qu'il faut établir une distinction entre les opinions concordantes que je qualifie de « simples », et, suivant en cela la terminologie américaine, les « opinions en partie concordantes et en partie dissidentes ».
- 26 Le juge peut approuver à la fois le dispositif et la motivation qui soutient le raisonnement de la cour, et n'entend que développer des *motifs supplémentaires*

renforçant le résultat de l'argumentation : dans ce cas, son opinion concordante sera dite *simple* (d'après l'appellation américaine *simple concurrence*)⁹. Celle-ci ne dénonce qu'une carence dans le raisonnement de la Cour et apporte des éléments supplémentaires appuyant la majorité, mais ne le désavoue pas, son auteur étant considéré comme un juge « majoritaire »¹⁰. Bien souvent, ces opinions concordantes ne sont que l'occasion pour l'un des membres de la Cour de préciser certains points de la décision, de développer ses propres vues¹¹. « Au minimum, les opinions concordantes sont un commentaire des décisions qu'elles accompagnent et peuvent aider les tribunaux inférieurs dans l'interprétation et l'application de telles décisions »¹². Ces opinions, véritables pages de doctrine, s'éloignent de la fonction initiale des opinions séparées et alourdissent la présentation des décisions de la Cour. Mais elles s'avèrent être un outil pédagogique efficace à l'égard de leur auditoire externe.

- 27 Il se peut également que le juge, tout en continuant d'adhérer au dispositif de la décision, développe des motifs supplémentaires et va plus loin en dénonçant également certains arguments développés par la Cour. Dans ce cas, relevant les failles du raisonnement de la majorité, il propose un fondement juridique différent pour parvenir néanmoins à la même conclusion. L'auteur d'une telle opinion partage ainsi certains motifs retenus par la Cour mais désavoue les autres, sans que son désaccord soit suffisamment grave pour qu'il se range du côté de la minorité.
- 28 Le désaveu total du raisonnement de la majorité accompagné d'un accord sur son résultat paraît pour le moins surprenant. Les mots à l'égard d'une argumentation défailante peuvent être sévères, à l'image de ceux du magistrat constitutionnel espagnol Francisco Rubio Llorente dans une opinion concordante sous une décision du 14 février 1985¹³. Après avoir réfuté un à un les arguments de ses collègues majoritaires, soulignant au passage que leur interprétation « risque de convertir le Tribunal constitutionnel en juge de l'opportunité, assumant une fonction qui doit être réservée au législateur », il développe les siens : « Ce texte est inconstitutionnel, non pour les raisons vues ci-dessus (la majorité avait condamné des critères choisis par le législateur), mais parce que la forme adoptée est inconstitutionnelle ».
- 29 C'est de même avec un ton accusatoire que le juge Harlan, tout en partageant le dispositif, rejette l'argumentation de la majorité dans la décision *Griswold v. Connecticut*¹⁴. Son opinion commence par une formule plutôt courtoise : « J'approuve sans réserve la décision d'annulation, mais je me trouve dans l'incapacité de partager l'opinion de la Cour ». Les lignes qui suivent sont plus dures à l'égard de ses collègues, le juge Harlan estimant que leur interprétation de la clause du *due process* du XIV^e Amendement est tout simplement « inacceptable ».
- 30 Les « opinions en partie concordantes et en partie dissidentes », propres à la pratique de la Cour suprême des États-Unis, sont les plus complexes à analyser. Il faut la plupart du temps lire soigneusement l'opinion pour comprendre si le juge qui en est l'auteur s'est rallié ou non aux votes de ses collègues majoritaires. De telles opinions, faisant basculer leurs auteurs du côté de la minorité, sont ainsi annoncées à la Cour suprême des États-Unis : « *Justice X, concurring in the judgment in part and dissenting in part* », alors que les concordances simples le sont ainsi : « *Justice Y, concurring* ». Il peut arriver qu'une majorité ne se dégage pas sur les motifs de la décision, mais seulement sur la solution à donner au litige : dans ce cas, la décision prend la forme soit d'une opinion où se fondent les opinions séparées, soit d'une décision *per curiam* (aucune mention

n'étant faite de son rédacteur), non motivée, suivie d'opinions séparées. Seule la présentation diffère, le terme de *plurality opinion* s'appliquant dans les deux cas.

- 31 Depuis le début du XIXe siècle, le nombre des *plurality opinions* n'a cessé d'augmenter à la Cour suprême, pour atteindre aujourd'hui des proportions fort regrettables. Le développement de telles opinions, difficilement compréhensibles tant pour le lecteur néophyte que pour le lecteur averti, est l'illustration la plus extrême des concurrences d'interprétation ne pouvant donner lieu à un consensus.

B. La motivation des interprétations concurrentes : théories et idéologies

- 32 L'atmosphère au sein d'une cour constitutionnelle ou cour suprême peut être plus ou moins conflictuelle. Ainsi, aux États-Unis, « les juges de la Cour suprême (...) s'affrontent de plus en plus souvent dans un débat animé et souvent passionné sur des questions d'interprétation en droit »¹⁵, ce qui a conduit le juge Holmes à utiliser la terrible métaphore des « neuf scorpions pris au piège dans une bouteille »¹⁶. Pour le professeur Michel Rosenfeld, cette crise « reflète un manque de confiance par rapport à la validité de critères objectifs permettant d'attribuer des significations claires et distinctes aux textes juridiques »¹⁷.
- 33 La lecture combinée des opinions majoritaires et minoritaires met particulièrement en évidence ces difficultés liées à l'activité interprétative du juge. Je me limite ici à des observations de caractère général sur les différentes conceptions de l'activité interprétative du juge qui ressortent de la confrontation entre les opinions majoritaires et minoritaires. Bon nombre de juges constitutionnels ont rédigé des opinions dissidentes afin de condamner une majorité jugée soit trop, soit pas assez « activiste ». Les partisans d'une lecture « textuelle » de la Constitution et ceux d'une lecture « vivante » s'affrontent par opinions interposées : Il est possible de « raconter » l'histoire de la Cour suprême par ce prisme quasi manichéen, qui fait ressortir, inévitablement, les clivages idéologiques.
- 34 « Il est révoltant », écrivait Holmes dans le célèbre article « The path of the law »¹⁸, « de ne pas trouver meilleure justification d'une règle de droit que la date de son introduction à l'époque d'Henri IV. C'est encore plus révoltant lorsque les fondements de la loi ont disparu depuis longtemps et que la règle perdure par l'effet d'une fidélité inconditionnelle au passé »¹⁹. C'est par cette référence (comme pour mieux légitimer sa dissidence en citant un des plus grands juges de la Cour suprême) que s'ouvre l'opinion dissidente du juge Blackmun sous la décision *Bowers v. Hardwick*²⁰ à propos du lien entre l'homosexualité et le *Right of privacy*. La majorité de la Cour ne manifeste plus le même libéralisme que sous l'ère du président Warren, estimant notamment que « la Cour se fragilise beaucoup et frôle l'illégitimité quand elle se mêle de créer un droit constitutionnel dit par le juge qui n'a que peu ou pas de racines perceptibles dans la lettre ou l'esprit de la Constitution ». S'appuyant sur la citation précitée du juge Holmes, le dissident Blackmun privilégie au contraire une lecture de la Constitution adaptée à l'évolution des mœurs, et profondément libérale²¹.
- 35 À l'inverse, certaines opinions dissidentes permettent à leurs auteurs de dénoncer l'activisme de la Cour. Ce fut ainsi le cas du juge Black, qui dans une opinion minoritaire sous la décision *Goldberg v. Kelly*²², relative aux avantages sociaux pour les plus démunis, reproche à la Cour une vision un peu trop « généreuse » du *Welfare State*. Les mots à

l'égard de ses collègues majoritaires sont particulièrement sévères : « Je regrette beaucoup d'être contraint de dire que la Cour, aujourd'hui, s'éloigne exagérément et dangereusement d'une Constitution qui fut écrite pour contrôler et restreindre l'action du gouvernement et des juges, et se rapproche d'une Constitution conçue pour n'être ni plus ni moins ce que les juges adeptes d'une philosophie économique et sociale déclarent être juste d'une part, ou immoral et inacceptable d'autre part »²³.

- 36 Un parallèle peut être fait avec l'opinion du juge espagnol Francisco Tomás y Valiente sous une décision relative à la dépénalisation partielle de l'avortement. Précisant qu'il n'a « jamais été un enthousiaste de la philosophie des valeurs », le juge dissident prône une interprétation « positiviste » de la Constitution : « Le jugement de constitutionnalité n'est pas un jugement de qualité ou de perfectibilité de la loi. Le Tribunal constitutionnel peut et doit dire en quoi un texte normatif déterminé s'oppose à la Constitution, et, en conséquence, pourquoi il est inconstitutionnel. Il ne peut pas formuler des jugements de valeur »²⁴.
- 37 C'est ainsi que certains juges ont pu écarter de manière explicite le recours au droit naturel, à l'image de Luis Díez Picazo dans une opinion dissidente sous la décision n° 34/1981²⁵ : « La référence à la nature des choses, au caractère raisonnable et à d'autres paramètres similaires à ceux auxquels on a recours pour qualifier une inégalité, entraîne une inclination facile au jusnaturalisme, qui doit être, à tout prix, évitée par une juridiction constitutionnelle »²⁶.
- 38 De manière générale, l'opinion dissidente peut être l'occasion de rappeler aux interprètes suprêmes que la lecture évolutive de la Constitution ne doit pas conduire à sa dénaturation. C'est ainsi que les juges Rafael de Mendizabal Allende et Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, dans une opinion dissidente solidaire sous la décision n° 105/2000 relative à l'extension du pouvoir réglementaire de l'administration judiciaire, dénoncent une « mutation constitutionnelle » dépassant largement l'interprétation évolutive, « un changement du contenu des normes qui, tout en conservant la même rédaction, acquièrent un sens différent »²⁷. Terme de « mutation constitutionnelle » repris par le juge dissident Benjamin Rodríguez dans l'affaire du mariage homosexuel jugé par le Tribunal constitutionnel portugais du 8 avril 2010 (121/2010). Cette opinion dissidente est une parfaite illustration du rapport dialectique existant entre la décision majoritaire et les opinions séparées. Malgré la disproportion formelle (de manière générale en Europe, les opinions séparées ne sont pas aussi développées qu'aux États-Unis), les deux opinions se répondent en partie point pour point, citant notamment les mêmes références doctrinales en les interprétant différemment.
- 39 Ensuite, le dialogue entre juges majoritaires et minoritaires a souvent porté sur le rôle même de la juridiction constitutionnelle. Face à une solution et un raisonnement qu'il ne partage pas, il arrive ainsi que le dissident rappelle à ses collègues les limites et la nature de leur activité, en précisant notamment leur position par rapport aux tribunaux ordinaires ou au législateur.
- 40 C'est ainsi qu'en Espagne, la réflexion des juges dissidents sur le rôle d'une juridiction constitutionnelle fut particulièrement riche au cours des premières années du fonctionnement du Tribunal constitutionnel. Les dissidents se sont notamment posés en « défenseurs » des tribunaux ordinaires, condamnant à plusieurs reprises des empiètements du Tribunal constitutionnel sur leur domaine de compétence. La

question de la caducité des lois antérieures à la Constitution est à cet égard particulièrement intéressante.

- 41 Dans une décision n° 4/1981 du 2 février 1981, le Tribunal a jugé que si les tribunaux ordinaires devaient bien refuser d'appliquer une loi antérieure à la Constitution qu'ils estiment contraire à la norme suprême, ils ne disposaient pas pour autant du pouvoir de l'abroger. « En définitive », conclut la majorité du Tribunal constitutionnel, « il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de juger le pouvoir législatif (...) ; un tel jugement n'est attribué qu'au seul Tribunal constitutionnel »²⁸. Dans une substantielle opinion dissidente, le juge Francisco Rubio Llorente commence par rappeler à ses collègues les différences qui existent entre « inconstitutionnalité » et « abrogation »²⁹. L'exposé est si convaincant que le Tribunal reprendra cette distinction en citant l'opinion minoritaire dans la motivation de la décision n° 14/1981³⁰. Il poursuit en démontrant que « le Tribunal constitutionnel est l'interprète suprême de la Constitution, mais non l'unique, et nos juges et tribunaux sont obligés de l'interpréter, non seulement pour déclarer abrogées les normes antérieures contraires à la Constitution, ou inconstitutionnelles les normes postérieures de rang infra-légal qui l'enfreignent, mais également pour solliciter un jugement du Tribunal constitutionnel à l'égard des lois postérieures, dont leur constitutionnalité leur paraît douteuse (...) ». Le juge Francisco Rubio Llorente termine sa démonstration par des paroles « rassurantes », en soulignant qu'en cas d'interprétation « défectueuse » effectuée par les tribunaux ordinaires, le Tribunal constitutionnel ne manque pas de moyens pour la rectifier (tels que le recours d'*Amparo* ou la question d'inconstitutionnalité).
- 42 Les opinions dissidentes peuvent également être l'occasion pour leurs auteurs de souligner la frontière entre l'activité d'une juridiction constitutionnelle et celle du pouvoir législatif³¹. Ainsi, sous la décision *Lochner v. New York* jugée en 1905³², le juge dissident Harlan s'évertue à rappeler le principe de présomption de constitutionnalité des lois : « S'il doit y avoir un doute sur la validité de la loi, le doute doit être levé en faveur de sa validité, et les cours doivent s'abstenir d'intervenir et laisser le législateur répondre de ses lois mal pensées ». Opinion dissidente qui deviendra plus tard l'opinion majoritaire, preuve suprême de l'impact des opinions séparées sur la motivation des décisions, en l'occurrence futures. Encore aujourd'hui, les juges majoritaires et minoritaires s'affrontent par arguments qui prennent naissance sur cette toile de fond très « lochnériste ». Prenons l'exemple de l'avortement, qui va faire l'objet sans doute en 2022 d'une nouvelle décision très attendue de la Cour suprême.
- 43 Au terme d'une longue et fastidieuse procédure, les juges majoritaires ont rappelé aux États conservateurs que le droit constitutionnel à l'avortement ne pouvait souffrir d'aucune entrave dans la décision *Whole Woman's Health et Al. V. Hellerstedt* du 27 juin 2016³³. La décision majoritaire, signée des juges Breyer, Kennedy, Ginsburg, Sotomayor et Kagan est accompagnée de plusieurs opinions séparées : une opinion concordante du juge Ginsburg, une opinion dissidente du juge Thomas et une opinion dissidente du juge Alito à laquelle se joignent les juges Thomas et le *Chief Justice* Roberts (soit huit juges seulement au total, après la disparition de Scalia qui n'avait pas encore de successeur). La juge Ginsburg ajoute à la décision majoritaire des arguments factuels, imaginant les conséquences qu'aurait eu la loi sur certaines femmes. Quand un État limite l'accès au droit à l'avortement, les femmes désespérées font appel à des praticiens sans qualification, « faute de mieux » (en français dans le texte), en risquant leur vie. Sans surprise, le juge Thomas signe une opinion dissidente acerbe et

substantielle, comme il l'avait fait à l'occasion de la décision *Planned Parenthood v. Casey* en 1992⁴⁴.

- 44 Le juge conservateur commence par dénoncer l'activité interprétative des juges majoritaires qui, selon lui, perpétuent la tradition de « l'habitude de la Cour à appliquer différentes règles à différents droits constitutionnels – spécialement du prétendu droit à l'avortement ». Il affirme d'emblée son opposition, non au raisonnement de la Cour, mais à l'existence même d'un tel droit. Affinant son argumentaire, Thomas rejette également l'utilisation du test du « fardeau excessif » pour mesurer le caractère restrictif des conditions de l'avortement, réaffirmant qu'il « demeure fondamentalement opposé à la jurisprudence de la Cour sur l'avortement ». Et le dissident d'agiter l'épouvantail du gouvernement des juges, de la violation de la séparation des pouvoirs en utilisant deux des mots les plus révélateurs de cette tendance parfois reprochée à la Cour suprême : « *Strict scrutiny* » et « décision *Lochner* ». Pour ses détracteurs, le contrôle le plus strict exercé par le pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif est symptomatique d'un activisme intolérable de la Cour suprême. Activisme qui, depuis un arrêt de 1905, a le mot « *Lochnérisme* » pour synonyme. En citant habilement les deux, le juge Thomas est certain de s'attirer les faveurs des défenseurs d'une interprétation littérale de la Constitution, de la souveraineté des lois des États fédérés. Ce faisant, il rend hommage au juge Antonin Scalia, avec lequel il a co-signé tant d'opinions séparées, en rappelant les principes du textualisme cher au juge disparu : « Soit une loi viole un droit constitutionnel, soit elle ne le viole pas ; il n'y a pas de place pour l'invention par le pouvoir judiciaire de degrés tolérables d'empiétements ».
- 45 Dans une opinion dissidente à laquelle adhèrent le juge Thomas et le *Chief Justice* Roberts, le juge Alito s'attache dans un premier temps à critiquer l'interprétation de la *Res Judicata* par la cour majoritaire. Selon lui, l'argument du « changement des circonstances » est faible et poursuit en réalité l'objectif de casser l'autorité de chose jugée d'une décision. Faisant le lien entre cette question contentieuse et le grand débat de société qu'est l'avortement, il conclut ainsi : « Quand nous nous prononçons sur des sujets particulièrement controversés, nous devrions prendre un soin tout spécial dans l'application des règles procédurales fermement établies d'une manière neutre. La Cour ne l'a pas fait en l'espèce ».
- 46 Ces exemples plus récents apportent la preuve que la Cour suprême des États-Unis continue d'être l'un des lieux privilégiés des concurrences d'interprétation. À l'instar de toutes les autres juridictions, elle apporte l'illustration que la vie du droit n'est pas la logique mais l'expérience pour paraphraser le juge Holmes. Mais au-delà de cette banalité pour qui perçoit une décision de justice comme le produit de la volonté, la Cour suprême héberge le berceau des concurrences d'interprétations. Berceau dans lequel ne dorment pas, mais s'agitent théories, épistémologies et idéologies multiples. Tout ce qui doit faire horreur à certains – pas tous – normativistes européens et qui font la joie de l'auteur de ces quelques lignes.

NOTES

1. Wanda MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, préface Michel TROPER, Economica, collection Droit public positif, 2005, p. 17.
 2. Hans KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduction de Charles EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962, p. 322 (souligné par nous).
 3. *Ibid.*, p. 324.
 4. *Ibid.*, p. 7.
 5. Georges KALINOWSKI (G.), « Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi », *Archives de philosophie du droit*, tome n° 19, 1974, p. 67.
 6. Sur cette fonction persuasive en particulier, je me permets de renvoyer à mon essai, *L'art de la motivation, substance du droit. Mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, collection « Les sens du droit », 2020, 178 p.
 7. Opinion dissidente de Francisco TOMAS Y VALIENTE, à laquelle adhèrent Angel LATORRE SEGURA, Manuel DIEZ DE VELASCO et Plácido FERNÁNDEZ VIAGAS, sous la décision du Tribunal constitutionnel espagnol n° 5/1981 du 13 février 1981. Des sénateurs avaient intenté un recours d'inconstitutionnalité contre la loi organique sur le statut des centres scolaires. Ils avaient demandé au Tribunal, en cas de constitutionnalité de la loi, de rendre une décision interprétative. Le Tribunal répond que « la production d'une sentence interprétative ne peut faire l'objet d'une prétention des auteurs du recours » (fondement juridique n° 6). En réaction à cette attitude, les juges dissidents vont dans le sens de la demande des requérants.
 8. Marie-Claire PONTTHOREAU (M.-C.), *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française, essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, thèse, PUAM/ Economica, collection Droit public positif, Aix-en-Provence/Paris, 1994, p. 169.
 9. Un juge, tout en se ralliant aux motifs de la Cour, peut au contraire estimer que certains sont superfétatoires. C'est ainsi que le juge STEVENS, dans une opinion concordante sous la décision *Washington v. Davis*, 426 US 229 (1976), considérant que la Cour « n'avait pas à s'embarrasser de considérations sur les efforts accomplis pour recruter des officiers de police Noirs, etc... », entend proposer « un fondement plus étroit que celui décrit par la Cour ».
 10. Voir notamment Igor KIRMAN, « Standing apart to be a part: the precedential value of Supreme Court concurring opinions », *The Columbia Law Review*, n° 95, 1995, p. 2089.
 11. Certains juges, en rédigeant une opinion concordante simple, manifestent également le vœu de marquer une décision très importante de leur empreinte personnelle. C'est ainsi qu'a pu être interprétée l'opinion du juge Franckfurter sous la décision *per curiam Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958).
 12. Igor KIRMAN, « Standing apart to be a part: the precedential value of Supreme Court concurring opinions », *op. cit.*, p. 2084.
 13. Décision n° 20/1985 du 14 février 1985.
 14. 381 U.S. 479 (1965).
 15. Michel ROSENFELD, *Les interprétations justes*, Bruylant/LGDJ, collection La pensée juridique, Bruxelles/Paris, 2000, p. 19.
 16. Cité par John P. KELSH, « The opinion delivery practices of the United States Supreme Court, 1790-1945 », *Washington University Law Quarterly*, n° 77, 1999, p. 170.
 17. Michel ROSENFELD, *Les interprétations justes*, *op. cit.*, p. 19.
 18. Oliver Wendell HOLMES (O.W.), « The path of the law », *Harvard Law Review*, n° 10, 1897, pp. 460.
 19. *Ibid.*, p. 457.
 20. 478 US 186 (1986).
-

21. Voir William Joseph BRENNAN, « A tribute to Justice Harry Blackmun », *Harvard Law Review*, n° 108, 1994, p. 2; Diane P. WOOD (D.P.), « Justice Harry A. Blackmun and the responsibility of judging », *Hastings Constitutional Law Quarterly*, n° 26, 1998, p. 16.
 22. 397 US 254 (1970).
 23. Le dissident avait au préalable déclaré : « Il est clair que la décision présente n'est dictée ni par le texte de la Constitution lui-même, ni par les principes qui ont guidé d'autres décisions, mais seulement par le jugement collectif de la majorité sur ce qui serait une procédure juste et humaine (...) ».
 24. Opinion dissidente du juge Francisco TOMAS Y VALIENTE sous la décision n° 53/1985.
 25. Décision du 10 novembre 1981.
 26. *Ibid.*
 27. Opinion dissidente du juge Rafael DE MENDIZABAL ALLENDE à laquelle adhère le juge Manuel Jimenez DE PARGA Y CABRERA sous la décision n° 105/2000 du 13 avril 2000.
 28. Fondement juridique n° I-d.
 29. « L'abrogation est le simple résultat de la succession des normes dans le temps ; l'inconstitutionnalité, au contraire, résulte seulement de la contradiction entre la Constitution et une norme qui lui est postérieure ».
 30. Décision du 29 avril 1981.
 31. Pour un exemple allemand, voir l'opinion dissidente du juge Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE sous la décision *Impôts sur la fortune* du 22 juin 1995 de la Cour constitutionnelle fédérale, *BVerfGE* 93, pp. 121, 149. Voir Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle réunis, traduits et présentés par Olivier JOUANJAN, LGDJ/Bruylant, collection La pensée juridique, Paris/ Bruxelles, 2000, pp. 9-10.
 32. 198 U.S. 45 (1905).
 33. 579 U.S. 582 (2016).
 34. 505 U.S. 833 (1992).
-

RÉSUMÉS

La question des opinions séparées des juges constitutionnels est au cœur de la problématique des interprétations concurrentes. Leur seule possibilité d'existence apporte la preuve desdites concurrences, chaque juge formalisant une opinion qu'il tient pour vraie. L'étude du statut des opinions séparées, trop souvent ramenées à un simple langage doctrinal, précède celle de leur contenu. L'opinion séparée est une opinion alternative à celle de la majorité de la Cour, rédigée par un ou plusieurs juges constitutionnels, soit parce qu'elle propose une solution différente (opinion dissidente), soit parce qu'elle offre un fondement différent pour une solution identique (opinion concordante). À travers des exemples d'opinions des juges de la Cour suprême américaine et du Tribunal constitutionnel espagnol, l'article tente de synthétiser les questions substantielles qui nourrissent de la manière la plus significative les divergences d'interprétation.

The topic of the separate opinions of constitutional judges is at the heart of the problem of competing interpretations. The possibility of their existence provides evidence of such concurrences, with each judge formulating an opinion that he believes in. The study of the status of separate opinions, too often reduced to an academic language, precedes that of their content.

A separate opinion is an alternative opinion to the majority opinion of the Court, written by one or more constitutional judges, either because it proposes a different solution (dissenting opinion) or because it offers a different basis for an identical solution (concurring opinion). Through examples of opinions of the justices of the US Supreme Court and the Spanish Constitutional Court, the article attempts to synthesize the substantive issues that most significantly highlight differences.

INDEX

Keywords : separate opinion, dissenting opinion, concurring opinion, plurality opinion, theories of interpretation, judicial review, United States Supreme Court, Spanish Constitutional Court, judicial activism, self-restraint

Mots-clés : opinion séparée, opinion dissidente, opinion concordante, plurality opinion, théories de l'interprétation, justice constitutionnelle, Cour suprême des États-Unis, Tribunal constitutionnel espagnol, civisme judiciaire, self restraint

AUTEUR

WANDA MASTOR

Wanda Mastor est professeur de droit public à l'université Toulouse Capitole au Centre de droit comparé-IRDEIC