

# De l'opportunité des opinions séparées

Plaidoyer en faveur de l'introduction des opinions séparées à la Cour  
constitutionnelle et à la Cour de cassation

Mémoire réalisé par  
**Sarah Vanderstraeten**

Promoteur  
**Jean-François van Drooghenbroeck**

Année académique 2014-2015  
**Master en droit**



## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

## INTRODUCTION

« *Les débats sont clos. L'affaire est prise en délibéré.* » Sauf en cas de réouverture des débats, cette annonce des juges clôturera la dernière audience d'une action judiciaire et ouvre la phase du délibéré. A cette étape de l'instance, les juges du collège se retirent et, ensemble, vont discuter de la décision à rendre dans l'affaire en cause. Nos lois ne sont pas bavardes quant au délibéré. L'article 778 du Code judiciaire nous donne quelques informations quant à son déroulement<sup>1</sup> et le droit s'accorde à le considérer comme secret : rien ne peut fuir quand à ce qui a été dit et fait à ce stade de la procédure. Cela résulte en des décisions de justice rendues de manière anonyme et apparemment unanime. Pourtant, les juges le savent et les justiciables s'en doutent, les positions des juges sont souvent divergentes et les décisions rendues par le collège d'instance ne recueillent pas toujours l'assentiment de tous ses membres.

Quel est l'intérêt de cet « *écran d'unanimité* »<sup>2</sup> qui cache chez nous la décision de justice ? Pour quelles raisons les jugements ne devraient-ils émaner que d'une « *voix collective et anonyme* »<sup>3</sup> ? Puisque l'on sait tous qu'un collège est nécessairement parcouru par des dissensions, pourquoi ne pas reconnaître publiquement cette « *polyphonie juridictionnelle* »<sup>4</sup>, à l'instar de nombreux pays et systèmes juridiques, mais aussi à l'instar de certaines juridictions internationales ? Afin que nos juridictions suprêmes incarnent vraiment le consensus social qu'elles sont sensées refléter, ne serait-il pas légitime de consacrer le pluralisme de notre société démocratique au sein de celles-ci en laissant la possibilité aux juges de rédiger des opinions séparées ?

L'objectif du présent travail est de proposer de donner aux juges des cours constitutionnelle et de cassation la possibilité de rédiger des opinions séparées. On analysera donc dans un premier temps le principe du secret du délibéré, en s'intéressant plus particulièrement à son fondement légal et à son opportunité sur le

---

<sup>1</sup> « *Après que la discussion est terminée, le président recueille les opinions individuellement, en*

<sup>2</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *Rev. Trim. D. H.*, 2004, p. 216.

<sup>3</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011 p. 9.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 16.

terrain. Dans un second temps, on étudiera le système des opinions séparées. A cet égard, on examinera les différentes déclinaisons des opinions séparées, leur origine et leur portée. Cette recherche sera aussi l'occasion d'apprécier la question de la compatibilité de ces opinions séparées avec le secret du délibéré, mais surtout, de se pencher de manière approfondie sur les potentiels effets bénéfiques des opinions séparées, tout en dénotant, ce faisant, les aspects critiquables du secret du délibéré. Dans un dernier temps, enfin, on s'arrêtera sur la mise en œuvre concrète de l'introduction des opinions séparées. A cette fin, on listera les exemples étrangers utiles et pertinents de réglementation de l'usage des opinions séparées. On observera aussi quelques suggestions de versions atténuées des opinions séparées. On terminera en se questionnant sur le meilleur fondement légal à donner aux opinions séparées, et sur la manière dont cette innovation serait éventuellement perçue par les mentalités.

## **Titre 1** Le secret du délibéré

### **Chapitre 1** Précision liminaire

L'objectif du présent travail est de développer une argumentation en faveur de l'introduction de l'option des opinions séparées au sein des juridictions judiciaires suprêmes belges. C'est pourquoi le présent titre n'aborde que les facettes du secret du délibéré qui sont pertinentes à cet égard.

### **Chapitre 2** Définition et portée

René Chapus, sans se pencher sur la nature<sup>5</sup> du secret du délibéré, le définit par son contenu : « *il impose aux juges de délibérer hors la présence, tant du public que des parties et de leurs avocats; il interdit, d'autre part, la divulgation, à quelque époque que ce soit et à qui que ce soit, de ce qu'ont été les discussions et de la façon dont chacun des magistrats s'est prononcé.* »<sup>6</sup> Ainsi, les magistrats participant aux délibérations ne peuvent en révéler ni le cours ni le contenu, de quelque manière que ce soit<sup>7</sup>, « *à quelque époque que ce soit et à qui que ce soit* »<sup>8</sup>. En conséquence, le juge qui refuserait d'apposer sa signature au bas d'un jugement au motif que ses convictions l'empêchent<sup>9</sup> d'y adhérer viole le secret du délibéré car, ce faisant, il révèle son désaccord avec la décision rendue<sup>10</sup>. Il en va de même de la décision qui préciserait, lorsque cela n'est pas requis par la loi, avoir été prise à l'unanimité<sup>11</sup> car, ce faisant, elle révèle l'opinion de chacun des juges<sup>12</sup>.

Il convient de distinguer de manière claire, dans le chef du magistrat, l'obligation de respecter le secret du délibéré de celle de respecter le secret professionnel, telles qu'unanimement acceptées au sein du monde judiciaire.

---

<sup>5</sup> Nature qui, nous le verrons, est sujette à controverses: cf. pp. 9 et suivantes.

<sup>6</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 932.

<sup>7</sup> J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *DAOR*, 2009, p. 282.

<sup>8</sup> B. PRIGNON, « Le secret du délibéré », *Ius & Actores*, 2011, p. 109.

<sup>9</sup> Pour que violation il y ait, il faut que le motif de refus de signer soit illégitime. On ne vise pas le juge qui se trouve dans l'impossibilité de signer au sens de l'article 785 du Code judiciaire.

<sup>10</sup> Cass., 24 janvier 2007, *Pas.*, 2007, X, p. 167.

<sup>11</sup> Du moins en France, où le secret du délibéré partage les mêmes origines fondamentales qu'en Belgique : Cass. fr., 9 novembre 1945, *Gaz. Pal.*, 1948, p. 233.

<sup>12</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 199.

Le secret du délibéré, d'une part, porte sur le déroulement et le contenu du processus du délibéré<sup>13</sup>. Il couvre tant les échanges entre les magistrats à l'occasion du délibéré que la structure même du délibéré<sup>14</sup>. Le secret professionnel du magistrat, d'autre part, porte sur les éléments qui sont confiés à celui-ci par les justiciables aux cours de l'affaire jugée<sup>15</sup>. Ce champ d'informations-là n'entre pas dans le champ du secret du délibéré ; sa protection est assurée par l'obligation de respecter le secret professionnel qui s'impose aux magistrats en vertu de l'article 458 du Code pénal<sup>16</sup> tel qu'interprété par la jurisprudence.

Cette distinction, et plus spécialement le fait que le secret professionnel du magistrat couvre les informations qui lui sont confiées par le justiciable n'est aucunement controversée. Par contre, ce qui, comme nous le verrons plus bas<sup>17</sup>, fait l'objet de dissensions au sein du monde judiciaire est la question de savoir si le secret du délibéré constitue ou non une facette du secret professionnel.

### Chapitre 3 Origines

Selon Yannick Lécuyer, le secret du délibéré se serait imposé dans la procédure civile suite à une contamination de cette dernière par la procédure de droit

---

<sup>13</sup> L. HUYBRECHTS, « Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim », *N.C.*, 2012, p. 282; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », in *Het Beraad en de Rechter* (opgesteld o.l.v. F. FLEERACKERS en R. VAN RANSBEECK), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 49 ; Cass. (2<sup>de</sup> kamer), 13 maart 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1255, noot F. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt ».

<sup>14</sup> La structure du délibéré recouvre entre autres choses « *les questions discutées, l'ordre des débats, les éventuels revirements* » : J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *o.c.*, p. 282.

<sup>15</sup> P. LAMBERT, v<sup>o</sup> Secret professionnel, *R.P.D.B.*, compl. X, 2007, p. 721.

<sup>16</sup> « *Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent euros à cinq cents euros.* » Bien que l'article ne cite pas les officiers de justice, il est de jurisprudence constante que ceux-là sont visés par la disposition : Cass., 20 février 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 141 ; X. DE RIEMACKER et G. LONDERS, *Statut et déontologie des magistrats*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 310. Le fait qu'elle ne les reprenne pas expressément serait justifié par la considération selon laquelle les juges seraient plus dignes de confiance que les médecins et davantage empreints de délicatesse vis-à-vis des informations sensibles dont ils prendraient connaissance dans le cadre de leur profession : R. FLORIOT et R. COMBALDIEU, *Le secret professionnel*, Paris, Flammarion, 1973, p. 13. L'article datant de 1867, la motivation sous-tendant cet « oubli » volontaire passe aujourd'hui pour désuète.

<sup>17</sup> Cf. p. 11.

canonique<sup>18</sup>. C'est d'abord par principe que la tradition du secret s'est imposée aux délibérations, du temps où Etat et Eglise étaient liés. Elle a ensuite été maintenue, après la révolution française, parce que les magistrats, suite à la réorganisation du système judiciaire, se sont vus attribuée la responsabilité de « *rendre la justice au nom du roi* »<sup>19</sup> et que par définition, la volonté du roi se doit d'être univoque<sup>20</sup>. Par la suite, le secret aurait été justifié par sa fonction de garantie de l'indépendance des juges et de l'autorité de la chose jugée<sup>21</sup>.

Yannick Lécuyer voit dans le secret du délibéré un « *véritable reliquat du droit canonique* »<sup>22</sup>, un héritage du temps où trône et autel étaient intimement associés. Pour preuve, le serment que doivent prêter les juges français leur impose, de nos jours encore, de « *garder religieusement le secret des délibérations* »<sup>23</sup>. Avant que la France ne se proclame Etat laïque, Charles V évoquait le « *mystère de la Justice* ». Ce qui fait dire à Lécuyer que la France, à laquelle la Belgique appartenait jadis, serait la « *fille aînée de l'Eglise romaine* ». Et ce lien résiduel entre l'Etat et l'Eglise s'illustrerait au travers d'autres facettes de la Justice : les toges des magistrats seraient des « *ersatz laïques de la soutane* »<sup>24</sup> et le fait que l'assemblée se lève à l'arrivée de la Cour s'inspirerait du rituel qui salue l'entrée du prêtre dans l'Eglise<sup>25</sup>. Cette origine dogmatique du secret du délibéré est, nous le verrons, un de ses aspects les plus exposés à la critique<sup>26</sup>.

Le délibéré n'a pas toujours été secret. D'une part, en effet, puisque l'origine supposée du secret est le droit canonique, le délibéré n'était par déduction pas secret

---

<sup>18</sup> Il base son affirmation sur R. PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 34; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 201.

<sup>19</sup> P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1839, p. 80.

<sup>20</sup> J. MALENOVSKY, « Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international », *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, 2010, p. 37.

<sup>21</sup> C.E. fr., 17 novembre 1922, *Lebon*, p. 849 : « *Considérant que le secret des délibérations dans les assemblées juridictionnelles est un principe général du droit public français; que ce principe a pour objet d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions; qu'il s'impose, dès lors, à toutes les juridictions, à moins d'exception formelle consacrée par la loi* » ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 200.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 6.

<sup>24</sup> P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, P.U.F., 1968, p. 273.

<sup>25</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, pp. 201-202.

<sup>26</sup> *Cf.* p. 28.

avant l'établissement de ce droit. D'autre part, la Constitution du 6 Messidor An I<sup>27</sup> précisait, en son article 94, à propos des juges de paix et des arbitres élus : « *Ils délibèrent en public. Ils opinent à haute voix.* »<sup>28</sup> Cette prescription resta cependant lettre morte, car la Constitution de l'an I n'entra jamais en vigueur<sup>29</sup> et fut remplacée par des constitutions consacrant un délibéré secret<sup>30</sup>.

## Chapitre 4 Source(s)

Le doute plane en Belgique quant au fondement légal de l'obligation de respecter le secret du délibéré qui s'impose à l'ensemble de nos juridictions. En effet, hormis en ce qui concerne la procédure de contrôle constitutionnel<sup>31</sup>, le droit belge est muet quant au secret du délibéré<sup>32</sup>. Cette incertitude n'existe pas en France. Non seulement le serment des juges français contient la promesse de « *garder religieusement le secret du délibéré* »<sup>33</sup>, mais en plus l'article 448 du Code de Procédure civile<sup>34</sup> et l'article 375.2 du Code de Procédure pénale<sup>35</sup> français entérinent expressément ce principe.

Nous constaterons dans les sections qui suivent que l'incidence de la question des sources du secret du délibéré n'est pas des moindres : elle détermine les conséquences de la violation du secret, c'est-à-dire, soit une sanction disciplinaire, dans les deux premiers cas suggérés<sup>36</sup>, soit une sanction pénale<sup>37</sup> dans le dernier cas.

---

<sup>27</sup> C'est à dire du 24 juin 1793.

<sup>28</sup> J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier-Flammarion, 1976, p. 89.

<sup>29</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 203.

<sup>30</sup> Comme par exemple la Constitution du 5 Fructidor An III qui stipule par son article 208 que « *Les juges délibèrent en secret* ».

<sup>31</sup> L'article 108 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle précise que « *Les délibérations de la Cour sont secrètes* ».

<sup>32</sup> B. PRIGNON, « Le secret du délibéré », *o.c.*, p. 109 ; F. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », noot onder Cass. (2<sup>de</sup> kamer), 13 maart 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1259 ; E. BREWAEYS, « Gerechtig recht », in *Het Beraad en de Rechter* (opgesteld o.l.v. F. FLEERACKERS en R. VAN RANSBEECK), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 21.

<sup>33</sup> Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 6.

<sup>34</sup> « (...) *Les délibérations du juge sont secrètes. (...)* ».

<sup>35</sup> « *Il écrit à la suite, ou fait écrire secrètement, le mot 'oui' ou le mot 'non' sur une table disposée de manière que personne ne puisse voir le vote inscrit sur le bulletin* ».

<sup>36</sup> J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *o.c.*, p. 276 ; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 46.

<sup>37</sup> Eventuellement combinée à une sanction disciplinaire.

## Section 1 Le devoir de déontologie du magistrat

Les prémisses du contentieux de cassation relatif au secret du délibéré ont vu la Cour juger que la violation du secret « *pourrait, selon les circonstances, donner lieu à une poursuite disciplinaire* <sup>38</sup> ». Hendrik Vuye perçoit dans cet arrêt une reconnaissance par la Cour de l'origine déontologique du secret<sup>39</sup>.

## Section 2 Le principe général du secret des délibérations

Se référant au même arrêt de 1858 de la Cour de Cassation, le *Répertoire pratique du droit belge* y discerne pour sa part un entérinement par la Cour de ce que le secret du délibéré serait en fait un principe général de notre droit<sup>40</sup>. Quel que soit l'enseignement exact à retirer de cet arrêt, la Cour confirmera cette jurisprudence potentielle dans deux arrêts rendus en 1953 dans lesquels elle évoquera « *le principe du secret des délibérations* <sup>41</sup> ». Quelques années plus tôt, le Conseil d'Etat français avait également confirmé ce caractère général du secret du délibéré dans son arrêt *Légillon*<sup>42</sup>.

Certains auteurs rejoignent la Cour de cassation en ce qu'ils préconisent pour la violation du secret les mêmes conséquences que celles dégagées par ses soins, à savoir d'éventuelles sanctions disciplinaires<sup>43</sup>. Sans s'attarder sur la nature de l'obligation de respecter le secret, les *Pandectes*, pour leur part, sont fermes quant aux

---

<sup>38</sup> Cass., 14 juin 1858, *Pas.*, 1858, I, p. 261: l'affaire avait trait au refus d'un juge d'apposer sa signature au bas d'un jugement.

<sup>39</sup> H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 45 ; cette assertion isolée découle probablement du fait que la Cour ne s'étend pas sur la nature et la source du secret, contrairement à ses arrêts postérieurs où elle le qualifiera de principe puis d'obligation pénale.

<sup>40</sup> « *Malgré le silence de notre législation, le secret des délibérations est un principe de notre droit public que la Cour de cassation a déjà reconnu, notamment dans son arrêt du 14 juin 1858 (...) car elle y dit que sa divulgation pourrait, selon les circonstances, donner lieu à poursuites disciplinaires* » : *R.P.D.B.*, v° Jugements et arrêts, t. VII, 1950, p. 333 ; il est rejoint en ce point par les *Pandectes* : *Pand.*, v° Délibéré, 1889, p. 114.

<sup>41</sup> Cass., 4 mai 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 653 ; Cass., 6 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 878.

<sup>42</sup> Le qualifiant comme une principe général du droit public français : C.E. fr., 17 novembre 1922, *Lebon*, p. 849.

<sup>43</sup> J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *o.c.*, p. 277 ; F. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistratuur en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », *o.c.*, p. 1258.

conséquences de sa violation : elle n'entraînerait que des conséquences disciplinaires<sup>44</sup>.

### Section 3 L'obligation de respecter le secret professionnel de l'article 458 du Code pénal

#### §1 Pro

Certains affirment que l'obligation de respecter le secret du délibéré est une déclinaison de l'obligation de respecter le secret professionnel, en ce que le secret du délibéré impose au juge, détenteur des opinions de ses collègues suite à l'exercice de ses fonctions, de ne pas ébruiter celles-là<sup>45</sup>. Il ne peut par conséquent pas révéler sa propre opinion sur l'affaire jugée car cela lèverait un pan sur les positions prises par les autres juges du collège<sup>46</sup>. Ces auteurs font une différence entre le secret professionnel qui s'impose au magistrat vis-à-vis des informations qui lui sont confiées par le justiciable, et celui qui s'impose vis-à-vis des informations qui lui sont confiées par ses confrères au cours de ses fonctions. Selon eux, ces deux devoirs dérivent de l'article 458 du Code pénal<sup>47</sup>.

La jurisprudence rejoint ce courant. Dans un arrêt du 24 janvier 2007, plus connu sous le nom de « *l'affaire Monin* », la Cour de Cassation a affirmé que « *en tant que [le moyen] revient à soutenir que la seule circonstance qu'un juge fait connaître publiquement son désaccord par le refus de signer un jugement n'implique pas la violation d'un secret punie par l'article 458 du Code pénal, le moyen, en cette branche, manque en droit.* »<sup>48</sup> Elle confirme sa position dans son fameux arrêt du 13

---

<sup>44</sup> Une telle violation « *serait sanctionnée par des peines disciplinaires et même, dans certains cas, par la nullité* » : *Pand.*, v° Délibéré, *o.c.*, p. 114, n°20 : pas la moindre trace d'une éventuelle sanction pénale dans ce numéro.

<sup>45</sup> J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *o.c.*, pp. 278-280 ; X. DE RIEMAECKER, « Les magistrats », in *Le secret professionnel*, (sous la dir. de D. KIGANAHE et Y. POULLET), Bruges, La Charte, 2002, p. 156 ; B. PRIGNON, « Le secret du délibéré », *o.c.*, p. 110 ; L. HUYBRECHTS, « Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim », *o.c.*, p. 281 ; P. LAMBERT, v° Secret professionnel, *o.c.*, p. 721.

; B. INGHELS et F. STEVENART MEEUS, « Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ? », in *L'entreprise et le secret* (sous la dir. de V. CASSIERS et S. GILSON), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 311.

<sup>46</sup> J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *o.c.*, p. 278 ; Cass. fr., 27 mai 1847, *Sirey*, I, p. 547.

<sup>47</sup> J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *o.c.*, p. 277.

<sup>48</sup> Cass., 24 janvier 2007, *Pas.*, 2007, X, p. 167.

mars 2012, rendu à l'occasion de la saga Fortis : « *Behalve in de wettelijk bepaalde uitzonderingen moeten rechters het geheim bewaren over het beraad waaraan zij hebben deelgenomen. De niet naleving van deze geheimhoudingsplicht wordt bestraft volgens art. 458 Sw.* »<sup>49</sup> En matière de secret du délibéré, ces deux arrêts de principe étant les plus récents, ils dicteront probablement les futures positions de nos cours et tribunaux à cet égard.

## §2 Contra

Le principal argument opposé par la doctrine à cette extension du champ d'application personnel de l'article 458 du Code pénal est que ce dernier vise seulement, *ratione personae*, les bénéficiaires des services dispensés par les destinataires de ce prescrit<sup>50</sup>. Cette interprétation est sous-tendue par la considération selon laquelle la *ratio legis* de l'article serait d'assurer la confiance des citoyens en les personnes visées par l'article<sup>51</sup>, afin que les premiers puisse se confier aux seconds en toute confiance, dans leur plein intérêt<sup>52</sup>. Les partisans d'une telle conception considèrent donc que l'article 458 ne tend à protéger que les justiciables et aucunement les confrères de ses destinataires.

Un autre argument en faveur de cette position est l'absence de toute référence à une sanction pénale dans la partie relative au secret du délibéré dans nos *Pandectes*. Celles-là, comme on l'a vu plus haut<sup>53</sup>, citent la possibilité de peines disciplinaires et même d'une nullité du jugement mais restent silencieuses quant à d'éventuelles suites pénales<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Cass. (2<sup>de</sup> kamer), 13 maart 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1255, noot F. BLOCKX, «Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt ».

<sup>50</sup> « (...) *diegene die hulp of bijstand van deze beroepscategorieën nodig hebben* » : F. BLOCKX, «Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », *o.c.*, p. 1258.

<sup>51</sup> F. BLOCKX, «Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », *o.c.* ; G. PIERRON, « Le secret professionnel du juré », *Rev. Sc. Crim.*, 1953, p. 720.

<sup>52</sup> Etre soigné et jugé de manière éclairée et informée, et donc des plus pertinentes qui soient.

<sup>53</sup> *Cf.* p. 10.

<sup>54</sup> *Pand.*, v° Délibéré, *o.c.*, p. 114; P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *J.T.*, 2013, p. 806.

## Chapitre 5 Le secret du délibéré à l'épreuve de la pratique

### Section 1 Un principe souvent violé

En pratique, le secret du délibéré serait très souvent violé par les magistrats, pour des raisons constructives : « *hésiter et douter afin de ne pas se précipiter vers les évidences aveuglantes*<sup>55</sup> », c'est-à-dire mener au mieux leur office<sup>56</sup>.

En effet, nombreux seraient les juges qui demanderaient les avis de collègues plus spécialisés sur un point de droit ou sur des éléments factuels dont ils ont à connaître<sup>57</sup>. L'avantage d'une telle pratique est qu'elle permet à son auteur de prendre une décision plus éclairée. Un autre exemple fréquent de pratiques bien ancrées violant le secret du délibéré est le suivant : certaines juridictions, afin d'épauler leurs nouvelles recrues dans la pratique du métier, établissent un système de parrainage qui veut que le nouveau venu transmette ses projets de jugements à un mentor qui le conseillerait si besoin<sup>58</sup>. En outre, Jean-François Burgelin rappelle l'incidence nécessaire et difficilement évitable des relations proches au sein des cours et tribunaux sur le secret du délibéré : « *Tout cela pour dire qu'il ne doit pas être entretenu d'illusions excessives sur le secret du délibéré dans les tribunaux et cours d'appel. Non pas que les magistrats manquent à leur serment. Mais ils ne peuvent empêcher que, dans le petit monde assez clos du Palais de Justice, les praticiens qui les entourent sachent parfaitement qui est qui et qui pense quoi.*<sup>59</sup> »

Ces considérations pratiques amènent Paul Martens à redouter les conséquences d'un rattachement de l'obligation de respecter le secret du délibéré à celle de respecter le secret professionnel telle qu'imposée par l'article 458 du Code pénal : un déluge de sanctions pénales viendrait en effet s'abattre sur ces habitudes qui pourtant

---

<sup>55</sup> B. LATOUR, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004, p. 232.

<sup>56</sup> P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *o.c.*, p. 807 ; J. ENGLEBERT, « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *o.c.*, p. 277 ; B. PRIGNON, « Le secret du délibéré », *o.c.*, p. 113.

<sup>57</sup> B. INGHELIS et F. STEVENART MEEUS, « Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ? », *o.c.*, p. 313.

<sup>58</sup> P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *o.c.*, p. 807.

<sup>59</sup> J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.*, 2001, p. 2756.

enrichissent les décisions de justice<sup>60</sup>. Cette défiance de l'auteur repose sur deux motivations distinctes: l'une est le questionnement du bien-fondé de l'institution du secret du délibéré telle que couvrant la phase du délibéré et vise plutôt à élargir la possibilité d'un secret partagé ; l'autre est la mise en doute de la qualification faite par certains de cette obligation du secret. Si la première n'intéresse pas le présent travail, la seconde est par contre à considérer ici en ce qu'elle s'oppose clairement à un rattachement du secret du secret du délibéré au secret professionnel.

## Section 2 Un principe de moins en moins opportun

La question de l'opportunité du secret est de plus en plus soulevée face à l'augmentation du nombre de cas confiés à un juge unique<sup>61</sup>. En effet, quelle serait l'utilité du maintien du secret du délibéré *a posteriori*, c'est-à-dire une fois le jugement rendu, si l'on attend du juge qu'il motive son jugement de manière adéquate<sup>62</sup>?

*A priori*, le secret serait utile, selon certains, en ce qu'il impose au juge de ne rien révéler sur son éventuelle position. Cependant, d'autres considèrent que cette interdiction ne serait pas nécessaire, en ce que les confrères qu'elle tendait à protéger en cas de décision rendue collégalement ont dans cette configuration disparu. Les premiers avancent que le secret du délibéré viserait à protéger le juge de lui-même, c'est-à-dire à éviter qu'il n'exprime quelque opinion qu'il lui serait par la suite peu aisé de modifier, du fait qu'il l'aurait partagée en public<sup>63</sup>, tandis que les seconds estiment que le secret n'a aucune raison d'être, la collégialité des décisions de justice étant cette dernière<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *o.c.*, p. 807; Paul Martens en vient même à écrire, à propos du fait de s'enrichir des opinions plus avisées de ses collègues spécialistes afin de trancher une question en connaissance de cause « *On n'en dira pas davantage sur ces pratiques auxquelles s'est abondamment prêté le signataire de cette note, même si la prescription de l'action pénale, en ce qui le concerne, paraît acquise.* »

<sup>61</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 207 ; L. HUYBRECHTS, « Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim », *o.c.*, p. 282 ; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 56.

<sup>62</sup> Cf. Cour eur. D.H., arrêt Taxquet c. Belgique du 16 novembre 2010, *Rev. trim. dr. h.*, 2010, p. 695, à transposer à la procédure civile.

<sup>63</sup> F. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », *o.c.*, p. 1261 ; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 54.

<sup>64</sup> P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *o.c.*, p. 805.

### Section 3 Un principe de plus en plus questionné

Nombreuses sont les voix qui aujourd'hui s'élèvent en faveur d'un délibéré plus accessible, essentiellement pour des raisons relatives à nos valeurs sociétales, au travers notamment d'un système d'opinions séparées. C'est sur les différents arguments sous-tendant ce discours et sur les solutions avancées par celui-là que nous nous penchons maintenant.

#### Titre 2 Les opinions séparées

##### Chapitre 1 Définition

L'opinion séparée, ou encore, comme en Espagne, « *l'opinion particulière* »<sup>65</sup>, est un document joint au texte du jugement rendu par une instance collégiale dans lequel un ou plusieurs membres du collège expriment leur divergence d'avis vis-à-vis de la décision rendue par la majorité<sup>66</sup> et, dans certains cas, également vis-à-vis des opinions rendues par certains de leurs collègues en particulier à l'occasion de la même décision<sup>67</sup>. La rédaction d'une telle opinion est facultative<sup>68</sup> et ne dispense pas les juges qui s'y adonnent de signer la décision principale<sup>69</sup>.

Une même décision peut faire l'objet de plusieurs opinions séparées et une même opinion peut reprendre les avis de plusieurs juges<sup>70</sup>, qui l'auront alors rédigée

---

<sup>65</sup> On parlera alors d'une opinion individuelle ou d'une opinion collective : Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, pp. 212-213 ; T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, p. 94.

<sup>66</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 197 ; L. TROCSANYI et A. HORVATH, « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, p. 104 ; D. SZYMCAK, « La manipulation par la Cour européenne des droits de l'homme de ses propres précédents », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHEOREAU), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 61-85 ; W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHEOREAU), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 87.

<sup>67</sup> A condition d'avoir pu en prendre connaissance en temps utile : D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2007, p. 310.

<sup>68</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 213.

<sup>69</sup> T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 94.

<sup>70</sup> L. TROCSANYI et A. HORVATH parlent alors d'opinion « commune » : L. TROCSANYI et A. HORVATH, « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *o.c.*, p. 105.

ensemble ou bien tout simplement cosignée pour y marquer leur consentement. Dans certaines juridictions, chaque juge se voit donner la possibilité de cosigner plusieurs opinions attachées à un même jugement<sup>71</sup>.

## Chapitre 2 Déclinaisons

### Section 1 Opinion dissidente

Dans une opinion dissidente, le juge exprime son désaccord avec la décision finale rendue par la majorité, tout en expliquant pourquoi il aurait rendu un dispositif différent<sup>72</sup>.

C'est sous ce terme que l'on entend le plus souvent parler des opinions séparées. Pourtant il ne recouvre pas, comme nous le verrons, la situation des opinions concordantes. Cette négation de l'aspect positif des opinions séparées dans leur appellation la plus répandue au sein de notre culture juridique serait due, selon Françoise Rivière, à ses réfractaires qui dans leur opiniâtreté se bornent à ne désigner que leur aspect négatif<sup>73</sup>.

### Section 2 Opinion concordante

Dans une opinion, ou, comme en Hongrie, une « *motivation concordante* »<sup>74</sup>, le juge exprime son accord avec la décision finale rendue par la majorité mais son désaccord avec les raisons qui l'y ont conduit, exposant celles pour lesquels il aurait rendu le même dispositif<sup>75</sup>. Ainsi, l'auteur de l'opinion est d'accord avec la

---

<sup>71</sup> E. ROUCOUNAS, « Dissenting opinions in the European court of human rights », in *The European Convention on human rights, a living instrument. Essays in honour of Chrtisos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 503-504 ; L. TROCSANYI et A. HORVATH, « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *o.c.*, p. 105.

<sup>72</sup> M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 291 ; L. TROCSANYI et A. HORVATH, « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *o.c.*, p. 104.

<sup>73</sup> F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 2 ; W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 87.

<sup>74</sup> L. TROCSANYI et A. HORVATH, « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *o.c.*, p. 105.

<sup>75</sup> M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *o.c.*, p. 291 ; L. TROCSANYI et A. HORVATH, « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *o.c.*,

conclusion de la décision mais pas avec les motifs qui y ont conduit ses confrères, soit parce qu'il y manquerait des arguments, soit parce qu'elle contiendrait des arguments inadéquats<sup>76</sup>.

### Section 3 Variantes

La dissidence et la concordance peuvent, dans l'opinion, être totales ou partielles, c'est à dire avoir trait soit à l'ensemble des points du dispositif ou des motifs, soit à une partie seulement de ceux-là<sup>77</sup>. On parlera alors d'opinion totalement ou partiellement dissidente ou concordante.

Quant à la position du juge qui la rédige, en Europe elle appartiendra nécessairement à la minorité si l'opinion est dissidente, et à la majorité si elle est concordante. Il en va autrement aux Etats-Unis, selon le degré de dissidence observé dans l'opinion concurrente ou la « *concurring opinion* ». Dès qu'il atteint un certain seuil de divergence par rapport aux motifs soutenant la décision majoritaire, l'auteur de l'opinion se verra requalifier comme minoritaire. A côté de ce genre particulier d'opinion concordante, le système judiciaire américain distingue également les opinions partiellement dissidentes et concordantes qui permettent à leur auteur de se rallier à certaines parties seulement du dispositif et des motifs. Enfin, la Cour suprême des Etats-Unis offre à ses juges la possibilité de rendre une opinion dite simplement concordante en ce qu'elle ne soulève que quelques légères carences dans la décision. Cette typologie complexe et perméable au sein des opinions séparées ne se retrouve qu'aux Etats-Unis<sup>78</sup>.

---

p. 104 ; W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 87.

<sup>76</sup> L. TROCSANYI et A. HORVATH, « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *o.c.*, p. 105 ; Selon Wanda Mastor, ce genre d'opinion véhiculerait une critique plus cinglante que celle véhiculée par les opinions séparées vis-à-vis de la majorité : W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 101.

<sup>77</sup> W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 87.

<sup>78</sup> W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, pp. 106-107.

### Chapitre 3 Origines

Les opinions séparées trouvent leur source fondamentale au Royaume-Uni. Pays de *common law*, les jugements y étaient rendus à l'origine sous forme de compilation des opinions personnelles de chacun des juges sur l'affaire. On parle, plus précisément de *speeches* rendus *seriatim*, c'est à dire les uns à la suite des autres. On ne parle par contre pas d'opinions séparées car la particularité du jugement est qu'il ne consiste pas en une décision majoritaire dont les juges peuvent dériver mais bien en un ensemble d'opinions propres aux juges, dont les parties se devaient de dégager le sens<sup>79</sup>.

Cette pratique processuelle anglaise contamina la pratique américaine, par le moyen de la colonisation anglaise des Amériques. De ce fait, les juges y commencèrent d'abord par également ne s'exprimer que de manière individuelle, sans rendre d'opinion majoritaire comme c'est le cas actuellement<sup>80</sup>. Au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, sous l'impulsion du juge Marshall qui souhaitait augmenter l'autorité reconnue à la *Supreme Court of the United States*, les décisions de la Cour changèrent de modèle, pour aboutir à leur configuration actuelle : une décision « *collégiale et anonyme* », dont les juges peuvent se démarquer en rendant une opinion séparée<sup>81</sup>.

Ainsi est donc née l'opinion séparée, et sa situation à mi-chemin entre les *seriatim speeches* des juges anglais et les décisions collégiales et anonymes des juridictions continentales a amené Elisabeth Zoller à écrire que « *l'opinion dissidente est un moyen terme entre deux manières de dire le droit, la manière de common law et la manière des droits romanistes* »<sup>82</sup>. Cela a pour conséquence que cet « OVNI » procédural est présent tant dans des pays de *common law* que dans des pays de tradition romano-germanique. A titre exemplatif et non exhaustif, on citera, parmi

---

<sup>79</sup> F. RUEDA, « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE F. et PONTHEUREAU M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 266-267 ; R. PINTO, *Des juges qui ne gouvernent pas*, o.c., p. 32.

<sup>80</sup> E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, P.U.F., 2000, p. 32.

<sup>81</sup> A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* (multig.), Thèse, Limoges, 2007, pp. 18-19.

<sup>82</sup> E. ZOLLER, « La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis », in *La République, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 610, citée par A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* (multig.), o.c., p. 18.

ceux qui autorisent les opinions séparées au sein de leurs juridictions constitutionnelles, les pays suivants : Afrique du sud, Allemagne, Australie, Brésil, Bulgarie, Canada, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Etats-Unis, Gabon, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Moldavie, Norvège, Pologne, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Roumanie, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie...<sup>83</sup>

#### Chapitre 4 Portée

L'opinion séparée ne produit, en toute logique, aucun effet juridique. En effet, le cas contraire sèmerait la zizanie chez les justiciables qui pourraient se prévaloir des arguments qui leur conviendraient le mieux, cela résultant en une application anarchiste de la justice. Le principe veut donc qu'aucun effet légal ne soit attaché aux opinions<sup>84</sup>. On leur reconnaît une simple valeur doctrinale mais cela ne les empêche pas, comme le soulignent László Trocsanyi et Alexandra Horvath, d'influencer de manière indirecte la jurisprudence en ce que celle-ci ne s'y réfère pas expressément mais qu'elle n'y est jamais insensible, « *même dans les cas où cette influence n'est nullement démontrable* »<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 197 ; R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, Bruxelles, Direction générale des politiques internes du Parlement européen, Département thématique C : droits des citoyens et affaires constitutionnelles, 2012, pp. 22-30.

<sup>84</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 209.

<sup>85</sup> L. TROCSANYI et A. HORVATH, « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *o.c.*, p. 106 ; L. WILDHABER, « Opinions dissidentes et concordantes de Juges individuels à la Cour européenne des Droits de l'Homme », in *Droit et Justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 537 ; T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 103 ; B. MACLACHLIN, « Entretien avec la très honorable Beverley MacLachlin, juge en chef du Canada », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, p. 64 ; M. TORBEN, « Entretien avec M. Torben Melchior », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, p. 115 ; *a contrario*, Hendrik Vuye souligne qu'en cas d'absence d'opinion séparée y jointe, la décision se voit reconnaître une valeur de précédent accrue : H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 54 ; P. JOXE, *Cas de conscience*, Paris, Labor et Fides, 2010, p. 164 ; W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 106 et 109 où elle cite le juge Hughes : « *a dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed* » : C.E. HUGUES, *The Supreme Court of the United States : its foundation, methods and achievements*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 68.

## Chapitre 5      Compatibilité du secret du délibéré et des opinions séparées

A en croire certains, le principe des opinions séparées ne serait pas compatible avec celui du secret du délibéré<sup>86</sup>. Cette position, légitime au premier abord<sup>87</sup>, est à tempérer<sup>88</sup> : les opinions séparées ne sont en effet que partiellement incompatibles avec le secret du délibéré, en l'occurrence avec le principe selon lequel il interdit aux juges de révéler quoi que ce soit qui aurait trait au fond du délibéré dont procède la décision. Or, nous le verrons, c'est justement ce pan du secret que fustige la doctrine<sup>89</sup>.

Les opinions séparées érodent en effet partiellement le secret du délibéré<sup>90</sup>, en ce qu'elles révèlent *l'opinion de leur auteur*<sup>91</sup> mais aussi, parfois, indirectement, celles des autres membres du collège. Cela étant, cet effet indirect des opinions séparées ne se produit que dans certains cas, c'est à dire ceux où « *au moins la moitié moins un des membres du collège* »<sup>92</sup> signe une opinion dissidente. Et encore, cela n'aura pour conséquence que de révéler la position majoritaire des autres juges, dont les motivations resteront cependant confidentielles<sup>93</sup>, à moins que ceux-là ne signent eux-mêmes une opinion concordante afin de partiellement les exposer ou ne donnent carte blanche à leurs collègues pour ce faire<sup>94</sup>.

Pour qu'une telle cohabitation pacifique soit possible entre secret du délibéré et opinions séparées, il faut qu'existe une règle qui interdise aux juges de dévoiler dans leur opinion celles des autres membres du collège qui n'ont pas choisi de la rendre

---

<sup>86</sup> F. LUCHAIRE, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, pp. 111-112.

<sup>87</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 212.

<sup>88</sup> Pour preuve: à la Cour suprême des Etats-Unis, secret du délibéré et opinions séparées cohabitent en symbiose: K. L. HALL, *The Oxford Companion to the US Supreme Court*, Oxford, Oxford University press, 2005, pp. 201-203 ; il en va de même à la Cour constitutionnelle allemande : R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, pp. 23-24.

<sup>89</sup> Cf. pp. 28 et suivantes.

<sup>90</sup> P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 883 ; D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 310.

<sup>91</sup> Nous soulignons.

<sup>92</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 213.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 215.

<sup>94</sup> Ce qu'il n'ont qu'à faire s'ils se sentent mal à l'aise avec le fait de silencieusement assumer cette position: *ibid.*; F. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistratuur en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », *o.c.*, p. 1261.

publique par le biais d'une opinion séparée<sup>95</sup>. Cette règle prévaut en effet de manière générale dans les systèmes judiciaires autorisant les opinions séparées<sup>96</sup>.

On notera aussi que les opinions lèvent un pan du voile sur *ce qui a fait l'objet des débats* qui ont animé le délibéré. On ne peut qu'encourager ce genre de mise en lumière du processus de construction du droit<sup>97</sup> et, il en plaira aux partisans d'une opacité totale du délibéré, les opinions ne permettent au lecteur de se faire une idée que sur la partie des débats que les opinions abordent, le reste demeurant dans l'ombre du secret<sup>98</sup>.

## Chapitre 6 Arguments en faveur des opinions séparées

Comme le constate Paul Martens, les partisans et les adversaires des opinions séparées invoquent les mêmes arguments en soutien de leur position respective, leur reconnaissant des effets opposés<sup>99</sup>. On notera que, dans la liste qui suit, les arguments en faveur des opinions séparées sont bien plus nombreux et variés que ceux avancés à leur encontre. Cela invite à se demander si le refus de leurs opposants ne serait pas seulement de principe, et non de raison<sup>100</sup>...

Les adeptes des opinions séparées s'accordent pour reconnaître qu'elles rendraient le processus décisionnel plus transparent en ce que, comme nous venons de le voir, les opinions familiarisent le lecteur avec une partie du débat qui a mené à la décision. Il en découlerait une motivation renforcée des décisions et une légitimité accrue de l'acte de juger et de ses acteurs. L'ensemble des arguments avancés par la doctrine favorable aux opinions séparées s'inspire de ces trois valeurs et c'est pourquoi il n'est pas aisé d'en établir une « classification rigide » ci-après.

---

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Comme par exemple à la Cour européenne des droits de l'homme où une note interne le précise: « *separate opinions should contain no reference to any statements covered by the secrecy of the Court's deliberations* » : D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 311; cf *infra* sur les bons arguments à reprendre.

<sup>97</sup> *Cf.* p. 33.

<sup>98</sup> D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 310.

<sup>99</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 17.

<sup>100</sup> Réflexion qui amène Yannick Lécuyer à supposer que ces réticences vide de contenu résultent du « *folklore juridique français* »: Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 222.

## Section 1 Une décision de meilleure qualité, à l'autorité juridique inchangée

Les partisans des opinions séparées avancent que celles-ci ont un effet « performatif »<sup>101</sup> sur la décision, en ce qu'elles augmenteraient sa lisibilité (sa forme) et sa qualité (son fond), sans rien modifier à l'effet légal y reconnu.

### §1 Une décision plus accessible aux justiciables

Sur base d'une étude approfondie des pratiques de rédaction d'opinions séparées dans différents pays, Wanda Mastor établit que les opinions séparées sont le plus souvent rédigées « *dans un style et un langage plus accessibles que ceux des décisions majoritaires* »<sup>102</sup> et qu'en outre elles commencent généralement par rappeler de manière résumée la procédure de telle sorte qu'elle soit comprise par tous<sup>103</sup>. Le juge Melchior Torben offre une preuve de ce que les opinions séparées augmentent la compréhensibilité des décisions, en expliquant qu'au Danemark, la Cour suprême rédige les opinions « *avec le plus grand soin* », estimant qu'elles doivent constituer une source d'information pour le public, auquel elle adapte donc le langage utilisé<sup>104</sup>.

Mastor reconnaît aux opinions un double effet positif sur l'intelligibilité de la décision rendue : non seulement elles la complètent, la réexpliquent<sup>105</sup> et abordent ses arguments de manière détaillée afin de mieux les remettre en question<sup>106</sup>, mais également, afin de se justifier en réaction aux dissidences, la décision « fait du zèle » et tente de convaincre son auditoire<sup>107</sup> et de prouver ce en quoi elle est opportune.

---

<sup>101</sup> Selon une expression de Wanda Mastor.

<sup>102</sup> W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 112.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> M. TORBEN, « Entretien avec M. Torben Melchior », *o.c.*, p. 115.

<sup>105</sup> J. M. CARDOSO DA COSTA, « Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, p. 39.

<sup>106</sup> F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, *o.c.*, quatrième de couverture.

<sup>107</sup> Mastor parle d'« *auditoire universel* » pour viser Monsieur Tout-le-Monde que la décision tente de convaincre : W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 110.

Dans ce but, le juge rapporteur s'adresserait à ses lecteurs dans un langage qu'ils comprennent<sup>108</sup>.

L'apport de cette fonction de complément qu'aurait l'opinion vis-à-vis de la décision principale est souligné par Robin White et Iris Boussiakou dans le cadre des décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme ; face au caractère de plus en plus hermétique des raisonnements juridiques rendus par la Cour, les opinions séparées joueraient le rôle d'antidote pour les rendre compréhensibles et accessibles<sup>109</sup>. Une fonction qui serait particulièrement utile au sein de nos juridictions judiciaires suprêmes dont le langage ultra-juridique des jugements est souvent montré du doigt<sup>110</sup>, mais surtout, laisse les justiciables dans une incompréhension face aux jugements, incompréhension qui ne tend qu'à leur inspirer une sainte terreur de la Justice<sup>111</sup>. Or, est-ce vraiment là un objectif de l'acte de juger ?

Ces éléments combinés amènent Mastor à conclure que les opinions séparées exercent un rôle pédagogique en ce que, en rendant les décisions de justice compréhensibles pour les citoyens, elle les amène à comprendre le droit<sup>112</sup>, et, par conséquent, à mieux l'accepter<sup>113</sup>.

## §2 Une décision plus cohérente

Les opinions séparées donneraient la possibilité à la majorité de se limiter, dans ses motifs, à ceux qui soutiennent le dispositif. L'on éviterait ainsi les situations où, souhaitant insérer dans le corps du texte les arguments pertinents mais non suffisants de la minorité, la décision susciterait la perplexité de ses lecteurs. Par exemple, en

---

<sup>108</sup> *Idem*, pp. 88 et 112.

<sup>109</sup> R. WHITE and I. BOUSSIAKOU, «Separate Opinions in the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 2009, p. 60 ; avis partagé par Mastor : W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 111.

<sup>110</sup> *Cf.*, notamment, J.-F. FUNCK, « Juger et être compris : un enjeu démocratique », *J.T.*, 2013, pp. 748-750.

<sup>111</sup> J. ROBERT, «La bonne administration de la justice», *A.J.D.A.*, 1995, p. 119.

<sup>112</sup> Ce qui, nous le verrons plus bas (*cf.* p. 43), est indirectement bien utile à nos juridictions; *idem*, p. 113 ; F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, *o.c.*, quatrième de couverture ; D. SZYMCAK, « La manipulation par la Cour européenne des droits de l'homme de ses propres précédents », *o.c.*, p. 63.

<sup>113</sup> T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 95.

concluant par un dispositif contraire aux motifs potentiels évoqués dans la décision parce qu'il résulte d'une concession faite par ceux-là<sup>114</sup>, ou encore en arrivant à une décision de compromis boiteuse où il est finalement difficile pour le justiciable de faire la part entre ce que la décision dit et ce qu'elle ne dit pas, ou pire encore, en n'abordant pas les points de droits les plus sujets à controverses dont pourtant la résolution serait bien utile<sup>115</sup>.

Les opinions permettraient d'éviter ce flou et cette incohérence apparents et parfois effectifs des décisions en ce qu'elles permettraient à la majorité de s'en tenir à un jugement structuré autour des arguments qui le soutiennent<sup>116</sup>. Ainsi il en ressortirait clairement ce que la majorité a décidé et pourquoi, tandis que de leur côté les rédacteurs d'opinions pourraient lister les arguments qui s'opposeraient à cette décision, ou que cette dernière n'aurait pas pris en compte. Le lecteur saurait donc où trouver la décision et où trouver ses failles.

A noter que les détracteurs des opinions séparées remettent cet argument en question, tout comme celui de l'accessibilité des décisions. En effet, selon eux, les opinions perdraient le lecteur dans le dédale des raisonnements posés par leurs auteurs et par les juges majoritaires, le noyant sous une tonne d'arguments qui viendraient compliquer les raisonnements plutôt que de les éclaircir<sup>117</sup>. Les décisions perdraient en clarté et en cohérence en ce que, additionnées aux opinions y jointes, elles confondraient leur lecteur sur la position du collège d'instance<sup>118</sup> : à quel saint se vouer quand la décision dit blanc et que les opinions disent noir ? Dans la pratique,

---

<sup>114</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 16.

<sup>115</sup> B. NELISSEN, « Na sluiting Fortisgate (eindelijk) opening voor *separate opinions*? », *R.W.*, 2012, pp. 1286-1287 ; pour illustrer cela, David Edward, ancien juge de la Cour de Justice de l'Union Européenne, utilise une métaphore parlante : « *A disadvantage of the collegiate approach is that the judgment may simply cloak an inability to reach a clear decision. A camel is said to be a horse designed by a committee, and some judgments of the Court of Justice are camels. Some commentators believe that the Court's work product would be better if dissenting opinions were allowed.* » : D. EDWARD, « How the Court of Justice works », *European Law Review*, 1995, pp. 556-557.

<sup>116</sup> Et ce faisant, de « *conduire sa propre argumentation avec linéarité et rigueur* » : G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, p. 108.

<sup>117</sup> F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, *o.c.*, p. 462 ; R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, p. 11.

<sup>118</sup> T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 96.

cet effet non désirable des opinions séparées contribuerait parfois à une incertitude juridique<sup>119</sup>.

Ces éventuels effets négatifs des opinions séparées peuvent être contrés par un regain de vigilance à leur égard de la part des juges, qui résulterait en une claire distinction entre ce qui fera jurisprudence, ce qui est recouvert par l'autorité de la chose jugée, et ce qui ne l'est pas. Cela peut se faire de deux manières : soit en saisissant l'opportunité des opinions pour n'exprimer dans le jugement que ce qui y amène logiquement, soit en redoublant de clarté dans les développements qui précèdent le dispositif.

### §3 Une décision plus aboutie et mieux motivée

Par le risque d'affaiblissement de l'autorité morale de la décision qu'elle comporte, l'opinion a sur celle-là un effet performatif qui peut se produire à deux stades de l'acte de juger.

D'abord, au stade des discussions : dans le but d'atteindre un consensus<sup>120</sup>, les juges s'adonneront à une véritable « *gymnastique argumentaire* »<sup>121</sup> : ils échangeront leurs arguments, les préciseront, les reconsidéreront, les confronteront sous tous leurs aspects, en trouveront de nouveaux, bref, mettront tout en œuvre pour convaincre les autres membres du siège<sup>122</sup>. On ne peut que louer les effets d'un tel dialogue approfondi, en ce qu'il participe assurément à la qualité de l'exercice de dialectique,

---

<sup>119</sup> Ce qui, nous le verrons plus bas (cf. p. 42), serait contre-productif pour nos juridictions ; B. MACLACHLIN, « Entretien avec la très honorable Beverley MacLachlin, juge en chef du Canada », *o.c.*, p. 64.

<sup>120</sup> Lécuyer illustre cela avec des mots forts : « *la perspective d'un dissentiment possible, véritable épée de Damoclès suspendue au-dessus des juridictions collégiales (...) dont découle la recherche approfondie d'un consensus afin d'éviter l'opprobre d'une dissidence.* » : Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 211.

<sup>121</sup> J.M. CARDOSO DA COSTA, « Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *o.c.*, p. 39. D'aucuns soutiennent cet argument au moyen de termes tout aussi parlants niveau physique, soutenant que les opinions « *permettent d'éviter un raidissement du processus décisionnel* » : R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, p. 13.

<sup>122</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108 *a contrario* ; J.M. CARDOSO DA COSTA, « Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *o.c.*, p. 39 ; C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, p. 84 ; D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, p. 114.

qui rapprochera certainement les magistrats de ce qui pourrait être la décision la plus appropriée à rendre<sup>123</sup>.

Ensuite, au stade de la rédaction. Une fois que la dissidence est établie, elle donne lieu à un débat entre les rédacteurs d'opinions et la majorité, qui lui même entraîne une émulation dans la qualité des argumentations<sup>124</sup>. Comme dit plus haut<sup>125</sup>, chacun tente de convaincre le lecteur du bien-fondé de sa position, avançant chaque argument qui la soutient et qui la fera paraître comme une évidence aux yeux du public, et rationalisant ses arguments de manière à les « bétonner », pour employer un terme figuré<sup>126</sup>. Les deux partis feront donc preuve d'une motivation consolidée afin de répondre aux arguments avancés par l'autre<sup>127</sup>, et redoubleront de clarté et de rigueur afin de gagner en crédibilité, faisant, pourquoi pas, appel à « *des arguments textualistes, historiques, conséquentialistes, comparatistes* » et « *des références doctrinales et comparatistes* »<sup>128</sup>, inscrivant davantage la décision dans le contexte social dont elle est sensée refléter le consensus.

De ce second effet des opinions sur la décision résultent deux conséquences positives, l'une sur le fond, l'autre sur la forme de la décision. Ainsi, Dominique Rousseau met l'accent sur la manière dont ce débat public élève « *les exigences de validations des arguments* »<sup>129</sup> tandis que Wanda Mastor souligne « *la longueur et la*

---

<sup>123</sup> « Elles (les opinions) constituent une contrainte procédurale qui oblige les juges à aller le plus loin possible dans la démonstration de la validité de leur interprétation d'un énoncé constitutionnel » : D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 114.

<sup>124</sup> Ce que tente d'établir l'entière de l'article de Wanda Mastor: W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, pp. 87-115 ; pour décrire cette situation, Yannick Lécuyer utilise la formule de « *mise en concurrence juridique* » : Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 221 ; la juge Ruth Bader Ginsburg qui de son vivant fut membre de la Cour suprême des Etats-Unis le confirme: « *My experience teaches that there is nothing better than an impressive dissent to lead the author of the majority opinion to refine and clarify her initial circulation.* » : R. BADER GINSBURG, « The role of dissenting opinions », *Minnesota Law Review*, 2010, p. 3.

<sup>125</sup> Cf. p. 22.

<sup>126</sup> T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 96.

<sup>127</sup> M.C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française, essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel* (multig.), Thèse, Paris, 1994, p. 169.

<sup>128</sup> W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 114.

<sup>129</sup> D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 114.

richesse des motifs »<sup>130</sup> qui en résulte, notamment aux Etats-Unis, en Espagne, au Portugal et en Allemagne et qui fait ressortir l'*imperatoria brevitatis* souvent montrée du doigt<sup>131</sup> des jugements de nos cours suprêmes. Afin que cet effet bénéfique des opinions puisse pleinement se déployer, il importe que les membres du collège aient connaissance de leur existence ainsi que de leur contenu avant d'entamer la rédaction de la décision principale, et cela en temps utile afin de pouvoir débattre de manière pertinente sur leur fondement<sup>132</sup>.

#### §4 Une autorité de la chose jugée inchangée

François Luchaire craint que l'introduction des opinions séparées dans le système judiciaire français n'affaiblisse l'autorité de la chose jugée des décisions qui feraient l'objet de dissidences<sup>133</sup>. Il ne formule pas son appréhension de manière exacte : ce que Luchaire redoute serait plutôt l'affaiblissement de l'autorité morale des décisions ainsi rendues car, comme se joignent plusieurs auteurs<sup>134</sup> pour le confirmer, l'autorité de la chose jugée est un effet reconnu aux décisions en vertu d'un principe général du droit<sup>135</sup>, qu'il n'est par conséquent pas possible de remettre en question pour les textes à valeur doctrinales que sont les opinions séparées<sup>136</sup>. La décision rendue n'en serait pas davantage ou moins obligatoire pour les justiciables : elle le serait tout autant. Ce qui par contre, ne serait pas considéré comme final et obligatoire mais bien ouvert au

---

<sup>130</sup> W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 114.

<sup>131</sup> B. NELISSEN, « Na sluiting Fortisgate (eindelijk) opening voor *separate opinions*? », *o.c.*, p. 1286; P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 11; C. MATRAY, « La rhétorique des juges », in *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 92; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 211; W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 110, ces deux dernières sources visant la France.

<sup>132</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 211 ; W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 90.

<sup>133</sup> F. LUCHAIRE, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *o.c.*, p. 111.

<sup>134</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 597 ; D. ROUSSEAU, « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, p. 110 ; D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 113 ; C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 84.

<sup>135</sup> C.-H. BORN ET M. VAN OVERSTRATEN, *Syllabus de sources, principes et méthodes du droit*, Université Catholique de Louvain, 2012, p. 26.

<sup>136</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 209.

débat serait la discussion amorcée par les opinions sur l'interprétation à donner aux normes en cause<sup>137</sup>.

## Section 2 Un acte de juger replacé dans le champ de la raison et de l'humain

### §1 Le retour à la raison

Ce propos s'apprécie dans le cadre d'une comparaison entre une situation telle que celle qui prévaut actuellement au sein de nos cours judiciaires suprêmes, c'est à dire une situation de secret du délibéré absolu qui ne laisse aucune place à la dissidence, et une situation telle que celle qu'il serait bon d'y voir émerger, c'est à dire une situation qui laisse place à l'expression des juges et qui jetterait « *un coup de projecteur* »<sup>138</sup> sur leur délibéré et, plus généralement, sur l'acte de juger.

Les détracteurs du secret du délibéré lui reprochent principalement ses racines cléricales et la logique que servait dans ce contexte l'opacité et que le secret du délibéré a pérennisée au sein de nos cours et tribunaux. Comme nous l'avons vu plus tôt<sup>139</sup>, c'est de la procédure de droit canon que celle de droit civil a hérité du secret. Yannick Lécuyer reproche le principe même du secret et le mystère dont il entoure la décision. L'Eglise l'aurait utilisé, selon lui, pour asseoir son autorité sur la « *crainte révérencielle* »<sup>140</sup> que la « *mystique de vérité révélée* »<sup>141</sup> qu'elle prêchait inspirait au peuple. Ainsi l'Eglise s'assurait un règne long et stable en suscitant, chez ceux qui allaient devenir ses fidèles, la peur, et, ingrédient encore plus efficace à la soumission des âmes, l'angoisse du divin et du monde révélé, mystérieux et sacré qu'il charriait avec lui.

Dans le domaine du dogme, l'insaisissable et l'obscur sont des ingrédients nécessaires pour s'assurer un peu de crédibilité auprès de ceux qui accepteront de croire. Il en va de même dans les régimes anti-démocratiques où l'ignorance et

---

<sup>137</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 84.

<sup>138</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 209.

<sup>139</sup> Cf. pp. 7 et suivantes.

<sup>140</sup> P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, *o.c.*, p. 273.

<sup>141</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 201.

l'opacité organisées sont le ciment de la stabilité du pouvoir en place<sup>142</sup>. Mais dans l'acte de juger, qui se doit d'être une démarche absolument rationnelle et scientifique guidée par un esprit d'humanité, l'obscurantisme n'a pas sa place. Il n'a d'ailleurs aucune raison d'être : la légitimité de nos institutions ne sera pas remise en question, ou du moins ne le sera que d'une manière constructive, si celles-là se distinguent par le caractère raisonné de leurs actes<sup>143</sup>. Mais pour qu'une telle qualité puisse leur être reconnue, il faut lever le voile qui cache aujourd'hui les rouages de la Justice, autoriser la transparence.

Face à ceux qui craignent les effets d'une telle « publicité de la Justice » sur la légitimité de ceux qui la rendent, Paul Martens s'interroge : « *Sommes-nous si incertains, voire si honteux de nos opinions que nous n'acceptons de les exprimer qu'en secret ?* »<sup>144</sup> L'acceptation par la Justice d'exposer son exercice à la critique prouve la confiance qu'elle porte en ses acteurs, les juges, et en son instrument, le droit<sup>145</sup>.

## §2 Le retour à l'humain

Dans cette optique, « *le droit n'est pas pensé comme une religion à mystères, comme un dogme révélé et inaccessible à la raison, mais, au contraire, comme un ensemble de règles produit par les hommes et dont la signification normative se construit par la pratique de la discussion.* »<sup>146</sup> Ainsi, l'acte de juger serait remis à sa place, c'est à dire au niveau des hommes car exercé par des hommes, qui rendent des décisions éventuellement faillibles<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 217 ; rejoint dans cette idée par W. O. DOUGLAS, « The Dissent: a safeguard of democracy », *Journal of the American Judicature Society*, 1948, p. 105.

<sup>143</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 84 ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 209.

<sup>144</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 11.

<sup>145</sup> H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 56 *a contrario*; S. DAY O'CONNOR, R. BADER GINSBURG et N. LENOIR, « Entretien avec Mmes Sandra Day O'Connor et Ruth Bader Ginsburg, Membres de la Cour suprême des Etats-Unis », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-5/entretien-avec-mmes-sandra-day-o-connor-et-ruth-bader-ginsburg-membres-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.52826.html>) ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 209.

<sup>146</sup> D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 114.

<sup>147</sup> *Ibid.*

Surtout, le statut reconnu aux décisions serait plus adéquat en ce qu'il serait plus relatif<sup>148</sup>. Aujourd'hui nos décisions « *autoritaires et univoques* »<sup>149</sup> se voient sacrées comme professant « la Vérité » mais il faut convenir qu'une telle Vérité n'existe pas<sup>150</sup>, qu'il en existe plusieurs<sup>151</sup>, que toutes sont des vraisemblances<sup>152</sup> et que leur recherche, à travers le débat d'idées<sup>153</sup>, est un travail humain<sup>154</sup> et hautement politique<sup>155</sup>.

Une telle publicité refléterait aussi, dans les dissensions qui existent au sein du collège sur certaines questions, combien la société dont il est sensé refléter le consensus est elle-même divisée<sup>156</sup>. Nombreux sont les auteurs qui louent ce reflet du pluralisme social que la transparence permet de rendre, et qui insistent sur sa nécessité, dans une démocratie comme la nôtre<sup>157</sup>.

---

<sup>148</sup> H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 56.

<sup>149</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 21.

<sup>150</sup> Comme s'en félicite Michaël Kirby, ancien membre de la Haute Cour d'Australie: « *today, rightly, infallibility is denied to any human institution.* » : M. KIRBY, « Judicial dissent - common law and civil law traditions », *Law quarterly review*, 2007, p. 394.

<sup>151</sup> Ainsi Björn Larsson, cité par Marc Verdussen dans la préface de son ouvrage *Justice constitutionnelle* écrit, de manière pertinente dans le cadre des présents développements que « *Ceux qui pensent détenir le monopole de la vérité, que ce soit sous la forme de Dieu ou d'autre chose, n'ont rien à faire dans le monde de la science.* » : B. LARSSON, *Le rêve du philologue – Nouvelles sur la joie de la découverte*, Paris, Grasset, 2009, p. 190.

<sup>152</sup> Aristote, cité par C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éd. ULB, 1970, p. 4.

<sup>153</sup> W. BRENNAN, « In defense of dissents », *Hastings Law Journal*, 1986, p. 431, cité par W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 97.

<sup>154</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 109 ; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 57.

<sup>155</sup> A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 551.

<sup>156</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 18.

<sup>157</sup> L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 778 cité par Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 223 ; B. NELISSEN, « Na sluiting Fortisgate (eindelijk) opening voor *separate opinions*? », *o.c.*, p. 1285 ; W. THOMASSEN, « Het geheim van de Raadkamer en de dissenting opinion », *Nederlands Juristenblad*, 2006, p. 689 qui cite le juge Douglas, membre de la Cour suprême tel qu'il s'est exprimé en 1948 déjà : « *quand les juges ne sont pas d'accord entre eux, c'est la preuve qu'ils traitent de problèmes au sujet desquels la société elle-même est divisée. L'expression de vues dissidentes fait partie intégrante de la démocratie* » ; traduction de D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 312.

### Section 3 Un acte de juger placé sous le contrôle des citoyens

L'article 33 de la Constitution édicte que « *Tous les pouvoirs émanent de la Nation* ». En conséquence, c'est du peuple que le juge tire son pouvoir. Dans la même optique, s'inspirant des idées de Friedrich Carl von Savigny, Yannick Lécuyer considère que le juge est le représentant du peuple<sup>158</sup> et qu'en conséquence il « *veut pour la Nation* »<sup>159</sup>, ce que confirme en France la phrase introductive de tous les arrêts des juridictions administratives : « *Au nom du peuple français* »<sup>160</sup>. Dans ces conditions, puisque la justice est rendue en vertu d'un pouvoir émanant du peuple, au nom du peuple et pour le peuple, pourquoi est-il si souvent difficile pour le peuple de simplement comprendre la décision de justice, et pourquoi ne lui révèle-t-on pas davantage les enjeux qui y sont liés et les raisons qui y ont mené<sup>161</sup> ?

Afin de souligner qu'il ne serait que justice de rendre au peuple ce qui lui appartient, ou de lui rendre compte de l'exercice de ce qui lui appartient, à savoir faire régner la justice, Lécuyer propose d'y appliquer la théorie du mandat telle qu'elle découle de l'article 1984 de notre Code civil : « *Le mandat ou la procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* » Notons que la disposition, lue en combinaison avec l'article 33 de la Constitution, correspond bien à notre situation : la Nation donne au juge le pouvoir d'exercer la justice en son nom et pour son compte. Il en découle que le juge, mandataire « (...) *est tenu de rendre compte de sa gestion* », en vertu de l'article 1993 du Code. Afin de ce faire, il faudrait qu'il rende son activité transparente auprès des citoyens, ses mandants, afin de la soumettre à leur contrôle<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Idée de Friedrich Carl von Savigny reprise par Yannick Lécuyer: Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 219.

<sup>159</sup> D. TURPIN, « Le juge est-il représentatif? Réponse: oui », *Commentaires*, 1992, pp. 381-390.

<sup>160</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 220 ; de par la similarité et la parenté du système judiciaire français et du nôtre, on peut logiquement s'appuyer sur cet argument pour construire notre raisonnement.

<sup>161</sup> J. ROBERT, *La garde de la République : le Conseil constitutionnel raconté par un de ses membres*, Paris, Plon, 2000, p. 12.

<sup>162</sup> Cette idée selon laquelle le magistrat serait mandaté par les sujets de droit est d'ailleurs reprise par la Cour de cassation dans le point 22 de son arrêt *Fortis*: « *Hij die tot het beroepsgeheim is gehouden, over- treedt art. 458 Sw. niet indien hij onder het beroepsgeheim vallende informatie meedeelt aan anderen die optreden met eenzelfde doelstelling en ten aanzien van dezelfde opdrachtgever en indien die mededeling boven- dien noodzakelijk en pertinent is voor de opdracht van de geheimhouder* »: Cass. (2<sup>de</sup> kamer), 13 maart 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1255, noot F. BLOCKX, « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistratuur en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », citée et expliquée par B. INGHELS et F. STEVENART MEEUS, « Le colloque singulier entre

Les opinions séparées seraient un outil bien utile dans ce cadre, assurant une motivation étayée des décisions mais aussi dénonçant toute irrégularité éventuelle du délibéré dont elles auraient procédé<sup>163</sup>. De par ce rôle de police et d'évaluation par les pairs des opinions séparées, les justiciables seraient bien assurés du fait que la décision n'aura été prise que dans l'intérêt général et pas pour d'autres motifs, autrement aisément déguisables ou dissimulables dans une décision couverte par le sceau du secret<sup>164</sup>. Dans leur proposition de loi spéciale visant à introduire le système des opinions séparées au sein de la Cour constitutionnelle, Olivier Maingain et Damien Thiéry mettent en avant cette fonction révélatrice des opinions qui assurerait que, lors du délibéré, « *tous les points de vue ont été envisagés et que les approches alternatives n'ont pas été négligées pour des raisons culturelles<sup>165</sup> ou politiques.* »<sup>166</sup> Cela permettrait d'empêcher l'arbitraire des décisions<sup>167</sup> et de s'assurer de l'impartialité des juges<sup>168</sup>, mais pas seulement. Cela permettrait aussi aux lecteurs de constater l'importance du travail d'interprétation effectué par les juges<sup>169</sup> et de s'assurer du fait que tous les arguments invoqués par les parties ont été discutés par ceux-là, quand les opinions examinent les alternatives présentées par celles-là auxquelles le jugement ne se réfère pas<sup>170</sup>. Enfin, les opinions séparées permettent également de contrôler la manière dont celui qui s'y adonne exerce son office et constituent donc une forme d'auto-soumission au contrôle du public qui bénéficie par

---

magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ? », *o.c.*, p. 313.

<sup>163</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 221 ; les auteurs des *Pandectes* soulignent, *a contrario*, le fait que le secret du délibéré empêche la dénonciation, par quelque moyen légal, des « *irrégularités commises* » lors du délibéré, s'appuyant ce faisant sur Cass., 14 déc. 1841, *Pas.*, 1842, I, p. 51 ; *Pand.*, v° Délibéré, *o.c.*, p. 114.

<sup>164</sup> Expression d'Antoine Garapon empruntée par Yannick Lécuyer : Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 221 ; A. GARAPON, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997.

<sup>165</sup> Hendrik Vuye soutient cette idée, bien qu'il la rallie davantage à l'argument d'impartialité, en donnant l'exemple d'un délibéré où l'un des juges déclare d'emblée à propos d'une partie « *C'est toujours la même chose avec ces Turcs* » ; ce genre de déclaration, sous la menace de la transparence offerte par une opinion, n'aurait probablement pas lieu, et si elle avait lieu de manière insidieuse, les autres membres avertis du collège auraient vite fait de la dénoncer, tout en gardant à l'esprit l'interdiction de révéler nominativement l'opinion de leurs collègues qui ne leur en donnent pas l'autorisation : H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 64.

<sup>166</sup> Proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage en vue d'y introduire le système des opinions séparées, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n°1241/001.

<sup>167</sup> T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 95.

<sup>168</sup> *Idem*, p. 103.

<sup>169</sup> T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 95 ; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 56 *a contrario*.

<sup>170</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 18 ; J. LEE, « A defence of concurring speeches », *Public Law*, 2009, p. 324.

conséquent d'une meilleure vision d'ensemble sur le travail de l'instance collégiale<sup>171</sup>. En conclusion, les opinions séparées assureraient davantage de sécurité au justiciable<sup>172</sup>, et de certitude d'une Justice bien rendue.

Que l'on accepte ou non cette idée de transposition de la théorie du mandat à l'acte de juger, reste que le juge exerce une fonction publique et que par conséquent, en vertu des principes qui gouvernent notre démocratie, il doit rendre des comptes quant à la manière dont il l'exerce<sup>173</sup>. Par ailleurs, en plus d'exercer une fonction judiciaire, le juge est de plus en plus amené à exercer une fonction législative<sup>174</sup> : du fait tant des termes volontairement flous de certaines lois que de la quantité grandissante de législation et de jurisprudence internationale à satisfaire, il est amené à faire un travail interprétatif afin de déterminer la substance du droit qu'il applique. A ce titre, son action devrait se soumettre aux possibilités d'un contrôle par le peuple, via une explication détaillée des motifs qui ont guidé son interprétation de la loi, pour donner à ses décisions « *l'explication que le débat parlementaire public était censé donner aux lois du temps où elles se faisaient exclusivement dans l'enceinte des parlements nationaux.* »<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, o.c., quatrième de couverture citée par D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », o.c., p. 312.

<sup>172</sup> Ce que Jeremy Bentham, cité par Emmanuel Roucouas, récapitule bien: « *It is through publicity that justice becomes the mother of security* »: E. ROUCOUNAS, « Dissenting opinions in the European court of human rights », o.c., p. 501.

<sup>173</sup> H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », o.c., pp. 57 et 61.

<sup>174</sup> Pour illustrer cela, Benoît Nelissen utilise le terme de « *judiciarisation du droit* », emprunté à Jacques Vanderlinden: B. NELISSEN, « Na sluiting Fortisgate (eindelijk) opening voor *separate opinions?* », o.c., p. 1286 ; J. VANDERLINDEN, « Ouverture », in *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 99 ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », o.c., p. 223 ; C. BEHRENDT, « Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur cadre », *Rev. Dr. ULg*, 2006, pp. 11 et 24 ; M. BOSSUYT et R. LEYSEN, « La justice constitutionnelle: fonctions et relations avec les autres autorités publiques : Rapport national pour le XVème Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, présenté par la Cour constitutionnelle de Belgique », *Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, <http://www.confeunconstco.org/reports/rep-xv/BELGIA%20fr.pdf> (12 juin 2015).

<sup>175</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », o.c., p. 11.

#### Section 4 Une légitimité démocratique et une autorité morale renforcées de la décision et de ses auteurs

« *L'opinion (publique) et la justice n'ont pas encore pleinement appris à vivre ensemble, dans la confiance* »<sup>176</sup>, constate Bernard Stirn, cité par Yannick Lécuyer<sup>177</sup>. Ce constat est confirmé en Belgique par les résultats déplorables des baromètres de confiance des Belges en leur système judiciaire<sup>178</sup>.

Ce manque de foi en nos juridictions pourrait résulter d'une « *carence de légitimité originelle* »<sup>179</sup> dans leur chef, c'est à dire du fait que leurs membres ne sont pas élus. Une solution pour combler cette lacune serait d'assurer une légitimité des juges au travers de l'exercice de leurs fonctions<sup>180</sup>, celle-ci pouvant être obtenue par l'introduction des opinions séparées – donc, de la transparence des décisions – au sein de nos juridictions judiciaires<sup>181</sup>.

Non seulement, conformément à ce que Yannick Lécuyer avance, « *L'exercice légitime d'un pouvoir légitime n'a pas besoin d'opacité* »<sup>182</sup>, mais en plus, la transparence, comme nous l'avons vu plus haut<sup>183</sup>, entraînerait un regain de motivation et de précision dans l'arrêt, ainsi qu'un redoublement d'efforts dans le chef de la majorité afin de conquérir son auditoire et, finalement, d'être en harmonie avec le sentiment populaire dominant qu'elle se devrait de refléter<sup>184</sup>. Cela produirait plus d'un effet positif. D'abord, de manière plus ciblée, les « perdants » de la décision se verraient donner, par sa clarté, les moyens de comprendre pourquoi ils n'ont pas obtenu gain de cause, ce qui éviterait leur désillusion si la décision est bien

---

<sup>176</sup> B. STIRN, *Les libertés en questions*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 71.

<sup>177</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 207.

<sup>178</sup> B. NELISSEN, « Na sluiting Fortisgate (eindelijk) opening voor *separate opinions*? », *o.c.*, p. 1286 ; S. PARMENTIER, G. VERVAEKE, J. GOETHALS et al., *Justitie doorgelicht. De resultaten van de eerste Belgische «justitiebarometer»*, Gent, Academia Press, 2004 ; HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE, *De Belgen en justitie in 2007. Resultaten van de tweede justitiebarometer*, Brussel, Bruylant, 2007 ; HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE, *De Belgen en justitie in 2010. Resultaten van de derde justitiebarometer*, Gent, Story, 2010.

<sup>179</sup> T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 95.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 207.

<sup>182</sup> *Idem*, p. 218.

<sup>183</sup> *Cf.* pp. 22 et suivantes.

<sup>184</sup> Ce qui, selon Wanda Mastor, constitue indéniablement une des conditions de la légitimité de la décision de justice: W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 114.

raisonnée et les convaincre<sup>185</sup>. Mais surtout, dans la continuité de l'idée de mandat développée plus haut<sup>186</sup>, la transparence, dans le cadre d'un contrat de mandat, permettrait de renforcer la confiance entre le mandant et le mandataire et, ce faisant, de renforcer leur lien contractuel ; transposée au lien qui unit le juge et le justiciable, la résultante serait une légitimité accrue du juge<sup>187</sup>. Pour ces raisons, les opinions dissidentes seraient « *un facteur intégrateur pour la société entière* »<sup>188</sup>.

Pour soutenir l'idée des bénéfices d'une transparence et de la motivation qui s'en retrouve conséquemment accrue et, *a contrario*, le manque de crédibilité d'une décision trop brièvement motivée à l'instar de celles rendues par nos cours suprêmes, Hendrik Vuye donne un bon exemple. Il compare deux décisions relatives à l'interprétation du droit à la vie et plus précisément au fait de savoir si ce droit couvre l'enfant pas encore né. Celle de la Cour de cassation se justifie en une phrase<sup>189</sup> tandis que celle de la CEDH s'explique en 31 pages dans son jugement, et en 13 pages additionnelles d'opinions séparées<sup>190</sup>. Laquelle de ces deux décisions se verra accorder le plus de crédit par les citoyens : celle qui présente cette affirmation lourde de sens sans la développer ou celle qui explique l'intense exercice de réflexion auquel elle s'est adonnée, exposant les pour et les contre qui l'ont amenée à trancher<sup>191</sup> ?

Certains au contraire s'insurgent contre cette idée.

Les uns estiment qu'un collège qui se montre divisé, qu'une Justice qui se montre hésitante verra son autorité morale diminuée. En effet, la Justice se devrait selon eux, d'afficher une apparence unie, monolithique<sup>192</sup>. Cela assurerait la crédibilité des décisions car on ne saurait pas qu'éventuellement elles ne feraient pas l'unanimité

---

<sup>185</sup> Une idée que Yannick Lécuyer reprend à Denis Talon : Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 211.

<sup>186</sup> Cf. pp. 31 et suivantes.

<sup>187</sup> Dominique Rousseau cité par Yannick Lécuyer: Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 222.

<sup>188</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 84.

<sup>189</sup> « *Overwegend dat artikel 2 van het verdrag ook de bescherming het leven van het kind voor zijn geboorte includeert* »: Cass., 22 december 1992, *Pas.*, 1992, 1, p. 1402.

<sup>190</sup> Cour eur. D.H., arrêt Vo c. France du 8 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 368.

<sup>191</sup> H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 57.

<sup>192</sup> A. GARAPON, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, *o.c.*, p. 148 ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 222 ; G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108.

parmi leurs auteurs<sup>193</sup>. Ensuite, ceux-là craignent la présence d'opinions séparées solidement argumentées et crédibles : la décision perdrait en partie de sa légitimité, que l'opinion séparée gagnerait à son tour<sup>194</sup>. A ces arguments, l'on peut opposer que la décision principale devrait dès lors être extrêmement bien rédigée, motivée et raisonnée afin de ne pas perdre son autorité face à la dissidence qui la caractérise et que, par ailleurs, il existe déjà de nombreux éléments de doctrine, c'est-à-dire de la même valeur juridique que les opinions séparées, qui s'opposent à la décision et qui sont donc tout autant susceptibles de diminuer son autorité morale, mais vis-à-vis desquels, pourtant, les réfractaires des opinions séparées n'élèvent aucune protestation<sup>195</sup>.

Reste, enfin, une crainte isolée du procureur général émérite près la Cour de Cassation Ernest Krings, celle que du fait des opinions séparées, les justiciables connaîtraient les positions et conceptions des juges et, dans le cas où elles s'opposeraient aux leurs, ceux-là perdraient confiance en ces juges précis et auraient donc peur de se confier à leur jugement<sup>196</sup>. Ce faisant, les opinions séparées produiraient donc l'effet contraire à celui escompté par l'article 458 du Code pénal, à savoir assurer la confiance des citoyens en ceux qui sont amenés à les servir. Une réponse opposable à cet argument est qu'il vaut mieux perdre la confiance qu'on a pour un magistrat que pour tout le siège dont il fait partie, faute de savoir qui a pris quelle part dans une décision qu'on déplore.

Quel que soit le bien fondé de ces arguments, la pratique a démontré que les opinions ne participent qu'à augmenter l'autorité morale reconnue aux décisions de justice et à leurs auteurs. Ainsi, l'influence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sur les juridictions nationales serait croissante malgré –ou plutôt grâce à ?–

---

<sup>193</sup> J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *o.c.*, p. 2755 ; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 57.

<sup>194</sup> F. LUCHAIRE, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *o.c.*, p. 111.

<sup>195</sup> D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 113.

<sup>196</sup> E. KRINGS, « Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1988, p. 494, cité par X. DELGRANGE et N. LAGASSE, « La liberté d'expression du juge : Comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ? », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011 p. 198.

l'expression du dissent qu'elle autorise<sup>197</sup>. De même, le prestige du Tribunal constitutionnel d'Espagne resterait épargné, grâce à la prudence et à la rigueur qui entourent la pratique des opinions séparées<sup>198</sup>, et il en irait de même de la Hongrie<sup>199</sup>.

## Section 5 Une indépendance accrue des juges

### §1 Vis-à-vis de la société

On pourrait ici penser, à l'instar des opposants à l'introduction des opinions séparées dans notre système judiciaire, que les opinions séparées viendraient au contraire diminuer l'indépendance des juges. En effet, l'avantage du secret du délibéré serait que sous son couvert, les magistrats oseraient exprimer tous leurs états d'âme vis-à-vis de l'affaire en cause<sup>200</sup>. De fait, personne, ni la presse, ni leurs accointances, ni le parti politique qui aurait soutenu leur nom pour nomination au poste de juge n'aura connaissance de ceux-là<sup>201</sup>. Ainsi, les juges se sentiraient libres d'exprimer le fond de leur pensée, sans crainte de ce qu'en pensera le monde extérieur, sachant que, précisément, il n'en saura rien. Les juges ne seraient freinés ni par des considérations de popularité, ni de réputation, ni de redevance et oseraient ainsi exprimer la position que leur conscience leur dicte<sup>202</sup>.

Cependant, une analyse plus approfondie permet de constater que les opinions séparées viendraient peu, voire même pas du tout mettre en péril cet aspect de l'indépendance des juges.

D'abord, parce que les opinions séparées, selon leur configuration quasi généralisée au sein des cours qui les autorisent, ne peuvent pas révéler les opinions

---

<sup>197</sup> Selon Joël Andriantsimbazovina cité par Pascal Jan et repris par Yannick Lécuyer : P. JAN, « Le secret du délibéré devant le Conseil constitutionnel : illustration d'un principe général du droit processuel français », *D.*, 1999, p. 253 ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 211.

<sup>198</sup> T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 103.

<sup>199</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108.

<sup>200</sup> P. DRAI, Y. CHARTIER, D. TRICOT, « La Cour de cassation face à la doctrine: trois opinions », *Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 1994, p. 120 cités par Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, pp. 205 et 207 ; D. ROUSSEAU, « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *o.c.*, p. 110.

<sup>201</sup> F. LUCHAIRE, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *o.c.*, p. 111.

<sup>202</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108.

des juges qui ne donnent pas leur accord à cette fin ; pas de crainte donc pour un juge de voir révélée au grand jour la position qu'il a adoptée pendant le délibéré, si ce n'est le fait que, et dans certains cas seulement, il s'est joint à la majorité.

Ensuite, et vis-à-vis de la presse uniquement, parce qu'il est bien probable que l'atténuation du secret du délibéré enlève à la décision le caractère sensationnel et croustillant qu'elle dérive du secret, et qu'après avoir jaser sur les opinions particulières des juges pendant le bref délai qui suivra les premières opinions elle finira par se calmer<sup>203</sup>. Christian Walter en veut pour preuve que lorsque la Cour constitutionnelle allemande a rendu sa décision extrêmement controversée sur les crucifix dans les écoles de Bavière, c'est sur la décision elle-même et non pas sur les opinions qui l'accompagnaient que la presse s'est emballée<sup>204</sup>.

En outre, parce que l'indépendance des juges n'a pas pour unique garantie le secret du délibéré<sup>205</sup> ; l'article 151 de la Constitution le confirme d'emblée : « *Les juges sont indépendant dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles.* » Leur inamovibilité et irrévocabilité que garantit l'article 151 de la Constitution viennent consolider cette indépendance : pas de menace de se faire démettre pour un juge si ses opinions ne sont pas du goût du parti politique dominant<sup>206</sup>.

Enfin, parce que chez nous, le processus de nomination des juges est dépolitisé depuis le 20 novembre 1998<sup>207</sup>. Les juges devraient donc en principe n'éprouver aucun sentiment de « dette » vis-à-vis de quelque parti politique<sup>208</sup>. D'ailleurs, là où

---

<sup>203</sup> Antoine Garapon, cité par Yannick Lécuyer, reprend bien cette idée: « *Le secret aiguise le désir de savoir, excite la pulsion de voir. La presse n'a cessé de percer les derniers secrets de la démocratie* »: A. GARAPON, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, o.c., 1997, p. 267 ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », o.c., p. 207.

<sup>204</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », o.c., p. 84.

<sup>205</sup> H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », o.c., p. 58 ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », o.c., p. 204.

<sup>206</sup> R. ANDERSEN, « La nomination des juges en Belgique », *Revue générale de droit*, 2006, p. 692.

<sup>207</sup> Révision de l'article 151 de la Constitution, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, séance du 19 nov. 1998, p. 6404.

<sup>208</sup> H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 144 ; M. BOSSUYT et R. LEYSEN, « La justice constitutionnelle: fonctions et relations avec les autres autorités publiques : Rapport national pour le XVème Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, présenté par la Cour constitutionnelle de Belgique », o.c., p. 2. Ce genre de sentiment aurait pu naître avant la modification du 20 novembre 1998, par contre.

elles ont été introduites, les opinions séparées n'auraient entraîné aucune atteinte à l'indépendance des juges<sup>209</sup>.

Quoi qu'il en soit, on conviendra que l'indépendance est davantage une affaire de tempérament<sup>210</sup> et que pour bien exercer tout office, il faut savoir en faire preuve, peu important les pressions extérieures qui tentent de diriger notre action et les garanties qui nous protégeraient de celles-là<sup>211</sup>.

## §2 Vis-à-vis des autres membres du siège

Grâce à la faculté de rédiger une opinion séparée, chaque juge se voit offrir la possibilité de se distancier du jugement de la majorité. Ainsi le juge serait indépendant du reste du collège en ce qu'il n'aurait plus l'obligation d'« *assumer dans l'anonymat de la décision collective la paternité de l'œuvre qu'il voudrait désavouer* »<sup>212</sup> et pourrait donc « *préserver son intégrité intellectuelle* »<sup>213</sup>. Les juges pourraient donc être en paix avec leur conscience et fidèles à eux même, et ne seraient plus prisonniers de « *l'omnipotence de la majorité parfois étouffante* »<sup>214</sup>. Vues sous cet angle, les opinions séparées consacraient la liberté d'expression du juge, conformément à l'article 19 de la Constitution, à l'article 10 de la CEDH et à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>215</sup>.

---

<sup>209</sup> D. ROUSSEAU, « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *o.c.*, p. 110 ; un exemple intéressant de l'indépendance dont témoignent certains juges malgré les opinions séparées serait celui, non applicable à notre situation, de la CEDH où les juges n'hésitent pas à rendre des opinions allant à l'encontre des thèses avancées par leur pays : M.-A. EISSEN, « Discipline de vote à la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Human Rights and Constitutional Law - Essays in honour of Brian Walsh*, Dublin, The Round Hall Press, 1992, p. 71 cité par D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 311.

<sup>210</sup> M. DE VILLIERS et T. RENOUX, *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2001, p. 554, cités par Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 208.

<sup>211</sup> Car en effet, dans une décision collégiale, il faut pour le juge savoir résister à la pression exercée par ses collègues et ne céder qu'à la raison.

<sup>212</sup> P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », in *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé* (sous la dir. de F. DELPEREE et P. FOUCHER), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 41 cité par M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *o.c.*, p. 291.

<sup>213</sup> R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, p. 13.

<sup>214</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, pp. 205 et 208.; P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 17 ; J. M. CARDOSO DA COSTA, « Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *o.c.*, p. 39; T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 103 ; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 57.

<sup>215</sup> H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 65.

D'aucuns craignent les résultats de cette capacité pour les juges de se désolidariser publiquement de la décision de la majorité, et plus spécifiquement l'éventualité d'une spectacularisation de la Justice<sup>216</sup>. Ils y voient le risque que les juges fassent usage de cette faculté pour « *dresser des procès* »<sup>217</sup> aux autres membres du collège et se tirer dans les jambes par le moyen des opinions séparées, comme c'est parfois le cas à la Cour suprême des Etats-Unis<sup>218</sup>. Mais encore, ils craignent aussi que les juges ne succombent à la tentation de se démarquer de leurs confrères et d'augmenter leur cote auprès du public en rendant des opinions qui les distingueraient positivement du reste du collège, et, ce faisant, abandonnent tout effort de discussion en faveur de la recherche d'un consensus<sup>219</sup>. La satisfaction rapide et facile de la célébrité serait favorisée au détriment du travail lent et anonyme vers l'obtention d'une unanimité. La réalisation de ces deux hypothèses conduirait à une moins bonne administration de la justice<sup>220</sup>.

Faces à ces craintes, d'autres rétorquent qu'il y a toujours eu des oppositions et des mésententes au sein des juridictions<sup>221</sup>, et que celles-ci ne s'exacerberont pas du fait des opinions séparées si celles-là sont rédigées de manière tempérée et ne sont utilisées que de manière constructive, c'est à dire dans le seul but de discuter des points de droit et des éléments qui ont trait exclusivement au fond du débat, de la manière la plus cordiale possible<sup>222</sup>. Le but des opinions séparées est d'offrir une alternative ; l'idée n'est pas conflictuelle et ne vise pas à « *briller en énonçant les*

---

<sup>216</sup> Georges Vedel évoquait le danger « *de présenter aux citoyens au lieu d'une Cour de justice un spectacle qui aurait sa place à la télévision entre le « Face à face » et la « Roue de la fortune* » » : D. ROUSSEAU, *Manuel de droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 7 ; J. MALENOVSKY, « Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international », *o.c.*, p. 38.

<sup>217</sup> Georges Vedel cité par Dominique Rousseau : D. ROUSSEAU, *Manuel de droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 7.

<sup>218</sup> Le juge Holmes a illustré cette idée avec la métaphore de « neuf scorpions dans une bouteille » ; il est cité par J. P. KELSH, « The opinion delivery practices of the United States Supreme Court, 1790-1945 », *Washington University Law Quarterly*, 1999, p. 170.

<sup>219</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 84. ; F. LUCHAIRE, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *o.c.*, p. 111 ; Georges Vedel cité par Dominique Rousseau : D. ROUSSEAU, *Manuel de droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 7 ; G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108 ; R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, p. 12.

<sup>220</sup> D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 113.

<sup>221</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 83 ; D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 113.

<sup>222</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 17.

*lacunes dans le raisonnement de la majorité*»<sup>223</sup>. Par rapport aux animosités qui pourraient exister au sein d'un collège, ils considèrent même que les opinions séparées seraient un moyen de les apaiser : en effet, les juges se voyant offerte la possibilité de se détacher de la décision majoritaire ne seraient plus « minés » par le sentiment de frustration qu'ils pourraient ressentir en l'absence de cet échappatoire<sup>224</sup>. Ils ajoutent aussi que, plutôt que d'améliorer la réputation de son auteur, une rédaction trop régulière d'opinions séparées le décrédibiliserait au contraire car sa fréquence prouverait l'absence d'efforts dans son chef en vue de convaincre le reste du siège du bien-fondé de sa position<sup>225</sup>. Plus encore, ces auteurs avancent que les opinions sont, conformément à l'idée avancée plus haut<sup>226</sup>, une épée de Damoclès qui pendrait au-dessus de la tête du collègue, l'amenant à faire tout son possible pour trouver une position commune qui satisferait l'ensemble de ses membres. Ils louent ainsi l'effet responsabilisant des opinions séparées auprès des juges, qui agiraient comme « *un antidote efficace au recours indifférencié au vote négatif* »<sup>227</sup>.

Enfin, persistent certaines craintes vis-à-vis des conséquences de la potentielle individualisation des juges qui ne reçoivent pas de réponse de la doctrine en faveur des opinions. Ainsi Marc Verdussen redoute une « *pétrification* » de l'opinion des magistrats: une fois qu'ils auront émis une opinion séparée prêchant une position plutôt qu'une autre, ils risqueraient de ne plus oser changer de position, ce qu'ils peuvent par contre aisément faire sous le couvert du secret, en se cachant derrière la responsabilité collective de la décision<sup>228</sup>. Cette éventualité n'atteindra pas le juge qui fait preuve de tempérament, comme développé plus haut<sup>229</sup>, et qui sait qu'il fait un usage réfléchi et pertinent des opinions séparées. Le même auteur souligne encore, de concert avec Paul Martens, le danger bien belge d'une exacerbation du clivage

---

<sup>223</sup> W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 92.

<sup>224</sup> C. L'HEUREUX-DUBE, « The dissenting opinion: voice of the future? », *Osgode Hall Law Journal*, 2000, p. 513.

<sup>225</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 84. T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 102.

<sup>226</sup> Cf. p. 25.

<sup>227</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108 ; W. BRENNAN, « In defense of dissents », *o.c.*, p. 431 cité par W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 96 ; H. VUYE, « Het beraad in het kader van de democratie », *o.c.*, p. 57 ; R.P. ANAND, « The role of individual and dissenting opinions in international adjudication », *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, p. 782 cité par E. ROUCOUNAS, « Dissenting opinions in the European court of human rights », *o.c.*, p. 501.

<sup>228</sup> M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op.cit.*, p. 292.

<sup>229</sup> Cf. p. 39.

communautaire, les juges étant susceptible de motiver leurs opinions par des considérations politiques qui diviserait la critique populaire<sup>230</sup>. S'il est vrai que l'acte de juger est de nature fondamentalement politique et que ce genre de considérations le sous-tend inévitablement, il reste que cet effet indésirable peut être atténué si les juges s'imposent à eux-mêmes la plus grande impartialité possible et, à l'instar du juge unique « *s'érigent en tiers par rapport à eux-mêmes* »<sup>231</sup> et « *saisissent l'écoute de leur voix intérieures* »<sup>232</sup>, afin que leurs considérations soient au maximum sous-tendues par des principes universels, ne faisant appel à des éléments politiques que quand cela serait vraiment opportun.

## Section 6 Une meilleure synergie entre le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le judiciaire

Remarquons d'emblée qu'en ce qui concerne cette synergie, les détracteurs de l'introduction des opinions séparées craignent qu'au contraire, celle-ci ne détériore celle-là. Au niveau du fonctionnement de l'appareil judiciaire et ses relations avec le législateur et / ou les citoyens, ils identifient deux inconvénients. En premier lieu, ils s'effrayent des résultats engendrés par les opinions auprès des juridictions de première instance et des citoyens. Selon eux, les cours et tribunaux et les judiciaire ne sauraient à quel saint se vouer : la décision ou les opinions ? Cela résulterait en une incertitude juridique, comme nous l'avons plus haut<sup>233</sup>, mais aussi en un sabotage du rôle de guide des cours suprêmes qui plutôt que d'unifier la jurisprudence en dictant des lignes de conduites claires la déboussoleraient à force de décisions et d'opinions qui embrouilleraient les lecteurs<sup>234</sup>. Cela résulterait en une mauvaise compréhension de l'interprétation à donner au droit et en un contentieux nécessairement densifié, avec beaucoup de pots cassés à réparer pour la justice, ainsi qu'en une intensification de l'arriéré judiciaire. En second lieu, les opposants à l'introduction des opinions séparées appréhendent, encore, une aggravation de l'arriéré judiciaire et du coût de la

---

<sup>230</sup> M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op.cit.*, p. 292 ; P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 19.

<sup>231</sup> A. GARAPON, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire, o.c.*, 1997, p. 313 cité par P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 11.

<sup>232</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, p. 309 cité par P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 11.

<sup>233</sup> Cf. p. 25.

<sup>234</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 109.

justice, de par le temps<sup>235</sup> et les moyens<sup>236</sup> que demanderait la rédaction appliquée et judicieuse des opinions, et de par le supplément de temps nécessaire à la recherche d'un consensus<sup>237</sup>.

A ces arguments, les adeptes des opinions séparées ont des répliques. Face à l'inquiétude de la perte du rôle de guide de nos cours suprêmes ils soutiennent qu'au contraire, les opinions assureraient un regain de clarté et de compréhensibilité des décisions, pour les raisons listées plus haut<sup>238</sup>. Cela amènerait à une meilleure assimilation de la jurisprudence par les juridictions inférieures<sup>239</sup>, d'une part, ainsi qu'à une connaissance accrue du droit auprès des justiciables<sup>240</sup>. Dès lors, il y aurait moins de contentieux de cassation ou de constitutionnalité, les justiciables constatant leur moindre chance de voir les cours suprêmes déclarer l'illégalité de décisions s'alignant parfaitement dans leur jurisprudence. Au final, cela résorberait l'arriéré judiciaire. Quant à l'inconvénient du supplément de temps requis pour rédiger les opinions, Paul Martens commente qu'il peut être atténué si les juges s'entendent pour ne publier des opinions que dans les cas où « *la nécessité d'une motivation contrastée* »<sup>241</sup> se fait vraiment ressentir, c'est à dire par exemple dans le cadre d'affaires mettant en cause de grands enjeux sociétaux comme, notamment, le port du voile, l'adoption par des couples homosexuels ou encore l'avortement<sup>242</sup>.

En plus de ces effets positifs, les préconisateurs des opinions séparées leurs reconnaissent un rôle communicationnel bénéfique. En effet, par les opinions, ou plus

---

<sup>235</sup> F. LUCHAIRE, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *o.c.*, p. 111 ; L. HUYBRECHTS, « Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim », *o.c.*, p. 283.

<sup>236</sup> En effet, en vertu de l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, les arrêts doivent être traduits dans les trois langues officielles du pays et, en vertu de l'article 28 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, ceux de la Cour de cassation doivent être rendus en français et en néerlandais. Il en irait logiquement de même pour les opinions séparées, ce qui pourrait représenter un travail non négligeable; D. EDWARD, « How the Court of Justice works », *o.c.*, p. 557 cité par R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, p. 12.

<sup>237</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108.

<sup>238</sup> Cf. pp. 22 et suivantes.

<sup>239</sup> S. DAY O'CONNOR, R. BADER GINSBURG et N. LENOIR, « Entretien avec Mmes Sandra Day O'Connor et Ruth Bader Ginsburg, Membres de la Cour suprême des Etats-Unis », *o.c.*

<sup>240</sup> Wanda Mastor souligne qu'à cet égard, les opinions séparées constitueraient « *des instruments pédagogiques et protecteurs efficaces* »: W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 110 ; G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108.

<sup>241</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 21.

<sup>242</sup> *Idem*, p. 19.

précisément par la transparence qu'elles assurent, il serait plus aisé pour le législateur de déceler les lacunes de la loi dénoncées par les juges et de les combler de manière efficace et appropriée<sup>243</sup>. Par ailleurs, les justiciables, qui comprendraient dès lors mieux la décision, pourraient donc y réagir en pleine connaissance de cause et ainsi dénoncer tantôt certains aspects du jugement, tantôt certains aspects de la loi. Ce faisant, ils amèneraient les organes judiciaires et législatifs à en faire une réception appropriée qui les conduirait à davantage s'accorder au consensus social qu'ils sont sensés refléter, c'est à dire, pour les cours et tribunaux, à prendre en compte les tendances sociales ainsi manifestées dans leur acte de juger<sup>244</sup> et, pour le législateur, à les prendre en compte dans la rédaction des textes de loi<sup>245</sup>, tout cela augmentant en définitive la légitimité démocratique de ces organes<sup>246</sup>.

### **Titre 3** Vers une introduction des opinions séparées en droit belge

C'est au sein des juridictions judiciaires suprêmes exclusivement que nous proposons d'envisager l'introduction des opinions séparées, à savoir les cours constitutionnelle et de cassation. D'une part, en effet, si les juridictions de degrés d'instance inférieurs se voyaient donner la possibilité de rendre des opinions séparées, cela donnerait lieu à des pourvois intempestifs, les juges tendant aux justiciables par leurs opinions les perches nécessaires pour que les pourvois formés vis-à-vis de leurs jugements soient fructueux. D'autre part, les juges des juridictions de fond n'ont pas, contrairement à ceux des juridictions suprêmes, « *le temps et l'équipement nécessaires pour mûrir leurs décisions* » que requiert la rédaction opportune d'opinions séparées<sup>247</sup>.

---

<sup>243</sup> S. DAY O'CONNOR, R. BADER GINSBURG et N. LENOIR, « Entretien avec Mmes Sandra Day O'Connor et Ruth Bader Ginsburg, Membres de la Cour suprême des Etats-Unis », *o.c.*

<sup>244</sup> G. ZAGREBELSKY évoque à ce propos la possibilité « *d'assurer une meilleure adhérence de l'application de la Constitution aux « développements de l'esprit public* » : « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 108 ; W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 109.

<sup>245</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 215 ; G. SCOFFONI, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 269, cité par W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 109 ; R. BADER GINSBURG, « The role of dissenting opinions », *o.c.*, p. 6.

<sup>246</sup> W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 109.

<sup>247</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 21 ; Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 213.

## Chapitre 1 Configuration pratique sur base d'exemples pertinents

L'idée est ici de piocher au sein des différents systèmes d'opinions séparées existants les éléments qui seraient judicieux pour en construire un qui soit adéquat pour nos juridictions.

### Section 1 Une obligation de manifester et d'expliquer sa dissidence en temps appropriés

Il s'agit pour les juges d'annoncer et d'expliquer la substance de leur dissidence pendant les débats, avant que la décision ne soit rédigée, et dans un délai tel qu'il laisse au collègue le temps de débattre sur le bien fondé de la dissidence<sup>248</sup> et, éventuellement, de l'adopter comme position majoritaire<sup>249</sup>. Un autre objectif de ce devoir serait de donner au juge rapporteur de la décision majoritaire l'occasion de répondre dans celle-là aux différents arguments invoqués par l'opinion séparée<sup>250</sup>.

Suivant les pays, ce principe découle d'un devoir de loyauté<sup>251</sup>, ou de simple égard vis-à-vis des autres juges<sup>252</sup>.

### Section 2 Une interdiction de chercher à susciter la polémique par les opinions

Le seul objet des opinions se devrait d'être la proposition d'alternatives juridiques, de raisonnements différents<sup>253</sup>. Ainsi la polémique devrait-elle être interdite au sein des opinions, tout comme les critiques personnelles vis-à-vis des membres de la majorité<sup>254</sup>, cela dans le but de ne pas fragiliser l'autorité du collègue<sup>255</sup>.

---

<sup>248</sup> Pour la CEDH : D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 312 ; D. ROUSSEAU, « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *o.c.*, p. 110 ; pour l'Estonie : Code de procédure en matière de contrôle constitutionnel du 13 mars 2002, article 57§5 et 59§5 ; R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, p. 24.

<sup>249</sup> Pour les Etats-Unis : W. MASTOR, « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », *o.c.*, p. 95.

<sup>250</sup> Pour les Etats-Unis : *idem*, p. 96. L'idée est en fait de permettre aux opinions de ce faisant déployer leur effet performatif.

<sup>251</sup> D. ROUSSEAU, « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *o.c.*, p. 110.

<sup>252</sup> Pour le Portugal : J. M. CARDOSO DA COSTA, « Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *o.c.*, p. 39.

<sup>253</sup> Pour l'Allemagne : C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 83.

<sup>254</sup> D. ROUSSEAU, « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *o.c.*, p. 110.

<sup>255</sup> *Ibid.*

A cet égard, comme le souligne Christian Walter, une opinion au ton belligérant décredibilisait davantage son auteur que ses collègues<sup>256</sup>.

Cette règle découlerait du devoir de loyauté des juges<sup>257</sup>, ou encore de celui de réserve<sup>258</sup>. Afin d'éviter cela et de rendre des opinions les plus constructives possible, les juges danois rédigent ensemble les opinions séparées, en gardant à l'esprit qu'elles sont sensées être « *une source d'informations pour la doctrine et le public.* »<sup>259</sup>

### Section 3 Une obligation d'adopter un style académique et juridique

L'opinion, afin de produire les effets utiles qu'on lui reconnaît, devrait être rédigée dans un langage clair et scientifique<sup>260</sup>. En Espagne, il est même imposé aux juges de rédiger leurs opinions comme des arrêts, c'est à dire en développant les arguments juridiques sur lesquelles elles se basent<sup>261</sup>.

### Section 4 Une interdiction de révéler ce qui est couvert par le secret du délibéré

Cette interdiction est opportune quand le délibéré reste secret. Ainsi le secret pourrait déployer, totalement ou partiellement, les effets positifs qu'on lui reconnaît et plus spécialement celui d'assurer l'indépendance des juges vis-à-vis du monde extérieur. Par exemple, à la CEDH, les juges rédacteurs d'opinions ne peuvent pas y révéler les discussions dont procède l'arrêt, les notes du rapporteur et surtout la position des membres du siège qui ne l'ont pas publiée dans une opinion séparée<sup>262</sup>.

---

<sup>256</sup> Pour l'Allemagne : C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 83.

<sup>257</sup> Pour l'Allemagne : *idem*, p. 84.

<sup>258</sup> Pour la CEDH : D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 312.

<sup>259</sup> Pour le Danemark : M. TORBEN, « Entretien avec M. Torben Melchior », *o.c.*, p. 115.

<sup>260</sup> D. ROUSSEAU, « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *o.c.*, p. 110.

<sup>261</sup> Pour l'Espagne : T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *o.c.*, p. 94 ; pour le Danemark, le juge Torben explique que les opinions sont rédigées « *avec le plus grand soin* » : M. TORBEN, « Entretien avec M. Torben Melchior », *o.c.*, p. 115.

<sup>262</sup> D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *o.c.*, p. 312.

## Section 5 Une obligation d'utiliser la faculté de rédiger des opinions de manière parcimonieuse

Rejoignant ici la suggestion précitée de Paul Martens<sup>263</sup>, Dominique Rousseau distingue au sein des juridictions européennes qui autorisent la rédaction d'opinions séparées une obligation générale de n'en faire usage qu'en cas de « *grandes questions ou (...) de différends importants* », c'est à dire avec discernement<sup>264</sup>.

## Chapitre 2 Mises en œuvre atténuées du principe

### Section 1 Une simple révélation anonyme de la répartition des voix au sein du collège

L'application de cette méthode a constitué, pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le premier pas vers l'adoption des opinions séparées<sup>265</sup>.

Cette mesure quasi innocente révèle tout de même que le collège, tout comme la société qu'il représente, est parfois divisé sur les questions qu'il tranche<sup>266</sup>. Elle permet également aux justiciables de savoir quel poids donner à la décision et produit le même effet bénéfique que les opinions quand on les compare à des épées de Damoclès qui pendent au dessus du collège, à savoir celui de l'amener à chercher un consensus pour éviter l'opprobre du dissentiment ou plutôt, en l'occurrence, du simple désaccord anonyme<sup>267</sup>.

### Section 2 Des opinions séparées anonymes

Il s'agirait ici soit d'introduire dans le corps de la décision les arguments considérés qui s'y opposent et ses possibles alternatives<sup>268</sup>, soit de rédiger de véritables opinions séparées dans un document distinct de la décision, sans les signer.

---

<sup>263</sup> Cf. p. 43.

<sup>264</sup> D. ROUSSEAU, « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *o.c.*, p. 110 ; c'est le cas en Allemagne, où seulement 6% des décisions font l'objet d'opinions séparées, mais aussi en Espagne où ce sont généralement les questions très sensibles qui font l'objet d'opinions : R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, pp. 23 et 26.

<sup>265</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 82.

<sup>266</sup> Cf. p. 30.

<sup>267</sup> Cf. p. 25.

<sup>268</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 19.

La première alternative, dite de « *l'opinion dissidente cachée* » fut employée par les cours constitutionnelles allemande et danoise, dans leur évolution vers l'adoption des opinions séparées<sup>269</sup>. Son seul désavantage notable est celui de la confusion qu'elle pourrait susciter chez les lecteurs, à moins de guider ceux-ci par une bonne structure qui annoncerait les simili-opinions, par exemple par un sous-titre « *Arguments à l'encontre de la décision* », et préciserait que ceux-là figurent à titre indicatif et sont dénués d'effet juridique.

Vis-à-vis de la seconde alternative, actuellement employée par la Grèce<sup>270</sup>, Yannick Lécuyer note que, bien que le droit aurait à gagner de cette technique, ni le juge ni, par conséquent, la démocratie, n'en tireraient quelque bénéfice que ce soit, de par le manque de transparence dont elle ferait preuve<sup>271</sup>. La pertinence de cette objection est douteuse car le principe des opinions devrait tendre à servir les citoyens plutôt que la liberté d'expression des juges, bien qu'assurer le confort moral de ceux-là serait bénéfique<sup>272</sup>. On ne voit donc pas en quoi la démocratie ne sortirait pas gagnante de cette formule, si ce n'est que l'on pourrait déplorer l'absence de responsabilisation des juges du fait de l'absence de révélation nominative de l'opinion de certains membres de leur collègue<sup>273</sup>.

En outre, Marie-Françoise Rigaux, citée par Marc Verdussen, se dit mal à l'aise avec cette idée de l'anonymat dont le couvert amènerait peut-être les juges à rendre des opinions moralement ou politiquement incorrectes<sup>274</sup>. Cette position étonne pour le moins. Certes, les juges sont susceptibles d'oublier les canons de leur professions, mais nous pensons que, plus que tous autres ils se donnent pour devoir d'être intègres, connaissant les répercussions de leurs prises de positions même non qualifiées par l'autorité de la chose jugée. Quoi qu'il en soit, si les opinions sont discutées au sein

---

<sup>269</sup> C. WALTER, « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *o.c.*, p. 82 ; R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, p. 23.

<sup>270</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>271</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 216.

<sup>272</sup> *Cf.* p. 39.

<sup>273</sup> A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* (multig.), *o.c.*, p. 319.

<sup>274</sup> M.-F. RIGAUX, « La Cour constitutionnelle et les opinions séparées », *Justice en ligne*, 17 février 2012 (<http://www.justice-en-ligne.be/article404.html>); M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *o.c.*, p. 291.

du collège avant leur rédaction, les bienfaits du délibéré collégial dénonceront et tempéreront sûrement les aspects potentiellement non constructifs de celles-là.

### Chapitre 3 En pratique

#### Section 1 Dans la loi

§1 Source : Constitution, loi organique ou règlement interne?

Gustavo Zagrebelsky explique les enjeux du choix d'une base légale pour les opinions séparées. Opter pour la Constitution, c'est faire « *un choix précis de politique du droit* »<sup>275</sup>. La Grèce et l'Espagne illustrent bien cela : ces deux pays ont entériné le principe des opinions séparées dans leur constitution. Cela résulte des régimes politiques qui ont précédé leur rédaction : la Grèce sortait tout juste d'un régime dictatorial, en 1975, tandis que l'Espagne tournait la page du franquisme, en 1978.

Faire le choix d'introduire le système des opinions séparées par une modification de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, pour la Cour constitutionnelle, et du Code judiciaire<sup>276</sup>, pour la Cour de cassation, revient à considérer qu'en introduisant les opinions séparées, on modifie quelque principe posé par ces instruments<sup>277</sup>. En effet, en introduisant la possibilité pour les juges d'émettre des opinions séparées, on modifierait les procédures de contrôle constitutionnel et de cassation établies dans ces textes. Cette voie est la plus prisée en Europe<sup>278</sup> et semble la plus opportune à suivre pour la Belgique<sup>279</sup>. Dans un tel scénario, souvent, les règlements intérieurs des

---

<sup>275</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 109.

<sup>276</sup> Et plus précisément ses articles 1073 à 1121 du Code judiciaire.

<sup>277</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 109.

<sup>278</sup> A titre d'exemple, les pays suivant ont choisis d'introduire le système des opinions séparées dans leurs cours constitutionnelles via les lois relatives à ces cours: Allemagne, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Portugal, Slovaquie, Slovénie: R. RAFFAELLI, *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, *o.c.*, pp. 21-31.

<sup>279</sup> Comme l'a d'ailleurs estimé Olivier Maingain dans ses trois propositions de loi spéciale visant à modifier la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage en vue d'y introduire le système des opinions séparées.

juridictions concernées complètent le prescrit de ces législations avec davantage de détails<sup>280</sup>.

Enfin, il est également possible pour le pays de se limiter à une simple modification du règlement intérieur de la juridiction concernée, ou encore à l'adoption par la juridiction d'un acte réglementant l'exercice de ses fonctions. La Bulgarie offre le seul exemple de ce type en Europe<sup>281</sup>. Une telle décision, selon Zagrebelsky, reflèterait la conception selon laquelle l'introduction des opinions séparées ne s'oppose à aucune norme, d'une part, et n'est pas une innovation mais bien la simple consécration d'une perception de la justice<sup>282</sup>.

## §2 Modalités pratiques de la publication des opinions

Anne Langenieux-Tribalat précise qu'une publicité totale des opinions séparées est la condition *sine qua non* pour que celles-là puissent produire de manière utile leur effet de responsabilisation<sup>283</sup> auprès des juges<sup>284</sup>. Ainsi, il faudrait que les opinions séparées soient notifiées aux parties et publiées conjointement à l'arrêt<sup>285</sup>.

## Section 2 Dans les mentalités

Georges Vedel, figure de proue des pourfendeurs de l'introduction des opinions séparées au sein de nos cours, pour bien marquer comme il serait risqué de quitter le confort du secret absolu du délibéré pour l'inconnu des opinions séparées, a écrit: « *on ne peut pas savoir quels dégâts produirait le changement, le temps qu'il prendrait à s'acclimater et les effets inattendus qu'il entraînerait* »<sup>286</sup>. Il n'est pas le seul à refuser de faire le pas<sup>287</sup>.

---

<sup>280</sup> *Ibid.*

<sup>281</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>282</sup> G. ZAGREBELSKY, « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *o.c.*, p. 109.

<sup>283</sup> *Cf.* p. 41.

<sup>284</sup> A. LANGENIEUX-TRIBALAT, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* (multig.), *o.c.*, pp. 319-320.

<sup>285</sup> Ces modalités sont suivies, notamment, par la Bulgarie, le Danemark, l'Estonie, l'Espagne, la Lituanie, la Hongrie, la Roumanie et les Etats-Unis.

<sup>286</sup> G. VEDEL, « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le débat*, 1989, p. 51.

<sup>287</sup> A titre exemplatif : F. LUCHAIRE, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *o.c.*, pp. 111-112 ; M.-F. RIGAUD, « La Cour constitutionnelle et les opinions séparées », *o.c.*

A propos des personnes opposées comme lui à ce changement, Bernadette Prignon souligne qu'il faudra beaucoup de temps pour les convaincre du bien-fondé de cette évolution et pour qu'elles s'y fassent une fois l'étape franchie, en avançant pour preuve les réticences qui encore aujourd'hui s'élèvent à propos de l'institution du juge unique qui a pourtant fait son entrée dans nos juridictions en 1985<sup>288</sup>. Dominique Rousseau voit les choses d'un tout autre oeil: le principe du contrôle de constitutionnalité contre lequel de nombreuses voix se sont insurgées pendant plus de 200 ans est aujourd'hui considéré comme une garantie fondamentale de notre démocratie<sup>289</sup>. Ce second argument est plus percutant que le premier. L'institution du juge unique renonce à une des garanties de la démocratie, c'est à dire la collégialité du délibéré<sup>290</sup>, tandis que celle du contrôle de constitutionnalité, tout comme celle des opinions séparées, ajoute une importante plus value démocratique au jugement en consacrant sa faillibilité<sup>291</sup>. On peut donc tabler sur un futur caractère indispensable des opinions, à l'instar de celui que l'ont reconnu aujourd'hui à nos cours constitutionnelles.

Enfin, Yannick Lécuyer conclut en faveur d'un passage aux opinions séparées en rappelant l'idée de Hobbes selon laquelle pour continuer à exister, il faut se évoluer: l'immobilisme des institutions signerait leurs arrêts de mort<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> B. PRIGNON, « Le secret du délibéré », *o.c.*, p. 116.

<sup>289</sup> D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 114.

<sup>290</sup> P. MARTENS, « La pratique du délibéré collégial », *o.c.*, p. 10.

<sup>291</sup> D. ROUSSEAU, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *o.c.*, p. 113.

<sup>292</sup> Y. LECUYER, « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *o.c.*, p. 222.

## CONCLUSION

Sur base de l'analyse menée dans le présent travail, il apparaît justifié et légitime d'introduire la possibilité pour les juges de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation d'émettre des opinions séparées.

En effet, on a, en premier lieu, pu constater que le secret du délibéré est un « *reliquat du droit canonique* » et que son fondement légal est intensément controversé. Par ailleurs, les recherches ont révélé que, sur le terrain, ce principe est, dans la pratique, souvent violé, et que son utilité est de plus en plus remise en question de par le nombre croissant d'affaires confiées à un juge unique.

Ensuite, une analyse approfondie des opinions séparées a mis en lumière leur caractère hybride, à mi-chemin entre *common law* et droit de tradition romano-germanique, ainsi que leurs variantes et leur portée juridique indirecte. Cela nous a également amené à nous pencher sur la compatibilité des opinions séparées avec le secret du délibéré. Celle-ci serait effective, à condition pour leurs rédacteurs de respecter certaines conditions de confidentialité dans l'exercice de leur dissidence. Le questionnement fondamental de ce cheminement a, finalement, constitué en une énumération des arguments pour et contre les opinions séparées. Cette démarche a permis de réaliser que les partisans et les opposants de l'introduction des opinions séparées invoquent les mêmes arguments en les tournant chacun en leur faveur. Relevons, à cet égard, que le principal reproche des sympathisants des opinions séparées vis-à-vis de notre actuelle manière de juger en Belgique est son manque de motivation et de compréhensibilité. A noter, également, que les arguments des détracteurs des opinions séparées sont moins fournis et plus aisément discutables que ceux de leurs adeptes. Cependant, afin de pouvoir raisonnablement se positionner par rapport aux opinions séparées, il faudrait disposer de davantage d'éléments d'informations quant à la légitimité démocratique des juges et quant au bon fonctionnement et à la bonne application de la justice dans les pays ayant et n'ayant pas introduit ce système, de manière à pouvoir établir des comparaisons significatives entre ceux-là. Le raisonnement suivi dans ce travail a, enfin, permis de relever que la question de l'opportunité de l'introduction du secret du délibéré soulève

d'importantes questions de théorie du droit. Parmi celles-là, notamment, la question du rôle du juge, de sa place dans la société mais aussi de sa légitimité démocratique.

En dernier lieu, l'analyse des aspects concrets de l'introduction des opinions séparées nous a amené à retenir les meilleurs attributs propres aux systèmes étrangers d'opinions séparées. Cette étude de droit comparé a été l'occasion de réaliser que, pour tirer le meilleur des opinions séparées, il faudrait que les juges en fassent un usage réfléchi et constructif, en gardant en tête l'objectif positif de celles-là, à l'instar des magistrats de la Cour suprême du Danemark. Nous avons aussi proposé différentes versions atténuées des opinions séparées, qui pourraient être adoptées successivement, de façon progressive, afin de se préparer à une version « complète » de ce système, comme le fit la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Par ailleurs, ce travail a été l'occasion de réfléchir au meilleur fondement légal pour les opinions séparées dans notre ordre juridique, ce qui nous a amené à opter pour la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle et le Code judiciaire, dans lesquels il faudrait consacrer une publicité maximale des opinions séparées. Finalement nous avons mentionné la possibilité que l'opinion publique se montre hostile à l'introduction des opinions séparées dans notre système judiciaire, tout en rappelant que l'arrivée du contrôle constitutionnel avait soulevé les mêmes indignations et est pourtant aujourd'hui considéré comme un pilier de notre démocratie.

En conclusion, afin d'apprécier l'opportunité de l'introduction des opinions séparées au sein de notre Cour constitutionnelle et notre Cour de cassation, nous avons majoritairement effectué des démarches de droit comparé, en soulevant des questions de théorie du droit. Cela nous amène à souligner combien ce sujet est multidisciplinaire, mais aussi, combien ce sujet est vaste : le temps qui nous a été imparti, tout comme l'espace pour nous exprimer nous a amené à circonscrire notre propos dans certaines limites, qu'il serait bon de pouvoir repousser dans une démarche de recherche plus conséquente afin de pouvoir trancher de manière suffisamment éclairée la question de la pertinence de l'introduction des opinions séparées dans notre système judiciaire.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### Législation

#### Droit international

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, art. 10, *M.B.*, 19 août 1955, p.5028.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New-York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, art. 19, *M.B.*, 15 mai 1981, p.8806.

#### Droit belge

Constitution, articles 19, 151 et 152.

Code judiciaire du 10 octobre 1967, art. 785 et 778, *M.B.*, 31 oct. 1967, p. 11360.

Code pénal du 8 juin 1867, art. 458, *M.B.*, 9 juin 1867, p. 3133.

Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 108 et 111, *M.B.*, 7 janv. 1989, p.315.

Loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, art. 28, *M.B.*, 22 juin 1935, p.4002.

Proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage en vue d'y introduire le système des opinions séparées, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n°1912/001.

Proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage en vue d'y introduire le système des opinions séparées, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n°1241/001.

Proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage en vue d'y introduire le système des opinions séparées, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2014, n°0149/001.

### Droit étranger

Loi organique espagnole n°6/1985 du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative au pouvoir judiciaire, article 260.

Code estonien de procédure en matière de contrôle constitutionnel du 13 mars 2002, article 57§5 et 59§5.

Code français de procédure civile, art. 448.

Code français de procédure pénale, art. 357.2.

Ordonnance française n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, article 6.

### Jurisprudence

#### Jurisprudence européenne

Cour eur. D.H., arrêt Vo c. France du 8 juillet 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p.368.

Cour eur. D.H., arrêt Taxquet c. Belgique du 16 novembre 2010, *Rev. trim. dr. h.*, 2010, p.695.

#### Jurisprudence belge

Cass., 14 déc. 1841, *Pas.*, 1842, I, p.51.

Cass., 14 juin 1858, *Pas.*, 1858, I, p.261.

Cass., 20 février 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 141.

Cass., 4 mai 1953, *Pas.*, 1953, I, p.653.

Cass., 6 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p.878.

Cass., 22 déc. 1992, *Pas.*, 1992, I, p.1402.

Cass., 24 janvier 2007, *Pas.*, 2007, X, p. 167.

Cass. (2<sup>de</sup> kamer), 13 maart 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1255, noot BLOCKX F., «Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt ».

#### Jurisprudence française

Cass. fr., 27 mai 1847, *Sirey*, I, p.547.

Cass. fr., 9 novembre 1945, *Gaz. Pal.*, 1948, p. 233.

C.E. fr., 17 novembre 1922, *Lebon*, p.849.

#### Doctrine

ANAND R.P., « The role of individual and dissenting opinions in international adjudication », *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, pp. 788-808.

ANDERSEN R., « La nomination des juges en Belgique », *Revue générale de droit*, 2006, pp. 689-708.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *L'autorité des décisions de justice constitutionnelle et européenne sur le juge administratif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.

ARNAUD A.-J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

BADER GINSBURG R., « The role of dissenting opinions », *Minnesota Law Review*, 2010, pp. 1-8.

BEHRENDT C., « Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur cadre », *Rev. Dr. ULg*, 2006, pp. 9-25.

BLOCKX, F., « Het geheim van het beraad, het beroepsgeheim van de magistraat en het delen van informatie die onder het beroepsgeheim valt », noot onder Cass. (2<sup>de</sup> kamer), 13 maart 2012, *R.W.*, 2012-2013, pp. 1257-1263.

BONCENNE P., *Théorie de la procédure civile*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1839.

BORN C.-H. ET VAN OVERSTRATEN M., *Syllabus de sources, principes et méthodes du droit*, Université Catholique de Louvain, 2012.

BOSSUYT M. et LEYSEN R., « La justice constitutionnelle: fonctions et relations avec les autres autorités publiques : Rapport national pour le XVème Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, présenté par la Cour constitutionnelle de Belgique », *Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, <http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xv/BELGIA%20fr.pdf> (12 juin 2015).

BRENNAN W., « In defense of dissents », *Hastings Law Journal*, 1986, pp. 427-438.

BREWAEYS E., « Gerechtig recht », in *Het Beraad en de Rechter* (opgesteld o.l.v. FLEERACKERS F. en VAN RANSBEECK R.), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 5-23.

BURGELIN J.-F., « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.*, 2001, pp. 2755-2758.

CARBONNIER J., *Flexible droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.

CARDOSO DA COSTA J.M., « Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, pp. 35-43.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001.

COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1999.

COSTA J.-P., « En quoi consistent les opinions séparées, dissidentes ou concordantes ? Quels en sont leurs mérites ? », *Justice en ligne*, 13 janvier 2012 (<http://www.justice-en-ligne.be/article382.html>).

DAILLIER P. et PELLET A., *Droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001.

DAY O'CONNOR S., BADER GINSBURG R. et LENOIR N., « Entretien avec Mmes Sandra Day O'Connor et Ruth Bader Ginsburg, Membres de la Cour suprême des Etats-Unis », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-5/entretien-avec-mmes-sandra-day-o-connor-et-ruth-bader-ginsburg-membres-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.52826.html>).

DELGRANGE X. et LAGASSE N., « La liberté d'expression du juge : Comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ? », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011 pp. 187-228.

DE RIEMAECKER X., « Les magistrats », in *Le secret professionnel* (sous la dir. de KIGANAHE D. et POULLET Y.), Bruges, La Charte, 2002, pp. 153-165.

DE RIEMACKER X. et LONDERS G., *Statut et déontologie des magistrats*, Bruxelles, La Charte, 2003.

DE VILLIERS M. et RENOUX T., *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2001.

DOUGLAS W. O., « The dissent: a safeguard of democracy », *Journal of the American Judicature Society*, 1948, pp. 104-107.

DRAI P., CHARTIER Y., TRICOT D., « La Cour de cassation face à la doctrine: trois opinions », *Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 1994, pp. 107-123.

EDWARD, D., « How the Court of Justice works », *European Law Review*, 1995, pp. 539-558.

EISSEN M.-A., « Discipline de vote à la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Human Rights and Constitutional Law - Essays in honour of Brian Walsh*, Dublin, The Round Hall Press, 1992, pp. 71-83.

ENGLEBERT J., « Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants », *DAOR*, 2009, pp. 276-285.

FAVOREU L., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002.

FLORIOT R. et COMBALDIEU R., *Le secret professionnel*, Paris, Flammarion, 1973.

FREIXES T., « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, pp. 94-103.

FUNCK J.-F., « Juger et être compris : un enjeu démocratique », *J.T.*, 2013, pp. 748-750.

GARAPON A., *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997.

GODECHOT J., *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier-Flammarion, 1976.

HALL K. L., *The Oxford Companion to the US Supreme Court*, Oxford, Oxford University press, 2005.

HOGHE RAAD VOOR DE JUSTITIE, *De Belgen en justitie in 2007. Resultaten van de tweede justitiebarometer*, Brussel, Bruylant, 2007.

HOGHE RAAD VOOR DE JUSTITIE, *De Belgen en justitie in 2010. Resultaten van de derde justitiebarometer*, Gent, Story, 2010.

HUGUES C.E., *The Supreme Court of the United States: its foundation, methods and achievements*, New York, Columbia University Press, 1928.

HUYBRECHTS L., « Belgian Supreme Court: commentary on Lasser's analysis » in *The Legitimacy of Highest Court's Rulings. Judicial deliberations and beyond*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2009, pp. 189-196.

HUYBRECHTS L., « Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim », *N.C.*, 2012, pp. 271-285.

INGHELS B. et STEVENART MEEUS F., « Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ? », in *L'entreprise et le secret* (sous la dir. de CASSIERS V. et GILSON S.), Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 311-323.

JAN P., « Le secret du délibéré devant le Conseil constitutionnel : illustration d'un principe général du droit processuel français », *D.*, 1999, pp. 253-256.

JOXE P., *Cas de conscience*, Paris, Labor et Fides, 2010.

KELEMEN K., « The road from common law to East-Central Europe: the case of the dissenting opinion », in *Legal and Political Theory in the Post-National Age* (under the supervision of CSERNE P. and KÖNCZÖL M.), Berne, Peter Lang, 2011, pp. 118-134.

KELSH J. P., « The opinion delivery practices of the United States Supreme Court, 1790-1945 », *Washington University Law Quarterly*, 1999, pp. 137-182.

KIRBY M., « Judicial dissent - common law and civil law traditions », *Law quarterly review*, 2007, p. 379-400.

KRINGS E., « Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1988, pp. 489-498.

LANGENIEUX-TRIBALAT A., *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* (multig.), Thèse, Limoges, 2007.

LAMBERT P., v° Secret professionnel, *R.P.D.B.*, compl. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 621-758.

LARSSON B., *Le rêve du philologue – Nouvelles sur la joie de la découverte*, Paris, Grasset, 2009.

LATOUR B., *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004.

LECUYER Y., « Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence », *Rev. Trim. D. H.*, 2004, pp. 197-223.

LEE J., « A defence of concurring speeches », *Public Law*, 2009, p. 305-331.

LEGENDRE P., *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, P.U.F., 1968.

L'HEUREUX-DUBE C., « The dissenting opinion: voice of the future? », *Osgode Hall Law Journal*, 2000, pp. 495-516.

LUCHAIRE F., « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? « Contre » : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, pp. 111-112.

MACLACHLIN B., « Entretien avec la très honorable Beverley MacLachlin, juge en chef du Canada », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, pp. 59-64.

MALENOVSKY J., « Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international », *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, 2010, pp. 27-70.

MARTENS P., « La pratique du délibéré collégial », in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011 pp. 9-21.

MARTENS P., « Le métier de juge constitutionnel », in *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé* (sous la dir. de DELPEREE F. et FOUCHER P.), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 25-42.

MARTENS P., « Solitude du juge et cohérence du droit », *J.T.*, 2013, pp. 805-810.

MASTOR W., « L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHEOREAU), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 87-115.

MATRAY C., « La rhétorique des juges », in *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 85-94.

NELISSEN B., « Na sluiting Fortisgate (eindelijk) opening voor *separate opinions* ? », *R.W.*, 2012, pp. 1278-1288.

*Pand.*, v° Délibéré, Bruxelles, Larcier, 1889, pp. 110-115.

PARMENTIER S., VERVAEKE G., GOETHALS J. et al., *Justitie doorgelicht. De resultaten van de eerste Belgische «justitiebarometer»*, Gent, Academia Press, 2004.

PERELMAN C. et OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éd. ULB, 1970.

PIERRON G., « Le secret professionnel du juré », *Rev. Sc. Crim.*, 1953, pp. 719-722.

PINTO R., *Des juges qui ne gouvernent pas*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933.

PONTHOREAU M.C., *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française, essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel* (multig.), Thèse, Paris, 1994.

*R.P.D.B.*, v° Jugements et arrêts, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1950, pp. 317-354.

RHADAMANTHE, « Langue du droit et langue courante », *J.T.*, 2013, pp. 734-739.

RAFFAELLI R., *Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, Bruxelles, Direction générale des politiques internes du Parlement européen, Département thématique C : droits des citoyens et affaires constitutionnelles, 2012.

RIGAUX M.-F., « La Cour constitutionnelle et les opinions séparées », *Justice en ligne*, 17 février 2012 (<http://www.justice-en-ligne.be/article404.html>).

RIVIERE F., *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

ROBERT J., « La bonne administration de la justice », *A.J.D.A.*, 1995, pp. 117-132.

ROBERT J., *La garde de la République : le Conseil constitutionnel raconté par un de ses membres*, Paris, Plon, 2000.

ROUCOUNAS E., « Dissenting opinions in the European court of human rights », in *The European Convention on human rights, a living instrument. Essays in honour of Chrtisos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 501-530.

ROUSSEAU D., « La pratique des opinions dissidentes : synthèse », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, p. 110.

ROUSSEAU D., « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, pp. 113-114.

ROUSSEAU D., *Manuel de droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999.

RUEDA F., « La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE F. et PONTTHOREAU M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 263-280.

SCOFFONI G., « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, pp. 243-280.

SIMONART H., *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988.

SPIELMANN D., « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2007, pp. 310-312.

SPITZ E., « L'acte de juger », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1995, pp. 289-302.

STEVENART MEEUS F., « La délibération collégiale au sein d'une juridiction judiciaire : comment ça marche ? », *Justice en ligne*, 20 août 2010 (<http://www.justice-en-ligne.be/article198.html>).

STIRN B., *Les libertés en questions*, Paris, Montchrestien, 1996.

SZYMCIAK D., « La manipulation par la Cour européenne des droits de l'homme de ses propres précédents », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE F. et PONTTHOREAU M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 61-85.

THOMASSEN W., « Het geheim van de Raadkamer en de dissenting opinion », *Nederlands Juristenblad*, 2006, pp. 686-690.

TORBEN M., « Entretien avec M. Torben Melchior », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, pp. 112-114.

TROCSANYI L. et HORVATH A., « La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, pp. 104-106.

TURPIN D., « Le juge est-il représentatif? Réponse: oui », *Commentaires*, 1992, pp. 381-390.

VANDERLINDEN J., « Ouverture », in *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 40-107.

VAN DROOGHENBROECK J.-F., BALOT F. et WILLEMS G., *Leçons de méthodologie juridique*, Bruxelles, Larcier, 2009.

VEDEL G., « Neuf ans au Conseil constitutionnel », *Le débat*, 1989, pp. 48-56.

VERDUSSEN M., *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012.

VUYE H., « Het beraad in het kader van de democratie », in *Het Beraad en de Rechter* (opgesteld o.l.v. FLEERACKERS F. en VAN RANSBEECK R.), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 41-70.

WALTER C., « La pratique des opinions dissidentes en Allemagne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, pp. 81-84.

WHITE R. and I. BOUSSIAKOU I., « Separate Opinions in the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 37-60.

WILDHABER L., « Opinions dissidentes et concordantes de Juges individuels à la Cour européenne des Droits de l'Homme », in *Droit et Justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, pp. 529-35.

ZAGREBELSKY G., « La pratique des opinions dissidentes en Italie », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, pp. 107-109.

ZOLLER E., *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, P.U.F., 2000.

ZOLLER E., « La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis », in *La République, Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 609- 632.

### Divers

Règlement d'ordre intérieur de la Cour d'arbitrage du 15 décembre 1987, *M.B.*, 29 décembre 1987, p.19650.

Révision de l'article 151 de la Constitution, *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, séance du 19 nov. 1998, p.6404.

## TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b> .....	4
<b>Titre 1 : Le secret du délibéré</b> .....	6
<b>Chapitre 1 : Précision liminaire</b> .....	6
<b>Chapitre 2 : Définition et portée</b> .....	6
<b>Chapitre 3 : Origines</b> .....	7
<b>Chapitre 4 : Source(s)</b> .....	9
Section 1 : Le devoir de déontologie du magistrat .....	10
Section 2 : Le principe général du secret des délibérations.....	10
Section 3 : L'obligation de respecter le secret professionnel de l'article 458 du Code pénal .....	11
§1 : Pro.....	11
§2 : Contra .....	12
<b>Chapitre 5 : Le secret du délibéré à l'épreuve de la pratique</b> .....	13
Section 1 : Un principe souvent violé.....	13
Section 2 : Un principe de moins en moins opportun.....	14
Section 3 : Un principe de plus en plus questionné.....	15
<b>Titre 2 : Les opinions séparées</b> .....	15
<b>Chapitre 1 : Définition</b> .....	15
<b>Chapitre 2 : Déclinaisons</b> .....	16
Section 1 : Opinion dissidente .....	16
Section 2 : Opinion concordante.....	16
Section 3 : Variantes.....	17
<b>Chapitre 3 : Origines</b> .....	18
<b>Chapitre 4 : Portée</b> .....	19
<b>Chapitre 5 : Compatibilité du secret du délibéré et des opinions séparées</b> .....	20
<b>Chapitre 6 : Arguments en faveur des opinions séparées</b> .....	21
Section 1 : Une décision de meilleure qualité, à l'autorité juridique inchangée.....	22
§1 : Une décision plus accessible aux justiciables.....	22
§2 : Une décision plus cohérente.....	23
§3 : Une décision plus aboutie et mieux motivée.....	25
§4 : Une autorité de la chose jugée.....	27
Section 2 : Un acte de juger replacé dans le champ de la raison et de l'humain.....	28
§1 : Le retour à la raison .....	28
§2 : Le retour à l'humain .....	29
Section 3 : Un acte de juger placé sous le contrôle des citoyens.....	31
Section 4 : Une légitimité démocratique et une autorité morale renforcée de la décision et de ses auteurs.....	34
Section 5 : Une indépendance accrue des juges.....	37
§1 : Vis-à-vis de la société.....	37
§2 : Vis-à-vis des autres membres du siège.....	39
Section 6 : Une meilleure synergie entre le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le justiciable .....	42
<b>Titre 3 : Vers une introduction des opinions séparées en droit belge</b> .....	44
<b>Chapitre 1 : Configuration pratique sur base d'exemples pertinents</b> .....	45

Section 1 : Une obligation de manifester et d'expliquer sa dissidence en temps appropriés.....	45
Section 2 : Une interdiction de chercher à susciter la polémique par les opinions.....	45
Section 3 : Une obligation d'adopter un style académique et juridique .....	46
Section 4 : Une interdiction de révéler ce qui est couvert par le secret du délibéré.....	46
Section 5 : Une obligation d'utiliser la faculté de rédiger des opinions de manière parcimonieuse .....	47
<b>Chapitre 2</b> : Mises en œuvre atténuées du principe.....	47
Section 1 : Une simple révélation anonyme de la répartition des voix au sein du collège.....	47
Section 2 : Des opinions séparées anonymes.....	47
<b>Chapitre 3</b> : En pratique.....	49
Section 1 : Dans la loi .....	49
§1 : Source : Constitution, loi organique ou règlement interne ? .....	49
§2 : Modalités pratiques de la publication des opinions.....	50
Section 2 : Dans les mentalités .....	50
<b>CONCLUSION</b> .....	52
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	54
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	67

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)

