

OPINIONS DISSIDENTES,
OPINIONS SÉPARÉES ET OPINIONS CONVERGENTES :
L'UNANIMITÉ DANS L'EXERCICE
DE LA FONCTION JUDICIAIRE

PAR

FRANÇOIS RIGAUX

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Les juges sont « la bouche de la loi », a écrit Montesquieu, mais cette bouche parle-t-elle toujours d'une seule voix ? La doctrine processualiste française dont la Belgique a hérité est restée fidèle à la conception régaliennne du pouvoir des juges : la justice est rendue au nom du Roi (ou de la République), tradition demeurée vivante dans le préambule du dispositif de nos jugements : « Nous Albert II, Roi des Belges ... ». Or la puissance royale n'est pas polyphonique. Elle n'a qu'une voix. Quand le Roi a délégué le pouvoir juridictionnel à une autorité souveraine dans son ordre (tel n'est pas le cas de nos cours et tribunaux) et, mieux encore, à une assemblée délibérante, émanation du pouvoir législatif, la fiction du juge, bouche de la loi, cesse d'être pertinente. A la Chambre des Lords, branche juridictionnelle d'un organe politique, chaque *Law Lord* émet son opinion, et le dispositif de la décision est arrêté conformément à l'opinion majoritaire. Il n'est pas certain qu'une telle opinion se dégage dans tous les cas. Le collège qui délibère fonctionne à l'instar d'un Parlement. Une majorité se dessine, et les raisons de décider peuvent différer d'un membre à l'autre, même s'ils concourent sur le résultat. L'arithmétique qui sépare la majorité de la minorité ne satisfait pas davantage à l'exigence de rationalité du jugement : une décision est-elle juste parce qu'elle a recueilli la majorité des suffrages ? A-t-on pesé la sagesse et l'expérience de ceux qui participent à la délibération ? Sans doute le système qui n'autorise pas l'expression d'opinions séparées repose-t-il aussi sur la recherche d'une majorité, mais celle-ci reste anonyme, en sorte que, sauf cas exceptionnel (par exemple la réformation d'un acquittement en première instance ou

l'aggravation de peine, lesquelles exigent la constatation de l'unanimité des juges d'appel, conformément à l'article 211bis du Code d'instruction criminelle) le justiciable ne pourra jamais savoir si une décision de justice a été unanime ou seulement prise à la majorité des suffrages.

Quand elle émane directement du souverain, la décision n'a pas besoin d'être motivée. Le jugement du roi fait la loi : « car tel est notre plaisir ... ». Les cours et tribunaux motivent leur décision pour en rendre compte. D'abord au souverain au nom duquel ils rendent la justice, dans un régime démocratique dominé par la toute-puissance de la loi, au peuple et donc aux justiciables. La motivation permet de vérifier si les juges ont respecté la loi à laquelle ils doivent obéissance. L'autorité de la chose jugée s'attache en ordre principal au dispositif, c'est-à-dire aux termes dans lesquels la contestation a été vidée, mais elle s'étend aux motifs, soutien nécessaire du dispositif. Dans le procès civil contentieux, une demande ou une défense peuvent être fondées sur différents motifs, dont les uns s'excluent mutuellement, dont les autres se conjuguent ou se renforcent. Encore faudrait-il se méfier de l'accumulation de motifs hétérogènes : un seul motif suffit s'il est bon ; plusieurs motifs faibles ou insuffisants n'emportent pas la conviction, ils ne s'additionnent pas comme les parts d'actionnaires dans une société anonyme.

Le dissentiment entre les membres d'une juridiction collégiale peut porter tantôt sur le dispositif tantôt seulement sur les motifs. Le premier est le plus radical : faut-il annuler un contrat ou le déclarer valide, tenir le défendeur responsable d'une faute ou l'absoudre, affirmer ou nier le lien de causalité entre une faute et un dommage ? Un dispositif identique peut être atteint par des voies différentes, c'est-à-dire soutenu de motifs distincts. La solution d'une question d'interprétation de la loi sur laquelle s'affrontent les parties tend aussi à diviser les juges.

Le respect du principe de légalité dans l'administration de la justice veut que les débats soient publics (sauf les exceptions qu'il n'y a pas lieu de considérer ici) et que la sentence soit prononcée en audience publique. En outre, les décisions de la plupart des juridictions supérieures sont systématiquement publiées dans un ou plusieurs recueils officiels, ce qui entretient la connaissance du droit dans la communauté des juristes. Les décisions déjà rendues sont utilisées ou invoquées comme arguments ou en qualité de « précé-

dents » dans des litiges ultérieurs. Aujourd'hui, la publication quasi instantanée des décisions judiciaires par la voie électronique a accéléré les délais dans lesquels les plaideurs peuvent en tirer parti dans les procès en cours. La compréhension des motifs joue un rôle essentiel dans pareille utilisation de « la jurisprudence ».

Que les juges puissent ou non donner à connaître leur opinion individuelle au sein d'un collège a créé des cultures judiciaires radicalement distinctes. La tradition anglaise a été suivie en Amérique du Nord et c'est sans doute la Cour suprême des États-Unis qui offre la pratique la plus systématique de l'expression d'opinions séparées, dissidentes ou convergentes (*concurring*). La plupart des juridictions internationales ont suivi le modèle anglo-américain : tels la Cour permanente de Justice internationale et, aujourd'hui, la Cour internationale de Justice, la Cour européenne des droits de l'homme, les Tribunaux pénaux internationaux de Nuremberg et de Tokyo, le Tribunal des différends Iran-États-Unis, le Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie, la Cour pénale internationale récemment instituée ... La plus notable exception est la Cour de justice des Communautés européennes qui fut instituée à l'époque où le droit français était la principale source d'inspiration des juristes participant à la construction européenne.

Les cultures judiciaires se laissent aussi distinguer, à peu près selon la même ligne de démarcation géographique, à propos du prestige des « précédents ». Dans quelle mesure un juge est-il lié par l'enseignement que lui procurent les décisions judiciaires plus anciennes ? Le clivage s'établit entre les pays de *common law* dans lesquels les juges ont exercé une fonction essentielle pour la création du droit positif, et les systèmes dominés par la toute-puissance de la loi dont les juges ne peuvent tempérer ni la force ni la rigueur. Le juge n'invente rien, il est réputé trouver dans la loi la réponse appropriée. Comment pourrait-il, dans ces conditions, lier ses successeurs qui ne sont tenus qu'au respect de la loi ? Encore faut-il comprendre l'exacte portée de la doctrine du précédent dans les pays de *common law*. Elle est le signe d'une forme de hiérarchie à l'intérieur de l'appareil judiciaire : les tribunaux inférieurs doivent en principe se conformer aux décisions de la juridiction qui a le pouvoir de les censurer mais n'est pas tenue de suivre ses propres précédents, étant seulement soumise au principe *Stare decisis*. Pareille conception doit toutefois se concilier avec la formation de nouvelles

règles de droit par la voie jurisprudentielle : alors que la Cour de cassation de France s'abstient généralement de se fonder sur sa propre jurisprudence – qui n'est qu'une pure et simple expression de la loi – la Cour suprême des États-Unis et la Cour internationale de Justice citent abondamment leurs propres décisions dès que celles-ci ont un lien même ténu avec le litige pendant devant elles.

La doctrine du précédent connaît un correctif notable, à savoir l'habileté avec laquelle le cas litigieux peut être distingué de ceux qui ont été jugés auparavant. Il y va d'une application du principe d'analogie : entre une situation nouvelle et celle qui a déjà été jugée, lesquelles, par hypothèse, ne sont pas identiques, il n'existe que des similitudes ; selon que celles-ci l'emportent ou non sur les différences il convient d'aligner la décision à intervenir sur la décision plus ancienne ou de s'en écarter. Pareille pratique du *distinguo* (*distinguishing*) permet d'évincer l'autorité du précédent sans la briser.

La faculté donnée aux membres d'un collège d'exprimer leur opinion personnelle conduit parfois à l'énoncé d'une opinion composite (*plurality opinion*). Le dissentiment des juges est à ce point profond qu'aucune majorité ne se laisse dégager, notamment parce que le collège se divise en plusieurs groupes émettant chacun des opinions inconciliables. Le partage des voix (*tied votes*) se présente quand les juges, en nombre pair, se divisent en deux groupes d'égale importance. En pareil cas, la décision attaquée est maintenue, puisqu'il n'y a pas eu de majorité pour la renverser, mais l'arrêt n'a pas force de précédent pour l'avenir. Les juridictions de *common law* ne confèrent pas de voix prépondérantes au président comme le fait par exemple l'article 55, paragraphe 2, du statut de la Cour internationale de Justice.

OPINIONS SÉPARÉES ET OPINIONS DISSIDENTES

L'article 57 du statut de la Cour internationale de Justice dispose ce qui suit :

Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle.

L'article 45, paragraphe 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est rédigé dans les mêmes termes. Bien que le libellé des deux instruments dénomme

« opinion individuelle » (« *separate opinion* ») toute opinion qui s'écarte de l'opinion de la majorité, il y a lieu de réserver une place particulière à une variété d'opinion individuelle, celle qui peut être qualifiée de *dissidente* (*dissenting*). La distinction est clairement marquée à la Cour internationale de Justice : les différents points du dispositif de l'arrêt ou de l'avis consultatif font l'objet d'un vote sur appel nominal, ce qui personnalise la participation de chacun des membres de la Cour à la décision finale. L'opinion individuelle des juges ayant voté contre un point ou l'autre du dispositif est tenue pour dissidente, même si la notion n'appartient pas à la terminologie du Statut. Les opinions individuelles (ou « séparées » selon le texte anglais du Statut) portent généralement sur tout ou partie de la motivation avec laquelle l'opinant entend exprimer son désaccord. Quand l'opinion séparée ne s'écarte que d'une partie du dispositif ou de la motivation, elle est partiellement dissidente et partiellement convergente. L'opinion individuelle peut aussi limiter la force de précédent de l'arrêt en circonscrivant la portée de celui-ci. Il arrive encore que les juges fassent une « déclaration », forme atténuée de l'opinion individuelle et dans laquelle ils énoncent leurs réserves sur la décision de la majorité.

LES OPINIONS DISSIDENTES À LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

C'est à la Cour suprême des États-Unis que les opinions dissidentes sont exprimées avec le plus de vigueur. Elles se sont multipliées au cours des trois dernières décennies, principalement dans les matières liées à des choix éthiques de société. La jurisprudence relative à la décriminalisation de l'interruption volontaire de grossesse et de l'homosexualité entre adultes consentants est la plus significative à cet égard. Dans la première série d'exemples, la Cour suprême a été accusée d'activisme judiciaire : en effet il s'agit de matières relevant en principe de la compétence législative de chacun des États fédérés, dès lors les arrêts prononcés par la Cour suprême ont dû constitutionnaliser une question de droit pénal soustraite à la compétence du législateur fédéral. En décidant qu'une loi d'État contrevient à une liberté garantie par la Constitution fédérale la Cour suprême attire dans le champ du droit fédéral une matière qui n'y appartient pas. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis a fait ce

que le Congrès n'aurait pu faire sauf par la voie d'un amendement constitutionnel. La persévérance avec laquelle les juges placés en minorité ont, au fil des années, réaffirmé les motifs pour lesquels ils s'écartaient de la décision de la majorité indique la profonde division de la Cour en ces matières. Leur réticence s'explique d'autant mieux qu'aucun article de la Constitution ne garantissait explicitement ni la liberté de la femme enceinte de mettre fin volontairement à sa grossesse ni la liberté d'entretenir des relations homosexuelles. C'est donc par la voie d'une interprétation ingénieuse et constructive du texte de la Constitution que les juges ont réussi à la fois à élargir le champ du droit fédéral aux dépens des droits des États et à étendre le pouvoir du juge face à la compétence du législateur. Les opinions dissidentes n'ont pas manqué de faire valoir ces deux séries d'objections : rupture d'un double équilibre, entre l'État fédéral et les États fédérés, entre le législateur et le juge.

Dans la matière de l'interruption volontaire de grossesse la Cour suprême des États-Unis a prononcé deux arrêts le même jour : *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973) et *Doe v. Bolton*, 410 US 179 (1973). Une loi du Texas réprimant l'avortement dans le premier arrêt et dans le second une loi de la Géorgie ayant le même objet ont été déclarées contraires au *right to privacy* inscrit dans le premier, le quatrième et le cinquième amendement. Selon une lecture textuelle aucun de ces articles ne reconnaît à la femme enceinte la liberté de mettre fin à sa grossesse : à la différence de la liberté d'expression (*freedom of speech*) explicitement garantie par le premier amendement, la liberté protégée par la Cour émane « de la totalité du système constitutionnel sous lequel nous vivons », les libertés explicitement reconnues ayant « une pénombre formée des émanations de ces garanties qui contribuent à leur donner vie et substance », motivation empruntée à *Griswold v. Connecticut*, 381 US 484 (1965), décision qui avait déclaré inconstitutionnelle la répression de la détention de produits contraceptifs dans un lieu privé.

Les deux arrêts de 1973 et les nombreuses décisions qui suivirent sont accompagnés d'opinions dissidentes de plus en plus critiques. Le grand nombre de recours introduits auprès de la Cour suprême indique que ni les législateurs des États ni les juridictions inférieures ne s'estimèrent liés par *Roe v. Wade*. Dans une affaire où la Court of Appeals du neuvième circuit devait se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi du Territoire de Guam réprimant presque tous

les cas d'avortement, la Cour donne acte au Gouvernement de l'île de ce qu'il estime que les décisions subséquentes de la Cour suprême ont à ce point érodé *Roe* que la loi de Guam devrait être déclarée constitutionnelle « *under the current style of the law* » : *Guam Society of Obstetricians and Gynecologists and al. v. Ada*, 962, F.2d 1366, at 1372 (1992). La Court of Appeals refuse toutefois d'écarter la force de précédent de *Roe* et elle conclut que la loi de Guam ne satisfait pas au critère de constitutionnalité exigé par cet arrêt, non sans avoir analysé nombre d'opinions séparées et dissidentes de membres de la Cour suprême des États-Unis.

L'opinion de la Cour dans *Roe v. Wade*, annoncée par le juge Blackmun, a recueilli une assez large majorité : les juges Brennan, Marshall et Powell y adhèrent sans réserve. Le Chief Justice Burger et les juges Douglas et Stewart y joignent une opinion convergente. L'opinion du Chief Justice consiste pour l'essentiel à minimiser la portée de l'arrêt. Elle se termine par la phrase suivante :

Plainly, the Court today rejects any claim that the Constitution requires abortion on demand (410 US 208).

L'opinion dissidente du Juge White à laquelle se joint le juge Rehnquist critique l'immixtion de la Cour dans la compétence législative des États. L'opinion dissidente du juge Rehnquist se fonde notamment sur l'évolution historique pour indiquer que la répression de l'avortement est traditionnelle et maintenue en vigueur dans un grand nombre d'États.

Quelques mois après *Guam v. Ada* et une vingtaine d'années après *Roe*, la constitutionnalité d'une loi de la Pennsylvanie est attaquée devant la Cour suprême parce qu'elle contient diverses dispositions soumettant la liberté de la femme enceinte à des conditions de nature à freiner ou à retarder l'exercice de la liberté de mettre fin à la grossesse. Toutes sont maintenues sauf celle qui subordonne l'avortement d'une femme mariée au consentement de son mari. Particulièrement long (120 pages dans la *Law Edition*), l'arrêt est une mosaïque d'opinions partiellement concordantes, partiellement divergentes, l'opinion de la Cour étant présentée par trois de ses neuf membres. En dépit du caractère relativement mineur des restrictions apportées par la loi de la Pennsylvanie à la liberté de l'avortement, cette affaire a paru l'occasion de renverser *Roe v. Wade*, et quatre juges ont uni leurs forces à cette fin sans réussir à vaincre la résistance de leurs collègues. Comme le constate à la fin

de son opinion partiellement concordante, partiellement dissidente, le juge Blackmun :

In one sense, the Court's approach is worlds apart from that of the Chief Justice and Justice Scalia. And yet, in another sense, the distance between the two approaches is short - the distance of a single vote: Planned Parenthood of southwestern Pennsylvania v. Carey 120 L. Ed. 2d 674 at 758 (1992).

On ne saurait mieux dire que l'épaisseur d'une seule voix sépare deux mondes de pensée antinomiques. C'est aussi une opinion partiellement convergente partiellement dissidente qui est émise par le président de la Cour, Rehnquist, auquel se joignent les juges White, Scalia et Thomas. La décision de la Cour est personnalisée grâce à la longévité de trois protagonistes, le juge Blackmun qui avait rédigé la décision de la Cour dans *Roe* et les juges White et Rehnquist, déjà auteurs d'une opinion dissidente en 1973. L'opinion dissidente du président de la Cour est suivie de l'opinion partiellement dissidente, partiellement concordante du juge Scalia, à laquelle se sont joints le Chief Justice et les juges White et Thomas. D'entrée de jeu, cette opinion énonce l'objection majeure formulée dès l'origine contre *Roe v. Wade* :

The States may, if they wish, permit abortion on demand, but the Constitution does not require them to do so (120 L. Ed. 2d 782).

Le juge Scalia s'emploie ensuite à réfuter une série d'arguments développés dans les autres opinions mais il annonce cette intention en des termes dont la vivacité pourrait étonner un juge continental :

I must, however, respond to a few of the more outrageous arguments in today's opinion, which it is beyond human nature to leave unanswered (p. 783).

Les deux objections fondamentales dirigées contre *Roe* ont respectivement pour objet un empiètement du pouvoir fédéral sur l'autorité des États et l'usurpation par les juges d'une fonction qui ne leur appartient pas : *The Imperial Judiciary Lives*. Le rôle assumé par les juges est qualifié de « *Nietzschean vision* » (p. 713).

Les opinions qu'il faut tenir pour majoritaires en ce sens qu'elles prononcent l'annulation d'un seul article de la loi et maintiennent les autres sont cependant divisées sur la question essentielle, la valeur de précédent de *Roe*. La juge O'Connor, les juges Kennedy et Souter qui annoncent l'opinion de la Cour se prononcent pour le maintien de *Roe v. Wade*, moins parce que c'est une bonne décision que pour donner satisfaction au principe *Stare decisis* (p. 711). Les juges Stevens (p. 738) et Blackmun (p. 744) approuvent certes l'ap-

plication de ce principe mais ils adhèrent au maintien de *Roe* plus pour la valeur de la décision elle-même que pour le seul respect dû à la force du précédent.

La constitutionnalité des lois punissant les adultes consentants ayant des relations homosexuelles dans un lieu privé vient de faire l'objet d'un renversement de jurisprudence. C'est sous l'angle des opinions dissidentes qui accompagnent les deux arrêts qu'il convient de comparer à *Bowers v. Hardwick*, 3 US 186 (1986) *Lawrence and Garner v. Texas* (123 S Ct 2472 (2003)). Le premier arrêt rejette par cinq voix contre quatre le grief d'inconstitutionnalité dirigé contre une loi de la Géorgie prévoyant une peine pouvant aller d'un an à vingt ans de prison pour « *the offense of sodomy* », celle-ci étant définie comme « *any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another* ». Cette définition clinique requiert que l'instrument du crime soit l'organe sexuel mâle, pénétrant dans la bouche (*fellatio*) ou dans l'anus (sodomie proprement dite) du ou de la partenaire. La répression ne vise pas de manière spécifique l'homosexualité puisque l'incrimination pénale couvre le même acte accompli par un homme sur une femme et que demeurent en dehors de son champ d'application les actes d'intimité sexuelle sans pénétration ainsi que l'homosexualité féminine.

Dans *Bowers v. Hardwick* l'opinion de la Cour a été rédigée par le juge White, avec l'appui du Chief Justice Burger et des juges Powell, Rehnquist et O'Connor. Le principal argument pour renverser l'arrêt de la Court of appeals du onzième circuit qui avait déclaré inconstitutionnelle la disposition pénale de la Géorgie paraît emprunté aux opinions dissidentes dans les affaires sur l'interruption volontaire de grossesse : c'est au législateur des États qu'il appartient de se prononcer sur la propriété de l'incrimination pénale de la sodomie, la Cour n'a pas à prendre position à cet égard, parce que la Constitution fédérale « ne confère pas aux homosexuels un droit fondamental à commettre des actes de sodomie au point d'invalider les lois de nombreux États qui incriminent ces comportements comme ils l'ont fait depuis longtemps » (478 US 190). L'arrêt est suivi de deux opinions dissidentes, l'une du juge Blackmun à laquelle se joignent les juges Brennan, Marshall et Stevens, l'autre du juge Stevens à laquelle se joignent les juges Brennan et Marshall.

l'Europe. Sur des sujets qui divisent l'opinion publique la faculté laissée aux juges qui le souhaitent de joindre à la décision de la majorité une opinion dissidente exprime le relativisme des conceptions en la matière. L'avis de la minorité donne une voix à une opinion peut-être majoritaire dans la population globale alors que les femmes et surtout les hommes chargés de dire le droit demeurent sans doute plus attachés que le restant de la population à des conceptions surannées. Dans son opinion dissidente sous *Lawrence*, le juge Scalia reproche à la Cour qu'elle « *has taken sides in the culture war* ». On ne saurait mieux dire et sans doute une juridiction sort-elle de son rôle en choisissant son camp à propos de choix de société fondamentaux. Mais c'est précisément le mérite des opinions dissidentes que de montrer que les juges ne sont pas moins divisés que les autres citoyens. Dans une société pluraliste et respectueuse des droits et libertés de tous, l'unanimité est un idéal dangereux car il risque de mener au totalitarisme.

LES OPINIONS SÉPARÉES

Les opinions par lesquelles certains juges se séparent de l'avis de la majorité tout en adhérant à certains points essentiels du dispositif de l'arrêt (parfois même à tous) sont de nature diverse. Dans les exemples qui précèdent on en choisira deux principales espèces. La première contient les opinions qui affaiblissent ou nuancent la motivation majoritaire et parfois même en écartent délibérément certains aspects. L'opinion séparée de la juge O'Connor dans *Lawrence and Garner v. Texas* se rallie à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi du Texas mais elle le fait pour un motif plus étroit que le *right to privacy* défendu par la majorité. Elle refuse aussi, ce qui est plus significatif, de déclarer que *Bowers* a été mal jugé et même que la décision est dépassée (*overruled*). Toutefois, cet aspect du jugement de la majorité appartient aux motifs plutôt qu'au dispositif. Il n'était pas nécessaire de rayer *Bowers* des précédents admissibles en la matière pour invalider la disposition législative du Texas qui n'est pas exactement identique à la loi géorgienne dans l'arrêt précédent. L'opinion séparée de la juge O'Connor ne prive pas l'arrêt d'une majorité de cinq et, si l'on compte sa voix, de six membres.

L'opinion séparée du juge Rehnquist sous *Roe v. Wade* a une nature similaire : il donne à l'opinion de la majorité une interpréta-

tion minimaliste, d'ailleurs combattue par les opinions dissidentes, tendant à en restreindre la valeur de précédent.

Il arrive aussi qu'une opinion séparée, loin d'énoncer quelque réserve à l'égard de la décision majoritaire, tente de la renforcer à l'aide d'arguments auxquels les autres juges n'auraient pu adhérer et qui, avec le recul du temps, affaiblissent le raisonnement par un excès de rhétorique. Telle l'opinion convergente du Chief Justice Burger dans *Bowers*, dont voici un extrait :

During the English Reformation when powers of the ecclesiastical courts were transferred to the King's Courts, the first English statute criminalizing sodomy was passed. 25Hen. VIII, c. 6. Blackstone described « the infamous crime against nature » as an offence of « deeper malignity » than rape, an heinous act « the very mention of which is a disgrace to human nature, » and « a crime not fit to be named ». Blackstone's Commentaries 215. The common law of England, including its prohibition of sodomy, became the received law of Georgia and the other colonies. In 1815 the Georgian legislature passed the statute at issue here, and that statute has been continuously in force one form or another since that time. To hold that the act of homosexual sodomy is somehow protected as a fundamental right would be to cast aside millenia of moral teaching (498 US 197).

En laissant aux savants (*scholarship*) cités par le juge Kennedy en 2003 la responsabilité de discuter l'aperçu historique sommaire du Chief Justice Burger, on se bornera à deux observations. La première a pour objet l'affirmation étonnante (en 1986!) selon laquelle « le crime infâme contre la nature » est d'une « plus profonde malignité » que le viol. La relecture de Blackstone révèle que la sodomie est comparée au viol parce que les deux crimes sont décrits dans le même passage de l'ouvrage. En acceptant le concept de crimes « contre la nature », il est permis d'affirmer, au prix d'un paralogisme, que l'homme coupable d'un viol accompli par la force un acte conforme à la nature (sauf s'il obtient par la violence une pénétration anale). Le viol est même l'expression quasi parfaite de la domination d'un sexe par l'autre. Dans l'Antiquité, l'homosexualité masculine n'était pas comme telle réprochée, le lesbianisme était ignoré en raison de son peu d'importance, le blâme moral et social n'atteignait que l'homme qui se prêtait à un rôle passif et s'abaissait ainsi au niveau d'une femme. A la référence au donné de la nature s'ajoute l'idée que reconnaître une protection constitutionnelle à la sodomie homosexuelle « reviendrait à rejeter un millénaire d'enseignement moral ». Dans son opinion dissidente sous *Lawrence*, le juge Scalia a repris l'argument tiré de la moralité, en se gardant

L'APPLICATION DU PRINCIPE STARE DECISIS

Le principe *Stare decisis* signifie qu'une juridiction suprême dans son ordre doit hésiter avant d'écarter une jurisprudence établie. Ce principe se distingue de la force du précédent qui ne lie que les cours et tribunaux de niveau inférieur. Le premier principe n'est pas « an *'inexorable command'* » (selon la citation d'un arrêt antérieur faite par la juge O'Connor dans *Casey*, 120 L Ed 2d 700), alors que le précédent s'impose aux juridictions inférieures. Qu'une juridiction supérieure ne soit pas liée par ses propres précédents est une autre version de la flexibilité de *Stare decisis*. Quand deux cours d'appel fédérales ont adopté des solutions divergentes sur une question de droit, les tribunaux de leur ressort sont tenus de respecter la solution qui y est en vigueur et pareille divergence pourra encourager la Cour suprême des États-Unis à se laisser saisir par la voie du *certiorari*.

La flexibilité du principe *Stare decisis* est illustrée par la comparaison de *Casey* et de *Lawrence*. Dans la première affaire, la juge O'Connor se fonde exclusivement sur ce principe pour maintenir les précédents issus de *Roe v. Wade*. Mais dans le même arrêt, le juge Scalia réclame avec insistance le rejet de *Roe* en invoquant la flexibilité du même principe. Dans la seconde affaire les rôles sont inversés : la majorité de la Cour ne s'estime pas liée par son précédent de 1986 tandis que le juge Scalia refuse de remettre en question *Bowers*. On comprend l'embarras de la juge O'Connor qui, après avoir appliqué *Stare decisis* dans *Casey*, et tout en estimant que *Bowers* a cessé de faire la loi, refuse de décréter qu'il s'agit d'une doctrine dépassée. Le juge Scalia a beau jeu de dénoncer pareille incohérence et il se met lui-même à l'abri d'un reproche analogue en écrivant au début de son opinion dissidente :

I do not myself believe in rigid adherence to stare decisis in constitutional cases; but I do believe that we should be consistent rather than manipulative in invoking the doctrine.

La critique de l'opinion de la majorité est particulièrement cinglante en ce qui concerne la position isolée de la juge O'Connor, le juge Scalia ayant l'élégance de ne pas rappeler qu'elle avait voté avec la majorité à l'époque de *Bowers*.

LES OPINIONS COMPOSITES (PLURALITY OPINIONS)

Barnes v. Glen Theatre, Inc., 115 L Ed 2d 504 (1991), que le juge Scalia a évoqué dans *Lawrence*, est un bon exemple de *plurality opinion*, les juges n'ayant pas réussi à formuler une décision commune, motifs et dispositifs confondus. La Court of appeals du septième circuit avait annulé une loi de l'Indiana interdisant les spectacles de danseurs nus (*nude dancing*) pour le motif qu'il s'agissait d'une activité expressive protégée par le premier amendement. Une majorité composite reçoit le recours dirigé contre cette décision. Les trois juges qui énoncent l'opinion de la Cour (Rehnquist, O'Connor et Kennedy) admettent la qualification d'*expressive activity* et soumettent à un quadruple test la justification de la restriction apportée au premier amendement.

Public nudity is the evil that the state seeks to prevent, whether or not it is combined with expressive activity (p. 514).

Bowers est cité à l'appui de cette solution. Le juge Scalia adopte une position plus radicale : les spectacles de danseurs nus n'entrent pas dans le champ d'application du premier amendement :

Indiana's statute is in the line of a long tradition of laws against public nudity, which have never been thought to run afoul of traditional understanding of « the freedom of speech ». Public indecency – including public nudity – has long been an offense at common law (p. 516).

Our society prohibits, and all human societies have prohibited, certain activities not because they harm others but because they are considered, in the traditional phrase, « contra bonos mores », i.e. immoral (p. 517).

Et le juge Scalia de citer aussi *Bowers*. Le juge Souter joint une opinion convergente selon laquelle le premier amendement est applicable mais n'est pas enfreint par la loi de l'Indiana.

A ces trois opinions s'oppose le bloc de l'opinion dissidente du juge White, à laquelle se joignent les juges Marshall, Blackmun et Stevens : non seulement les spectacles de danseurs nus sont protégés par le premier amendement mais l'État d'Indiana n'a pas réussi à justifier l'exception qu'il y a apportée (p. 525). Le motif pour lequel le juge Scalia se rallie au dispositif de l'arrêt, à savoir que le spectacle de danseurs nus n'est pas protégé par le premier amendement contredit l'essentiel du raisonnement du Chief Justice Rehnquist et du juge Souter, à savoir que la garantie constitutionnelle peut en principe être invoquée mais que l'État a réussi à satisfaire aux conditions auxquelles il est permis d'y déroger.

Un arrêt du 25 mai 1993 de la Cour européenne des droits de l'homme (*Kokkinakis c. la Grèce*) est un excellent exemple de décision composite et les nuances entre les diverses catégories d'opinion séparée y sont clairement marquées. La condamnation pénale d'un Témoin de Jéhovah à trois mois de prison du chef de prosélytisme est accusée devant la Cour européenne des droits de l'homme de violation des articles 9 (liberté de religion) et 7 (légalité des incriminations et des peines) de la Convention. Le délit de prosélytisme a été institué par l'article 4 de la loi n° 1363/1938, modifié par l'article 2 de la loi n° 1672/1939, adoptées sous la dictature du général Metaxas. Le grief tiré de l'article 7 de la Convention est rejeté par la Cour pour le motif que l'indétermination du concept de prosélytisme a été levée par la jurisprudence qui n'a appliqué la loi qu'à la diffusion d'une croyance autre que celle de l'Eglise orthodoxe grecque. La Grèce est condamnée par la Cour pour violation de la liberté de religion mais le siège de neuf juges se divise en trois groupes de trois. Selon l'opinion dissidente des membres du premier groupe, il n'y a pas eu violation de la Convention. Une opinion diamétralement opposée est exprimée par trois juges estimant que la loi est comme telle contraire à la Convention. Les membres du troisième groupe sont, sur ce point, d'une opinion contraire qui les rapproche du premier groupe mais ils estiment que la condamnation du requérant n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, satisfait au principe de proportionnalité. La condamnation de l'État défendeur est dès lors obtenue par la conjonction de deux séries d'opinions qui se contredisent sur un point essentiel, à savoir la conformité de la loi grecque à la Convention. Les trois juges qui voulaient soutenir la condamnation de la motivation la plus radicale, qualifient diversement leur opinion individuelle, respectivement de « partiellement concordante », « concurrente » et « partiellement dissidente ».

La Cour européenne des droits de l'homme manie assez volontiers le principe de proportionnalité : cela lui permet de confiner la portée de la condamnation à la situation particulière ayant donné lieu au recours. Les susceptibilités étatiques sont ainsi mieux respectées : la méconnaissance du principe de proportionnalité est généralement le fait d'un organe de jugement ou d'exécution de l'État, la majesté de la fonction législative est laissée intacte.

CONCLUSION

Que les juges puissent publiquement écarter le mythe de l'unanimité en sortant de l'anonymat pour exposer publiquement leur opinion personnelle appartient à une culture judiciaire totalement étrangère à celle que la plupart des pays européens ont héritée du modèle régalien français. Le niveau le plus élevé de personnalisation de la fonction juridictionnelle est atteint à la Cour suprême des États-Unis : un très petit nombre de juges (neuf) y est doté d'une longévité exceptionnelle qui permet de comparer l'une à l'autre les positions qu'ils ont successivement adoptées au cours de leur carrière, ce que les commentateurs ne se privent pas de faire. Quand une affaire entre à la Cour, les avocats des parties et les journalistes supputent l'attitude que prendront les différents juges et, pour ce faire, ils se réfèrent aux opinions exprimées en d'autres affaires similaires. La doctrine du précédent se double donc d'une évaluation du profil de chacun des membres de la Cour. Toutes les affaires passent nécessairement par ce créneau très étroit, alors que les juridictions suprêmes des pays continentaux ont un nombre beaucoup plus étendu de magistrats et que la division en chambres renforce encore l'anonymat de la fonction.

Les deux systèmes sont trop différents pour que toute tentative d'évaluation comparée ne soit présomptueuse. En révélant la complexité de l'enjeu des décisions, la faculté d'émettre des opinions séparées, voire dissidentes, favorise une application moins routinière de la fonction de juger. Elle manifeste aussi les phases d'évolution de la jurisprudence : hier dissidente, une opinion solidement argumentée conquiert demain la majorité des membres du siège. Mais c'est aussi une pratique qui flatte l'*ego* des juges et l'on se prend à craindre que nombre d'opinions séparées ne soient superflues, ne réussissant qu'à alléger le poids de la décision qui aura l'autorité de la chose jugée. Que dire alors des décisions composites (*plurality opinions*), qui constituent un aveu de carence de la fonction de juger ? En revanche, l'obligation d'énoncer un jugement apparemment unanime conduit à des compromis qui laissent une trace dans la motivation : pour former une majorité en réalité composite ou pour désarmer une active minorité, les rédacteurs de la décision introduisent dans la motivation des concessions qui nuisent à la cohérence du raisonnement. Pareil vice est très apparent dans certains arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes.