

Wanda Mastor

**PRÉSENTATION DES OPINION DISSIDENTE DU JUGE BREYER
ET OPINION CONCORDANTE DU JUGE SCALIA
SOUS *GLOSSIP ET AL. V. GROSS ET AL.* NO. 14-7955, 576 U.S. (2015)
(PEINE DE MORT)**

I. Présentation

Pour que la traversée du droit soit utile, il doit être traduit. *A priori*, la traduction a pour mission première la connaissance. Traduire pour faire circuler un texte ou un auteur, pour mieux l'analyser, l'encenser ou le contredire. Mais l'objectif peut être autre, assumé ou moins évident à percevoir : la traduction peut s'enrichir d'accents militants, lorsqu'elle permet de mieux asseoir une position doctrinale dominante ou plaider pour un instrument étranger à notre culture juridique nationale. Il est assez significatif de remarquer que, en France, les premiers théoriciens américains traduits en français furent les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation. Michel Troper a beaucoup œuvré en ce sens. D'où la démarche qui anime aujourd'hui cette entreprise de traduction. Le plaidoyer substantiel – sous la forme d'une thèse de doctorat¹ – pour les opinions séparées paraît à première vue plus utile pour qui souhaite apprendre sur cet outil méconnu, voire inconnu. Le lecteur pourra y trouver des éléments historiques, comparatifs nécessaires à l'appréhension du sujet, et l'argumentaire de l'auteur. Mais tout discours sur les opinions séparées ne sera jamais aussi persuasif que la lecture des opinions elles-mêmes. L'opinion dissidente du juge Harlan sous la décision *Plessy v. Ferguson*² fut précisément celle qui fut déterminante pour le choix de notre sujet de thèse :

Notre Constitution est aveugle à la couleur de peau. [...] Soixante millions de Blancs ne sont pas menacés par la présence de huit millions de Noirs. Les destinées des deux races sont, dans ce pays, indissociablement liées et les intérêts des deux exigent que le gouvernement commun de tous empêche que soit semé le grain de la haine sur le terreau du droit.

Au-delà de la beauté du style et du caractère essentiel du sujet, ladite opinion reflète ce qui fait l'une des spécificités du droit constitutionnel américain. Pendant que le juge Harlan, isolé au sein de la juridiction collégiale, dénonçait l'égaré de la Cour en prédisant que son arrêt serait un jour reconnu comme pernicieux, huit autres juges validaient la doctrine « séparés, mais égaux ». La possibilité de formuler une opinion séparée, en l'espèce dissidente, a permis à un juge de réfuter une thèse qu'il jugeait juridiquement et moralement inacceptable, donné espoir à une minorité raciale

¹ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, préface du Professeur Michel Troper, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 2005.

² 163 US 537 (1896).

ainsi protégée par une minorité au sein d'une cour conservatrice et préparé le terrain à un revirement jurisprudentiel futur.

Bien qu'isolée, sa voix ne fut pas une *vox clamentis in deserto*. Notre désert français, c'est la vision rigide et funeste du secret des délibérés, une certaine doctrine arcboutée sur le non-argument « culturel » confondant le fait de délibérer *en secret* et de garder le *secret des délibérés*. Les hommes que vous allez ici voir s'affronter dévoilent tout de leur pensée, avis sur un sujet dit « de société » et postures théoriques interprétatives. Ils combattent, mais ne dévoilent rien des délibérés qui ont précédé et nourri leur affrontement dont seule la forme publiée en est l'expression visible. Pour mieux défendre les opinions séparées dont nous estimons qu'elles sont non seulement souhaitables, mais absolument indispensables dans tout système judiciaire, rien ne saurait égaler la puissance de leur lecture.

Les opinions choisies mettent en valeur tout ce qui fait la quintessence d'une telle pratique. Sur un sujet aussi controversé que celui de la peine de mort, juges conservateurs et libéraux s'affrontent depuis toujours. Comme souvent pour les thèmes dont le traitement juridique ne peut s'épurer de l'empreinte idéologique, la Cour a rendu sa décision à seulement une voix de majorité. Plusieurs critères ont présidé au choix des opinions ici traduites.

Tout d'abord, la volonté d'insister sur ce qui doit être au cœur de toute activité judiciaire : le combat argumentatif. Qui ne se que découvre qu'à la lecture des opinions dissidentes et concordantes, mais qui a, *ex ante* et *in fine*, un effet performatif sur la qualité de la décision majoritaire. Ayant connaissance en amont du contenu des arguments des juges dissidents, les juges majoritaires redoublent d'efforts argumentatifs pour y répondre dans l'opinion qui fera autorité. Vertu performative qui aboutit à une motivation renforcée de la décision majoritaire ; motivation qui n'est pas que la présentation d'un jugement, son ossature argumentative, la formalisation d'une solution adressée à ses destinataires. Elle est la substance du droit. Preuve supplémentaire de l'intérêt de telles opinions, les opinions concordantes dans lesquelles les juges souhaitent parfois plus directement répondre aux juges dissidents. De ce point de vue, l'affrontement entre Breyer et Scalia est un choix naturel et permet aussi de rendre hommage au second récemment décédé. Le juge pragmatique adepte d'une lecture évolutive de la Constitution et l'icône de l'originalisme ont pris l'habitude de débattre, au sein de la Cour et de manifestations scientifiques ou débats télévisés. Une fois de plus, les auteurs de *Active Liberty* et de *A matter of interpretation* croisent les armes, et le décès du juge Scalia est à regretter également pour ce fait : les arguments du juge Breyer étaient sans doute puissants *également* parce que le libéral se savait guetté par le conservateur à l'affût.

Les affrontements entre les deux juges, par opinion dissidente et concordante interposées, sont tous passionnants et mettent en lumière la pertinence de cette joute rhétorique pour le dynamisme du droit. La sélection fut ensuite opérée par le juge Breyer lui-même, amoureux de la langue française qui a encouragé cette entreprise de traduction³. Elle n'est, nous l'espérons,

³ J'exprime toute ma gratitude envers le juge Breyer et le remercie pour la confiance qu'il me témoigne.

que la première d'une série qui offrira au lecteur la matière brute indispensable pour pouvoir réfléchir sérieusement au bien-fondé des opinions séparées.

Enfin, cet échange est particulièrement significatif du style et de la posture théorique des juges. En pragmatique libéral, le juge Breyer s'appuie énormément (son opinion contient plus de 150 notes de bas de pages⁴ et est accompagnée d'annexes – tableaux, graphiques, cartes) sur les études factuelles. Le digne héritier du juge Brandeis et des autres juges affiliés au courant de la *Sociological Jurisprudence*⁵ accorde une importance primordiale aux faits et à l'évolution – souvent chiffrée – de la société. D'où un style direct, un argumentaire précis et structuré sans recherche d'un quelconque effet esthétique. Il ne cite l'opinion concordante du juge Scalia qu'à trois reprises et incidemment : contrairement à son principal détracteur, il choisit de s'adresser à la société. Il vise à l'efficacité et annonce d'ailleurs son opinion comme étant avant tout « un exposé complet » sur l'abolition de la peine de mort.

L'opinion concordante du juge Scalia ne se positionne pas vis-à-vis de la décision majoritaire : il ne prétend ni substituer ses propres motifs à ceux de la décision, ni en développer de nouveaux. Il entend très clairement ne répondre qu'au juge Breyer en citant explicitement son opinion dissidente. Le style est enlevé, métaphorique, la plume souvent sévère et parfois taquine. Un humour acerbe qui démontre toute l'aversion que Scalia éprouve envers les abolitionnistes. Breyer est appelé la « minorité bruyante », qui agite les études abolitionnistes « comme s'il avait découvert les folios perdus de Shakespeare ». Son argumentaire est qualifié de « charabia », son opinion de « page blanche exempte de tout argument juridique sérieux ». Tandis que le juge Breyer mobilise les études récentes de commissions scientifiques, d'Amnesty International ou de l'ACLU, Scalia convoque Aristote, Thomas d'Aquin, Hume et Kant. Deux méthodologies pour la défense de deux idéologies. Mais aussi deux théories de l'interprétation : la lecture vivante de la Constitution contraste avec la référence à l'histoire et à la souveraineté du Peuple.

Le lecteur français pourra apprécier la richesse des références, la hauteur des vues et l'implication théorique des juges. Il pourra s'étonner de la franchise des échanges et s'offusquer de leur publicité. Nous pensons au contraire que la démocratie judiciaire n'est jamais aussi performante que lorsque la joute est intense. C'est ce que ces traductions cherchent à établir, au-delà de l'hommage rendu à l'intelligence, la force de travail et la passion intellectuelle des juges Breyer et Scalia.

⁴ Initialement, ces notes figurent dans le corps du texte. Nous avons choisi une présentation dans des notes de bas de pages pour fluidifier la lecture.

⁵ Nous permettons de renvoyer à notre étude, dans laquelle le juge Breyer est présenté comme l'héritier de ce mouvement : W. MASTOR, « Que reste-t-il de la *Sociological jurisprudence* dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis ? », in O. JOUANJAN et E. ZOLLER, *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis : le moment 1900*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2015, p. 255-271.

Les opinions séparées ici traduites ne font absolument pas référence aux faits de l'affaire ci-dessous résumés : aux protocoles d'exécution, au contrôle de proportionnalité et à l'erreur manifeste. Les juges choisissent de s'affronter sur le terrain plus général de la constitutionnalité du principe même de la peine de mort. Les opinions séparées sont-elles une tribune politique ? Assurément. Elles ne le sont pas exclusivement mais peuvent, selon les sujets et le ton, revêtir cette fonction. Ces opinions devraient rassurer les craintifs de la politisation de la fonction judiciaire. Elles sont juridiques, tout simplement parce que leurs juges-auteurs sont de grands juristes.

II. Résumé de l'opinion majoritaire

La Cour fut saisie par la voie d'un *Writ of certiorari* formé par la cour d'appel du Dixième Circuit. Dans cette décision prise à la majorité de cinq voix contre quatre, la Cour suprême commença par rappeler que le caractère constitutionnel de la peine de mort impliquait la constitutionnalité des moyens utilisés pour la mettre en œuvre. L'État de l'Oklahoma a adopté un protocole d'exécution composé de trois produits : le sodium thiopental, un agent paralysant et du potassium. Dans le célèbre arrêt *Baze v. Rees*, la Cour suprême a estimé que ledit protocole ne constituait pas un traitement cruel et inhabituel interdit par le Huitième amendement. Les avocats abolitionnistes ont réussi à convaincre l'industrie pharmaceutique de ne plus fabriquer du sodium thiopental pour les injections létales. Incapable de s'en procurer, l'État de l'Oklahoma a décidé d'utiliser du midazolam (un sédatif et non un barbiturique) comme premier produit du protocole.

Les détenus du couloir de la mort ont introduit un recours devant une Cour de District, arguant que l'utilisation du midazolam violait le Huitième amendement. La Cour a rejeté la requête, au double motif que 1^o les détenus n'avaient pas réussi à identifier une méthode alternative qui présenterait un risque de souffrance considérablement moins élevé ; 2^o et qu'ils n'avaient pas réussi à démontrer la probabilité de la souffrance occasionnée par l'usage du produit. Les requérants ont suggéré que l'État utilise – pour leur propre exécution – du sodium thiopental ou du pentobarbital. Pour la Cour du Dixième Circuit, qui a confirmé le jugement, la première Cour n'avait pas commis une erreur manifeste en établissant que l'État était dans l'incapacité de s'en fournir. Surtout, le Huitième amendement, tel qu'interprété dans l'affaire *Baze* notamment, impose aux requérants de proposer une alternative. Pour écarter l'argument de la recherche alternative qui découlerait de l'arrêt *Baze*, les détenus s'appuient sur le précédent *Hill*. La Cour répond que ledit arrêt a été mal interprété, et que, par voie de conséquence, l'arrêt *Baze* ne le contredit pas : tandis que l'affaire *Hill* concernait des règles de procédure, l'affaire *Baze* était quant à elle relative à une question substantielle. Pour la Cour de District et la Cour d'appel, les choses sont claires : la jurisprudence *Baze* doit être interprétée comme imposant aux détenus requérants de plaider et de prouver une alternative connue et accessible.

En l'espèce, la Cour de District –comme d'autres – n'a pas commis d'erreur manifeste en estimant que le midazolam n'engendrait probablement pas de souffrance. La Cour d'appel rappelle par ailleurs qu'il n'appartient pas aux tribunaux de prendre part à des controverses scientifiques en cours :

« les questions relatives aux protocoles des injections létales testent les limites de l'autorité et de la compétence des Cours fédérales ». De l'autre côté, les experts de l'État ont apporté, à travers des témoignages convaincants, la quasi-certitude qu'une dose de 500 milligrammes de midazolam, associée aux deuxième et troisième produits, ne faisait pas souffrir les condamnés. Les experts de la partie requérante ont eux-mêmes reconnu ne pas avoir de preuve scientifique contraire.

Sans surprise, les juges Scalia, Roberts, Thomas et Kennedy cosignent l'opinion majoritaire rédigée par le juge Alito. Le juge Scalia émet une opinion concordante à laquelle adhère le juge Thomas ; ce dernier rédige également une opinion concordante à laquelle adhère le premier. Le juge Breyer rédige une substantielle opinion dissidente, à laquelle adhère la juge Ginsburg. La seconde opinion dissidente est signée du juge Sotomayor, avec l'adhésion des juges Ginsburg, Breyer et Kagan.

Wanda Mastor

Wanda Mastor est Professeur de droit public (Université Toulouse Capitole), Directrice du Centre de droit comparé, Directrice de l'European School of Law.