



HAL
open science

Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2016 – juin 2018)

Thomas Hochmann

► To cite this version:

Thomas Hochmann. Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2016 – juin 2018). *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2019, 118, pp.365-399. hal-03252775

HAL Id: hal-03252775

<https://hal.science/hal-03252775v1>

Submitted on 12 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la *revue*,
président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

FI. BENOÎT-ROHMER, professeur des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriste de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

L. BURGOGUE-LARSEN, professeur à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

A.A. CANÇADO TRINDADE, ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge à la Cour internationale de justice.

C. CHAINAIS, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de l'Institut international des droits de l'homme – René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur émérite de l'Université de Lille II.

E. DECAUX, professeur à l'Université de Paris II.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMPEPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).

M. DELMAS-MARTY, professeur honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, député et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, vice-président de l'Institut international des droits de l'homme, ancien greffier et juriste de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeur à l'Université de Genève.

M. HOTTELLIER, professeur à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse en République socialiste démocratique du Sri Lanka et en République des Maldives.

A. NUSSBERGER, vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'État (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.

G. RAIMONDI, président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et juge au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

Fr. TEITGEN, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil d'État (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2016 – juin 2018)

PAR

Thomas HOCHMANN

Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Résumé

Cette cinquième chronique recense les arrêts les plus marquants rendus par la Cour suprême des États-Unis lors des deux derniers exercices. Des décisions ont notamment été rendues à propos de la discrimination envers les homosexuels, de la restriction de l'immigration par Donald Trump, de la vie privée, des violences policières ou des préjugés racistes dans le fonctionnement de la justice.

Abstract

This periodical review of the decisions of the Supreme Court of the United States focuses on the most important decisions of the last two terms. The cases deal with issues such as discrimination against homosexuals, Trump's travel ban, privacy, police violence and racism in the criminal justice system.

La Cour suprême ne se prononce que sur les affaires les plus sensibles. Elle intervient souvent dans des domaines où le droit permet plusieurs solutions, et où les juridictions inférieures divergent. Nul ne s'étonnera donc que les penchants politiques des juges aiguillent leurs décisions, et que la nomination des membres de la Cour présente un enjeu important. À cet égard, le Parti républicain a récemment multiplié les victoires. Il a d'abord violé les règles et les pratiques établies pour empêcher Barack Obama de nommer un remplaçant au juge Scalia. Après l'élection de Donald Trump, afin d'installer Neil Gorsuch, il a modifié les règles du Sénat de sorte qu'une majorité simple, et non plus qualifiée, suffit pour nommer un juge à la Cour suprême. Enfin, après que le

juge Kennedy, nommé par Reagan en 1987, a annoncé sa démission, le Parti républicain n'a pas tremblé pour le remplacer par Brett Kavanaugh, en dépit des accusations d'agressions sexuelles dont il faisait l'objet.

La jurisprudence sur les droits fondamentaux, entendus comme les libertés garanties par la Constitution, éclaire les conséquences de ces batailles remportées par les Républicains. Tout au long de l'année judiciaire qui s'est ouverte en octobre 2016, la Cour, composée de seulement huit membres, a évité les questions les plus chargées idéologiquement¹. Après l'arrivée de Gorsuch, elle s'est prononcée contre les syndicats et en faveur des opposants à l'avortement et au mariage homosexuel, elle a apporté son soutien aux institutions religieuses et... à Donald Trump. Si le camp progressiste a parfois réussi à imposer ses vues, la domination des conservateurs est extrêmement visible, avant même l'arrivée du juge Kavanaugh, postérieure à la période examinée ici.

Comme toujours, la présente chronique ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle fait par exemple l'impasse sur plusieurs arrêts importants relatifs à la question complexe et cruciale du « charcutage électoral » (*gerrymandering*)². Elle s'efforce néanmoins de donner un aperçu assez large de l'activité de la Cour, plutôt que de retracer en détail les différentes opinions jointes à une poignée d'arrêts seulement³.

I. Le contentieux transnational des droits de l'homme

En vertu de l'*Alien Tort Statute*, une disposition adoptée en 1789, les tribunaux fédéraux américains sont compétents pour « toute action en responsabilité délictuelle uniquement, engagée par un étranger, pour des faits commis en violation du droit des gens ou d'un traité des États-Unis ». Longtemps inappliquée, cette loi fut fortement sollicitée à partir de 1980, avec des succès divers, par des victimes de violation des droits de l'homme à travers le monde⁴. En 2004, la Cour suprême limitait quelque peu la portée de cette disposition sans pour autant fermer la porte à une véritable hospitalité judiciaire pour

¹ Voy. E. CHERMERINSKY, « Waiting for Gorsuch », *Green Bag*, 2017, n° 20, p. 351.

² Voy. en particulier *Cooper v. Harris*, 581 U.S. __ (2017); *Abbott v. Perez*, 585 U.S. __ (2018).

³ Les arrêts sont cités dans leur version volante (*slip opinion*), avant leur intégration dans le recueil officiel. Seul est connu le numéro du volume, tandis que le numéro de la page demeure en blanc (___). Ils sont accessibles sur le site de la Cour, consultable à l'adresse : www.supremecourt.gov.

⁴ Voy. B. FRYDMAN et L. HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », *cette Revue*, 2009, pp. 88 et s.

les recours dirigés contre les tortionnaires ou les génocidaires⁵. Néanmoins, la jurisprudence ultérieure a considérablement remis en cause l'utilité de l'*Alien Tort Statute*. En 2013, un arrêt *Kiobel* écartait toute compétence universelle, et exigeait un rattachement suffisant au for américain⁶.

La Cour aurait pu se contenter de confirmer cette solution dans l'affaire *Jesner v. Arab Bank*, jugée le 24 avril 2018, dans laquelle des victimes d'attentats en Israël et dans les territoires palestiniens reprochaient à une banque jordanienne d'avoir hébergé des comptes terroristes en pleine connaissance de cause⁷. Mais la majorité de cinq juges va plus loin, et exclut toute poursuite contre des sociétés étrangères sur le fondement de l'*Alien Tort Statute*. Le juge Kennedy, qui rédige l'opinion de la Cour, procède en deux temps.

Dans l'arrêt *Sosa*, la Cour avait précisé que l'*Alien Tort Statute* permettait des recours contre des crimes universellement réprouvés et définis de manière aussi spécifique que l'esclavage ou la piraterie⁸. Or, explique le juge Kennedy, le droit international n'envisage pas d'une telle manière la responsabilité des sociétés en cas de violation des droits de l'homme. Le Tribunal de Nuremberg, par exemple, expliquait que les « crimes contre le droit international sont commis par des hommes, non des entités abstraites, et que l'application du droit international exige de punir ces individus »⁹. De la sorte, un raisonnement utilisé pour éviter que les responsables se cachent derrière l'État, pour condamner des hommes et non simplement l'Allemagne nazie, est utilisé pour protéger les sociétés. S'exprimant au nom de quatre juges dans une opinion dissidente, la juge Sotomayor observe que la condition posée par *Sosa* concernait les normes substantielles, et non leurs mécanismes d'application¹⁰. Elle insiste en outre, en prenant l'exemple du rôle de la *Radio Mille Collines* au Rwanda, sur l'ampleur des crimes dont les sociétés peuvent se rendre coupables¹¹.

Quoi qu'il en soit, dès lors qu'il existe, selon le juge Kennedy, un doute sur cette question, un second élément de l'arrêt *Sosa* est pertinent. La Cour appelait à la plus grande vigilance en la matière, afin de respecter la séparation des pouvoirs : c'est aux organes politiques, et non à la Cour, qu'il revient d'orga-

⁵ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

⁶ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 569 U.S. ___ (2013). Voy. la chronique 2012-2014, *cette Revue*, 2015, pp. 130 et s.

⁷ *Jesner v. Arab Bank*, 584 U.S. ___ (2018).

⁸ *Sosa v. Alvarez-Machain*, préc., p. 725.

⁹ *Jesner v. Arab Bank*, préc., p. 17.

¹⁰ *Ibid.*, Sotomayor diss., p. 3.

¹¹ *Ibid.*, pp. 33 et s.

niser les relations internationales¹². L'*Alien Tort Statute*, explique Kennedy, vise à éviter les tensions diplomatiques, en permettant à un étranger d'obtenir la réparation d'un préjudice dont les États-Unis pourraient sembler responsables. Dans un cas comme celui de l'espèce, la recevabilité du recours aurait précisément l'effet inverse. La Jordanie, dans des observations adressées à la Cour, l'a mise en garde contre cet « affront direct » à sa souveraineté¹³. Si le parlement souhaite permettre ce type de recours, il doit le dire explicitement. La Cour ne saurait le faire à sa place.

Cet arrêt témoigne de la bienveillance de la Cour envers les sociétés¹⁴. Mais il annonce aussi peut-être la prochaine restriction de l'*Alien Tort Statute*. Si la condamnation d'une société étrangère peut provoquer des frictions diplomatiques, il en va de même d'un jugement contre un individu étranger. Deux juges appellent ainsi à réserver ce type de recours aux cas où le défendeur est Américain¹⁵.

II. La liberté d'expression (premier amendement)

A. L'expression d'État

Le premier amendement à la Constitution interdit très largement à l'État de restreindre l'expression des personnes privées. Les autorités publiques doivent en particulier demeurer neutres à l'égard des différentes opinions défendues par les particuliers. Mais il en va autrement lorsque c'est l'État qui s'exprime : l'imposition de la neutralité paralyserait complètement son action. L'État peut choisir de promouvoir un point de vue plutôt qu'un autre¹⁶. Il est donc essentiel, dans un litige, de savoir si c'est l'État ou un particulier qui s'exprime. La Cour s'efforce à cet égard d'apprécier la manière dont le message est perçu par le public.

Ainsi, les inscriptions qui figurent sur les plaques d'immatriculation sont raisonnablement interprétées comme un message communiqué par l'État. Le Texas pouvait donc refuser de produire des plaques ornées du drapeau confé-

¹² *Jesner v. Arab Bank*, préc., p. 18.

¹³ *Ibid.*, Alito conc., p. 5.

¹⁴ *Ibid.*, Sotomayor diss., pp. 33 et s. Voy. en particulier *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010) (chronique 2008-2010, *cette Revue*, 2011, pp. 85 et s.).

¹⁵ *Jesner v. Arab Bank*, préc., Gorsuch conc. L'opinion est jointe par le juge Thomas.

¹⁶ Voy. *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009) (chronique 2008-2010, *cette Revue*, 2011, p. 92).

déré, quand bien même il lui serait interdit d'empêcher un particulier d'arborer un tel emblème¹⁷. En va-t-il de même pour le dépôt d'une marque auprès de l'organisme fédéral compétent? La Cour s'est prononcée sur cette question le 19 juin 2017 dans l'arrêt *Matal v. Tam*¹⁸. La loi permet de refuser l'enregistrement d'une marque jugée dénigrante pour une personne, une croyance, une institution ou encore un symbole national. Le litige concernait son application au nom d'un groupe de musiciens d'origine asiatique, *The Slants* («les bridés»). Sur le modèle des termes «nigger» ou «queer», ils entendaient récupérer un terme désobligeant pour en faire une marque de fierté.

À l'unanimité, la Cour considère que l'enregistrement d'une marque est une formalité juridique, et non une expression d'État. Elle n'est nullement perçue comme l'approbation «officielle» du message communiqué par le nom de la marque. Si l'État s'exprime lorsqu'il accomplit cette formalité, il est complètement incohérent : la marque «Non à l'avortement» figure aux côtés de «Je soutiens le planning familial». Et qu'entend-il exactement signifier aux Américains lorsqu'il leur adresse des formules comme «Just do it» (déposée par Nike) ou «Think different» (Apple)¹⁹?

L'arrêt est rédigé par le juge Alito, qui avait joint une opinion dissidente dans l'affaire des plaques d'immatriculation, qu'il décrit ici comme l'extrême limite de la théorie de l'expression d'État. Alito souligne en effet les dangers de ce raisonnement : si un soutien de l'État était perçu à chaque fois qu'il tolère une expression privée, si tous ces cas étaient analysés comme une expression de l'État, la liberté d'expression serait largement restreinte. Sous prétexte de promouvoir son propre point de vue, l'État pourrait limiter l'expression d'opinions qu'il désapprouve. Or, la jurisprudence ancestrale sur le premier amendement s'oppose précisément à un tel système.

Dès lors que la loi sur le dépôt des marques permet de refuser les expressions offensantes, son inconstitutionnalité est patente. Aux États-Unis, pour le meilleur ou pour le pire, la protection des propos qui «heurte, choque ou inquiète» n'est pas un slogan mais une réalité. L'État ne peut réprimer une expression en raison de son point de vue, même si elle traduit la haine la plus virulente, le racisme le plus abject²⁰. Le fait que le requérant en l'espèce

¹⁷ *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans*, 576 U.S. __ (2015). Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, p. 133; et G. TUSSEAU, «Chronique de jurisprudence», *Rev. fr. dr. adm.*, 2015, p. 1195.

¹⁸ *Matal v. Tam*, 582 U.S. __ (2017).

¹⁹ *Ibid.*, pp. 14 et s.

²⁰ Voy. par exemple *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011) (chronique 2010-2012, *cette Revue*, 2013, pp. 303 et s.).

soit animé des meilleures intentions est parfaitement indifférent. La solution aurait été la même si les chansons de ce groupe communiquaient une détestation des Asiatiques. L'enregistrement d'une marque ne saurait exclure les propos «offensants», au profit des seules expressions neutres ou bienveillantes: «offenser est un point de vue»²¹. L'État n'a pas le droit d'imposer le «happy talk»²².

B. *Les lieux de l'expression (1) :*
les réseaux sociaux sont-ils les nouvelles places publiques?

Le régime de la liberté d'expression connaît des variations selon les lieux. Ainsi, le premier amendement ne confère pas le droit de s'introduire sur n'importe quelle propriété publique pour y tenir les propos souhaités. Du moment qu'il ne discrimine pas entre les opinions, l'État peut imposer des restrictions raisonnables sur les «forums non publics», réserver certains lieux à certains usages. Les possibilités de restriction sont en revanche beaucoup plus limitées sur les «forums publics», en particulier les places, les rues ou les parcs, qui, «depuis la nuit des temps, sont utilisés par les citoyens pour se réunir, communiquer leurs pensées et discuter des questions publiques»²³. L'État ne peut limiter l'expression dans de tels lieux qu'à la condition que la restriction soit neutre envers le contenu, et étroitement conçue pour servir un intérêt impérieux. Dans le passé, il a pu être difficile d'identifier précisément les endroits les plus cruciaux pour l'échange d'opinions, explique le juge Kennedy rejoint par les quatre juges progressistes dans l'arrêt *Packingham v. North Carolina*, rendu le 19 juin 2017. Mais désormais, les choses sont claires: il s'agit, en plus des «forums publics» classiques, d'Internet, et en particulier des réseaux sociaux²⁴.

La loi litigieuse interdisait aux délinquants sexuels d'utiliser les sites Internet auxquels des mineurs pouvaient avoir accès. L'ensemble des juges de la Cour s'accorde sur l'inconstitutionnalité de cette loi, conçue de manière trop large par rapport à son objectif, légitime, de protection des mineurs. La restriction est définie de manière si large qu'elle inclut des sites, comme *Amazon*, peu susceptibles de permettre la préparation d'une agression sexuelle²⁵. Mais les trois juges conservateurs s'opposent à l'assimilation trop rapide d'Internet

²¹ *Matal v. Tam*, préc., pp. 22 et s. Voy. aussi *ibid.*, Kennedy conc., pp. 2 et s.

²² *Matal v. Tam*, préc., p. 25.

²³ *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), p. 515.

²⁴ *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. ___ (2017), p. 5.

²⁵ *Ibid.*, Alito conc., pp. 6 et s.

aux places et aux rues publiques. Le juge Alito s'empporte contre la « rhétorique inutile » et « vague » du juge Kennedy²⁶. Faire d'Internet la « place publique d'aujourd'hui »²⁷ risque en effet de rendre très difficile la moindre réglementation de cet espace d'expression, par exemple pour protéger les enfants contre les prédateurs sexuels avec une mesure plus étroitement conçue. Or, il existe d'importantes différences entre le monde virtuel et le monde physique. Il est par exemple plus aisé de surveiller les interactions d'un enfant dans le second que dans le premier. Internet facilite en outre la dissimulation de l'identité²⁸. Le principal spécialiste américain du droit électoral s'est également inquiété de la manière dont l'arrêt *Packingham* pourrait gêner la lutte contre la diffusion électronique massive et à peu de frais de fausses informations qui déstabilisent la démocratie. Si de telles entreprises sont assimilées à un discours sur une place publique, toute tentative de réglementation est plus ou moins vouée à l'échec²⁹.

C. Les lieux de l'expression (2) : le bureau de vote

Le bureau de vote, explique la Cour le 14 juin 2018 dans l'arrêt *Minnesota Voters Alliance v. Mansky*, est un forum non public. Il s'agit d'un lieu consacré, le jour de l'élection, à une activité particulière³⁰. La liberté d'expression peut y être restreinte, au moyen d'une mesure raisonnable, afin de garantir cette fonction. Par sept voix contre deux, la Cour juge néanmoins inconstitutionnelle la loi qui interdisait d'arborer des emblèmes politiques au sein du bureau de vote.

L'objectif poursuivi par la loi n'est pas problématique. En 1992, la Cour avait accepté l'instauration d'une « zone tampon » de trente mètres autour du bureau de vote, au sein de laquelle les tracts, les pancartes et toutes les activités de campagne étaient interdites³¹. Cette loi, expliquait la Cour, visait à éviter l'intimidation, la fraude, le désordre général qui régnait autrefois autour des

²⁶ *Ibid.*, pp. 1, 2 et 10. Cette critique fait écho à l'arrêt *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. __ (2015), ouvrant le mariage aux couples homosexuels. Les juges dissidents avaient reproché au juge Kennedy, auteur de l'arrêt, de sacrifier le raisonnement juridique aux envolées lyriques. Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, pp. 146 et s.

²⁷ *Packingham v. North Carolina*, préc., p. 8.

²⁸ *Ibid.*, Alito conc., pp. 10 et s.

²⁹ R. HASEN, « Cheap Speech and What It Has Done (To American Democracy) », *First Amendment Law Review*, 2017, vol. 16, p. 225.

³⁰ *Minnesota Voters Alliance v. Mansky*, 585 U.S. __ (2018), p. 8.

³¹ *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992).

bureaux de vote : les quinze secondes qui précèdent l'entrée dans le bureau de vote doivent appartenir au citoyen³². Ce raisonnement doit valoir *a fortiori* au sein du bureau de vote³³.

Néanmoins, si elle poursuit un objectif légitime, la loi ne semble pas raisonnable. En visant tout badge, tout vêtement « politique », sans que ce terme soit défini, elle conduit à une application arbitraire. L'État affirme que seuls les messages relatifs à un thème évoqué pendant la campagne sont concernés. Ainsi, un T-shirt « #MeToo » est interdit si un candidat s'est exprimé sur le harcèlement sexuel, et un arc-en-ciel enfreint la loi si les droits des homosexuels ont été abordés. Un pull est accepté s'il porte le texte du premier amendement, mais pas celui du deuxième dès lors que la question des armes à feu a joué un rôle dans la campagne³⁴. Une restriction plus précise, qui viserait par exemple uniquement les noms des partis et des candidats serait peut-être acceptable, mais la loi litigieuse laisse trop de place à l'appréciation subjective des autorités pour être qualifiée de « raisonnable ».

D. *L'expression forcée*

Tout autant que l'obligation de se taire, l'obligation de parler (*compelled speech*) peut violer la liberté d'expression. L'exemple cardinal sur ce point est sans doute l'arrêt *Barnette*, qui censurait l'obligation de saluer le drapeau dans les écoles publiques³⁵. Mais des mesures moins flagrantes peuvent relever de cette catégorie.

L'arrêt *Expression Hair Design v. Schneiderman*, rendu le 29 mars 2017, qualifie de restriction de la liberté d'expression le fait d'imposer à un commerçant la manière de présenter ses prix³⁶. Si un commerçant souhaite imputer au client les frais du règlement par carte bancaire, la ville de New York l'oblige à annoncer une réduction en cas de paiement par espèce, et non un supplément pour l'utilisation de la carte. La cour d'appel avait considéré que ce système encadrait les prix, sans toucher à la liberté d'expression. La Cour suprême juge

³² Dans l'arrêt *Mansky*, la Cour ouvre son opinion par une description très vivante de la foire d'empoigne qui caractérisait les élections aux États-Unis jusqu'à la fin du XIX^e siècle ; *Minnesota Voters Alliance v. Mansky*, préc., pp. 1 et s.

³³ *Ibid.*, p. 11.

³⁴ *Ibid.*, p. 17. Voy. aussi la transcription des débats lors de l'audience, consultable à l'adresse : www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-1435_f2ag.pdf, p. 40.

³⁵ *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943).

³⁶ *Expression Hair Design v. Schneiderman*, 581 U.S. __ (2017).

au contraire que la mesure litigieuse impose une manière de présenter le prix, et doit donc être confrontée au premier amendement. Elle renvoie l'affaire à la cour d'appel afin qu'elle procède à cet examen.

Le 27 juin 2018, la Cour s'est prononcée sur une autre affaire qui concernait l'argent et l'expression forcée. L'arrêt *Janus* est néanmoins beaucoup plus important. Rendu par cinq voix contre quatre, il intervient dans un domaine extrêmement sensible, reverse explicitement un précédent et risque de conduire, selon l'opinion dissidente rédigée par la juge Kagan, à un violent affaiblissement des syndicats d'agents publics et donc à de fortes modifications de la situation des fonctionnaires³⁷.

En 1977, dans l'arrêt *Abood*, la Cour avait jugé qu'un employeur public pouvait imposer à ses agents de financer les activités d'un syndicat unique, même s'ils n'en faisaient pas partie. Comme la loi impose au syndicat de défendre exactement de la même manière les intérêts de tous les employés, qu'ils soient ou non membres de l'organisation, il est tentant pour les employés de bénéficier des négociations sans adhérer au syndicat («free-rider problem»). Les cotisations obligatoires sont un moyen d'assurer que l'État dispose d'un interlocuteur viable financièrement.

Ce précédent est critiqué et menacé depuis plusieurs années. En 2014, la Cour jugeait qu'il n'était pas applicable à l'affaire litigieuse, mais consacrait l'essentiel de l'arrêt à le critiquer³⁸. En 2016, *Abood* fut sauvé par le décès du juge Scalia : la Cour examinait une affaire qui posait explicitement la question de son abandon, mais la mort du juge conservateur conduisit les survivants à se diviser en deux camps égaux, sans pouvoir modifier la jurisprudence de la Cour³⁹. L'élection de Donald Trump suivie de la nomination du juge Gorsuch devaient redonner aux adversaires d'*Abood* la voix qui leur manquait, et le glas sonna avec l'arrêt *Janus*. Après les balles à blanc de 2014, le duel reprend, cette fois à balles réelles, avec les mêmes arguments et les mêmes protagonistes : Alito écrit l'opinion de la majorité, et Kagan prend la plume pour les dissidents.

³⁷ *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, 585 U.S. __ (2018), Kagan diss., p. 2. Pour une discussion plus complète des conséquences de l'arrêt *Janus*, voy. E. VOLOKH et W. BAUDE, «Compelled Subsidies and the First Amendment», *Harvard Law Review*, 2018, vol. 132, pp. 194 et s.; E. CHERMERINSKY et C. FISK, «Exaggerating the Effects of *Janus*», *Harvard Law Review Forum*, 2018, vol. 132, pp. 42 et s.

³⁸ *Harris v. Quinn*, 573 U.S. __ (2014) (chronique 2012-2014, *cette Revue*, 2015, pp. 136 et s.).

³⁹ *Friedrich v. California Teachers Association*, 578 U.S. __ (2016) (chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, p. 139).

Pour la Cour, l'obligation de subventionner une expression est semblable à une obligation de s'exprimer. Aucun intérêt suffisant ne vient justifier cette restriction du premier amendement. En effet, l'expérience montre que, dans les États qui ne pratiquent pas le système confirmé dans *Abood*, les agents publics n'ont nullement abandonné le syndicat. Les subventions forcées ne sont donc pas nécessaires. La crainte des *free-riders* est exagérée, et elle ne justifie de toute façon pas de limiter la liberté d'expression. L'État ne peut pas obliger une personne à financer l'expression d'autrui, simplement parce que l'État considère que cette expression est susceptible de servir les intérêts de cette personne⁴⁰. Devrait-on imposer à tous les retraités de financer les activités d'une association de défense des droits des retraités? Pour contrecarrer cet argument, la juge Kagan souligne une différence de taille : la loi impose au syndicat de négocier en faveur de l'ensemble des agents, sans prévoir le moindre privilège pour ses membres. L'agent est donc incité à ne pas financer le syndicat : seuls l'altruisme ou la loyauté peuvent le conduire à soutenir une activité dont il bénéficiera dans tous les cas⁴¹.

L'opinion dissidente soulève un autre argument, déjà évoqué en 2014⁴². Les fonctionnaires ne bénéficient de la liberté d'expression que lorsqu'ils parlent en tant que citoyens sur des sujets d'intérêt général, et non lorsqu'ils s'expriment comme agents à propos de leur travail. Or, les négociations collectives relèvent des relations avec l'employeur, elles ne sont pas couvertes par la liberté d'expression et la subvention forcée du syndicat ne saurait donc toucher au premier amendement. Pour la majorité, dès lors que ces négociations touchent à l'emploi des deniers publics, elles concernent l'intérêt général⁴³. En outre, le syndicat peut aborder, dans le cadre de ces négociations, des questions d'intérêt général, telles que l'écologie, le genre ou la religion⁴⁴. La juge Kagan rétorque que ces questions n'en touchent pas moins aux conditions de travail et ne relèvent donc pas du premier amendement⁴⁵.

Quoi qu'il en soit, la majorité décide donc d'abandonner explicitement le précédent *Abood*. Elle offre plusieurs arguments pour surmonter le *stare decisis*, tels que l'inconsistance de son raisonnement, et les développements ultérieurs qui montreraient son inanité. On s'arrêtera uniquement sur un argument particulièrement intéressant. Pour répondre aux juges dissidents qui insistent

⁴⁰ *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, préc., p. 14.

⁴¹ *Ibid.*, Kagan diss., p. 6.

⁴² *Harris v. Quinn*, préc., Kagan diss., p. 17.

⁴³ *Janus*, préc., p. 24.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁴⁵ *Ibid.*, Kagan diss., p. 17.

sur l'importance de la sécurité juridique, le juge Alito souligne que la Cour a indiqué depuis plusieurs années les faiblesses de l'arrêt *Abod*. Dès lors, explique-t-il, les syndicats auraient dû se douter que ce précédent était menacé. Pour la juge Kagan, ce raisonnement revient à se moquer du *stare decisis* : il suffirait de saupoudrer des critiques dans quelques arrêts, pour justifier ensuite le revirement de jurisprudence⁴⁶.

L'opinion dissidente adresse enfin deux critiques à la majorité. D'abord, elle reproche aux juges de se comporter en législateurs, de trancher d'autorité un débat qui devrait être résolu de manière démocratique. Le juge Alito répond que la protection de la Constitution l'emporte sur le respect de la majorité politique. Il s'agit là d'un échange habituel d'arguments régulièrement utilisés par les deux camps⁴⁷. Ensuite, la juge Kagan reproche à la majorité de transformer le premier amendement en arme pour intervenir dans des débats politiques et économiques. Dès lors que toute réglementation touche d'une manière ou d'une autre à l'expression, cette conception du premier amendement permet à la Cour de s'immiscer dans tous les domaines.

Kagan en veut pour preuve l'arrêt *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, rendu la veille, le 26 juin 2018. La Californie imposait aux organismes recevant des femmes enceintes de leur signaler que l'État mettait à leur disposition des prestations aisément accessibles, notamment en matière de contraception, de suivi de grossesse et d'avortement. L'État cherche ainsi à assurer une information complète des personnes qui pénètrent dans ces organismes, très souvent gérés par des associations opposées à l'avortement, et qui s'efforcent essentiellement de dissuader les femmes de mettre un terme à leur grossesse.

La majorité de cinq juges analyse ce cas comme l'imposition d'une certaine expression. Il s'agit donc d'une restriction fondée sur le contenu de l'expression. L'État cherche à supprimer les idées qu'il n'approuve pas, ce qui constitue un cas paradigmatique de violation du premier amendement. Le juge Thomas, qui écrit l'opinion de la Cour, cite ses classiques : il ne revient pas à l'État d'intervenir dans le libre marché des idées⁴⁸.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁷ Par exemple, dans l'arrêt *Obergefell* qui ouvre le mariage aux couples homosexuels, le camp conservateur soulève l'argument employé ici par la juge Kagan, et le camp progressiste sollicite la réponse utilisée ici par le juge Alito. Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, p. 146.

⁴⁸ *National Institute of Family and Life Advocates v. Becerra*, 585 U.S. ___ (2018), p. 13. Voy. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), Holmes diss., p. 630.

Mais en mobilisant ces grands principes dans cette affaire, la Cour prend le risque de les diluer, rétorque le juge Breyer au nom des quatre juges dissidents. Si la mesure litigieuse est une restriction du contenu de l'expression, alors il en va de même de l'essentiel des normes d'un système juridique. Le droit réglemente presque toujours l'expression, explique le juge Breyer en citant l'obligation, dans la ville de New York, d'indiquer près des ascenseurs l'emplacement des escaliers⁴⁹. Comme la juge Kagan dans l'arrêt *Janus*, Breyer reproche à la majorité de transformer le premier amendement en « arme » pour censurer n'importe quel type de norme.

L'obligation de donner certaines informations aux femmes enceintes a fait l'objet d'une vaste jurisprudence de la Cour, qui concernait en général les efforts de l'État de dissuader l'avortement. Dans l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey*, la Cour a fixé le principe suivant : la mesure est acceptable si elle vise à permettre un choix éclairé, elle est inconstitutionnelle si elle tend à faire peser une « charge excessive » sur la décision d'avorter⁵⁰. Il est ainsi permis d'indiquer les dangers d'une interruption volontaire de grossesse, ou encore les possibilités d'adoption, mais pas d'affirmer que l'avortement est un meurtre.

C'est dans ce cadre qu'aurait dû être résolue la présente affaire. S'il est permis d'informer la femme enceinte des services d'adoption, pourquoi serait-il interdit de lui signaler les possibilités d'avortement ? « Ce qui est bon pour l'oie est bon pour le jar », souligne le juge Breyer en reprenant un proverbe qui lui est cher⁵¹. Le présent arrêt est peut-être annonciateur de la future jurisprudence de la Cour sur l'interruption volontaire de grossesse : sans revenir frontalement sur le droit établi par l'arrêt *Roe v. Wade*⁵², elle pourrait donner son appui à de multiples mesures d'apparence plus anodines, destinées à rendre l'avortement inaccessible en pratique aux femmes les plus démunies.

III. La liberté de religion

Trois arrêts parmi les plus discutés ces deux dernières années concernent la liberté de religion. À chaque fois, la Cour tranche en faveur du camp conser-

⁴⁹ *Becerra*, préc., Breyer diss., p. 3.

⁵⁰ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 874.

⁵¹ *Becerra*, préc., Breyer diss., p. 12 (« What is sauce for the goose is normally sauce for the gander »). Voy. *Heffernan v. City of Patterson*, 578 U.S. __ (2016), p. 6 (chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, pp. 138 et s.).

⁵² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

vateur, avec parfois l'appui de juges libéraux, au prix de raisonnements qui semblent assez fragiles et qui s'efforcent de limiter la portée des arrêts.

A. *La tension entre la liberté de religion et l'obligation de neutralité de l'État*

Le premier amendement contient deux dispositions relatives à la religion. La « clause d'établissement » interdit à l'État de prendre des mesures « qui aident une religion, qui aident toutes les religions, ou qui préfèrent une religion à une autre »⁵³. La « clause de libre exercice » protège la liberté religieuse. Ces deux normes se complètent : établir une religion conduit à violer le libre exercice des autres. Mais elles peuvent également entrer en conflit, comme dans l'affaire *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Comer*, décidée le 26 juin 2017. Un organisme public proposait des subventions pour l'installation d'un revêtement souple sur le sol des aires de jeux. Une église qui faisait office de garderie s'était portée candidate : ses toboggans étaient entourés de gravier, lequel se révélait « impitoyable » en cas de chute⁵⁴.

L'administration, néanmoins, avait écarté cette candidature afin de respecter une disposition de la Constitution du Missouri qui interdit toute subvention à une organisation religieuse, peu importe l'objectif dans lequel elle est demandée. Une telle règle, prévue dans de nombreux États et appelée « amendement Blaine », du nom d'un député qui avait proposé de modifier la Constitution fédérale en ce sens, va plus loin que la clause d'établissement, qui permet d'aider financièrement une institution religieuse dès lors que l'argent n'est pas utilisé pour ses activités spirituelles. Ainsi, en vertu du premier amendement, une commune peut financer les bus scolaires, y compris s'ils desservent des écoles religieuses⁵⁵.

L'opinion de la Cour, rédigée par le président Roberts, est surprenante à deux égards. D'abord, elle examine l'affaire uniquement sous l'angle de la liberté de religion, sans tenir compte de la tension existante avec la clause d'établissement. La Cour considère qu'une mesure qui exclut les organismes religieux d'un bénéfice accessible aux autres constitue une atteinte à la liberté de religion⁵⁶. Seul un intérêt extrêmement important, absent en l'espèce, permettrait de la justifier. La Cour n'hésite pas à citer, à l'appui de sa décision,

⁵³ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), p. 15.

⁵⁴ *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Comer*, 582 U.S. __ (2017), p. 2.

⁵⁵ *Everson v. Board of Education*, préc.

⁵⁶ *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Comer*, préc., p. 11.

un discours enflammé du XIX^e siècle contre l'exclusion des juifs des fonctions publiques. Certes, ici, il ne s'agit que de quelques «genoux égratignés», mais la même violation de la liberté de religion est à l'œuvre⁵⁷.

Cet arrêt semble donc conclure de manière générale à l'inconstitutionnalité des «amendements Blaine». Néanmoins, dans une étonnante note de bas de page, la Cour limite étroitement sa décision aux faits de l'espèce : elle ne concerne que la discrimination religieuse à propos du revêtement des aires de jeux⁵⁸.

Dans une opinion dissidente jointe par la juge Ginsburg, la juge Sotomayor souligne que cette affaire ne porte pas sur des balançoires, mais sur la séparation entre l'Église et l'État. Soit la majorité a mal apprécié les faits, en ne comprenant pas que l'église utilisait les aires de jeux pour disséminer ses vues religieuses ; soit elle n'ignore pas ce fait, et abandonne les précédents. Sotomayor souligne le «jeu entre les joints» des deux dispositions religieuses du premier amendement⁵⁹. Le fait que la clause d'établissement n'exige pas la mesure litigieuse n'implique pas qu'elle soit contraire à la clause de libre exercice. En obligeant pour la première fois un État à subventionner une église, la Cour abandonne la séparation entre l'Église et l'État, elle la transforme en simple slogan.

B. *L'hostilité de l'État envers la religion*

Les convictions religieuses peuvent constituer la cible, mais aussi la source de pratiques discriminatoires. Lorsque la Cour a exigé l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe⁶⁰, plusieurs juges dissidents se sont inquiétés du sort des individus opposés à ces unions⁶¹. Un photographe, un fleuriste, un pâtisseries peuvent-ils refuser de prêter leurs services à la célébration d'un mariage homosexuel ? Après avoir à plusieurs reprises refusé d'examiner cette question, la Cour s'est saisie de l'affaire *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, jugée le 4 juin 2018⁶². Au nom de ses convictions religieuses, un

⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 14, note 3. Les juges Gorsuch et Thomas refusent de se joindre à cette note de bas de page (*ibid.*, Gorsuch conc., p. 3). Le juge Breyer insiste au contraire sur le fait que la décision ne concerne que les discriminations dans des domaines aussi importants que la sécurité des enfants.

⁵⁹ *Ibid.*, Sotomayor diss., p. 9, citant *Walz v. Tax Commission of City of New York*, 397 U.S. 664 (1970), p. 669.

⁶⁰ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015). Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, pp. 143 et s.

⁶¹ *Ibid.*, Roberts diss., pp. 27 et s. ; Thomas diss., pp. 14 et s. ; Alito diss., pp. 6 et s.

⁶² *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ___ (2018).

pâtissier avait refusé de préparer un gâteau pour un mariage homosexuel. Il avait été condamné par la commission responsable de l'application des lois contre la discrimination.

Comme souvent lorsqu'il est question des droits des homosexuels, l'opinion de la Cour est rédigée par le juge Kennedy. Devant la Cour, le requérant invoquait une atteinte à ses libertés de religion et d'expression, ce qui impliquait de décider si la préparation d'un gâteau constituait un mode d'expression, même en l'absence de toute inscription. Cette question, débattue lors de l'audience, est surtout traitée dans leurs opinions concordantes par les juges Gorsuch et Thomas. Pour Gorsuch, le caractère expressif d'un gâteau est aussi évident que celui d'un drapeau⁶³. Le juge Thomas affirme que la fabrication d'un gâteau pour un mariage homosexuel traduit une approbation de ce type d'union⁶⁴.

Kennedy souligne pour sa part qu'une protection absolue de la liberté de religion dans ce contexte pourrait aboutir à l'apposition de panneaux « Nous ne vendons pas aux homosexuels », et donc à une stigmatisation contraire au principe d'égalité⁶⁵. Pourtant, la Cour tranche en faveur du pâtissier, en s'attachant aux faits particuliers de l'espèce. La commission qui l'a sanctionné ne l'aurait pas traité de manière neutre et respectueuse, elle aurait laissé transparaître une hostilité envers ses convictions. Ce constat s'appuie sur deux observations.

D'abord, la commission a accepté que des pâtisseries refusent de fabriquer des gâteaux couverts de messages hostiles au mariage homosexuel : un couple d'hommes barré, une bible ouverte et les inscriptions « Dieu hait le péché » et « L'homosexualité est un péché détestable »⁶⁶. La juge Ginsburg démontre que les deux cas sont différents : ces pâtisseries ont fondé leur refus non pas sur les convictions religieuses du client, mais sur le message inscrit sur le gâteau. Le propriétaire de *Cakeshop Masterpiece*, en revanche, a refusé de vendre un produit en raison de l'orientation sexuelle des clients⁶⁷. La réponse du juge Gorsuch n'est guère convaincante : le pâtissier aurait refusé de fabriquer un gâteau célébrant le mariage homosexuel, quelle que soit l'orientation sexuelle du client. Bref, pour certains juges, le pâtissier refuse de vendre un gâteau de mariage à des homosexuels⁶⁸, tandis que pour d'autres, il refuse de vendre à

⁶³ *Ibid.*, Gorsuch conc., p. 8.

⁶⁴ *Ibid.*, Thomas conc., p. 2, 7, 11.

⁶⁵ *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, préc., pp. 10 et s. Voy. aussi *Obergefell v. Hodges*, préc., p. 22.

⁶⁶ *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, préc., Ginsburg diss., p. 3.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 4 et s. Voy. aussi *ibid.*, Kagan conc., p. 2.

⁶⁸ *Ibid.*, Kagan conc., p. 3 ; *ibid.*, Ginsburg diss., p. 5.

quiconque un gâteau célébrant le mariage homosexuel⁶⁹. D'ailleurs, ajoute Gorsuch, affirmer que l'objet du litige est simplement un gâteau de mariage, et non un gâteau célébrant le mariage homosexuel, revient à violer le premier amendement : l'État ne saurait indiquer au pâtissier le contenu de sa religion. Une telle appréciation serait semblable à celle qui consisterait à affirmer que le pain béni est simplement du pain, et une kippa rien d'autre qu'un couvre-chef. Bien entendu, on peut aisément rétorquer à cela que les convictions religieuses du pâtissier ne portaient pas sur la signification des gâteaux, mais sur le mariage homosexuel.

La seconde preuve de l'hostilité envers la religion s'attache à « deux phrases isolées »⁷⁰ prononcées par des membres de la commission. L'un d'eux a ainsi rappelé, sans être contredit par les autres, que la religion avait été utilisée dans le passé pour discriminer autrui. Cette observation pourtant peu contestable suffit au juge Kennedy pour conclure que la commission s'est fondée sur une hostilité envers la religion⁷¹. La majorité de la Cour évite donc de trancher de manière générale le conflit entre les droits des homosexuels et les convictions homophobes fondées sur la religion.

Cette attention apportée à une remarque raisonnablement critique envers certaines convictions religieuses tranche singulièrement avec la manière dont la Cour, dans l'arrêt *Trump v. Hawaii*, renonce à tirer les conséquences des multiples déclarations explicitement islamophobes du président des États-Unis⁷². L'affaire portait sur la troisième version du *Travel Ban* adoptée par Donald Trump, qui restreignait l'immigration en provenance d'un certain nombre d'États, pour la plupart majoritairement peuplés de musulmans. L'État de Hawaii, dont l'université accueille des étudiants en provenance de ces pays, alléguait que cette mesure n'était pas motivée par un souci de sécurité, mais par une hostilité envers l'Islam, en violation de la clause d'établissement. Les requérants fondaient leur argument sur un nombre impressionnant de propos très clairs du président Trump. Dans son opinion dissidente, la juge Sotomayor consacre sept pages à rappeler ces déclarations, et cite plusieurs *tweets*. Certaines affirmations du président indiquent très clairement que la lutte contre le terrorisme n'est qu'un prétexte pour empêcher l'immigration de

⁶⁹ *Ibid.*, Gorsuch conc., pp. 4 et s.

⁷⁰ *Ibid.*, Ginsburg diss., p. 7.

⁷¹ *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, préc., p. 16.

⁷² *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. __ (2018). L'incohérence entre les deux arrêts a souvent été soulignée, par exemple par L. KENDRICK et M. SCHWARTZMAN, «The Etiquette of Animus», *Harvard Law Review*, 2018, vol. 132, pp. 168 et s.

personnes musulmanes⁷³. On est bien loin de la remarque anodine à laquelle la Cour accorde tant d'importance dans l'arrêt *Masterpiece Cakeshop*. Une application cohérente du raisonnement tenu dans cet arrêt, où l'hostilité à la religion était beaucoup moins flagrante, aurait dû conduire à l'inconstitutionnalité de la décision du président⁷⁴.

Par cinq voix contre quatre, sous la plume du président Roberts, la Cour rejette néanmoins le recours. Elle considère que, dans le domaine de la sécurité nationale et de l'encadrement de l'immigration, le contrôle des tribunaux doit demeurer restreint. En principe, pour vérifier le respect de la clause d'établissement, la Cour réalise une appréciation raisonnable de la mesure litigieuse dans son contexte⁷⁵. Ici, la Cour se contente d'examiner s'il existe une « base rationnelle » pour la justification avancée par le président. Autrement dit, la Cour ne recherche pas si le *Travel Ban* semble raisonnablement traduire une hostilité aux musulmans, mais se limite à observer si l'objectif de sécurité nationale peut passer pour rationnel. Elle ne prononcera l'inconstitutionnalité que s'il apparaît intenable. La Cour confirme donc la mesure litigieuse, en se contentant de remarquer qu'elle ne mentionne pas explicitement la religion, et qu'elle ne concerne que 8% de la population musulmane mondiale⁷⁶. Le programme d'exemptions, qui permet en théorie l'immigration d'individus ne représentant aucun danger est également mentionné, quand bien même les juges dissidents ont montré qu'il s'agit d'une imposture dès lors qu'il n'est pas mis en œuvre⁷⁷.

L'arrêt contient deux autres éléments notables. D'abord, la juge Sotomayor souligne les ressemblances entre cette affaire et le tristement célèbre arrêt *Korematsu*, qui figure sur la liste noire des précédents désormais unanimement réprouvés⁷⁸. Dans cette décision, la Cour avait confirmé, pendant la Seconde Guerre mondiale, l'internement de dizaines de milliers de Japonais et d'Américains d'origine japonaise dans des camps. Dans un *amicus curiae* adressé à la Cour, plusieurs enfants de personnes détenues à l'époque appelaient d'ailleurs la Cour à ne pas répéter la même erreur⁷⁹. Comme dans la présente affaire, une mesure fondée sur des stéréotypes racistes avait été justifiée par la sécurité

⁷³ *Trump v. Hawaii*, préc., Sotomayor diss., pp. 4 et s.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 12 et s. et p. 26.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 34.

⁷⁷ *Ibid.*, Breyer diss., pp. 3 et s.; *ibid.*, Sotomayor diss., p. 22.

⁷⁸ Voy. J. GREENE, « The Anticanon », *Harvard Law Review*, 2011, vol. 125, p. 422.

⁷⁹ Voy. *Brief of Karen Korematsu et al.*, consultable à l'adresse : www.supremecourt.gov/Docket-PDF/17/17-965/41687/20180330110049898_17-965bsacKorematsu.pdf, p. 39 : « Rather than repeat the failures of the past, this Court should repudiate them and affirm the greater legacy of those

→

nationale. Sotomayor souligne d'ailleurs que Trump a lui-même invoqué ce précédent⁸⁰. La majorité de la Cour écarte toute ressemblance entre les deux situations, mais profite de l'occasion pour abandonner explicitement le précédent *Korematsu*: il était « profondément erroné le jour où il a été rendu, [et] a été renversé par le cours de l'histoire ». Reprenant les derniers mots de l'opinion dissidente rédigée à l'époque par le juge Jackson, la Cour affirme que cette décision « n'a pas sa place en droit conformément à la Constitution »⁸¹. La répudiation solennelle de ce précédent est bienvenue, remarque la juge Sotomayor, mais elle ne change rien au fait que la Cour suit la même logique dangereuse dans l'arrêt *Trump v. Hawaii*⁸².

Cet arrêt est également remarquable en ce qu'il contient les dernières lignes rédigées par le juge Kennedy avant sa démission de la Cour. Il rejoint l'opinion de la majorité, permettant au président de prendre les mesures les plus discriminatoires dès lors qu'elles peuvent s'abriter derrière une légère apparence de neutralité. Mais il ajoute également deux pages personnelles, dans lesquelles il affirme qu'il incombe au président de respecter la Constitution, même dans les domaines qui échappent au contrôle de la Cour⁸³. Cette tentative de préserver sa postérité ne doit pas tromper : c'est bien le juge Kennedy qui protège ici Donald Trump en faisant pencher la Cour en sa faveur, quelques jours après avoir annoncé sa démission et donc offert une nouvelle nomination au président.

IV. Le droit de détenir et de porter une arme (deuxième amendement)

Depuis qu'elle a explicitement affirmé que le deuxième amendement garantissait le droit individuel de détenir et de porter une arme⁸⁴, la Cour a toujours

←

cases: Blind deference to the Executive Branch, even in areas in which decision-makers must wield wide discretion, is incompatible with the protection of fundamental freedoms. Meaningful judicial review is an essential element of a healthy democracy».

⁸⁰ *Trump v. Hawaii*, préc., Sotomayor diss., p. 5 : « Trump justified his proposal during a television interview by noting that President Franklin D. Roosevelt 'did the same thing' with respect to the internment of Japanese Americans during World War II ».

⁸¹ *Ibid.*, p. 38. Voy. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), Jackson diss., p. 248.

⁸² *Trump v. Hawaii*, préc., Sotomayor diss., p. 28.

⁸³ *Ibid.*, Kennedy conc.

⁸⁴ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 742 (2010). Voy. la chronique 2008-2010, *cette Revue*, 2011, pp. 98 et s.

refusé d'en préciser les contours⁸⁵. Dans de tels cas, le juge Thomas a pour habitude de rédiger une opinion dissidente. En 2017, il a regretté que la Cour n'examine pas une mesure en vigueur en Californie, qui limite drastiquement le port d'armes dans l'espace public. En consacrant le droit de porter une arme, il est peu probable que les auteurs du deuxième amendement n'aient eu à l'esprit que le trajet entre la cuisine et la chambre à coucher⁸⁶. Surtout, Thomas assure que les refus répétés de la Cour d'examiner les recours sur le droit de porter une arme en font un droit défavorisé. Depuis 2010, la Cour s'est prononcée trente-cinq fois sur le premier amendement mais pas une seule sur le deuxième, dont le régime juridique a pourtant bien davantage besoin d'être précisé.

En 2018, la Cour a à nouveau refusé d'examiner une mesure adoptée en Californie, contre l'avis du juge Thomas⁸⁷. La norme litigieuse impose un délai de dix jours entre le moment où un individu achète une arme et celui où il en prend possession. Cette période de « refroidissement » (*cooling off*) vise à permettre d'effectuer les vérifications nécessaires, et laisse à celui qui envisage de blesser autrui ou soi-même le temps de se calmer. La cour d'appel avait confirmé ce dispositif, en dépit de l'absence de preuves empiriques de son bien-fondé, au motif qu'il découlait du sens commun. Quatre juges seraient sûrement prêts à intervenir si une juridiction traitait de manière aussi cavalière un autre droit, en imposant par exemple un tel délai avant d'avorter ou de tenir des propos racistes, affirme le juge Thomas. Mais le deuxième amendement est l'« orphelin constitutionnel de la Cour »⁸⁸.

V. L'égalité

Droit de la nationalité et discriminations fondées sur le genre

L'arrêt *Sessions v. Morales-Santana*, dont l'audience s'était tenue le jour de l'élection de Donald Trump, a été rendu le 12 juin 2017⁸⁹. Il portait sur la situation des enfants nés à l'étranger de parents non mariés dont un seul avait la nationalité des États-Unis. Si la mère était Américaine, l'enfant obtenait la nationalité à condition qu'elle ait vécu au moins un an aux États-Unis avant d'accoucher. En revanche, pour le père américain, ce délai était porté à cinq ans. Menacé d'expulsion, le requérant soulevait l'inconstitutionnalité de cette

⁸⁵ Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, pp. 140 et s.

⁸⁶ *Peruta v. California*, 581 U.S. __ (2017), cert. denied, Thomas diss.

⁸⁷ *Silvester v. Becerra*, 583 U.S. __ (2018), cert. denied, Thomas diss.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 13.

⁸⁹ *Sessions v. Morales-Santana*, 582 U.S. __ (2017).

différence de traitement. En 2011, la Cour avait déjà examiné cette loi mais les juges n'avaient pu se départager⁹⁰. Cette fois, une Cour unanime constate une violation du principe d'égalité.

La rédaction de l'opinion est confiée à la juge Ginsburg, qui remarque que la disposition litigieuse date d'une époque où le droit s'appuyait fortement sur des généralisations relatives à la nature et à la place des hommes ou des femmes. Mais depuis un demi-siècle, la Cour regarde avec méfiance les dispositions qui visent à exclure ou à « protéger » les membres d'un genre en raison de croyances relatives à leur rôle ou leurs capacités⁹¹.

En l'espèce, la loi repose sur la conviction qu'une femme non mariée s'occupera seule de l'enfant. Le délai de cinq ans vise à assurer que le père aura suffisamment assimilé les « valeurs » américaines pour les transmettre à son enfant. Si la mère est Américaine, il est inutile d'imposer un tel délai puisque l'éducation maternelle ne fait face à aucune « concurrence », la mère est seule et il convient donc de lui permettre plus aisément de transmettre sa nationalité.

Cette discrimination fondée sur un stéréotype de genre est contraire au principe d'égalité. Comme toute discrimination injustifiée, elle peut être corrigée dans un sens ou dans l'autre. La Cour décide d'étendre la période de cinq ans aux deux sexes, le législateur demeurant libre d'adopter une autre solution⁹².

VI. La protection contre les fouilles et saisies déraisonnables

Le quatrième amendement prévoit que « [l]e droit des individus d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des fouilles et saisies déraisonnables ne sera pas violé ».

A. *Champ d'application: qu'est-ce qu'une « fouille » ?*

Depuis l'opinion du juge Harlan dans l'arrêt *Katz*, la Cour considère qu'une « fouille » correspond à une intrusion dans un domaine dont un individu

⁹⁰ *Flores-Villar v. United States*, 564 U.S. 210 (2011). Voy. la chronique 2010-2012, *cette Revue*, 2013, p. 97.

⁹¹ *Sessions v. Morales-Santana*, préc., p. 13.

⁹² Un an plus tard, le Conseil constitutionnel français a déclaré inconstitutionnelle une disposition similaire, qui permettait uniquement au père français de transmettre sa nationalité à l'enfant légitime né à l'étranger. Décision n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018.

devrait raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit privé (*reasonable expectation of privacy*)⁹³. L'arrêt *Byrd v. United States*, rendu le 14 mai 2018, porte sur l'application de ce principe⁹⁴. Policiers et tribunaux avaient considéré qu'un individu au volant d'une voiture dont le contrat de location n'était pas à son nom ne devait pas s'attendre au caractère privé du véhicule, qui pouvait donc être fouillé sans mandat. La Cour contredit à l'unanimité cette appréciation.

D'abord, le contrôle effectif des lieux, le «droit d'exclure», entraîne l'application du quatrième amendement. Le conducteur de l'espèce est dans la même situation que celui qui occupe l'appartement d'un ami. Ensuite, la violation du contrat de location est indifférente : elle concerne les obligations entre le loueur et le locataire en cas de dommage, et non le caractère privé des lieux. La Cour écarte pour finir la thèse du requérant selon laquelle l'occupant d'un véhicule bénéficie toujours, dans tous les cas, de la protection du quatrième amendement. En effet, l'appréciation du caractère privé doit être légitime : celui qui conduit une voiture qu'il vient de voler n'est pas protégé par le quatrième amendement.

Un des arrêts les plus importants rendus pendant la période étudiée concerne la localisation des téléphones portables. En obtenant le relevé des connexions aux antennes-relais, la police avait pu retracer les déplacements d'un individu afin d'obtenir sa condamnation pour différents cambriolages. Un individu s'attend-il raisonnablement à ce que ces informations soient privées ? Cette question s'inscrit dans la lignée des décisions qui appliquent le quatrième amendement aux nouvelles technologies⁹⁵. Le 22 juin 2018, dans l'arrêt *Carpenter v. United States*, la Cour se divise en cinq voix contre quatre, le président Roberts se joignant aux quatre juges progressistes.

La majorité situe l'affaire à l'intersection de deux lignes de précédents. D'un côté, si la Cour avait pu juger qu'un individu ne devait pas s'attendre à ce que ses déplacements sur la voie publique soient privés, elle a limité cette observation à des cas de filatures limitées, et a jugé l'inverse pour une surveillance généralisée sur une longue période⁹⁶. D'un autre côté, la Cour a jugé qu'aucun caractère privé ne s'attachait aux informations volontairement communiquées

⁹³ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), Harlan conc., p. 361. Voy. la chronique 2008-2010, *cette Revue*, 2011, p. 105.

⁹⁴ *Byrd v. United States*, 584 U.S. __ (2018).

⁹⁵ Voy. en particulier *Riley v. California*, 573 U.S. __ (2014) (chronique 2012-2014, *cette Revue*, 2015, pp. 157 et s.).

⁹⁶ Telle est du moins la lecture des précédents proposée par Roberts. *Carpenter v. United States*, 585 U.S. __ (2018), pp. 7 et s. Voy. *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012) (chronique 2010-2012, *cette Revue*, 2013, p. 102).

aux tiers. Ainsi, en payant par chèque ou en composant un numéro de téléphone, un individu confie des informations à autrui et prend le risque qu'elles soient transmises à la police.

Dans l'arrêt *Carpenter*, la Cour refuse d'appliquer ce second raisonnement à l'activation des antennes relais. Face aux nouvelles technologies, il faut veiller à ne pas étendre de manière irréfléchie les précédents⁹⁷, explique la Cour en citant le juge Brandeis : le progrès de la science ne doit pas saper les protections offertes par le quatrième amendement⁹⁸. Les téléphones envoient un signal de manière automatique, on ne saurait considérer que leur propriétaire « prend le risque » de communiquer une information à un tiers. La surveillance exercée en l'espèce est en outre extrêmement importante. D'abord, les antennes-relais ne sont pas assimilables au témoin habituel, au voisin qui jette un œil par la fenêtre : leur attention est permanente, et leur mémoire infaillible. Ensuite, s'il arrive à un individu de sortir de sa voiture, il emmène en revanche son téléphone partout avec lui. Près de trois quarts des utilisateurs de smartphones, révèle le juge Roberts, affirment ne jamais s'éloigner de plus d'un mètre cinquante de leur appareil. Enfin, au contraire de l'appareil GPS examiné en 2012 dans l'arrêt *Jones*, la technique litigieuse permet d'agir rétroactivement : la police n'a pas besoin de décider à l'avance qui elle souhaite surveiller. L'obtention du relevé des antennes-relais constitue donc une fouille, qui nécessite un mandat⁹⁹.

B. *Fouilles sans mandat*

L'exigence d'un mandat connaît quelques exceptions. Ainsi, s'il existe de bonnes raisons de penser qu'une infraction a eu lieu ou est en train de se produire (*probable cause*), une automobile peut être fouillée sans mandat. Ce régime, qui date de l'époque de la prohibition¹⁰⁰, se justifie par la mobilité des véhicules, et par le fait qu'ils sont davantage réglementés par l'État. Le 29 mai 2018, dans l'arrêt *Collins v. Virginia*, la Cour a jugé que cette exception ne s'appliquait pas à un véhicule garé sur le terrain attenant à une maison (*curtilage*). Dans un tel cas de figure, la très grande protection accordée au domicile l'em-

⁹⁷ *Carpenter v. United States*, préc., p. 20.

⁹⁸ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), Brandeis diss., pp. 473 et s.

⁹⁹ Reprenant un thème cher au juge Scalia (voy. chronique 2010-2012, *cette Revue*, 2013, p. 102), les juges Kennedy et Gorsuch considèrent dans leurs opinions dissidentes que le contrôle du quatrième amendement doit se référer au droit de propriété, et non à l'attente raisonnable du caractère privé. Dès lors que Monsieur Carpenter n'avait aucun droit de propriété sur ces données, il ne s'agissait pas d'une fouille.

¹⁰⁰ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

porte sur le régime dérogatoire des véhicules. Si une moto était garée au milieu du salon, un policier n'aurait pas le droit de l'inspecter sans mandat, même en présence d'une «cause probable», et il en va de même sur le terrain qui jouxte la maison. Dans une opinion dissidente isolée, le juge Alito qualifie cette décision de déraisonnable, dès lors qu'elle aurait été différente si le véhicule avait été garé deux mètres plus loin sur le trottoir. «Si le droit prévoit cela», écrit-il en citant un personnage de Dickens, «le droit est un idiot»¹⁰¹. Mais un ordre juridique ne peut fonctionner sans tracer des lignes, qui conduisent forcément à distinguer des cas proches : on peut voter le lendemain de ses dix-huit ans, mais pas la veille.

Outre les fouilles, le quatrième amendement s'applique également aux «saisies» de personnes, c'est-à-dire aux arrestations. Une arrestation sans mandat n'est possible qu'en présence d'une «cause probable», sans quoi elle constitue une «false arrest», qui peut entraîner réparation. Dans l'affaire *District of Columbia v. Wesby*, jugée le 22 janvier 2018, des policiers avaient été condamnés pour avoir arrêté un groupe de jeunes qui semblaient occuper sans autorisation une propriété privée. La Cour considère que les agents avaient de bonnes raisons de croire que les occupants, surpris en pleine débauche, savaient qu'ils se trouvaient là de manière illégale : «la plupart des propriétaires d'une maison n'invitent pas autrui à utiliser leur salon comme un club de *strip-tease*, à avoir des relations sexuelles dans leur chambre, à fumer de la marijuana à l'intérieur, et à souiller le sol»¹⁰². Qui plus est, de nombreux individus ont fui en voyant la police, et sont restés très évasifs sur une éventuelle invitation dans cette maison abandonnée.

La Cour annule donc la condamnation des policiers. Elle aurait pu en rester là, mais décide d'examiner si, en l'absence d'une cause probable pour l'arrestation, la responsabilité des agents aurait pu être engagée, ou si la cause d'exonération de l'«immunité qualifiée» (*qualified immunity*) se serait appliquée. Ce raisonnement qui rappelle la théorie de la «faute personnelle» en droit administratif français ne permet d'engager la responsabilité d'un policier que s'il était complètement incompétent, ou a violé délibérément le droit. L'illégalité de son comportement doit être hors de débat, il doit avoir enfreint une règle clairement établie¹⁰³. Or, en l'espèce, même en l'absence de cause probable pour l'arrestation, il aurait été raisonnable de croire l'inverse, et la responsabilité des agents n'aurait donc pu être engagée. Ce passage superfétatoire de l'arrêt, cette insistance inutile sur l'immunité qualifiée, démontre que la Cour veille

¹⁰¹ *Collins v. Virginia*, 584 U.S. __ (2018), Alito diss., p. 2.

¹⁰² *District of Columbia v. Wesby*, 583 U.S. __ (2018), p. 9.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 5 et pp. 13 et s.

particulièrement sur cet outil, comme le montrent un certain nombre d'autres décisions.

C. *L'immunité des forces de l'ordre et l'usage excessif de la force*

L'usage excessif de la force est considéré comme une « saisie déraisonnable » et constitue donc un autre aspect du quatrième amendement. En l'absence de menace pour lui-même ou autrui, un policier n'a pas le droit d'avoir recours à la force létale. Dans le contexte des multiples drames dénoncés par le mouvement *Black Lives Matter*, les violences policières constituent un sujet majeur sur lequel la Cour demeure en retrait, en dépit des admonestations répétées de la juge Sotomayor¹⁰⁴.

Le 2 avril 2018, dans l'arrêt *Kisela v. Hughes*, la Cour applique l'immunité qualifiée à un policier qui avait tiré à quatre reprises sur une femme qui tenait un couteau et se tenait à quelques mètres d'une autre personne. Elle correspondait à la description d'une femme vue un peu plus tôt en train de s'acharner sur un arbre avec un couteau, et n'avait pas répondu à la demande de lâcher l'arme. Pour la majorité de la Cour, dans une telle situation, il n'était pas évident à tout policier raisonnable qu'ouvrir le feu constituait une violation du quatrième amendement¹⁰⁵. Dans une opinion dissidente, la juge Sotomayor donne une autre présentation des faits: Madame Kisela n'était nullement menaçante, elle était en train de discuter calmement, et tenait simplement un couteau de cuisine à la main, la pointe vers le bas. Aucune menace de préjudice corporel n'était apparente, et un policier ne pouvait pas raisonnablement croire, dans ce contexte, que l'usage de la force meurtrière était permis par le quatrième amendement. Sotomayor reproche à la Cour de faire de l'immunité qualifiée un « bouclier absolu »¹⁰⁶. En particulier, la Cour tend à considérer que le droit violé n'est « clairement établi » que s'il existe un précédent relatif à des faits quasiment identiques¹⁰⁷. Ce faisant, elle ôte toute fonction dissuasive au quatrième amendement et envoie un terrible signal aux policiers: « shoot first and think later »¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, pp. 154 et s.

¹⁰⁵ *Kisela v. Hughes*, 584 U.S. __ (2018), p. 6.

¹⁰⁶ *Ibid.*, Sotomayor diss., p. 2 et 15. La juge cite un article de doctrine qui observe que la quasi-totalité des affaires d'immunité qualifiée examinées par la Cour sont tranchées en faveur des policiers. W. BAUDE, « Is Qualified Immunity Unlawful? », *California Law Review*, 2018, vol. 106, p. 45-90.

¹⁰⁷ *Kisela v. Hughes*, préc., pp. 4 et s.; *ibid.*, Sotomayor diss., p. 13.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Sotomayor diss., p. 15. Voy. déjà *Mullenix v. Luna*, 557 U.S. __ (2015), p. 7 (chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, p. 155).

Le 24 avril 2017, la juge Sotomayor a joint une opinion dissidente au refus de la Cour d'examiner une autre affaire d'immunité qualifiée¹⁰⁹. La protection avait été accordée au policier qui avait tiré sur un individu, sans même que l'affaire soit soumise à un jury pour établir les faits. Pourtant, comme souvent dans ces espèces, deux versions s'affrontaient. Le requérant affirmait que le policier lui avait tiré dessus sans raison apparente, tandis que l'agent assurait que l'individu avait mis la main à sa ceinture comme pour se saisir d'un revolver. Sotomayor relève que cette explication est systématiquement avancée par les policiers dans ces cas de figure, quand bien même les victimes des tirs se révèlent souvent non armées. Elle observe en outre que la Cour intervient fréquemment lorsque les tribunaux inférieurs ont refusé de reconnaître l'immunité qualifiée, mais presque jamais lorsqu'ils l'ont accordée.

Un autre moyen d'éviter l'engagement de la responsabilité des forces de l'ordre consiste à juger que les victimes ne disposent pas de voie de recours. En 1971, dans l'arrêt *Bivens*, la Cour avait considéré que la victime d'une fouille ou d'une saisie illégale pouvait toujours, même sans texte, poursuivre l'agent fédéral responsable¹¹⁰. L'importance du droit violé impliquait qu'une réparation devait être possible. Dans l'arrêt *Ziglar v. Abbasi*, rendu le 19 juin 2017, la Cour refuse d'ouvrir ce recours aux personnes arrêtées à la suite des attentats du 11 septembre 2001, le temps d'examiner s'ils étaient liés à des activités terroristes¹¹¹. Les requérants reprochaient à un ensemble de hauts responsables, notamment le directeur du FBI, de les avoir maintenus en détention alors même qu'aucune activité criminelle ne pouvait leur être reprochée. La Cour considère que ces faits sont trop éloignés de ceux de l'arrêt *Bivens* pour qu'elle prenne la responsabilité d'élargir ce recours. Le juge Kennedy, qui rédige l'arrêt, suit le même raisonnement que celui qu'il emploiera l'année suivante dans *Trump v. Hawaii*: dans ce domaine très sensible relatif à la sécurité nationale, c'est au parlement, et non à la Cour, qu'il revient d'intervenir. Comme en matière d'immunité qualifiée, la Cour indique que la responsabilité d'un agent ne pourra être engagée sur le fondement d'un «recours *Bivens*» qu'à la condition qu'il existe un précédent suffisamment similaire au cas d'espèce dans la jurisprudence de la Cour¹¹². L'arrêt *Abbasi* semble indiquer que tel ne sera presque jamais le cas¹¹³. La semaine suivante, la Cour a ainsi renvoyé devant les juridictions inférieures l'affaire *Hernandez v. Mesa*, dans laquelle un douanier

¹⁰⁹ *Salazar-Limon v. City of Houston*, 581 U.S. __ (2017), cert. denied, Sotomayor diss.

¹¹⁰ *Bivens v. Six Unknown Federal Agents*, 403 U.S. 388 (1971).

¹¹¹ *Ziglar v. Abbasi*, 582 U.S. __ (2017).

¹¹² *Ibid.*, p. 16. Voy. L. LITMAN, «Remedial Convergence and Collapse», *California Law Review*, 2018, vol. 106, p. 1498.

¹¹³ L. LITMAN, *op. cit.*, pp. 1498 et s.

avait tué, en lui tirant dessus depuis le territoire américain, un adolescent qui se trouvait de l'autre côté de la frontière mexicaine¹¹⁴. En mars 2018, la cour d'appel a considéré qu'aucun recours n'existait dans un tel cas de figure.

VII. Le droit à un procès pénal équitable (sixième amendement)

En vertu du sixième amendement, «[d]ans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit à un jugement rapide et public par un jury impartial de l'État et du district où le crime aura été commis, [...] et d'être instruit de la nature et du motif de l'accusation ; d'être confronté avec les témoins à charge ; de bénéficier d'une procédure obligatoire de citation de témoins à décharge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense».

A. Le droit à un jury impartial

L'arrêt *Pena-Rodriguez v. Colorado*, rendu le 6 mars 2017, constitue une évolution importante dans la lutte contre le racisme dans le fonctionnement de la justice américaine¹¹⁵. En vertu de la règle de «no-impeachment», le verdict du jury est définitif : il ne peut être remis en cause à la suite de la révélation des propos tenus lors des délibérations. Il s'agit de la sorte d'assurer des débats libres au sein du jury, et d'éviter que les jurés soient harcelés par les avocats à l'issue du procès. Cette règle est appliquée très strictement. Ainsi, en 1987, la Cour a refusé de remettre en cause un verdict, malgré les déclarations selon lesquelles plusieurs membres du jury avaient consommé des quantités importantes de drogue et d'alcool pendant le procès¹¹⁶.

Le racisme, cependant, présente un problème particulier. Il a longtemps caractérisé la justice américaine et l'affecte encore dans une large mesure. La Cour rappelle par exemple qu'à l'issue de la guerre de Sécession, des jurys entièrement blancs acquittaient systématiquement les Blancs qui avaient tué des Noirs. La jurisprudence de la Cour suprême traduit depuis longtemps un effort de lutter contre ce fléau, et l'arrêt *Pena-Rodriguez* considère que cet objectif justifie une exception à la règle de «no-impeachment».

En l'espèce, deux membres du jury avaient déclaré sous serment, à l'issue du procès, qu'un juré avait exprimé des préjugés hostiles aux Hispaniques : en tant

¹¹⁴ *Hernandez v. Mesa*, 582 U.S. __ (2017).

¹¹⁵ *Pena-Rodriguez v. Colorado*, 580 U.S. __ (2017).

¹¹⁶ *Tanner v. United States*, 483 U.S. 107 (1987).

que policier, expliquait-il, il pouvait assurer que le prévenu, accusé d'agression sexuelle, était coupable car il était Mexicain, les Mexicains se croyant tout permis avec les femmes. Lorsqu'il apparaît si clairement que des préjugés racistes ont aiguillé un juré, le sixième amendement justifie d'écarter le caractère définitif du verdict. Cette décision, explique la Cour, s'inscrit dans les efforts que doit fournir la société américaine pour éradiquer le racisme.

Le 8 janvier 2018, la Cour s'est inscrite dans le prolongement de cet arrêt en ordonnant à une cour d'appel d'examiner si le racisme n'avait pas joué un rôle important dans la condamnation à mort d'un individu. Ses avocats avaient en effet obtenu une déclaration signée d'un juré qui affirmait qu'il y avait deux types de Noirs, les bons et les «nègres», et que l'accusé relevait de la deuxième catégorie. L'opinion de la majorité est critiquée par le juge Thomas, selon lequel le caractère odieux de ces propos ne devrait pas empêcher les juges de faire leur travail normalement. Si la majorité de la Cour croit faire preuve de sensibilité contre le racisme, sa décision aboutit simplement à repousser la justice pour la victime de l'assassin, qui était Noire elle aussi. Comme à son habitude dans les affaires qui impliquent la peine de mort¹¹⁷, le juge Thomas reproche à la majorité de passer sous silence le crime du condamné et relate en détail le meurtre affreux à l'origine de l'affaire¹¹⁸.

B. *Le droit à un avocat*

Le droit à un avocat implique une certaine qualité de la défense. Ainsi, le sixième amendement constitue la base d'une action en justice permettant à un individu de contester sa condamnation en arguant que celle-ci est probablement due à une faute «déraisonnable» de l'avocat au regard des standards professionnels (*ineffective assistance of counsel*)¹¹⁹. L'arrêt *Buck v. Davis*, rendu le 22 février 2017, place également cette question dans le cadre de la lutte contre les conséquences des préjugés racistes.

Le droit du Texas ne permettait au jury de prononcer la peine de mort qu'à l'encontre d'un individu susceptible de commettre de nouvelles violences. L'avocat du prévenu appela à la barre un expert qui assura qu'il ne présentait aucun danger futur. Néanmoins, cet expert expliqua également qu'un critère à prendre en compte pour déterminer la propension à la violence était la «race», et que le risque était particulièrement élevé chez les Noirs. La Cour considère

¹¹⁷ Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, p. 163.

¹¹⁸ *Tharpe v. Sellers*, 583 U.S. __ (2018), Thomas diss., pp. 2 et s.

¹¹⁹ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

que les deux critères de l'assistance inefficace de l'avocat sont remplis. D'abord, il s'agit d'une faute lourde, dès lors que l'avocat connaissait les thèses de cet expert, l'a appelé à la barre et lui a posé des questions sur la corrélation entre la couleur de la peau et le comportement violent. Ensuite, cette erreur a eu des conséquences, elle est susceptible d'avoir influencé le verdict. Certes, cet aspect de l'expertise n'a pas été abordé longtemps à l'audience, mais «certains poisons sont mortels à faible dose»¹²⁰.

L'arrêt *McCoy v. Louisiana*, rendu le 14 mai 2018, porte sur une tout autre question, qui concerne non pas l'incompétence de l'avocat mais l'autonomie du client. Un procès dans lequel l'État requiert la peine de mort se déroule en deux phases : la première porte sur la culpabilité, la seconde sur la peine. L'avocat de McCoy, estimant que les preuves contre son client étaient accablantes, lui avait conseillé de plaider coupable afin de se préserver une chance d'éviter la peine de mort. En dépit du refus de McCoy, il suivit cette stratégie. La Cour suprême juge qu'un avocat n'a pas le droit d'ignorer la volonté de son client : le sixième amendement garantit le droit d'être «assisté d'un conseil pour sa défense»¹²¹. Un accusé a toujours le droit de se défendre seul, et engager un avocat ne revient pas à lui donner carte blanche. Bien entendu, l'accord du client ne doit pas être recherché sur le moindre aspect de technique juridique. Mais les choix fondamentaux demeurent ceux du client. Or, plaider ou non coupable constitue une décision relevant d'un choix fondamental. Peut-être un individu considère-t-il qu'une vie derrière les barreaux ne mérite pas d'être vécue, et préfère-t-il risquer la peine capitale pour une chance, même infime, d'acquiescement. Il s'agit là de son choix, et non de celui de l'avocat.

VIII. L'interdiction des châtimens cruels et inhabituels (huitième amendement)

«Il n'est pas invraisemblable que la Cour suprême déclare bientôt la peine de mort inconstitutionnelle», écrivait-on en conclusion de la dernière livraison de cette chronique¹²². L'élection de Donald Trump a lourdement démenti cette annonce. La Cour refuse presque systématiquement d'examiner les recours des

¹²⁰ *Buck v. Davis*, 580 U.S. __ (2017), pp. 19 et s.

¹²¹ *McCoy v. Louisiana*, 584 U.S. __ (2018), p. 2.

¹²² Chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, p. 168. Comme le remarque un auteur, cet enthousiasme était partagé à l'époque : Sc. HOWE, «Capital-Sentencing Law and the New Conservative Court», *Cardozo Law Review*, *de novo*, 2018, pp. 158 et s.

condamnés à mort ou de suspendre les exécutions, les juges progressistes s'exprimant dans des opinions dissidentes.

A. *L'encadrement procédural*

Depuis que la Cour a jugé la peine de mort inconstitutionnelle à l'égard des handicapés mentaux¹²³, un enjeu majeur porte sur la manière d'identifier les bénéficiaires de cette exception. En 2014, la Cour a estimé insuffisant de se fonder simplement sur le quotient intellectuel¹²⁴. Le 28 mars 2017, dans l'arrêt *Moore v. Texas*, la Cour répète que la caractérisation du handicap mental doit s'appuyer sur les experts médicaux. L'État ne peut leur substituer ses propres critères infondés scientifiquement¹²⁵.

Les personnes mineures au moment de leur crime forment une autre catégorie à l'égard de laquelle la peine de mort ne peut pas être prononcée¹²⁶. Mais, en vertu de l'arrêt *Graham*, le huitième amendement interdit également de les condamner à la prison à vie si elles n'ont pas commis d'homicide. Une procédure de libération anticipée doit être possible, il doit être permis au détenu de démontrer sa maturité et sa réhabilitation¹²⁷. L'arrêt *Virginia v. LeBlanc*, rendu le 12 juin 2017, porte sur la question de savoir si un système de «libération gériatrique», ouvert uniquement aux détenus de plus de soixante ans, satisfait à cette exigence¹²⁸. Une particularité contentieuse évite néanmoins à la Cour de trancher la question. Afin de limiter les recours des condamnés, un filtre a été mis en place pour accéder aux juridictions fédérales: un détenu ne peut les saisir que si les juridictions de l'État ont violé le droit fédéral de manière flagrante, en ont livré une application manifestement déraisonnable. Or, dans l'arrêt *Graham*, la Cour ne donnait aucune précision sur le système de libération anticipée que les États devaient mettre en place pour se conformer à la décision. Peut-être qu'une libération aussi tardive que celle envisagée en Virginie est contraire au huitième amendement. Néanmoins, en l'absence d'in-

¹²³ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

¹²⁴ *Hall v. Florida*, 572 U.S. __ (2014). La Floride excluait de la catégorie des handicapés mentaux les personnes dont le Q.I. était supérieur à 70. Voy. la chronique 2012-2014, *cette Revue*, 2015, p. 162.

¹²⁵ *Moore v. Texas*, 581 U.S. __ (2017).

¹²⁶ *Roper v. Simmons*, 545 U.S. 551 (2005).

¹²⁷ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010), p. 75. Voy. la chronique 2008-2010, *cette Revue*, 2011, pp. 114 et s.

¹²⁸ *Virginia v. LeBlanc*, 582 U.S. __ (2017). À l'âge de 16 ans, Dennis LeBlanc a violé une femme de 62 ans, et a été condamné à passer sa vie en prison.

dication en ce sens dans la jurisprudence de la Cour, la décision contraire n'en constitue pas une violation manifeste.

En 1976, dans l'arrêt *Gregg v. Georgia* qui a réintroduit la peine de mort aux États-Unis après une interruption de quatre ans, la Cour jugeait que la peine de mort ne pouvait jamais constituer la peine obligatoire pour un crime. Seul l'établissement de circonstances aggravantes peut la justifier¹²⁹. Le 19 mars 2018, la Cour a refusé d'examiner une affaire dans laquelle le requérant soutenait que les circonstances aggravantes prévues au Texas étaient si larges et nombreuses qu'elles avaient pour effet de transformer tous les homicides volontaires en crimes capitaux¹³⁰. Dans une déclaration jointe à cette décision, le juge Breyer se déclare convaincu par l'argument. Les trois autres juges progressistes se joignent à lui, et les quatre voix nécessaires pour examiner un recours sont donc réunies. Néanmoins, les juges renoncent à accorder le *certiorari*. Ils expliquent attendre de recevoir un recours plus solidement étayé pour se pencher sur les crimes capitaux au Texas.

En 2016, dans l'arrêt *Hurst v. Florida* rédigé par la juge Sotomayor, la Cour a jugé que les circonstances justifiant la peine de mort devaient être établies par le jury. Un système dans lequel les jurés ne livraient qu'une opinion qui pouvait être supplantée par le juge (*judicial override*¹³¹) était contraire au sixième amendement¹³². Un tel système n'existait que dans trois États : la Floride, l'Alabama et le Delaware, et tous ont abandonné ce système à la suite de l'arrêt *Hurst*¹³³. Les affaires dans lesquelles le juge n'avait pas suivi le jury ont en outre été rouvertes. La Floride a néanmoins décidé de ne pas remettre en cause les condamnations dans lesquelles le jury s'était unanimement prononcé en faveur de la peine de mort. À plusieurs reprises durant la période étudiée, la Cour a refusé d'examiner ce point, s'attirant les critiques de la juge Sotomayor¹³⁴. Lors de la troisième affaire, la juge s'est agacée de devoir répéter les mêmes observations face à l'obstination des juridictions californiennes et au silence de la Cour suprême. Citant Gide en français, elle remarque que « [t]outes choses sont dites déjà ; mais comme personne n'écoute, il faut toujours recommencer »¹³⁵.

¹²⁹ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976). Voy. A. COUTANT, « Le moratoire sur la peine de mort aux États-Unis. La dimension fédérale en question », *Rev. int. dr. comp.*, 2017, n° 3, pp. 9 et s.

¹³⁰ *Hidalgo v. Arizona*, 583 U.S. __ (2018).

¹³¹ On trouve aussi l'expression « *jury override* ».

¹³² *Hurst v. Florida*, 577 U.S. __ (2016). Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, pp. 159 et s.

¹³³ En 2016, la Cour suprême du Delaware a déclaré la peine de mort inconstitutionnelle.

¹³⁴ *Truehill v. Florida*, 583 U.S. __ (2017), cert. denied ; *Middleton v. Florida*, 583 U.S. __ (2018), cert. denied ; *Guardado v. Florida*, 584 U.S. __ (2018), cert. denied.

¹³⁵ *Guardado v. Florida*, préc., Sotomayor diss., p. 5.

Sotomayor s'appuie sur l'arrêt *Caldwell*, dans lequel la Cour avait jugé qu'il était contraire au huitième amendement d'indiquer au jury que sa décision n'était pas définitive, dès lors qu'elle pouvait faire l'objet d'un recours. La suggestion que «la responsabilité du choix définitif de la mort repose sur autrui pose un danger intolérable que le jury choisisse de minimiser l'importance de son rôle»¹³⁶. Autrement dit, le jury risque de prononcer plus aisément la peine capitale si on lui indique que sa décision n'est qu'une recommandation. Dès lors, ce sont l'ensemble des condamnations prononcées en Floride sous l'empire du précédent système qui sont susceptibles de violer le huitième amendement. La simple possibilité d'un *judicial override* a pu fausser le choix du jury.

B. L'exécution

Un problème majeur du système de la peine de mort s'attache actuellement à son aboutissement : l'exécution. Afin de tuer les condamnés de la manière la plus «humaine» et la plus «propre» possible, l'ensemble des États qui connaissent la peine capitale ont opté pour l'injection létale. Néanmoins, la pression des opposants à la peine de mort a provoqué une pénurie du produit anesthésiant utilisé. Cette situation conduit à des aberrations. Ainsi, l'affaire *McGeehee v. Hutchinson*, la toute première à laquelle le juge Gorsuch a pris part¹³⁷, concernait la décision de l'Arkansas d'exécuter en quelques jours huit individus, dont certains patientaient dans le couloir de la mort depuis vingt ans. Cet empressement subit était dû à l'approche de la date de péremption du stock d'anesthésiant dont disposait l'État. Pour le juge Breyer, cette situation montrait le caractère arbitraire des exécutions, en violation du huitième amendement¹³⁸.

En 2008, dans l'arrêt *Glossip*, la Cour a entendu s'opposer à la «guérilla» menée contre la peine capitale¹³⁹. La pénurie de produit anesthésiant ne devait pas permettre d'empêcher les exécutions. Aussi, le requérant qui prétend que la méthode envisagée pour mettre fin à ses jours risque de lui infliger d'importantes souffrances doit indiquer une autre méthode disponible¹⁴⁰. La juge

¹³⁶ *Caldwell v. Mississippi*, 472 U.S. 320 (1985), p. 333.

¹³⁷ «Neil Gorsuch and the State's Power to Kill», *New York Times*, 21 avril 2017.

¹³⁸ *McGeehee v. Hutchinson*, 581 U.S. __ (2017), cert. denied, Breyer diss.

¹³⁹ Expression utilisée par le juge Alito lors de l'audience. Voy. la retranscription des débats, consultable à l'adresse : www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-7955_1823.pdf, p. 14.

¹⁴⁰ *Glossip v. Gross*, 576 U.S. __ (2015), pp. 14 et s. Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, pp. 164 et s. Des extraits de certaines opinions jointes à cet arrêt ont été traduits en français par Wanda Mastor dans *Jus Politicum*, 2017, n° 18, consultable à l'adresse : www.juspoliticum.com.

Sotomayor avait contesté cette nouvelle exigence, en remarquant qu'une technique barbare ne devenait pas conforme au huitième amendement simplement parce qu'elle était la seule dont disposait l'État¹⁴¹. Elle est revenue sur ce point à plusieurs reprises durant la période étudiée¹⁴², en particulier dans l'affaire *Arthur v. Dunn*.

En novembre 2016, quatre juges avaient exprimé leur souhait de suspendre l'exécution de Thomas Arthur, afin de disposer du temps d'examiner s'ils souhaitaient se saisir de son recours. Quatre voix suffisent à accorder le *certiorari*, mais cinq sont nécessaires pour suspendre une exécution. Afin de ne pas priver la minorité de son droit d'accepter une affaire, le président Roberts ajouta sa voix à celles du camp progressiste, selon la pratique dite du « vote de courtoisie » (*courtesy fifth*)¹⁴³. On remarquera que cette pratique n'est cependant pas systématique : en décembre 2016, un condamné vit quatre juges accepter d'examiner son recours mais, en l'absence d'un vote de courtoisie permettant la suspension de son exécution, fut mis à mort pendant la nuit¹⁴⁴.

Dans l'affaire *Arthur v. Dunn*, le *certiorari* fut finalement refusé le 21 février 2017, et la juge Sotomayor exprima son désaccord dans une longue opinion dissidente. Le requérant affirmait que les produits qu'on entendait lui injecter présentaient un risque important de souffrance, et relevait le « défi macabre »¹⁴⁵ introduit par l'arrêt *Glossip* : il proposait le peloton d'exécution comme méthode alternative. Les juges de l'Alabama avaient rejeté cette proposition au motif que cette technique n'était pas expressément prévue par le droit de l'État. Néanmoins, remarque Sotomayor, l'arrêt *Glossip* n'a pas posé une telle condition à l'exigence d'une méthode alternative disponible.

La juge profite de cette affaire pour retracer l'histoire chaotique des exécutions aux États-Unis. Chaque méthode a été abandonnée au profit d'une autre, considérée plus « humaine » mais qui a fini par s'avérer tout aussi barbare. Ainsi, les suffocations et les décapitations ont eu raison de la pendaison,

¹⁴¹ *Glossip v. Gross*, préc., Sotomayor diss., p. 27.

¹⁴² Voy. notamment *Irick v. Tennessee*, 585 U.S. __ (2018), p. 6. La juge Sotomayor critique le refus de suspendre l'exécution et observe que « si le droit permet à cette exécution d'avoir lieu en dépit des dernières minutes horribles que le requérant pourrait subir, alors nous avons cessé d'être une nation civilisée et avons accepté la barbarie ».

¹⁴³ « I do not believe that this application meets our ordinary criteria for a stay. [...] Four Justices have, however, voted to grant a stay. To afford them the opportunity to more fully consider the suitability of this case for review, including these circumstances, I vote to grant the stay as a courtesy » (www.supremecourt.gov/orders/courtorders/110316zr1_6537.pdf).

¹⁴⁴ Voy. A. HOWE, « Divided court allows Alabama execution to proceed », *Scotus Blog*, 9 décembre 2016, consultable à l'adresse : www.scotusblog.com.

¹⁴⁵ *Arthur v. Dunn*, 580 U.S. __ (2017), cert. denied, Sotomayor diss., p. 1.

remplacée par la chaise électrique à la fin du XIX^e siècle. Validée par la Cour suprême, la première électrocution a été infligée à un dénommé Kemmler¹⁴⁶, et s'est déroulée de manière horrible. Sotomayor cite longuement l'article du *New York Times* qui décrivait en détail l'affreuse agonie de Kemmler¹⁴⁷. La chaise électrique demeurera pourtant la méthode dominante pendant un siècle, avant que d'autres expériences similaires ne conduisent à la remplacer par la chambre à gaz, puis par l'injection létale. «C'est une ironie cruelle», remarque Sotomayor, «que la méthode qui semble la plus humaine puisse finalement se révéler comme la plus cruelle»¹⁴⁸. Elle cite les nombreuses exécutions ratées, qui ont viré à des séances de torture¹⁴⁹. À la place, Arthur demande le peloton d'exécution. Cette méthode pourrait sembler régressive, mais elle est en réalité bien moins douloureuse, bien plus «sûre» que l'injection. Sotomayor met finalement le doigt sur le point essentiel : avec l'injection létale, les États ne cherchent pas à éviter des souffrances au condamné, mais à protéger leur propre dignité¹⁵⁰.

L'affaire *Hamm v. Dunn* pose une question voisine. L'état de santé du requérant impliquait qu'il ne disposait pas de veine en suffisant bon état pour qu'il soit possible de lui administrer l'injection létale. La Cour refuse de suspendre l'exécution, en dépit du risque de «souffrance inutile» soulevé par la juge Ginsburg¹⁵¹. Le jour même, la tentative d'exécution vira au fiasco, les multiples tentatives de piqûre s'avérant infructueuses. Les avocats de Hamm formèrent une demande de réparation ainsi qu'un recours contre toute nouvelle tentative d'exécution. Un accord entre les parties mit néanmoins fin à la procédure¹⁵². L'État aurait-il eu le droit de s'efforcer à nouveau d'exécuter Hamm ? Une telle

¹⁴⁶ *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890).

¹⁴⁷ «Far Worse Than Hanging», *New York Times*, 7 août 1890, cité dans *Arthur v. Dunn*, préc., Sotomayor diss., p. 14, note 4.

¹⁴⁸ *Ibid.*, Sotomayor diss., p. 15.

¹⁴⁹ Voy. A. SARAT *et al.*, *Gruesome Spectacles, Botched Executions and America's Death Penalty*, Stanford University Press, 2014; chronique 2012-2014, *cette Revue*, 2015, pp. 161 et s.; chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, p. 164.

¹⁵⁰ *Arthur v. Dunn*, préc., Sotomayor diss., p. 17. L'idée selon laquelle une société, si elle souhaite conserver la peine de mort, doit être prête à accepter la violence d'une exécution, a été particulièrement bien exprimée par le juge Kozinski (qui a dû démissionner en 2017 à la suite de nombreuses accusations de harcèlement sexuel) : «Si nous souhaitons mener à bien des exécutions, nous ne devons pas nous voiler la face sur le fait que nous versons du sang. Si notre société ne supporte pas l'éclaboussure d'une fusillade par un peloton d'exécution, nous devrions mettre un terme aux exécutions.» Cour d'appel (9^e circuit), *Wood v. Ryan*, 759 F.3d 1076 (2014), Kozinski diss.

¹⁵¹ *Hamm v. Dunn*, 583 U.S. __ (2018), Ginsburg diss.

¹⁵² Voy. <http://blogs.law.columbia.edu/update-hamm-v-alabama/>.

opération avait été acceptée en 1947, par cinq voix contre quatre¹⁵³. En 2016, la question fut à nouveau posée à la Cour. Un requérant assurait qu'une seconde tentative de le mettre à mort après une exécution ratée constituait une violation du huitième amendement. La Cour a néanmoins refusé d'examiner l'affaire¹⁵⁴.

Si les tribunaux ont du mal à admettre que l'état physique d'un condamné s'oppose à son exécution, il est reconnu de longue date que sa santé psychique peut constituer un obstacle. Il est en effet interdit d'exécuter un dément, c'est-à-dire une personne qui ne comprend pas pourquoi elle est exécutée¹⁵⁵. L'arrêt *Dunn v. Madison*, rendu le 6 novembre 2017, concerne un condamné qui, à la suite de plusieurs attaques cérébrales, ne se souvient plus du meurtre commis trente ans plus tôt qui lui avait valu une condamnation à la peine capitale. En application du filtre déjà évoqué pour saisir les juridictions fédérales, la Cour observe que ses précédents n'ont pas clairement répondu à cette question, et que le jugement de l'État selon lequel le souvenir du crime n'était pas nécessaire ne constituait donc pas une application déraisonnable de la jurisprudence¹⁵⁶.

Dans une opinion concordante, le juge Breyer souligne que cette affaire illustre le problème majeur que constitue le délai entre la condamnation et l'exécution. En 2017, les individus exécutés avaient passé en moyenne dix-neuf ans dans le couloir de la mort. Aussi, les juridictions seront de plus en plus souvent confrontées aux difficultés posées par l'exécution de vieillards aux capacités physiques ou psychiques amoindries¹⁵⁷. Néanmoins, plutôt que de développer une jurisprudence spécifique pour les personnes âgées, Breyer suggère de remettre en cause la constitutionnalité du fonctionnement de la peine de mort aux États-Unis¹⁵⁸. Le juge a réitéré cet appel à plusieurs reprises pendant la période étudiée, en insistant sur cette question du délai¹⁵⁹ ou encore sur la

¹⁵³ *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947).

¹⁵⁴ *Broom v. Ohio*, n° 16-5580, 12 décembre 2016. Voy. *Sireci v. Florida*, 580 U.S. ___ (2016), cert. denied, Breyer diss., p. 2.

¹⁵⁵ Cette règle très ancienne est rappelée dans *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986); *Panetti v. Quarterman*, 551 U.S. 930 (2007).

¹⁵⁶ *Dunn v. Madison*, 583 U.S. ___ (2017), p. 4.

¹⁵⁷ Voy. *Jordan v. Mississippi*, 585 U.S. ___ (2018), cert. denied, Breyer diss., p. 3 : entre 2008 et 2016, le nombre de personnes âgées de plus de soixante ans dans le couloir de la mort est passé de 7 à 16%.

¹⁵⁸ *Dunn v. Madison*, préc., Breyer conc., p. 3. Le juge Breyer a livré un exposé général de ses vues sur ce point dans son opinion dissidente jointe à *Glossip v. Gross*, préc. Voy. la chronique 2014-2016, *cette Revue*, 2017, p. 167.

¹⁵⁹ *Sireci v. Florida*, 580 U.S. ___ (2017), cert. denied, Breyer diss., p. 1 : le requérant a été « condamné à mort en 1976. Il vit en prison sous la menace d'une exécution depuis quarante ans.

→

disparité géographique dans l'application de la peine capitale¹⁶⁰. Dans l'affaire *Jordan v. Mississippi*, il souligne ainsi que la Cour devrait examiner la question de savoir si une exécution est encore conforme au huitième amendement lorsqu'elle intervient quarante-deux ans après les faits¹⁶¹. En 1890, rappelle Breyer, la Cour avait signalé qu'une attente de quatre semaines sous la menace permanente de l'exécution constituait «l'un des sentiments les plus horribles auquel [un individu] peut être soumis»¹⁶². Comment justifier une attente de quatre *décades* en l'espèce? Breyer souligne ensuite l'«arbitraire géographique» de la peine de mort : l'ensemble des condamnations sont prononcées dans une poignée de comtés uniquement. Enfin, il observe que la peine de mort, telle qu'elle fonctionne actuellement, n'est pas seulement «cruelle», mais aussi «inhabituelle». Ainsi, la Californie, qui héberge 700 personnes dans son couloir de la mort, n'en a exécuté que treize depuis 1976, et aucun depuis 2006.

On remarquera que Breyer écrit souvent seul pour exprimer son désaccord face à des refus de *certiorari*. Les autres juges progressistes ne sont guère enclins à se joindre à lui pour constituer les quatre voix nécessaires à l'examen des recours. On se l'explique aisément : il est préférable, stratégiquement, de ne pas se saisir d'une question, plutôt que de donner à la majorité conservatrice de la Cour une occasion de forger des précédents qui renforceront la peine de mort et inciteront les juridictions inférieures à rejeter divers arguments. À la suite des nominations opérées par les Républicains, cette pratique d'évitement de la Cour suprême risque de prendre de l'ampleur parmi les juristes progressistes¹⁶³.

←

Lorsqu'il a été condamné, le mur de Berlin était solidement en place. Saïgon venait de tomber. Peu d'Américains avaient connaissance des ordinateurs personnels ou d'Internet. Et plus de la moitié des Américains vivant aujourd'hui n'était pas encore née».

¹⁶⁰ *Reed v. Louisiana*, 580 U.S. __ (2017), cert. denied, Breyer diss.

¹⁶¹ *Jordan v. Mississippi*, 585 U.S. __ (2018), cert. denied, Breyer diss.

¹⁶² *In re Medley*, 134 U.S. 160 (1890), p. 172.

¹⁶³ Voy. St. WERMIEL, «Justice William Brennan and Supreme Court avoidance», *Scotus Blog*, 21 novembre 2018, consultable à l'adresse : www.scotusblog.com.

Conditions d'abonnement pour 2019

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique): 226 € HTVA

Abonnement annuel Europe (papier et électronique): 266 € HTVA

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique): 306 € HTVA

Abonnement électronique: 198 € HTVA

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

F.: +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2019/10.622/10

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

DOCTRINE

Le Pacte mondial sur les migrations : un pacte avec le diable ? par <i>Henri Labayle</i>	245
Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg par <i>Georges Ravarani</i>	261
Le principe de confiance mutuelle : une utopie malheureuse ? par <i>Cecilia Rizcallah</i>	297
La reconnaissance juridique du féminicide : quel apport en matière de protection des droits des femmes ? par <i>Stéphanie Wattier</i>	323
Le refus de la protection des groupes politiques par la Convention sur la prévention et la répression du génocide : une exclusion contestable, une finalité entamée par <i>Claude Katz</i>	349

CHRONIQUE

Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2016 – juin 2018) par <i>Thomas Hochmann</i>	365
La soft law dans le domaine des droits fondamentaux (octobre 2017 – octobre 2018) par <i>Anca Ailincal et al.</i>	401

JURISPRUDENCE

Quelles laïcités en salle d'audience ? À propos de quelques arrêts canadiens et européens sur le port de symboles religieux dans les prétoires par <i>Xavier Delgrange et David Koussens</i>	447
Ports de signes religieux, « discrimination croisée » et ingérence de l'État dans la liberté de manifester sa religion (obs. sous Com. dr. h., constatations Fatima A. c. France, 16 juillet 2018, Seyma Türkan c. Turquie, 17 juillet 2018 et Sonia Yaker c. France, 17 juillet 2018) par <i>Hélène Tigroudja</i>	477
Le blasphémateur sous les fourches caudines des juges de Strasbourg (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt E.S. c. Autriche, 25 octobre 2018) par <i>Guy Haarscher</i>	505
Droit d'accès à un avocat et relativité toujours plus grande des garanties du droit à un procès équitable (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Beuze c. Belgique, 9 novembre 2018) par <i>Marie-Aude Beernaert</i>	519
Prix international de la Revue trimestrielle des droits de l'homme	529
« Bonne formation pour de bons jugements » – Le programme HELP (formation aux droits de l'homme pour les professionnels du droit) du Conseil de l'Europe par <i>Eva Pastrana et Rafael Bustos</i>	545

