



HAL
open science

Présentation et traduction des opinions séparées des juges Breyer et Scalia dans l'affaire Gossip et al v. Gross (peine de mort)

Wanda Mastor

► To cite this version:

Wanda Mastor. Présentation et traduction des opinions séparées des juges Breyer et Scalia dans l'affaire Gossip et al v. Gross (peine de mort). *Jus Politicum: Revue de droit politique*, 2017, n°18, pp.179-215. hal-03678337

HAL Id: hal-03678337

<https://hal.science/hal-03678337>

Submitted on 1 Jun 2022

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.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Présentation et traduction des opinions séparées des juges Breyer et
Scalia dans l'affaire Gossip et al v. Gross (peine de mort)

Mastor Wanda

Professeur de Droit public

Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Wanda Mastor

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

I. Présentation

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

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

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

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

² 163 US 537 (1896).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Résumé de l'opinion majoritaire

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

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

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

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

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

Wanda Mastor

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

Stephen Breyer

GLOSSIP ET AL. V. GROSS ET AL. NO. 14-7955, 576 U.S. (2015)

OPINION DISSIDENTE

Traduction inédite par Wanda Mastor

Opinion dissidente du juge Breyer à laquelle adhère la juge Ginsburg

Pour les raisons développées dans l’opinion de la juge Sotomayor, j’émetts une opinion dissidente vis-à-vis de la décision de la Cour. Mais plutôt que d’essayer de panser les plaies de la légalité de la peine de mort, je voudrais faire un exposé complet sur une question plus fondamentale : celle de savoir si la peine de mort viole la Constitution.

Le standard juridique pertinent est celui énoncé dans le Huitième amendement. La Constitution y interdit « le fait d’infliger » des « châtiments cruels et exceptionnels ». La Cour a reconnu que « la plainte envers un châtimement excessif n’était pas jugée en fonction des standards qui régnaient en 1685 quand Lord Jeffreys présidait les “Assises sanglantes” ou au moment de l’adoption du *Bill of Rights*, mais en fonction de ceux qui prévalent de nos jours¹ ». La Constitution interdit en effet une multitude d’horribles châtiments qui étaient courants à l’époque de Blackstone².

Il y a environ quarante ans, cette Cour a décidé que, en vertu de la loi, la peine de mort, selon elle, contenait des garanties suffisantes pour s’assurer d’une application correcte et non arbitraire³. Les circonstances et les conditions de l’application de la peine de mort ont radicalement changé depuis. Compte tenu de ces changements, je crois qu’il est temps de rouvrir le débat.

En 1976, la Cour pensait que les déficiences constitutionnelles de la peine de mort pouvaient être soignées ; elle a dans la pratique délégué une importante responsabilité aux États pour le développement de procédures qui les protégeraient contre ces problèmes constitutionnels. Presque quarante ans d’études, d’enquêtes et de pratique indiquent fermement que cette entreprise a néanmoins échoué. Aujourd’hui, l’administration de la peine de mort entraîne trois vices constitutionnels majeurs : (1) Un manque réel de

¹ *Atkins v. Virginia*, 536 US 304, 311 (2002).

² Voir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1769, p. 369-370, qui énumère notamment la mutilation et le démembrement entre autres châtiments.

³ Voir *Gregg v. Georgia*, 428 US 153, 187 (1976) (avec une opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens) ; *Proffitt v. Florida*, 428 US 242, 247 (1976) (avec une opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens) ; *Jurek v. Texas*, 428 US 262, 268 (1976) (avec une opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens) ; voir aussi *Woodson v. North Carolina*, 428 US 280, 303 (1976) (*plurality opinion* qui interdit la peine de mort obligatoire) ; *Roberts v. Louisiana*, 428 US 325, 331 (1976) (*plurality opinion* similaire).

fiabilité, (2) Une application arbitraire et (3) Des délais déraisonnablement longs qui ébranlent l'objectif pénologique de la peine de mort. Peut-être par voie de conséquence, (4) de nombreux lieux aux États-Unis ont renoncé à son utilisation.

Je vais développer chacun de ces éléments, en insistant sur les changements qui sont intervenus durant les quatre dernières décennies. Ce sont ces changements, combinés à mes vingt ans d'expérience au sein de cette Cour, qui m'amènent à penser que la peine de mort, en elle-même, constitue probablement à présent un « châtiment cruel et exceptionnel » juridiquement interdit (Huitième amendement de la Constitution).

I. « CRUEL » – MANQUE DE FIABILITÉ

Cette Cour a précisé que la finalité de la peine de mort créait une « différence qualitative » entre elle et les autres peines (telle que la perpétuité⁴). Cette « différence qualitative » crée « une différence correspondante dans le besoin de fiabilité de la proposition selon laquelle la mort est le châtiment adapté dans un cas spécifique⁵ ». Cependant, il est évident que la peine de mort, telle qu'elle est en ce moment appliquée, est dénuée de cette fiabilité requise⁶. D'une part, malgré la difficulté d'enquêter sur les circonstances entourant l'exécution pour un crime commis il y a longtemps, les chercheurs ont apporté la preuve convaincante selon laquelle, au cours des trois dernières décennies, des personnes innocentes avaient été exécutées⁷. D'autre

⁴ Woodson, 428 US, 305 (*plurality opinion*).

⁵ *Ibid.*

⁶ Voir *Kansas v. Marsh*, 548 US 163-211 (2006) (opinion dissidente du juge Souter : les disculpations grâce aux preuves ADN constituent « un nouvel ensemble de faits » quand on se prononce sur la constitutionnalité de la peine capitale).

⁷ Voir J.S. LIEBMAN, « Fatal Injustice. Carlos De Luna's Execution Shows That a Faster, Cheaper Death Penalty is a Dangerous Idea », *L.A. Times*, 1^{er} juin 2012, p. A19 (décrivant les résultats d'une enquête menée pendant quatre ans, publiée plus tard sous le titre de « The Wrong Carlos: Anatomy of a Wrongful Execution » (2014), qui conduit les auteurs à la conclusion que Carlos De Luna, condamné à mort et exécuté en 1989, six ans après son arrestation au Texas pour avoir poignardé à mort une mère célibataire dans une épicerie, était innocent) ; D. GRANN, « Trial By Fire : Did Texas Execute An Innocent Man? », *The New Yorker*, 7 septembre 2009, p. 42 (apportant la preuve que Cameron Todd Willingham fut condamné, et finalement exécuté en 2004, pour le meurtre apparemment sans motif de ses trois enfants, résultat d'une analyse scientifique non valable de la scène d'incendie qui les tua). Voir également, « Press Release: Gov. Ritter Grants Posthumous Pardon in Case Dating Back to 1930s », 7 janvier 2011, p. 1 (le Gouverneur du Colorado accorda une grâce totale posthume à Joe Arridy, un homme possédant 46 de QI qui fut exécuté en 1936, car, selon le Gouverneur, « un ensemble de preuves accablantes, dont des aveux obtenus par la force, la probabilité qu'il n'était pas à Pueblo au moment du meurtre, et l'admission de la culpabilité de quelqu'un d'autre indiquent qu'Arridy, âgé de 23 ans, était innocent ») ; R. WARDEN, *Wilkie Collin's the Dead Alive : The Novel, the Case, and Wrongful Convictions*, Evanston, Northwestern University Press, 2005, p 157-158 (en 1987, le Gouverneur du Nebraska Bob Kerrey a gracié William Jackson Marion, qui avait été exécuté un siècle plus tôt pour le meurtre de John Cameron, un homme qui réapparut plus tard sain et sauf ; la victime présumée, Cameron, était partie à Mexico pour échapper à un mariage forcé).

part, la preuve que la peine de mort a été injustement prononcée (qu'elle ait été ou non exécutée) est frappante. Comme en 2002, cette Cour a utilisé le terme « troublant » pour décrire le nombre de cas dans lesquels des individus avaient été condamnés à mort puis innocentés. À cette époque, environ soixante disculpations dans des cas de peine capitale furent prouvées⁸ (j'utilise le terme « disculpation » pour faire référence aux diminutions de toutes les conséquences juridiques d'une condamnation à mort par un procureur, un gouverneur ou un tribunal, après qu'une nouvelle preuve de l'innocence du défendant fut apportée). Depuis 2002, le nombre de disculpations dans les condamnations à mort a augmenté de 115⁹. L'an passé, en 2014, six détenus du couloir de la mort furent disculpés sur le fondement d'une innocence réelle. Tous avaient été emprisonnés pendant plus de trente années (pour l'un pendant presque quarante ans) au moment de leur disculpation¹⁰.

Les histoires des trois hommes disculpés l'an passé sont éclairantes. La preuve ADN démontra que Henry Lee McCollum n'avait pas commis le viol et le meurtre pour lesquels il avait été condamné à mort¹¹. Lors de la dernière session, cette Cour demanda qu'Anthony Ray Hinton, qui avait été accusé de meurtre, bénéficie de nouvelles audiences devant la Cour d'État ; il a été disculpé plus tôt cette année car la preuve médico-légale utilisée contre lui était insuffisante¹². Et quand Glenn Ford, également condamné pour meurtre, fut disculpé, le procureur admit que même « à l'époque où le cas avait été jugé, il y avait une preuve qui aurait pu innocenter Glenn Ford¹³ ». Ces trois hommes passèrent trente ans dans le couloir de la mort avant d'être disculpés. Je reviendrai plus loin sur ces exemples.

En outre, les disculpations ont lieu bien plus souvent dans des cas de condamnations à mort que pour des condamnations pénales ordinaires. Des chercheurs ont calculé que les tribunaux (ou les Gouverneurs des États) sont cent trente fois plus enclins à disculper un défendant quand la peine de mort est en cause. Ils sont neuf fois plus enclins à disculper dans un cas de meurtre qualifié, plutôt que de meurtre non qualifié¹⁴.

⁸ *Atkins*, 536 US, 320, n°25 ; *National Registry of Exonerations*, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx> (les sites internet ont été consultés le 25 juin 2015, et sont disponibles dans les dossiers du Greffe de la Cour).

⁹ *Ibid.*, National Registry Of Exonerations, *Exonerations in the United States, 1989-2012*, p. 6-7 (*Exoneration 2012 Report*) ; Death Penalty Information Center (DPIC), *Innocence: List of those Freed from Death Row*, <http://www.deathpenaltyinfo.org/innocence-and-death-penalty> (DPIC Innocence List, estimant, en vertu d'une définition légèrement différente des disculpations, leur nombre égal à 154 depuis 1973).

¹⁰ *National Registry of Exonerations* (2015), disculpations de 2014, p. 2.

¹¹ J.M. KATZ & E. ECKHOLM, « DNA Evidence Clears Two Men in 1983 Murder », *New York Times*, 3 septembre 2014, p. A1.

¹² *Hinton v. Alabama*, 571 US (2014) (decision *per curiam*) ; A. BLINDER, « Alabama Man on Death Row for Three Decades is Freed as State's Case Erodes », *New York Times*, 4 avril 2014, p. A11.

¹³ M. STROUD, « Lead Prosecutor Apologizes for Role in Sending Man to Death Row », *Shreveport Times*, 27 mars 2015.

¹⁴ *Exonerations 2012*, Report 15-16, 24-26.

Comment cela est-il possible ? Dans une certaine mesure, ce doit être parce que le droit qui régit les condamnations à mort est plus complexe. Dans une certaine mesure, cela doit refléter le fait que les tribunaux examinent les condamnations à mort de manière plus attentive. Mais, dans une certaine mesure, cela reflète aussi sans doute *une plus grande probabilité d'une erreur judiciaire initiale*.

Comment peut-il en être ainsi ? D'après les chercheurs qui ont mené ces études, ce pourrait être parce que les crimes en cause dans les affaires de peine capitale sont typiquement des meurtres horribles, accompagnés d'une forte pression sociale mise sur la police, les procureurs et les jurés pour obtenir une condamnation. Cette pression entraîne une plus grande probabilité de condamnation de la mauvaise personne¹⁵.

Dans l'affaire Cameron Todd Willingham, par exemple, qui – comme précisé plus haut – fut exécuté malgré sa probable innocence, le Barreau du Texas a récemment formellement intenté un recours contre les agissements du Procureur Général pour faute professionnelle – lesquels avaient pu contribuer à la condamnation à mort de Willingham¹⁶. Dans l'affaire Glenn Ford, le procureur admit qu'il était en partie responsable de sa condamnation à tort, lui présentant des excuses publiques et expliquant que, à l'époque de sa condamnation, il était « plus attiré par la victoire que par la justice¹⁷ ».

D'autres facteurs peuvent aussi jouer un rôle. L'un d'entre eux est la pratique de « la compétence pour prononcer la mort » ; personne ne peut siéger dans un jury s'il n'est pas prêt à imposer la peine capitale¹⁸. Un autre concerne le problème plus général de la preuve scientifique défaillante¹⁹. Le FBI, par exemple, a récemment découvert qu'une analyse capillaire micros-

¹⁵ Voir S.R. GROSS *e. a.*, « Exonerations in the United States 1989 Through 2003 », *J. Crim L. & C.*, 95, 2005, p. 531-533 ; S.R. GROSS & B. O'BRIEN, « Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases », *J. Empirical L. Studies*, 5, 2008, p. 956-957 (notant que, comparant ceux qui furent disculpés de la peine capitale des autres défendeurs qui ne le furent pas, les enquêtes policières initiales avaient tendance à être plus brèves pour les premiers). Voir aussi B. GARRETT, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Cambridge, Harvard University Press, 2011 (discutant entre autres causes d'erreurs judiciaires les faux aveux, un faux témoignage oculaire, un mensonge des indicateurs des prisons et une défense inefficace).

¹⁶ M. POSSLEY, « Prosecutor Accused of Misconduct in Death Penalty case », *Washington Post*, 19 mars 2015, p. A3.

¹⁷ M. STROUD, « Lead Prosecutor Apologizes for Role in Sending Man to Death Row », art. cité.

¹⁸ Voir S.D. ROZELLE, « The Principled Executioner: Capital Juries' Bias and the Benefits of True Bifurcation », *Ariz. S. L. J.*, 38, 2006, p. 772-793, 807, résumant la recherche et concluant que « depuis plus de cinquante ans, les études empiriques ont démontré que la compétence pour prononcer la mort faisait pencher les jurys vers la culpabilité et la mort ». Voir, dans le même sens, J. NASON, « Mandatory Voir Dire Questions in Capital Cases: A Potential Solution to the Biases of Death Qualification », *Roger Williams Univ. L. Rev.*, 10, 2004, p. 214-223.

¹⁹ Voir B. GARRETT, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, *op. cit.*, p. 7.

copique erronée avait été utilisée dans trente-trois des trente-cinq affaires de peines capitales considérées ; neuf sur les trente-trois ont déjà conduit à des exécutions²⁰.

À la lumière de ces facteurs et d'autres, les chercheurs estiment qu'environ 4 % des condamnés à mort sont en réalité innocents²¹.

Finalement, si nous étendons notre définition de la « disculpation » (que nous limitons aux erreurs laissant supposer l'innocence des défendeurs) aux cas « erronés » dans lesquels les Cours n'ont pas suivi les procédures légales régulières, leur nombre explose. Entre 1973 et 1995, ces dernières ont identifié des erreurs préjudiciables dans 68 % des affaires de condamnations à mort qu'elles ont eu à juger²². Les tribunaux des États, sur des recours directs contre les déclarations de culpabilité, ont infirmé 47 % des jugements²³. Les Cours fédérales, statuant sur des cas de peines capitales dans le cadre d'une procédure d'*habeas corpus*, concluent à des erreurs dans 40 % desdits cas²⁴.

Cette recherche et ces statistiques sont sans doute discutables. Un rapport complet nous permettrait de les examiner avec plus grand soin. Mais, au minimum, elles signalent un sérieux problème de fiabilité. Elles indiquent qu'il y a de trop nombreux cas dans lesquels les Cours condamnent à mort les défendeurs sans respecter les procédures exigées ; et elles montrent que, dans un nombre sensible de cas, la peine de mort est prononcée à l'encontre d'une personne qui n'a pas commis le crime²⁵. Contrairement à

²⁰ FBI, *National Press Releases*, « FBI Testimony on Microscopic Hair Analysis Contained Errors in at Least 90 Percent of Cases in Ongoing Review », 20 avril 2015. Voir aussi S.S. HSU, « FBI Admits Errors at Trials : False Matches on Crime-Scene Hair », *Washington Post*, 19 avril 2015, p. A1 (dans le District de Columbia, qui n'autorise pas la peine de mort, cinq des sept défendeurs dans des affaires reposant sur des analyses capillaires erronées ont été finalement innocentés).

²¹ Voir S.R. GROSS *e. a.*, « Rate of False Conviction of Criminal Defendants Who are Sentenced to Death », *Proceeding of the National Academy of Sciences*, 111, 2014, (une étude d'envergure de toutes les condamnations à mort de 1973 à 2004 estime que 4,1 % d'entre elles concernent en réalité des innocents) ; D.M. RISINGER, « Innocents Convicted: An Empirically Justified Factual Wrongful Conviction Rate », *J. Crim. L. & C.*, 97, 2007 (examinant les disculpations grâce aux preuves ADN dans les affaires de condamnations à mort pour viols et meurtres entre 1982 et 1989, et proposant un taux analogue entre 3,3 et 5 %).

²² A. GELMAN *e. a.*, « A Broken System: the Persistent Patterns of Reversals of Death Sentences in the United States », *J. Empirical Studies*, 1, 2004, p. 217.

²³ *Ibid.*, p. 232.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Voir M.L. EARLEY, « A Pink Cadillac, An IQ of 63 » et « A Fourteen-Year-Old from South Carolina: Why I Can No Longer Support the Death Penalty », *U. Rich. L. Rev.*, 49, 2015, p. 813 : « Je suis arrivé à la conclusion que la peine de mort était basée sur une prémisse utopique fausse. Cette fausse prémisse serait que nous avons eu, avons, et aurons 100 % d'exactitude dans les cas de condamnations à mort et d'exécutions » ; M.L. EARLEY, « I Oversaw 36 Executions. Death Penalty Supporters Can Push for Change », *Guardian*, 12 mai 2014 (Earley a assisté à 36 exécutions en tant que Procureur Général de Virginie entre 1998 et 2001). Voir aussi l'opinion concordante du juge Scalia, qui ne voit apparemment pas de problème constitutionnel découlant du caractère irréversible de l'exécution d'un innocent.

ce qu'il se passait il y a quarante ans, nous avons aujourd'hui une *preuve* plausible du manque de fiabilité (peut-être grâce aux preuves ADN) plus forte que celle que nous avons auparavant. En résumé, il y a de nos jours une preuve plus significative fondée sur la recherche indiquant que les décisions judiciaires condamnent à mort des personnes qui peuvent être en réalité innocentes ou dont les condamnations (dans le sens juridique) ne justifient pas l'application de la peine capitale.

II. « CRUEL » – ARBITRAIRE

Le fait d'infliger un châtement de manière arbitraire est l'antithèse de la règle de droit. Pour cette raison, le juge Potter Stewart (qui a exprimé des votes cruciaux dans les décisions *Furman v Georgia*²⁶ et *Gregg*), estima que la peine de mort, telle qu'administrée en 1972, était inconstitutionnelle :

Ces condamnations à mort sont cruelles et exceptionnelles dans le sens où elles ont été frappées par la foudre du cruel et de l'exceptionnel. De toutes les personnes ayant commis un crime passible de la peine de mort, dont beaucoup sont tout aussi répréhensibles qu'eux, ces requérants se trouvent au sein d'une poignée de sélectionnés de manière capricieuse et aléatoire à l'encontre desquels la peine de mort a été en fait prononcée²⁷.

Quand la peine de mort fut rétablie en 1976, cette Cour admit qu'elle était (et devrait être) inconstitutionnelle « si elle était infligée de manière arbitraire et capricieuse²⁸ ».

La Cour a en conséquence cherché à appliquer la peine de mort de manière moins arbitraire en limitant son usage à ceux que le juge Souter appela les « pires d'entre les pires²⁹ ».

Malgré l'espoir de la Cour dans l'arrêt *Gregg* pour une administration équitable de la peine de mort, quarante ans d'expérience supplémentaire ont rendu de plus en plus évident son caractère arbitraire, c'est-à-dire dépourvu

²⁶ 408 US 238 (1972), décision *per curiam*.

²⁷ *Ibid.*, 408 US, 309-310 (opinion concordante). Voir aussi in *ibid.*, 310 : « Les Huitième et Quatorzième amendements ne sauraient tolérer le fait d'infliger la peine de mort au sein de systèmes juridiques qui permettent à cette unique peine d'être prononcée de manière aveugle et monstrueuse » ; *ibid.*, p. 313 (opinion concordante du juge White) : « La peine de mort est prononcée très rarement y compris envers les plus atroces des crimes et [...] il n'y a pas de fondement plus significatif pour distinguer les quelques cas dans lesquels elle fut souvent imposée et ceux dans lesquels elle ne le fut pas ».

²⁸ *Gregg*, 428 US, 188 (opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens) ; voir aussi *ibid.*, p. 189 : « Quand le pouvoir discrétionnaire préside un ensemble de décision sur un sujet aussi grave que celui du fait de décider si une vie humaine doit être prise ou épargnée, ce pouvoir doit être correctement recadré, et limité pour minimiser le risque d'une action totalement arbitraire et capricieuse » ; *Godfrey v. Georgia*, 446 US 420, 428, 1980 (*plurality opinion* similaire).

²⁹ *Kansas v. Marsh*, 548 US, 206 (opinion dissidente) ; voir aussi *Roper v. Simmons*, 543 US 551, 568, 2005 : « La peine capitale doit être limitée aux criminels qui commettent un genre très précis de crimes les plus sérieux et à ceux dont l'extrême culpabilité légitime le plus l'exécution » (sans guillemets dans le texte) ; *Kennedy v. Louisiana*, 554 US 407, 420 (2008) (citant *Roper, op. cit.*, 568).

d'une « cohérence logique » juridique qui rendrait son usage compatible avec les commandements constitutionnels³⁰.

Les analyses approfondies des décisions relatives à la peine de mort confortent cette conclusion. Par exemple, une étude récente a passé en revue tous les jugements prononçant la peine capitale entre 1973 et 2007 au Connecticut, État qui l'a abolie en 2012³¹. L'étude a réexaminé le traitement de personnes accusées d'homicides. Elle a trouvé deux cent cinq cas dans lesquels la loi du Connecticut plaçait ces personnes sous le coup d'une possible condamnation à mort³². Les tribunaux ont prononcé la peine de mort dans douze des deux cent cinq cas, dont neuf furent suspendus par le biais d'un appel³³. L'étude a ensuite mesuré la « monstruosité » du comportement du meurtrier dans ces neuf cas, développant pour ce faire un système de mesures. Elle a enfin comparé ladite monstruosité du comportement des neuf meurtriers condamnés à mort à celle des cent quatre-vingt-seize cas restants (ceux dans lesquels le défendeur, bien que jugé coupable pour un crime passible de la peine capitale, ne fut finalement pas condamné à mort). L'interprétation de cette étude de mesures rend clair le fait que seulement un des neuf défendeurs était en réalité « le pire d'entre les pires » (ou était, du moins, parmi les 15 % des personnes considérées comme les plus « odieuses »). Les huit autres ne l'étaient pas. Leur comportement n'était pas pire que celui d'au moins des trente-trois, voire des cent soixante-dix autres défendeurs (sur un total de deux cent cinq) qui n'ont pas été condamnés à mort³⁴.

Ces études soulignent que les facteurs qui devraient agir le plus clairement sur l'application de la peine capitale – c'est-à-dire comparativement à la monstruosité du crime – ne le font souvent pas. D'autres études montrent que les circonstances qui en principe n'influencent *pas* l'application de la peine de mort, comme la race, le genre, ou la géographie, *le font* en réalité.

De nombreuses études ont par exemple conclu que les individus accusés de meurtre sur des Blancs, contrairement aux victimes Noires ou appartenant à une autre minorité, ont plus de risque d'être condamnés à mort³⁵.

³⁰ *Eddings v. Oklahoma*, 455 US 104, 112 (1982).

³¹ J.J. DONOHUE, « An Empirical Evaluation of the Connecticut Death Penalty System Since 1973: Are There Unlawful Racial, Gender and Geographic Disparities? », *J. Empirical Legal Studies*, 11, 2014.

³² *Ibid.*, p. 641-643.

³³ *Ibid.*, p. 641.

³⁴ *Ibid.*, p. 678-679.

³⁵ Voir GAO, « Report to the Senate and House Committees on the Judiciary: Death Penalty Sentencing » 5, *GAO§GGD-90-57*, 1990. 82 % des 28 études menées entre 1972 et 1990 ont conclu que la race de la victime influençait l'accusation de meurtre ou la condamnation à mort, « une conclusion [...] extrêmement cohérente avec l'ensemble de données, les méthodes de leur collecte, et les techniques analytiques » ; S.F. SHATZ & T. DALTON, « Challenging the Death Penalty with Statistics: Furman, McCleskey, and a Single County Case Study », *Cardozo L. Rev.*, 34, 2013, p. 1245-125, 2013 (la conclusion est identique pour des études menées entre 1990 et 2013).

Dans une moindre mais néanmoins importante proportion, des études ont montré que le genre du défendeur ou celui de la victime établissait une différence qui ne se justifiait pas autrement³⁶.

La géographie joue également un rôle dans la détermination du condamné à mort³⁷. Ce n'est pas simple car certains États permettent la peine capitale pendant que d'autres l'interdisent. Au sein des premiers, le fait d'infliger la peine de mort dépend fortement du comté dans lequel un défendeur est jugé³⁸. Entre 2004 et 2009, par exemple, seulement vingt-neuf comtés (soit moins de 1 % de ceux du pays) ont représenté environ la moitié de toutes les condamnations à mort prononcées dans tout le pays³⁹. Et en 2012, seulement cinquante-neuf comtés (moins de 2 % de ceux du pays) ont enregistré *toutes* les condamnations à mort pour l'ensemble du territoire⁴⁰.

Comment expliquer cette disparité d'un comté à l'autre ? Certaines études indiquent qu'elle reflète la force de l'autorité décisionnelle, du pouvoir juridique discrétionnaire et, finalement, de la puissance du procureur local⁴¹. D'autres suggèrent que la possibilité de financer un avocat (ou son absence) peut expliquer les disparités géographiques⁴². D'autres encore indiquent que la composition et répartition raciale au sein d'un comté jouent

³⁶ *Ibid.*, p. 1251-1253 (citant plusieurs études).

³⁷ *Ibid.*, p. 1253-1256.

³⁸ R.J. SMITH, « The Geography of the Death Penalty and its Ramifications », *B. U. L. Rev.*, 92, 2012, p. 231-232, 2012 ; voir aussi J.J. DONOHUE, « An Empirical Evaluation of the Connecticut Death Penalty System Since 1973: Are There Unlawful Racial, Gender and Geographic Disparities ? », art. cité, p. 673 : « L'effet le plus important observé entre 1973 et 2007 renseigne qu'un défendeur passible de la peine de mort (dans le Connecticut) aurait été condamné à mort si le crime avait eu lieu (dans la région de) Waterbury ».

³⁹ R.J. SMITH, « The Geography of the Death Penalty and its Ramifications », art. cité, p. 233.

⁴⁰ DPIC, « The 2 % Death Penalty: How a Minority of Counties Produce Most Death Cases At Enormous Costs to All », octobre 2013.

⁴¹ Voir par exemple G. GOELZHAUSER, « Prosecutorial Discretion Under Resource Constraints: Budget Allocations and Local Death-Charging Decisions », *Judicature*, 96, 2013, p. 162-163 ; K. BARNES, D. SLOSS, & S. THAMAN, « Place Matters: An Empirical Study of Prosecutorial Decision-Making in Death-Eligible Cases », *Ariz. L. Rev.*, 51, 2009 (analysant le Missouri) ; J.J. DONOHUE, « An Empirical Evaluation of the Connecticut Death Penalty System... », art. cité, p. 681 (Connecticut) ; J. MARCEAU, S. KAMIN, & W. FOGLIA, « Death Eligibility in Colorado: Many Are Called, Few are Chosen », *U. Col. L. Rev.*, 84, 2013 (Colorado) ; S.F. SHATZ & T. DALTON, « Challenging the Death Penalty with Statistics: Furman, McCleskey, and a Single County Case Study », art. cité, p. 1260-1261 (Comté d'Alameda).

⁴² Voir par exemple R.J. SMITH, « The Geography of the Death Penalty and its Ramifications », art. cité, p. 258-265 (les comtés ayant le taux le plus élevé de condamnations à mort ont tendance à avoir des programmes publics de défense plus faibles) ; J.S. LIEBMAN & P. CLARKE, « Minority Practice, Majority's Burden: The Death Penalty Today », *Ohio S. J. Crim. L.*, 9, 2011, p. 255 (dans le même sens) ; voir aussi, de manière plus générale, S.B. BRIGHT, « Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer », *Yale L. J.*, 103, 1994.

un rôle important⁴³. Enfin, certaines études relèvent que les pressions politiques, y compris celles exercées sur les juges qui doivent se présenter aux élections, peuvent faire la différence⁴⁴.

Par conséquent, si on examine les études indiquant que les facteurs non pertinents ou inopportuns – tels que la race, le genre, la géographie et les financements – ne déterminent *pas* de manière significative qui peut être condamné à mort, ou celles qui mettent en relief le fait que les facteurs appropriés – comme la « monstruosité » – ne déterminent *pas* plus la cible, la conclusion juridique doit être identique : les études révèlent fermement que la peine de mort est infligée de manière arbitraire.

Le juge Thomas répertorie des détails tragiques de plusieurs affaires capitales, plus haut, dans son opinion concordante, en ignorant mon argumentaire. Chaque meurtre est tragique, mais à moins de revenir à la peine de mort obligatoire déclarée inconstitutionnelle dans l'arrêt *Woodson*⁴⁵, la constitutionnalité de la peine capitale doit se limiter à une application aux pires d'entre les pires (voir *supra*), et ces très nombreuses preuves indiquent qu'il n'en est rien.

Il y a quatre décennies, la Cour pensait qu'il était possible d'interpréter le Huitième amendement en un sens qui limiterait de manière significative l'application arbitraire de la peine de mort⁴⁶. Il semble que ce n'est vraisemblablement plus le cas.

La Constitution n'interdit pas l'usage du pouvoir discrétionnaire⁴⁷. Il s'est avéré impossible d'augmenter sensiblement le nombre de défenseurs

⁴³ Voir notamment J.D. LEVINSON, R.J. SMITH & D.M. YOUNG, « Devaluing Death: An Empirical Study of Implicit Racial Bias on Jury-Eligible Citizens in Six Death Penalty States », *N.Y.U.L. Rev.*, 89, 2014, p. 533-536 (résumant la recherche sur ce point) ; voir aussi S.F. SHATZ & T. DALTON, « Challenging the Death Penalty with Statistics: Furman, McCleskey, and a Single County Case Study », art. cité, p. 1275 (décrivant l'étude ayant découvert que les taux des condamnations à mort étaient plus faibles dans les comtés dotés du plus haut pourcentage de personnes non blanches) ; voir G.B. COHEN & R.J. SMITH, « The Racial Geography of the Federal Death Penalty », *Wash. L. Rev.*, 85, 2010 (avançant l'argument selon lequel la peine capitale au niveau des États est atteinte de façon disproportionnée quand le district, au sein duquel les jurés ont été tirés au sort, a une différence raciale radicale par rapport au comté dans lequel le crime fédéral a été commis).

⁴⁴ Voir *Woodward v. Alabama*, 571 US, 2013 (opinion dissidente du juge Sotomayor sous un *denial of certiorari*, notant que l'examen des faits révèle que, quand les juges de l'Alabama infirment les propositions d'un jury, ces « juges, qui sont élus au terme d'un processus partisan, semblent avoir cédé aux pressions électorales ») ; *Harris v. Alabama*, 513 US 504, 519, 1995 (opinion dissidente du juge Stevens dans le même sens) ; A. GELMAN *e. a.*, « A Broken System: the Persistent Patterns of Reversals of Death Sentences in the United States », art. cité, p. 247 (les juges élus des États sont moins enclins à renverser les jugements litigieux de condamnations à mort dans les petites villes que dans des plus grandes).

⁴⁵ 428 US, 304-305.

⁴⁶ Voir *Gregg*, 428 US, 195 (opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens : « La volonté exprimée dans l'affaire *Furman* selon laquelle la peine de mort ne pouvait être infligée de manière arbitraire ou capricieuse peut être satisfaite »).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 199, n° 50 (opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens) ; *McCleskey v. Kemp*, 481 US 279-308, et n° 28, 311-312 (1987).

des personnes passibles de la peine de mort⁴⁸, et les tribunaux ne peuvent pas facilement l'exiger à travers la motivation judiciaire⁴⁹.

Par ailleurs, les biais de la race et du genre peuvent, malheureusement, refléter des préjugés communautaires profondément enracinés (consciemment ou non), qui, malgré leur défaut de pertinence juridique, peuvent affecter l'évaluation par un jury d'une circonstance atténuante⁵⁰. Cependant, il demeure que le rôle du jury dans l'évaluation individualisée des circonstances atténuantes du défendeur le conduise à la clémence⁵¹.

Enfin, depuis que cette Cour a jugé que le contrôle de proportionnalité comparatif n'était pas une exigence constitutionnelle⁵², il semble peu probable que les recours puissent prévenir l'arbitraire que j'ai décrit⁵³.

Les études confirment ma propre opinion, obtenue après l'examen de milliers de cas de condamnations à mort et de requêtes de dernière minute sur une période de plus de vingt ans. Je vois des incohérences que je ne peux pas expliquer de manière rationnelle⁵⁴. Pourquoi un défendeur qui a commis un crime sur une seule victime fut condamné à la peine capitale (à cause de facteurs aggravants – condamnation antérieure et vol postérieur), alors que ce ne fut pas le cas d'un autre malgré l'enlèvement, le viol et le meurtre d'une jeune mère, laissant son bébé mourir sur la scène de crime⁵⁵ ? Pourquoi un défendeur qui a commis un crime sur une seule victime est condamné à mort (à cause de facteurs aggravants – condamnation antérieure

⁴⁸ S.F. SMITH, « The Supreme Court and the Politics of Death », *Va. L. Rev.*, 94, 2008, p. 355 (« les défenseurs des personnes passibles de la peine de mort sont notoirement sous-payés, particulièrement dans les États [...] qui dirigent la Nation en ce qui concerne les exécutions [...] ») ; American Bar Association (ABA), *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, Guideline, 9.1, Commentary, Février 2003, *Hofstra L. Rev.*, 31, 2003, p. 985 : « L'indemnisation des avocats pour l'assistance des condamnés à mort demeure notoirement insuffisante ».

⁴⁹ Voir par exemple *Harris v. Alabama*, *op. cit.*

⁵⁰ Voir *Callins v. Collins*, 510 US 1141, 1153, 1994 (opinion dissidente du juge Blackmun sous un *Denial of certiorari* : « Il ne serait peut-être pas étonnant que les biais et préjugés qui contaminent notre société aient de manière générale une influence sur la détermination des condamnés à mort »).

⁵¹ Voir notamment *Penry v. Lynaugh*, 492 US 302, 319, 1989 ; *Lockett v. Ohio*, 438 US 586-605 (opinion du juge Burger) ; *Woodson*, 428 US, 304-305 (*plurality opinion*).

⁵² *Pulley v. Harris*, 465 US 37, 1984.

⁵³ Voir T.V. KAUFMAN-OSBORN, « Capital Punishment, Proportionality Review and Claims of Fairness » (avec des enseignements tirés de l'expérience de l'État de Washington), *Wash. L. Rev.*, 79, 2004, p. 791-792. Après *Pulley*, de nombreux États ont abrogé leurs lois imposant le contrôle de proportionnalité comparatif, et la plupart des hautes cours ont « réduit le contrôle de proportionnalité à une opération sommaire » (sans les guillemets dans le texte).

⁵⁴ Voir *Godfrey*, 446 US, 433 (*plurality opinion*) : « On ne peut pas, de manière raisonnée, distinguer cette affaire, dans laquelle la peine de mort a été prononcée, de nombreux cas dans lesquels elle ne le fut pas ».

⁵⁵ Comparez *State v. Badgett*, 361 N. C. 234, 644 S. E. 2d 206, 2007, et le recours en *certiorari* dans *Badgett v. North California*, O. T. 2006, n°07-6156, M. CHARBONNEAU, « Andre Edwards Sentenced to Life in Prison for 2001 Murder », *WRAL*, 26 mars 2004, <http://www.wral.com/news/local/story/109648>.

et agissant imprudemment avec une arme), alors que ne le fut pas un défendeur ayant pourtant commis un triple meurtre sur un jeune homme et sa femme enceinte⁵⁶ ? Par ailleurs, pourquoi un tueur à gages ayant tué une personne (crime suivi d'un vol) fut-il condamné à mort pendant qu'un autre, qui a poignardé à soixante reprises sa femme et tué sa fille de six ans et son fils de trois ans dans leur sommeil ne le fut pas⁵⁷ ? Dans chaque affaire, les décisions comparées furent rendues dans le même État, environ au même moment.

La question soulevée par ces exemples (et tant d'autres que je pourrais donner), comme par les études que j'ai citées, est la même que celle posée par les juges Stewart, Powell, et d'autres tout au long de plusieurs décennies : l'application et l'exécution de la peine de mort semblent capricieuses, aléatoires et donc arbitraires. Du point de vue des défendeurs, se voir infliger une telle condamnation, et savoir qu'ils la subiront avec certitude, équivaut à être foudroyé. Comment pouvons-nous alors réconcilier la peine de mort avec les exigences d'une Constitution qui impose avant tout et de manière essentielle l'empire du droit ?

III. « CRUEL » – DÉLAIS EXCESSIFS

Les problèmes de la fiabilité et de l'iniquité conduisent presque inévitablement à un troisième problème distinct : le temps excessivement long que les individus passent généralement dans le couloir de la mort, vivants mais sous le coup d'une peine capitale. Autrement dit, le délai est en partie un problème créé par les propres exigences de la Constitution. En imposant les nécessités de fiabilité et l'équité dans les cas de peine de mort, le Huitième amendement s'applique, et doit s'appliquer, « avec une force particulière » à la peine capitale⁵⁸. Ceux qui sont confrontés « à la plus sévère des sanctions doivent avoir une juste opportunité de démontrer que la Constitution interdit leur exécution⁵⁹ ». Dans le même temps, la Constitution insiste sur le fait que « chaque garantie » doit « être respectée » quand « la vie d'un défendeur est en jeu⁶⁰ ».

La mise en œuvre de ces garanties procédurales prend du temps. Et, à moins que nous abandonnions les exigences procédurales qui assurent

⁵⁶ Comparez *Commonwealth v. Boxley*, 596 Pa. 620, 948 A.2d 742, 2008, et le recours en *certiorari*, O. T. 2008, N°08-6172, SHEA, « Judge Gives Consecutive Life Sentences for Triple Murder », *Philadelphia Inquirer*, 29 juin 2004, p. B5.

⁵⁷ Voir J.J. DONEHUE, « Capital Punishment in Connecticut 1973-2007: A Comprehensive Evaluation from 4686 Murders to One Execution », 2013, p. 128-134, http://works.bepress.com/john_donohue/87.

⁵⁸ *Roper*, 543 US, 568.

⁵⁹ *Hall v. Florida*, 572 US (2014), p. 22.

⁶⁰ *Gregg*, 428 US, p. 187 (opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens) ; *Furman*, 408 US, p. 306 (opinion concordante du juge Stewart : la mort, « non par son degré mais par sa nature, diffère des autres formes de châtement criminel ») ; *Woodson*, *op. cit.*, p. 305 (*plurality opinion* : « De par sa finalité, la mort se distingue plus de la prison à vie qu'une peine d'emprisonnement de 100 ans se distingue d'une peine d'un an ou deux »).

l'équité et la fiabilité, nous sommes obligés de nous attaquer au problème des délais de plus en plus longs dans les cas de peine de mort. En fin de compte, même si ces causes juridiques peuvent nous aider à expliquer les choses, elles ne diminuent pas les préjudices causés par le délai lui-même.

A.

Examinons tout d'abord les statistiques. En 2014, trente-cinq individus furent exécutés. Ces exécutions ont eu lieu, en moyenne, dix-huit ans après la première condamnation à mort par les tribunaux⁶¹. Dans certains États appliquant la peine de mort, le délai moyen est plus long. L'an passé par exemple, au cours d'un exposé oral des arguments, l'État a admis que les dix derniers prisonniers exécutés en Floride avaient passé en moyenne presque vingt-cinq ans dans les couloirs de la mort avant l'exécution⁶². La longueur du délai moyen a dramatiquement augmenté au fil des ans. En 1960, le délai moyen entre la condamnation et l'exécution était de deux ans⁶³. Dix ans plus tard (en 2004), ledit délai moyen était d'environ onze ans⁶⁴. L'an passé, la moyenne était d'environ dix-huit ans⁶⁵. À peu près la moitié des trois mille prisonniers actuellement dans les couloirs de la mort y sont depuis plus de quinze ans. Et le taux des exécutions à ce jour impliquerait plus de soixante-quinze ans pour mettre en œuvre ces trois mille condamnations à mort ; par conséquent, un détenu du couloir de la mort pourrait en moyenne passer 37,5 années de plus en attendant son exécution⁶⁶.

Je n'ai aucune raison de croire que la tendance sera bientôt renversée.

B.

Ces longs délais créent deux difficultés constitutionnelles particulières⁶⁷. Premièrement, un long délai est en lui-même spécialement cruel car « il soumet les détenus du couloir de la mort à des décennies de conditions de confinement particulièrement sévères et inhumaines⁶⁸ ». Deuxièmement, la longue durée détruit la logique de la pénologie de la peine de mort⁶⁹.

⁶¹ DPIC, *Execution List 2014*, <http://www.deathpenaltyinfo.org/execution-list-2014> (mettant en évidence un délai moyen de 17 ans et 7 mois).

⁶² Argument oral dans *Hall v. Florida*, O. T. 2013, n°12-10882, p. 46.

⁶³ Voir D. AARONS, « Can Inordinate Delay Between a Death Sentence and Execution Constitute Cruel and Unusual Punishment? », *Seton Hall L. Rev.*, 29, 1998, p. 181.

⁶⁴ Voir Département de la Justice, Bureau des statistiques judiciaires (BJS), T. SNELL, « Capital Punishment », 2013 – Statistical Tables 14 (tableau 10, décembre 2014), ci-après BJS 2013 Stats.

⁶⁵ DPIC, *Execution List 2014*, *op. cit.*

⁶⁶ BJS 2013 Stats, aux pages 14 et 18 (tableaux 11 et 15).

⁶⁷ Voir *Johnson v. Bredesen*, 558 US 1067, 1069 (2009) (Stevens, déclaration dans le sens du *denial of certiorari*).

⁶⁸ *Ibid.* ; *Gomez v. Fierro*, 519 US 918 (1996) (opinion dissidente du juge Stevens : les délais excessifs courant entre la condamnation et l'exécution peuvent en eux-mêmes « consti-

1. Revenons sur la première difficulté constitutionnelle. Presque tous les États appliquant la peine capitale maintiennent les détenus du couloir de la mort en isolement pendant vingt-deux heures voire plus par jour⁷⁰. Et ce, bien que l'Association américaine des avocats ait suggéré que les prisonniers du couloir de la mort soient détenus dans des conditions similaires à celles des autres, et que le commissaire spécial des Nations Unies pour la torture ait demandé une interdiction mondiale de l'isolement au-delà de quinze jours⁷¹. Et il a été démontré qu'un tel prolongement de l'isolement entraînait de nombreux et lourds préjudices⁷².

L'effet déshumanisant de l'isolement cellulaire est aggravé par l'incertitude attachée à l'exécution de la peine. En 1890, cette Cour a reconnu que « lorsqu'un prisonnier a été condamné à mort par un tribunal est isolé dans la prison en attendant l'exécution de sa peine, l'un des plus horribles sentiments qu'il peut ressentir est l'incertitude pesant sur toute cette période⁷³ ». Dans cette affaire, la Cour évoquait un délai de seulement quatre semaines. En cent vingt-cinq ans, peu de choses ont changé dans ce domaine – excepté pour la durée. Aujourd'hui, nous devons décrire les délais en termes, non de semaines, mais de décennies⁷⁴.

Par ailleurs, nous devons prendre en compte les ordres d'exécution qui ont été délivrés puis retirés, non une fois, mais de manière répétée⁷⁵. Plu-

tuer un châtement cruel et exceptionnel prohibé par le Huitième amendement ») ; voir aussi *Lackey v. Texas*, 514 US 1045 (1995) (*memorandum* du juge Stevens dans le sens du *denial of certiorari*) ; *Knight v. Florida*, 528 US 990, 993 (1999) (opinion dissidente du juge Breyer sous le *denial of certiorari*).

⁶⁹ Johnson, précité, p. 1069 ; *Thompson v. McNeil*, 556 US 1114, 1115 (2009), déclaration de Stevens dans le sens du *denial of certiorari*.

⁷⁰ American Civil Liberties Union (ACLU), « A Death Before Dying: Solitary Confinement on Death Row » (5 juillet 2013, Rapport de l'ACLU).

⁷¹ Voir *ibid.*, p. 2 et 4 ; *ABA Standards for Criminal Justice : Treatment of Prisoners* (3^e édition, 2011).

⁷² Voir par exemple C. HANEY, « Mental Health Issues in Long-Term Solitary and “Supermax” Confinement », *Crime and Delinquency*, 49, 2003, p. 130, répertoriant les études démontrant que les isolements peuvent conduire les détenus à « l'anxiété, la panique, la violence, la perte de contrôle, la paranoïa, des hallucinations et automutilations », entre autres symptômes ; S. GRASSIAN, « Psychiatric Effects of Solitary Confinement », *Wash. U. J. L. and Policy*, 22, 2006, p. 331 : « Même quelques jours d'isolement entraîneront de manière certaine une évolution du tracé de l'électroencéphalogramme vers un schéma anormal, caractéristique de l'abrutissement et du délire », in *Re Medley*, 134 US 160-168 (1890) ; voir aussi *Davis v. Ayala*, p. 1-4 (opinion concordante du juge Kennedy).

⁷³ *Medley*, *op. cit.*, p. 172.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 18-19.

⁷⁵ Voir notamment *Pet. For Cert. Suárez Medina v. Texas*, O. T. 2001, n° 02-5752, p. 35-36 (rendu le 13 août 2002) : « À quatorze reprises, depuis que la condamnation à mort de monsieur Suárez Medina a été prononcée, il a été informé de l'heure, la date, et la modalité de sa mort. Il lui a été demandé au moins onze fois de préciser le traitement de sa dépouille mortelle » ; D. LITHWICK, « Cruel but not Unusual », 1^{er} avril 2011, http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2011/04/cruel_but_not_unusual.html (John Thompson a reçu sept ordres d'exécution avant d'être innocenté) ; voir aussi, notamment, WFMZ-TV 69 News, « Michael John Parrish's Execution Warrant Signed by Governor Corbett », 8 août 2014, <http://www.wfmz.com/news/Regional-Poconos-Coal/Local/michael-john-parrishs-execution-warrant-signed-by-governor-corbett/27595356>

sieurs prisonniers ont vécu les heures du jour de leur exécution avant d'être innocentés. Willie Manning était à quatre heures de la programmation de son exécution avant que la Cour suprême du Mississippi ne la suspende⁷⁶. Deux ans plus tard, il fut innocenté après que les éléments à charge, dont le témoignage erroné à propos d'une analyse capillaire du légiste du FBI, furent sérieusement remis en doute⁷⁷. Et le cas Manning n'est même pas extrême⁷⁸.

En outre, compte tenu des effets négatifs de l'isolement et de l'incertitude, il n'est guère surprenant que de nombreux prisonniers aient préféré être exécutés, abandonnant l'idée d'intenter d'autres recours⁷⁹. Ainsi, un prisonnier du couloir de la mort, qui en fut plus tard dispensé, disait toujours qu'il aurait préféré mourir plutôt que de passer des années dans ledit couloir à se battre pour établir son innocence⁸⁰. Il n'est dès lors guère surprenant que de nombreux détenus envisagent ou commettent un suicide⁸¹.

Certains ont écrit, avec une longueur d'avance, sur les problèmes constitutionnels que les délais engendrent et, plutôt que de répéter les faits, leurs arguments et conclusions, je renvoie uniquement ici à certains de leurs écrits⁸².

(l'ancien Procureur de Pennsylvanie a signé 36 ordres d'exécution dans ses premières 3,5 années de fonction alors même que la Pennsylvanie n'a procédé à aucune exécution depuis 1999).

⁷⁶ Voir C. ROBERTSON, « With Hours to Go, Execution is Postponed », *N. Y. Times*, 8 avril 2015, p. A17.

⁷⁷ R.L. NAVE, « Why does the State Still Want to Kill Willie Jerome Manning? », *Jackson Free Press*, 29 avril 2015.

⁷⁸ Voir notamment D. MARTIN, « Randall Adams, Freed With Help of Film », *N. Y. Times*, 26 juin 2011, p. 24 (Randall Adams : exécution suspendue par cette Cour trois jours avant ; innocenté après) ; N. DAVIES, « White Lies », 231, 292, 298, 399 (1991) (Clarence Lee Brandley : exécution suspendue trois fois, dont l'une dix jours avant ; innocenté ensuite) ; M. EDDS, « An Expendable Man », 93, 2003 (Earl Washington junior : exécution suspendue 9 jours avant le terme, innocenté ensuite).

⁷⁹ Voir notamment ACLU Report 8 ; M.M. ROUNTREE, « Volunteers for Execution: Directions for Further Research into Grief, Culpability, and Legal Structures », *UMKC L. Rev.*, 82, 2014 (11 % des personnes exécutées ont abandonné les recours et se sont portées volontaires) ; ACLU Report 3 (récit des « personnes qui ont abandonné les recours en raison de conditions intolérables »).

⁸⁰ G.R. STRAFER, « Volunteering for Execution: Competency, Vountariness and the Propriety of Third Party Intervention », *J. Crim. L. and C.*, 74, 1983, p. 869.

⁸¹ *Ibid.*, p. 872, n° 44 (35 % des résidents du couloir de la mort en Floride ont tenté de se suicider).

⁸² Voir notamment Johnson, 558 US, p. 1069 (déclaration de Stevens) : l'attente « soumet les détenus du couloir de la mort à des décennies de conditions d'isolement particulièrement sévères et inhumaines » ; *Furman*, 408 US, p. 288 (opinion concordante du juge Brennan) : « Une longue attente entre le prononcé de la sentence et l'infliction réelle de la mort » est « inévitable » et conduit souvent « à un effroyable bilan » ; *Solesbee v. Balkcom*, 339 US 9, 14, 1950 (opinion dissidente du juge Frankfurter : « Dans l'histoire du crime, l'apparition de la démence pendant l'attente de l'exécution de la peine capitale n'est pas un rare phénomène ») ; *People v. Anderson*, 6, Cal. 3d 628, 649, 493 P. 2d 880, 894 (1972, collecte de données) : « La cruauté de la peine capitale réside non seulement dans

2. La seconde difficulté constitutionnelle engendrée par la longueur des délais d'attente est que lesdits délais mettent à mal la logique pénologique de la peine de mort, sans doute de manière irrémédiable. Cette logique, comme pour tout châtement, repose classiquement sur le besoin de la société de garantir la dissuasion, la neutralisation, la punition ou la réhabilitation. La peine de mort, par définition, ne permet pas cette dernière. Elle neutralise, bien sûr, le délinquant. Mais la plus importante alternative à la peine capitale – à savoir la perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle – le neutralise tout autant⁸³.

En conséquence, comme la Cour l'a reconnu, la logique de la pénologie de la peine de mort repose presque exclusivement sur la croyance en sa tendance à dissuader et sur sa capacité à satisfaire l'intérêt de la communauté pour la punition⁸⁴. Récemment, le Conseil National de la Recherche (dont les membres sont issus des conseils de l'Académie Nationale des Sciences, de l'Académie Nationale de Technologie et de l'Institut de Médecine) a examiné trente années de cas empiriques et a conclu qu'ils étaient insuffi-

l'exécution elle-même et la douleur liée à cette dernière, mais aussi dans les effets inhumains du temps de l'emprisonnement antérieur à l'exécution pendant lequel les procédures judiciaire et administrative essentielles au *Due Process* sont mises en œuvre » (note de bas de page omise) ; *District Attorney for Suffolk Dist. v. Watson*, 381 Mass. 648, 673, 411 N. E. 2d 1274, 1287, 1980 (opinion concordante du juge Braucher) : la peine de mort est en partie inconstitutionnelle sous l'empire de la Constitution de l'État, car « elle ne sera appliquée qu'après des mois d'agonie et des années d'incertitude » ; voir aussi *Riley v. Attorney General of Jamaica*, 1983, 1 A. C. 719, 734-735 (P. C. 1982) (opinion dissidente de Lord Scarman à laquelle adhère Lord Brightman) : « L'exécution après un délai excessif devrait violer l'interdiction des "châtiments cruels et exceptionnels" du paragraphe 10 du *Bill of Rights* de 1689, le précurseur de notre Huitième amendement » ; *Pratt v. Attorney Gen. of Jamaica*, 1992 A. C. 1, 4 (P. C. 1993) ; *Ibid.*, p. 32-33 (répertoriant les cas dans lesquels les délais excessifs sont inconstitutionnels ou l'équivalent) ; *State v. Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) (Afrique du Sud) ; *Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe v. Attorney General*, (1993) 1. *Zim. L. R.* 242, 282 (délais excessifs inconstitutionnels) ; *Soering v. United Kingdom*, 11 *Eur. Ct. H. R.* (ser A), p. 439 (1989) : l'extradition d'un homme suspecté de meurtre aux États-Unis est susceptible de violer la Convention européenne des droits de l'homme au regard du risque du délai avant l'exécution ; *United States v. Burns*, 2001 1 S. C. R. 283, 353, § 123 (dans le même sens).

⁸³ Voir *Ring v. Arizona*, 536 US 584, 615, 2002 (opinion concordante d'avec le jugement du juge Breyer).

⁸⁴ Voir notamment *Gregg*, 428 U. S., at 183 (opinion conjointe des juges Stewart, Powell, et Stevens). De nombreuses études ont examiné les effets dissuasifs de la peine de mort ; certaines ont constaté de tels effets, pendant que d'autres ont relevé l'absence de preuve d'une telle dissuasion. À comparer avec l'opinion concordante du juge Scalia (citant les études établissant l'effet dissuasif). Voir aussi J. SORENSEN *e. a.*, « Capital Punishment and Deterrence: Examining the Effect of Executions on Murder in Texas », *Crime & Delinquency*, 45, 1999 (absence d'évidence de l'effet dissuasif) ; R. BONNER & F. FESSENDEN, « Absence of Executions: A Special Report, States With No Death Penalty Share Lower Homicide Rates », *N. Y. Times*, 22 sept. 2000, p. A1 (entre 1980 et 2000, le taux des homicides dans les États appliquant la peine de mort était de 48 % à 101 % plus élevé que dans les États l'interdisant ; M.L. RADELET & R.L. AKERS, « Deterrence and the Death Penalty: The Views of the Experts », *J. Crim. L. & C.*, 87, 1996, p. 8 (plus de 80 % de criminologues pensent que les recherches actuelles ont échoué dans l'entreprise de justification de l'effet dissuasif) ; J.J. DONOHUE & J. WOLFERS, « Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate », *Stan. L. Rev.*, 58, 2005, p. 794 (évaluant les données statistiques existantes et concluant à la « profonde incertitude » sur l'existence d'un effet dissuasif).

sants pour établir un effet dissuasif et que, par conséquent, ils ne pouvaient « être utilisés pour éclairer » une discussion sur la valeur dissuasive de la peine de mort⁸⁵.

Je reconnais que l'« absence de preuve » d'une proposition ne prouve pas la proposition contraire⁸⁶. Mais supposons que nous ajoutions à ces études le fait que, de nos jours, très peu de condamnations à mort sont en réalité exécutées, et que même ces exécutions ont lieu, en moyenne, environ deux décennies après l'emprisonnement dans le couloir de la mort⁸⁷. Semble-t-il alors toujours probable que la peine de mort ait un effet dissuasif ?

Prenons l'exemple de ce qui est réellement arrivé aux cent quatre-vingt-trois condamnés à mort en 1978. Jusqu'en 2013 (trente-cinq ans plus tard), trente-huit (ou 21 % d'entre eux) ont été exécutés ; 132 (72 %) ont vu leur condamnation ou peine annulées ou commuées ; et sept (4 %) sont décédés autrement (probablement de mort naturelle). Six (3 %) étaient toujours dans le couloir de la mort⁸⁸. L'exemple illustre une tendance générale. Sur les huit mille soixante-six détenus sous le coup d'une condamnation à mort, à un moment donné entre 1978 et 2013, 16 % ont été exécutés, 42 % ont vu leur condamnation ou peine annulées ou commuées et 6 % décédèrent de causes différentes ; les restants (35 %) sont toujours dans le couloir de la mort⁸⁹. Par conséquent, un défenseur condamné à mort a deux ou trois fois plus de chance de voir sa peine annulée ou commuée que d'être exécuté ; et il a une chance de mourir de cause naturelle avant que l'exécution (ou la disculpation) n'ait lieu. En un mot, les exécutions sont *rare*s. Et un individu qui projette un crime tout en mesurant la punition potentielle devrait savoir, qu'en tout état de cause, il risque la perpétuité incompressible.

Quand ils se répètent, ces faits doivent avoir un certain effet compensatoire sur la peur qu'ont les criminels de la peine capitale. Et même si cet effet n'est que très léger, il rend difficile le fait de croire (au vu des études sur la dissuasion citées plus haut) qu'un tel évènement si rare empêche de manière significative les crimes odieux⁹⁰.

⁸⁵ D. NAGIN & J. PEPPER (dir.), *Deterrence and the Death Penalty 2*, National Research Council, 2012 ; *Baze v. Rees*, 553 U. S. 35, 79, 2008 (opinion concordante d'avec le jugement du juge Stevens : « Malgré trente années de recherche empirique dans le domaine, il n'y a toujours aucune preuve statistique fiable selon laquelle la peine capitale dissuaderait les criminels potentiels »).

⁸⁶ Voir *Ring*, *op. cit.*, p. 615 (on pourrait estimer que les études sont « non concluantes »).

⁸⁷ DPIC, Execution List 2014, *op. cit.*

⁸⁸ BJS 2013 Stats, at 19 (tableau 16).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 20 (tableau 17) ; voir aussi R. BAUMGARTNER & A.W. DIETRICH, « Most Death Penalty Sentences Are Overturned: Here's Why That Matters », *Washington Post Blog*, Monkey Cage, 17 mars 2015 (dans le même sens).

⁹⁰ *Furman*, 408 U. S., p. 311–312 (opinion concordante du juge White : il ne « peut être affirmé avec certitude que le besoin de la société d'une dissuasion spécifique justifie la mort pour si peu de personnes quand pour de nombreuses autres, dans des circonstances similaires, la prison à vie ou pour une peine d'emprisonnement plus courte sont jugées suffisantes »).

Mais qu'en est-il de la punition ? Elle est un objectif pénologique valable. Je reconnais que les victimes qui survivent à un crime odieux, ou peut-être la communauté elle-même, peuvent revendiquer une exécution. Et une communauté en faveur de la peine de mort a un intérêt légitime à exprimer les voix de ses membres⁹¹. La question ici essentielle est cependant de savoir si « l'idée du châtement pour la communauté » peut s'exprimer dans une « mort imminente », ou le cas échéant « seulement plusieurs décennies après la commission du crime⁹² ». À ce moment-là, la communauté est autre ; il s'agit d'un groupe de personnes différent. Les criminels et les familles des victimes ont beaucoup vieilli. Les sentiments d'indignation peuvent s'être estompés. Le criminel peut avoir trouvé lui-même le moyen d'être un homme différent. Parfois la repentance et même le pardon peuvent redonner un sens aux vies autrefois ruinées. Dans le même temps, la communauté et les familles des victimes sauront que sans une mort supplémentaire, le criminel passera des décennies en prison sans la possibilité de bénéficier d'une libération conditionnelle.

Je reconnais, bien sûr, que ce ne peut pas toujours être le cas, et que parfois la communauté croit qu'une exécution peut aider à faire le deuil. Néanmoins, les délais et la faible probabilité d'une exécution doivent jouer un certain rôle dans tout calcul qui conduit la société à considérer la mort comme une punition. Comme je l'ai déjà suggéré, ils peuvent très bien atténuer l'intérêt de la communauté pour le châtement au point de ne pouvoir le considérer comme une justification valable de la peine de mort⁹³. Je crois que tout intérêt pour la punition ne peut en aucun cas être satisfait par la peine de mort telle qu'elle est actuellement administrée, que cet intérêt peut être presque aussi bien contenté par la prison à perpétuité incompressible⁹⁴.

Enfin, la lenteur des délais détruit tous les efforts pour justifier la peine de mort au regard de son importance à l'époque de la rédaction du Huitième amendement par les Fondateurs. Quand ceux-ci rédigèrent la Constitution, il n'y avait pas d'attente de vingt ou trente ans. L'exécution avait lieu rapidement après la condamnation⁹⁵. Et, pour les raisons que je vais développer ci-

⁹¹ Mais voir A. SARAT, *Mercy on Trial: What It Means To Stop an Execution*, Princeton, Princeton University Press, 2005 (le Gouverneur de l'Illinois George Ryan justifia sa décision de commuer toutes les condamnations au motif qu'elles étaient « cruelles et exceptionnelles » pour « les membres de la famille qui subissent [...] un flou juridique depuis [20] ans »).

⁹² *Valle v. Florida*, 564 U. S., 2011 (opinion dissidente du juge Breyer sous la décision de refus de sursis).

⁹³ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁴ Une condamnation qui existe aujourd'hui dans tous les États, voir ACLU, « A Living Death: Life Without Parole for Nonviolent Offenses » 11, et n° 10, 2013.

⁹⁵ Voir P. MACKEY, *Hanging in the Balance: The Anti-Capital Punishment Movement in New York State, 1776–1861*, New York, Garland Pub., 1982, p. 17 ; T. JEFFERSON, *A Bill for Proportioning Crimes and Punishments (1779)*, in *The Complete Jefferson*, éd. S. PADOVER, 1943, p. 90, 95 ; C. CULLEN & H. JOHNSON (dir.), *Papers of John Marshall*, vol. 2, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1974, p. 207-209 ; *Pratt v. Attorney Gen. of Jamaica*, [1994] 2 A. C., at 17.

dessous, nous ne pouvons retourner aux exécutions rapides de l'ère fondatrice.

3. Le résultat est que cette lenteur des délais à la fois aggrave la cruauté de la peine de mort et remet en cause sa logique jurisprudentielle. Et cette Cour a dit que, si la peine capitale ne satisfaisait pas l'objectif de dissuasion ou de punition, « elle n'était pas autre chose que l'application inutile et sans raison de la peine et la souffrance et donc, un châtement inconstitutionnel⁹⁶ ». De fait, le juge Lewis Powell (qui émit un vote crucial dans l'affaire *Gregg*) parvint à la même conclusion, alors même qu'il s'était retiré de cette Cour. Le juge Powell était arrivé à la Cour convaincu que la Constitution fédérale n'interdisait pas la peine de mort mais laissait plutôt la matière à la discrétion de chaque État⁹⁷. Peu de temps après le retrait du juge Powell, le Chief Justice Rehnquist le nomma pour présider un comité chargé de répondre aux préoccupations relatives aux délais dans les affaires de peines capitales, le « Comité *ad hoc* sur les recours en *habeas corpus* dans les affaires de peine de mort ». Le comité présenta un rapport au Congrès, et le juge Powell déclara que « les délais privaient la peine d'une grande part de sa fonction dissuasive⁹⁸ ». À suivre son biographe officiel, le juge Powell a finalement conclu que la peine capitale

... « ne poursuit pas une finalité utile ». Les États-Unis étaient « la seule des nations occidentales industrialisées à maintenir la peine de mort », et elle a été appliquée si rarement qu'elle ne pouvait avoir un effet dissuasif. Plus important, le marchandage, le délai, les procédures sans fin dans chaque affaire de peine de mort ont conduit le droit lui-même dans le discrédit⁹⁹.

En résumé, le problème des délais excessifs a conduit le juge Powell, au moins en partie, à conclure que la peine de mort était inconstitutionnelle.

Comme je l'ai dit, les délais sont de nos jours bien pires. Quand le Chief Justice Rehnquist nomma le juge Powell au comité, le délai moyen entre la condamnation et l'exécution était de sept ans et onze mois, contre dix-sept ans et sept mois aujourd'hui¹⁰⁰.

⁹⁶ *Enmund v. Florida*, 458 U. S. 782, 798 (1982, sans guillemets dans le texte) ; Voir aussi *Gregg*, 428 U. S., p. 183 (opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens : « La sanction infligée ne saurait avoir une justification pénologique si elle résulte de l'infliction gratuite d'une souffrance ») ; *Furman*, *op. cit.*, p. 312 (opinion concordante du juge White : une « peine avec un bénéfice si négligeable pour les États devrait clairement être un châtement excessif, cruel et exceptionnel violant le Huitième amendement ») ; *Thompson*, 556 U. S., p. 1115 (dans la même idée, voir la déclaration de Stevens dans le sens du *denial of certiorari*).

⁹⁷ *Furman*, *op. cit.*, p. 431-432 (opinion dissidente du juge Powell) ; voir aussi J. JEFFRIES, *Justice Lewis F. Powell Jr.*, New York, Fordham University Press, 2001, p. 409 (qui décrit Powell, pendant son activité au sein de la Cour, comme un « fervent partisan » de « la constitutionnalité de la peine de mort »).

⁹⁸ *Habeas Corpus Reform, Hearings before the Senate Committee on the Judiciary*, 100th Cong., 1st and 2nd Sess., 35 (1989 et 1990).

⁹⁹ J. JEFFRIES, *Justice Lewis F. Powell Jr.*, *op. cit.*, p. 452.

¹⁰⁰ Voir BJS, L. GREENFELD, *Capital Punishment*, Washington, U.S. Dept. of Justice, Bureau of Justice Statistics, 1990, p. 11 (tableau 12, septembre 1991).

C.

Nous pourrions nous demander pourquoi le Congrès ou les États ne s'attaquent pas directement au problème du délai. Pourquoi ne prennent-ils pas des mesures pour réduire le temps entre la décision et l'exécution, permettant par conséquent d'atténuer les problèmes à l'instant soulevés ? La réponse réside dans le fait que la réduction des délais est bien plus difficile que certains ne le pensent. Et elle l'est en partie parce que les efforts à faire risquent d'entraîner des préjudices procéduraux qui, eux aussi, mettent à mal la constitutionnalité de la peine de mort.

Pour commencer, les délais ont permis à l'application de la peine de mort d'être plus fiable. Souvenons-nous de l'affaire de Henry Lee McCollum, que la preuve ADN a permis d'innocenter trente ans après sa condamnation¹⁰¹. Si McCollum avait été exécuté plus tôt, il n'aurait pas pu vivre assez pour voir le jour où une preuve ADN le disculpa et dénonça un autre homme ; homme qui purge toujours une condamnation à perpétuité pour un viol et un meurtre commis juste quelques semaines après que McCollum fut accusé de meurtre. D'ailleurs, cette Cour a plus tard refusé d'examiner la plainte de McCollum, un seul juge ayant rédigé une opinion dissidente¹⁰². Et pourtant, vingt années entières après que la Cour a refusé ce recours, McCollum fut innocenté grâce à une preuve ADN. Il existe un nombre d'affaires similaires significatif, dont certaines ont été évoquées plus haut¹⁰³.

Il faut ajouter à ceux qui ont été épargnés au motif qu'ils étaient innocents les personnes dont les condamnations ont été annulées pour d'autres raisons (comme vu plus haut, les tribunaux fédéraux et des États ont relevé des erreurs dans 68 % des cas qu'ils ont réexaminés entre 1973 et 1995¹⁰⁴). Dans plusieurs desdits cas, une Cour a pu estimer que, pour des raisons particulières, un individu ne méritait pas la peine de mort – c'est-à-dire qu'il n'avait pas réussi à bénéficier de toutes les garanties procédurales que le droit impose pour l'application de la peine de mort. En éliminant certaines de ces garanties, certains pourraient probablement réduire le délai. Mais lesquelles de ces protections pourraient être supprimées ? Devrions-nous éliminer les garanties procédurales accessoires qui ont été établies pour les personnes passibles de la peine de mort : celles qui leur permettent de présenter au juge d'application des peines ou au jury toutes les circonstances atténuantes¹⁰⁵ ; celles qui permettent à l'État de donner des indications adéquates pour réserver la peine de mort à des crimes particulièrement

¹⁰¹ J.M. KATZ & E. ECKHOLM, « DNA Evidence Clears Two Men in 1983 Murder », *N. Y. Times*, art. cité, p. A1.

¹⁰² *McCollum v. North Carolina*, 512 U. S. 1254, 1994.

¹⁰³ Voir aussi DPIC *Innocence List*, *op. cit.* (Nathson Fields, 23 années ; Paul House, 23 années ; Nicholas Yarris, 21 années ; Anthony Graves, 16 années ; Damon Thibodeaux, 15 années ; Ricky Jackson, Wiley Bridgeman, et Kwame Ajamu, tous innocentés pour le même crime 39 ans après leurs condamnations).

¹⁰⁴ Voir Partie I.

¹⁰⁵ *Lockett v. Ohio*, 438 U. S. 586.

graves¹⁰⁶ ; celles qui offrent à l'État la possibilité de fournir un conseil adapté et, si besoin, une assistance spécialisée¹⁰⁷ ; ou celles qui font qu'un jury doit prouver les circonstances aggravantes nécessaires pour imposer la peine de mort¹⁰⁸ ? Devrions-nous cesser de nous assurer que l'État n'exécute pas des handicapés mentaux¹⁰⁹ ? Devrions-nous supprimer l'exigence de la constitutionnalité de la modalité de l'exécution¹¹⁰ ? Ou l'exigence selon laquelle le condamné doit être en possession de ses facultés mentales au moment de son exécution¹¹¹ ? Ou devrions-nous nous débarrasser des garanties de droit pénal dont bénéficient tous les prévenus – par exemple, les défenseurs qui invoquent la violation des garanties constitutionnelles (*due process of law*) peuvent-ils demander une ordonnance d'*habeas corpus* devant les cours fédérales¹¹² ? Ma réponse à ces questions est : « certainement pas¹¹³ ».

Certains, bien sûr, avancent l'argument selon lequel ces Cours, particulièrement les Cours fédérales qui assurent un degré supplémentaire de juridiction, appliquent ces exigences et d'autres trop strictement, d'où les retards. Mais il est difficile pour les juges, comme ce serait difficile pour n'importe qui, de ne pas appliquer les exigences légales de manière pointilleuse quand la conséquence de leur échec pourrait bien être la mort, particulièrement la mort d'une personne innocente¹¹⁴.

En outre, l'examen par les tribunaux à chaque niveau aide à assurer la fiabilité ; si cette Cour n'avait pas décidé qu'Anthony Ray Hinton devait bénéficier d'auditions supplémentaires devant une cour de l'État¹¹⁵, il aurait été exécuté plutôt que d'être épargné. À mon avis, la complexité de notre système juridique, notre schéma fédéral distinguant les juridictions fédérales de celles des États, nos garanties constitutionnelles, notre attachement à la procédure équitable, et, surtout, un besoin particulier de fiabilité et d'équité dans les affaires de peine capitale, rendent une importante « réforme » pro-

¹⁰⁶ *Gregg*, 428 U. S. 153.

¹⁰⁷ *Powell v. Alabama*, 287 U. S. 45, 1932 ; *Wiggins v. Smith*, 539 U. S. 510, 2003 ; *Ake v. Oklahoma*, 470 U. S. 68, 1985.

¹⁰⁸ *Ring*, 536 U. S. 584 ; voir aussi p. 614 (opinion concordante d'avec le jugement du juge Breyer).

¹⁰⁹ *Atkins*, 536 U. S. 304.

¹¹⁰ *Baze*, 553 U. S. 35.

¹¹¹ *Ford v. Wainwright*, 477 U. S. 399, 1986.

¹¹² Voir notamment *O'Neal v. McAninch*, 513 U. S. 432, 1995.

¹¹³ Mais voir plus haut l'opinion concordante du juge Scalia.

¹¹⁴ Voir notamment *Zant v. Stephens*, 462 U. S. 862, 885, 1983 ; *Kyles v. Whitley*, 514 U. S. 419, 422, 1995 (« [Notre] devoir de rechercher l'erreur constitutionnelle avec un soin minutieux n'est jamais plus exigeant que dans un cas de peine capitale », sans les guillemets dans le texte) ; *Thompson*, 556 U. S., p. 1116 (déclaration de Stevens : « Le procès judiciaire prend du temps, mais le taux d'erreur dans les cas de peine capitale illustre cette nécessité »).

¹¹⁵ *Hinton v. Alabama*, 571 U. S.

céduale pour réduire les délais à un niveau acceptable peu probable en pratique.

Et cet état de fait crée un dilemme : un système appliquant la peine de mort qui recherche l'équité procédurale et la fiabilité entraîne avec sa lenteur une aggravation considérable de la cruauté de la peine capitale et atteint de manière significative la logique qui impose la peine de mort comme la première des punitions¹¹⁶. Mais un système de peine capitale qui minimise les délais anéantirait les efforts du système juridique pour assurer la fiabilité et l'équité des procédures.

Dans ce monde, ou au moins dans cette Nation, nous pouvons avoir une peine de mort qui poursuit potentiellement au minimum une finalité pénologique légitime *ou* un système procédural qui vise potentiellement au minimum la fiabilité et l'équité dans l'application de la peine de mort. Nous ne pouvons avoir les deux. Et ce simple fait, démontré de manière convaincante au fil des quarante dernières années, appuie fortement l'affirmation selon laquelle la peine de mort viole le Huitième amendement. Un système de peine capitale qui est ou peu fiable ou injuste sur le plan procédural violerait le Huitième amendement¹¹⁷. Il en va de même pour un système qui, s'il est fiable et équitable dans l'application de la peine de mort, ne poursuivrait pas un objectif pénologique légitime¹¹⁸.

IV. « EXCEPTIONNEL » – LE DÉCLIN DU RECOURS À LA PEINE DE MORT

Le Huitième amendement interdit les châtiments qui sont cruels et *exceptionnels*. L'an passé, en 2014, sept États seulement ont procédé à une exécution. Peut-être plus significatif encore, au cours des deux dernières décennies, l'application et l'exécution de la peine de mort sont devenues progressivement exceptionnelles. Je peux illustrer ce déclin significatif de l'utilisation de la peine de mort de plusieurs manières.

L'étude de la trajectoire du nombre des condamnations à mort annuelles dans l'ensemble du pays de 1970 à nos jours est un bon point de départ. En 1977 – juste après que la Cour suprême a affirmé clairement que, en modifiant leurs lois, les États pouvaient réinstaurer la peine de mort –, cent trente-sept personnes ont été condamnées à la peine capitale¹¹⁹. Le nombre de condamnations à mort a augmenté après que de nombreux États ont modifié leurs lois sur la peine de mort pour répondre aux exigences de l'arrêt *Furman*. Entre 1986 et 1999, deux cent quatre-vingt-six personnes en

¹¹⁶ Voir *Knight*, 528 U. S., 998 (opinion dissidente du juge Breyer sous le *denial of certiorari* : l'une des premières causes de la lenteur est « l'échec des États dans l'application de procédures constitutionnelles suffisantes au moment de la condamnation ou de la décision initiales »).

¹¹⁷ *Woodson*, 428 U. S., 305 (*plurality opinion*) ; *Hall*, 572 U. S., 22 ; *Roper*, 543 U. S., 568.

¹¹⁸ *Furman*, 408 U. S., at 312 (opinion concordante du juge White) ; *Gregg*, *op. cit.*, p. 183 (opinion conjointe des juges Stewart, Powell et Stevens) ; *Atkins*, *op. cit.*, p. 319.

¹¹⁹ BJS 2013 Stats, p. 19 (tableau 16).

moyenne ont été condamnées à mort chaque année¹²⁰. Mais, il y a environ quinze ans, les nombres ont commencé à baisser, et ils ont rapidement décliné depuis¹²¹. En 1999, deux cent soixante-dix-neuf personnes furent condamnées à mort¹²². L’an passé, seules soixante-treize personnes l’ont été¹²³.

Cette tendance à une baisse significative au cours des quinze dernières années se vérifie aussi au regard du nombre des exécutions annuelles¹²⁴. En 1999, quatre-vingt-dix-huit personnes furent exécutées¹²⁵. L’an passé, ce nombre n’était que de trente-cinq¹²⁶.

Nous pouvons ensuite examiner les données au niveau des États. Quand elle a souvent observé si une pratique de châtement était, en un sens constitutionnel, « exceptionnelle », cette Cour a pris en compte le nombre d’États engagés dans cette pratique¹²⁷. À cet égard, le nombre des États actifs du point de vue des exécutions a considérablement chuté. En 1972, quand la Cour a rendu l’arrêt *Furman*, la peine de mort était en vigueur dans quarante-et-un États. Neuf États l’ont abolie¹²⁸. À l’heure actuelle, dix-neuf États ont aboli la peine capitale (de même que le District de Columbia), bien que certains ne l’aient fait que de manière prospective¹²⁹. Dans onze autres États qui maintiennent la peine dans les textes, aucune exécution n’a eu lieu depuis plus de huit ans : Arkansas (dernière exécution en 2005) ; Californie (2006) ; Colorado (1997) ; Kansas (aucune exécution depuis que la peine de mort a été réinstaurée en 1976) ; Montana (2006) ; Nevada (2006) ; New Hampshire (aucune exécution depuis que la peine de mort a été réinstaurée en 1976) ; Caroline du Nord (2006) ; Oregon (1997) ; Pennsylvanie (1999) et le Wyoming (1992)¹³⁰.

En conséquence, trente États ont aboli formellement la peine de mort ou n’ont pas procédé à des exécutions depuis plus de huit ans. Sur les vingt États qui ont procédé à au moins une exécution au cours des huit dernières années, neuf en ont réalisé moins de cinq au cours de la même période, faisant de l’exécution dans ces États un événement plutôt rare¹³¹. Il est donc

¹²⁰ BJS 2013 Stats, p. 14, 19 (tableaux 11 et 16).

¹²¹ Voir l’annexe A ci-dessous (décisions entre 1977 et 2014).

¹²² BJS 2013 Stats, p. 19 (tableau 16).

¹²³ DPIC, *The Death Penalty in 2014 : Year End Report 1* (2015).

¹²⁴ Annexe B (exécutions entre 1977 et 2014)

¹²⁵ BJS, *Data Collection : National Prisoner Statistics Program* (BJS Prisoner Statistics) (disponibles dans les dossiers du greffe de la Cour).

¹²⁶ DPIC, *The Death Penalty in 2014, op. cit.*, p. 1.

¹²⁷ *Atkins*, 536 U. S., p. 313–316 ; *Roper, op. cit.*, p. 564–566.

¹²⁸ E. MANDERY, *A Wild Justice : The Death and Resurrection of Capital Punishment in America*, New York, W.W. Norton & Company, 2013, p. 145.

¹²⁹ DPIC, *States With and Without the Death Penalty*, <http://www.deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>.

¹³⁰ DPIC, *Executions by State and Year*, <http://www.deathpenaltyinfo.org/node/5741>.

¹³¹ BJS Prisoner Statistics (Delaware, Idaho, Indiana, Kentucky, Louisiane, Dakota du Sud, Tennessee, Utah, Washington).

juste d'affirmer que la peine de mort n'est pas « exceptionnelle » dans seulement onze États. Et seuls trois d'entre eux (Texas, Missouri et Floride) procèdent à 80 % de l'ensemble des exécutions nationales (vingt-huit sur les trente-cinq) en 2014¹³². De fait, l'an passé, sept États seulement ont procédé à des exécutions¹³³. En d'autres termes, dans quarante-trois États, personne n'a été exécuté.

Sur le plan démographique, si nous nous demandons combien d'Américains vivent dans un État qui, au moins occasionnellement, pratique une exécution (au moins une au cours des trois précédentes années), la réponse était de 60 % ou 70 % il y a vingt ans. Aujourd'hui, ce chiffre est de 33 %¹³⁴.

Dans le même temps, l'utilisation de la peine de mort est devenue géographiquement toujours plus concentrée. Les données comté par comté sont édifiantes pour les décisions de condamnation à mort qui sont généralement prononcées au niveau d'un comté. Les statistiques des décisions rendues à ce niveau montrent que, entre 1973 et 1997, soixante-six des trois mille cent quarante-trois comtés américains ont représenté environ 50 % de toutes les condamnations à mort prononcées¹³⁵. Au début des années 2000, la peine de mort était pratiquée de manière active dans un très faible nombre de comtés ; entre 2004 et 2009, trente-cinq comtés seulement ont prononcé au moins cinq condamnations, c'est-à-dire environ une par an¹³⁶. Et les données les plus récentes montrent que la pratique a encore diminué : entre 2010 et 2015 (jusqu'au 22 juin), seuls quinze comtés ont prononcé au moins cinq condamnations à mort¹³⁷. En résumé, le nombre des comtés actifs en matière de peine de mort est faible et tend à baisser encore. Et les statistiques globales des exécutions au niveau des comtés le confirment. Entre 1976 et 2007, il n'y eu aucune exécution dans 86 % des comtés Américains¹³⁸.

En résumé, si nous observons les États, il n'y a pas de peine de mort effective dans plus de 60 % d'entre eux, dans 18 % l'exécution est rare et exceptionnelle, et 6 %, c'est-à-dire trois États, procèdent à 80 % des exécutions. Si nous observons la population, environ 66 % de la Nation vit dans

¹³² DPIC, *Number of Executions by State and Region Since 1976*, <http://www.deathpenaltyinfo.org/numberexecutions-state-and-region-1976>.

¹³³ DPIC, *Executions by State and Year*, *op. cit.* ; DPIC, *Death Sentences in the United States From 1977 by State and by Year*, <http://www.deathpenaltyinfo.org/death-sentences-unitedstates-1977-2008>

¹³⁴ Voir annexe C.

¹³⁵ J.S. LIEBMAN & P. CLARKE, « Minority Practice, Majority's Burden: The Death Penalty Today », art. cité, p. 264-265, 266 (les comtés représentant 10 % de la population nationale ont rendu 43 % de l'ensemble des condamnations à mort).

¹³⁶ Voir annexe D (ces comtés sont en rouge) ; M. FORD, « The Death Penalty's Last Stand, The Atlantic », 21 avril 2015.

¹³⁷ Voir annexe E.

¹³⁸ J.S. LIEBMAN & P. CLARKE, « Minority Practice, Majority's Burden: The Death Penalty Today », art. cité, p. 265-266, et n. 47 ; (les comtés représentant moins de 5 % de la population nationale ont procédé à plus de la moitié des exécutions entre 1976 et 2007).

un État qui n'a pas procédé à une exécution dans les trois dernières années. Et si nous observons les comtés, dans 86 % d'entre eux la peine de mort n'est pas effective. Il semble exact d'affirmer que la peine de mort aux États-Unis est aujourd'hui exceptionnelle, du moins si on considère la Nation comme un tout¹³⁹.

Par ailleurs, nous avons estimé que « ce n'est pas tant le nombre de ces États qui est significatif, que la cohérence du sens de l'évolution¹⁴⁰ ». Ainsi jugée, la peine de mort est devenue exceptionnelle. Sept États l'ont abolie dans les dix dernières années, dont le Nebraska récemment¹⁴¹. Et plusieurs États ont failli éliminer la peine de mort à une voix près¹⁴². Onze États, comme noté plus haut, n'ont exécuté personne en huit ans ; de nombreux autres ont formellement arrêté d'exécuter des prisonniers¹⁴³.

Le sens de l'évolution est en outre cohérent. Dans les deux dernières décennies, aucun État abolitionniste n'a voté une loi pour la réinstaurer¹⁴⁴. En réalité, même dans de nombreux États les plus souvent associés à la peine de mort, des changements remarquables se sont produits. Au Texas, l'État qui a procédé au plus grand nombre d'exécutions, le nombre de ces dernières est passé de quarante en 2000 à dix en 2014, et le nombre des condamnations à mort est passé de quarante-huit en 1999 à neuf en 2013 (et aucune jusqu'en 2015¹⁴⁵).

¹³⁹ Voir *Furman*, 408 U. S., 311, 1972 (opinion concordante du juge White) : Les exécutions pourraient être réalisées de manière si mineure qu'elles « mettraient un terme à la crédibilité de l'effet dissuasif ou contribuer sensiblement à la fin du châtement dans le système de justice criminelle [...] Quand l'infliction de la peine atteint un certain degré de rareté, il devient improbable que le besoin général de la punition puisse être effectivement satisfait ».

¹⁴⁰ *Roper*, 543 U. S., 566 (citant *Atkins*, *op. cit.*, 315) (il est significatif que cinq États aient abandonné la peine de mort sur mineurs, quatre par la voie législative et un par la voie judiciaire, depuis la décision de la Cour suprême *Stanford v. Kentucky*, 492 U. S. 361, 1989).

¹⁴¹ DPIC, *States With and Without the Death Penalty*, *op. cit.*

¹⁴² K.Q. SEELYE, « Measure to Repeal Death Penalty Fails by a Single Vote in New Hampshire Senate », *N. Y. Times*, 17 avril 2014, p. A12 ; M. DENNISON, « House Deadlocks on Bill To Abolish Death Penalty in Montana », *Billings Gazette*, 23 février 2015 ; voir aussi J. OFFREDO, « Delaware Senate Passes Death Penalty Repeal Bill », *Delaware News Journal*, 3 avril 2015.

¹⁴³ W. YARDLEY, « Oregon's Governor Says He Will Not Allow Executions », *N. Y. Times*, 23 novembre 2011, p. A14 (Oregon) ; Gouverneur du Colorado, Exec. Order No. D2013-006, 22 mai 2013 (Colorado) ; I. LOVETT, « Executions Are Suspended by Governor in Washington », *N. Y. Times*, 12 février 2014, p. A12 (Washington) ; S. BEGLEY, « Pennsylvania Stops Using the Death Penalty », *Time*, 13 février 2015 (Pennsylvania) ; voir aussi A. WELSH-HUGGINS, « Associated Press, Ohio Executions Rescheduled », 30 janvier 2015 (Ohio).

¹⁴⁴ *Atkins*, *op. cit.*, 315-316 ; DPIC, *States With and Without the Death Penalty*, *op. cit.*

¹⁴⁵ DPIC, *Executions by State and Year*, *op. cit.* ; BJS, T. SNELL, *Capital Punishment*, Washington, U.S. Dept. of Justice 1999, p. 6 (tableau 5) (ci-dessous BJS 1999 Stats) ; BJS 2013 Stats, 19 (tableau 16) ; D. VON DREHLE, « Bungled Executions, Backlogged Courts, and Three More Reasons the Modern Death Penalty Is a Failed Experiment », *Time*, 8 juin 2015, p. 26. Une baisse sensible similaire s'observe en Virginie, Oklahoma, Missouri, et Caroline du Nord. BJS 1999 Stats, 6 (tableau 5) ; BJS 2013 Stats, 19 (tableau 16).

Peut-être ces données reflètent-elles le fait que les Américains, amenés à choisir entre la peine de mort et la perpétuité incompressible, choisissent aujourd'hui la seconde¹⁴⁶.

Je m'appuie essentiellement sur des événements nationaux et non étrangers pour souligner les évolutions et éléments qui tendent à justifier l'argument selon lequel la peine de mort, sur le plan constitutionnel, est « exceptionnelle ». Ces données sont suffisantes pour reconsidérer la constitutionnalité de la peine capitale. Je note, par ailleurs, que de nombreuses nations – quatre-vingt-quinze des cent quatre-vingt-treize membres des Nations Unies – ont formellement aboli la peine de mort et quarante-deux autres l'ont fait en pratique¹⁴⁷. En 2013, seuls vingt-deux pays dans le monde ont procédé à des exécutions¹⁴⁸. Aucune n'a eu lieu en Europe ou en Asie centrale, les États-Unis étant le seul pays du continent américain à exécuter un prisonnier en 2013¹⁴⁹. Seuls huit pays ont donné la mort à plus de dix personnes (les États-Unis, la Chine, l'Iran, l'Iraq, et l'Arabie Saoudite¹⁵⁰). Et près de 80 % de toutes les exécutions répertoriées ont eu lieu dans trois pays : l'Iran, l'Iraq et l'Arabie Saoudite¹⁵¹.

V.

Je reconnais qu'un important contre-argument favorise la théorie de la constitutionnalité. Nous sommes un tribunal. Pourquoi ne devrions-nous pas laisser ce domaine au peuple agissant démocratiquement à travers les pouvoirs législatifs ? La Constitution régit un pays qui doit prendre les décisions plus importantes de manière démocratique. La plupart des Nations qui ont aboli la peine de mort l'ont fait par une loi, non par une décision judiciaire. Et les parlementaires, contrairement aux juges, sont libres de prendre

¹⁴⁶ R. WILSON, « Support for Death Penalty Still High, But Down », *Washington Post*, GovBeat, 5 juin 2014, www.washingtonpost.com/blogs/govbeat/wp/2014/06/05/support-for-death-penalty-still-high-but-down ; voir aussi ALI, *Report of the Council to the Membership on the Matter of the Death Penalty* 4 (15 avril 2009) [...] ; voir *Gregg*, 428 U. S., 193–194 (opinion conjointe des juges Stewart, Powell, et Stevens) (s'appuyant en partie sur le *Model Penal Code* (NDT : de *l'American Law Institute*) pour conclure qu'un « projet de loi rédigé soigneusement » pourrait satisfaire les préoccupations relatives à l'arbitraire exprimées dans l'arrêt *Furman*).

¹⁴⁷ S. OAKFORD, « UN Vote Against Death Penalty Highlights Global Abolitionist Trend – and Leaves the US Stranded », *Vice News*, 19 décembre 2014, <https://news.vice.com/article/un-vote-against-death-penalty-highlights-global-abolitionist-trend-and-leaves-theus-stranded>.

¹⁴⁸ *International Commission Against Death Penalty*, Review 2013, p. 2-3.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵¹ Amnesty International, *Death Sentences and Executions*, 2013, p. 3 (2014) (ce chiffre n'englobe pas la Chine, dotée d'une très importante population, mais pour laquelle les données précises ne peuvent être obtenues, *ibid.*, p. 2).

en compte des éléments tels que les coûts financiers, dont je ne prétends pas qu'ils ne sont pas pertinents en l'espèce¹⁵².

La réponse est que les questions que nous avons évoquées, comme l'absence de fiabilité, l'application arbitraire d'un grave et irréversible châtement, la souffrance engendrée par la longueur des délais et l'absence d'une finalité pénologique sont par essence des questions judiciaires. Elles concernent l'infliction – en réalité, une infliction injuste, cruelle et exceptionnelle – d'un châtement grave sur un individu. Je reconnais qu'en 1972 cette Cour, en un certain sens, s'est tournée vers le Congrès et les lois des États dans sa recherche de standards qui auraient pu améliorer l'équité et la fiabilité de l'application de la peine de mort. Les Congrès des États ont réagi. Mais, dans les quarante dernières années, l'accumulation de nombreuses données ont prouvé que ces réponses n'avaient pas fonctionné.

Nous sommes donc face à une responsabilité juridictionnelle. Le Huitième amendement formule le droit pertinent, et nous devons interpréter le droit¹⁵³. Nous avons clairement jugé que « la Constitution prévoit qu'à la fin, notre propre jugement sera utilisé pour la question de l'acceptabilité de la peine de mort sous l'empire du Huitième amendement¹⁵⁴ ».

Pour les raisons qui expliquent que j'ai formulé cette opinion, je crois que la peine de mort viole le Huitième amendement de façon hautement probable. La Cour devrait à tout le moins faire un état des lieux complet sur cette question fondamentale.

Avec respect, je suis dissident.

¹⁵² Voir notamment M. BERMAN, « Nebraska Lawmakers Abolish the Death Penalty, Narrowly Overriding Governor's Veto », *Washington Post Blog*, Post Nation, 27 mai 2015 (citant le coût financier comme étant l'une des raisons pour lesquelles le Congrès du Nebraska a récemment abrogé la peine de mort) ; voir California Commission on the Fair Administration of Justice, *Report and Recommendations on the Administration of the Death Penalty in California*, 117, 30 juin 2008 (la peine de mort coûte à la Californie 137 millions de dollars par an ; un système comparable d'emprisonnement à vie sans libération conditionnelle coûterait 11.5 millions par an), <http://www.ccfaj.org/rrdp-official.html> ; S.V. DÁTE, « The High Price of Killing Killers », *Palm Beach Post*, 4 janvier 2000, p. 1A (le coût de chaque exécution est de 23 millions de dollars de plus qu'une peine de prison à perpétuité en Floride).

¹⁵³ Voir *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 177 (1803) ; *Hall v. Florida*, 572 U. S. (2014), « cet exercice d'un jugement indépendant est du devoir judiciaire de la Cour ».

¹⁵⁴ *Ibid.*, citant *Coker v. Georgia*, 433 US 584, 597 (1977, *plurality opinion*) ; voir aussi *Thompson v. Oklahoma*, 487 US 815, 833, n°40 (1988, *plurality opinion*).

Antonin Scalia

GLOSSIP ET AL. V. GROSS ET AL. NO. 14-7955, 576 U.S. (2015)

OPINION CONCORDANTE

Traduction inédite par Wanda Mastor

Opinion concordante du juge Scalia à laquelle adhère le juge Thomas

Je rejoins l'opinion de la Cour, et écris pour répondre au plaidoyer du juge Breyer pour l'abolition judiciaire de la peine de mort.

Bienvenue dans un jour sans fin (*welcome to Groundhog Day*). La scène est familière : les requérants, condamnés à mourir pour les crimes qu'ils ont commis (dont, pour le cas de l'un d'entre eux, le viol et le meurtre d'un bébé âgé de 11 mois), viennent devant cette Cour pour nous demander d'annuler leurs condamnations au motif qu'elles sont « cruelles et exceptionnelles » en vertu du Huitième amendement. Ils s'appuient sur cette disposition parce qu'elle est l'unique sur laquelle ils *peuvent* s'appuyer. Ils ont été inculpés de meurtre par un État souverain. Ils ont bénéficié d'une défense et ont été jugés par leurs pairs – à deux reprises, une fois pour juger s'ils étaient coupables et une autre pour déterminer si la mort était la sentence appropriée. Ils furent déclarés coupables et condamnés. Ils obtinrent le droit de faire appel et de demander l'allègement de la peine, d'abord devant l'État puis devant la Cour fédérale. Et maintenant, reconnaissant que leurs condamnations sont incontestables, ils espèrent notre clémence, comme s'il nous appartenait de la donner.

La réponse est également familière : une minorité bruyante de la Cour, agitant au-dessus de sa tête une rame des études abolitionnistes les plus récentes (un genre surabondant) comme s'il avait découvert les folios perdus de Shakespeare, insiste sur le fait que *maintenant*, enfin, la peine de mort doit être abolie pour de bon. Rappelez-vous que pas une fois dans l'histoire de la République américaine cette Cour n'a suggéré que la peine de mort était absolument inacceptable. La raison est évidente : il est impossible de juger inconstitutionnel ce que la Constitution *prévoit* de manière explicite. Le Cinquième amendement dispose que « Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un grand jury », et nul ne sera « privé de sa vie [...] sans procédure légale régulière ». Le juge Breyer joue néanmoins aujourd'hui le rôle des abolitionnistes dans ce drame éternel, arguant que le texte de la Constitution et deux siècles d'histoire doivent céder devant ses « vingt ans d'expérience de cette Cour », et invitant à un état des lieux complet sur la validité de la peine capitale.

Historiquement, le Huitième amendement fut compris comme l'interdiction exclusive des châtiments qui ajoutaient de « la terreur, la souff-

france, ou le déshonneur » à une condamnation à mort par ailleurs valide¹. Plutôt que de s'encombrer de ce troublant détail, le juge Breyer choisit de tordre le texte constitutionnel. Redéfinissant le terme « cruel » au sens de « non fiable », « arbitraire », ou engendrant des « délais excessifs », et celui d'« exceptionnel » comme signifiant « la baisse de l'utilisation », il continue d'offrir une page blanche exempte de tout argument juridique sérieux.

Même en acceptant la réécriture du Huitième amendement par le juge Breyer, son argument est rempli de contradictions internes et (ce doit être dit) est un charabia. Il dit que la peine de mort est cruelle parce qu'elle n'est pas fiable ; mais ce sont les *condamnations*, et non les *châtiments*, qui ne sont le pas. En outre, la « pression sur la police, les procureurs, et les jurés pour obtenir une condamnation » dont il estime qu'elle accroît le risque de condamnations arbitraires dans des affaires de peines capitales, découle de la nature du crime, pas de la peine qui suit sa commission. Le juge Breyer le reconnaît d'ailleurs : « les crimes en cause dans les affaires de peine capitale sont typiquement des meurtres horribles, accompagnés d'une forte pression sociale ». Cette même pression pourrait exister, de même que le risque de condamnations erronées, si les horribles affaires de peine capitale étaient converties en de toutes autres horribles affaires de prison à perpétuité incompressible. La réalité est que tout défendeur innocent est infiniment dans de meilleures conditions pour faire appel d'une condamnation à mort plutôt que d'une condamnation à la perpétuité (point que reconnaît encore le juge Breyer : « les tribunaux (ou les Gouverneurs des États) sont cent trente fois plus enclins à disculper un défendant quand la peine de mort est en cause »). Le condamné à mort obtiendra une assistance infinie de la part du lobby abolitionniste (et du favoritisme de la part des juges abolitionnistes), pendant que le condamné à perpétuité languit incognito derrière les barreaux.

Le juge Breyer dit ensuite que la peine de mort est cruelle parce qu'elle est arbitraire. Pour prouver ce point, il évoque une étude de 205 affaires qui « ont mesuré la “monstruosité” du comportement du meurtrier » par « un système de mesures », et « a comparé ladite monstruosité du comportement des 9 meurtriers condamnés à mort à celle des 196 cas restants (qui ne furent pas condamnés à mort) ». Si seulement Aristote, Thomas d'Aquin et Hume savaient que la philosophie morale pouvait être si soigneusement distillée dans un « système de mesures » compilé au format d'un *vade mecum* ! Bien sûr elle ne le peut pas : la monstruosité est un jugement moral susceptible de peu de règles absolues. Plus important, la monstruosité du crime est seulement l'un des nombreux facteurs qui rendent le châtiment juste – culpabilité, capacité de réhabilitation, et besoin de la dissuasion sont également essentiels.

C'est pourquoi cette Cour a exigé la prise en compte individualisée de toutes les circonstances atténuantes, plutôt que l'application stéréotypée de quelque test de monstruosité.

C'est parce que ces questions sont contextuelles et ne reçoivent pas de réponses simples que nous faisons confiance aux jurys pour rendre des ju-

¹ *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35, 96, 2008 (opinion concordante d'avec le jugement du juge Thomas).

gements sur les personnes et les crimes qu'ils ont à connaître. Le fait que ces jugements peuvent varier d'un cas à l'autre est une conséquence inévitable du procès par un jury, qui est la pierre angulaire de la procédure juridique anglo-américaine. Mais quand un châtement est autorisé par la loi – si vous tuez vous êtes passible de la mort –, le fait que certains défendeurs obtiennent la clémence de leur jury ne rend pas plus le châtement sous-jacent « cruel » que le fait que certains coupables ne sont jamais arrêtés, jamais jugés, sont acquittés ou pardonnés.

La troisième raison pour laquelle le juge Breyer considère la peine de mort cruelle est qu'elle entraîne un retard, et que par conséquent (1) elle oblige les détenus à rester dans le couloir de la mort pendant de longues périodes et (2) porte atteinte aux justifications pénologiques de la peine de mort. Le premier point est un non-sens. La perpétuité incompressible est une période bien plus longue que l'attente dans le couloir de la mort ; et si l'objection est que ledit couloir est un environnement plus confiné, la solution pourrait être de modifier ce dernier plutôt que d'abolir la peine de mort. Il en va de même pour l'argument selon lequel le délai porterait atteinte à la logique pénologique de la peine capitale : en insistant sur le fait que « la plus importante alternative à la peine capitale – à savoir la perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle – neutralise tout autant », le juge Breyer oublie apparemment que l'un des plaignants *dans cette affaire* était déjà en prison quand il a commis le meurtre qui l'a conduit dans le couloir de la mort. Le juge Breyer affirme en outre que « tout intérêt pour la punition ne peut en aucun cas être satisfait par la peine de mort telle qu'elle est actuellement administrée, que cet intérêt peut être presque aussi bien contenté par la prison à perpétuité incompressible ». Mon Dieu. S'il pense que la peine de mort n'est pas beaucoup plus sévère (et donc pas beaucoup plus punitive), pourquoi est-il si désireux de s'en débarrasser ? Avec tout mon respect, le fait de savoir si la peine de mort et l'emprisonnement à vie constituent un châtement plus ou moins équivalent est une question nettement supérieure à celle de la rémunération des juges. Peut-être le juge Breyer est-il plus tolérant – ou plus éclairé – que ceux qui, comme Kant, croient que la mort est la seule punition juste pour qui a pris une vie. Je n'oserais pas dire à des parents dont la vie a été brisée pour toujours par le meurtre brutal d'un enfant que l'emprisonnement à vie est une punition suffisante.

Et finalement, le juge Breyer spéculé qu'il ne « semble pas probable » que la peine de mort ait un effet dissuasif « significatif ». Cela me paraît à moi très probable, comme le prouvent des études statistiques². Mais nous, les juges fédéraux, vivons dans un monde distinct de celui de la grande ma-

² Voir notamment P.R. ZIMMERMAN, « State Executions, Deterrence, and the Incidence of Murder », *J. Applied Econ.*, 7, 2004 (p. 166 : « on estime que chaque exécution dans un État dissuade approximativement 14 meurtres en moyenne par an ») ; H. DEZHBAKHSH, P.H. RUBIN, & J.M. SHEPHERD, « Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Post-Moratorium Panel Data », *Am. L. & Econ. Rev.*, 5, 2003 (« Chaque exécution est la conséquence, en moyenne, de moins de 18 meurtres par an ») ; C.R. SUNSTEIN & A. VERMEULE, « Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs », *Stan. L. Rev.*, 58, 2005 (p. 713 : « Dans l'ensemble, la preuve récente d'un effet dissuasif de la peine capitale semble spectaculaire, spécialement à la lumière de sa puissance et du sentiment unanime »).

jorité des Américains. Après le travail, nous retournons dans des maisons de banlieues résidentielles ou des cages dans des gratte-ciel avec des vigiles devant la porte. Nous ne sommes pas confrontés à la menace de la violence qui est toujours présente dans la vie quotidienne de tant d'Américains. La proposition selon laquelle l'effet dissuasif incrémental du châtement capital ne semble pas « significatif » reflète, me semble-t-il, un défaut de mémoire du style « qu'ils mangent de la brioche ! » vis-à-vis des besoins des autres. Laissons le peuple décider quelle dissuasion incrémentale est pertinente.

Bien sûr, ce délai est un problème pour la Cour elle-même. Comme le juge Breyer l'admet, pendant plus de 160 ans, les condamnations à mort furent exécutées en moyenne dans les deux ans ou moins. Mais en 2014, il nous dit que cela a pris en moyenne 18 ans. Que s'est-il passé dans les années intermédiaires ? Rien d'autre que la prolifération d'un labyrinthe de restrictions de la peine de mort, édictée par cette Cour en vertu de l'interprétation du Huitième amendement qui l'habilite à prédire « les standards évolutifs de décence qui sont la marque d'une société évoluée³ » – une tâche pour laquelle nous sommes éminemment mal armés. De fait, durant les deux décennies passées, le juge Breyer a été le tambour-major de cette parade. Son invocation des délais consécutifs comme motifs d'abolition de la peine de mort conduisent à ne pas perdre de vue l'homme condamné à mort pour avoir tué ses parents, qui plaide la clémence au motif qu'il est orphelin. Amplifiant le surréalisme de son argument, le juge Breyer utilise le fait que de nombreux États ont aboli la peine de mort – l'ont abolie *précisément à cause* des coûts imposés par ces décisions suspectes – pour conclure à son caractère aujourd'hui « exceptionnel » (avertissement au lecteur : n'utilisez pas l'arithmétique créative que le juge Breyer emploie en comptant le nombre d'États qui appliquent la peine de mort quand vous préparez votre prochaine déclaration de revenus ; en-dehors du monde de notre jurisprudence d'inspiration abolitionniste relative au Huitième amendement, elle sera considérée davantage comme une fausse déclaration que comme un calcul).

Si nous devons emprunter le chemin tracé pour nous par le juge Breyer en examinant une fois encore la constitutionnalité de la peine de mort, je demanderais que ce conseil étudie la possibilité que nos arrêts qui, depuis *Trop*, ont abandonné la compréhension historique du Huitième amendement, soient renversés. Cette affaire a causé plus de tort à notre jurisprudence, à notre système fédéral, et à notre société qu'aucune autre qui vient à l'esprit. L'opinion dissidente du juge Breyer est la négation vivante du principe de *Trop* selon lequel cette Cour a la capacité de reconnaître des « standards évolutifs de décence ». À maintes reprises, le Peuple a voté pour exiger que la peine de mort soit la punition des crimes les plus graves. À maintes reprises, cette Cour a confirmé ce choix. Et, à maintes reprises, une minorité bruyante de cette Cour a insisté sur le fait que les choses avaient « radicalement changé », et s'est efforcée de substituer aux jugements du Peuple ses propres standards de décence.

³ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101, 1958 (*plurality opinion*).

La peine capitale soulève des questions morales auxquelles les philosophes, théologiens et hommes d'État sont confrontés depuis des millénaires. Les auteurs de notre Constitution étaient profondément en désaccord sur ce point. Pour cette raison, ils ont géré ce désaccord comme ils l'ont fait pour de nombreuses autres questions controversées : ils ont laissé le Peuple décider. En s'arrogeant le pouvoir de renverser cette décision, le juge Breyer ne rejette pas seulement la peine de mort, il rejette les Lumières.