

ROGER PINTO

La mort devant la Cour suprême

Peine capitale et avortement

La Constitution des Etats-Unis informe la jurisprudence de la Cour suprême en plusieurs amendements adoptés en 1791, il y a deux cents ans. Ces amendements constituent une véritable déclaration des droits et libertés — le *Bill of Rights*. Il a été étendu progressivement aux Etats membres par la Cour suprême en vertu de l'Amendement XIV (1868). La disposition la plus générale porte que « Nul ne sera privé de vie, liberté ou propriété sans garanties suffisantes ». Au-delà des procédures régulières dans l'application de la loi, le pouvoir législatif national et local est ainsi limité dans sa substance même. La Cour suprême, au long des années, définit, on le sait, ses limites — essentiellement depuis le *New Deal* — dans le domaine des droits et libertés de l'individu. On est passé d'un gouvernement des juges à la protection constitutionnelle des droits et libertés contre les majorités politiques et les opinions publiques dominantes. On connaît l'apport de la Cour Warren consolidé sous Burger, frappé d'un certain recul sous Rehnquist.

La persistance du combat pour maintenir un noyau dur des libertés contre l'oppression majoritaire apparaît clairement dans la jurisprudence de la Cour que nous explorerons — peine de mort et avortement — domaines particulièrement sensibles au déchaînement des passions. Nous y constaterons une évolution parallèle, apparemment contradictoire, en tout cas, paradoxale. Plus la jurisprudence protège la vie du fœtus, moins elle protège la vie de l'être humain, de l'étant, en acceptant et en étendant la peine de mort.

Le paradoxe existe au sein de l'opinion publique. Les plus violents partisans de « laissez-les vivre » sont aussi ceux qui défendent avec le plus d'acharnement la peine de mort.

I

L'Amendement V interdit la mise en jugement pour « crime capital » sans acte préalable d'accusation. L'Amendement VIII proscrit d'infliger « un châtement cruel ou anormal ». Les Pères fondateurs n'ont pas aboli la peine de mort. Par contre, ils se sont directement inspirés du *Bill* des droits anglais (1688) et ont entendu mettre fin aux procédures barbares d'instruction et aux supplices condamnés par la philosophie des Lumières. Tout en rejetant les recours fondés sur « la vie » garantie par la clause de *due process* et le caractère « cruel ou anormal » de la peine de mort, ou de ses conditions d'application, la Cour suprême n'en invoquait pas moins la possibilité d'une évolution. Elle considère que les expressions *due process* et « châtement cruel ou anormal » ne sont pas des concepts statiques ou des termes de sens précis. Le premier signe d'une telle évolution apparaît en 1958 dans l'opinion du président de la Cour Warren. A propos de la peine de mort, Warren souligne que l'Amendement VIII tire sa portée du caractère évolutif des « standards de décence qui marquent le progrès de civilisation d'une société ». Mais il constate aussi : « La peine de mort a été utilisée tout au long de notre histoire et, à notre époque, où elle est encore largement acceptée, on ne peut dire qu'elle viole le concept constitutionnel de cruauté. »

Le tournant est pris en 1972 dans l'arrêt *Furman c. Georgie*. Une Cour suprême, très divisée, refuse de prononcer l'inconstitutionnalité de la peine de mort. Les plus modérés, grâce à l'appoint des juges abolitionnistes, l'enserrent dans un réseau serré de conditions telles que les lois en vigueur dans les Etats ne passent pas les tests imposés. L'exécution des condamnés est suspendue en attendant que la législation soit adaptée aux critères établis par la Cour. Certains observateurs américains avaient pu penser que l'arrêt *Furman c. Georgie* supprimait en pratique la peine de mort. Ce ne fut pas le cas. Des « standards » suffisants sont incorporés dans les lois des Etats. En 1976, la Cour suprême peut alors affirmer la constitutionnalité de la nouvelle loi de Georgie.

Tout en statuant au coup par coup et tenant le plus grand compte des circonstances propres à chaque affaire, la Cour

suprême, au cours des dix années qui suivirent, a exercé son contrôle tant sur les cas d'instauration de la peine de mort que sur les conditions de son prononcé. Le contrôle est minimal sur le premier point. La Cour n'accepte pas que la peine de mort soit automatiquement prononcée pour une certaine catégorie de crimes même limitée. Elle applique le « principe de proportionnalité » qui interdit au législateur d'établir la peine de mort pour des infractions dont la gravité est insuffisante pour la justifier — ce qui ne répond pas, au surplus, aux objectifs déclarés de ce châtement : expiation, rétribution, dissuasion. Elle en a ainsi rejeté l'établissement en cas de viol (*Coker c. Georgie*, 1977). Elle a écarté la peine de mort prononcée contre un accusé âgé de 15 ans lors du crime (*Thomson c. Oklaoma*, 1988). Plus récemment, elle est revenue quelque peu en arrière sur ce point (*Stanford c. Kentucky*, 1989). L'incertitude demeure sur l'exécution des arriérés mentaux (*Penry c. Lynaugh*, 1989).

Par contre, la Cour demeure longtemps ferme sur les conditions dans lesquelles la peine de mort est prononcée. La législation en cause ou, si la loi est vague ou ambiguë, la jurisprudence de la Cour suprême de l'Etat doivent respecter les directives suivantes : la peine de mort doit être prononcée (par le jury ou par le juge) au cours d'une audience spéciale suivant la déclaration de culpabilité ; la peine de mort ne peut intervenir d'une manière capricieuse ou arbitraire. D'une part, au moins une ou plusieurs circonstances aggravantes bien énoncées et définies par la loi et la jurisprudence telles que récidive, caractère dépravé, haineux, atroce ou cruel du meurtre, devront être constatées. Mais d'autre part, la loi et la jurisprudence ne peuvent limiter l'examen, par le jury ou le juge, des circonstances atténuantes invoquées par l'accusé reconnu coupable ni leur pouvoir de les prendre en considération.

Ces directives tracent une frontière incertaine et perméable. La personnalité profonde des juges, le contexte odieux du crime puni, les réactions de défense des législatures et de l'opinion publique devant l'accroissement des meurtres ont conduit tout récemment la Cour à accepter des condamnations capitales infligées contrairement aux critères établis depuis 1972.

En 1989, la Cour, dans une opinion rédigée par le juge Sandra O'Connor (*Penry c. Lynaugh*) confirme sa jurisprudence selon laquelle l'Amendement VIII à la Constitution interdit les châtements cruels et extraordinaires tels que les définissent les standards de décence résultant de l'évolution de la société. Ces standards de décence sont exprimés de la façon « la plus claire et la plus sûre »

par le législateur. Ils n'interdisent pas l'exécution d'un arriéré mental. Le président Rehnquist, les juges White, Scalia et Kennedy ont approuvé sur ce point l'opinion de Sandra O'Connor. Ils ne l'ont pas suivie lorsqu'elle relève et décide que la sentence de mort a été prononcée en violation de la procédure requise par la Cour dans sa construction constitutionnelle de l'Amendement VIII.

Les juges Brennan, Marshall, Blackmun et Stevens ont permis la formation d'une majorité de rechange. Ils approuvent, en effet, l'opinion de Sandra O'Connor dans la mesure où elle constate la violation de la procédure constitutionnelle : les instructions de la Cour concernant l'application de la peine de mort n'ont pas permis au jury de prendre en considération l'ensemble des circonstances atténuantes qu'un accusé peut invoquer selon la jurisprudence constante de la Cour. En d'autres termes, par sa seule voix, prépondérante en quelque sorte, Sandra O'Connor a fait juger par la Cour, d'une part, que l'Amendement VIII n'interdisait pas, en principe, la condamnation des arriérés mentaux, et, d'autre part, que cette condamnation ne peut être prononcée qu'après examen de l'ensemble des circonstances atténuantes invoquées par l'accusé. Or, en l'espèce, les instructions de la Cour n'avaient pas clairement indiqué au jury ses pouvoirs et ses obligations constitutionnelles.

Par contre, ces quatre juges ont exprimé leur dissentiment sur l'interprétation donnée par l'autre majorité. Brennan, approuvé par Marshall, estime que l'Amendement VIII n'autorise pas la condamnation à mort des arriérés mentaux.

Cette même année 1989, Sandra O'Connor rejoint les quatre juges « conservateurs » lorsque, par la voix de Scalia, ils décident que l'Amendement VIII n'interdit pas de prononcer la peine de mort contre des adolescents. Comme dans l'affaire *Penry*, la majorité considère que les adolescents ne constituent pas plus que les arriérés mentaux une catégorie particulière pour laquelle la peine de mort serait un châtiment cruel ou extraordinaire. Ils suivent le droit constitutionnel commun (*Stanford c. Kentucky*).

Dans deux affaires décidées en 1990, le juge O'Connor continue de jouer le rôle de pivot en ralliant à nouveau les « conservateurs ». La Cour interprète d'une façon beaucoup plus lâche, sans pourtant en écarter le principe, les critères constitutionnels rigoureux d'application de la peine de mort.

Cinq juges sont d'accord pour admettre la constitutionnalité des critères des circonstances aggravantes posés par la loi d'Arizona tels qu'ils sont définis et mis en œuvre par la jurisprudence de la Cour suprême de l'État : le meurtre a été commis pour de l'argent ou d'une

manière haineuse ou cruelle ou dépravée (*Walton c. Arizona*). Ils se refusent à réexaminer la détermination de la Cour suprême d'Arizona selon laquelle la peine de mort n'a pas été appliquée d'une façon disproportionnée au sens de l'Amendement VIII. D'une part, la circonstance aggravante retenue est définie par la jurisprudence de la Cour suprême d'Arizona d'une façon suffisamment précise, ce qui ne rend pas nécessaire constitutionnellement l'examen de « proportionnalité ». D'autre part, la Cour suprême d'Arizona a procédé « de bonne foi » : « la Constitution n'exige pas que [la Cour suprême] aille... au-delà de cette conclusion ». Quatre juges expriment une opinion dissidente. Pour Brennan approuvé par Marshall, dans ses dernières décisions, la Cour fait bon marché, et ici de la façon la plus cavalière, de la jurisprudence des vingt dernières années exigeant une enquête très soigneuse de sa part. La Cour ne s'assure pas, par un examen approfondi, que la peine de mort n'a pas été prononcée « par fantaisie, préjugé ou erreur », comme l'avait déclaré Sandra O'Connor en 1982. Aujourd'hui, elle manifeste « une préoccupation opposée et ouvre aux Etats la possibilité d'exécuter des accusés avec la plus petite interférence possible de notre doctrine établie concernant le VIII^e Amendement ». De son côté, le juge Blackmun, approuvé par Brennan, Marshall et Stevens, considère que la définition des circonstances aggravantes fournie par la loi et précisée par la jurisprudence de la Cour suprême d'Arizona ne répond pas aux exigences constitutionnelles imposées par le VIII^e Amendement. La majorité avait distingué, on l'a vu, les « précédents » faisant autorité : *Godfrey c. Georgie* (1980) et *Maynard c. Carthwright* (1988) par deux motifs. D'une part, la peine de mort est prononcée ici par un juge professionnel. Blackmun n'en disconvient pas. Mais par une analyse serrée de la jurisprudence de la Cour suprême d'Arizona, il constate qu'elle n'a fixé aucune limite significative à la portée de la formule législative en soi inconstitutionnelle. Pour distinguer les précédents, la majorité avait invoqué un second motif. La Cour suprême d'Arizona, dans ce cas particulier, a appliqué aux faits constatés une définition limitative satisfaisante de la circonstance aggravante. Elle a pu, selon la majorité, en conclure d'une façon indépendante et directe que le meurtre était « spécialement cruel ». Blackmun rejette cette argumentation.

La majorité de la Cour, dont Scalia se sépare, n'est pas unanime sur un élément fondamental de la jurisprudence établie : le jury ou le juge qui prononce la peine de mort ne peut, sous peine d'inconstitutionnalité, se voir interdire de prendre en considération l'existence de circonstances atténuantes, ni se voir imposer de prononcer automatiquement la peine de mort.

Cette jurisprudence est confirmée par un arrêt du même jour (*Arizona c. Jeffers*). La Cour infirme l'arrêt d'une cour d'appel fédérale qui avait déclaré inconstitutionnelle la définition par la législation de l'Arizona, des circonstances aggravantes, sinon dans son principe, au moins dans les circonstances où elle avait été appliquée à un accusé pour le condamner à mort.

Il n'est pas indifférent de souligner que l'opinion de la Cour a été prononcée par Sandra O'Connor. Elle rappelle avec force les principes constitutionnels fondamentaux de la jurisprudence de la Cour, même si dans le cas particulier, leur application conduit à reconnaître la constitutionnalité de la peine de mort prononcée. De son côté, l'opinion dissidente de Blackmun reprend et approfondit sa démonstration dans l'affaire *Walton* sur l'absence, dans la législation et la jurisprudence d'Arizona, des précisions suffisantes requises par le VIII^e Amendement pour définir rigoureusement le concept de circonstance aggravante. Il considère que la Cour a encore aggravé sa tendance à examiner les moyens constitutionnels présentés par les condamnés à la peine capitale d'une façon superficielle.

Le régime constitutionnel actuel de la peine de mort a conduit à un véritable chaos. Le rôle des préjugés inconscients des magistrats et des jurés, les appréciations divergentes des faits, le contexte généralement horrible des crimes et l'augmentation constante de leur nombre, l'appartenance des accusés à une minorité raciale ou marginale, les inégalités extrêmes dans leur défense, la multiplication possible des procédures, le maintien durant de très longues années des condamnés dans le couloir de la mort, contribuent à faire de l'application de la peine capitale un système où se perdent les objectifs affirmés du châtement suprême : expiation, rétribution, exemplarité, dissuasion.

Le juge Powel qui a pris une part prépondérante à l'élaboration de la jurisprudence de la Cour a jeté un cri d'alarme (*Capital Punishment, Harvard Law Review*, 1989). Les fondements mêmes de la peine de mort — rétribution et dissuasion — sont défaits. Un remède pourrait être trouvé si la Cour renonçait à exercer un contrôle constitutionnel sérieux et approfondi sur les condamnations à mort. La majorité de la Cour en 1991 n'était pas prête à accepter un tel recul même si elle a interprété avec souplesse les critères de constitutionnalité.

La Cour n'entend sans doute pas abandonner à chaque Etat de l'Union la définition du « châtement cruel ou anormal » au risque de voir le statut de la peine de mort se fragmenter au gré des opi-

nions locales. Il pourrait ainsi être porté atteinte aux droits fondamentaux de l'individu garantis par la Constitution fédérale.

Le juge Powell approuverait une limitation par la loi fédérale des multiples et successifs recours qui paralysent le système. Mais pour éviter d'aggraver encore les inégalités iniques existantes, il lie cette réforme à l'organisation d'une aide légale effective qui n'existe pas. Avec la majorité actuelle de la Cour, il maintient sa position : « J'adhère à l'opinion selon laquelle la peine de mort peut être imposée légalement sous notre constitution. » Mais si la situation actuelle persiste, il invite le Congrès et les législatures des Etats « à se demander sérieusement si conserver un tel châtement, qui est appliqué au hasard, est dans l'intérêt public ».

Un effort particulier est tenté par le président Rehnquist pour réduire au maximum les recours d'*habeas corpus*. Il a mené, en vain, une campagne personnelle auprès du Congrès pour le persuader de modifier la loi sur l'*habeas corpus*. Les leaders du Parti démocrate et des juges fédéraux de rang élevé s'y sont opposés. Son initiative a été reprise par le Président Bush qui, après la fin de la guerre du Golfe, a demandé le vote, dans les cent jours, de mesures drastiques contre la criminalité, notamment en limitant strictement les recours d'*habeas corpus*. Mais la Cour suprême est allée plus vite encore ; dans son arrêt *McCleskey c. Zant* (16 avril 1991), elle décide, au jugement de Kennedy, par six voix (Rehnquist, White, Sandra O'Connor, Scalia et Souter) contre trois (Marshall, Blackmun et Stevens), qu'après un recours en *habeas corpus*, tout recours subséquent doit être rejeté, sauf dans des circonstances exceptionnelles. La majorité entend mettre fin à l'abus de recours qui « discrédite tout le système de la justice criminelle ». Selon la règle désormais établie, tout recours supplémentaire soulevant un moyen nouveau sera considéré « comme abusif à moins que le condamné ne démontre qu'il existait une raison suffisante (*cause*) pour n'avoir pas soulevé le moyen antérieurement et que le vice constitutionnel allégué lui a fait subir un préjudice actuel. Par raison suffisante, il ne faut pas entendre une erreur de droit ou de jugement de l'avocat. Il faut que la conduite de cet avocat soit si déficiente qu'elle constitue « une assistance constitutionnellement inefficace ». Elle doit résulter d'un obstacle extérieur empêchant l'avocat de développer ou de soulever le moyen. En l'absence de cette raison suffisante, la nouvelle requête en *habeas corpus* doit être rejetée sauf pour empêcher « une erreur judiciaire fondamentale », ce qui ne surviendra que « dans des circonstances extraordinaires ». Dans l'affaire jugée, le condamné invoquait, dans un second recours, un moyen de droit cons-

titutionnel fondé sur l'existence d'un document dissimulé par l'accusation. Ce document était constitué par un témoignage de 21 pages, demandé à un « mouton » placé dans une cellule voisine du condamné. Cette dissimulation était contraire à l'Amendement VI. Mais la Cour suprême considère que la violation de l'Amendement VI aurait pu et dû être soulevée avant même la divulgation du témoignage retenu car les faits qu'il énonce « étaient connus — depuis toujours par l'accusé — bien qu'il soutienne ne les avoir appris que par le document de 21 pages ». L'accusé n'a donc pas démontré une « raison suffisante » de recevabilité de son second recours. Marshall, porte-parole de la minorité, ironise sur le fait que Rehnquist, qui n'a pas obtenu gain de cause devant le pouvoir législatif, amende la loi par la voie judiciaire : « La majorité exerce un pouvoir législatif qui n'appartient pas, il faut en convenir, à la Cour... C'est un axiome que la Cour ne fonctionne pas comme renfort d'une assemblée législative pour réexaminer des tentatives infructueuses d'amender les lois existantes. » Sur le fond, la minorité souligne que la nouvelle doctrine encourage les autorités d'un Etat à refuser au condamné l'accès à certaines pièces du dossier susceptibles de justifier un appel.

La Cour a pris un véritable « arrêt de règlement » concernant le recours fédéral en *habeas corpus* : charge de la preuve, cas d'usage abusif du recours, exceptions strictes aux cas ainsi définis. Dans un éditorial sévère, le *New York Times* condamne cet abus par la Cour elle-même du « Grand Recours » (20 avril 1991).

Un mois plus tard cependant, elle réaffirmait la singularité de la peine de mort. O'Connor et Kennedy rejoignaient la minorité libérale (Marshall, Blackmun et Stevens) en considérant que « la mort est un bâtiment d'une autre sorte ». L'arrêt prononcé par Stevens annule la peine capitale infligée en Idaho alors que l'accusé et son avocat n'avaient pas été officiellement informés que cette peine serait requise. Cette absence de notification est contraire au *due process* et porte atteinte aux droits de la défense. Dans une opinion dissidente, approuvée par Rehnquist, White et Souter, Scalia estime que la Cour accepte à tort un nouveau moyen de défense reposant sur l'ignorance de la loi. Pour lui, l'accusé et son conseil ne pouvaient exclure, dès le début de la procédure, la possibilité de la peine de mort (20 mai 1991, *Lankford c. Idaho*, *New York Times*, 21 mai).

Aujourd'hui, deux juges, et peut-être un seul désormais, considèrent que la peine de mort est « en toutes circonstances un châtiment cruel et anormal... totalement inconsistant avec le principe constitutionnel de la dignité de l'homme ».

II

Dans le temps même où la Cour suprême accepte que la peine de mort frappe plus facilement un être humain, elle tend à donner à l'embryon une protection accrue. Sans doute, elle n'a pas abrogé expressément le principe adopté en 1973 (*Roe c. Wade*) par sept voix contre deux : la liberté pour une femme de décider seule de mettre fin à sa grossesse est un droit constitutionnel fondamental. La loi ne peut limiter l'exercice de ce droit au respect de la vie privée, de l'intimité, que pour un « motif impérieux ». Tout d'abord, la Cour donne toute son extension au principe. Elle le restreint pourtant indirectement en admettant la constitutionnalité du refus par l'Union ou les Etats membres d'aide publique aux femmes enceintes, en l'absence d'indication thérapeutique (*Maher c. Doe*, 1977). Depuis 1989, une nouvelle majorité apparaît. La Cour accepte la constitutionnalité de mesures législatives invoquant apparemment des motifs impérieux mais dont le but réel est de faire obstacle au libre choix de la femme.

Le fondement constitutionnel de *Roe c. Wade* se trouve dans la clause de *due process* qui protège la liberté mais également la vie de chacun. Une coordination, sinon une conciliation, sont nécessaires. La Cour considère que la protection du droit à la vie commence à partir du moment où un fœtus est viable, peut survivre et se développer hors du sein de sa mère. Le législateur ne peut supprimer le droit de la femme en proclamant que la vie commence dès la conception.

En 1990 (*Webster c. Reproductive Health Services*) une majorité de la Cour a refusé cependant de se prononcer sur la constitutionnalité du Préambule d'une loi du Missouri affirmant que la vie commence dès la conception. Pour écarter cet examen, elle constate que le préambule — constitutionnel ou non — ne régit pas l'avortement, et, en l'état, est sans effet sur les questions de droit posées à la Cour. Ce refus relève d'une technique classique. Sa gravité apparaît à la lecture de l'opinion de la Cour. Pour quatre juges, la liberté de choix de la femme n'est pas un droit fondamental constitutionnellement protégé, mais un simple intérêt à la liberté.

Le juge Stevens a attiré l'attention sur un fondement constitutionnel, autre que le *due process* ou l'égalité de protection des lois, au droit de la femme de choisir librement de procréer : la clause de l'Amendement I^{er} qui interdit d'accorder une préférence à une religion. Dans l'affaire *Webster*, le juge Stevens déclare que le Préambule de la loi du Missouri est contraire à la Constitution — car il

« consacre d'une façon non équivoque une doctrine religieuse... sans servir un intérêt séculier identifiable ». On constate, en effet, que l'interdiction de l'avortement est essentiellement revendiquée au nom d'un dogme religieux. Sa consécration législative violerait donc la clause d'établissement.

Au fond, la loi du Missouri telle qu'elle a été interprétée par la Cour ne contredit pas le critère principal posé par *Roe c. Wade*. Elle impose, à partir de la vingtième semaine de grossesse, à la femme qui désire avorter de demander au préalable un test de viabilité du fœtus. L'arrêt décide qu'il appartient au praticien de déterminer, selon l'état de l'art et son propre jugement, les tests raisonnables et nécessaires de viabilité. En d'autres termes, la loi supprime le libre choix de la femme, après la vingtième semaine de grossesse et non, comme prévu par l'arrêt de 1973, la vingt-quatrième, s'il est médicalement démontré que le fœtus est viable. Il confirme, entre autres, la constitutionnalité de dispositions interdisant l'usage de fonds, d'employés ou de facilités publics en vue de conseiller ou d'encourager un avortement qui n'a pas pour objet de sauver la vie de la femme.

En 1990, la Cour était à nouveau confrontée au délicat problème de l'avortement des célibataires mineures. Le droit constitutionnel de mettre fin à une grossesse est-il violé si la loi impose à l'adolescente d'informer ses parents ou l'un d'eux, ou de recueillir leur accord, avec ou sans possibilité de recours ou de moyens d'éluder un refus ? Les précédents étaient plutôt favorables au libre choix de l'adolescente. L'arrêt *Hodgson c. Minnesota* est prononcé par le juge Stevens. Il décide que la loi du Minnesota est inconstitutionnelle dans la mesure où elle exige que les deux parents soient avertis de l'avortement envisagé. Mais pour une autre majorité de la Cour, le délai d'attente de quarante-huit heures après notification (à un seul parent) n'est pas déraisonnable. Cette même majorité admet la constitutionnalité du recours judiciaire ouvert à l'adolescente qui ne souhaite pas informer sa famille de sa grossesse. Elle se retrouve dans l'arrêt *Ohio c. Akron Center for Reproductive Health* (1990).

La loi d'Ohio interdit aux médecins de procéder à un avortement sur la personne d'une mineure célibataire avant de notifier cette intervention à l'un des parents ou de s'assurer que leur patiente a obtenu l'autorisation d'un tribunal pour enfant. C'est l'occasion pour le juge Scalia de rappeler son opinion : la Constitution ne contient aucun droit à l'avortement. De son côté, le juge Stevens refuse de statuer sur la constitutionnalité de la loi avant sa mise en œuvre. La réglementation est, en ses dispositions nues, conforme aux précédents. Il faut donc encore attendre. Les trois juges « libéraux » s'ex-

priment, cette fois, par la voix de Blackmun. Pour eux, les dispositions de loi de l'Ohio « ne sont que des éléments, mal déguisés, destinés à décourager la décision d'avortement », « un labyrinthe tortueux ». La majorité examine ces dispositions d'une façon fragmentaire et isolée, non dans leurs relations et interconnexions. Au terme de son examen à la fois détaillé et global, la minorité juge qu'il s'agit d'une loi *contre* l'avortement donc inconstitutionnelle. Elle frappe ceux « de l'autre monde » que la Cour « ignore ou refuse de reconnaître », les pauvres, les débilités, ceux qui auraient le plus besoin de la protection de la Constitution.

La Cour vient d'ouvrir et d'entendre un débat sur la politique fédérale de l'avortement. En 1988, au cours de la présidence de Reagan, le Département de la Santé et des Services humanitaires a modifié les conditions d'application de la loi fédérale de 1970 sur le *Planning familial* (Titre X), aux cliniques publiques ou privées recevant des subventions. Environ 4 500 institutions reçoivent un montant annuel de 140 millions de dollars et accueillent plus de 4 millions de femmes aux revenus faibles. Jusque-là, les cliniques étaient non seulement autorisées à fournir des informations sur l'avortement mais devaient indiquer aux femmes enceintes toutes leurs options y compris l'avortement. La nouvelle réglementation leur interdit de répondre aux questions concernant l'avortement et leur impose de prévoir un programme d'action en faveur de la maternité. Son application a été suspendue par injonction judiciaire, jusqu'à ce que la Cour suprême se soit prononcée.

Grâce au départ à la retraite de Brennan et à la voix du juge Souter, célibataire endurci, la Cour vient d'approuver la légalité et la constitutionnalité du règlement restrictif. Sandra O'Connor s'est jointe, au contraire, à la minorité libérale (Blackmun, Marshall et Stevens). Le président Rehnquist souligne que la décision, statuant sur un recours direct dirigé contre la loi, porte exclusivement sur le texte tel qu'il est rédigé et non ses conditions concrètes d'application, par exemple, au cas d'urgence médicale. La jurisprudence permet au gouvernement fédéral d'accorder des fonds publics aux seules fins auxquels ils sont destinés. Le droit constitutionnel de promouvoir, de conseiller, de choisir l'avortement demeure. Pour Blackmun, la réglementation porte atteinte à la liberté de parole de ceux qui dépendent du soutien financier du gouvernement. Jusqu'ici, la Cour ne l'avait jamais permis. O'Connor préfère constater simplement que la réglementation contestée excède les limites d'une interprétation raisonnable et constitutionnellement incontestable de la loi fédérale. Stevens sou-

ligne, à cet égard, que pendant dix-huit ans et sous quatre présidences, la loi n'a pas été interprétée comme autorisant la censure des informations fournies par les centres bénéficiaires de subventions (23 mai 1991).

Le *Bill of Rights* permet à la Cour suprême de prononcer l'inconstitutionnalité tant de la peine de mort que de l'avortement lorsque le fœtus est viable et la vie de la mère n'est pas en danger. Aujourd'hui, une majorité de la Cour n'écarte pas la peine de mort et n'exige plus des conditions très strictes de son prononcé. Elle accepte les obstacles les moins justifiés au droit d'avorter. Aucun renouvellement des juges, susceptible de modifier cette majorité n'est prévisible¹.

Une évolution peut cependant surgir au sein de la Cour elle-même. Elle pourrait prendre conscience de l'impasse où la jurisprudence actuelle a conduit. Le régime constitutionnel de la peine de mort est, comme on l'a constaté, aberrant et kafkaïen. Pour en sortir, il faudrait, sans doute, choisir entre la suppression du contrôle de constitutionnalité ou la suppression de la peine : effacer l'Amendement VIII ou lui redonner de sa pleine vigueur. La jurisprudence, en matière d'avortement, prive pratiquement de leur droit de choisir les femmes les plus démunies. Elle permet à une poignée d'États de l'Union de faire échec à une liberté fondamentale.

Une certaine pression de l'opinion publique sur la Cour n'est pas à écarter. Certes, l'opinion moyenne rejette l'abolition de la peine de mort, au moins pour les crimes les plus horribles ou commis contre certaines personnes (policiers par exemple). Mais, elle est également préoccupée par des inégalités dans son application aux Noirs et aux autres minorités, par la perspective d'erreurs judiciaires irréparables. L'exécution d'adolescents et d'arriérés mentaux est difficilement supportée. L'opinion est défavorable aux restrictions apportées au droit de la femme de mettre fin à une grossesse sans joie. Elle s'émeut du suicide d'une adolescente craignant d'avertir sa famille ou de la mort d'une autre des suites d'un avortement clandestin.

1. Les « conservateurs » les plus fermes sont Rehnquist (67 ans), Scalia et Kennedy (55 ans). White (73 ans) a voté dans le même sens qu'eux sur les deux problèmes de l'avortement et de la peine de mort. Mme O'Connor (61 ans), tout en appartenant à la majorité conservatrice, n'est pas insensible aux droits des femmes. La position de Souter reste à déterminer. Stevens (71 ans) penche généralement vers la minorité libérale. Blackmun (83 ans) et Marshall (81 ans) sont les seuls piliers du « libéralisme ». Or Marshall vient de démissionner (27 juin 1991). Le président Bush a désigné, le 1^{er} juillet, un autre Noir très conservateur, Clarence Thomas pour le remplacer (43 ans).

De plus, les hommes politiques seraient soulagés par une jurisprudence de la Cour suprême qui constaterait l'inconstitutionnalité de la peine de mort et des obstacles perfides opposés, sans motif impérieux, à l'avortement. Ces deux problèmes de société empoisonnent les campagnes électorales. Ils divisent les familles et les partis. Gouverneurs, représentants, sénateurs et même Président voudraient ne pas avoir à prendre une position qui risque de leur aliéner une partie de leur propre électorat.

Surtout la Cour pourrait retrouver la tradition démocratique du contrôle de constitutionnalité. Le président de la Cour Rehnquist, approuvé seulement par White et Kennedy, en a pris le contrepied dans l'affaire *Webster* : « Le but du jugement constitutionnel est de tenir le juste équilibre entre ce que la Constitution place hors de l'atteinte du processus démocratique et ce qu'elle y maintient. » En réalité, le contrôle de constitutionnalité appliqué au *Bill of Rights* fait partie intégrante du processus démocratique. La Constitution des Etats-Unis réserve aux êtres humains une sphère de droits inaliénables hors de l'atteinte des majorités politiques du moment. Au cours du premier tiers du xx^e siècle, les plus grands juges de la Cour suprême, O. W. Holmes et Louis D. Brandeis, ont, dans leurs opinions dissidentes, donné valeur absolue à un des éléments du *due process* : la liberté individuelle, sous tous ses aspects, liberté d'expression, liberté civile, protégée contre l'arbitraire de la répression pénale ou policière. Leur doctrine est devenue, à partir du New Deal, le droit de la Constitution. On ne peut croire que la Cour Rehnquist détruise la voie royale tracée depuis plus d'un demi-siècle¹.

1. Une troisième voie s'ouvre à la Cour suprême. Le droit international actuel confirme l'existence de ce domaine exclusif des droits et libertés individuelles. Les Etats-Unis n'en adoptent pas formellement les pactes et conventions. Leurs juges n'hésitent pas cependant à y faire recours à titre de coutume internationale ou de principes généraux reconnus par les nations civilisées. Le Conseil de l'Europe par le Protocole 106 à la Convention des Droits de l'Homme a prévu l'abolition de la peine de mort (1984). Un deuxième protocole au Pacte international relatif aux droits civils et politiques vise également à abolir la peine de mort (1989). L'article 37 (1) de la Convention des Nations Unies de 1990 relative aux droits de l'enfant interdit que la peine de mort soit prononcée contre des personnes âgées de moins de 18 ans au moment des faits. L'abolition de la peine de mort tend ainsi à devenir une norme coutumière internationale. Elle fait partie des objectifs des Nations Unies. La Cour suprême pourrait choisir de faire progresser par son exemple le droit international. De même, en matière d'avortement, la Cour suprême pourrait évoquer le droit comparé des pays les plus proches des Etats-Unis par leur civilisation et revenir à une doctrine moins restrictive du libre choix de la femme.

RÉSUMÉ DE L'ARTICLE DE ROGER PINTO. — *L'abolition de la peine de mort et le droit à l'avortement divisent profondément la société américaine. En 1972 la Cour suprême des Etats-Unis a été sur le point de prononcer l'inconstitutionnalité de la peine de mort. Elle en a, en tout cas étroitement limité le champ d'application. A la même époque, elle a consacré le droit constitutionnel de la femme à l'avortement. Mais, depuis 1989, une majorité « conservatrice » est revenue sérieusement en arrière. A moins d'une pression imprévisible de l'opinion ou d'une évolution au sein même de la Cour, la réaffirmation scrupuleuse du Bill of Rights demeure incertaine. Elle peut être facilitée par l'affermissement en droit international coutumier des droits fondamentaux de l'être humain reconnus par les nations civilisées.*

RÉSUMÉ DE L'ARTICLE DE PIERRE BOURETZ. — *Au travers des techniques de l’Affirmative Action la Cour suprême offre à l’Amérique une image de ses idéaux et de ses contradictions. Une jurisprudence aux fondements fragiles admet que l’on peut lutter contre les discriminations par un traitement différencié des citoyens. Mais surgissent aussitôt des paradoxes du côté de l’équité et de la justice. Un débat qui éclaire les controverses sur la Constitution et témoigne de quelques antinomies de la raison juridique et politique.*