

DÉMOCRATIE ET EXCLUSION
LE CAS DES LOIS DE PRIVATION DU DROIT DE VOTE DES PERSONNES
CONDAMNÉES AUX ÉTATS-UNIS

Contribution pour le XI^e Congrès français de droit constitutionnel
Toulon – juin 2023

Laure de Galbert

Doctorante contractuelle – Université Paris Panthéon-Assas (CDPC) – Université de Lille (CRDP)

Pourquoi prive-t-on, dans certaines démocraties, les personnes condamnées pénalement de leur droit de vote ? Depuis la Grèce antique, de nombreux gouvernements démocratiques ont établi leur légitimité sur une délimitation précise du corps politique, s'agissant notamment de la participation au scrutin. Il n'était alors pas extraordinaire, dans différents pays et à différentes époques, que la religion, le sexe, la propriété, la race, l'alphabétisation, l'affiliation politique ou le statut d'esclave serve à définir les limites de ce corps électoral. La démocratie, entendue aujourd'hui comme un régime dans lequel l'ensemble des citoyens est appelé à participer aux décisions de la cité, a connu d'incontestables évolutions mais trouve ses racines dans un système extrêmement exclusif. Le vote, considéré comme la pierre angulaire de la construction démocratique, a, au fil du temps, sa conception progressant, été accordé à un plus grand nombre. Le suffrage universel apparaît ainsi aujourd'hui comme la plus fidèle expression d'une démocratie puisqu'il intègre tous ses membres dans ses décisions. En effet, la pratique de mise à l'écart de certaines catégories de la population a progressivement été remise en cause, l'universalisation du suffrage ayant anéanti les restrictions à l'accès au corps électoral. Désormais, dans une large partie des pays du monde, femmes, faillis, non-proprétaires ou militaires sont, en théorie et indépendamment de leur couleur de peau ou de leur origine, en capacité de voter. Bien que pas nécessairement soutenu par l'ensemble de la population, dans de nombreux pays, le droit de vote est également accordé aux auteurs d'infraction. En effet, « si le caractère fondamental du droit pour les citoyens de participer aux élections par l'exercice du droit de vote n'est plus contestable dans les pays démocratiques, et que son caractère universel est largement acquis, des interrogations subsistent concernant les qualités morales requises pour pouvoir disposer de la capacité électorale »¹. Malgré ces interrogations, en France et plus globalement dans l'Union européenne, les personnes détenues

¹ FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, « Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n°3, 2007, p. 619.

sont globalement autorisées à participer au suffrage, la Cour européenne des droits de l'homme sanctionnant les mesures leur interdisant de manière indifférenciée de voter².

Aux États-Unis, mis à part dans les États du Maine et du Vermont et, depuis peu, à Washington D.C., une personne condamnée pénalement perd automatiquement son droit de vote. Selon les États, cette exclusion du corps électoral vaut seulement le temps de la peine ou s'étend après celle-ci, parfois même à vie. C'est ainsi que plus de 4,6 millions d'Américains n'auraient pas pu exprimer leur suffrage aux élections générales de 2022³. Aujourd'hui, aux États-Unis, un adulte sur cinquante est privé de son droit de vote en raison d'une condamnation pénale présente ou passée, soit 2% de la population en âge de voter. Les « *disenfranchisement laws* », ou mesures de privation du droit de vote, sont nées de cette pratique ancienne et quasi-universelle d'exclusion des auteurs d'infraction du suffrage. Elles se sont inspirées des idées européennes ayant traversé l'Atlantique avec les colons anglais au XVIIIe siècle et n'ont depuis eu de cesse de s'appliquer sur le territoire américain. Atomisées dans de nombreuses démocraties, elles persistent aujourd'hui aux États-Unis, et contribuent à exclure, de fait, les Afro-américains du suffrage.

Ce papier se propose de restituer de manière non exhaustive les différentes théories ayant contribué à justifier la privation du droit de vote des personnes condamnées, celles d'antan et celles qui sont encore invoquées aujourd'hui. Il s'attardera principalement sur l'une d'entre elles, fondée sur la théorie d'un droit de vote comme droit fonctionnel, « ayant d'abord pour objectif la protection de la démocratie en tant qu'institution »⁴. En effet, considérées comme indignes de participer à un geste si fondamental que celui de l'élection des représentants de la nation, les personnes condamnées en ont de longue date été privées sur ce fondement. S'appuyant sur le cas emblématique des États-Unis, notre contribution reviendra également sur la théorie du contrat social, largement utilisée par les juges américains « pour aider à décrire à la fois le caractère répréhensible des actes criminels et le bien-fondé des interdictions et des procédures pénales »⁵. La philosophie contractualiste sert en effet encore aujourd'hui régulièrement de fondement à la jurisprudence américaine, pour laquelle ceux qui rompent le pacte social n'ont pas de légitimité à participer au processus d'élaboration des règles de la société. Reprenant des théories connues sur notre continent, ce papier donne à connaître une littérature abondante outre-Atlantique, la doctrine y ayant largement commenté cette pratique restrictive des droits des personnes détenues, sujet lié de près à l'histoire raciale du pays. Le lien entre ces mesures et leurs effets discriminants sera établi.

C'est ainsi qu'apparaît que ces lois de privation du droit de vote dessinent les contours d'une démocratie exclusive (I), filtrant aux États-Unis une certaine partie de la population (II).

² GONZALEZ Gérard, « Le droit de vote des prisonniers : le point de vue de la CourEDH », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, chron. n°16, disponible en ligne : <https://revuedlf.com/cedh/le-droit-de-vote-des-prisonniers-le-point-de-vue-de-la-couredh-article/>.

³ Cette population croît lorsqu'on y ajoute les personnes anciennement condamnées qui, du fait d'un manque de clarté des règles, celles-ci étant différentes en fonction des États, ne savent pas qu'elles le peuvent ou refusent de voter de peur de n'y être en réalité pas autorisées et d'être à nouveau condamnées.

⁴ SAINT-LAURENT Geneviève, *Le droit de vote limité par la condamnation pénale ou la quête d'un équilibre entre droit fonctionnel et droit individuel*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 2017, p. 10.

⁵ ALLEN Anita L., « Dunwody Distinguished Lecture in Law: Social Contract Theory in American Case Law », *Florida Law Review*, vol. 51, 1999, p. 30, citant *People v. Acuna*, 929 P.2d 596, 603 04 (Cal. 1997).

I/ La démocratie, pour et par le peuple mais pas tout le peuple

Si la démocratie est le « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »⁶, qui compose ce peuple ? Dans la théorie de l'électorat-fonction, le peuple électeur est limité, choisi, ce qui permet la protection de la démocratie en tant qu'institution (A), une telle sélection conduisant notamment à évincer les personnes condamnées pénalement (B).

A) La théorie de l'électorat-fonction ou la protection de la démocratie en tant qu'institution

Nous restituerons ici les grandes lignes de l'évolution de la conception du droit de vote dans la pensée européenne, avant de préciser les théories existant aux États-Unis.

Au moment de la Révolution française, deux thèses se développent pour retracer l'origine du suffrage. Celle en faisant un *droit individuel*, inhérent à chaque membre de la nation, s'appuie sur une certaine conception de la souveraineté individuelle. Cette théorie de l'électorat-droit a pour conséquence un électorat large, n'admettant des exclusions qu'avec difficulté. Face à elle, la théorie de l'électorat-fonction voit dans le droit de suffrage une *fonction publique* conférée par la nation. Le vote apparaît comme une forme de délégation de souveraineté, faite par la nation, qui en est seule titulaire, à une fraction plus ou moins importante de ses membres. Par-là, le vote est une fonction citoyenne ne pouvant être exercée que par des individus compétents, dignes d'elle. La première théorie sera exclue au profit de la seconde⁷, avant d'être à nouveau considérée à partir de la Seconde République. C'est donc de la théorie fonctionnaliste qu'il sera principalement question ici, afin de comprendre les origines des lois privant les personnes condamnées de leur droits civiques et politiques.

Utilisée dès la naissance de la démocratie dans la Grèce antique, la théorie de l'électorat-fonction ne sera réellement théorisée et désignée ainsi qu'à l'époque révolutionnaire, notamment par l'abbé Sieyès. Jusqu'à cette époque, le vote était davantage perçu comme un devoir et qualifié de « tâche ». Désormais fonction, la participation active des électeurs au scrutin est requise car elle contribue de manière essentielle à la préservation de l'État démocratique. Le vote apparaît comme une fonction sociale fondamentale, exercée au nom de l'État, permettant de désigner les représentants chargés de faire les lois, au nom du peuple et pour le peuple. Ainsi, le pouvoir lui-même n'appartient pas à celui qui émet son vote, puisqu'il ne fait qu'exécuter un mandat qui lui est confié. « L'électeur n'est qu'un fonctionnaire national, un agent d'exercice du pouvoir national. L'électorat n'est qu'une fonction publique commise par la nation, c'est-à-dire en réalité par la Constitution »⁸, une « fonction constitutionnelle »⁹. Comme le soutient Raymond Carré de Malberg, « [l]es citoyens-électeurs

⁶ Formule prononcée notamment par le président Abraham Lincoln dans son discours de Gettysburg du 19 novembre 1863 et reprise en France à l'article 2 de la Constitution de 1958.

⁷ Parmi les défenseurs de la théorie individualiste, se trouvent Robespierre, Condorcet ou Pétion, tandis que Thouret, Barnave ou Sieyès soutenaient une conception fonctionnaliste du vote.

⁸ AYNÈS Camille, *La privation des droits civiques et politiques. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*, Paris, Dalloz, 2022, p. 370.

⁹ CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Paris, Sirey, 1922, par. 414., p. 430.

exercent non pas un pouvoir subjectif, mais une compétence étatique »¹⁰. Reprenant Sieyès, il affirme que la participation à cet exercice ne peut se faire que par une « délégation » de la nation, seule véritable titulaire de la souveraineté. Les citoyens participent à l'œuvre sociale commune par l'exercice de leur vote, ce mandat public leur donnant compétence pour exercer le pouvoir de la collectivité, pour le compte de l'État et en son nom.

Souvent invoquée pour exclure du suffrage de larges pans de la population, la théorie de l'électorat-fonction voit dans le vote une forme de privilège devant être réservé à une portion limitée de la population. Ce geste est d'une importance telle pour la société qu'il ne peut être confié qu'aux individus jugés les plus honorables, les plus aptes et les plus dignes de son exercice, capables de saisir son importance vitale pour la démocratie. Le corps électoral est ainsi sélectionné, soigneusement délimité. Puisqu'il s'agit d'une fonction, « le législateur a toute latitude pour n'appeler à l'électorat qu'une minorité, une élite, composée des plus aptes à exercer la fonction, ou, en tout cas, pour prononcer des exclusions du corps électoral, en masses, par larges catégories »¹¹. La nation, qui délègue son pouvoir, peut en effet exclure ceux qui n'en seraient pas dignes, fondant ainsi les droits politiques sur la notion de capacité. Sont en effet capables ceux qui témoignent d'une certaine moralité, comme l'affirmera le doyen Hauriou : « les droits publics, quels qu'ils soient, ne doivent appartenir qu'à ceux qui ont un minimum de moralité, à plus forte raison le droit de suffrage qui est un pouvoir dans l'État »¹². Cette moralité dont il est question renvoie à « ce qui est conforme [...] aux normes morales admises dans le milieu de référence »¹³. Elle fait référence à un socle de valeurs à respecter sur lesquelles s'accorde la collectivité. Par leur vertu civique, les citoyens choisis pour composer l'électorat remplissent l'exigence de dignité associée à la citoyenneté. Eux seuls peuvent former l'électorat qui garantira l'intégrité du processus démocratique, cette (apparence de) probité du processus électoral constituant un élément fondamental de la protection de la démocratie. En conséquence, c'est une portion du peuple limitée, sélectionnée qui élit ses représentants.

C'est à l'époque de la Seconde République que l'idée de l'universalisation du suffrage fait son retour¹⁴, développée parallèlement aux courants libéraux que connaît le XIXe siècle. Théorisée moins d'un siècle plus tôt par Rousseau dans son *Contrat social*, la conception individualiste fait du vote un « droit que rien ne peut ôter aux citoyens »¹⁵, un droit naturel, qui existe à l'état de nature. En tant que droit individuel, le droit de vote doit appartenir à chaque personne composant la volonté générale, et non plus à une seule catégorie d'individus jugés aptes. La théorie de l'électorat-droit fut ainsi progressivement valorisée dans le second XIXe. Nous ne nous attarderons toutefois pas ici sur les développements qu'elle a connus. En effet, bien que pouvant également justifier,

¹⁰ *Eod. loc.*, par. 407, p. 411.

¹¹ BARTHÉLÉMY Joseph et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2004 (1933), p. 291.

¹² HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1929, p. 570.

¹³ CORNU Gérard, « Moralité », *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Paris, PUF, 2014.

¹⁴ Dans le décret de 1848 et les lois électorales de 1849 et 1850.

Ce suffrage « universel » de l'époque exclut tout de même les femmes, les militaires et les personnes déchues de leurs droits civiques du fait d'une faillite ou d'une condamnation pénale. L'idée est en effet d'empêcher l'accès au suffrage des ignorants, de la « populace » à l'éducation politique défailante.

¹⁵ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, Livre IV, chapitre I.

comme nous le verrons ultérieurement, certaines exclusions de l'électorat, elle n'en est pas à l'origine.

Geneviève Saint-Laurent retrace dans sa thèse l'oscillation historique entre les théories fonctionnaliste et individualiste du droit de vote, ayant abouti depuis la fin du siècle dernier à préférer la conception de ce droit comme étant un droit individuel¹⁶. Elle restitue également certaines des nuances ayant pu ébranler cette dernière.

En effet, s'ils n'y reconnaissent pas un droit subjectif qui soit opposable à l'État, certains auteurs tels Laband, Esmein et Duguit affirment toutefois que peut être reconnu aux citoyens un droit personnel découlant de la loi constitutionnelle, que « l'électeur est à la fois titulaire d'un droit et investi d'une fonction »¹⁷. Ils ont ainsi pu soutenir, « dans un souci de conciliation, qu'être électeur est un devoir en même temps qu'un droit ou même à la fois un droit et une fonction »¹⁸. La théorie de l'électorat comme un droit n'a pas su exclure la théorie fonctionnaliste et en conquérir les penseurs. Parmi eux, Carré de Malberg, pour qui une telle scission existe mais est davantage temporelle, « l'électorat [étant] *successivement* un droit individuel et une fonction étatique »¹⁹. Avant de ne pouvoir émettre son vote, l'électeur jouit du droit de pouvoir se faire admettre sur les listes électorales et d'agir en justice si cette démarche venait à ne pas aboutir tandis qu'il remplit les conditions légales pour être inscrit. Il s'agit alors d'un droit subjectif. En revanche, au moment de voter, l'électeur exerce une fonction étatique. Il agit comme un fonctionnaire requis de réaliser un acte pour le compte de l'État, « le vote n'apparaît ici que comme [...] l'accomplissement d'une fonction »²⁰. Ces auteurs soutiennent que l'universalisation du suffrage ne modifie pas la nature de ce droit. Carré de Malberg évoque ainsi pour unique effet pratique de cette extension du suffrage « une présomption constitutionnelle de capacité électorale »²¹, de même que Duguit défend que dans les lois de 1848, « l'électorat n'est point considéré comme un droit inhérent à la qualité de Français et accordé à tous sans distinction »²². Les électeurs demeureraient ainsi des fonctionnaires sélectionnés, émettant leur vote pour le compte de l'État. Comme le résume Geneviève Saint-Laurent dans sa thèse, « [s]i l'accès au suffrage s'élargit, c'est simplement qu'ils sont de plus en plus nombreux à être jugés aptes à l'exercice de la fonction électorale »²³. La théorie de l'électorat-fonction vit toujours.

Aux États-Unis, c'est bien cette dernière qui prévaut. Le droit de vote y est perçu comme la pierre angulaire du processus démocratique, comme un devoir démocratique (« *civic duty* ») garant de la protection des élections. Concession du souverain, il est aux États-Unis largement considéré comme un droit institutionnel, permettant le bon fonctionnement de la démocratie représentative. Comme décrit précédemment, la conséquence est telle que cette fonction se doit d'être réservée à une partie choisie de la population. En témoigne largement la jurisprudence sur la question. Explicitant la pensée en vigueur à l'époque, la Cour suprême des États-Unis a affirmé en 1837 dans

¹⁶ SAINT-LAURENT Geneviève, *op. cit.* note 4, p. 28.

¹⁷ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris, Boccard, 1923, p. 447.

¹⁸ BENESSIANO William, « Le vote obligatoire », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/1, n° 61, p. 81.

¹⁹ CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.* note 9, par. 428, p. 462.

²⁰ CARRÉ DE MALBERG Raymond, *op. cit.* note 9, par. 424, p. 449.

²¹ CARRE DE MALBERG Raymond, *op. cit.* note 9, par. 419, p. 440.

²² DUGUIT Léon, *loc. cit.* note 17.

²³ SAINT-LAURENT Geneviève, *op. cit.* note 4, p. 40.

un arrêt *New York v. Miln* qu'il était tout aussi « nécessaire » pour les États de se protéger grâce à des « mesures de précaution contre la peste morale des pauvres, des vagabonds, et éventuellement des condamnés, que de se prémunir contre la peste physique »²⁴. Le droit de vote serait ainsi réservé aux seules personnes capables de garder en bonne santé le corps électoral. La conception fonctionnaliste est reprise explicitement en 1884 par la Cour suprême de l'Alabama, qui affirma également en ce sens dans un arrêt *Washington v. State* que « [l']objectif manifeste [de la privation des droits civiques] est de *préserver la pureté des urnes*, qui est l'unique fondement assuré de la liberté républicaine et qui requiert d'être protégée contre l'invasion de la corruption, tout autant que contre celle de l'ignorance, de l'incompétence ou de la tyrannie »²⁵. Dans cette affaire, les juges affirmaient encore que « le suffrage politique n'est pas un droit absolu ou naturel, mais un *privilège conventionnellement conféré au citoyen par la souveraineté* ». En effet, puisque ce droit ne peut être exercé à moins d'avoir été expressément conféré, il s'agit nécessairement d'un privilège, d'une concession de l'État.

En 1964, dans un arrêt *Reynolds v. Sims*, la Cour suprême des États-Unis a toutefois pu ériger le droit de vote au rang de droit fondamental²⁶. Dans cet arrêt rendu dans le contexte du Mouvement des droits civiques²⁷, la Cour a soumis les lois privant de ce droit à l'obligation de poursuivre un intérêt impérieux et non seulement légitime²⁸. Cependant, cette qualification de droit fondamental n'a pas suffi à garantir la capacité électorale des personnes condamnées, puisque dix ans plus tard, dans un arrêt *Richardson v. Ramirez*, la Cour a expressément autorisé les États à les déchoir de leur droit de suffrage²⁹, perpétuant ainsi une tradition remontant à l'Antiquité.

B) La traditionnelle exclusion de l'électorat des personnes condamnées, indignes de participer à la démocratie

L'opposition entre ces deux conceptions du suffrage, fonctionnelle et individuelle, n'est pas étrangère au débat sur le droit de vote des personnes condamnées. Ainsi, les partisans d'une conception fonctionnelle du droit de suffrage fondent sur cette théorie l'exclusion des personnes condamnées, les estimant indignes d'un geste si sacré, tandis que selon une partie des défenseurs de la théorie individualiste, ce droit revient à chacun des membres de la nation, y compris ceux ayant fait l'objet d'une condamnation. La conception fonctionnelle ayant, comme nous l'avons rappelé, longtemps prévalu, les personnes condamnées en ont de longue date été privées. Leur exclusion du vote visait ainsi à « préserver la crédibilité et la dignité de la fonction électorale et donc, de la démocratie elle-même »³⁰. Soulignons que, les personnes condamnées constituant une catégorie d'individus tellement imprégnée dans la perception collective d'une forme d'indignité, voire d'infamie depuis l'Antiquité, certains partisans de la nature individuelle du droit de vote n'ont

²⁴ *City of New York v. Miln*, 36 U.S. 102 (1837).

²⁵ *Washington v. State*, 75 Ala. 582, 585 (1884).

²⁶ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 370 (1886).

²⁷ L'arrêt est rendu peu avant l'adoption du *Civil Rights Act* le 2 juillet 1964, loi mettant fin à toutes formes de ségrégation ou discrimination reposant sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine nationale.

²⁸ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

²⁹ *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 94 S. Ct. 2655 (1974).

³⁰ SAINT-LAURENT Geneviève, *op. cit.* note 4, p. 23.

pas été jusqu'à soutenir leur légitimité à participer au suffrage³¹. S'il est un droit naturel, il n'est pas plus intangible que les autres et peut, au même titre que ceux-ci, faire l'objet de restrictions³². Ces dernières s'avèrent nécessaires lorsque l'exercice de ce droit constitue une menace à l'ordre public, un danger pour la société, ce qui est le cas du vote des auteurs d'infraction. Quelle que soit la théorie adoptée, les personnes condamnées représentent une partie du peuple n'ayant que rarement au cours de l'Histoire trouvé de soutien relativement à son inclusion dans le processus démocratique.

Les racines de cette pratique consistant à exclure les personnes condamnées de la politique sont à retrouver dans l'histoire européenne. Dans la Grèce antique de même qu'en droit romain, les criminels déclarés « infâmes » n'avaient pas droit de cité. Ils ne pouvaient voter à l'assemblée, prononcer des discours publics, servir dans l'armée ou comparaître devant un tribunal. Par la suite, cette exclusion d'individus ayant causé du tort à la société a pris différents noms. Les criminels étaient tantôt des « hors-la-loi », pouvant être tués ou traités en toute impunité car littéralement considérés comme étant en dehors de la loi³³, tantôt frappés de « mort civile », sanction qui mettait fin à leur existence juridique et politique³⁴. L'exclusion se concentra par la suite sur le droit de vote et constitua, dans une large partie des États la pratiquant, la solution trouvée face aux contrevenants à l'ordre moral.

Les premières lois d'exclusion des auteurs d'infraction du politique reposaient sur la théorie du contrat social. Cette théorie renvoie à l'idée d'une organisation sociale fondée sur un pacte contracté par l'ensemble des citoyens, chacun d'entre eux renonçant à sa liberté naturelle pour gagner une liberté civile. Cet ensemble de citoyens souverains s'entend sur la création d'un système de gouvernement protégeant et promouvant leurs droits et intérêts fondamentaux en établissant des règles que chaque individu accepte de respecter. Une violation du contrat perturbe ainsi l'équilibre des droits et des responsabilités, entraînant une sanction pouvant notamment consister en la perte du droit de participer au processus d'élaboration des règles³⁵. Remontant à Protagoras³⁶ et à Épicure³⁷, puis ravivée par Thomas Hobbes³⁸ et développée, de différentes manières, par John Locke³⁹, Jean-Jacques Rousseau⁴⁰ et Emmanuel Kant⁴¹, cette théorie soutient que ceux qui rompent ledit contrat ne devraient pas être autorisés à participer au processus d'élaboration des règles de la société. En effet, la vie commune est rendue possible par un pacte social et celui qui le rompt

³¹ SAINT-LAURENT Geneviève, *op. cit.* note 4, p. 29.

³² Joseph Antier dresse ainsi une comparaison avec le droit de propriété, droit le plus absolu, pourtant soumis à des restrictions. V. ANTIER Joseph, *Droit romain : des Actions noxales. Droit français : de l'électorat politique*, Paris, Rousseau, 1892, p. 141.

³³ ITZKOWITZ Howard, OLDAK Lauren, « Restoring the Ex-Offender's Right to Vote: Background and Developments », *American Criminal Law Review*, vol. 11, 1972, pp. 722-23.

³⁴ CALISSE Carlo, *A History of Italian Law*, (trad. REGISTER Layton B.), Boston, Little, Brown and Company, 1928, p. 423.

³⁵ PINAIRE Brian, HAUMANN Milton et BILOTTA Laura, « Barred from the Vote: Public Attitudes Toward the Disenfranchisement of Felons », *Fordham Urban Law Journal*, vol. 30, 2003, pp. 1525-1526.

³⁶ Environ 490-420 av. J.-C.

³⁷ 341-270 av. J.-C.

³⁸ 1588-1679.

³⁹ 1632-1704.

⁴⁰ 1712-1778.

⁴¹ 1724-1804.

commet une attaque contre les citoyens. Depuis la veille de la Révolution française, toute infraction est conçue comme une offense contre le corps social. C'est depuis lors que l'infraction a pu être considéré comme s'excluant de la société à laquelle il a porté atteinte. « Par une sorte d'assimilation du Code pénal au pacte social, de l'infraction avec la rupture du contrat [...], la privation des droits politiques apparaît comme une juste conséquence de la violation de la loi »⁴². L'infraction est faite source de mise à l'écart du citoyen de la machine démocratique, la perte des droits civiques étant une conséquence logique de toute peine⁴³.

Aux États-Unis, la théorie du contrat social est fréquemment reprise dans l'argumentation des juges relative à notre sujet. Il est à noter qu'elle est généralement invoquée comme le fondement même de l'Union et de la Constitution fédérale⁴⁴. À l'origine du pays est en effet un véritable contrat, le pacte du Mayflower, dans lequel les Anglais définirent les principes de gouvernement de leur future colonie, acceptant le respect des règles s'y trouvant en échange d'une protection. Les idées de Hobbes et Locke traversèrent ainsi l'Atlantique, imprégnant les États-Unis de la philosophie contractualiste. Il n'est ainsi pas rare d'y trouver dans la jurisprudence certaines références, notamment l'idée qu'« [u]n homme qui enfreint les lois qu'il a autorisé ses représentants à établir pour son propre gouvernement [peut] raisonnablement être considéré comme ayant abandonné le droit de participer à l'administration future du pacte »⁴⁵, ou qu'« [u]n État a un intérêt légitime à exclure du droit de vote les personnes qui ont manifesté une antipathie fondamentale pour les lois pénales [...] ces personnes [ayant] rompu le contrat social et [...] soulevé des questions quant à leur capacité à voter de manière responsable »⁴⁶. Ayant désobéi à la loi, pourtant le premier de leurs devoirs de citoyen, les personnes condamnées seraient indignes de participer à la démocratie. L'indignité est ainsi qualifiée par le non-respect de valeurs collectives retranscrites dans le code pénal. Par leur infraction, elles se seraient elles-mêmes placées en dehors du pacte et auraient témoigné de leur immoralité. Si les infracteurs ont décidé de ne pas respecter les règles régissant la société dans laquelle ils vivent, c'est qu'ils souhaitent exister en marge de celle-ci et, par-là, n'ont pas de légitimité à contribuer à l'œuvre sociale commune en élisant des représentants. Il ne s'agirait donc pas d'une exclusion, mais d'une prise en compte du désir de l'auteur de l'infraction de s'autoexclure⁴⁷.

Comme évoqué précédemment, le droit de vote a été consacré aux États-Unis au rang de droit fondamental⁴⁸. Toutefois, il n'en est pas un pour les personnes ayant fait l'objet d'une

⁴² AYNÈS Camille, « La privation des droits politiques en France et aux États-Unis. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté », in BEAUD Olivier et SAINT-BONNET François, *La citoyenneté comme appartenance au corps politique*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2020, p. 222.

⁴³ SAINT-LAURENT Geneviève, *op. cit.* note 4, p. 75.

⁴⁴ V. notamment MAIER Pauline, *From Resistance to Revolution: Colonial Radicals and the Development of American Opposition to Britain 1765-76*, New York, Knopf, 1972, 368 p.

⁴⁵ *Green v. Board of Elections of the City of New York*, 380 F.2d 445, 451 (2d Cir. 1967).

⁴⁶ *Shepherd v. Trevino*, 575 F.2d 1110, 1115 (5th Cir. 1978).

⁴⁷ Pour un exposé plus complet des différentes justifications théoriques des mesures de privation des droits civiques, voir la thèse d'AYNÈS Camille, *op. cit.* note 8, p. 185, qui les présente en deux catégories, à savoir celles relatives à la pénalité et celles ayant trait à la citoyenneté. La pénalité regroupe les justifications rétributivistes et les justifications utilitaristes traditionnellement associées à la peine. La citoyenneté se réfère à la *dignitas*, mais également à la conception morale du contrat social.

⁴⁸ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

condamnation, « *Richardson* [dictant] que le droit de vote n'est pas considéré comme un droit fondamental pour les personnes condamnées »⁴⁹. La jurisprudence renforce et défend ainsi leur exclusion du processus électoral. Il nous faut, pour comprendre l'arrêt *Richardson v. Ramirez*⁵⁰ ayant autorisé les lois les privant d'y participer, expliciter le raisonnement qu'y ont adopté les juges.

Le Quatorzième amendement à la Constitution américaine, ratifié en 1868, durant la Reconstruction post-guerre de Sécession, décrit comment doit être calculé le nombre de membres dont chaque État dispose à la Chambre des représentants, mettant fin au « compromis des trois-cinquièmes » de 1787. Les anciens esclaves ne comptent désormais plus pour trois cinquièmes d'une personne mais bien pour une personne entière. Le texte prévoit dans sa Section 2 une sanction pour toute éventuelle discrimination par les États à l'exercice du droit de vote des hommes de plus de 21 ans⁵¹. La « clause de protection égale » (« *Equal Protection clause* ») de la Section 1 oblige les États à démontrer qu'une telle restriction est nécessaire à la poursuite d'un intérêt légitime et substantiel de l'État, qu'elle est strictement adaptée et qu'elle constitue le moyen le moins restrictif d'atteindre cet objectif. Cependant, la Section 2 prévoit également une exception à cette règle lorsque le droit de vote est refusé à un individu « pour participation à une rébellion ou à un autre crime ». Le Congrès, pas encore prêt en 1868 à prohiber la discrimination raciale relative au vote, a adopté la sanction de la Section 2 dans le but de décourager les États du Sud de priver les Afro-américains de leur droit de vote, tout en leur laissant, avec cette exception, une fenêtre ouverte pour le faire. Alors qu'il se voulait émancipateur, ce texte a contribué à renforcer la législation moderne sur la privation du droit de vote des personnes condamnées. Cet effet n'est toutefois pas apparu clairement avant *Richardson v. Ramirez*, plus d'un siècle après l'adoption de l'amendement.

En 1974, dans l'affaire *Richardson v. Ramirez*, la Cour suprême des États-Unis a exempté les lois de privation du droit de vote de l'examen habituellement strict qu'elle faisait du respect de la clause de protection égale pour de telles lois. Depuis dix ans, elle affirmait que seul un intérêt impérieux de l'État pouvait justifier la limitation du droit de vote et toute restriction à celui-ci devait être nécessaire et strictement adaptée pour atteindre cet intérêt⁵². À cette époque, la Constitution et les lois californiennes interdisaient le vote aux personnes condamnées pour certains crimes et délits⁵³. La Cour suprême de Californie avait censuré ces textes, les jugeant non conformes aux garanties de la clause de protection égale du Quatorzième amendement. Annulant cette décision californienne, la Cour suprême fédérale a interprété la Section 2 du Quatorzième amendement comme accordant aux États la possibilité d'émettre une « sanction positive » visant à priver de leurs

⁴⁹ *Williams v. Taylor*, 677 F.2d 510, 514 (5th Cir. 1982).

⁵⁰ *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 94 S. Ct. 2655 (1974).

⁵¹ Quatorzième amendement à la Constitution américaine, Sect. 2 : « Lorsque le droit de vote [...] est refusé à l'un des habitants de sexe masculin de cet État, âgé de vingt et un ans et citoyen des États-Unis, ou restreint de quelque manière que ce soit, sauf pour participation à une rébellion ou à un autre crime, la base de représentation dans cet État sera réduite dans la proportion que le nombre de ces citoyens de sexe masculin aura par rapport au nombre total de citoyens de sexe masculin âgés de vingt et un ans dans cet État ».

⁵² Jurisprudence constante de la Cour suprême des États-Unis depuis 1964 : *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964) ; *Lucas v. Forty-Fourth Gen. Assemb. of Colo.*, 377 U.S. 713, (1964) ; *Carrington v. Rash*, 380 U.S. 89 (1965) ; *Kramer v. Union Free School District No. 15*, 395 U.S. 621 (1969) ; *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972).

⁵³ Const. cal., art. XX, §11 excluait à cette époque du vote les personnes reconnues coupables de corruption, de parjure, de falsification, de malversation, « ou d'autres crimes et délits graves ». D'autres textes du code électoral appliquaient cette disposition.

droits les personnes condamnées pénalement. Revirement inattendu⁵⁴, cette décision a mis la Section 2 au cœur de son raisonnement, ce que n'avait pas fait la Cour californienne. Écrivant au nom de la majorité, le président Rehnquist a soutenu qu'étant donné que le « langage exprès » de la Section 2 donnait clairement autorisation aux États d'interdire aux personnes condamnées de voter, la clause de protection égale de la Section 1 « ne pouvait pas avoir pour but d'interdire purement et simplement une forme de privation du droit de vote qui était expressément » autorisée par la Section suivante. L'opinion majoritaire a ainsi soutenu que la référence à la privation du droit de vote pour motif pénal dans la Section 2 « éliminait tout besoin de la justifier par un intérêt impérieux de l'État »⁵⁵, s'affranchissant ainsi de sa jurisprudence précédente. Par ailleurs, pour la Cour, le fait qu'à l'issue de la guerre de Sécession, chaque État confédéré ait dû soumettre une Constitution d'État, dont beaucoup avaient été approuvées avec des lois privant les personnes détenues de leur droit de vote, souligne la popularité de telles règles.

Cette décision, dont l'argument majeur est une pure interprétation textuelle, fait fi aussi bien du contexte social contemporain que de celui de l'adoption du Quatorzième amendement⁵⁶. En effet, en 1868, l'expression « ou à un autre crime » se référait aux cas de trahison. À l'inverse, le juge Marshall soutenait dans son opinion dissidente que la Section 2 du Quatorzième amendement « mettait les États du Sud face à un choix – accorder le droit de vote aux électeurs noirs ou perdre leur représentation au Congrès [... Mais] le simple fait que le Congrès ait choisi d'exempter une forme de discrimination électorale de la solution “réduction de la représentation [au Congrès]” prévue par la Section 2 n'implique pas nécessairement l'approbation par le Congrès de cette privation du droit de vote »⁵⁷. Selon cette opinion, le texte n'avait pas pour but de soustraire les Noirs aux garanties de la clause de protection égale, mais bien de prévoir une sanction en cas de discrimination de cette population dans les élections, à une époque à laquelle l'octroi explicite du droit de suffrage aux Afro-américains n'était politiquement pas possible⁵⁸.

Jusqu'alors, la Cour avait semblé plutôt protectrice du droit de vote en tant que droit fondamental. Elle l'avait en effet dit équivalent à la citoyenneté, citoyenneté ne pouvant être révoquée à titre de sanction⁵⁹. Dans *Richardson v. Ramirez*, elle n'est toutefois pas parvenue à concilier la loi sur la privation du droit de vote avec ses décisions antérieures sur le vote et la citoyenneté ; elle « n'a pas réussi à refermer le cercle syllogistique »⁶⁰. Tandis que la Section 2 est de manière générale jugée par la doctrine comme étant une « disposition obsolète et jamais appliquée »⁶¹, une « mesure de

⁵⁴ RUDENSTINE David, *The Rights of Ex-Offenders*, New York, Avon Books, 1979, p. 44.

⁵⁵ *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 94 S. Ct. 2655 (1974), pp. 54-55.

⁵⁶ Dans son opinion, le président Rehnquist soutient que l'histoire de la Section 2 du Quatorzième amendement n'est pas essentielle à son interprétation, car « la façon dont elle est devenue partie intégrante de l'amendement est moins importante que ce qu'elle dit et ce qu'elle signifie », *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 94 S. Ct. 2655 (1974), p. 55.

⁵⁷ Opinion du juge Marshall, *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24, 94 S. Ct. 2655 (1974), pp. 75-76.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964) ; *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967), affirmant que le vote est fondamentalement équivalent à la citoyenneté ; *Trop v. Dulles*, 356 U.S. (1958), pp. 101-102, déclarant que la citoyenneté ne peut être retirée à titre de punition.

⁶⁰ FURMAN Jesse, « Political Illiberalism: The Paradox of Disenfranchisement and the Ambivalences of Rawlsian Justice », *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, p. 1198.

⁶¹ McGOVNEY Dudley O., *The American Suffrage Medley: The Need for a National Uniform Suffrage*, Chicago, University of Chicago Press, 1949, p. 52 – écrit avant *Richardson v. Ramirez*.

l'ère de la Reconstruction sans signification durable »⁶², qui n'est « plus opérationnelle »⁶³ et « n'a jamais eu d'impact pratique »⁶⁴, la Cour s'est, un siècle après son adoption, appuyée sur ce texte, refusant d'évaluer les intérêts de l'État en cause et la nécessité de la loi contestée, estimant plutôt qu'en raison de la Section 2, la clause de protection égale était tout simplement inapplicable. Les juges de la Cour suprême ont fait une lecture du Quatorzième amendement ne tenant pas compte ni des amendements ultérieurs, ni de la jurisprudence constitutionnelle⁶⁵.

Le précédent posé par *Richardson v. Ramirez* n'a pas été remis en cause et la jurisprudence récente réaffirme que « le droit de vote des criminels n'est pas un droit constitutionnellement protégé »⁶⁶.

Ces contours exclusifs de la démocratie s'illustrent ainsi aux États-Unis par des lois souvent sévères de privation du droit de vote pour les personnes condamnées.

II/ Les « *disenfranchisement laws* » aux États-Unis, outil de filtrage d'une certaine partie de la population

Cette partie se concentrera exclusivement sur les États-Unis. Les lois de privation du droit de vote, ou « *disenfranchisement laws* », y désignent ces lois qui, en fonction des États, interdisent aux personnes actuellement sous le joug d'une condamnation ou aux personnes ayant fini d'effectuer une peine de voter. Le droit de vote des personnes détenues y est en effet défini par chaque État. Dans le prolongement des développements précédents, nous étudierons ces peines au prisme de deux questions : constituent-elles une punition ou un filtre pour l'accès au corps électoral ? (A) Si elles sont régulatrices, qui permettent-elles d'exclure ? (B)

A) Les « *disenfranchisement laws* » aux États-Unis, des lois à l'objet punitif ou régulateur ?⁶⁷

Nous nous appuyerons sur la jurisprudence des Cours suprêmes des États-Unis⁶⁸ afin de déterminer si les lois de privation du droit de vote y constituent plutôt, lorsqu'elles sont appliquées à un individu, une punition ou un filtre destiné à dessiner les contours de l'électorat américain. En somme, cette analyse revient à déterminer si le droit de vote est considéré aux États-Unis comme un droit individuel ou un droit fonctionnel. Les développements précédents nous éclairent déjà sur ce point, mais une approche plus détaillée de la question semble nécessaire.

⁶² FARBER Daniel A., SHERRY Suzanna, *A History of the American Constitution*, Eagan, West Publishing Company, 1990, p. 297.

⁶³ PERRY MICHAEL J., *We The People: The Fourteenth Amendment and the Supreme Court*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 197.

⁶⁴ EPSTEIN Lee, WALKER Thomas G., *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*, Washington, CQ Press, 2001, p. 452.

⁶⁵ EWALD Alec, « Civil Death: The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States », *Wisconsin Law Review*, p. 1070.

⁶⁶ *Madison v. Washington*, 163 Wn.3d 757 (2007).

⁶⁷ Pour reprendre les termes d'EWALD Alec et ROTTINGHAUS Brandon, *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 12.

⁶⁸ Précisons que nous reprendrons ici les expressions employées par la jurisprudence américaine, qui englobe généralement l'ensemble des droits civiques (« *civil rights* ») dans ses analyses, tandis que seul le droit de vote nous intéresse.

Si la finalité de la loi est répressive, alors il s'agit d'une sanction ayant un caractère punitif et le droit de vote est un droit individuel. Si, *a contrario*, son but est autre, il peut s'agir d'une mesure visant à protéger l'électorat, auquel cas le droit de vote s'apparente à un droit fonctionnel. La Cour Suprême des États-Unis recherche en effet toujours la finalité de la sanction afin de déterminer quelle est sa nature. Elle a établi ce test dans l'arrêt *Trop v. Dulles* de 1958 : « la loi impose[-t-elle] une *sanction dans le but de punir* – c'est-à-dire, dans le but de réprimer le délinquant, de dissuader les autres, etc. », ou, si elle « ne vise pas à punir, [cherche-t-elle] à *atteindre quelque autre but légitime* » ?⁶⁹ Cette nature a un intérêt pratique puisqu'elle permet de déterminer le régime – pénal ou non pénal – qui devra être appliqué à la mesure de privation. L'étude du contentieux relatif aux lois de privation des droits civiques aux États-Unis révèle en effet que chaque fois que leur contestation se rapporte aux dispositions constitutionnelles cardinales du droit pénal⁷⁰, le juge doit déterminer si la loi en cause est ou n'est pas une loi pénale afin de pouvoir lui appliquer ou non lesdites dispositions. En effet, certains principes tels la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, d'une utilité certaine, ne couvrent que les lois à caractère répressif. Si la loi n'a pas un but répressif, alors ce principe ne s'y applique pas et elle peut, sans contrevenir à des dispositions constitutionnelles, priver de manière rétroactive des citoyens de droits dont ils jouissaient jusqu'alors. Les droits politiques ne sont aux États-Unis pas des droits acquis.

En France, les lois de privation des droits civiques sont qualifiées de *punition*⁷¹. Aux États-Unis, elles sont *a contrario* considérées comme des *mesures de sûreté* visant à préserver la moralité du corps politique. Une telle mesure se définit comme une « mesure de précaution destinée à compléter ou suppléer la peine encourue par un délinquant qui [...] ne constitue pas un châtiment, mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux afin de prévenir les infractions futures qu'il pourrait commettre [...] »⁷². Elle a donc pour objectif de protéger l'institution qui serait atteinte par l'éventuelle commission d'une infraction. Son but est préventif, vise le potentiel, l'avenir, la punition étant, elle, tournée vers le passé. L'objet fondamental de la sanction ne serait dans un tel cas pas *punitif*, mais *régulateur*. La loi vise à exclure. Ce fondement moral des mesures de privation des droits civiques comme mesures de sûreté est affirmé de manière régulière par les cours américaines. La loi permet ainsi de dessiner les contours du corps électoral ; elle en révèle les

⁶⁹ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958) ; traduction proposée par ZOLLER Élisabeth dans *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 289.

En l'espèce, la loi relative à la nationalité de 1940 prévoyait que toute personne déclarée coupable de désertion était déchue de sa nationalité du seul fait de cette déclaration. La Cour devait alors déterminer si cette loi pouvait poursuivre un autre but légitime que celui de punir. Elle a jugé que puisque la déchéance de nationalité n'était pas présentée comme ayant pour objectif de résoudre des difficultés internationales (comme cela avait pu être le cas dans une affaire dans laquelle sa nationalité avait été retirée à un citoyen américain qui avait voté à l'occasion d'une élection étrangère), la sanction était nécessairement répressive. La Cour lui a ainsi appliqué les garanties propres au droit pénal.

⁷⁰ Précisons ici que des contestations de ces lois ont pu également être fondées sur des dispositions constitutionnelles n'ayant pas un caractère pénal, comme le I^{er}, le XIV^e, le XV^e ou le XXIV^e amendements.

⁷¹ Camille Aynès démontre qu'aujourd'hui, « pour le Conseil constitutionnel, toute privation des droits civiques qui n'est pas attachée à la perte des facultés mentales relève nécessairement du régime répressif, même quand elle ne résulte pas d'une condamnation pénale : le droit pénal s'impos[ant] comme "bouclier" de la citoyenneté », AYNÈS Camille, *op. cit.* note 8, p. 405.

Tel n'a cependant pas toujours été le cas. Pour davantage d'explications sur le passage de la qualification de mesures de sûreté à celle de punitions en France, voir la thèse d'AYNÈS Camille, *op. cit.* note 8, pp. 337 et s., p. 397. V. également SIMONIN Anne, *Le Déshonneur dans la République. Une histoire de l'indignité 1791-1958*, Paris, Grasset, 2008, pp. 23-24.

⁷² CORNU Gérard, « Mesure de sûreté », *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Paris, PUF, 2014.

frontières morales. Si en 1867, la Cour a affirmé dans *Cummings v. Missouri* que la déchéance des droits civiques pouvait en théorie s'apparenter à une punition⁷³, plus de quatre-vingt-dix ans plus tard, elle présentait cette même déchéance des droits politiques dans l'arrêt *Trop v. Dulles* susmentionné comme un exemple phare de sanction ayant pour but « non *pas de punir*, mais [d']atteindre un autre objectif gouvernemental légitime »⁷⁴ : filtrer l'accès au corps électoral, notamment. Entre temps, en 1884, la Cour suprême de l'Alabama affirmait clairement dans l'arrêt *Washington v. State* cité *supra* que « [l']objectif manifeste [de la privation des droits civiques] est de *préserver la pureté des urnes*, qui est l'unique fondement assuré de la liberté républicaine et qui requiert d'être protégée contre l'invasion de la corruption, tout autant que contre celle de l'ignorance, de l'incompétence ou de la tyrannie. [...] Il est donc approprié que [les auteurs d'infraction] soient privés d'un droit dont l'exercice peut parfois mettre en péril le bien-être des communautés, sinon celui de l'État lui-même [...]. [L']exclusion doit être considérée comme une simple disqualification, *imposée à des fins de protection et non de punition* »⁷⁵. C'est le corps électoral, la communauté, voire l'État lui-même qui s'en trouvent ainsi protégés. Comme en conclut Camille Aynès, « dans la quasi-totalité des affaires dans lesquelles elles ont eu à juger de la constitutionnalité de ces mesures, les Cours suprêmes ont considéré que le but de cette déchéance n'était point de punir mais de déterminer un critère raisonnable pour choisir les électeurs »⁷⁶. L'incapacité électorale s'en trouve essentiellement fondée sur un argument de dignité morale, les personnes condamnées ne remplissant pas les caractères requis pour faire partie du corps des électeurs. Au même titre que les « idiots » et les « fous », un État a intérêt à écarter du vote « les personnes dont le comportement antisocial est avéré et dont on peut dire qu'il est destructeur des objectifs de la société »⁷⁷ afin de préserver l'intégrité de son processus électoral. Parce qu'on veut qu'il perde son appartenance à la société en tant que machine démocratique, on le signifie à l'individu infracteur en le privant du droit de voter.

Avec de telles sanctions de privation des droits civiques « principalement de nature civile et régulatrice, plutôt que punitive »⁷⁸, les États-Unis s'inscrivent pleinement dans la conception fonctionnelle de l'électorat, les contours de ce dernier étant limités aux seules personnes considérées dignes et aptes. Défendues, nous l'avons vu, par la Cour suprême, ces lois ont tout le loisir d'exister et perpétuent encore l'histoire raciale des États-Unis.

B) Les « *disenfranchisement laws* » aux États-Unis, des lois de privation du droit de vote spécialement conçues pour une population à exclure

À l'exception du Maine, du Vermont et plus récemment de Washington D.C., il est interdit aux personnes condamnées pour « *felony* » de voter sur tout le territoire des États-Unis. Au sein des quarante-huit États restants, la distinction est faite entre les personnes détenues provisoirement, qui sont en théorie autorisées à voter dans l'ensemble des États, les personnes condamnées pour « *misdemeanor* » (l'équivalent de nos délits sauf délits graves, punis jusqu'à un an d'emprisonnement)

⁷³ *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277 (1867) : « la privation de tout droit, civil ou politique, dont on jouissait précédemment peut constituer une punition [...] ».

⁷⁴ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

⁷⁵ *Washington v. State*, 75 Ala. 582, 585 (1884).

⁷⁶ AYNÈS Camille, *op. cit.* note 8, p. 429.

⁷⁷ *Kronlund v. Honstein*, 327 F. Supp. 71 (N.D. Ga. 1971).

⁷⁸ *Simmons v. Galvin*, 575 F.3d 24 (1st Cir. 2009).

et les personnes condamnées pour « *felony* » (l'équivalent de nos crimes et délits graves)⁷⁹. En 2022, quelques États des États-Unis interdisaient aux personnes condamnées pour « *misdemeanor* » (et *a fortiori* pour « *felony* ») de voter, tandis que la grande majorité appliquait cette règle uniquement aux personnes condamnées pour « *felony* ». La diversité des règles est grande entre les États. Une distinction est également faite entre les personnes condamnées, incarcérées ou effectuant la fin de leur peine hors de prison⁸⁰, et celles ayant fini d'effectuer leur peine. En effet, si la mesure prend dans la plupart des États la forme d'une suspension du droit de vote le temps de la peine ou le temps de l'incarcération, quelques États pratiquent aujourd'hui une politique de privation à vie. En fonction de l'État dans lequel elle a été jugée, la personne libérée pourra recouvrer son droit de vote dès sa sortie, automatiquement ou sous réserve d'effectuer certaines démarches, une fois les amendes et autres frais liés au procès payés, après l'écoulement d'un certain délai défini par la loi ou ne jamais plus être autorisée à voter.

La pratique européenne décrite *supra* consistant à exclure les criminels du corps électoral traversa l'Atlantique avec les colons Anglais au XVIIe siècle et se resserra autour du droit de suffrage. Le criminel perdait alors son droit de vote. Cette mesure de privation avait à cette époque un caractère public, était visible de tous et ses objectifs étaient énoncés par la loi. Les juges devaient par ailleurs délibérer avant de décider d'une telle sanction, et cette peine principale avait une visée essentiellement dissuasive et éducative. Tels sont certains des points de divergence majeurs existant entre ces lois de privation du droit de vote de l'époque coloniale et celles qui existent aujourd'hui aux États-Unis. Ces dernières, automatiques, invisibles dans le processus de justice pénale, considérées comme « collatérales »⁸¹, c'est-à-dire accessoires plutôt que peines principales et appliquées à de vastes catégories d'infractions ayant peu ou pas de caractère commun, n'ont aujourd'hui plus rien à voir avec les lois européennes d'origine, notamment dans leurs intentions. L'histoire américaine de ces lois permet de comprendre les contours actuels de l'électorat de ce pays.

Rapidement après avoir acquis leur indépendance à la fin du XVIIIe siècle, de nombreux États des États-Unis prévoient d'exclure les personnes condamnées du suffrage⁸². La pratique se poursuit, à tel point qu'en 1860, vingt-quatre États sur les trente-trois existants privent, par des textes législatifs ou constitutionnels, les « *felons* » du droit de voter. En 1860 toutefois, les Noirs n'étaient autorisés à voter que dans six États : le Maine, le Massachusetts, le New Hampshire, l'État de New York, Rhode Island et le Vermont. Dans la quasi-totalité des États où les « *felons* » étaient privés du droit de vote, les Noirs l'étaient également. Puisqu'ils étaient exclus du suffrage directement en raison de leur couleur de peau, et non par un détour par le droit pénal, la motivation raciste des lois de privation du droit de vote des personnes condamnées ne peut être envisagée ici. Bien que

⁷⁹ La traduction, souvent faite en France, de « *felony* » par « crime » ne vaut donc pas. La comparaison vaut encore moins entre les crimes tels que définis en France et les « *crimes* », qui désignent aux États-Unis l'ensemble composé des « *misdemeanor* » et des « *felonies* ».

⁸⁰ Certaines personnes pouvant sortir de prison mais demeurer sous le joug d'une condamnation, en liberté conditionnelle notamment (« *parole* », aux États-Unis). Certains États prévoient le recouvrement du droit de vote au moment de cette sortie « provisoire ».

⁸¹ BURTON Velmer S., CULLEN Francis T., TRAVIS Lawrence F., « Collateral Consequences of a Felony Conviction: A National Study of State Statutes », *Federal Probation*, vol. 51, n° 3, sept. 1987, pp. 52-60.

⁸² La Louisiane en 1812, l'Indiana en 1816, le Mississippi en 1817, le Connecticut en 1818, à titre d'exemples.

s'appliquant dans un contexte avéré de discrimination raciale⁸³, ces lois ne visaient alors pas spécifiquement les personnes noires, mais bien les personnes condamnées pour « *felony* ». Cela allait toutefois rapidement changer. En effet, une large partie de la doctrine juridique s'accorde sur les fondements racistes de l'adoption et de la persistance aujourd'hui d'une grande partie des lois de privation du droit de vote pour les personnes condamnées aux États-Unis⁸⁴.

À l'issue de la guerre de Sécession (1861-1865), le Treizième amendement à la Constitution américaine est adopté, interdisant l'esclavage et la servitude volontaire. Quatre millions d'anciens esclaves sont ainsi libérés. Tandis que les Quatorzième (1868) et Quinzième amendements (1870) prévoient puis renforcent la citoyenneté des hommes noirs, que les critères de propriété jusqu'alors requis pour voter sont abolis, que des hommes noirs commencent à être élus, de nombreux États décident de mettre en place de nouvelles discriminations entre les électeurs. Les « taxes sur le vote » (« *poll taxes* »), les tests d'alphabétisation, la fraude et l'intimidation empêchent régulièrement les Noirs de voter. « L'abolition des critères de propriété [ayant] révélé qu'ils avaient rempli un certain nombre de fonctions indispensables, comme la limitation du droit de vote des Noirs libres, des femmes, des enfants, des criminels, des incapables mentaux, des immigrés non qualifiés et des personnes de passage »⁸⁵, il devient tout aussi indispensable pour de nombreux États de trouver un nouveau moyen d'empêcher ces populations de voter. C'est alors tout un système de conservation du pouvoir aux élites blanches et de mise à l'écart des Noirs qui se met en place. Le Treizième amendement ayant aboli l'esclavage « si ce n'est en punition d'un délit ou d'un crime »⁸⁶, les États du Sud en profitent et créent un système permettant de condamner les anciens esclaves noirs pour des délits mineurs et de les incarcérer, – puis de louer leur travail forcé à des entreprises⁸⁷. Autour de 1874, les anciens esclaves sont arrêtés en masse pour de nouvelles infractions telles que le vagabondage, le fait de marcher près d'une voie ferrée, le fait de parler fort près de femmes blanches, le fait de cracher ou le fait de vendre des marchandises une fois la nuit tombée⁸⁸. Seules 10% des personnes arrêtées à cette époque sont blanches⁸⁹. Dans le même temps, des lois sont

⁸³ L'esclavage ayant eu cours aux États-Unis jusqu'en 1865, date de l'adoption du Treizième amendement.

⁸⁴ Notamment FLETCHER George P., « Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Uses of Infamia », *UCLA Law Review*, n°46, 1999, pp. 1895-1907 ; HARVEY Alice E., « Ex-Felon Disenfranchisement and Its Influence on the Black Vote: The Need for a Second Look », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, 1994, pp. 1145-1189 ; HENCH Virginia E., « The Death of Voting Rights: The Legal Disenfranchisement of Minority Voters », *Case Western Reserve Law Review*, vol. 48, n°4, 1998, pp. 727-798 ; SHAPIRO Andrew L., « Challenging Criminal Disenfranchisement under the Voting Rights Act: A New Strategy », *The Yale Law Journal*, vol. 103, n°2, nov. 1993, pp. 537-566.

⁸⁵ WARD E. Y. Elliott, *The Rise of Guardian Democracy. The Supreme Court's Role in Voting Rights Disputes, 1845-1969*, Cambridge, Harvard University Press, 1974, p. 43.

⁸⁶ Treizième amendement à la Constitution américaine : « Ni esclavage ni servitude involontaire, si ce n'est en punition d'un délit ou d'un crime dont le coupable aura été dûment condamné, n'existeront aux États-Unis ni dans aucun des lieux soumis à leur juridiction ».

⁸⁷ Ce système sera appelé « *convict leasing* ».

Identifiant les nouvelles lois pénales adoptées à cette époque comme des « codes noirs » – « *Black codes* » –, l'historien américain Eric Foner décrit comment elles ont soutenu l'économie chancelante des États du Sud une fois l'esclavage aboli, en fournissant aux employeurs une main-d'œuvre bon marché par le biais de cette location de prisonniers ; v. FONER Eric, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, New York, HarperCollins, 1988.

⁸⁸ *Slavery by Another Name*, documentaire issu du livre de BLACKMON Douglas A., *Slavery by Another Name: The Re-Enslavement of Black People in America from the Civil War to World War II*, New York, Doubleday, 2008.

⁸⁹ *Ibid.*

spécialement rédigées dans le but d'empêcher ces personnes de voter⁹⁰. Leur lettre dit empêcher les personnes condamnées pour « *felony* » de voter⁹¹, mais entre 1890 et 1910, certains États du Sud « ont adapté leurs lois de privation du droit de vote en raison d'une condamnation, de même que d'autres conditions pour voter, afin d'accroître l'effet de ces lois sur les citoyens noirs »⁹². C'est ainsi qu'en Caroline du Sud, figuraient parmi les infractions disqualifiantes celles que « le Noir était particulièrement enclin à commettre : le vol, l'adultère, l'incendie criminel, les coups portés à la femme, la violation de domicile et la tentative de viol. Des crimes tels que le meurtre et la bagarre, que l'homme blanc est aussi susceptible de commettre que le Noir, ont été omis de la liste »⁹³. À mesure que la population afro-américaine incarcérée dans un État augmente, celui-ci est beaucoup plus susceptible d'étendre ses mesures de privation du droit de vote pour les anciens détenus, tandis que « les États ayant une faible proportion de détenus afro-américains sont plus susceptibles d'abolir les restrictions liées au droit de vote des anciens détenus »⁹⁴. Ainsi, si les Noirs sont davantage incarcérés et que des lois empêchent les personnes incarcérées de voter, les Noirs seront largement empêchés de voter. En 1912, quarante-deux des quarante-huit États alors existants avaient adopté des dispositions privant du droit de vote les personnes condamnées, par la voie législative ou constitutionnelle. À l'exception du Maine et du Vermont⁹⁵, tous les États des États-Unis ont fini par adopter de telles lois⁹⁶. Les « *disenfranchisement laws* », si telle n'est pas leur origine, se sont transformées en un outil utilisé par les défenseurs d'un système de conservation du pouvoir aux élites blanches.

Si, comme l'a affirmé la Cour suprême des États-Unis en 1964⁹⁷, la citoyenneté et le droit de vote sont véritablement « l'essence d'une société démocratique », l'historique de l'adoption de ces lois révèle les limites que connaissent les droits civiques et la citoyenneté aux États-Unis aujourd'hui. En effet, ces lois demeurent et excluent encore aujourd'hui une partie disproportionnée de la population noire du suffrage. Environ 4,6 millions d'Américains n'auraient ainsi pas pu voter aux élections générales de 2022 du fait d'une condamnation pour « *felony* »⁹⁸. Ainsi, actuellement, un

⁹⁰ Elles s'inscrivent dans tout un arsenal législatif, celui des « lois Jim Crow », qui imposaient la ségrégation raciale dans le Sud des États-Unis entre la fin de la Reconstruction en 1877 et le début du mouvement des droits civiques dans les années 1950.

⁹¹ En 1870, vingt-huit des trente-huit États existants prévoient la privation du droit de vote des personnes condamnées pour « *felony* » ; v. BEHRENS Angela, MANZA Jeff et UGGEN Christopher, « Ballot Manipulation and the “Menace of Negro Domination” : Racial Threat and Felon Disenfranchisement in the United States, 1850-2002 », *American Journal of Sociology*, vol. 109, 2003, pp. 564-566.

⁹² SHAPIRO Andrew L., *op. cit.* note 84, p. 540.

⁹³ SHAPIRO Andrew L., *op. cit.* note 84, p. 541.

⁹⁴ MANZA Jeff, UGGEN Christopher, *Locked out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 67 ; BEHRENS Angela, MANZA Jeff et UGGEN Christopher, *op. cit.* note 91, pp. 596, 599.

⁹⁵ Existe une ambiguïté quant au fait que le Vermont aurait brièvement connu une telle loi à la fin du XVIIIe siècle. Quoi qu'il en soit, si elle a existé, elle n'a pas duré et cet État est considéré comme n'ayant jamais appliqué une telle mesure.

⁹⁶ Notons que ces États sont ceux ayant le pourcentage le plus élevé de Blancs non hispaniques du pays (95% de la population de ces États). V. U.S. Census Bureau, *Annual estimates of the resident population by sex, race, and hispanic origin for the United States, states, and counties : July 1, 2015*, 2016, <http://factfinder.census.gov/>.

Washington D.C. rejoindra le Maine et le Vermont en 2020 en autorisant les personnes détenues condamnées à voter.

⁹⁷ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

⁹⁸ Le chiffre n'inclut pas les personnes empêchées de voter pour avoir commis un « *misdemeanor* » dans quelques États.

adulte sur cinquante est privé de son droit de vote en raison d'une condamnation présente ou passée pour « *felony* »⁹⁹, soit 2% de la population en âge de voter aux États-Unis¹⁰⁰. Soulignons qu'il s'agit pour les trois quarts de personnes n'étant pas présentement incarcérées, car ayant entièrement exécuté leur peine ou demeurant sous surveillance pendant une période après leur incarcération. L'électorat américain se voit ainsi diminué de millions de personnes sur le fondement de leur indignité à participer au processus électoral. En effet, le critère de dignité pour accéder au vote développé précédemment demeure. Il permet aux États-Unis d'exclure principalement les populations noires¹⁰¹.

Du fait de certaines politiques débutées dans les années 1970, principalement la *War on Drugs*, initiée par Richard Nixon, la population carcérale des États-Unis a augmenté de 500% depuis 1973. C'est alors que s'est considérablement accentuée l'incarcération massive des Afro-américains¹⁰². La disproportion est grande entre la population noire libre et la population noire incarcérée. En 2010, sur les quelques 19 millions d'Américains ayant au cours de leur vie fait l'objet d'une condamnation pour « *felony* », 36% étaient Afro-américains, soit près de 7 millions de personnes, tandis que les Noirs représentaient à ce moment-là 13% de la population américaine¹⁰³. L'une des conséquences de cette incarcération de masse est telle qu'aujourd'hui, un Afro-américain sur dix-neuf en âge de voter est privé de son droit de vote, ce taux étant 3,5 fois plus élevé que celui des non Afro-américains. Ainsi, plus de 5,3% de la population afro-américaine adulte est privée de son droit de vote, contre 1,5% de la population non afro-américaine¹⁰⁴. Les taux de privation du droit de vote varient considérablement d'un État à l'autre. Ils sont les plus élevés dans les États du Sud, où l'influence des lois de l'ère Jim Crow limitant le pouvoir politique des citoyens noirs demeure. C'est ainsi qu'en Alabama, en Arizona, en Floride, dans le Kentucky, le Mississippi, le Tennessee et en Virginie, plus d'un Afro-américain sur dix est privé de son droit de vote, soit plus du double de la moyenne nationale pour la population noire.

Après avoir augmenté de façon spectaculaire au cours des dernières décennies du fait de l'accroissement de la population pénale, ce chiffre est depuis 2016 en baisse (- 24%), un certain nombre d'États ayant adopté des politiques visant à restreindre cette pratique de privation du droit de vote. On estimait en effet à 1,2 million le nombre de personnes privées du droit de vote en 1976, à 3,3 millions en 1996, à 4,7 millions en 2000, à 6,1 millions en 2016 et à 5,2 millions en 2020. V. UGGEN Christopher, LARSON Ryan, SHANNON Sarah, STEWART Robert, « Locked out 2022: estimates of people denied voting rights due to a felony conviction », The Sentencing Project, oct. 2022, p. 2.

⁹⁹ Dans trois États – l'Alabama, le Mississippi et le Tennessee – ce chiffre est autrement plus alarmant puisque plus de 8% de la population en âge de voter, soit un adulte sur treize, est interdite de vote.

¹⁰⁰ Population en âge de voter en 2022 : 258 310 278 personnes.

¹⁰¹ Les autres minorités sont également touchées, notamment les personnes d'origine hispanique.

¹⁰² V. sur ce point ALEXANDER Michelle, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New York, The New Press, 2010, 378 p.

Avant l'adoption de l'*Anti-Drug Abuse Act* en 1986, la durée de la peine fédérale moyenne pour les Noirs était supérieure de 11% à celle des Blancs. Quatre ans après l'adoption de la loi, ce chiffre est passé à 49%.

Entre 1985 et 1995, décennie d'application la plus intense de la *War on Drugs*, la population carcérale totale a augmenté en moyenne de 8% par an. V. GILLARD Darrell K. et BECK Allen J., *Prison and jail inmates, 1995, 1996*, Bureau of Justice Statistics, disponible en ligne : <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/PJI95.PDF>.

¹⁰³ MASSOGLIA Michael, SCHNITTKER Jason, SHANNON Sarah K. S., THOMPSON Melissa, UGGEN Christopher, WAKEFIELD Sara, « The Growth, Scope, and Spatial Distribution of People With Felony Records in the United States, 1948-2010 », *Demography*, vol. 54, n°5, 2017, disponible en ligne : http://sarah.shannons.us/uploads/4/9/3/4/4934545/shannon_etal_2017_demography.pdf#page=14.

¹⁰⁴ UGGEN Christopher, LARSON Ryan, SHANNON Sarah, STEWART Robert, *loc. cit.* note 98.

Plus de dix ans après avoir autorisé de telles lois dans *Richardson v. Ramirez*, la Cour a introduit une subtilité à son contrôle. En 1985, dans l'affaire *Hunter v. Underwood*, les juges de la Cour suprême ont déclaré à l'unanimité que la Section 2 ne protégeait toutefois pas les dispositions privant du droit de vote des personnes condamnées qui reflétaient un objectif de discrimination raciale délibéré¹⁰⁵. Ces dernières violent selon eux la clause de protection égale du Quatorzième amendement. Deux conditions sont alors requises pour établir une violation de cette clause : un impact racial disproportionné et un objectif discriminatoire¹⁰⁶. En l'espèce, la Cour a jugé inconstitutionnelle une disposition de la Constitution de l'Alabama qui privait de leur droit de vote les personnes coupables de « turpitude morale », après avoir constaté que l'intention derrière le texte était d'empêcher les Noirs de voter et que celui-ci continuait d'avoir un impact racial disproportionné. Ce contrôle n'a toutefois pas permis depuis de faire censurer d'autres lois. Si l'impact racial disproportionné peut être *relativement* aisément acté par des chiffres, l'objectif discriminatoire sera largement moins admis par la jurisprudence. Le « test » de *Hunter v. Underwood* est ainsi difficile à passer et les lois de privation du droit de vote des personnes condamnées demeurent¹⁰⁷.

Si elles demeurent, elles ne connaissent toutefois plus d'expansion aujourd'hui. Les mesures les plus récentes à travers le pays vont davantage dans le sens d'une réduction de la privation du droit de vote, essentiellement s'agissant des personnes libérées ou effectuant la fin de leur peine hors de prison¹⁰⁸. Si ces changements sont significatifs et non négligeables, d'autres évolutions relatives à la population « non pénale » sont autrement alarmantes concernant également les contours de l'électorat américain. De nombreuses lois ont en effet été adoptées dans différents États rendant l'accès au vote plus difficile. Ces mesures de « *vote suppression* », impactant de manière disproportionnée les minorités¹⁰⁹, consistent en de nouveaux obstacles pour voter par correspondance, pour se faire assister dans son inscription sur les listes électorales ou dans son vote, pour présenter un justificatif d'identité valide ou pour s'inscrire sur les listes électorales le jour du vote (pratique répandue aux États-Unis).

¹⁰⁵ *Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222 (1985).

¹⁰⁶ Comme la Cour l'avait déjà affirmé dans un arrêt antérieur, « [u]ne action publique ne sera pas jugée inconstitutionnelle uniquement parce qu'elle a un impact racial disproportionné. [...] La preuve d'une intention ou d'un but racialement discriminatoire est nécessaire pour démontrer une violation de la clause de protection égale », *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation*, 429 US 252 (1977), p. 265.

¹⁰⁷ Elles ont également pu être attaquées sur d'autres fondements, tels le *Voting Rights Act* de 1965, sans succès.

¹⁰⁸ Nous avons déjà évoqué le fait que Washington D.C. a rejoint le Maine et le Vermont comme étant les seuls endroits des États-Unis autorisant le vote des personnes incarcérées condamnées pour « *felony* ».

Par ailleurs, d'importants changements sont intervenus depuis le 1^{er} janvier 2020 dans huit États. Le droit de vote a été étendu aux personnes actuellement en période de sursis probatoire et en liberté conditionnelle dans le New Jersey, en Caroline du Nord et dans l'État de Washington, aux personnes en liberté conditionnelle en Californie, dans le Connecticut et dans l'État de New York et à de nombreuses personnes ayant fini d'effectuer leur peine en Virginie et dans l'Iowa. D'autres États ont écourté la période d'attente post-condamnation requise pour retrouver son droit de vote et/ou simplifié le processus de recouvrement des droits civiques.

¹⁰⁹ GRANGE Coryn, LOVING Sara, « Impacts of Restrictive Voting Legislative Since the 2020 Election », Brennan Center for Justice, avr. 2022, m. à j. mars 2023, disponible en ligne : <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/impacts-restrictive-voting-legislation-2020-election>.

Résulte de cet historique américain des lois privant du droit de vote les personnes condamnées ou rendant l'accès au suffrage plus difficile un électorat choisi, un électorat aux limites encore aujourd'hui fortement liées à l'histoire raciale des États-Unis. La doctrine américaine s'accorde ainsi à affirmer qu'au moment de la Reconstruction, post-guerre de Sécession, ce sont de telles raisons politiques qui ont régi l'exclusion des personnes condamnées de l'électorat. « La déchéance a fonctionné dans ce pays comme un filtre racial »¹¹⁰.

¹¹⁰ AYNÈS Camille, *op. cit.* note 8, reprenant FLETCHER George P., *op. cit.* note 84 ; GOLDMAN Daniel S., « The Modern-Day Literacy Test?: Felon Disenfranchisement and Race Discrimination », *Stanford Law Review*, vol. 57, n°2, 2004, pp. 611-655 ; WACQUANT Loïc, « Race as Civic Felony », *International Social Science Journal*, vol. 57, n°183, 2005, pp. 127-142 ; EWALD Alec, *op. cit.* note 65, pp. 1045-1137 (spéc. p. 1120).