



Etat des lieux du droit de vote aux Etats-Unis à la suite des élections de 2020

Yannick Ganne

ABSTRACT

The current reforms of voting rights in the United States highlight their precarious situation. Some states are adopting new electoral laws that have indirect discriminatory effects regarding access to the ballot box. They reflect the lasting troubles of African-Americans and the strong partisan divide in the resolution of political and constitutional issues in the United States.

RESUME

L'actualité du droit de vote aux États-Unis à la suite des élections de 2020 met en évidence sa situation précaire. L'encadrement juridique du vote, largement déterminé par la structure fédérale de l'État, permet aux États fédérés d'adopter des réformes électorales entraînant de potentielles discriminations indirectes dans l'accès aux urnes. La dénonciation de ces pratiques fait écho aux discriminations persistantes des populations afro-américaines et à la centralité du clivage partisan dans le règlement des questions politiques et constitutionnelles aux États-Unis.

MOTS-CLES :

United States; Federalism; Political Rights; Voting Rights; Discrimination

Pour citer l'article:

Yannick Ganne, « Etat des lieux du droit de vote aux Etats-Unis à la suite des élections de 2020 », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, 2021/1, n°3, pp. 84-95.

La reproduction ou représentation de cet article n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site de l'*Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© 2021 Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties

Etat des lieux du droit de vote aux États-Unis à la suite des élections de 2020

Yannick Ganne*

« L'élection du président est une cause d'agitation, non de ruine. »
Alexis de Tocqueville¹

Comme tous les deux ans, les élections aux États-Unis sont l'occasion d'une intense production académique et médiatique en France². Après un dernier mandat présidentiel préoccupant sur le plan des droits et libertés³, l'état de santé de la démocratie américaine a été particulièrement scruté, au cours des derniers mois, car les signaux envoyés jusqu'à nous apparaissent contradictoires.

Déjà observée par Tocqueville, la centralité des choix démocratiques dans la société américaine ne fait pas de doute⁴. Sans même nous arrêter sur la régularité des opérations électorales et sur le fait qu'elles portent sur un nombre conséquent de questions et mandats⁵, les élections de 2020 témoignent à première vue d'une situation démocratique satisfaisante en lien avec l'alternance politique et la hausse de la participation, deux phénomènes généralement considérés comme positifs en la matière. Le taux de participation, particulièrement élevé et renforcé par le vote par correspondance adapté à la pandémie, a ainsi été mis en avant⁶, ainsi que l'alternance entre le parti républicain et le parti démocrate au Sénat fédéral et à la présidence de l'Union.

* Maître de conférences en droit public - CURAPP-ESS, Université de Picardie Jules Verne

¹ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique I*, Paris, Gallimard, 1986, p. 207.

² Parmi les contributions francophones récentes, de divers formats, abordant les enjeux du vote, v. spé. (par ordre chronologique) : P. Ndiaye, « Le long combat pour le droit de vote aux États-Unis », *L'histoire*, juin 2020 ; H. Quanquin, « Aux États-Unis, le droit de vote reste au centre d'une bataille sans fin », *Le Monde*, 26 août 2020 ; L. Nardon, « Pourquoi Trump peut être réélu sans vraiment gagner les élections », Podcast disponible sur slate.fr, 7 octobre 2020 ; Colloque en ligne « La démocratie américaine à l'épreuve de la présidence Trump », Université de Bordeaux, 22 janvier 2021 (en particulier l'analyse d'Olivier Richomme sur « Le droit de vote à l'épreuve de la présidence Trump ») ; A. de Travy, « [Centralisation et décentralisation dans les élections américaines de novembre 2020](#) », *JP Blog*, 6 février 2021. V. aussi le dossier « Les enjeux des élections américaines de 2020 », coordonné par Lauric Henneton dans la revue *Idées d'Amérique*, Vol. 16, 2020 (disponible en ligne).

³ <https://www.amnesty.fr/pays/etats-unis> (consulté en février 2021).

⁴ A. de Tocqueville, *op. cit.*, 1835 et 1840.

⁵ E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, Paris, PUF, 2001, p. 97 et s.

⁶ Par ex. : « Voter Turnout Hits Historic Levels With States Still Counting Votes », *Bloomberg*, Nov. 4, 2020 ; « 2020 turnout is the highest in over a century », *The Washington Post*, Nov. 5, 2020 ; « The 2020 Election Set a Record for Voter Turnout », *The Time*, Nov. 5, 2020

Pourtant, dans le même temps, des signaux plus inquiétants ont également été émis. Le chaos insurrectionnel de Washington, le 6 janvier 2021, mériterait à lui seul, et ne manquera pas de provoquer, de nombreuses études. Au-delà de cet événement et des efforts de la précédente administration présidentielle visant à semer le doute sur l'intégrité du scrutin, la question du droit de vote s'est elle-aussi posée. S'il est bien connu, depuis les circonstances de l'élection de George W. Bush en 2000, que les mécanismes de l'élection présidentielle rendent possible la défaite du candidat ayant obtenu le plus de voix⁷, les réformes récentes prises dans certains États fédérés et ayant pour effet de compliquer l'exercice du vote demeurent assez discrètes dans la littérature académique francophone. La présente étude entend y remédier en adoptant une approche mêlant le droit des libertés fondamentales⁸ et le droit électoral.

L'universalité du droit de vote est un enjeu récurrent dans l'histoire des États-Unis et, comme dans la plupart des régimes démocratiques, il prend la forme d'une conquête par paliers successifs. Au sortir de la guerre de Sécession, l'adoption du XV^e amendement en 1870 rend illégale la limitation du droit de vote « pour raison de race, couleur, ou condition antérieure de servitude ». En 1920, le XIX^e amendement interdit de « dénier ou restreindre » le droit de vote en raison du genre⁹. Le XXIV^e amendement est adopté en plein mouvement des droits civiques, en 1964, et déclare illégale toute restriction d'accès au vote liée au non-paiement de la taxe électorale ou « de tout autre impôt ». Enfin, en 1971, le XXVI^e amendement permet aux citoyens et citoyennes de voter dès dix-huit ans. Ces dispositions constitutionnelles mises bout à bout, en empêchant en principe les discriminations dans l'octroi du droit de vote, entendent garantir à toutes les citoyennes majeures et à tous les citoyens majeurs et de nationalité américaine un suffrage universel.

Mais les discriminations dans l'exercice du vote ne se limitent pas aux interdictions formelles, aux règles de droit grossièrement injustes, elles apparaissent aujourd'hui, de façon indirecte, dans les difficultés que peuvent rencontrer certaines parties de la population à avoir matériellement accès aux urnes, notamment par manque de temps ou en raison de complications administratives. Les contraintes juridiques nouvelles visant à encadrer davantage le vote sont désignées, par celles et ceux qui les combattent, par une expression puissante et terrible : « voter suppression »¹⁰. Ces règles, parfois adoptées en dernières minutes¹¹, touchent à toutes les étapes du processus électoral : ajout de modalités

⁷ Sur la décision de la Cour suprême *Bush v. Gore* : M. Rosenfeld, « Bush contre Gore : trois mauvais coups portés à la Constitution, à la Cour et à la démocratie », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2003.

⁸ En effet, il « n'est plus guère contestable que les droits politiques constituent des droits fondamentaux en droit positif » (X. Dupré de Boulois, *Droits des libertés fondamentales*, PUF, p. 512).

⁹ Sur les 100 ans de cet amendement, v. le dossier « Le centenaire du 19^e amendement aux États-Unis : enjeux politiques et historiographiques », coordonné par Héléne Quanquin dans la revue *Idées d'Amérique*, Vol. 16, 2020.

¹⁰ V. notamment : C. Anderson, *One Person, No Vote: How Voter Suppression Is Destroying Our Democracy*, New York, Bloomsbury Publishing, 2018. Le terme est fréquemment repris dans la presse : « Voter suppression has haunted America since it was founded », *National Geographic*, August 21, 2020 ; « 'There is a voter-suppression wing' : An ugly American tradition clouds the 2020 presidential race », *Los Angeles Times*, Oct. 24, 2020.

¹¹ Pour prendre l'exemple de l'État du Texas : « How Texas has made it easier and harder for people to vote in the pandemic », *The Texas Tribune*, Oct. 8, 2020.

supplémentaires pour l'inscription sur les listes, ajout de conditions pour voter par correspondance, fixation de règles plus strictes pour prouver son identité lors du vote, raccourcissement de la période d'envoi des bulletins de vote par correspondance, suppression de bureaux de vote, etc¹². Prises pour la plupart au nom de la lutte contre la fraude, ces mesures sont dénoncées par les défenseurs des droits civiques, car elles risquent de détourner des urnes certaines catégories d'électeurs. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Alors que ces entraves techniques dans l'exercice du droit de vote se multiplient ces dernières années, surtout dans les États fédérés du « Sud profond », en faisant vaciller du même coup l'idéal démocratique¹³, l'objectif de la présente contribution n'est pas d'entrer dans le détail de ces politiques publiques. Il ne s'agit pas non plus d'aborder directement l'impact de la crise sanitaire sur les modalités du scrutin¹⁴. Cette étude consiste plutôt à prendre en considération les alertes émises par les défenseurs des droits civiques et à envisager les mesures nouvelles et les projets de réforme contemporains à l'aide des clefs de lecture traditionnelles du vote aux États-Unis. Les modifications récentes du droit électoral et les altérations du droit de vote qu'elles entraînent trouvent en effet à s'expliquer par des facteurs de long terme. Elles traduisent autant un malaise actuel que les caractéristiques profondes, structurelles, de l'encadrement juridique du droit de vote aux États-Unis. La première de ces caractéristiques relève de la structure constitutionnelle fédérale (**Partie I**) et la seconde de l'impossibilité de séparer les modalités de l'exercice du vote et la lutte politique, dans le contexte américain (**Partie II**).

Partie I - Le fédéralisme comme clef de lecture principale du droit de vote aux États-Unis

La « structure fédérale » des États-Unis influence depuis le XVIII^e siècle toutes les branches de son droit¹⁵. Le régime des droits fondamentaux¹⁶, et du vote en particulier, ne fait pas exception. La Constitution fédérale se contente d'interdire certaines restrictions discriminatoires au droit de vote, ne fixant que très peu de règles techniques quant à son exercice. L'encadrement véritable de la pratique du vote – sans laquelle le droit de vote lui-même perd toute signification – relève des États fédérés et parfois même des comtés¹⁷.

¹² Une liste plus complète de ces « coûts » du vote est proposée dans : Q. Li *et al.*, « Cost of Voting in the American States », *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, Vol. 17, 2018, 234-247. Pour une liste mise à jour des nouvelles législations relatives au vote, v. le « [State Voting Bills Tracker 2021](https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/state-voting-bills-tracker-2021) » du *Brennan Center for Justice* : <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/state-voting-bills-tracker-2021> (consulté en février 2021).

¹³ S. Levine, « Why this election calls into question whether American is a democracy », *The Guardian*, Oct. 30, 2020.

¹⁴ Pour un cas concret en la matière, v. l'épilogue « *Dying to vote* » de P. Shah, R. Smith, « Legacies of Segregation and Disenfranchisement: The Road from *Plessy* to *Frank* and Voter ID Laws in the United States », *The Russell Sage Foundation J. of the Social Sciences*, Vol. 7, Feb. 2021, 134-146, spé. p. 144 et s.

¹⁵ E. Zoller, *Le droit des États-Unis*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶ H. Blackmun, « La Cour Suprême des États-Unis et les droits de l'homme », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 32, 1980, 303-315.

¹⁷ Sur la question de l'organisation décentralisée du droit de vote : J. Douglas, « The Right to Vote Under State Constitutions », *Vanderbilt L. Rev.*, Vol. 67, 2014, 89-149 ; J. Fishkin, « Equal Citizenship and the Individual Right to Vote », *Indiana L. Journal*, Vol. 86, 2011, 1289-1360. Concernant les différences entre comtés : M. Rosenfeld, *art. cit.*, Partie I.

C'est à ce niveau local que les changements récents du droit électoral se sont développés (B). Le modèle fédéral, et cela constituera sans doute un rappel tant ces éléments sont bien établis, implique également quelques compromis en lien avec l'égalité entre les électeurs. Certaines actualités en la matière requièrent que l'on s'y arrête (A).

A. La structure fédérale et les enjeux de l'égalité de représentation

Le principe d'égalité du vote, parfois appelé « égalité devant le suffrage », correspond à un idéal où chaque voix a exactement le même poids dans la détermination du résultat des élections¹⁸. Il s'agit d'un idéal en particulier pour les élections indirectes ou lorsque le mode de scrutin vise dans le même temps d'autres objectifs, comme l'égalité de représentation des entités fédérées. La problématique de l'égalité devant le suffrage se pose dans tous les systèmes démocratiques, y compris en Europe. Ainsi, la Cour de Strasbourg ne déduit pas de « l'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leur droit de vote » le fait que « tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat »¹⁹.

Aux États-Unis, les élections fédérales des membres de la Chambre des représentants, du Sénat et du « *ticket* » présidentiel obéissent chacune à des règles spécifiques. Si l'on met de côté la désignation des représentants – non dénuée de limitations à l'égalité de représentation en lien avec les découpages des circonscriptions électorales – les élections présidentielles et sénatoriales fédérales ne permettent pas d'atteindre une parfaite égalité entre les électeurs. Mais cela n'est pas leur objectif : la version américaine du fédéralisme impose une égale représentation des États au Sénat quelle que soit leur population (Art. 1^{er} Sect. 3 C.). Une voix dans le Wyoming ou le Vermont, États les moins peuplés, n'a donc pas le même poids qu'une voix en Californie ou au Texas, États les plus peuplés. On comprend dès lors l'enjeu, pour le parti démocrate, de doter la capitale fédérale – le District de Columbia – d'un statut étatique, lui permettant d'envoyer deux sénateurs au Capitole²⁰. Le district étant très largement acquis aux démocrates, cela conforterait leur contrôle du Sénat²¹.

Le cas de l'élection du « *ticket* » présidentiel – présidence et vice-présidence – est à part car il combine les modalités d'un scrutin indirect avec les spécificités du fédéralisme. Ce mode de scrutin repose sur l'élection d'un collège électoral composé de grands électeurs désignés au sein des États fédérés. Le nombre de grands électeurs attribué à l'avance à chacun des États ne dépend pas uniquement de sa population. Il correspond au nombre de sénateurs – toujours deux – et de représentants « auquel il a droit au Congrès » fédéral (Art.

¹⁸ C. Castor, « L'égalité devant le suffrage », *R.F.D.C.*, n° 90, 2012, 1-34 ; R. Ghevoantian, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2003 ; X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, p. 516.

¹⁹ CourEDH, Plén., 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, req. n° 9267/81, para 54.

²⁰ <https://statehood.dc.gov/> (consulté en février 2021). V. aussi : « Democrats introduce bill to make Washington, D.C., the 51st state », *NBC News*, Jan. 27, 2021.

²¹ La question se pose aussi pour Puerto Rico. Pour une source récente en français : J. Arlettaz *et al.*, « Chronique de droit constitutionnel comparé 2020 – Les exclus du droit de vote ou les nouveaux enjeux de la citoyenneté », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2021.

2 Sect. 1^{ère} C.). En outre, plutôt que de désigner un nombre de grands électeurs représentatif de la diversité des choix électoraux au sein de l'État, la grande majorité des États fédérés ont adopté la règle du « *winner-take-all* » qui permet au parti arrivé en tête, même d'une voix, de remporter l'ensemble des grands électeurs de cet État²².

Au niveau agrégé, en raison de ces sources de distorsion, le « *ticket* » présidentiel victorieux n'est pas nécessairement celui qui a obtenu le plus de voix au total. Ce cas de figure, qui ne s'est produit que rarement au cours de l'histoire, est revenu au cœur de l'actualité depuis les deux occurrences récentes de 2000, lors de la très controversée élection de George W. Bush²³, et de 2016, marquant la défaite d'Hillary Clinton avec près de 3 millions de voix de plus que son adversaire conservateur. Même si, en 2020, Joseph Biden a bien obtenu la majorité des voix, cette atteinte à l'égalité de représentation demeure un enjeu politique d'importance. Les nombreuses tentatives visant à y remédier en témoignent²⁴.

La solution proposée la plus radicale consisterait à « abolir » le collège électoral et à faire élire le « *ticket* » présidentiel à la majorité des voix, ignorant ainsi la structure fédérale²⁵. Cette idée est défendue par une partie du camp démocrate, et nous reviendrons sur ce clivage partisan, dont Hillary Clinton elle-même : « *I believe we should abolish the Electoral College and select our president by the winner of the popular vote, same as every other office* »²⁶. En raison des difficultés techniques voire de l'impossibilité politique de réaliser une telle solution, qui nécessiterait le vote d'un amendement constitutionnel, le projet de suppression du collège électoral constitue avant tout une posture politique mettant en évidence la fragilité démocratique du système actuel. Cette solution, partagée par les anciens présidents Lyndon Johnson et James Carter, et ayant fait l'objet de plus d'une « centaine de propositions au Congrès »²⁷, a le mérite de réaffirmer l'importance de l'égalité dans le processus démocratique.

Une autre solution, moins radicale car ne nécessitant pas de révision de la Constitution fédérale, a rencontré un certain succès. Il s'agit d'un accord entre les États fédérés, le « *National Popular Vote Interstate Compact* ». Le principe est simple : les grands électeurs des États parties à l'accord devront toujours voter pour le « *ticket* » présidentiel ayant obtenu le plus de voix au niveau fédéral, quel que soit le choix des électeurs au sein de leur État de rattachement. En contournant ainsi la structure fédérale classique, l'objectif affiché est bien l'égalité de représentation : « *the Compact ensures that every vote, in every state,*

²² Les deux exceptions sont les États du Maine et du Nebraska.

²³ M. Rosenfeld, art. cit.

²⁴ Sur les différentes propositions de réforme du collège électoral, les sources en français ne manquent pas : J. Boudon, *Le frein et la balance. Études de droit constitutionnel américain*, Paris, Mare & Martin, 2010, p. 66 et s ; E. Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2011, p. 48 et s.

²⁵ Pour un ouvrage récent sur la question (d'un journaliste au *New York Times*) : J. Wegman, *Let the People Pick the President: The Case for Abolishing the Electoral College*, St Martin's Press, 2020.

²⁶ Tweet du 14 décembre 2020. V. aussi un tweet de la représentante démocrate au Congrès, Ayanna Pressley, en date du 7 janvier 2021 : « *Abolish the electoral college* ».

²⁷ J. Boudon, *op. cit.*, p. 68.

will matter in every presidential election »²⁸. Ce dispositif pourrait fonctionner si un nombre d'États suffisant pour atteindre 270 grands électeurs (soit le nombre minimal pour gagner les élections présidentielles) soutenait le projet. Après l'adoption par référendum, le 3 novembre 2020, de la Proposition 113 dans le Colorado, entérinant la participation de cet État au *Compact*, 16 États fédérés représentant 196 grands électeurs soutiennent actuellement le projet. Toutefois, même si le seuil de 270 grands électeurs était atteint, la tension entre fédéralisme et droit de vote continuerait à se poser sur le plan des modalités pratiques de son exercice.

B. La structure fédérale et les enjeux de l'exercice du droit de vote

Aux États-Unis, la structure fédérale entraîne une décentralisation des règles électorales qui s'avère déterminante pour comprendre les réformes récentes. La règle est la suivante : sauf disposition fédérale contraire, les États fédérés déterminent en principe les modalités techniques du processus électoral. Il existe donc autant de régimes électoraux que d'États fédérés – voire que de comtés dans certains cas – et leur harmonisation n'est pas à l'ordre du jour. Au contraire, une tendance à la différenciation des régimes électoraux caractérise les dernières décennies, en lien avec la volonté de certaines législatures d'encadrer autant que possible l'exercice du droit de vote.

Les travaux académiques portant sur ces questions ont identifié plus d'une vingtaine de critères que les États peuvent actionner pour rendre le vote plus ou moins « coûteux »²⁹ : augmenter ou diminuer le nombre de bureaux de vote ouverts, ouvrir ou non l'inscription le jour de l'élection, autoriser ou non l'inscription en ligne, etc. Les « *voter ID laws* » offrent un exemple topique³⁰ : en 2020, alors que 15 États ne requièrent pas de document spécifique pour voter (une simple signature suffit dans certains cas) et que 17 États acceptent un document sans photo (attestation bancaire, facture avec nom et adresse), 18 États imposent désormais un document d'identité officiel avec photo pour accéder aux urnes (passeport, permis de conduire, etc.)³¹.

Par dérogation au principe d'autonomie des États fédérés en matière électorale, l'État fédéral est intervenu à plusieurs reprises au cours des dernières décennies³² pour fixer certains seuils minimaux de qualité des systèmes électoraux. Le *National Voter Registration Act* de 1993 vient ainsi encadrer la question de l'inscription sur les listes électorales, et le *Help America Vote Act* de 2002, visant à réagir aux difficultés rencontrées

²⁸ <https://www.nationalpopularvote.com/written-explanation> (consulté en février 2021).

²⁹ Q. Li *et al.*, art. cit.

³⁰ B. Highton, « Voter Identification Laws and Turnout in the United States », *The Annual Review of Political Science*, Vol. 20, 2017, 149-167.

³¹ V. le bilan mis à jour de la *National Conference of State Legislatures* : <https://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/voter-id.aspx> (consulté en février 2021).

³² La dernière proposition de réforme fédérale en la matière vient d'être adoptée par la Chambre des représentants à majorité démocrate : il s'agit du « *For the People Act of 2021* ». Si cette proposition entre en vigueur, elle modifiera considérablement les règles électorales (<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/1/text>).

lors des élections de 2000, fixe un certain nombre de règles communes en matière électorale et met en place une nouvelle agence fédérale spécialisée appelée *Election Assistance Commission*³³.

Mais c'est une législation fédérale plus ancienne qui a fait le plus parler d'elle dernièrement. Afin de contrer les règles électorales discriminatoires de la période ségrégationniste, dont il faudra que nous reparlions, le *Voting Rights Act* (VRA) de 1965 occupe une place centrale dans les débats contemporains. Certaines dispositions de cette loi permettait aux autorités fédérales d'intervenir, via une « *coverage formula* », dans les États et comtés connus pour avoir pratiqué des politiques discriminatoires par le passé. L'intervention fédérale, en amont de l'entrée en vigueur de nouvelles lois électorales, entendait bloquer les règles ayant un objectif ou un effet discriminatoire.

Ces dispositions du VRA ont connu un sérieux revers en 2013 à la suite de l'arrêt *Shelby County v. Holder*³⁴ : la Cour suprême, en se fondant sur le principe de souveraineté égale des États et en considérant que les « choses avaient changé » dans les États du Sud, a déclaré la « *coverage formula* » inconstitutionnelle³⁵. Pour la Cour, la version américaine du fédéralisme s'oppose donc aujourd'hui à ce type de supervision. L'arrêt *Shelby*, dont l'argumentation fragile a été remarquée par la juge Ruth Bader Ginsburg dans son opinion dissidente³⁶, est considéré par la plupart des auteurs comme une des causes de l'accélération récente des modifications du droit électoral au niveau des États³⁷.

*

Si la structure fédérale permet d'entrevoir les mécanismes sous-jacents aux enjeux électoraux contemporains, le fédéralisme n'explique pas, à lui seul, les dynamiques à l'œuvre. Nous avons déjà pu le constater à plusieurs reprises : en voulant aborder la question du vote uniquement sous l'angle du fédéralisme, on passe à côté de l'essentiel. Le droit de vote et son exercice, parce qu'il s'agit d'un droit fondamental, est avant tout l'objet de luttes sociales et politiques et les élections de 2020 l'ont sans conteste confirmé.

³³ A. Burris, E. Fisher, « The Help America Vote Act and Election Administration : Overview and Selected Issues for the 2016 Election », *Congressional Research Service Report*, October 18, 2016.

³⁴ 570 U.S. 529 (2013). V. le commentaire d'I. Fassassi, « L'actualité constitutionnelle aux États-Unis », *R.F.D.C.*, n° 105, 2016, p. 220-222.

³⁵ Pour citer le *Chief Justice* Roberts, auteur de l'opinion de la Cour : « *Nearly 50 years later, things have changed dramatically.* ».

³⁶ Ruth Bader Ginsburg considère ainsi que « *The sad irony of today's decision lies in its utter failure to grasp why the VRA has proven effective* ».

³⁷ C. Anderson, *op. cit.* ; S. Portillo *et al.*, « The Disenfranchisement of Voters of Color », *Public Integrity*, Vol. 23, 2021, 111-128 ; « How *Shelby County v. Holder* Broke America », *The Atlantic*, July 10, 2018.

Partie II - L'exercice du droit de vote vu comme une lutte politique

Que les politiques publiques à mettre en œuvre fassent l'objet de désaccords politiques est une chose entendue en démocratie. Les luttes politiques et sociales relatives aux élections portent aujourd'hui sur une politique publique bien particulière : les modalités pratiques du vote elles-mêmes. Les récentes réformes électorales et les réactions qu'elles suscitent peuvent se lire comme une mise en lumière des schémas politiques structurels américains. Les atteintes contemporaines à l'accès matériel au vote ont ainsi été vécues comme une nouvelle étape de discrimination raciale (A) et reflètent, dans le même temps, l'affrontement de long terme entre les deux partis politiques qui alternent au pouvoir sur les modalités mêmes de leur duel (B).

A. Les réformes électorales contemporaines ou la renaissance du mouvement des droits civiques

La fixation des modalités électorales, y compris lorsqu'elles deviennent plus restrictives (suppression de bureaux de vote, limitation du vote par correspondance, etc.), n'entraîne pas, *a priori*, de discrimination raciale. D'ailleurs, les partisans de ces réformes considèrent qu'elles poursuivent un but légitime, la lutte contre la fraude, qu'elles redonnent confiance dans le processus électoral, et qu'elles n'ont dès lors qu'un impact très limité voire nul sur les citoyens et citoyennes en règle³⁸. Deux arguments permettent pourtant d'émettre des doutes sur la soi-disant neutralité raciale des récentes législations électorales restrictives aux États-Unis.

Le premier argument provient d'études quantitatives portant sur l'influence des règles électorales sur la participation de certains groupes sociaux. Ces règles requièrent parfois des étapes supplémentaires pour pouvoir voter (une inscription préalable, la fourniture de papier d'identité, etc.) ou allongent la durée du processus de vote. Cela risque de dissuader les populations des groupes minoritaires et les populations les moins favorisées socialement de se rendre aux urnes³⁹. Même si les travaux académiques ne sont pas tous concordants⁴⁰, plusieurs auteurs ont montré empiriquement que les Africains-Américains – qui, par ailleurs, votent massivement pour le parti démocrate – sont particulièrement impactés par

³⁸ Par ex. : K. Kobach, « The Case for Voter ID », *The Wall Street Journal*, May 23, 2011.

³⁹ Cela a été directement souligné par la *U.S. Commission on Civil Rights* dans la lettre accompagnant son rapport de 2018 : « *In states across the country, voting procedures that wrongly prevent some citizens from voting — including but not limited to: voter identification laws, voter roll purges, proof of citizenship measures, challenges to voter eligibility, and polling places moves or closings — have been enacted and have a disparate impact on voters of color and poor citizens* » (« An Assessment of Minority Voting Rights Access in the United States », *letter of transmittal*). V. aussi : « Young, Hispanics, poor hit most by US voter ID laws: study », *Reuters*, Sept. 26, 2012 ; B. Highton, art. cit.

⁴⁰ M. Hood, C. Bullock, « Much Ado About Nothing? An Empirical Assessment of the Georgia Voter Identification Statute », *State Politics and Policy Quarterly*, Vol. 12, 2012, 394-414.

de telles règles⁴¹. C'est pourquoi, dans le cadre d'une affaire sur une « *voter ID law* » au Texas, la juge Ruth Bader Ginsburg n'a pas hésité à considérer cette loi d'« intentionnellement discriminatoire »⁴². En outre, les législations ayant pour but de restreindre ou de priver du droit de vote les personnes condamnées pénalement, comme en Floride, touchent de manière disproportionnée les mêmes groupes minoritaires⁴³. C'est en raison de ces discriminations raciales indirectes que ces nouvelles règles électorales sont systématiquement dénoncées par les associations de lutte pour les droits civiques⁴⁴.

La longue tradition de suppression et de restriction du droit de vote à l'égard de la population Afro-Américaine aux États-Unis constitue un second argument⁴⁵. La fin de la guerre de Sécession et l'adoption du XV^e amendement ne mirent pas fin à l'oppression. S'ouvrit une nouvelle phase de discrimination – via les lois dites « *Jim Crow* » – dans de nombreux États du Sud qui portèrent en particulier sur le vote (taxes électorales, clauses du grand-père, etc.). Le mouvement des droits civiques et le *Voting Rights Act*, dont nous avons déjà fait mention, mirent un terme à ces pratiques. Les nombreuses réformes électorales faisant suite à l'arrêt *Shelby*, qui désactive le contrôle fédéral, ne s'inscrivent pas, il est vrai, dans le même cadre ouvertement discriminatoire que les lois *Jim Crow*. Mais certains auteurs les décrivent comme autant de réminiscences de la période ségrégationniste⁴⁶. Parce qu'elles sont prises dans les mêmes États et parce qu'elles ont pour effet de compliquer le vote des mêmes populations, ces lois électorales font écho aux injustices passées. Dès lors, les législations étatiques récentes ont entraîné une réaction politique qui n'est pas sans rappeler la lutte pour les droits civiques des années 1960. Par exemple, la femme politique et ancienne candidate démocrate à la fonction de gouverneur de l'État de Géorgie, Stacey Abrams, et son mouvement « *Fair Fight* » fondé en 2018, s'inscrivent ouvertement dans cette tradition⁴⁷. La *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), fondée au début du siècle dernier, s'emploie également à dénoncer les effets discriminatoires des « *post-Shelby County voting changes* »⁴⁸.

⁴¹ V. par ex. : Z. Hajnal, N. Lajevardi, L. Nielson, « Voter Identification Laws and the Suppression of Minority Votes », *The Journal of Politics*, Vol. 79, 2017 ; R. Pastor *et al.*, « Voting and ID Requirements: A Survey of Registered Voters in Three States », *The American Review of Public Administration*, Vol. 40, 2010, 461-481.

⁴² Traduction de « *purposely discriminatory* », cité dans L. Denniston, « The Court won't interrupt Texas voter ID law », *SCOTUS blog*, Oct. 18, 2014.

⁴³ U.S. Commission on Civil Rights, *op. cit.*, spé. p. 157 et 358.

⁴⁴ Par ex. *l'American Civil Liberties Union* (ACLU) : <https://www.aclu.org/issues/voting-rights> (consulté en février 2021).

⁴⁵ Pour une source récente en français sur cette tradition ségrégationniste, voir P. Ndiaye, art. cit. Pour d'autres sources : M. Tushnet, « The Rights Revolution in the Twentieth Century » et M. Klarman, « Race and Rights », in M. Grossberg and C. Tomlins (eds.), *The Cambridge History of Law in America, Volume III*, NY, Cambridge University Press, 2008, 377-402 et 402-441.

⁴⁶ K. Bentele, E. O'Brien, « Jim Crow 2.0? Why States Consider and Adopt Restrictive Voter Access Policies », *Perspectives on Politics*, Vol. 11, 2013, 1088-1116 ; P. Shah, R. Smith, art. cit.

⁴⁷ « *From illegal voter purges to hundred of poll closures to four-hour lines, Georgia voters have faced a sophisticated, but hauntingly familiar, attack on their right to vote* » (<https://fairfight.com/>) (consulté en février 2021).

⁴⁸ V. le rapport du *Thurgood Marshall Institute* du *NAACP Legal Defense Fund*, « Democracy Diminished. State and Local Threats to Voting Post-*Shelby County, Alabama, v. Holder* », septembre 2016 (p. 3 pour la citation).

Dans le cadre de cette version contemporaine du mouvement des droits civiques, le droit est dénoncé, pour ses effets discriminatoires, mais il sert surtout d'outil, pour ne pas dire d'« arme »⁴⁹, dans la lutte politique. Ainsi, par exemple, une nouvelle législation fédérale est proposée, un nouveau *Voting Rights Act*, qui pourrait porter le nom de John R. Lewis, une des figures du mouvement des droits civiques décédé en 2020, afin de contrer l'impact de l'arrêt *Shelby*⁵⁰. D'ici l'adoption d'un tel texte, les réformes électorales des États du Sud font l'objet de nombreux recours devant les tribunaux⁵¹. Ces recours s'avèrent d'ailleurs symétriques à ceux de l'ancienne administration présidentielle visant à remettre en cause l'élection de Joseph Biden. Les différends politiques trouvent souvent à se résoudre devant les tribunaux aux États-Unis.

B. Les modalités pratiques du vote au cœur des luttes partisans

Toutes les élections aux États-Unis demeurent dominées par un duel entre le parti démocrate et le parti conservateur. Parce qu'elles constituent les règles du jeu du processus démocratique lui-même, il n'est guère surprenant que les deux partis se soient saisis de la question des modalités pratiques du vote. En jouant sur l'organisation même des scrutins, ils espèrent maximiser leurs chances de victoire. Si cette politisation est particulièrement nette et bien établie en matière de découpage des circonscriptions électorales, elle apparaît également comme un des principaux facteurs d'explication des restrictions récentes dans l'exercice du vote.

La question du découpage des circonscriptions électorales se pose, au niveau fédéral, pour les élections des représentants. Si le nombre de circonscriptions dévolues à chaque État est réévalué tous les dix ans pour prendre en compte les variations de la population, la manière dont elles sont découpées peut avantager un parti plutôt qu'un autre⁵². On parle de « *gerrymandering* » dans les cas les plus extrêmes⁵³. Le contrôle du redécoupage dépend des États. Traditionnellement géré directement par les législatures étatiques, certains États ont aujourd'hui recours à des commissions indépendantes à cet effet (Californie, Michigan, etc.)⁵⁴. Alors que chacun des deux partis dispose d'une instance spécifique appelant à la

⁴⁹ Ce terme s'inspire de L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2^{ème} éd., 2020.

⁵⁰ Concernant le *John Lewis Voting Rights Advancement Act* : <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/how-to-restore-and-strengthen-voting-rights-act> (consulté en février 2021).

⁵¹ Parmi les recours non fructueux, v. notamment l'arrêt de la Cour suprême *Crawford v. Marion County Election Board* de 2008 (553 U.S. 181) dans lequel la Cour a validé une loi de l'État d'Indiana imposant la présentation d'un document d'identité avec photo pour voter. V. plus généralement : « Voter suppression : US election generates avalanche of litigation », *Financial Times*, Oct. 13, 2020.

⁵² Sur la question du découpage électoral aux États-Unis, lire le commentaire d'E. Zoller sous *Davis v. Bandemer* (478 U.S. 109) (1986) dans *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 570 et s. V. aussi : N. Stephanopoulos, E. McGhee, « Partisan Gerrymandering and the Efficiency Gap », *The University of Chicago L. Rev.*, Vol. 82, 2015, 831-900.

⁵³ La question ne manque pas de se poser à chaque redécoupage : « The Gerrymander Battles Loom, as G.O.P. Looks to Press Its Advantage », *The New York Times*, Jan. 31, 2021.

⁵⁴ Pour un état des lieux de la question : <https://gerrymander.princeton.edu/> (consulté en février 2021).

« clarté » et à la « justice » des opérations de découpage⁵⁵, ces opérations ne sont pas toujours neutres. Dans une récente affaire, la Cour suprême a considéré, par 5 voix contre 4, que le découpage partisan des circonscriptions était une « question politique » qui ne relevait pas de sa compétence⁵⁶, laissant donc le champ libre aux États. Concernant les découpages à venir, certains chercheurs considèrent que le contrôle par le parti républicain de nombreuses législatures, et notamment dans plusieurs États clefs, pourrait en tant que tel lui permettre de l'emporter à la chambre des représentants fédérale en 2022⁵⁷.

Le clivage partisan apparaît tout aussi nettement dans les autres aspects de l'organisation décentralisée du processus électoral. Alors que les républicains défendent encore le principe du collège électoral pour l'élection présidentielle⁵⁸, les démocrates sont nombreux à vouloir le modifier comme nous l'avons indiqué. Alors que les républicains sont à l'origine des récentes réformes d'encadrement du vote au nom de la lutte contre la fraude⁵⁹, un grand nombre de démocrates les considèrent comme discriminatoires et inutiles. La modification des règles électorales devient une arme partisane. Cela entraîne une différenciation croissante des législatures électorales des États en fonction du parti aux commandes⁶⁰ et cela accroît donc les inégalités dans les modalités d'exercice du vote entre les citoyens des États-Unis.

Les deux partis politiques semblent se rejoindre sur les objectifs : préserver la « démocratie » en garantissant le droit de vote. Mais le consensus n'est que sémantique. Quand les républicains se réfugient derrière leur défense de l'intégrité du scrutin, les démocrates revendiquent une universalité réelle du vote. Ces attitudes ne masquent pas totalement la visée électoraliste qui les accompagne⁶¹.

*

Pour conclure ce survol des enjeux contemporains du droit de vote aux États-Unis, la mise en évidence de ces multiples fronts de lutte simultanés illustre la fragilité, bien connue, et le caractère perfectible du processus démocratique, ainsi que la complexité technique du droit électoral dans un système fédéral. Les nombreuses actualités directement liées à ce droit politique donnent en tout cas autant de sujets d'analyses aux chercheurs en droit et

⁵⁵ Il s'agit du *National Republican Redistricting Trust* (<https://www.thenrrt.org/>) et du *National Democratic Redistricting Committee* (<https://democraticredistricting.com/>) (consultés en février 2021).

⁵⁶ Il s'agit de l'arrêt *Rucho v. Common Cause* du 27 juin 2019 (588 U.S. 2019). Le *Chief Justice* Roberts, auteur de l'opinion de la Cour précise ainsi : « *federal courts are not equipped to apportion political power as a matter of fairness, nor is there any basis for concluding that they were authorized to do so* ». V. notamment : B. Cover, « *Rucho for Minimalists* », *Mercer L. Rev.*, Vol. 71, 2020, 695-718.

⁵⁷ « *The Gerrymander Battles Loom, as G.O.P. Looks to Press Its Advantage* », art. cit.

⁵⁸ Par ex. : discours de Mitch McConnell au Sénat le 6 janvier 2021 (disponible en ligne).

⁵⁹ Par ex. : A. Berman, « *Republicans Are Taking Their Voter Suppression Efforts to New Extremes* », *Mother Jones*, Feb. 24, 2021.

⁶⁰ B. Highton, art. cit., p. 152 et s.

⁶¹ Cela avait déjà été remarqué : R. Erikson, L. Minnite, « *Modeling Problems in the Voter Identification – Voter Turnout Debate* », *Election Law Journal*, Vol. 8, 2009, 85-101, sp. p. 86.

sciences sociales⁶². Le droit électoral, également appelé « droit des élections »⁶³ et bénéficiant de plusieurs blogs universitaires spécialisés⁶⁴, s'est ainsi renforcé en tant que champ de recherche à part entière.

⁶² R. Sobel, « Voter-ID Issues in Politics and Political Science », *Political Science and Politics*, Vol. 42, 2009, 81-85.
V. les travaux de R. Hasen (*Election Meltdown*), N. Stephanopoulos ou encore T. Donovan (ed.), *Changing How America Votes*, Rowman & Littlefield Publishers, 2017.

⁶³ Par ex. : D. Tokaji, *Election Law in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2nd ed., 2017.

⁶⁴ <https://electionlawblog.org/> ; <https://election.princeton.edu/> ; <http://electls.blogs.wm.edu/> (consultés en février 2021).