

Jurisprudence étrangère

Par JULIEN JEANNENEY

La revanche de Calhoun : l'interruption volontaire de grossesse au défi du fédéralisme américain

Cour suprême des États-Unis, 1^{er} septembre 2021, *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, et al.*, n° 21A24

Mots clés : interruption volontaire de grossesse, fédéralisme, référé, rôle discret, carapace législative

1. Près d'un demi-siècle après l'ouverture – aux États-Unis, puis en France – du droit, pour les femmes, de recourir à une interruption volontaire de grossesse, la question n'a pas fini de nourrir les débats politiques et les interrogations des juristes. De ce côté de l'Atlantique, les difficultés d'accès aux soins pendant la pandémie de covid-19 ont incité des députés à préparer un rapport sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse¹, puis à déposer, à la fin de l'été 2020, une proposition de loi « visant à renforcer le droit à l'avortement »². Cette dernière cherche notamment à étendre de deux semaines la faculté d'y recourir et à supprimer la clause de conscience spéciale permettant aux gynécologues-obstétriciens de refuser de la réaliser. Adoptée par l'Assemblée nationale, rejetée par le Sénat, elle a commencé d'être à nouveau examinée par l'Assemblée nationale – avant d'être retirée, en février 2021, face à une obstruction organisée à la droite de l'hémicycle. Elle a été réinscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale du 29 et du 30 novembre 2021.

Par contraste avec la situation française, les débats américains se singularisent à un double titre. La question tient, d'abord, une place sans équivalent dans le forum public. Elle imprègne, en particulier, les campagnes électorales nationales, ainsi que les candidatures à des fonctions juridictionnelles fédérales – comme en témoigne l'attention collectivement portée aux trois candidats proposés par Donald Trump pour rejoindre la Cour suprême, perçus comme les instruments potentiels d'une évolution de la jurisprudence de la Cour dans un sens conservateur. En outre, les débats y sont structurés par une tension constante entre deux tendances partiellement contradictoires. La première, libertaire, tend à faire primer la liberté individuelle au détriment de toute intervention de l'État. Elle permet de comprendre que les femmes américaines disposent, dans la plupart des États, d'une longue période pour accéder à l'interruption volontaire de grossesse – entre vingt-deux et vingt-quatre semaines d'aménorrhée, contre douze en France, même si la quasi-totalité des interruptions volontaires de grossesse interviennent, en pratique, dans des délais qui seraient autorisés en France. La seconde, évangéliste, explique les trésors d'ingéniosité déployés par des parlements de certains États fédérés pour limiter le recours à

cette pratique – en particulier dans les États méridionaux de la *Bible belt*.

2. Sous cette lumière, on ne s'étonne guère que l'ordonnance de référé rendue par la Cour suprême le 1^{er} septembre 2021, dans l'affaire *Whole Woman's Health v. Jackson*, ait suscité, bien au-delà des frontières du pays, l'émotion et l'intérêt³.

Le 19 mai 2021, Greg Abbott, gouverneur du Texas, promulgue la loi « sur les pulsations cardiaques » – couramment qualifiée de « Senate Bill 8 », ou « SB-8 ». Cette dernière présente une double singularité. D'une part, elle limite la faculté, pour les femmes, de recourir à une interruption volontaire de grossesse en la prohibant, peu ou prou, à partir de six semaines d'aménorrhée – moment où beaucoup n'ont pas encore conscience d'être enceintes. D'autre part, elle délègue, d'une façon particulièrement originale, la sanction de la méconnaissance de cette interdiction aux citoyens, qu'elle habilite à poursuivre devant des juridictions civiles ceux qui ont rendu possible une interruption volontaire de grossesse illicite.

3. En réaction, une requête est introduite, le 13 juillet 2021, devant une juridiction fédérale de premier degré, la cour de district pour le district occidental du Texas.

Les requérants, personnes morales et physiques, sont de deux types. Les premiers – différentes cliniques spécialisées dans l'interruption volontaire de grossesse, dont la première appartient au conglomérat *Whole Woman's Health*, ainsi que des gynécologues-obstétriciens – pratiquent des interruptions volontaires de grossesse. Les seconds – centres de planning familial, structures de financement à destination de femmes aux revenus modestes, ministres du culte amenés à conseiller les fidèles hésitant à recourir à une interruption volontaire de grossesse – facilitent l'accès à l'interruption volontaire de grossesse. Les uns et les autres s'estiment, à ce titre, susceptibles de faire l'objet de recours au titre de la loi litigieuse.

Leur requête est formée à l'encontre de trois catégories de personnes. Tout d'abord, un juge du Texas – Austin Reeve Jackson – et une greffière d'une juridiction texane – Penny Clerkston –, en tant qu'ils incarnent deux professions à qui la loi a confié le soin de garantir son application. Ensuite, un militant texan, Mark Lee Dickson, directeur d'une association de lutte contre l'interruption volontaire de grossesse, en tant qu'il incarne les citoyens susceptibles d'introduire les recours prévus par la loi. Enfin, plusieurs responsables d'ordres professionnels – ordre des médecins, ordre des infirmiers, ordre des pharmaciens – et d'administrations – une responsable de l'administration texane compétente en matière de santé et de services sociaux, ainsi que le procureur général du Texas, Ken Paxton – à qui la loi confère, au second degré, compétence pour tirer les conséquences de condamnations prononcées, dans ce cadre, par le juge civil.

Les requérants adressent trois demandes à la cour de district : qu'elle déclare la loi inconstitutionnelle ; qu'elle bloque, en urgence, son entrée en vigueur ; qu'elle certifie l'extension à tous les juges et greffiers texans de la partie de leur requête visant le juge et la greffière, au titre d'une action de groupe. Demandeurs et défendeurs introduisent diverses requêtes devant elle et devant

(1) Ass. nat., Rapport d'information sur l'accès à l'interruption volontaire de grossesse, n° 3343, 16 sept. 2020.

(2) Ass. nat., « Proposition de loi visant à renforcer le droit à l'avortement », n° 3292, 25 août 2020.

(3) Pour une première mise en perspective française, v. I. Fassassi, « Droit d'agir en justice et citoyenneté aux États-Unis », *Jus Politicum*, vol. 27, 2022.

la cour d'appel fédérale territorialement compétente, située à la Nouvelle-Orléans – dans le détail desquelles il n'importe pas de rentrer ici. Le 27 août, la cour de district prononce un sursis à statuer partiel, puis la cour d'appel fédérale suspend, à titre temporaire, toutes les procédures pendantes, en la matière, devant la cour de district – avant de rejeter, deux jours plus tard, une requête des demandeurs, par ordonnance de tri, non motivée⁴. Il ne reste plus que deux jours avant l'entrée en vigueur de la loi, à laquelle rien, à ce stade, ne fait obstacle.

Les demandeurs forment alors une requête en référé devant Samuel Alito – le juge de la Cour suprême territorialement compétent pour les recours issus de juridiction relevant du ressort de la cour d'appel fédérale de la Nouvelle-Orléans. Ce dernier la renvoie à la Cour dans son ensemble. La requête tend, à titre principal, à ce que la loi texane soit temporairement suspendue à titre temporaire et, à titre subsidiaire, à ce que soit annulé le sursis à statuer de la cour de district. Il revient alors à la Cour de trancher en urgence la question de savoir si ces mesures prises par ces juridictions fédérales de premier instance et d'appel doivent être contrecarrées – et s'il lui faut, en définitive, suspendre l'exécution de la loi dans l'attente d'un contrôle probable de sa constitutionnalité au fond.

4. « La requête tendant à ce que soit suspendue l'exécution de la loi ou, à titre subsidiaire, à ce que soit annulé le sursis à statuer de la cour de district [...] est rejetée ». Par ces mots qui ouvrent son ordonnance rendue, le 1^{er} septembre 2021, après une délibération de moins de trois jours, sans audience, la Cour refuse de suspendre l'exécution de la loi texane, dans l'attente d'un éventuel contrôle de sa constitutionnalité au fond. L'ordonnance appelle un regard attentif, à plusieurs titres.

Tout d'abord, l'équilibre des forces au sein de la Cour est fidèlement retranscrit dans les votes de ses membres : la majorité est composée des cinq juges considérés comme les plus conservateurs – par ordre d'ancienneté, Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh et Amy Coney Barrett –, à qui s'opposent les trois juges nommés par des présidents démocrates – Stephen Breyer, Sonia Sotomayor et Elena Kagan –, ainsi que le président de la Cour, John Roberts, nommé en 2005 par George W. Bush, que le déplacement vers la droite du centre de la gravité de la Cour a conduit à se rapprocher du bloc progressiste.

Ensuite, quoique l'ordonnance de référé soit brève, sa motivation est digne d'intérêt. Elle se fonde sur un raisonnement en quatre points.

Pour commencer, la Cour rappelle, en se fondant sur des ordonnances de référé antérieures⁵, les critères qui doivent être traditionnellement remplis pour que soit obtenue la suspension d'une procédure ou celle de l'exécution d'une loi. Les requérants doivent démontrer, de façon cumulative, (a.) que leurs moyens « ont de fortes chances d'être accueillis au fond », (b.) que le refus de prononcer une telle suspension « entraînerait un préjudice irréparable », (c.) que « l'équilibre des intérêts en présence la favorise » et (d.) que cette suspension « serait conforme à l'intérêt général ».

La Cour fonde ensuite son raisonnement sur une remarque liminaire : elle juge que la requête a échoué à démontrer que ces critères étaient remplis en regard des « questions procédurales liminaires complexes et nouvelles » qu'elle soulève – qui suffisent à faire douter des « fortes chances » d'aboutir, conformément au premier critère. La Cour note que « les juridictions fédérales ne sont compétentes pour adresser des injonctions qu'aux individus chargés de l'application de la loi, non aux lois elles-mêmes ». Or, les requérants n'ont, selon elle, pas réussi à établir que les défendeurs étaient en mesure de faire appliquer la loi, ou qu'ils chercheraient à le faire – puisque la loi n'en confie pas le soin aux employés de l'État. Elle juge en outre qu'il n'est pas certain qu'elle soit en mesure d'adresser une injonction aux juges d'un État, saisis d'un litige conformément à son droit. Enfin, elle constate que le seul défendeur au litige assigné en tant que citoyen – le militant, Mark Lee Dickson – a adressé à la Cour une attestation où il déclare n'avoir nulle intention, pour l'instant, de contribuer à l'application de la loi.

La Cour prend néanmoins garde à limiter la portée de son ordonnance, en affirmant *in fine* que cette dernière ne constitue en rien un préjugement de la constitutionnalité de la loi litigieuse. Elle précise qu'elle n'a « pas l'intention de trancher de manière définitive le moindre moyen soulevé [...] par les parties au litige, que ce soit en matière de compétence ou en matière substantielle », que cette ordonnance « ne préjuge en rien de la constitutionnalité de la loi texane » et qu'elle « ne constitue en rien un obstacle procédural aux autres recours pouvant être formés à l'encontre de la loi texane, notamment devant les juridictions du Texas ».

5. À la décision de la Cour sont adjointes quatre opinions dissidentes riches, qui insistent sur certaines des difficultés majeures que pose la loi litigieuse.

La première, rédigée par le président de la Cour, John Roberts, rejoint par Stephen Breyer et Elena Kagan, commence par exposer une autre solution possible, préférable à ses yeux. Après avoir noté que la loi texane n'est « pas seulement inhabituelle, mais sans précédent », il déclare que la Cour aurait dû suspendre l'exécution de la loi avant son entrée en vigueur, afin que les juridictions puissent contrôler la constitutionnalité de ce mécanisme. Puis il finit par rappeler que si la Cour acceptait de contrôler la constitutionnalité de la loi au fond, il lui serait alors possible de prendre des mesures provisoires.

La deuxième opinion dissidente, rédigée par Stephen Breyer, rejoint par Sonia Sotomayor et Elena Kagan, expose trois arguments fondés sur des analogies avec de précédentes décisions de la Cour. Est d'abord rappelée une décision par laquelle en 1976 cette dernière avait jugé inconstitutionnelle une loi du Missouri soumettant la faculté de recourir à une interruption volontaire de grossesse à un consentement parental – pour les mineures – ou marital – pour les femmes mariées⁶. Elle avait alors estimé qu'en la matière, un « État ne peut pas déléguer [...] un pouvoir de veto dont l'exercice est proscrit à l'État, de façon absolue et totale, pendant le premier trimestre de la grossesse » – ce à quoi conduirait la loi texane, selon lui. Sont ensuite évoqués plusieurs cas où la Cour a accepté que des recours *a priori* soient formés à l'encontre de lois, alors même que le risque que ces dernières

(4) Cour d'appel fédérale pour le 5^e circuit, *Whole Woman's Health v. Jackson*, n. 21-50792 (5th Cir. 2021).

(5) Cour suprême des États-Unis, *Nken v. Holder*, 556 U.S. 418 (2009) ; *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 U.S. ____ (2020). V. égal. All Writs Act, 28 U.S.C. § 1651(a).

(6) Cour suprême des États-Unis, *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

portent atteinte à l'exercice d'un droit constitutionnel était moindre que dans le cas présent. Enfin, le juge Breyer conteste qu'il y ait une différence substantielle, en droit, entre le fait pour un État de déléguer l'atteinte à un droit à un individu ou à un groupe d'individu – comme ce fut le cas pour plusieurs lois dont la Cour a eu à connaître par le passé – ou de la déléguer à presque n'importe quel individu – comme c'est ici le cas. Enfin, il suggère de surmonter la difficulté en permettant soit que des recours puissent être formés à l'encontre d'un sous-ensemble de délégués de cette faculté de porter atteinte au droit constitutionnel – par exemple, ceux qui seraient particulièrement susceptibles de l'exercer –, soit qu'ils puissent l'être à l'encontre de titulaires de fonctions organiques dont l'intervention est nécessaire.

La troisième opinion dissidente, rédigée par Sonia Sotomayor, rejointe par Stephen Breyer et Elena Kagan, est encore plus explicite dans son opposition : face à cette difficulté, « une majorité des membres de la Cour a préféré faire l'autruche » alors que « le Parlement du Texas a fait des citoyens de l'État des chasseurs de primes, leur offrant des récompenses en espèces sonnantes et trébuchantes pour poursuivre au civil les procédures médicales de leurs voisins ».

Quant à la dernière, rédigée par Elena Kagan, rejointe par Stephen Breyer et Sonia Sotomayor, elle dénonce un mouvement de fond dans l'activité de la Cour : le recours croissant à une forme de « rôle dissimulé » (*shadow docket*). Forcée en doctrine⁷, la formule renvoie aux mesures prises par la Cour en dehors de ses décisions rendues au fond. Elles ont longtemps été considérées comme mineures, dans la mesure où, contrairement aux décisions rendues au fond, elles ne sont pas le fruit de plusieurs mois de travail, durant lesquels s'échangent entre les parties mémoires et plaidoiries, puis, entre les juges, projets de décisions et d'opinions séparées. Leur importance pourtant croît en pratique. Pour la juge, cette tendance – de laquelle participe l'ordonnance de référé en question – est le signe d'une dégradation de la justice : la Cour statue alors promptement, au terme d'une motivation sommaire, quitte à « se départir des principes habituels de la procédure d'appel », si bien que cette procédure risque de devenir, « déraisonnable, incohérente et impossible à défendre ».

6. Ainsi se trouve mise en lumière une division – prévisible – de la Cour suprême entre un bloc conservateur, majoritaire, et un bloc progressiste et modéré, désormais minoritaire. L'ordonnance provoque, comme on l'imagine, des réactions contrastées. Du côté des défenseurs du droit de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, elles sont doubles. Certaines relèvent de la colère suscitée par les conséquences de l'ordonnance – l'application, pour quelques mois au moins, d'une loi manifestement inconstitutionnelle. D'autres tiennent au pessimisme face à sa signification politique – les trois jeunes juges conservateurs nommés à la Cour par Donald Trump ont bien déplacé, comme on le pensait, son centre de gravité vers la droite. À l'inverse, du côté des opposants à l'interruption volontaire de grossesse, l'ordonnance suscite l'espoir que la Cour revienne promptement sur une jurisprudence honnie de longue date.

Trois semaines plus tard, le 23 septembre, des cliniques spécialisées dans l'interruption volontaire de grossesse, des groupes de pression et des personnes privées adressent une requête à la

Cour suprême pour lui demander d'examiner au fond la constitutionnalité de la loi texane, ainsi qu'une seconde requête lui demandant de se prononcer en urgence sur la première.

Parallèlement, en réaction à l'émotion suscitée par l'ordonnance du 1^{er} septembre, le président démocrate, Joe Biden, demande au ministère de la Justice d'adresser à la Cour suprême, au nom des États-Unis, sa propre requête – ce qui est fait le 18 octobre, événement inédit à propos d'une loi d'État fédéré encadrant l'accès à l'interruption volontaire de grossesse. Quatre jours plus tard, le 22 octobre, la Cour accepte l'examen de ces deux requêtes, en inscrivant à son rôle du 1^{er} novembre les deux audiences, complémentaires, leur correspondant. Prompte réaction : l'examen de l'affaire *Bush v. Gore*, à propos des élections présidentielles de 2000, fut la seule occurrence, dans l'histoire de la Cour, d'un délai plus serré entre l'acceptation de l'examen d'une requête et l'audience lui correspondant.

Ainsi se trouvent posées les fondations de deux décisions qui, attendues sous peu, seront certainement scrutées avec attention. Dans la première, *Whole Woman's Health v. Jackson*, la Cour devra décider si un État peut soustraire au contrôle des juridictions fédérales une loi prohibant l'exercice d'un droit constitutionnel en déléguant au grand public le pouvoir de faire respecter cette interdiction par le truchement de recours formés devant des juridictions civiles. Dans la seconde, *United States v. Texas*, elle devra décider si les États-Unis peuvent former un recours devant une juridiction fédérale tendant à ce qu'il enjoigne à l'État, à ses juges, à ses greffiers, à ses autres employés et titulaires de fonctions organiques, ainsi qu'à toute personne privée, de bloquer l'application de la loi « Senate Bill 8 » du Texas – ou, à titre subsidiaire, à ce qu'elle se prononce simplement sur sa constitutionnalité.

7. En regard de cette trajectoire procédurale riche, il importe peu que l'ordonnance du 1^{er} septembre ne soit qu'une ordonnance de référé. En rendant possible la prolongation d'une inconstitutionnalité et en récompensant, pour un temps, l'habileté du législateur texan, elle se hisse au rang des décisions majeures rendues par la Cour suprême. Pour le comprendre, il convient d'analyser les réponses qu'elle apporte aux deux principales difficultés à laquelle elle était confrontée : l'inconstitutionnalité apparente de la loi texane, que sa décision contribue à prolonger, ainsi que l'habileté du législateur texan, qu'elle donne ici l'impression de récompenser.

L'inconstitutionnalité prolongée

8. L'ordonnance de la Cour suprême prolonge, pour un temps, le maintien d'une situation apparemment inconstitutionnelle. La première difficulté qu'elle soulève, évidente quoiqu'elle ne soit pas nouvelle, est celle des limites que peut mettre une loi étatique à la faculté de recourir à une interruption volontaire de grossesse dans les interstices des prescriptions formulées, au nom de la Constitution, par la Cour suprême fédérale. Une identification du droit constitutionnel en vigueur permet de comprendre la façon dont le législateur texan s'ingénie, de façon oblique, à dissuader l'exercice de ce droit constitutionnel.

Les contours d'une protection

9. L'encadrement juridique du recours à l'interruption volontaire de grossesse a, jusqu'alors, été le fruit d'une jurisprudence constitutionnelle évolutive et d'un usage inégal par les États, de la marge de liberté que leur a réservée la Cour suprême.

(7) V., W. Baude, « Foreword : The Supreme Court's Shadow Docket », *New York University Journal of Law & Liberty*, vol. 9, 2015, p. 1-63.

10. Trois décisions principales méritent, à cet égard, d'être rappelées, tant elles constituent des jalons dans l'élaboration du droit constitutionnel aujourd'hui en vigueur.

La première – *Griswold v. Connecticut*, rendue le 7 juin 1965⁸ – apparaît rétrospectivement, pour le droit de recourir à une interruption volontaire de grossesse, comme le temps de la préparation. La Cour est saisie par la responsable du planning familial du Connecticut, Estelle Griswold, et par le directeur du département de gynécologie-obstétrique de la faculté de médecine de Yale, Lee Buxton – arrêtés, l'un et l'autre, pour avoir fourni des moyens de contraception à des femmes mariées, en méconnaissance d'une loi du Connecticut. Pour la déclarer inconstitutionnelle, la Cour consacre un droit « au respect de sa vie privée maritale » (*right to marital privacy*), opposable à la puissance publique. La chose, alors, ne manque pas d'étonner. D'une part, dans l'esprit de nombreux juristes, le concept est pensé dans une perspective horizontale : lorsque deux jeunes associés d'un cabinet d'avocat de Boston, Samuel Warren et Louis Brandeis – futur juge à la Cour suprême – proposent, en 1890, la reconnaissance du « droit au respect de sa vie privée », au titre du *common law* de la responsabilité civile extracontractuelle, il s'agit de prémunir ses bénéficiaires d'atteintes qui viendraient, non de l'État, mais d'autres personnes privées, à l'instar d'entreprises de presse⁹. D'autre part – et surtout –, chacun constate que le texte de la Constitution fédérale ne fait aucune référence à ce droit, que la Cour infère de la combinaison de plusieurs dispositions relatives à la liberté individuelle – de leur « pénombre », comme l'écrit William Douglas, dans l'opinion qu'il rédige au nom de la Cour.

La deuxième décision – *Roe v. Wade*¹⁰, rendue le 22 janvier 1973 – se présente comme le temps de l'élaboration. La Cour est saisie au nom de Norma McCorvey, connue sous le pseudonyme de « Jane Roe », qui n'a pu mettre un terme à sa grossesse en raison d'une loi du Texas érigeant la pratique en infraction pénale lorsque la vie de la patiente n'est pas en jeu. Pour déclarer la loi inconstitutionnelle, la Cour consacre un droit constitutionnel d'accéder à une interruption volontaire de grossesse, sans restrictions excessives de la part du gouvernement. Elle l'infère du droit au respect de sa vie privée, reconnu sept ans plus tôt – qu'elle rattache désormais à une disposition constitutionnelle explicite, la clause de *due process* du Quatorzième amendement. Ce droit, précise-t-elle, doit être mis en balance avec « l'intérêt impérieux » de l'État à ce que soient protégées la santé de la patiente et la vie du fœtus. De sorte que sa protection décline au cours de la grossesse : pendant son premier trimestre, les États ne peuvent qu'imposer que l'acte soit effectué par des médecins ; pendant le deuxième, ils peuvent l'encadrer pour protéger la santé de la patiente ; pendant le troisième trimestre, le fœtus étant présumé viable, ils peuvent l'interdire – à l'exception des interruptions médicales de grossesse, nécessaires pour protéger la vie ou la santé de la patiente. Enfin, la Cour réserve aux lois étatiques, en la matière, le contrôle le plus approfondi – qualifié de « strict » (*strict scrutiny*).

Quant à la troisième décision – *Planned Parenthood v. Casey*, rendue le 29 juin 1992¹¹ –, elle correspond au temps de l'évolution. Son importance est triple. D'abord, le cœur de la jurisprudence *Roe* y est maintenu, après que la nomination de plusieurs conservateurs à la Cour a suscité dans le camp conservateur l'espoir de son abandon. Ensuite, la Cour substitue à sa division en trois trimestres – qui conduisait souvent à placer le terme du délai légal d'accès à l'interruption volontaire de grossesse à vingt-huit semaines d'aménorrhée – une limite unique, fixée au seuil de viabilité du fœtus – en pratique, entre vingt-deux et vingt-quatre semaines. Avant ce dernier, la liberté de la femme prévaut ; est ensuite privilégiée la faculté, pour l'État, de l'interdire, toujours à l'exception des interruptions médicales de grossesse destinées à protéger la vie ou la santé de la patiente. Enfin, l'intensité du contrôle juridictionnel sur ces lois est amoindrie. Sans aller jusqu'au contrôle le plus superficiel – dit « du fondement rationnel » (*rational basis review*), qui consiste simplement à vérifier qu'il existe un lien rationnel entre la loi et un intérêt gouvernemental légitime –, la Cour n'impose plus qu'un contrôle intermédiaire : pour être jugée constitutionnelle, la loi doit ne pas imposer d'« entrave abusive » (*undue burden*) à l'exercice par les femmes, de leur droit – par quoi elle entend « un obstacle substantiel mis sur le chemin d'une femme qui souhaite recourir à une interruption volontaire de grossesse avant que le fœtus ne soit devenu viable ».

11. Ce cadre constitutionnel impose aux États certaines contraintes, tout en leur laissant une marge de liberté, dont les contours ont été précisés dans des décisions de moindre importance. Quatre enseignements méritent d'en être tirés.

Tout d'abord, le cœur de la protection constitutionnelle porte sur la liberté de choix de la femme. Cette dernière doit être en mesure de décider seule de recourir à une interruption volontaire de grossesse. Est inconstitutionnelle la loi la conditionnant à un accord écrit de l'un de ses parents au moins, si elle est mineure, ou de son mari, si elle est mariée¹². Est constitutionnelle, à l'inverse, la loi imposant l'obligation d'informer l'un de ses parents au moins, si elle est mineure et qu'elle vit chez ces derniers¹³.

Ensuite, la Cour laisse aux États le choix des modalités de financement des interruptions volontaires de grossesse. Ne sont inconstitutionnels, à cet égard, ni la loi prohibant leur financement public, même pour les plus indigentes¹⁴, ni la loi prohibant en la matière l'usage de fonds fédéraux¹⁵, ni la loi prohibant la participation d'agents du service public et d'établissements publics¹⁶, ni, enfin, le règlement fédéral interdisant aux employés de cliniques recevant des fonds fédéraux de donner des conseils sur l'interruption volontaire de grossesse¹⁷.

En outre, la Cour est soucieuse de limiter les pressions que les États sont susceptibles d'imposer aux patientes. Ainsi elle déclare

(8) Cour suprême des États-Unis, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) ; la solution sera ensuite étendue aux couples non mariés, au nom de la clause d'égalité de protection des lois du Quatorzième amendement : v., *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

(9) S. D. Warren, L. D. Brandeis, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, vol. 4, n° 5, 1890, p. 193-220.

(10) Cour suprême des États-Unis, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) ; v., égal. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

(11) Cour suprême des États-Unis, *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

(12) Cour suprême des États-Unis, *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).

(13) Cour suprême des États-Unis, *H. L. v. Matheson*, 450 U.S. 398 (1981).

(14) Cour suprême des États-Unis, *Maher v. Roe*, 432 US 464 (1977).

(15) Cour suprême des États-Unis, *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

(16) Cour suprême des États-Unis, *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

(17) Cour suprême des États-Unis, *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

inconstitutionnelle la loi qui, d'une part, prescrit la présentation, à ces dernières, d'informations sur les risques de l'interruption volontaire de grossesse, sur le développement du fœtus et sur les autres solutions envisageables, et, d'autre part, impose un délai de carence de vingt-quatre heures entre l'entretien préalable avec la patiente et l'intervention¹⁸.

Enfin, la Cour assimile à une « entrave abusive », au sens de la décision *Casey*, des mesures qui, sous l'apparence de considérations sanitaires, cherchent à neutraliser en pratique l'accès à ce droit. Ainsi la Cour suprême déclare inconstitutionnelle une loi du Texas qui impose une double contrainte. Tout d'abord, pour pouvoir pratiquer des interruptions volontaires de grossesse, les médecins doivent avoir obtenu, de la part d'un hôpital situé à moins de cinquante kilomètres, une accréditation leur permettant d'y recevoir des patientes – ce qui, en pratique, empêche nombre de médecins de le faire. Ensuite, les cliniques spécialisées sont soumises aux mêmes exigences matérielles que celles qui pèsent sur les centres de chirurgie ambulatoire – ce qui, en pratique, fait peser sur elles des contraintes financières qui ne sont pas nécessaires¹⁹.

12. Les réactions des États face à ces contraintes constitutionnelles ont été assez diverses. Deux principaux enseignements méritent d'être tirés d'une cartographie des lois étatiques encadrant l'accès à l'interruption volontaire de grossesse.

En premier lieu, ils se distinguent par l'usage qu'ils font de la marge de liberté que leur laisse la Cour suprême. Dans leur très grande majorité – pour plus de deux tiers d'entre eux –, ils se donnent des règles de cinq types. Les premières s'attachent à garantir la liberté des médecins – en prévoyant une clause de conscience que peuvent invoquer les individus ou les centres hospitaliers. Les deuxièmes limitent dans le temps la faculté de recourir à une interruption volontaire de grossesse – tout en réservant la possibilité d'interruptions médicales de grossesse ultérieures. Les troisièmes tendent à garantir la sécurité de l'opération – en exigeant qu'elle soit pratiquée par un médecin, parfois en présence d'un second médecin à partir d'un certain moment de la grossesse. Les quatrièmes imposent, à différents degrés, une implication des parents lorsque la patiente est mineure – soit qu'il soit nécessaire de les informer, soit que la décision finale leur revienne en pratique. Quant aux cinquièmes, elles prohibent le financement public d'interruptions volontaires de grossesse, à l'exception des fonds fédéraux réservés aux cas de mise en danger de la vie de la patiente, de viol ou d'inceste. À quoi s'ajoutent des types de règles plus rares. Pour une moitié d'entre eux, des États imposent un délai de carence, souvent de vingt-quatre heures, entre la demande d'interruption de grossesse et la procédure – la demande pouvant donner lieu, ici ou là, à un entretien préalable à visée dissuasive, où doivent être évoqués un risque de douleur pour le fœtus, des risques psychologiques pour la patiente ou le risque que l'acte provoque, à long terme, un cancer du sein. Douze États enfin interdisent aux assurances privées de financer ces procédures.

En second lieu, une lecture synchronique des contraintes imposées par la Cour suprême ne suffit pas à rendre compte, dans une perspective diachronique, de limitations effectivement imposées par les États qui, pour certains d'entre eux, n'ont pas hésité à adopter des mesures apparemment inconstitutionnelles, dans un double dessein. Le premier sans doute est l'espoir qu'elles resteront quelque temps en vigueur, avant qu'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité les neutralise. Le second, surtout, est le souhait qu'un litige relatif à l'une de ces lois donne l'occasion à la Cour suprême de faire évoluer sa jurisprudence. Désireux d'obtenir une plus grande marge de liberté en la matière, plusieurs Parlements d'États fédérés – Dakota du Nord, Ohio –, en particulier dans la *Bible belt* – Alabama, Caroline du Sud, Géorgie, Kentucky, Louisiane, Missouri –, ont adopté, avant le Texas, des lois réduisant la période pendant laquelle une femme peut recourir à une interruption volontaire de grossesse, en méconnaissance du seuil de viabilité du fœtus, au sens de la jurisprudence *Casey*. Ces lois, couramment qualifiées de « lois sur les pulsations cardiaques fœtales » (*fetal heartbeat bills*), ramènent le terme du délai d'accès à l'interruption volontaire de grossesse au moment à partir duquel un tel phénomène peut être identifié. La stratégie fonctionne : à l'occasion de l'examen d'une loi du Mississippi de 2018 fixant, pour l'essentiel, ce terme à quinze semaines d'aménorrhée, la Cour suprême se prononcera bientôt, dans une décision *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, sur la possibilité de le fixer avant le seuil de viabilité du fœtus – partant, sur l'opportunité de revenir sur la jurisprudence *Casey*.

Quoiqu'elle s'inscrive dans ce mouvement, la loi texane soumise à l'attention de la Cour s'en distingue radicalement, à plusieurs égards.

Les détours d'une dissuasion

13. La loi litigieuse présente une double originalité : son inconstitutionnalité est revendiquée et elle cherche, par différents détours, à dissuader les personnes contribuant habituellement aux interruptions volontaires de grossesse.

14. Sa première originalité – relative – est sa méconnaissance de la jurisprudence actuelle de la Cour suprême. Elle fixe un terme extrêmement précoce au délai d'accès à l'interruption volontaire de grossesse : dès lors qu'une première pulsation embryonnaire a été identifiée – après six semaines, peu ou prou, d'aménorrhée –, l'interruption volontaire de grossesse est prohibée²⁰. Par dérogation, les interruptions médicales de grossesse sont encore possibles ensuite en cas d'« urgences médicales » – catégorie que la loi ne définit et ne précise pas²¹. En revanche, ne relèvent pas de cette dérogation les cas de viols, d'incestes, de grossesses non viables, aussi longtemps qu'une pulsation cardiaque peut être détectée dans le fœtus, ni les cas de malformations fœtales que l'on ne peut soigner ou qui seraient fatales.

Cette limitation du délai légal d'accès à l'interruption volontaire de grossesse appelle deux observations concrètes.

La première, d'ordre médical, tient à la fixation de son terme. La loi définit la « pulsation cardiaque fœtale » comme « l'acti-

(18) Cour suprême des États-Unis, *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983) ; v. égal. *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

(19) Cour suprême des États-Unis, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016) ; v., égal. *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020).

(20) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.204, « Prohibition de l'avortement d'un enfant à naître ayant des pulsations cardiaques fœtales identifiables ; conséquences ».

(21) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.205, « Exception en cas d'urgence médicale ; conservation des données ».

vité cardiaque ou la contraction rythmique régulière et répétitive du cœur du fœtus à l'intérieur du sac gestationnel »²². À ce stade de son développement, l'embryon – qui ne deviendra un fœtus qu'après douze semaines d'aménorrhée – n'ayant pas de cœur complètement formé, le phénomène ainsi désigné correspond aux premiers flux sanguins issus de la région cardiaque, pendant la sixième semaine d'aménorrhée. La loi prescrit la recherche, par le médecin, de « pulsations cardiaques fœtales » (*fetal heart-beat*), en utilisant une méthode « adaptée à la durée estimée de la grossesse »²³ – par quoi il faut entendre une échographie par voie endovaginale, les échographies par voie abdominale ne permettant pas toujours aussi tôt dans la grossesse d'effectuer un tel diagnostic. Le médecin, sur qui pèse la charge de la preuve de l'absence de telles pulsations, ne saurait ainsi se prévaloir d'une échographie moins invasive, mais moins précise.

La deuxième observation, d'ordre pratique, tient aux conséquences de cette interdiction. De telles pulsations interviennent après six semaines d'aménorrhée, soit quatre semaines après la conception supposée. Nombre de femmes n'ont pas alors conscience qu'elles sont enceintes. Quatre semaines se sont déjà écoulées lorsqu'elles constatent une absence de menstruations, si bien qu'il ne leur reste plus que deux semaines pour suspecter la grossesse, en obtenir confirmation, prendre une décision et recourir éventuellement à une interruption volontaire de grossesse, si elles obtiennent, dans ces délais serrés, un rendez-vous dans une clinique.

15. La seconde originalité de la loi – plus frappante – est son ambition dissuasive, qui traduit une volonté de décourager en pratique l'exercice de ce droit constitutionnel, conformément à ce que l'on nomme couramment, en droit américain, l'« effet paralysant » (*chilling effect*). Qu'il s'agisse là d'un objectif primordial attaché à la loi ne fait guère de doute, comme le révèlent les conséquences procédurales attachées à la méconnaissance de ces délais nouveaux : tout citoyen pourra introduire, devant les juridictions civiles du Texas, un recours tendant à obtenir des dommages et intérêts à raison d'une interruption volontaire de grossesse illicite. Plusieurs traces de cette volonté peuvent être identifiées dans la loi.

16. Certaines apparaissent dans les conditions de validité de l'instance.

La première tient au *locus standi* : l'intérêt à agir du demandeur à l'action fait l'objet d'une présomption irréfragable, si bien qu'il n'a pas besoin de démontrer un intérêt personnel lésé par les faits litigieux. On le perçoit d'emblée : le recours est conçu comme une forme d'*actio popularis*, si bien que les prétoires pourront attirer aussi bien des militants opposés au principe même de l'interruption volontaire de grossesse que des « chasseurs de primes » modernes, pour reprendre l'expression de la juge Sonia Sotomayor, aux mobiles exclusivement pécuniaires.

Le second ensemble de conditions tient à la compétence du juge civil et à la recevabilité des recours. Classiquement, le législateur texan les circonscrit à plusieurs titres.

Ratione temporis, d'abord. Pour être recevables, les recours devront être introduits dans les quatre ans qui suivent l'interruption volontaire de grossesse prohibée²⁴ – la fenêtre est assez large.

Ratione loci, ensuite. Pour que le juge soit compétent, il suffit que l'interruption volontaire de grossesse ait eu lieu au Texas, peu important le lieu de résidence du demandeur et du défendeur. Dans un esprit de faveur pour les demandeurs, la loi multiplie les facteurs de rattachement : sont compétentes les juridictions civiles du lieu des faits litigieux, des lieux de résidence de chacune des personnes physiques défenderesses lors de la survenance des faits litigieux, du lieu d'établissement principal de la personne morale défenderesse et du lieu de résidence du demandeur s'il s'agit d'une personne physique habitant au Texas²⁵. Ainsi un défendeur risque-t-il d'être attiré simultanément devant différentes juridictions, même s'il sera impossible de le punir plusieurs fois à raison des mêmes faits²⁶.

Ratione personæ, enfin. Le périmètre des parties à l'instance est extrêmement large. Tout citoyen peut être demandeur, à deux exceptions près : en sont exclus les titulaires de fonctions organiques dans l'État et les employés de ce dernier, pour des raisons qu'il conviendra d'éclairer, ainsi que ceux qui, par un viol ou un inceste, auraient provoqué la grossesse à laquelle a été mis fin – afin qu'ils ne puissent espérer obtenir le versement de dommages et intérêts²⁷. Quant aux défendeurs à l'instance, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, la loi en distingue deux catégories²⁸ – à l'exclusion expresse des femmes ayant eu recours à une interruption volontaire de grossesse²⁹. La première correspond aux personnels soignants – à ceux qui pratiquent une interruption volontaire de grossesse illicite, y incitent, ou en ont simplement eu l'intention. Le périmètre de la seconde catégorie est plus large : elle embrasse toute personne qui aide ou encourage délibérément à pratiquer cette interruption illicite, qui incite à y recourir, qu'elle ait été consciente ou non de son caractère illicite, ou qui en a simplement eu l'intention. Pourraient en relever les cliniques, leurs employés, les fonds destinés à financer des interruptions volontaires de grossesse, toute personne qui leur verse de l'argent, les assurances qui remboursent les frais engagés – ainsi que toute personne diffusant des informations relatives à la faculté de recourir à une interruption volontaire de grossesse. Le cercle, on le voit, est large.

17. D'autres traces de cette ambition dissuasive se trouvent dans la limitation des moyens invocables en défense.

Tout d'abord, en cas d'abandon, par la Cour suprême, de sa jurisprudence *Roe v. Wade* ou de sa jurisprudence *Casey*, quelle que soit la date des faits litigieux, le défendeur ne pourra plus se prévaloir de ces dernières³⁰.

(22) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.201, « Définitions ».

(23) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.203, « Exigence de détermination de la présence d'une pulsation cardiaque fœtale et données conservées ».

(24) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, « Responsabilité civile en cas de violation, d'assistance ou d'incitation à la violation », (d).

(25) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.210, « Responsabilité civile : juridictions compétentes ».

(26) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (c).

(27) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (j).

(28) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (a).

(29) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.206, « Interprétation du sous-chapitre », (b)(1).

(30) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.209, « Responsabilité civile : limites mises aux moyens de défense tirés de l'entrave abusive », (e).

Ensuite, ne sauraient constituer des causes limitatives de responsabilité l'ignorance de la loi, l'erreur à son égard ou la conviction de son caractère inconstitutionnel – même si les faits sont postérieurs à la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par une juridiction, dès lors qu'elle est ultérieurement annulée par une juridiction supérieure³¹. Tout au plus le défendeur peut-il établir avoir « raisonnablement cru », au terme d'une « enquête raisonnable », que l'interruption volontaire de grossesse était ou allait être conforme aux prescriptions législatives³² – la charge d'établir l'absence de méconnaissance de la loi, en se fondant sur le standard probatoire habituel en matière civile, moins exigeant qu'en matière pénale, pesant alors sur les défendeurs³³, et non sur les demandeurs comme c'est habituellement le cas dans les procès civils.

À quoi s'ajoute enfin une précision épineuse. De façon générale, une partie à un litige ne peut se prévaloir que de ses propres droits constitutionnels – non de ceux de tiers au litige³⁴. Ainsi conçue dans sa généralité, cette règle devrait interdire à une clinique spécialisée dans les interruptions volontaires de grossesse de former un recours tendant à contester la constitutionnalité d'une loi limitant l'exercice par ses patientes de leur droit d'y accéder. Or, depuis 1976, la Cour suprême accepte que ces cliniques introduisent des recours au nom de leurs patientes, conformément à la doctrine de « l'intérêt à agir tiré d'une atteinte aux droits d'un tiers » (*third-party standing*), dès lors qu'il existe une relation étroite entre la clinique et les patientes et qu'un obstacle rend difficile, pour ces dernières, d'introduire elles-mêmes un tel recours³⁵. À la faculté pour une clinique défenderesse de s'en prévaloir à son tour, la loi oppose ici une règle – l'interdiction, pour le défendeur, d'invoquer les droits de ses patientes pour limiter sa responsabilité – qui connaît deux exceptions – si la Cour suprême, à l'avenir, prescrivait spécifiquement aux juridictions texanes de l'autoriser, ou si le défendeur établissait sa faculté de le faire conformément aux critères établis par la Cour suprême³⁶.

18. Les dernières marques de cette ambition dissuasive se trouvent dans des précisions d'ordre substantiel.

La première tient aux conditions d'identification de la responsabilité civile du défendeur. Objective, cette dernière peut être engagée en dépit de l'absence de préjudice personnel subi par le demandeur.

La seconde relève, une fois la responsabilité identifiée, de la sanction qui lui est attachée. Cette dernière prend trois formes cumulatives. Une injonction, d'abord, à ne plus méconnaître ces dispositions législatives. La condamnation, ensuite, à des dommages et intérêts qui ne sauraient être inférieurs à 10 000 dollars par interruption volontaire de grossesse litigieuse – à moins que le défendeur établisse avoir déjà payé intégralement les dommages et intérêts auxquels il aurait été condamné, dans une autre instance, à raison des mêmes faits. La condamnation, enfin, aux

dépens et au remboursement des frais d'avocat engagés par le demandeur³⁷ – les juridictions ayant l'interdiction, à l'inverse, de prescrire au demandeur le remboursement des frais d'avocat du défendeur, en cas de victoire de ce dernier³⁸.

De ces différentes dispositions de la loi, il ressort que tout est fait pour que les interruptions volontaires de grossesse ne soient plus que résiduelles. Nonobstant la constitutionnalité de ce délai légal, contraire à la jurisprudence *Casey*, une question décisive subsiste : la menace que ces recours, extrêmement ouverts, font peser sur les cliniques et leurs potentielles patientes doit-elle être conçue comme cause d'inconstitutionnalité de la loi ? En refusant de suspendre l'exécution de la loi, la Cour n'a pas seulement contribué à ce que soit prolongée pour un temps cette inconstitutionnalité. Elle semble avoir donné du crédit à l'habileté du législateur texan.

L'habileté récompensée

19. Une seconde question, originale et propre à poser d'épineuses difficultés à la théorie du fédéralisme, est celle de savoir si un État peut immuniser une loi apparemment inconstitutionnelle contre le risque d'un contrôle de constitutionnalité en la dotant d'une forme de carapace. La loi ici soumise à l'examen de la Cour suprême exploite certaines failles du droit constitutionnel processuel et de l'articulation verticale des pouvoirs – dont elle révèle, en creux, l'imperfection. Pour saisir la portée de ce défi inédit posé à la Cour, il convient de le replacer dans la longue durée du fédéralisme.

L'ancienneté d'une tension

20. Comme d'autres droits et libertés constitutionnels, l'accès à une interruption volontaire de grossesse est soumis aux tensions propres à l'architecture fédérale du gouvernement américain. D'un côté, la diversité des cultures politiques et juridiques qui, à un instant donné, prévalent dans les États fédérés tend à susciter un mouvement de fragmentation – les États majoritairement progressistes favorisant, dans les grandes lignes, l'accès à l'interruption volontaire de grossesse, cependant que les États conservateurs s'appliquent à le contrarier. De l'autre, ce mouvement est tempéré par l'édition de règles fédérales dont la vocation est de s'appliquer également sur tout le territoire – de susciter, en somme, un mouvement de réalignement partiel des règles de droit. De sorte que la compétence des États ne s'exerce aujourd'hui, en certaines matières, qu'à titre marginal, dans les interstices de principes et de règles qu'ils ne se sont pas directement donnés. Cette tension a suscité de longue main une inventivité constitutionnelle de part et d'autre – chacun, du côté des États comme de la fédération, s'attachant à faire évoluer le cadre dans lequel s'exprime sa liberté, donc son pouvoir.

21. Depuis le compromis historique qui a rendu possible la fondation de la République américaine, l'organisation constitutionnelle des États-Unis d'Amérique est structurée – lot habituel des fédérations³⁹ – par une tension profonde entre forces politiques centripètes et centrifuges⁴⁰. Les premières, prédominantes sur la longue durée, se nourrissent des efforts régulièrement

(31) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (e).

(32) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (f).

(33) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (f-1).

(34) V., R. A. Sedler, « Standing to Assert Constitutional Jus Tertii in the Supreme Court », *Yale Law Journal*, vol. 71, n° 4, 1962, p. 599-660.

(35) Cour suprême des États-Unis. *Singleton v. Wulff*, 428 U.S. 106 (1976) ; *June Medical Services, LLC v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020).

(36) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.209, (a).

(37) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (b, c).

(38) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (i).

(39) V., O. Beaud, *Théorie de la fédération*, PUF, 2007.

(40) V., Th. Chopin, *La République « une et divisible ». Les fondements de la Fédération américaine*, Plon, coll. « Commentaire », 2002.

déployés pour consolider les compétences de l'Union. Les secondes, résiduelles mais pérennes, s'incarnent dans les mouvements successifs de défense des prérogatives des États.

L'antagonisme trouve ses racines dans la structure même de la fédération, conçue comme le fruit d'un abandon, par des États, d'une partie seulement de leurs compétences au bénéfice de l'Union. Ainsi s'explique le maintien du dogme de la souveraineté des premiers, en dépit de l'accroissement régulier des compétences de la seconde. L'opposition s'inscrit dans le texte même de la Constitution. D'un côté, la « clause de suprématie⁴¹ » de l'article VI, prescrit la primauté, sur les lois des États fédérés, de la Constitution, des lois fédérales et des traités. De l'autre, le Dixième amendement fixe une clé de répartition verticale des compétences qui fait la part belle aux États : à ces derniers – et au peuple –, elle confère une compétence de principe ; à la fédération, elle ne réserve qu'une compétence d'attribution, limitée aux seuls pouvoirs qu'elle lui attribue explicitement.

Pendant les premières années de la République, la tension se cristallise dans l'opposition entre deux ambitions politiques. La première, fédéraliste, aspire à accroître les pouvoirs du gouvernement central. Elle marque de son empreinte durable l'organisation constitutionnelle du pays. La seconde s'applique à préserver l'autonomie des gouvernements locaux, dans le souvenir des origines confédérales de la Nation américaine, soit en aménageant le fédéralisme, soit, dans la tradition antifédéraliste⁴², en le rejetant. À quoi s'ajoute un double spectre alimenté par la longue histoire politique et constitutionnelle du pays. Celui, d'abord, de la sécession et de la fragmentation, nourri par l'extension territoriale en direction de l'Ouest, puis par la guerre civile qui déchire le pays pendant la première moitié des années 1860. Celui, ensuite, de l'uniformisation que fait craindre, en particulier, le gonflement massif du gouvernement fédéral à partir des années 1930, perçu par certains comme un péril constant pour les singularités des États fédérés. On comprend, dans ces conditions, que les passions constitutionnelles les plus vives, à différentes époques, se concentrent sur l'étendue et les limites de la liberté des États.

22. Un sort particulier mérite d'être fait, sous cette lumière, à la « théorie de l'annulation⁴³ » (*nullification*) – très proche, pour l'essentiel, de ce que l'on nomme également la « théorie de l'interposition ». On en trouve l'origine dès la fin du XVIII^e siècle, dans les « Résolutions de Virginie et du Kentucky⁴⁴ », partiellement rédigées par Thomas Jefferson et James Madison, adoptées en opposition aux « lois sur les étrangers » de 1798⁴⁵. Elle

reste attachée, dans la mémoire collective, à la figure de John Calhoun, homme politique et écrivain qui s'oppose vivement, en 1828, à des barrières douanières à visée protectionniste, perçues comme défavorables aux États méridionaux. L'événement donne lieu, pour une demi-décennie, à un vif combat politique et à une controverse constitutionnelle majeure qui opposent, en particulier, le président Andrew Jackson à son vice-président, Calhoun. Quoique cette théorie connaisse, sous sa plume, des formulations évolutives⁴⁶, il l'expose de façon claire dès 1828, dans un rapport qu'il prépare pour la Chambre des représentants de son État, la Caroline du Sud⁴⁷.

Calhoun envisage un mécanisme destiné à protéger la minorité contre l'oppression de la majorité, en permettant aux États de faire obstacle, pour ce qui les concerne, à des lois fédérales qu'ils jugeraient inconstitutionnelles : une convention spéciale, dans l'État, pourrait ainsi exercer, dans les limites de ce dernier, une forme de veto suspensif – « l'annulation ». Le gouvernement fédéral pourrait, dans un second temps, surmonter ce veto – ce qui forcerait l'État à accepter la loi contestée ou à faire sécession de l'Union. Son fondement est simple. Le peuple d'un État est partie au pacte constitutionnel fondateur de 1787. À ce titre, il dispose d'une faculté inaliénable d'interpréter ce dernier. Dès lors, si une loi fédérale venait à méconnaître, à ses yeux, un tel pacte, il lui reviendrait de la priver des effets qu'elle prétend avoir à son égard.

Rejetée par la Cour suprême, la thèse a, pour l'essentiel, été emportée dans les décombres de la guerre de Sécession. Depuis lors, l'empire du droit fédéral et des juridictions fédérales sur les États s'est régulièrement renforcé, au nom de la conviction selon laquelle la moindre tolérance à l'égard de la méconnaissance, par l'État, de la Constitution fédérale mettrait l'Union en péril. L'idée est résumée en 1913 par Oliver Wendell Holmes, théoricien du droit, alors juge à la Cour suprême : « Je ne pense pas que les États-Unis périraient si nous perdions notre pouvoir d'invalider une loi fédérale. À l'inverse, l'Union me semblerait compromise si nous perdions celui d'invalider les lois des différents États⁴⁸ ». Sur la longue durée, Calhoun a perdu son combat, en raison de la crainte que les États organisent leur propre méconnaissance du droit fédéral.

23. Cette question générale pose à la Cour suprême un défi procédural considérable. Lors de la Convention de Philadelphie, en 1787, les fédéralistes s'attachent à éviter que soit explicitement affirmé, dans la Constitution, le caractère souverain des États bientôt fédérés. Dans sa version finale, cette dernière dispose que « le pouvoir juridictionnel s'étend à tous les litiges [...] entre un État et les citoyens d'un autre État⁴⁹ ». En 1793, la Cour suprême en infère l'impossibilité pour les États de se prévaloir d'une immunité de juridiction – qualifiée d'« immunité souve-

(41) Constitution des États-Unis, art. VI, par. 2.

(42) V. S. Cornell, *The Other Founders. Anti-Federalism and the Dissenting Tradition in America, 1788-1828*, Chapel Hill (Caroline du Nord), The University of North Carolina Press, 1999.

(43) V. D. F. Houston, *A Critical Study of Nullification in South Carolina*, New York (NY), Longmans, Green and Co., 1896 ; R. B. Latner, « The Nullification Crisis and Republican Subversion », *The Journal of Southern History*, vol. 43, n° 1, 1977, p. 19-38 ; J. Niven, *John C. Calhoun and the Price of Union. A Biography*, Baton Rouge (Louis.), Louisiana State University Press, 1988, p. 154-199 ; R. E. Ellis, *The Union at Risk. Jacksonian Democracy, States' Rights, and the Nullification Crisis*, New York (NY), Oxford University Press, 1989 ; J.-Ph. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme. John C. Calhoun et l'annulation*, PUF, 2004 ; G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, 2021, p. 288-289.

(44) V. F. M. Anderson, « Contemporary Opinion of the Virginia and Kentucky Resolutions », *The American Historical Review*, vol. 5, n° 1, 1899, p. 45-63 ; n° 2, p. 225-252.

(45) Alien and Sedition Acts, 1798.

(46) J. C. Calhoun, « The Fort Hill Address : On the Relations of the States and Federal Government » [26 juill. 1831], id., *Union and Liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun*, Indianapolis (Ind.), Liberty Fund, 1992, p. 367-400, p. 371 ; id., « Speech on the Revenue Collection [Force] Bill » [15-16 févr. 1833], eod. loc., p. 401-441, p. 428 ; id. « A Disquisition on Government », eod. loc., p. 3-78, p. 28.

(47) J. C. Calhoun, « Exposition » [19 déc. 1828], eod. loc., p. 313-362.

(48) O. W. Holmes, Jr., « Law and the Court. Speech at a Dinner of the Harvard Law School Association of New York [15 févr. 1913] », in id., *Collected Legal Papers*, New York (NY), Peter Smith, 1952, p. 291-297, p. 295-296.

(49) Constitution des États-Unis, art. III, sect. 2, par. 1.

raîne » – lorsqu'un recours est formé à leur encontre, devant une juridiction fédérale, par un citoyen d'un autre État⁵⁰. Quelques mois plus tard, le Congrès adopte, pour contrecarrer cette décision, un amendement à la Constitution – le Onzième – attachant explicitement à chaque État une immunité de juridiction, en cas de recours formés par les citoyens d'un autre État ou d'un autre pays⁵¹.

Plus d'un siècle plus tard, alors que se développe le contrôle de constitutionnalité, la Cour suprême reprend le dessus en adoucissant cette contrainte, par sa décision *Ex parte Young* de 1908 : quoique les États fédérés bénéficient de cette immunité de juridiction, les juridictions fédérales restent compétentes pour connaître de recours formés à l'encontre des titulaires de fonctions organiques dans ces États, qui contribueraient à l'application de lois de leur État méconnaissant des lois fédérales ou la Constitution. En agissant ainsi en effet, ces derniers commettent « simplement [...] un acte illégal », puisqu'ils s'efforcent, « en se prévalant du nom de l'État, de faire appliquer un acte législatif inconstitutionnel, donc nul »⁵².

Sans doute ne s'agit-il que d'une fiction – comme le reconnaît ultérieurement la Cour suprême⁵³. Elle présente néanmoins un avantage notable, qui explique sa pérennité et l'attachement qu'on lui démontre de part et d'autre du spectre politique. Elle permet de maintenir le principe de l'immunité souveraine des États, tout en ouvrant aux juridictions fédérales la faculté de connaître de requêtes contestant la constitutionnalité de lois étatiques. D'un côté, la Cour ne porte pas formellement atteinte à cette immunité de juridiction – qui couvre non seulement les recours formés par les citoyens d'autres États, mais ceux que leurs propres citoyens pourraient introduire devant une juridiction fédérale⁵⁴ ou devant leurs juridictions⁵⁵. De l'autre, la désignation – certes formelle – du titulaire d'une fonction organique permet, en pratique, de donner toute sa portée à la « clause de suprématie⁵⁶ » de la Constitution américaine.

La décision *Ex parte Young* contribue à conférer une portée nouvelle à la disposition d'une loi fédérale adoptée en 1871, dans le cadre de la Reconstruction, pour lutter notamment contre les atteintes à l'exercice du droit de vote des citoyens noirs par différentes organisations, dont le Ku Klux Klan⁵⁷. Cette disposition, que l'on nomme aujourd'hui couramment « section 1983⁵⁸ », habilite toute personne à introduire devant une juridiction civile fédérale ou étatique un recours à l'encontre de toute personne qui, en application d'une loi étatique, l'aurait privée d'un droit constitutionnel. Ainsi s'explique que nombre de décisions de la Cour suprême portent le nom du titulaire d'une fonction organique au sein d'un État fédéré – à l'instar de Richard Hodges, qui était directeur de l'administration de la santé dans l'Ohio, défen-

deur à l'instance dans l'affaire *Obergefell v. Hodges* à l'occasion de laquelle la Cour a consacré, en 2015, un droit constitutionnel d'accès au mariage pour les couples de même sexe.

La nouveauté d'une élusion

24. Dans cette perspective, l'originalité la plus frappante de la loi tient à la façon dont elle tâche de se constituer une carapace propre à l'immuniser contre le risque d'un contrôle de constitutionnalité qui, à jurisprudence constante de la Cour suprême, lui serait probablement défavorable. Elle se fonde à cet égard sur quatre stratégies qui doivent être distinguées.

25. Trois d'entre elles révèlent une inventivité qui, pour être relative, n'en mérite pas moins d'être notée.

La première se fonde sur l'hypothèse – le législateur se montrant ici pessimiste – selon laquelle le contrôle de constitutionnalité, possible en droit et exercé en fait, lui serait défavorable. La loi tente de prédéterminer les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Tout d'abord, de façon générale, en vertu du principe de « divisibilité » (*severability*) – souvent présumé, puisqu'une juridiction ne saurait invalider plus que cela n'est nécessaire⁵⁹ –, elle dispose qu'une telle décision ne saurait affecter que les dispositions concernées, si bien que pourraient subsister les autres dispositions de la même loi. En outre, elle attache, dans le détail, des conséquences à différents types de déclarations d'inconstitutionnalité envisageables, de façon à maximiser la portée des dispositions législatives qui subsisteraient alors⁶⁰. Enfin, elle cherche à diminuer la portée d'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité. Elle précise que cette dernière n'est rien de plus qu'un acte susceptible d'être annulé par une autre juridiction, de sorte qu'elle ne saurait être comprise comme une réécriture de la loi⁶¹.

La deuxième stratégie se fonde sur la possibilité – le législateur se montrant ici modérément pessimiste – que ce contrôle, possible en droit et exercé en fait, ne lui soit pas entièrement défavorable. Ainsi la loi cherche à prédéterminer les conditions dans lesquelles pourrait être contrôlée sa constitutionnalité devant les juridictions texanes – les seules qui relèvent de son champ. Elle leur interdit de rattacher à « l'entrave abusive », au sens de l'arrêt *Casey*, la condamnation d'une clinique à des dommages et intérêts, même si le défendeur invoque l'effet que cette dernière pourrait avoir sur la faculté ultérieure de femmes à recourir à une interruption volontaire de grossesse, ou de se faire aider à y recourir. Les juges ne pourront accueillir un tel moyen que si le défendeur arrive à prouver que la condamnation de la clinique empêche effectivement, de façon détaillée, une femme ou un groupe de femmes de recourir à une interruption volontaire de grossesse⁶².

La troisième stratégie se fonde sur l'hypothèse – le législateur, ici, est optimiste – selon laquelle ce contrôle, quoiqu'il soit possible en droit, pourrait être, en pratique, assez difficile d'accès pour que se trouve réduit, pour elle, ce risque contentieux. Ainsi la loi habilite les juges à condamner solidairement aux dépens

(50) Cour suprême des États-Unis, *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

(51) Constitution des États-Unis, XI^e amendement.

(52) Cour suprême des États-Unis, *Ex parte Young*, 209 U.S. 123 (1908), p. 159 ; v., J. E. Pfander, J. P. Wentzel, « The Common Law Origins of *Ex parte Young* », *Stanford Law Review*, vol. 72, 2020, p. 1269-1360.

(53) V., Cour suprême des États-Unis, *Pennhurst State School & Hosp. v. Halderman*, 465 U.S. 89 (1984), p. 105.

(54) Cour suprême des États-Unis, *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890).

(55) Cour suprême des États-Unis, *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999).

(56) Constitution des États-Unis, art. VI, par. 2.

(57) « Enforcement Act of 1871 » (17 Stat. 13), 20 avr. 1871.

(58) 42 U.S. Code § 1983, « Civil action for deprivation of rights ».

(59) V., M. C. Dorf, « Facial Challenges to State and Federal Statutes », *Stanford Law Review*, vol. 46, n^o XXX, 1994, p. 235-304 ; R. H. Fallon, Jr., « Fact and Fiction About Facial Challenges », *California Law Review*, vol. 99, n^o 4, 2011, p. 915-974.

(60) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.212, « Divisibilité ».

(61) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.212, (e).

(62) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.209, (c).

et au paiement des frais d'avocat du demandeur, toute personne, organisation ou avocat qui chercherait à s'opposer à l'application de la loi, notamment en invoquant son inconstitutionnalité devant une juridiction, qu'elle soit étatique ou fédérale⁶³.

26. Quant à la dernière stratégie, elle mérite un examen à part – tant elle correspond, à l'évidence, à la plus grande nouveauté de la loi, qui lui confère un caractère inédit. Elle se fonde sur l'espoir – perspective résolument optimiste pour le législateur – que la loi puisse organiser sa pleine immunisation contre tout risque de contrôle de constitutionnalité. En recourant ainsi aux citoyens et aux juridictions civiles, le législateur texan n'entend pas seulement multiplier les contrôles et poursuites potentielles. Une ambition plus fine, aux conséquences redoutables, apparaît en filigrane. Il s'agit d'éloigner de l'application de cette loi toute personne susceptible d'être rattachée à l'État – procureur, titulaire d'une fonction organique, employé de l'État.

La loi s'évertue à exclure ces derniers du champ de son application, d'une triple manière. Tout d'abord, seuls les juges civils, juridiquement indépendants, ainsi que leurs greffiers, contribuent indirectement à l'application de cette loi. En sont expressément exclues les juridictions pénales – les procureurs de l'État, titulaires de fonctions organiques, étant parties aux litiges devant ces dernières. En sont également exclus tous les organes de l'État⁶⁴. Ensuite, il est prohibé aux titulaires de fonctions organiques, ainsi qu'aux autres employés de l'État, d'introduire un tel recours⁶⁵ et de participer à de telles instances autrement que par des mémoires d'*amicus curiae*⁶⁶ – de sorte que ces litiges ont vocation à rester strictement horizontaux, entre des parties dont aucune ne saurait être rattachée à l'État. Enfin, la loi étend l'immunité souveraine de l'État à chacune de ses subdivisions, à tous les titulaires de fonctions organiques et à tous ses employés, contre toute action ou tout moyen tendant à contester sa validité, notamment au titre de la Constitution⁶⁷.

Ce soin mis à exclure de l'application de la loi toute personne susceptible d'être rattachée à l'État s'explique aisément. Conformément au mécanisme *Ex parte Young*, une clinique souhaitant mettre en cause la constitutionnalité d'une loi étatique restreignant l'accès à l'interruption volontaire de grossesse aura tendance à former un recours à l'encontre de l'un des responsables publics qui contribue à son application, pour pouvoir ensuite soulever par voie d'exception l'inconstitutionnalité de la loi. C'est là précisément ce que la loi cherche à éviter en éloignant des prétoires toute personne susceptible de rendre possible un tel contrôle de constitutionnalité, dans l'espoir que se trouvera ainsi paralysé le véhicule procédural habituellement emprunté pour déclencher ce dernier. Ainsi s'explique le rôle dévolu aux citoyens et aux juridictions civiles dans l'application de cette loi. Le renversement, à cet égard, est frappant : alors que les

juridictions sont traditionnellement conçues comme le lieu où les droits constitutionnels sont protégés, la loi en fait les instruments mêmes d'une méconnaissance de la jurisprudence de la Cour suprême. On comprend, à cette lumière, la vigueur des opinions dissidentes attachées à l'ordonnance du 1^{er} septembre.

27. En écho lointain au projet de Calhoun – même s'il s'agissait alors de neutraliser une loi fédérale et non, comme ici, la décision d'une juridiction fédérale –, le législateur texan a ainsi cherché à échapper aux exigences que fait peser sur elle la jurisprudence de la Cour suprême – à « annuler » en quelque sorte cette dernière, pour ce qui concerne le Texas. Ainsi elle place cette juridiction au défi du maintien de la suprématie du droit fédéral. Il lui faudra, à cet égard, faire un choix dans les affaires qu'elle examine actuellement au fond. L'alternative est claire : étendre sa jurisprudence *Ex parte Young* dans l'espoir de faire obstacle à l'habileté du législateur texan, ou la maintenir, au risque que nombre d'États, soucieux de préserver des îlots d'inconstitutionnalité, se dotent, à l'avenir, de carapaces législatives équivalentes. On imagine aisément en effet comment de telles lois pourraient limiter, entre autres exemples, le bénéfice du droit de détenir des armes, de la liberté d'expression ou de la liberté de culte.

La Cour sera-t-elle, comme par le passé, en mesure de se défendre ? Dans l'une de ses décisions importantes en matière de déségrégation, elle avait jugé que le droit à ne pas subir de discrimination en raison de sa couleur de peau lors d'une inscription à l'école – consacré par sa décision *Brown v. Board of Education* – « ne saurait être neutralisé, dans les États, par les titulaires de fonctions législatives, exécutives ou juridictionnelles, ni de façon ouverte et directe, ni de façon indirecte, par le truchement de stratagèmes évasifs tendant à favoriser la ségrégation, que ce soit par ingéniosité ou par ingénuité⁶⁸ ». L'habileté du législateur texan ne relève-t-elle pas de tels stratagèmes ? Par cette loi, les juges texans n'ont-ils pas été transformés en agents de son exécution, en méconnaissance d'un présupposé traditionnel de neutralité juridictionnelle ? L'une des failles du système mis en place par le législateur texan ne tient-elle pas à la participation des greffiers rattachés aux juridictions civiles à l'application de la loi – alors même que, contrairement aux juges qui peuvent se prévaloir de leur indépendance, ils pourraient être considérés comme des agents de l'État ? Il reviendra à la Cour suprême, au terme de son examen au fond, de trancher ces questions délicates.

28. L'ordonnance du 1^{er} septembre ne règle pas toutes les difficultés posées à la Cour par le « Senate Bill 8 ». En attendant les décisions qu'elle rendra au fond, la loi reste en vigueur au Texas, au moins pendant quelques mois. Le temps pour John Calhoun de tenir sa revanche posthume.

(63) Texas Senate Bill 8, sect. 4, sect. 30.022, « Paiement des honoraires d'avocat dans les actions contestant les lois sur l'avortement », (a).

(64) Texas Senate Bill 8, sect. 171.207, « Limites mises à l'application de la loi par des autorités publiques ».

(65) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.207, 171.208.

(66) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.208, (h).

(67) Texas Senate Bill 8, sect. 3, sect. 171.211, « Préservation de l'immunité souveraine, gouvernementale et organique », (b).

(68) Cour suprême des États-Unis, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), p. 17.