

Doctrines

Chronique d'un revirement annoncé : la Cour suprême des États-Unis révoque le droit à l'avortement, par F. van der Mensbrugge et J. Van Meerbeeck 797

Jurisprudence

■ Euthanasie - Loi du 28 mai 2002 - Violation des conditions et des procédures - Conséquences pénales pour le médecin - Discrimination pour cause d'absence de différenciation en fonction du type de conditions et de procédures non respectées

C. const., 20 octobre 2022 811

■ Détention préventive - Juridiction de jugement - Pourvoi en cassation contre un arrêt de condamnation - Requête de mise en liberté (art. 27, § 1^{er}, 5^o, loi du 20 juillet 1990) - Recevabilité

Cass., 2^e ch., 19 octobre 2022, conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch 817

Chronique

Deuils judiciaires - Bibliographie - Coups de règle.



LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS DE SOCIÉTÉS, ASSOCIATIONS ET FONDATIONS

Yannick Alsteens, Jeffrey Camby, Antoine Chomé, Patrick De Wolf, Basile Douley, Jérôme Henri, Thérèse Loffet, André Risopoulos, David Szafran, Nikita Tissot, Inès Vermeiren

Sous la coordination de Jérôme Henri

Cet ouvrage traite de la responsabilité civile des dirigeants, de la naissance de l'entreprise à sa mort. La responsabilité des réviseurs d'entreprises est également abordée. Les questions qui font l'actualité du droit pénal et du droit pénal social sont analysées, de la prévention du blanchiment au harcèlement, du statut de lanceur d'alerte à la confiscation.

> Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles
654 p. • 95,00 € • Édition 2022

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA

Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068

LARCIER

Journal des tribunaux

https://jt.larcier.be
10 décembre 2022 - 141^e année
40 - N^o 6920
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrines

Chronique d'un revirement annoncé : la Cour suprême des États-Unis révoque le droit à l'avortement

Dans son arrêt *Dobbs v. Jackson* du 24 juin 2022, la Cour suprême des États-Unis a opéré un revirement de jurisprudence historique en considérant, contrairement à ce qu'elle avait décidé dans son arrêt *Roe v. Wade* du 22 janvier 1973, que la Constitution des États-Unis ne protégeait pas le droit à l'avortement. La décision fait plus de 200 pages. Après avoir résumé le contexte précédant l'arrêt *Dobbs* (1), la présente contribution propose de présenter le raisonnement de cette décision en évoquant les passages les plus importants (2) et de suggérer quelques réflexions sur la solution adoptée par la Cour suprême (3).

1 Le droit à l'avortement avant *Dobbs*¹

A. Du premier mouvement observable à *Roe*

1. Lorsque les États-Unis d'Amérique déclarèrent leur indépendance, le cadre juridique de l'avortement était relativement restreint. Le *Common Law* tolérait alors l'avortement pratiqué entre la seizième et la dix-huitième semaine, période du premier mouvement observable du fœtus (*quickening*)². James Wilson, un des pères de la Constitution des États-Unis, écrivait pourtant déjà : « Avec cohérence, belle et constante, la vie humaine, de son commencement à sa fin, est protégée par le *Common Law*. Du point de vue du droit, la vie commence lorsque l'enfant est capable de bouger dans le ventre maternel. La vie est protégée par le droit, non seulement de la destruction immédiate, mais également de tout acte de violence et, dans certains cas, de toute situation de danger »³. En 1821, l'État du Connecticut adopta une loi visant à sanctionner les pharmaciens qui vendaient des produits aux femmes afin de leur permettre d'avorter⁴. Par la suite, plusieurs États suivirent son exemple, pénalisant explicitement l'avortement effectué après le premier mouvement observable. La première loi visant toutes les étapes de la grossesse fut une loi de l'État du Maine, adoptée en 1840. Le mouvement de criminalisation s'accéléra ensuite durant les années 1860 et, au début du vingtième siècle, l'avortement était illégal dans la plupart des États⁵.

2. Alors que, pendant les années 1930 et la seconde guerre mondiale, la demande d'avortement avait fortement décliné, l'organisation *Planned Parenthood Federation of America* proposa, dans les années 1950, d'établir des centres de consultation afin de conseiller les femmes enceintes. En décembre 1959, le « American Law Institute » (ALI) suggéra un modèle de loi autorisant le médecin à pratiquer un avortement notamment en cas de risque pour la mère, d'handicap grave de l'enfant à naître ou lorsque la grossesse résultait d'un viol⁶.

(1) Pour un exposé plus complet mais qui s'arrête en 2009, voy. J. VAN MEERBEECK, « L'avortement à la lumière de l'exceptionnalisme américain », in L. HENNEBEL et A. VAN WAEYENBERGE (dir.), *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, 2009, pp. 115-148.

(2) C. LUGOSI, « Conforming to the rule of Law : when person and human being finally mean the same thing in Fourteenth Amendment jurisprudence », *Issues in Law & Medicine*, 2006, p. 121. Avant ce premier mouvement, les connaissances médicales ne permettaient en effet pas de déterminer si une femme était ou non enceinte.

(3) J. WILSON, « Lectures on Law », in *Collected Works of James Wilson*, vol. 2, Liberty Fund, 2007, p. 1068 (trad. libre).

(4) S. M. ALFORD, « Is Self-Abortion a Fundamental Right ? », *Duke Law Journal*, 2002-2003, vol. 52, p. 1022.

(5) Sur cette période, voy. C. LUGOSI, « When abortion was a crime : a historical perspective », *U. Det. M. L. Rev.*, 2006, vol. 83, pp. 63-65. Le juge Alito reprendra à son compte cette évolution historique dans l'arrêt *Dobbs*.

(6) C. FRANCOME, *Abortion in the USA and the UK*, Ashgate, 2004, pp. 69-70.

3. On assiste ensuite à une libéralisation progressive de l'avortement dans les années 1960, favorisé par un ensemble de facteurs tenant d'une part au développement et à l'amélioration des techniques d'avortement, et, d'autre part, au lobbying exercé par des organisations féminines, des défenseurs des droits civils, des professions médicales et juridiques et même certaines Églises, protestantes pour la plupart⁷. De 1962 à 1966, cinq États examinèrent, sans succès, la possibilité d'adopter une loi de type « ALI ». En 1967, l'État de Colorado devenait le premier État à légaliser l'avortement dans les cas de viol, d'inceste, ou dans les cas où la grossesse entraînerait un handicap physique permanent pour la femme. Il fut ensuite rejoint par neuf États. En juillet 1970, l'État de New York adoptait une législation permettant l'avortement sur requête durant les vingt-quatre premières semaines de grossesse⁸.

4. Sur le plan jurisprudentiel, la Cour suprême a d'abord déclaré, dans un arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965, qu'il existait un droit constitutionnel à la contraception, dérivant du droit au respect de la vie privée⁹. Dans un arrêt du 21 avril 1971¹⁰, elle annula ensuite une décision de la juridiction fédérale de première instance du « District of Columbia » qui avait déclaré anticonstitutionnelle une loi sur l'avortement du même district, qui faisait de l'avortement un crime à moins qu'il ne soit pratiqué pour la préservation de la vie ou de la santé de la mère. Le juge Black, auteur de l'opinion majoritaire, précisa cependant que la charge de la preuve de ce que l'avortement n'avait pas été pratiqué pour « la préservation de la vie ou de la santé de la mère » reposait sur le ministère public. Le terrain était prêt pour l'arrêt *Roe v. Wade*.

B. *Roe v. Wade* et le système des trimestres

5. L'arrêt *Roe v. Wade* est sans conteste un des arrêts les plus controversés et — par conséquent — les plus célèbres de la Cour suprême américaine¹¹. À l'époque où cet arrêt fut prononcé, en 1973, quatre États acceptaient l'avortement sur requête¹² alors que quinze autres disposaient des lois de type « ALI »¹³. Aucun État n'avait cependant de législation aussi permissive que les critères qu'allait poser la haute juridiction, saisie d'un recours contre la loi anti-avortement du Texas¹⁴. Consciente du caractère sensible de la question, la Cour jugea qu'il ne lui appartenait pas de résoudre la question du début de la vie, question distincte selon elle de la protection constitutionnelle du fœtus : « (lorsque ceux qui sont spécialistes dans les différentes disciplines de la médecine, de la philosophie et de la théologie sont incapables d'arriver à un consensus, le pouvoir judiciaire, à ce stade du développement de la connaissance de l'homme, n'est pas en mesure de spéculer sur la réponse »¹⁵.

Cette prudence n'empêcha cependant pas la Cour de juger, sous la plume du juge Blackmun, que les femmes avaient un droit constitutionnel à l'avortement, dérivé de leur droit au respect de la vie privée, lui-même protégé par la « Due Process Clause » du Quatorzième Amendement¹⁶. Cette décision établissait un système de trimestres, largement fondé sur les connaissances médicales de l'époque. Selon la Cour, les États avaient un intérêt important et légitime à préserver la

santé et la vie de la mère (ne leur permettant d'adopter des législations contraignantes qu'à partir du second semestre) et un intérêt, distinct, à protéger la vie potentielle (ne leur autorisant à interdire l'avortement qu'à partir de la viabilité du fœtus, soit à partir du troisième trimestre). Enfin, en faisant de l'avortement un droit fondamental, la Cour suprême soumettait les lois à un mode particulièrement exigeant de contrôle : « particularly careful scrutiny »¹⁷.

6. Les dix années qui suivirent furent marquées par plusieurs arrêts importants venant délimiter les droits des États de légiférer en matière d'avortement¹⁸. Furent ainsi jugées inconstitutionnelles les dispositions légales exigeant le consentement de l'époux, ou le consentement sans exception des parents dans le cas de l'avortement d'une mineure non mariée¹⁹. Dans l'arrêt *Bellotti v. Baird*, la Cour suprême jugea inconstitutionnelle une législation du Massachusetts imposant aux mineurs d'obtenir le consentement de leurs parents avant un avortement, un juge pouvant autoriser l'avortement en cas de refus de parents « for good cause shown »²⁰. La Cour considéra cependant que l'exclusion des avortements thérapeutiques de la couverture étatique dans le cadre des programmes « Medicaid » n'était pas contraire à la Constitution²¹, pas plus que le fait de demander le consentement éclairé, écrit et préalable de la patiente²², à condition que l'information donnée ne vise pas à décourager son choix²³.

7. Dans le même temps, les efforts pour mettre à néant *Roe* ont galvanisé une partie importante de la population, allant jusqu'à changer de nombreuses habitudes historiques de vote. De nombreux électeurs catholiques et démocrates rejoignirent ainsi des chrétiens fondamentalistes, historiquement apolitiques, et trouvèrent refuge dans le Parti républicain²⁴. Les initiatives législatives en matière d'avortement, d'un côté, la nomination des juges à la Cour suprême, de l'autre, allaient marquer les décennies suivantes.

En 1974 et 1975, les sénateurs J. Buckley et J. Helms introduisirent au Congrès, sans succès, des amendements afin de modifier la Constitution pour y inclure explicitement la notion de fœtus dans la notion de personne²⁵. Les mouvements anti-avortement, largement représentés au sein du parti républicain, fondèrent de grands espoirs dans l'élection de Ronald Reagan qui, élu en grande partie grâce à la droite chrétienne, s'était engagé à proposer un candidat à la Cour en fonction de sa position sur l'avortement²⁶. Étonnamment, Reagan décida cependant de nommer Sandra Day O'Connor à la Cour suprême, qui avait pourtant soutenu auparavant le droit des femmes à l'avortement²⁷. Dans un système comme celui des États-Unis, où la Cour suprême joue un rôle constitutionnel fondamental, on ne peut en effet faire l'impasse sur la question de sa composition, d'autant plus qu'elle ne compte que neuf membres²⁸.

8. Il faut préciser que l'arrêt *Roe v. Wade* avait été décidé à une majorité relativement importante de sept voix contre deux (à savoir les juges Harry Blackmun, Warren Burger, William Douglas, William Brennan, Potter Stewart, Lewis Powell et Thurgood Marshall), laissant les juges Byron White et William Rehnquist dans l'opposition²⁹. L'évolution de sa composition va jouer un rôle décisif dans le long chemin qui mène à la révocation actée dans l'arrêt *Dobbs*. Ainsi, dans un arrêt *Thorn-*

(7) M. DEFLEM, « The Boundaries of Abortion Law : Systems Theory from Parsons to Luhmann and Habermas », *Soc. F.*, 1997-1998, vol. 76, pp. 788-800.

(8) C. FRANCOME, *op. cit.*, pp. 70-72.
(9) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Les arrêts de la Cour suprême sont disponibles sur son site : <https://www.supremecourt.gov/>.

(10) *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971). Dans l'intervalle, la Cour suprême de Californie avait, pour la première fois dans l'histoire des États-Unis, jugé qu'une loi pénalisant l'avortement était anticonstitutionnelle au regard du droit fondamental des femmes de choisir d'avorter (*People v. Belous* (1969) 80 Cal 2d 354).

(11) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Le nom « Jane Roe » est un pseudonyme juridique pour la plaignante, Norma McCorvey, alors

qu'Henri Wade était le procureur de l'État du Texas.

(12) Alaska, Washington, Hawaï et New York.

(13) Alabama, Colorado, Californie, Floride, Caroline du Sud, Mississippi, Virginie, Caroline du Nord, Géorgie, Maryland, Arkansas, Kansas, Delaware, Oregon, Nouveau Mexique (C. FRANCOME, *op. cit.*, p. 83).

(14) M. VITIELLO, « How Imperial Is the Supreme Court ? An Analysis of Supreme Court Abortion Doctrine and Popular Will », *U.S.F.L. Rev.*, 1999-2000, p. 59.

(15) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 159 (trad. libre).

(16) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 152 (1973). Voy. aussi l'arrêt du même jour *Doe v. Bolton* (410 U.S. 179 (1973)). Sur la notion de « Due Process », voy. ci-après, §§ 27 et 35.

(17) *Roe v. Wade*, 410 U.S. (1973), spéc. pp. 149, 162-163 et 170.

(18) Garrow relève que les efforts des militants « pro-life » se sont davantage concentrés sur les « boundary » ou « edge issues » plutôt que sur une tentative de renverser le principe même de *Roe* (D. J. GARROW, « Abortion before and after *Roe v. Wade* : an historical perspective », *Alb. L. Rev.*, 1998-1999, vol. 62, p. 842).

(19) *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 68 et 74 (1976).

(20) *Bellotti v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979).

(21) *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977) ; *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980). En 1965, le Congrès avait établi ce programme sur la base du titre XIX de la *Social Security Act*, afin de fournir une assistance financière fédérale aux États qui choisissaient de rembourser certains coûts de traitement médical pour des personnes

dans le besoin.

(22) *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 67 (1976).

(23) Voy. Également, sur ce point, *U.S., Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health*, 462 U.S. 433-444 (1983).

(24) M. VITIELLO, *op. cit.*, p. 61.

(25) M. DEFLEM, *op. cit.*, p. 792.

(26) M. VITIELLO, *op. cit.*, p. 64.

(27) C. FRANCOME, *op. cit.*, p. 92. La juge O'Connor a prêté serment le 25 septembre 1981. Le juge Stevens, nommé par le président Ford, avait remplacé le juge Douglas le 19 décembre 1975.

(28) L'article II, section 2, § 2, de la Constitution américaine dispose que le Président a le pouvoir de nommer les juges de la Cour suprême, avec l'assentiment du Sénat.

(29) La majorité était composée des juges Blackmun, Burger, Douglas, Brennan, Stewart, Powell et Marshall.

burgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists prononcé le 11 juin 1986, la Cour a jugé anticonstitutionnelle une législation « anti-avortement » de l'État de Pennsylvanie³⁰. Déjà dans cet arrêt, cependant, quatre juges émettaient une opinion dissidente, les juges White et Rehnquist appelant explicitement de leurs vœux la mise à néant de *Roe*. Quelques mois plus tard, le juge Antonin Scalia, un des plus farouches opposants au droit à l'avortement, prêtait serment, remplaçant ainsi le juge Rehnquist, qui devenait lui-même « Chief Justice » à la place du juge Burger.

9. En 1987, alors qu'il s'agissait de remplacer le juge Powell, Reagan proposa la candidature du juge Robert Bork. Celui-ci s'étant fait connaître pour son opposition farouche à l'activisme judiciaire de la Cour suprême, et notamment son rejet absolu de sa jurisprudence relative à l'avortement, sa nomination souleva une énorme vague de protestation³¹. Le 23 octobre 1987, le Sénat rejeta sa nomination à 58 voix contre 42. Le juge Anthony Kennedy fut nommé à sa place le 18 février 1988, laissant planer le mystère quant à sa propre position sur la question³².

10. Lorsque George W. Bush arriva au pouvoir en 1989, il prit des engagements similaires à ceux de Reagan sur l'avortement³³. Il mit son veto à dix lois qui en auraient facilité l'accès, le prohiba dans les installations médicales militaires et interdit à 4.000 cliniques de planning familial subsidiées par le fédéral de conseiller, voire même d'évoquer l'avortement³⁴. En 1989, quatre des juges de la majorité de *Roe*, les juges Douglas, Burger, Stewart et Powell avaient été remplacés. Trois des juges ayant pris leur place, soit les juges O'Connor, Scalia et Kennedy, avaient été nommés par Reagan. Les commentateurs informés ne furent donc pas surpris lorsque la Cour décida de ne pas annuler une législation du Missouri qui indiquait, dans son préambule, que la vie de chaque être humain commence dès sa conception et que les fœtus avaient un intérêt à la vie, à la santé et au bien-être³⁵. Une opinion divisée refusa cependant de renverser *Roe*. Le juge O'Connor, qui avait voté en faveur du maintien de la loi, considéra en effet qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la validité constitutionnelle de l'arrêt³⁶, laissant toutefois la célèbre décision dans une situation précaire.

C. Casey et la charge induite

11. Le remplacement des juges Brennan et Marshall respectivement par David Souter en 1990, et par Clarence Thomas en 1991, tous deux nommés par G.H.W. Bush, permettait d'augurer un revirement de jurisprudence prochain, au point que la Cour d'appel du troisième circuit jugea en 1991 que la solution de *Roe* n'était plus applicable³⁷. Aussi, lorsqu'une « joint opinion » des juges Kennedy, O'Connor et Souter, suivis par les juges Stevens et Blackmun dans une opinion concurrente, réaffirmèrent *Roe* dans un arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* prononcé en 1992³⁸, de nombreux observateurs furent étonnés³⁹. Dans cette affaire, la Cour était confrontée à une législation de l'État de Pennsylvanie requérant un consentement éclairé de la patiente, une période d'attente de 24 h avant l'opération, le consentement d'un des parents pour une mineure et la notification de la décision au conjoint pour une femme mariée.

Dans une décision sans doute aussi importante que *Roe v. Wade*, quoique moins célèbre, la Cour suprême jugea, à cinq voix contre quatre donc, qu'il fallait maintenir le droit de la femme d'avorter avant la viabilité du fœtus, tel qu'il était consacré par *Roe* mais que toutes les dispositions de la législation litigieuse devaient être maintenues, sauf la notification à l'époux. La Cour décida que le critère trimestriel adopté par *Roe* — jugé trop rigide — devait être abandonné au profit de celui de viabilité et que le *strict scrutiny test* devait être remplacé par un « test de la charge induite » (*undue burden test*), l'intérêt légitime et important des États à protéger la vie potentielle ayant été trop sous-estimé dans la jurisprudence postérieure à *Roe*⁴⁰.

12. Sur le plan politique, l'année 1992 fut marquée par l'élection de Bill Clinton. Avant d'être élu, celui-ci avait exposé publiquement ses vues sur l'avortement et proposé un test préalable sur le sujet dans le cadre de la nomination des juges à la Cour suprême⁴¹. Sous son mandat, il réforma la plupart des décisions anti-avortement adoptées par Bush, restaurant notamment les subsides aux organisations pro-choix⁴². En 1993 et 1994, il nomma les juges Ruth Bader Ginsburg et Stephen Breyer, afin de succéder respectivement au juge White, qui s'était opposé à *Roe*, et au juge Blackmun, qui en avait été l'artisan. À l'époque, *Roe* (tel qu'affiné par Casey) bénéficiait donc d'un soutien parmi cinq des neuf juges de la Cour suprême.

À l'instar de la postérité législative et jurisprudentielle de *Roe*, celle de Casey se construisit autour et dans les interstices des nouveaux principes énoncés par ce dernier arrêt. Les années qui suivirent ne virent cependant pas d'arrêt fondamental de la Cour suprême. Hormis des affaires visant davantage la liberté d'expression que le droit à l'avortement⁴³, la Cour n'eut l'occasion d'examiner qu'à deux reprises la législation de l'État du Montana visant expressément ce dernier. Elle la considéra tour à tour inconstitutionnelle en ce qu'elle imposait à une mineure d'établir que la notification de son avortement à ses parents n'était pas dans son « meilleur intérêt »⁴⁴ et constitutionnelle en ce qu'elle n'autorisait que les médecins accrédités à pratiquer un avortement⁴⁵.

13. À partir de 1995, plusieurs Républicains tentèrent de faire adopter par le Congrès des mesures interdisant la procédure communément appelée « partial birth abortion » (« avortement par naissance partielle »)⁴⁶. Ils atteignirent leur objectif à deux reprises mais le Président Clinton mit son veto en avril 1996 et octobre 1997, au motif que ces propositions n'incluaient pas une exception pour la santé de la mère. Plus de trente États adoptèrent cependant des législations similaires⁴⁷. Celle du Nebraska, qui ne permettait l'avortement par naissance partielle qu'en cas de nécessité pour sauver la vie — et non la santé — de la mère, fut annulée par la Cour suprême dans son arrêt *Stenberg v. Carhart*, prononcé le 28 juin 2000, en raison de la charge induite imposée aux femmes souhaitant avorter⁴⁸. Cet arrêt avait obtenu une fragile majorité de cinq voix contre quatre, composée par le bloc centriste de la Cour, les juges Stevens, O'Connor, Souter, auteurs de l'opinion jointe de Casey, ainsi que par les juges Ginsburg et Breyer, nommés par Clinton. Dans son opinion partiellement concurrente, partiellement dissidente, le juge Thomas, rejoint par le juge Scalia, confirma que, selon lui, la jurisprudence de la Cour relative à l'avortement n'avait aucune base dans la Constitution⁴⁹.

(30) *Thornburgh v. Amer. Coll. of Obstetricians*, 476 U.S. 747 (1986).

(31) D. J. GARROW, *op. cit.*, p. 843.

(32) L. GREENHOUSE, « Supreme Court Nominations ; After Bork, the Liberals' Silence On Judge Kennedy Is Deafening », *New York Times*, 4 décembre 1987.

(33) M. VITIELLO, *op. cit.*, p. 62.

(34) C. FRANCOME, *op. cit.*, p. 92.

(35) *Webster v. Reproductive Health Services Incorporated of Missouri*, 492 U.S. 490 (1989).

(36) Selon la juge O'Connor : « When the constitutional invalidity of a State's abortion statute actually turns on the constitutional validity of *Roe v. Wade*, there will be time enough to reexamine *Roe*. And to do so carefully » (*ibidem*, 526). Les juges Marshall, Brennan, Blackmun et Stevens confirmèrent explicitement leur soutien à *Roe*.

(37) *Planned Parenthood of S.E. Pa. v. Casey*, 947 F. 2d 682, 687-693 (3^e Cir. 1991).

(38) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

(39) M. VITIELLO, *op. cit.*, p. 65. Relevant l'impact de la question de l'avortement sur la désignation des juges à la Cour suprême, le juge Scalia observait : « *Roe* fanned into life an issue that has inflamed our national politics in general, and has obscured with its smoke the selection of Justices to this Court in particular, ever since. And by keeping us in the abortion umpiring business, it is the perpetuation of that disruption, rather than of any pax Roena, that the Court's new majority decrees » (Casey, 995-996).

(40) *Ibidem*, 871-885. Selon l'opinion rédigée par les juges O'Connor, Souter et Kennedy, « *Roe* est la pierre angulaire de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis révoquant le droit à l'avortement

Souter et Kennedy, une disposition légale prévoit une charge induite sur le droit de la femme d'avorter, et est donc invalide, si son but ou son effet est de placer des obstacles substantiels sur le parcours d'une femme cherchant à avorter avant que le fœtus ne soit viable. Selon certains, Casey a déplacé la charge de la preuve des États vers les individus » (B. WEINSTEIN, « The State's Constitutional Power to Regulate Abortion », *J. Contemp. Legal Issues*, 2004-2005, vol. 229, p. 231).

(41) M. DEFLEM, *op. cit.*, p. 794.

(42) C. FRANCOME, *op. cit.*, p. 92.

(43) *Madsen v. Women's Health Center, Inc.*, 512 U.S. 753 (1994).

(44) *Lambert v. Wicklund*, 520 U.S. 292 (1997), spéc. 297-289. Solution comparable à celle de l'arrêt *Bellotti*.

(45) *Mazurek v. Armstrong*, 520 U.S. 968 (1997).

(46) Cette méthode est une variante de la méthode d'avortement alors la plus utilisée lors du second semestre de la grossesse. Il existe d'autres méthodes d'avortement au second semestre de la grossesse, toutes décrites dans l'arrêt *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. (2007).

(47) J.A. VAN DETTA, « Constitutionalizing *Roe*, Casey and *Carhart* : a legislative due process anti-discrimination principle that gives constitutional content to the "undue burden" standard of review applied to abortion control legislation », *S. Cal. R. L. & Women's Stud.*, 2000-2001, vol. 10, p. 213 et les réf. citées ; L. STOCKWITZ, « Abortion », *Geo. J. Gender & L.*, vol. 5, p. 614 et les réf. citées.

(48) *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000), spéc. 946.

(49) *Stenberg*, opinion concurrente,

14. Georges W. Bush fils, qui avait annoncé avant son élection qu'il ferait tout son possible pour restreindre autant que possible le droit à l'avortement, se mit à l'œuvre. En 2003, il rétablit l'interdiction des subsides pour l'avortement octroyés aux centres de planning familial⁵⁰. La même année, suite notamment à l'arrêt *Stenberg*, le Congrès fédéral adopta la *Partial-Birth Abortion Ban Act*, en vertu de laquelle un médecin pouvait être condamné à deux ans de prison, outre les poursuites civiles, en cas d'avortement par naissance partielle⁵¹. La loi prévoyait cependant que la mère ne pouvait pas être poursuivie et elle contenait une exception lorsque sa vie était en jeu⁵². En 2004, le Congrès adoptait la *Unborn Victims of Violence Act*. Même si ce texte contenait une exception pour les avortements légaux, il n'en criminalisait pas moins le fait de blesser ou de tuer un fœtus, consacrant le fait que le fœtus est un « enfant non né » dès le moment de sa conception⁵³.

15. Le 29 septembre 2005, John G. Roberts prête serment, devenant le dix-septième « Chief Justice » de la Cour suprême des États-Unis. Lors de son audition au Sénat, il avait été pressé de donner sa position concernant l'avortement, conformément à la tradition instaurée depuis près de vingt ans. Restant relativement évasif sur la question, il finit par répondre qu'il n'adhérait pas aux arrêts *Roe* et *Casey* mais qu'il devrait réfléchir longtemps avant d'opter pour un revirement de jurisprudence⁵⁴.

16. Le 31 janvier 2006, le juge Samuel Alito, qui avait déclaré en 1985 qu'il n'existait pas de droit à l'avortement et avait siégé au sein de la Cour d'appel dans l'affaire *Casey*, succédait à la juge O'Connor. Lors de son audition au Sénat, Alito affirma aux sénateurs que, s'il devait être confronté à un dossier d'avortement à la Cour suprême, la première question qu'il poserait serait celle de l'autorité de *Roe* comme « precedent »⁵⁵. Il y répondra par la négative une quinzaine d'années plus tard dans l'arrêt *Dobbs*.

En mars 2006, le Dakota du Sud adopta une législation interdisant l'avortement dans presque toutes les circonstances mais les électeurs du Dakota la rejetèrent à 56 % par un référendum tenu le 7 novembre 2006⁵⁶. La même année, la gouverneure de Louisiane affirmait qu'elle signerait une loi interdisant l'avortement sauf en cas de danger pour la vie de la mère, loi qui entrerait en vigueur en cas de revirement de jurisprudence de la Cour suprême sur l'avortement⁵⁷.

17. Dans un arrêt *Gonzales v. Carhart* du 18 avril 2007, la Cour décida que la *Partial-Birth Abortion Ban Act* n'était pas anticonstitutionnelle, contrairement à ce qu'avaient jugé deux cours d'appel en constatant l'absence d'exception relative à la santé de la mère et en se référant explicitement à *Stenberg*⁵⁸. Selon l'opinion majoritaire, l'enseignement de *Casey*, selon lequel le gouvernement a un intérêt légitime et substantiel à préserver et promouvoir la vie fœtale, serait supprimé si la Cour décidait de confirmer les décisions attaquées. La Cour concluait que, compte tenu de l'incertitude scientifique quant à la méthode concernée, la loi litigieuse, considérée *in abstracto*, n'imposait pas une charge indue au droit de la femme d'avorter bien qu'elle n'opère pas de distinction entre les phases de pré- et de post-viabilité⁵⁹. L'arrêt *Gonzales v. Carhart* fut décidé à une majorité de cinq juges contre quatre, composée sans surprise des juges conservateurs Scalia, Thomas, Alito, Roberts mais également du juge Kennedy qui rédigea l'opinion de la Cour. Dans son opinion dissidente, rejointe par les juges Stevens, Souter et Breyer, la juge Ginsburg n'hésita pas à qualifier

l'opinion de la majorité d'« alarmante », constatant que la Cour admettait une interdiction fédérale de pratiquer un type d'avortement reconnu comme étant nécessaire dans certains cas par l'« American College of Obstetricians and Gynecologists », effaçait la ligne entre pré- et post-viabilité tracée par *Casey* et, pour la première fois depuis *Roe*, refusait de condamner une interdiction sans exception pour la santé de la femme⁶⁰.

Les candidats à l'élection présidentielle ne manquèrent pas de réagir à cet arrêt. Alors que les sénateurs Barack Obama et Hillary Clinton dénonçaient l'écart dramatique de cette décision par rapport à la jurisprudence de la Cour relative à la santé des femmes enceintes, le sénateur John McCain applaudit une décision qui rejetait « une pratique inacceptable et injustifiable », et confirmait l'importance de nommer des juges qui interprètent le droit tel qu'il est écrit et n'usurpent pas l'autorité du Congrès et des législateurs étatiques⁶¹. Suite à l'arrêt *Gonzales v. Carhart*, la sénatrice Barbara Boxer et le député Jerrold Nadler, démocrates, ont déposé un projet de loi dans le but explicite de protéger, conformément à *Roe v. Wade*, le choix d'une femme de mettre un terme à une grossesse. Malgré le soutien ultérieur de Barack Obama, la loi ne fut cependant pas adoptée⁶².

2 L'arrêt *Dobbs*

A. Les prémices de l'arrêt et l'empreinte de Trump

18. La décennie qui suivit l'arrêt *Gonzales v. Carhart* fut relativement calme mais le jeu des nominations allait bientôt changer la donne. Sous la présidence de Donald Trump, trois juges conservateurs furent nommés : Neil Gorsuch en 2017, Brett Kavanaugh en 2018 et Amy Barrett en 2020, en remplacement respectivement des juges Scalia, Kennedy et Ginsburg. Cette dernière rendit l'âme le 18 septembre 2020, quelques semaines avant l'élection de Joe Biden. Deuxième femme à siéger à la Cour⁶³, Ginsburg était connue pour sa défense intrépide de l'égalité des sexes au point de devenir une icône du féminisme américain⁶⁴. D'abord comme avocate, ensuite comme juge, Ruth Bader Ginsburg militait pour que la clause d'égalité protection des lois (*Equal Protection Clause*) contenue dans le 14^e amendement de la Constitution n'ait pas vocation seulement à s'appliquer à la discrimination raciale. La clause devait également s'étendre à la discrimination basée sur le sexe et les femmes devaient trouver toute leur autonomie dans la société américaine, sans entraves et sans culpabilité. Le décès de la juge Ginsburg envoie une onde de choc dans les milieux judiciaires progressistes et galvanise les conservateurs. À six semaines seulement des élections présidentielles, le président en exercice — Donald Trump — et le président de la majorité républicaine au Sénat — Mitch McConnell — voient l'occasion d'asseoir une majorité forte, conservatrice et pérenne, à la Cour suprême. Leurs regards se portent sur une remplaçante qui se situe à l'opposé idéologique de la juge Ginsburg : Amy Coney Barrett. L'expérience judiciaire de cette dernière est fort limitée. Nommée juge à la Cour d'appel pour le 7^e Circuit trois ans plus tôt, Barrett passe l'essentiel de sa carrière à enseigner le droit constitutionnel à l'Université Notre Dame (dans l'État d'Indiana)⁶⁵. Comme professeure, elle fait partie de la très conservatrice *Fe-*

1. Selon Scalia, « [t]he notion that the Constitution of the United States... prohibits the States from simply banning this visibly brutal means of eliminating our half-born posterity is quite simply absurd ».

(50) C. FRANCOME, *op. cit.*, p. 93.

(51) Public Law 108-105, HR 760, S 3, 18 U.S. Code 1531.

(52) La proposition de loi du Sénat contenait une référence approbatrice à *Roe*, contrairement à celle de la Chambre des représentants. Un comité comprenant des députés et des sénateurs a cependant décidé, à 6 contre 4, de supprimer cette référence (L. STOCKWITZ, *op. cit.*, p. 617).

(53) E. McDONAGH, « The next step after *Roe* : using fundamental rights,

equal protection analysis to nullify restrictive state-level abortion legislation », *Emory L.J.*, 2006-2007, vol. 56, p. 1192.

(54) D. STOUT, « Roberts Reacts Cautiously as Senators Press Him on Abortion », *New York Times*, 13 septembre 2005.

(55) B. MEARS, « Alito : "Open mind" on abortion rights », 11 janvier 2006, disponible à l'adresse suivante : <http://edition.cnn.com/2006/POLITICS/01/10/alito/>.

(56) E. McDONAGH, « The next step after *Roe* : using fundamental rights, equal protection analysis to nullify restrictive state-level abortion legislation », *Emory L.J.*, 2006-2007, vol. 56, p. 1173.

(57) J. ALFORD, « Louisiana Governor Plans To Sign Anti-Abortion Law », *New York Times*, 7 juin 2006, Section A, col. 3. L'auteur relevait que onze autres États envisageaient de faire de même. Il s'agit du phénomène des « trigger laws », soit des lois ayant vocation à être « déclenchées » par le revirement de *Roe*.

(58) *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. (2007).

(59) *Ibidem*, 14 et 31-37.

(60) *Ibidem*, opinion dissidente, 3.

(61) R. TONER, « Court Ruling Cataapults Abortion Back Into '08 Race », *New York Times*, 19 avril 2007.

(62) Il s'agit de la *Freedom of Choice Act*, introduite au Sénat le 18 avril

2007 (S 1173 IS).

(63) Il est à souligner que sa confirmation par le Sénat américain en juin 1993 fut obtenue par une majorité de 96 contre 3.

(64) L. GREENHOUSE, « Ruth Bader Ginsburg, Supreme Court's Feminist Icon, Is Dead at 87 », *The New York Times*, 18 septembre 2021.

(65) Amy Coney Barrett reçoit son diplôme (J.D.) de la Faculté de droit de Notre Dame en 1997 (*summa cum laude*, majeure de sa promotion). Elle est nommée professeure dans cette même institution en 2002. Elle a continué son enseignement après sa nomination comme juge à la Cour d'appel pour le 7^e Circuit en 2017, jusqu'à sa nomination à la Cour su-

deralist Society (chapeauté par Leonard Leo — considéré comme l'un des hommes les plus puissants du pays⁶⁶). Ses liens avec la Cour suprême sont anciens. À peine diplômée, Barrett travaille comme « clerk » (référendaire) à la Cour suprême — pour le juge Scalia. Comme son mentor, elle proclame sa fidélité à la théorie d'interprétation « originaliste » de la Constitution⁶⁷. Mère de sept enfants et fervente catholique pratiquante, elle affiche tôt ses convictions sur le droit à l'avortement. En 2006, Amy Coney Barrett appose sa signature au bas d'une campagne militant pour un revirement de la jurisprudence *Roe*, ajoutant que l'arrêt est « barbare » et représente un « exercice éhonté du pouvoir judiciaire » (« raw exercise of judicial power »)⁶⁸. Lors du quarantième anniversaire de *Roe* en 2013, Barrett signe un manifeste à l'université afin d'offrir une « protection juridique aux enfants à naître et les accueillir dans la vie »⁶⁹. Durant sa procédure de confirmation devant le Sénat en 2020, Barrett esquive les questions embarrassantes sur le sujet. Elle ne souhaite pas « évaluer » les précédents de *Roe* et *Casey*, prétextant qu'en tant que juge en exercice (à la Cour d'appel), pareille appréciation du droit positif serait malvenue et contraire à l'éthique judiciaire⁷⁰. Le fait est que nombre d'observateurs voyaient dans le remplacement de la juge Ginsburg par Amy Coney Barrett un présage funeste pour *Roe*. À peine installée dans son fauteuil à la Cour suprême, la juge Barrett avait donné une cinquième voix en appui à des communautés religieuses qui mettaient en cause les restrictions de culte liées à la Covid⁷¹. Quelques mois auparavant, alors que Ruth Bader Ginsburg était en vie, des décisions totalement opposées sur le même sujet avaient été rendues, par cinq voix contre quatre⁷². La majorité avait alors compris le président de la Cour, John Roberts. Désormais, Roberts devenait un juge dissident. La nomination de la juge Amy Coney Barrett constituait sans conteste un basculement dans la manière d'opérer de la Cour suprême.

19. Sur le plan jurisprudentiel, une série de décisions — à peine remarquées par le grand public — sont venues renforcer, dans les années précédant *Dobbs*, le sentiment de fragilité du *statu quo* en matière d'interruption volontaire de grossesse. La première est rendue quatre mois avant la nomination d'Amy Coney Barrett à la Cour suprême. Il s'agit de l'arrêt *June Medical Services*, rendu le 29 juin 2020⁷³. L'affaire concernait les obligations incombant aux médecins pratiquant l'avortement, et notamment l'obtention de privilèges d'admission dans les hôpitaux locaux (« admitting privileges »). La Louisiane avait adopté une loi fort restrictive en la matière avec pour conséquence immédiate la fermeture de nombreuses cliniques pratiquant l'avortement. Fallait-il s'en inquiéter outre-mesure ? La Cour suprême s'était pronon-

cée sur la question quatre années auparavant dans *Whole Women's Health v. Hellerstedt*⁷⁴, jugeant une loi similaire dans l'État du Texas anticonstitutionnelle (par cinq voix contre trois⁷⁵). Ce genre de loi — connu sous le nom de TRAP (acronyme de « Targeted Regulation of Abortion Providers ») — ne pouvait prospérer à l'aune de la « charge induite » (« undue burden ») fixée par la jurisprudence *Casey*⁷⁶. C'est le juge Breyer qui écrira la décision majoritaire dans *Hellerstedt* mais la juge Ginsburg, dans une « concurring opinion », formulera la situation dans des termes on ne peut plus clairs : « Aussi longtemps que notre Cour adhère à la jurisprudence *Roe v. Wade* et *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, les lois qui visent les personnes qui pratiquent l'avortement ("Targeted Regulation of Abortion Providers laws") comme *H.B. 3* (la loi texane), lesquelles "contribuent peu, voire rien à la santé, et qui en revanche entravent l'avortement", ne peuvent survivre au contrôle judiciaire »⁷⁷. L'affaire *June Medical Services*, de juin 2020, est remarquable à deux titres. D'abord, elle souligne une véritable fronde de la Cour d'appel fédérale pour le 5^e Circuit. Les États de Louisiane et de Texas relèvent, tous deux, de son ressort territorial, et par deux fois la Cour d'appel fait prévaloir les lois TRAP. Sanctionnée une première fois en 2016 dans *Hellerstedt*, il est remarquable que la même juridiction d'appel réitère son opposition à la Cour suprême dans l'affaire *June Medical Services*. Pour Linda Greenhouse, « la décision du 5^e Circuit de soutenir la loi identique de l'État de Louisiane constituait un acte de défiance judiciaire effronté (« a brazen act of judicial defiance »), une transgression à l'égard de la hiérarchie sur laquelle le système judiciaire est fondé »⁷⁸. Par ailleurs, la décision dans *June Medical Services* fait ressortir une ambiguïté dans le chef du président de la Cour suprême. John Roberts s'était rangé du côté de la dissidence en 2016 dans l'arrêt *Hellerstedt*. Dans *June Medical Services* en 2020, il ne fait plus partie des « dissidents »⁷⁹. Pour autant, il ne donne pas son aval non plus au raisonnement juridique du juge Breyer, auteur de la décision. Autrement dit, nous avons une « plurality opinion »⁸⁰. Le président de la Cour explique son vote au sein de la majorité par le seul respect dû à la règle du précédent : « La doctrine de *stare decisis* nous oblige à traiter les affaires similaires de manière identique. La décision dans cette affaire est déterminée par l'arrêt que nous avons rendu il y a quatre ans invalidant une loi de l'État du Texas quasi-identique »⁸¹. Tandis que les juges de la dissidence montrent peu de déférence pour le précédent de *Hellerstedt* (et envers la figure du président de la Cour lui-même⁸²), John Roberts s'attarde sur la doctrine de *stare decisis* et se montre particulièrement didactique dans sa décision. Cela étant, Roberts élabore aussi sa pensée sur le test de la « charge induite » (« undue burden ») fixé par la jurispru-

prême en 2020.

(66) Outre la nomination de Amy Coney Barrett, Leonard Leo est considéré comme la cheville ouvrière dans les nominations de Clarence Thomas, John Roberts, Samuel Alito, Neil Gorsuch, et Brett Kavanaugh. Sur la *Federalist Society* et la personne de Leonard Leo, *cf.* J. TOOBIN, « Full-Court Press », *The New Yorker*, 17 avril 2017, pp. 24-28.

(67) L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, New York, Random House, 2022, pp. xxv-xxvi : « She did not so much choose Fed Soc as it chose her. She was exactly the kind of person the society's founders had been looking for fifteen years before. That she was female was a plus ». La théorie originaliste tend, en substance, à privilégier une interprétation de la Constitution figée, correspondant à son sens d'origine.

(68) St. KIRCHGAESSNER, « Amy Coney Barret signed newspaper ad that called *Roe v. Wade* "barbaric" », *The Guardian*, 1^{er} octobre 2020.

(69) L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, *op. cit.*, p. 188.

(70) *Ibidem*, p. 68. D'après Linda Greenhouse, « Barrett was one of six law professors among the 106 signatories from across the university calling for "the unborn to be protected in law and welcomed in life" ».

(71) *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, 592 U.S. ____ (2020), accessible à l'adresse suivante : https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf (consulté le 15 octobre 2022). La décision de la Cour suprême, rendue le 25 novembre 2020, sera assortie de quatre opinions dissidentes : Roberts, Breyer, Sotomayor, et Kagan.

(72) *South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, 590 U.S. ____ (2020) : décision rendue le 29 mai 2020, accessible à l'adresse suivante : <https://www.politico.com/f/?id=00000172-63d3-d268-a7ff-73dfc1460000> (consulté le 15 octobre 2022).

(73) *June Medical Services LLC, et al. v. Russo*, 591 U.S. ____ (2020), accessible à l'adresse suivante : https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1323_c07d.pdf (consulté le 17 octobre 2022).

(74) *Whole Women's Health, et al. v. Hellerstedt, et al.*, 579 U.S. ____ (2016), accessible à l'adresse suivante : https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274_new_e18f.pdf (consulté le 17 octobre 2022).

(75) Les « dissidents » furent le président de la Cour, John Roberts, et les juges Clarence Thomas et Samuel Alito. Le juge Scalia était décédé cinq mois auparavant et son siège n'avait

pas encore été remplacé. Vivant, il se serait sans nul doute rangé du côté de la dissidence.

(76) On rappellera que l'acronyme « TRAP » signifie « piège » en anglais. De nombreux États — sous la pression d'organisations anti-avortement comme « Americans United for Life » — ont promulgué des lois de même nature que celles adoptées au Texas et en Louisiane pour infléchir l'état de la jurisprudence en la matière. D'après Linda Greenhouse, « In its annual report on "life-affirming law and policy", the organization (*Americans United for Life*) advised its supporters that "After the *June Medical* decision, state lawmakers should feel empowered to pass and enact life-affirming law with less concern that they will be immediately challenged and struck down by district judges making subjective judgments about the benefits or burdens of the law" » (L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, *op. cit.*, pp. 192-193). Loin de se voir décourager par les revers judiciaires de *Hellerstedt* ou *June Medical Services*, une stratégie d'instrumentalisation du prétoire s'est immédiatement mise en place. Sur cette tendance à instrumentaliser le contentieux de manière générale, *cf.* R.A. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001.

(77) *Hellerstedt, slip op.* (per Ginsburg), p. 2 (trad. libre).

(78) L. GREENHOUSE, *Justice on the Brink*, *op. cit.*, p. 191 (trad. libre).

(79) Les « dissidents » dans *June Medical Services* comprennent les juges Thomas et Alito, ainsi que les deux nouveaux juges Gorsuch et Kavanaugh.

(80) Par « plurality opinion », il faut entendre une décision qui ne recueille pas suffisamment de votes pour constituer une majorité mais qui néanmoins reçoit l'aval du plus grand nombre de juges pour appuyer le sens de la décision. Pour de plus amples développements, voy. B. A. GARNER (dir.), *The Law of Judicial Precedent*, St. Paul (MN), Thompson Reuters, 2016, pp. 195-213.

(81) *June Medical Services, slip op.* (per CJ John Roberts), p. 16 (trad. libre).

(82) Le juge Alito est explicite à cet égard. Voy. *June Medical Services, slip op.* (per Samuel Alito), p. 32. Texte original : « As the Chief Justice points out, *stare decisis* generally counsels adherence to precedent, and in deciding whether to overrule a prior decision, we consider factors beyond the strength of the precedent's reasoning. But here, such factors weigh in favor of overruling ».

dence Casey (chose qu'il avait omis d'expliquer dans l'affaire *Hellerstedt*). Enfoui dans ses développements sur la règle du précédent, Roberts égratigne, voire torpille la jurisprudence de 1992 : « Il n'y a rien dans Casey qui suggère qu'une pondération des coûts et bénéfices d'une réglementation sur l'avortement doit relever du pouvoir judiciaire »⁸³. Et d'ajouter : « Faire semblant que nous pourrions faire cela reviendrait à nous transformer en législateurs, non des juges, et cela aboutirait à faire preuve "d'exercice de volonté judiciaire gratuit", sous l'apparence trompeuse d'un "calcul utilitaire neutre" »⁸⁴. Le résultat de l'arrêt *June Medical Services de 2020* ? Une confusion grandissante quant à l'état du droit à l'avortement. La Cour suprême se montre plus divisée que jamais. Quatre juges penchent clairement d'un côté, et quatre juges de l'autre, avec le président de la Cour au milieu. Assurément, ce dernier fait preuve de respect pour la règle du précédent mais il ne cache plus que c'est un précédent auquel il ne croit pas, et qu'il vient lui-même de dénigrer.

20. La saga *Hellerstedt* et *June Medical Services* marque l'avant-dernière étape dans le sentiment de vulnérabilité croissant du droit à l'avortement, avant son délitement final avec l'arrêt *Dobbs*. La dernière étape sera constituée par une autre décision de la Cour suprême, du 1^{er} septembre 2021 qui présume un changement à venir fondamental⁸⁵. En l'occurrence, les juges de la Cour refusent de bloquer une loi de l'État de Texas qui interdit le droit à l'avortement après six semaines de grossesse (en ce compris en cas d'inceste ou de viol). Pour rappel, la période de six semaines correspond au moment où les médecins seraient en mesure de détecter le rythme cardiaque fœtal. La loi (*Texas Heartbeat Act, S.B. 8*), était d'autant plus remarquable que les autorités publiques de l'État ne participaient pas à sa mise en œuvre. De manière insidieuse, la loi prévoyait un mécanisme permettant aux particuliers d'assigner en justice quiconque — de près ou de loin — était associé à une interruption volontaire de grossesse (en assistant la pratique, ou en la cautionnant — « to aid or abet » — quel que soit le degré de connaissance de l'acte). La loi revenait à encourager les chasseurs de primes (« bounty hunters »), une pratique qui n'était pas sans rappeler les heures les plus sombres du pays lorsque la *Fugitive Slave Act* de 1850 offrait pareilles incitations aux chasseurs d'esclaves en fuite. Dans une première phase, le *Center for Reproductive Rights* saisit la Cour suprême par voie d'urgence, invitant la Cour à suspendre l'entrée en vigueur de la loi. La Cour suprême écartera la demande, motif pris de la complexité procédurale de l'affaire. Sa décision, rendue le 1^{er} septembre 2021, concomitamment à l'entrée en vigueur de la loi, sera des plus laconiques — un paragraphe seulement. Connue sous le nom de *Whole Women's Health v. Jackson*, l'affaire n'allait pas seulement frapper les esprits en raison du signal envoyé par la Cour suprême, mais par la manière dont le signal avait été envoyé. Il s'agissait d'une application saisissante d'une procédure jusqu'alors marginale à la Cour suprême — « the shadow docket » (littéralement, « le greffe de l'ombre »). La procédure, fort expéditive, se passe de l'échange classique de conclusions écrites et de plaidoiries. La Cour, quant à elle, se contente de donner le minimum d'explications. Pour la juge Sotomayor, qui avait succédé au juge Souter en 2009 : « La décision de la Cour est sidérante. Saisie d'une demande de suspendre une loi manifestement anticonstitutionnelle, ayant pour objectif d'interdire aux femmes d'exercer leurs droits constitutionnels, et d'échapper à tout contrôle judiciaire, une majorité des juges de la Cour suprême ont décidé d'enfouir leurs têtes dans le sable »⁸⁶. Elle signe sa décision sèchement : « I dissent » (de façon ostentatoire, elle omet l'adverbe « respectfully »). La juge Kagan se joint à la décision de Sotomayor mais elle apporte une charge supplémentaire contre la décision, visant

notamment le recours croissant au « shadow docket », stigmatisé pour son « manque de raisonnement et ses incohérences »⁸⁷. L'affaire n'en restera pas là. Dans une deuxième phase, la Cour suprême rendra une décision plus élaborée, le 10 décembre 2021, également connue sous le nom *Whole Women's Health v. Jackson*⁸⁸. Appelée à se prononcer sur la loi texane — *S.B. 8* — par voie de saisine expéditive (« fast-track procedure »), la Cour suprême rendra un arrêt pour le moins confus⁸⁹. Les juges se divisent, tantôt pour appuyer leurs propos (« partial concurrences »), tantôt pour exprimer leurs désaccords (« partial dissents »). Le résultat est que les considérations procédurales l'emportent — le fait de savoir si les parties défenderesses étaient bien citées à comparaître — et que l'arrêt esquive toute décision sur la constitutionnalité de *S.B. 8*. Autrement dit, la loi texane reste en vigueur. De nouveau, la juge Sonia Sotomayor exprime sa sidération dans une opinion dissidente tranchée, à laquelle se joignent les juges Breyer et Kagan : « La Cour aurait dû mettre un terme à cette folie il y a des mois, avant l'entrée en vigueur de *S.B. 8*. Elle ne l'a pas fait à l'époque, et elle évite de le faire encore aujourd'hui. (...) Je m'oppose à cet écart dangereux de la Cour de ses précédents, lesquels font valoir que les juridictions fédérales peuvent, et doivent intervenir lorsqu'un État promulgue une loi qui met en péril un droit constitutionnel et cherche à éviter tout contrôle de constitutionnalité des lois. En écartant la possibilité d'introduire un recours contre les agents judiciaires de l'État (« state court officials »), et contre le ministre de la justice de l'État (« state attorney general »), la Cour — dans les faits — invite d'autres États à prendre *S.B. 8* pour modèle lorsqu'ils voudront annuler d'autres droits fédéraux. En conséquence de cela, la Cour trahit non seulement les citoyens de l'État de Texas, mais aussi notre système constitutionnel de gouvernement »⁹⁰. Plus loin, Sotomayor fait référence explicite à la pensée politique de John C. Calhoun (1782-1850), tristement célèbre pour sa défense de l'esclavage et sa proposition autorisant les États à apposer leur veto, voire à rendre nulle toute loi fédérale qu'ils désapprouvaient⁹¹. La « nullification doctrine » — jamais totalement disparue aux États-Unis — retrouve un souffle inattendu. Sotomayor ne peut cacher sa consternation : « la Cour rend nos droits constitutionnels plus vulnérables que jamais, au grand détriment de la Constitution et de notre République »⁹². La vulnérabilité des droits que dénonce la juge Sotomayor dans sa décision sera effectivement mise en évidence sans délai. La décision d'autorisation de la requête dans *Dobbs v. Jackson* avait été rendue six mois plus tôt (le 17 mai 2021). Les avocats avaient plaidé leur cause dix jours avant le prononcé de l'arrêt *Whole Women's Health v. Jackson* (le 1^{er} décembre 2021). Les éléments convergeaient maintenant pour traiter de manière frontale de la constitutionnalité du droit à l'avortement. Restait à la Cour suprême à affronter un dernier soubresaut.

B. L'affaire *Dobbs* : une situation sans précédent

21. Les faits à l'origine de l'arrêt *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* trouvent leur source dans une loi adoptée dans l'État de Mississippi en 2018. La *Gestational Age Act* prévoit : « Exception faite d'une urgence médicale ou d'une anomalie sévère du fœtus, il est interdit de pratiquer une interruption de grossesse, intentionnellement ou en connaissance de cause, ou d'induire une interruption de grossesse, si l'âge gestationnel probable de l'être humain à naître dépasse les quinze (15) semaines »⁹³. La promulgation de cette loi par le législateur de Mississippi était fondée sur une série de considérations se rapportant au développement prénatal jugées comme fondamentales. Entre autres, le législateur renvoyait aux « risques physiques et psychologiques conséquents » pour la mère⁹⁴ et au caractère « barbare » de

(83) *June Medical Services, slip op.* (per CJ John Roberts), p. 6 (trad. libre).

(84) *Ibidem* (trad. libre).

(85) *Whole Women's Health, et al. v. Jackson, Judge, et al.*, 594 U.S. ____ (2021) : décision rendue le 1^{er} septembre 2021, accessible à l'adresse suivante : https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/21a24_8759.pdf (consulté le 15 octobre 2022).

(86) *Ibidem, slip op.* (per Sotomayor), p. 1 (trad. libre).

(87) *Ibidem, slip op.* (per Kagan), pp. 1-2 (trad. libre).

(88) *Whole Women's Health et al. v.*

Jackson, et al., 595 U.S. ____ (2021), décision rendue le 10 décembre 2021, accessible à l'adresse suivante : https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-463_3ebh.pdf (consulté le 27 octobre 2022).

(89) Quarante jours sépareront seulement les plaidoiries du prononcé de l'arrêt.

(90) *Whole Women's Health et al. v. Jackson, et al.*, 595 U.S. ____ (2021), *slip op.* (per Sotomayor), p. 2 (trad. libre).

(91) *Ibidem*, p. 11. Originaire de Caroline du Sud, John C. Calhoun fut

tour à tour membre de la Chambre des représentants, sénateur, ministre de la défense (« War Secretary »), ministre des affaires étrangères (« Secretary of State »), et vice-président des États-Unis (sous les présidents John Quincy Adams et Andrew Jackson). Les idées pro-esclavagistes et souverainistes de Calhoun — exprimées dans la « Calhoun doctrine » et la doctrine de « nullification » — furent largement empruntées par Roger B. Taney, président de la Cour suprême, dans l'arrêt *Dred Scott v. Sandford* (1857), considéré comme facteur déclencheur majeur de la guerre de Sécession (1861-1865).

(92) *Ibidem*, p. 13 (trad. libre).

(93) 2018 Miss. Laws 393 (codifié dans Miss. Code Ann. § 41-41-191 (2018)), disponible à l'adresse suivante : <https://law.justia.com/codes/mississippi/2018/title-41/chapter-41/gestational-age-act/section-41-41-191/> (consulté le 14 octobre 2022). Voy. § 41-41-191(4)(b) (trad. libre). On remarquera qu'il n'est nullement question d'atteinte physique ou psychique de la mère, ni de viol ou d'inceste.

(94) *Idem*, § 41-41-191(2)(b)(ii) (trad. libre).

l'avortement, qualifié de pratique « dangereuse » et « dégradante pour la profession médicale »⁹⁵. Dans la foulée de l'adoption de la loi, la seule clinique pratiquant l'avortement dans l'État de Mississippi — *Jackson Women's Health Organization* — et l'un de ses médecins assignent en justice Thomas Dobbs, le ministre responsable de la santé dans l'État, afin d'empêcher l'entrée en vigueur de la loi. L'argument qui fonde l'action des requérants est simple : la *Gestational Age Act* viole le droit constitutionnel à l'avortement consacré par *Roe*⁹⁶. Se déroulant dans le système fédéral, la juridiction de première instance — *the U.S. District Court for the Southern District of Mississippi* — fait droit aux demandes des requérants. La Cour d'appel pour le 5^e Circuit abonde dans le même sens et confirme le jugement de première instance⁹⁷. Se fondant sur le respect de la règle du précédent, la Cour d'appel rappelle les termes de l'arrêt *Casey* selon lequel l'État peut intervenir comme instance régulatrice en amont de la viabilité du fœtus, à condition de ne pas imposer une « charge indue » sur la mère (*supra*). L'interdiction du droit à l'avortement avant la viabilité du fœtus — « que *Casey* ne saurait tolérer » — est jugée d'office anticonstitutionnelle (*per se unconstitutional*)⁹⁸. Tandis que la procédure suit son cours, et sans tenir compte des décisions judiciaires pendantes, le législateur de l'État de Mississippi adopte une loi encore plus sévère que la première⁹⁹. Cette fois-ci, il est question de restreindre le droit à l'avortement dès que les médecins sont en mesure de détecter le rythme cardiaque fœtal (estimé à six semaines de grossesse). Saisies de nouveaux recours, la juridiction fédérale de première instance et la Cour d'appel pour le 5^e Circuit rendent des décisions sensiblement pareilles aux premières¹⁰⁰. L'affaire est portée devant la Cour suprême, laquelle autorise la requête (*certiorari*) le 17 mai 2021. Précisément, la question porte sur la question de savoir « si toutes les interdictions sur le droit à l'avortement avant la viabilité du fœtus sont anticonstitutionnelles »¹⁰¹. Sans le dire ouvertement, les demandeurs devant la Cour suprême, représentant le gouvernement de l'État de Mississippi, cherchent à obtenir un revirement de la jurisprudence *Roe* et *Casey*. Partant, ils demandent que les lois restreignant le droit à l'avortement soient évaluées selon le critère constitutionnel le plus faible à la Cour, à savoir la « rational basis standard of review ». Ceci reviendrait à déterminer qu'une loi est constitutionnelle dès lors qu'elle est rationnellement liée à un intérêt légitime du gouvernement. L'affaire *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* sera plaidée devant la Cour suprême le 1^{er} décembre 2021. L'arrêt — comme la plupart des grands arrêts de la Cour — sera rendu à la fin du mois de juin, précisément le 24 juin 2022. Par une majorité de six juges contre trois, la Cour casse et renvoie l'arrêt de la Cour d'appel (*reverse and remand*). La jurisprudence *Roe v. Wade*, ancrée dans le droit constitutionnel américain depuis près de cinquante ans, cesse d'exister.

22. Entre les plaidoiries et le prononcé de l'arrêt surgit un événement inattendu, et pour tout dire, sans précédent à la Cour suprême. Début mai 2022, les médias américains révèlent non seulement que la haute juridiction s'apprête à opérer un revirement de la jurisprudence *Roe*, mais ils publient un premier jet de l'arrêt *Dobbs*, sous la plume du juge Samuel Alito¹⁰². Pareille « fuite » ne s'était jamais vue. Par le passé, la teneur d'une décision, voire quelques lignes d'un arrêt avaient pu être divulguées¹⁰³. Ici, les médias rendent public un texte de 98 pages dont l'authenticité fait peu de doute. Dans le choc immédiat provoqué par cette « trahison », imputée à un référendaire, le président de la Cour ordonne l'ouverture d'une enquête interne. John Roberts considère qu'un « manquement grave » (« egregious breach ») vient d'être commis. Le juge Clarence Thomas estime que la Cour a été irrévocablement ternie (« irrevocably harmed »)¹⁰⁴. Le juge Kavanaugh quant à lui reçoit une garde rapprochée après la découverte d'un homme armé dans le voisinage de son domicile. Sur le fond, le projet d'arrêt du juge Alito fait ressortir plusieurs éléments qui seront largement repris dans l'arrêt définitif rendu deux mois plus tard. Le premier consiste en une analyse historique approfondie du droit à l'avortement. Remontant jusqu'au XIII^e siècle, Alito s'attarde sur « d'éminentes autorités dans le *Common Law* » (« eminent common-law authorities »), dont Sir Matthew Hale, un juriste anglais du XVII^e siècle (1609-1676), célèbre — entre autres — pour son rôle dans des procès en sorcellerie et sa défense de l'exemption concernant le viol conjugal¹⁰⁵. Ici, Alito cite Hale pour qui l'avortement ne pouvait être considéré comme un droit, mais bien plutôt comme un acte criminel (« a great crime and a great misprision »)¹⁰⁶. D'emblée, la question se pose de savoir si pareilles analyses historiques, effectuées par des personnes qui n'ont aucune qualification en la matière, se justifient au sein de la Cour suprême¹⁰⁷. Le second élément qui ressort du projet de l'arrêt *Dobbs* consiste en une approche maximaliste de la question du droit à l'avortement. Jusqu'à présent, la plupart des opposants s'étaient contentés de stratégies rendant l'avortement plus onéreux ou plus difficile, dans le but d'aboutir à la fermeture progressive de cliniques. La jurisprudence *Casey* de 1992, rédigée par trois juges conservateurs modérés (O'Connor, Souter et Kennedy), occupait encore les esprits. Avec le départ du juge Kennedy en 2018, les juges plus radicaux de la Cour suprême pouvaient s'affranchir de demi-mesures. Dorénavant, il était permis de franchir un pas supplémentaire. Le juge Alito n'hésitera pas à sauter le gué dans son projet d'arrêt. Dès les premières pages, il écrit : « la jurisprudence *Roe* fut terriblement mauvaise dès le début » (« *Roe* was egregiously wrong from the start »)¹⁰⁸. Pour lui, il ne fait pas l'ombre d'un doute : « la jurisprudence *Roe* et *Casey* doit faire l'objet d'un revirement de jurisprudence » (« *Roe and Casey must be overruled* »)¹⁰⁹. Les arguments développés par le juge Alito dans son projet puisent

(95) *Idem*, § 41-41-191(2)(b)(i)(8) (trad. libre).

(96) Ci-avant, §§ 6 et s.

(97) *Jackson Women's Health Org. v. Dobbs*, 945 F.3d 265, 274, 277 (5th Cir. 2019)(*Dobbs I*).

(98) *Idem*, p. 274 (trad. libre). La Cour d'appel reprend les termes de l'arrêt *Casey* pour souligner qu'un « État ne peut interdire à une femme de prendre la décision d'interrompre sa grossesse avant la viabilité du fœtus » (505 U.S. 833, 879, tad. libre). Pour rappel, la *Gestational Age Act* de l'État de Mississippi visait une interdiction du droit à l'avortement après quinze semaines.

(99) 2019 Miss. Laws 349 (codified at Miss. Code Ann. § 41-41-34.1 (2021)).

(100) *Jackson Women's Health Org. v. Dobbs*, 951 F.3d 246, 248 (5th Cir. 2020)(*per curiam*)(*Dobbs II*).

(101) Trad. libre.

(102) Le texte intégral du projet d'arrêt du juge Alito (« *1st Draft* ») est disponible sur le site de *Politico* : *cfr* <https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504> (consulté le 30 octobre 2022).

(103) Justement, la décision dans *Roe v. Wade* avait été divulguée quelques heures avant le prononcé

de l'arrêt, provoquant l'ire du président de la Cour, Warren Burger. Sur l'historique des fuites à la Cour suprême, voy. St. L. CARTER, « The Supreme Court Has a Long History of Failed Leak Probes », *The Washington Post*, 8 octobre 2022, accessible à l'adresse suivante : https://www.washingtonpost.com/business/the-supreme-court-has-a-long-history-of-failed-leak-probes/2022/10/08/3bb16d16-4709-11ed-be17-89cbe6b8c0a5_story.html (consulté le 27 octobre 2022).

(104) D'après le juge Thomas, « When you lose that trust, especially in the institution that I'm in, it changes the institution fundamentally. You begin to look over your shoulder. It's like kind of an infidelity that you can explain it, but you can't undo it », in M. SHERMAN, « Supreme Court leak probe : So many questions, so few answers », *AP*, 23 juillet, 2022, accessible à l'adresse suivante : <https://apnews.com/article/abortion-covid-us-supreme-court-health-john-roberts-7737a7e3a2fbb-ca985549941b884a61> (consulté le 27 octobre 2022).

(105) En anglais, « marital rape exemption ». Comme indiqué dans le corps du texte, Hale est également connu pour avoir ordonné l'exécution de deux femmes accusées de sorcellerie (Amy Denny et Rose Cullender). Les procès en sorcellerie de « Bury St Edmund » de 1662 constitueront un modèle pour les fameux procès en sorcellerie de Salem dans les colonies anglaises (1692). Les idées de Sir Matthew Hale sont développées dans un traité juridique en deux volumes, *The History of the Pleas of the Crown : Or, A Methodical Summary of the Principal Matters Relating to that Subject* (1673). De nombreux États américains rejettent les idées de Hale comme source d'inspiration pour le droit américain. Encore dans les années 1980, un arrêt de la Cour suprême de l'État de Virginie, concernant le viol conjugal, fustige l'héritage de Hale : *Weishaupt v. Commonwealth of Virginia*, 315 S.E.2d 847 (1984). D'après la Cour, « Hale's statement was not law, common or otherwise. At best it was Hale's pronouncement of what he observed to be a custom in 17th century England. Yet, unlike other customs which form the bases of common law, it nowhere appears that Hale, in making his statement, set forth a general rule of conduct of such longstanding acceptability that "the memory of man runneth not to the contrary". See W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*

(1765) at 67. Moreover, Hale cites no authority for his view nor was it subsequently adopted, in its entirety, by the English courts ».

(106) Voy. le projet de l'arrêt (« *1st Draft* »), pp. 16-18. Se référant à Sir Edward Coke, Alito précise que le mot « misprision » — rarement en usage aujourd'hui — s'entend d'un « crime haineux qui s'apparente à la félonie » (« some heinous offense under the degree of felony »)(« *1st Draft* », p. 17). Le Code des États-Unis (« United States Code »), reprenant toutes les lois fédérales, se réfère à « Misprision of felony » dans les termes suivants : « Whoever, having knowledge of the actual commission of a felony cognizable by a court of the United States, conceals and does not as soon as possible make known the same to some judge or other person in civil or military authority under the United States, shall be fined under this title or imprisoned not more than three years, or both » : 18 U.S.C. § 4.

(107) Voy. à ce propos J. ZEITZ, « The Supreme Court's Faux "Originalism" », *Politico*, 26 juin 2022.

(108) « *1st Draft* », p. 6.

(109) *Ibidem*, p. 5 (répété à la p. 65).

(1765) at 67. Moreover, Hale cites no authority for his view nor was it subsequently adopted, in its entirety, by the English courts ».

(106) Voy. le projet de l'arrêt (« *1st Draft* »), pp. 16-18. Se référant à Sir Edward Coke, Alito précise que le mot « misprision » — rarement en usage aujourd'hui — s'entend d'un « crime haineux qui s'apparente à la félonie » (« some heinous offense under the degree of felony »)(« *1st Draft* », p. 17). Le Code des États-Unis (« United States Code »), reprenant toutes les lois fédérales, se réfère à « Misprision of felony » dans les termes suivants : « Whoever, having knowledge of the actual commission of a felony cognizable by a court of the United States, conceals and does not as soon as possible make known the same to some judge or other person in civil or military authority under the United States, shall be fined under this title or imprisoned not more than three years, or both » : 18 U.S.C. § 4.

(107) Voy. à ce propos J. ZEITZ, « The Supreme Court's Faux "Originalism" », *Politico*, 26 juin 2022.

(108) « *1st Draft* », p. 6.

(109) *Ibidem*, p. 5 (répété à la p. 65).

pour une large mesure dans une pensée juridique conservatrice bien connue des observateurs de la matière¹¹⁰. D'abord, il revient sur l'épineuse question de comment accommoder des droits « non énumérés » dans la Constitution (« unenumerated rights »). Ensuite, il développe un argument conservateur ancien selon lequel un revirement de la jurisprudence *Roe* reviendrait à rendre à chaque État le soin de déterminer par — et pour — lui-même la marge voulue pour traiter du droit à l'avortement. La démocratie en sortirait grandie. Pour l'heure, il suffira de souligner que le texte qui avait fuité de la Cour suprême le 2 mai 2022 laissait encore place au doute. Si le projet semblait sonner le glas de la jurisprudence *Roe*, il s'agissait d'un premier jet (« 1st Draft »). Les commentateurs avisés du fonctionnement de la Cour suprême faisaient valoir qu'il était possible — au gré des délibérations de la Cour — d'arriver jusqu'à dix, voire vingt versions du texte avant la publication définitive de l'arrêt. La chose s'était vu par le passé. Certains juges pourraient encore nuancer, résister, voire changer d'avis jusqu'au dernier moment. L'arrêt rendu le 24 juin mettra fin à ces espoirs. Pour l'essentiel, le projet d'arrêt scellait le revirement à venir de *Roe*. Le juge Alito mettra à profit l'intervalle des sept semaines le séparant du prononcé de l'arrêt pour réfuter une voie médiane proposée par John Roberts¹¹¹, et régler ses comptes avec les trois juges dissidents : Stephen Breyer, Sonia Sotomayor, et Elena Kagan.

C. L'arrêt *Dobbs*

23. Sans apporter de changement notable au premier jet du juge Alito, l'arrêt du 24 juin — rendu à 6 voix contre 3 — alterne exposé historique, analyse textuelle (sur la base d'une lecture « traditionaliste » de la Constitution¹¹²) et compte rendu jurisprudentiel¹¹³. Dans son volet historique, l'arrêt reprend les longs développements esquissés plus haut. De nouveau, Sir Matthew Hale — de même que Sir William Blackstone et Sir Edward Coke — viennent à l'appui de la démonstration du juge Alito : « tous décrivent l'avortement après le premier mouvement observable du fœtus comme un crime (« all describe abortion after quickening as criminal ») »¹¹⁴. La parenté du droit anglais avec le droit américain sur ces questions est considérée comme une donnée naturelle qui ne souffre aucun questionnement. En termes laconiques, Alito écrit : « Dans ce pays [les États-Unis], le bilan historique est semblable »¹¹⁵. Toujours est-il que le juge se montre fort sélectif dans son exposé¹¹⁶ et qu'il s'attarde presque exclusivement sur le XIX^e siècle : les deux annexes de l'arrêt — occupant près de 30 pages — brossent ainsi un tableau du pays, État par État, jusqu'en 1899¹¹⁷. La conclusion du juge Alito est que personne n'avait alors invoqué un quelconque droit fondamental¹¹⁸. Pour lui, « Il y a une foule d'éléments tendant à prouver que les lois adoptées l'avaient été sur la base d'une croyance sincère que l'avortement tue un être humain »¹¹⁹, et d'ajouter : « Beaucoup de décisions judiciaires de la fin du XIX^e siècle-début du XX^e siècle abondent dans ce sens »¹²⁰.

24. L'obstacle principal auquel la majorité de la Cour suprême était confrontée dans son arrêt du 24 juin tenait au respect de la règle de précédent (« stare decisis »). Il importe de se démarquer de l'arrêt *Roe* (et son droit au respect de la vie privée¹²¹) et de l'arrêt *Casey* (et son droit de « faire des choix personnels et intimes » qui « font partie de la dignité personnelle et de l'autonomie »¹²²). L'arrêt *Dobbs* reprend l'argumentaire d'après lequel la jurisprudence *Roe*, dès le départ, ne pouvait être défendue sur la base d'un quelconque précédent : « il est impossible de défendre *Roe* sur base d'un précédent parce que tous les précédents cités, en ce compris *Griswold* et *Eisenstadt*, étaient fort différents. (...) Aucune de ces affaires ne portait sur la destruction de ce que *Roe* appelait « la vie potentielle » »¹²³. Le juge Alito considère que la jurisprudence *Roe* était : « plus que mauvaise. Elle reposait sur des fondements exceptionnellement faibles »¹²⁴. La minorité dans l'arrêt *Dobbs* — les juges Breyer, Sotomayor, et Kagan — donne d'abondantes explications sur son désaccord avec la majorité sur ce point. Les juges dissidents réfutent le narratif selon lequel *Roe* et *Casey* seraient des « aberrations », des décisions qui viendraient « de nulle part », seraient « allées nulle part » et pourraient « être facilement retirées du droit constitutionnel de ce pays »¹²⁵. Pour la minorité, c'est la nouvelle composition de la Cour, et elle seule, qui a dicté cette nouvelle orientation¹²⁶. L'arrêt *Roe* quant à lui est solidement ancré dans des précédents : « Par 7 voix contre 2, la Cour a décidé qu'une femme, dans l'étape initiale de sa grossesse, devait faire des choix difficiles et discutables, en concertation avec sa famille et son médecin. La Cour a démontré qu'une longue lignée de précédents, « fondés sur le concept de liberté personnelle du Quatorzième Amendement », garantissait la prise de décision individuelle pour ce qui concerne « le mariage, la procréation, la contraception, les relations de famille, et l'éducation des enfants » »¹²⁷. Les juges de la minorité ne cesseront de se référer aux assises solides de *Roe* et *Casey*, « l'affinité » de ces deux décisions, et « une myriade de décisions » qui les soutiennent. Le fait pour la majorité de ne pas tenir compte de cette « multitude de décisions » constitue une « source d'embarras. Elle s'en débarrasse (littéralement) en un paragraphe (...) »¹²⁸. Pour Breyer, Sotomayor, et Kagan, il est trop facile d'effacer la jurisprudence *Roe* et *Casey* par un trait de plume, au prétexte qu'ils étaient « terriblement mauvais » (« egregiously wrong »)¹²⁹. La démarche de la majorité rend le changement radical trop facile et trop rapide. Tout en soulignant que l'arrêt *Dobbs* constitue une « catastrophe »¹³⁰ et une atteinte à l'État de droit (« the rule of law »), les trois juges de la minorité considèrent que la seule raison de se débarrasser de *Roe* et *Casey* provient d'une « aversion » pour ces décisions : « La majorité a par conséquent substitué la règle des juges à l'État de droit »¹³¹.

25. Alito se réfère à un faisceau de cinq critères pour changer l'état du droit positif¹³². Entre autres, il s'appuie sur plusieurs autorités acadé-

(110) Pour de plus amples développements, *cf.* J. HEILBRUNN, « He Was Dismissed as a Conservative Kook. Now the Supreme Court is Embracing His Blueprint », *Politico*, 7 juillet 2022.

(111) La voie médiane (« middle way ») proposée par Roberts dans son « concurring opinion » consistait à dire qu'il n'était pas nécessaire d'opérer un revirement de la jurisprudence *Roe* et qu'il valait mieux laisser la loi de l'État de Mississippi — prescrivant une interdiction de l'avortement après quinze semaines — intacte. D'autres affaires à l'avenir pourraient régler la question. Pour Alito (*slip op.*, pp. 72-77), pareil accommodement était inconcevable et la règle du précédent interdisait de fonder une voie médiane de toute pièce : « For all these reasons, stare decisis cannot justify the new “reasonable opportunity” rule propounded by the concurrence [John Roberts]. If that rule is to become the law of the land, it must stand on its own, but the concurrence makes no attempt to show that this rule represents a correct interpretation of the Constitution. The concurrence does not claim

that the right to a reasonable opportunity to obtain an abortion is “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty” » (p. 75 de l'arrêt).

(112) Pour Cass Sunstein, la lecture du juge Alito est davantage « traditionaliste » qu'« originaliste ». Il accepte les précédents de « substantive due process » (développé *infra*) dans la mesure où il n'y a pas atteinte à la vie d'un « être humain non né » (« unborn human being »). Voy. C.R. SUNSTEIN, « The Alito Draft », 23 mai 2022, disponible à l'adresse suivante, consultée le 1^{er} novembre 2022 : <https://ssrn.com/abstract=4117446> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4117446>.

(113) *Dobbs, slip op.* (per Alito), p. 45 : « *Roe* found that the Constitution implicitly conferred a right to an abortion, but I failed to ground its decision in text, history, or precedent. It relied on an erroneous historical narrative; it devoted great attention to and presumably relied on matters that have no bearing on the meaning of the Constitution; it disregarded the fundamental difference between the precedents on which it relied and the

question before the Court (...) ».

(114) *Ibidem*, p. 17 (italiques dans le texte). Plus loin, à la même page, Alito ajoute : « English cases dating all the way back to the 13th century corroborate the treatises’ statements that abortion was a crime ». À la page 26, Alito invoque de nouveau Blackstone et Hale (« et beaucoup d'autres autorités qui viendront après ») pour dire même l'avortement avant le premier mouvement observable du fœtus (« quickening ») était illégal.

(115) *Ibidem*, p. 20 : « In this country, the historical record is similar ». La question, fort débattue par les historiens du droit, prête à discussion.

(116) Beaucoup de commentateurs feront ressortir son « cherry-picking » (« picorage ») de l'histoire. On remarquera que le juge Alito sera aidé en cela par un nombre record de dépôts de conclusions d'amis de la Cour (« amicus briefs »).

(117) Avec deux exceptions : le District of Columbia (1901), et New Mexico (1919).

(118) *Dobbs, slip op.* (per Alito), p. 28 : « (...) no one, as far as we are aware, argued that the laws ... vio-

lated a fundamental right ».

(119) *Ibidem*, p. 29 (trad. Libre).

(120) *Ibidem*.

(121) 410 U.S. 113 (1973), at 154.

(122) 505 U.S. 833 (1992), at 851.

(123) *Ibidem*, p. 37 (trad. Libre).

(124) *Ibidem*, p. 45 (trad. Libre).

(125) *Dobbs, slip op.* (per Breyer Sotomayor, Kagan, dissenting), p. 1 (trad. Libre).

(126) Les dissidents font valoir que ce sont les sensibilités propres des juges dans la majorité qui triomphent dans *Dobbs* : « The Court reverses course today for one reason and one reason only : because the composition of this Court has changed... Today, the proclivities of individuals rule » : *Dobbs, slip op.* (per Breyer Sotomayor, Kagan, dissenting), p. 6.

(127) *Ibidem*, p. 7.

(128) *Ibidem*, pp. 19-20 (trad. Libre).

(129) *Ibidem*, p. 33.

(130) *Ibidem*, p. 29

(131) *Ibidem*, p. 33 (trad. Libre) :

« The majority thereby substitutes a rule by judges for the rule of law ».

(132) *Dobbs, slip op.* (per Alito),

p. 43 : « In this case, five factors weigh strongly in favor of overruling *Roe* and *Casey* : the nature of their er-

miques et judiciaires qui, en leur temps, avaient émis de fortes réserves à l'égard du raisonnement de *Roe* et *Casey*. Il s'agissait notamment de John Ely¹³³, Laurence Tribe¹³⁴, Mark Tushnet¹³⁵, Akhil Amar¹³⁶, et Ruth Bader Ginsburg¹³⁷. L'appel à ces autorités, connues pour leur sensibilité progressiste, vise sans doute à asseoir la crédibilité du propos du juge Alito. De fait, ce dernier ne cesse de fustiger le point de vue des dissidents pour qui la jurisprudence *Roe* et *Casey* se devait d'être suivie par le seul respect de la règle du précédent. Il le concède : « Sur base de la doctrine de *stare decisis*, ces précédents méritent notre considération attentive et respectueuse (...). Cependant, comme la Cour a déjà eu l'occasion de le répéter à de nombreuses reprises, l'adhésion à la règle du précédent n'est pas "un ordre immuable" »¹³⁸. Afin de dissiper toute accusation de légèreté ou d'impulsivité à cet égard, Alito invoque un grand nombre d'instances où la Cour a opéré des revirements de jurisprudence (il existe des « précédents » à la mise à l'écart de précédents)¹³⁹. S'étalant sur quatre pages, il s'appuie notamment sur *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) qui met un terme à *Plessy v. Ferguson* (1896), ou encore sur *Lawrence v. Texas* (2003) qui met un terme à *Bowers v. Hardwick* (1986)¹⁴⁰ : « Sans ces décisions, le droit constitutionnel américain tel que nous le connaissons serait méconnaissable et nous vivrions dans un autre pays »¹⁴¹. Dans ces conditions la majorité considère qu'elle peut s'affranchir d'une adhésion absolue à « l'abus d'autorité judiciaire » que *Roe* avait engendré¹⁴².

26. L'argument qui revient comme un leitmotiv dans l'arrêt *Dobbs* consiste à délégitimer le recours à la « Due Process Clause » comme fondement de la jurisprudence *Roe*. Originellement conçue pour garantir une procédure légale régulière, la « Due Process Clause » du Quatorzième Amendement (adopté en 1868) prend vite une dimension de protection de droits substantiels. Sur la base de cette clause, la Cour suprême reconnaît des droits fondamentaux non énumérés dans la Constitution (« unenumerated rights »)¹⁴³. La question des droits non énumérés dans la Constitution agite et divise la Cour suprême de-

puis des décennies. Au demeurant, Sonia Sotomayor a relevé cette problématique lors des plaidoiries de l'affaire *Dobbs* devant la Cour au mois de décembre 2021. Pour elle, « il y a tellement de choses qui ne figurent pas dans la Constitution, y compris le fait que nous avons le dernier mot. *Marbury v. Madison*. Il n'y a rien dans la Constitution qui prévoit que la Cour, la Cour suprême, a le dernier mot sur ce que signifie la Constitution. À l'époque, ce droit était totalement neuf. Et pourtant, la Cour a induit cette intention à partir de la structure de la Constitution »¹⁴⁴. S'agissant des droits non énumérés et du Quatorzième Amendement, ce qu'il est convenu d'appeler « substantive due process » prend un essor considérable — et controversé — au cours du XX^e siècle. Comme indiqué plus haut, l'arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965 reconnaît le droit constitutionnel à la contraception, dérivant du droit au respect de la vie privée. D'autres droits suivront¹⁴⁵. Pour autant, la reconnaissance de droits fondamentaux non énumérés doit se fonder sur un lien de rattachement à la Constitution. Le test de la Cour consiste à apprécier si pareils droits sont « fermement enracinés dans l'histoire et la tradition de (notre) pays » et sont « implicites » ou « essentiels » au « schéma national de liberté ordonnée »¹⁴⁶. La référence en la matière est l'arrêt *Washington v. Glucksberg* (1997) où la Cour suprême refuse de reconnaître un droit au suicide assisté sur la base de la « Due Process Clause »¹⁴⁷. Sous forme d'*obiter dicta*, les juges de la Cour suprême font appel à la circonspection. Le recours au « substantive due process » doit se faire avec la plus grande prudence, « de peur de transformer la liberté protégée par le Quatorzième Amendement en choix politiques proférés par les membres de la Cour »¹⁴⁸. Pour la majorité des juges dans l'arrêt *Dobbs*, il est clair que le texte du Quatorzième Amendement ne protège pas le droit à l'avortement¹⁴⁹. Dans un souci sans doute d'apaiser l'opinion publique, le juge Alito prend soin d'ajouter que les autres précédents de « substantive due process » découlant du Quatorzième Amendement ne seront aucunement affectés par l'arrêt *Dobbs*. Ici, contrairement à ces autres cas, il s'agit de protéger la vie d'un « être humain non né » (« unborn human being »)¹⁵⁰. Le juge Thomas, dans son « concurring

ror, the quality of their reasoning, the "workability" of the rules they imposed on the country, their disruptive effect on other areas of the law, and the absence of concrete reliance ».

(133) Cité dès la deuxième note de bas de page de l'arrêt *Dobbs*, John Ely (professeur de droit constitutionnel à Harvard, Yale, et Stanford) avait publié un article célèbre en 1973 portant un regard fort critique sur le raisonnement de *Roe* : *cf.* J. ELY, « The Wages of Crying Wolf : A Comment on *Roe v. Wade* », 82 *Yale L.J.* 920 (1973).

(134) Associé à la chaire de droit constitutionnel de l'Université d'Harvard, Laurence Tribe avait également critiqué le raisonnement de *Roe* : *cf.* L. TRIBE, « Foreword : Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law », 87 *Harv. L. Rev.* 1 (1973).

(135) Porte-drapeau du mouvement des « Critical Legal Studies », Mark Tushnet considère que *Roe* était « une décision judiciaire dénuée de tout raisonnement » (« totally unreasoned judicial opinion ») : *cf.* M. TUSHNET, *Red, White, and Blue : A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1988, p. 54.

(136) A. AKHIL, « Foreward : The Document and the Doctrine », 114 *Harv. L. Rev.* 26 (2000).

(137) Avant d'occuper son siège à la Cour suprême, Ruth Bader Ginsburg s'était également exprimée sur le raisonnement de *Roe v. Wade* : *cf.* R.B. GINSBURG, « Speaking in a Judicial Voice », 67 *N.Y.U.L. Rev.* 1185 (1992). La Clause d'égalité protection des lois (« Equal Protection Clause ») du Quatorzième Amendement lui semblait plus appropriée que la « Due Process Clause ». D'après Nina Totenberg, « She saw abortion for women as a question of liberty

rooted in the Fourteenth Amendment's guarantee of equal protection under the law, and thus far more than simply a matter of personal privacy, which was the basis of the argument advanced by Justice Blackmun in his majority opinion ». *cf.* N. TOTENBERG, *Dinners with Ruth*, New York, Simon & Schuster, 2022, p. 122. Pour autant, on retiendra que la juge Ginsburg pensait que *Roe* avait modifié « l'opportunité des femmes de participer pleinement avec les hommes dans la vie sociale, politique et économique » (« *Roe* reshaped the opportunity women will have to participate in the nation's social, political, and economic life ») : *cf.* R. B. GINSBURG, « Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade* », 63 *N.C.L. Rev.* 375 (1985).

(138) *Dobbs, slip op.* (per Alito), p. 37 (trad. libre).

(139) Les juges de la minorité — Breyer, Sotomayor, et Kagan — contesteront l'honnêteté de ces exemples : voy. *Dobbs, slip op.* (per Breyer, Sotomayor, Kagan, dissenting), p. 31.

(140) *Dobbs, slip op.* (per Alito), pp. 39-43. À elle seule, la note de bas de page 82 — reprenant de nombreuses instances de revirement de jurisprudence — remplit deux pages.

(141) *Ibidem*, pp. 41 et 43 (trad. libre).

(142) *Ibidem*, pp. 5-6 : « *Stare decisis*, the doctrine on which Casey's controlling opinion was based, does not compel unending adherence to *Roe's* abuse of judicial authority. *Roe* was egregiously wrong from the start. Its reasoning was exceptionally weak, and the decision has had damaging consequences. And far from bringing about a national settlement of the abortion issue, *Roe* and *Casey*

have enflamed debate and deepened division ».

(143) L'arrêt *Lochner v. New York* (1905) symbolise « economic substantive due process ». L'arrêt, vite stigmatisé pour son illustration de l'activisme judiciaire de la Cour suprême, sera répudié en 1937, dans *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

(144) Affaire *Dobbs*, transcription orale de l'audience devant la Cour suprême du 1^{er} décembre 2021, disponible à l'adresse suivante, consultée le 1^{er} novembre 2022 : https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/19-1392_4425.pdf, p. 22 lignes 5-14 (trad. libre). Cass Sunstein dénombre pas moins de 18 sujets du droit américain qui ne sont aucunement traités dans la Constitution (« ... sedition, obscenity, commercial advertising, school prayer, segregation, education, sex discrimination, affirmative action, ... ») : C. SUNSTEIN, « The Alito Draft », May 23, 2022, disponible à l'adresse suivante, consultée le 1^{er} novembre 2022 : <https://ssrn.com/abstract=4117446> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4117446>.

(145) Le juge Alito renvoie à d'autres arrêts (de *Loving v. Virginia* en 1967 à *Obergefell v. Hodges* en 2015) : pp. 31-32.

(146) L'expression exacte est : « deeply rooted in (our) history and tradition » et « essential (implicit) to our Nation's scheme of ordered liberty ».

(147) *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). On notera que Brett Kavanaugh, lors de son audition de confirmation devant le Sénat en 2018, avait clairement montré ses cartes. À la demande du sénateur Ted Cruz de savoir comment il déterminerait la validité de droits non-énumérés dans la Constitution,

Kavanaugh avait répondu que « tous les chemins mènent au test

Glucksberg » pour déterminer la portée des droits non-énumérés (« all roads lead to the *Glucksberg* test as the test that the Supreme Court has settled on as the proper test »).

(148) *Ibidem*, p. 720.

(149) *Dobbs, slip op.* (per Alito), pp. 14-15 : « (...) we must ask what the *Fourteenth Amendment* means by the term "liberty". When we engage in that inquiry in the present case, the clear answer is that the *Fourteenth Amendment* does not protect the right to an abortion ». Voy. aussi p. 35 : « The dissent is very candid that it cannot show that a constitutional right to abortion has any foundation, let alone a "deeply rooted" one, "in this Nation's history and tradition" ».

(150) *Ibidem*, p. 32. On remarquera au passage que l'expression — qui traverse l'arrêt *Dobbs* à de nombreuses reprises — se démarque de la formule consacrée au Quatorzième Amendement, à savoir « (toute) personne née ... aux États-Unis ». Pour Alito, les arrêts qui consacrent d'autres droits sont différents : « What sharply distinguishes the abortion right from the rights recognized in the cases on which *Roe* and *Casey* rely is something that both those decisions acknowledged : Abortion destroys what those decisions call "potential life" and what the law at issue in this case regards as the life of an "unborn human being". See *Roe*, 410 U.S., at 159 (abortion is "inherently different") ; *Casey*, 505 U.S., at 852 (abortion is "a unique act"). None of the other decisions cited by *Roe* and *Casey* involved the critical moral question posed by abortion. They are therefore inapposite. They do not support the right to

opinion », se montrera nettement moins circonspect qu'Alito : en effet, Thomas vise déjà la remise en question des arrêts *Griswold* (sur la contraception), *Lawrence v. Texas* (sur les relations homosexuelles) et *Obergefell v. Hodges* (sur le mariage homosexuel)¹⁵¹. Au demeurant, les juges de la minorité craignent que l'évolution ne soit inéluctable : « la majorité dit à tout le monde de ne pas s'inquiéter. Elle peut (d'après elle) extraire avec précision le droit de choisir de l'édifice constitutionnel, sans affecter d'autres droits associés. (Pensez à quelqu'un qui vous dit que la tour Jenga ne s'écroulera pas) »¹⁵².

27. En lien avec ce qui précède, l'arrêt *Dobbs* met en avant l'argument qu'un revirement de la jurisprudence *Roe* contribuera à promouvoir la démocratie en permettant à chaque État de décider comment il entend réguler le droit à l'avortement : « Il est grand temps d'observer la Constitution et de restituer la question de l'avortement aux représentants élus du peuple »¹⁵³. Et Alito de citer le juge Scalia — s'exprimant dans l'affaire *Casey* — pour qui « La permissibilité de l'avortement, et ses limitations, doivent être résolues comme la plupart des questions dans notre démocratie : par les citoyens essayant de se convaincre et ensuite par le vote »¹⁵⁴. Nous reviendrons plus loin sur cet argument¹⁵⁵, qui ne peut être balayé d'un revers de la main, même si certains ont pu s'interroger sur sa pertinence en l'espèce¹⁵⁶. Toujours est-il que, dans d'autres contextes, le juge Alito ne se distingue pas par un souci manifeste de rehausser la démocratie locale. Auteur de l'arrêt *Brnovich v. Democratic National Committee* (2021), qui a pour ainsi dire vidé la *Voting Rights Act* de 1965 de toute sa substance¹⁵⁷, le juge Alito montre peu d'empressément pour la démocratie inclusive en matière de vote¹⁵⁸. Il a par ailleurs donné son appui à une décision de 2019 qui ordonne aux juridictions fédérales de ne pas intervenir dans les cas de découpages de circonscriptions électorales pour des raisons partisans (« partisan gerrymandering »)¹⁵⁹. Si l'arrêt *Dobbs* prétend donner plus de poids aux assemblées législatives étatiques, encore faudrait-il que les électeurs puissent raisonnablement exprimer leurs voix dans le choix de leurs représentants locaux¹⁶⁰.

28. Reste la question de savoir quel standard gouvernera les recours éventuels contre des lois étatiques réglementant l'avortement. Dans la mesure où la Cour suprême reconnaît que le droit à l'avortement ne constitue plus un droit fondamental — parce qu'il n'est pas « fermement enraciné dans l'histoire et la tradition du pays » et n'est pas « implicite » ou « essentiel » au « schéma national de liberté ordonnée » — les États peuvent réglementer la question à leur guise, pourvu qu'il y ait un lien « rationnel » entre la loi et l'objectif poursuivi (« rational-basis review ») : « Une loi réglementant l'avortement, comme d'autres lois en matière de santé et de bien-être public, jouit

d'une « forte présomption de validité »¹⁶¹. En conséquence de quoi, la Cour soutient la *Gestational Age Act* de l'État de Mississippi et les requérants échouent dans leur recours constitutionnel. Sur un ton solennel qui dénote encore son ressentiment à l'égard de la minorité, le juge Alito conclut l'arrêt *Dobbs* en disant que la Cour suprême vient de restituer aux États un droit que *Roe* et *Casey* s'étaient « arrogé »¹⁶². Dans leur opinion dissidente, les juges de la minorité ne pourront qu'exprimer leur « tristesse », à la fois pour la Cour elle-même et pour les millions de femmes qui viennent de perdre une protection constitutionnelle fondamentale¹⁶³.

29. Le 24 juin 2022, les cliniques pratiquant l'avortement au Texas ont immédiatement interrompu leurs activités¹⁶⁴. En effet, le simple prononcé de l'arrêt a permis à plusieurs « trigger laws » de sortir leurs effets, ayant été adoptées en quelque sorte sous la condition suspensive que *Roe v. Wade* soit réformé. Ainsi, l'avortement est dorénavant interdit sans aucune exception, même en cas de viol ou d'inceste, dans les États suivants : Alabama, Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiane, Mississippi, Missouri, Oklahoma, Dakota du Sud, Tennessee, Texas, West Virginia et Wisconsin. L'État de Georgie interdit le droit à l'avortement après six semaines de grossesse et les États d'Arizona, Floride, Utah et Caroline du Nord interdisent l'avortement après des périodes oscillant entre 15 et 20 semaines de grossesse. Dans plusieurs États (Indiana, Iowa, Dakota du Nord, Michigan, Montana, Ohio, Caroline du Sud et Wyoming) des législations tout aussi restrictives, voire davantage, existent mais leur entrée en vigueur a été suspendue par décision de justice¹⁶⁵. Au niveau fédéral, le sénateur républicain Lindsey Graham, de l'État de Caroline du sud, a proposé une loi pour interdire tout droit à l'avortement après 15 semaines de grossesse.

Dans le même temps, la résistance s'organise. Dans plusieurs des États précités, des procédures judiciaires sont en cours afin de déterminer si ces lois restrictives peuvent ou non sortir leurs effets¹⁶⁶. Par ailleurs, cinq semaines après l'arrêt *Dobbs*, l'État de Kansas — réputé conservateur — a organisé un référendum sur une proposition d'amendement constitutionnel de l'État visant à proscrire tout droit à l'avortement. À l'étonnement de nombre d'observateurs, cependant, les citoyens de l'État ont voté majoritairement (60 %) contre la proposition¹⁶⁷. Dans la foulée de ce référendum, le président Biden a fait connaître sa volonté de faire adopter par le Congrès une loi visant à restaurer à l'échelle nationale les droits garantis par *Roe*. Le 4 novembre, il tweetait : « Si nous élisons deux démocrates de plus au Sénat et gardons le contrôle de la Chambre, nous allons codifier *Roe v. Wade* en janvier de sorte que cela devienne la loi du pays »¹⁶⁸. Il est

obtain an abortion, and by the same token, our conclusion that the Constitution does not confer such a right does not undermine them in any way » (p. 32). Voy. aussi p. 49.

(151) D'après Clarence Thomas : « in future cases, we should reconsider all of this Court's substantive due process precedents, including *Griswold*, *Lawrence*, and *Obergefell*. Because any substantive due process decision is "demonstrably erroneous" (...), we have a duty to "correct the error" established in those precedents » : *Dobbs*, *slip op.* (per Thomas), p. 3.

(152) *Dobbs*, *slip op.* (per Breyer Sotomayor, Kagan, dissenting), p. 25 (trad. libre). Le « droit de choisir » renvoie au droit d'avorter.

(153) *Dobbs*, *slip op.* (per Alito), p. 6 (trad. libre). *Cf.* aussi p. 31 : « (...) the people of various States may evaluate those interests differently. In some States, voters may believe that the abortion right should be even more extensive than the right that *Roe* and *Casey* recognized. Voters in other States may wish to impose tight restrictions based on their belief that abortion destroys an unborn human being". Our Nation's historical understanding of ordered liberty does not prevent the people's elected representatives from deciding how

abortion should be regulated ».

(154) *Ibidem* (trad. libre, citant *Casey*, 505 U.S., at 979).

(155) Voy. ci-après, §§ 31 et s.

(156) Pour rappel, dans leur opinion, les dissidents font valoir que ce sont justement les sensibilités propres des juges dans la majorité qui triomphent dans *Dobbs*. Voy. *Dobbs*, *slip op.* (per Breyer Sotomayor, Kagan, dissenting), p. 6 : « The Court reverses course today for one reason and one reason only : because the composition of this Court has changed... ». Laurence Tribe réfute avec vigueur l'argument selon lequel l'arrêt *Dobbs* est bienvenu en ce qu'il restituerait la question de l'avortement aux États. Non seulement les citoyens des États sont largement privés de leurs droits civiques par l'effet de découpages électoraux contestables (« gerrymandering » : voy. ci-dessous), mais de surcroît, il est maintenant question d'adopter une loi fédérale qui mettrait fin au droit à l'avortement (idée soutenue notamment par le sénateur républicain Lindsey Graham, de l'État de Caroline du sud). Au surplus, se demande le professeur Tribe, comment faire lorsque des femmes se verront contraintes de poursuivre leur grossesse alors qu'elles auraient des raisons impérieuses de l'interrompre dans des

conditions sûres et légales ? *Cf.* L. TRIBE, « Don't believe those who say ending *Roe v. Wade* will leave society intact », *The Guardian*, 23 mai 2022.

(157) *Brnovich v. Democratic National Committee*, 594 U.S. ____ (2021).

(158) Voy. aussi le soutien du juge Alito dans *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

(159) *Rucho et al. v. Common Cause, et al.*, 588 U.S. ____ (2019).

(160) Pour une analyse récente de l'état de la démocratie au niveau étatique, *cf.* D. PEPPER, *Laboratories of Autocracy*, St. Helena (CA), St. Helena Press, 2021.

(161) *Dobbs*, *slip op.* (per Alito), p. 77.

(162) *Ibidem*, p. 79 : « the Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. *Roe* and *Casey* arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives ».

(163) *Dobbs*, *slip op.* (per Breyer Sotomayor, Kagan, dissenting), p. 60 : « With sorrow — for this Court, but more, for the many millions of American women who have today lost a fundamental constitutional protection — we dissent ».

(164) C. FERNANDO et B. KEVENEY,

« Screams and cries : Abortion providers recall moment *Roe v. Wade* was overturned, haunting patient reactions », *USA Today*, consulté le 14 septembre 2022, disponible à l'adresse suivante : <https://eu.usatoday.com/story/news/nation/2022/06/25/supreme-court-abortion-clinic-moment-patients/7735934001/>.

(165) X, « Tracking the States Where Abortion Is Now Banned », *The New York Times*, disponible à l'adresse suivante (données mises à jour au 13 octobre 2022) : <https://www.nytimes.com/interactive/2022/us/abortion-laws-roe-v-wade.html>.

(166) X, « Tracking the States Where Abortion Is Now Banned », *op. cit.*

(167) A. GOWEN et C. ITKOWITZ, « Kansans resoundingly reject amendment aimed at restricting abortion rights », *The Washington Post*, 2 août 2022, disponible à l'adresse suivante (consultée le 7 novembre 2022) : <https://www.washingtonpost.com/nation/2022/08/02/kansas-abortion-referendum/>.

(168) <https://twitter.com/joebiden/status/1588305048626495489?s=46&t=NwjmNN-B1x0LYjBgG5M2wQQ>.

clair que, comme le craignait Mitch McConnell, l'enjeu de l'avortement a pesé sur les élections de novembre 2022¹⁶⁹.

3 Quelques réflexions

A. Violation de l'État de droit ou respect de la démocratie ?

30. Les réactions à l'arrêt *Dobbs* furent innombrables, partout dans le monde. En Belgique, plusieurs magistrats se sont exprimés sur le sujet. Ainsi, pour Manuela Cadelli, juge au tribunal de première instance de Namur, cette décision « révèle un paradoxe et une forme de perversion » en ce qu'elle déjoue certaines critiques politiques adressées aux juges accusés d'outrepasser leurs pouvoirs. Selon elle, en agissant « en serviteurs dociles des politiciens qui les ont nommés », les juges de la Cour suprême ont trahi « le respect dû au Droit et aux populations, individus, minorités — réelles ou symboliques — qu'il protège » et se sont déshonorés¹⁷⁰.

Quelques jours plus tard, Jean de Codt, ancien premier président de la Cour de cassation, se demandait au contraire si l'arrêt de la Cour suprême ne devait pas s'interpréter comme un « progrès vers plus de démocratie » plutôt que comme un « prodigieux retour en arrière »¹⁷¹. Selon le haut magistrat : « Voilà un juge qui, au lieu de mettre sa sensibilité propre au-devant de la scène, préfère s'en remettre aux législateurs locaux. Il renonce, pour une fois, à la tentation instrumentaliste si prégnante dans le monde juridique anglo-saxon. (...) À tout prendre, il vaut peut-être mieux une règle imparfaite mais prévisible, qu'une justice tribunaire des opinions partisans de ceux qui la rendent »¹⁷². Cet article suscita la réaction (virulente) de Franklin Dehousse, ancien juge belge au Tribunal de l'Union européenne, qui rappelait que la finalité du système constitutionnel américain est d'être un « contre-pouvoir contre l'arbitraire » et de veiller à la protection des droits individuels, rôle que n'aurait pas rempli la Cour suprême dans l'arrêt *Dobbs*¹⁷³. Faisant à son tour suite à l'article de M. de Codt, Mme Cadelli surenchérisait quelques jours plus tard. Selon elle, le rôle des juges, surtout constitutionnels, est d'assurer le respect par les États des libertés publiques « et de les empêcher d'y revenir quels que soient la conjoncture ou l'état de l'opinion publique, par le biais de lois nécessairement qualifiées de scélérates puisque liberticides »¹⁷⁴.

31. Comment articuler ces points de vue, à première vue très différents, sinon opposés ? On peut se risquer à quelques — modestes — pistes de solution, en faisant un détour par deux notions clés des ordres juridiques occidentaux comme ceux des États-Unis ou de la Belgique :

la démocratie et l'État de droit. Au cœur de l'exigence démocratique, on trouve deux principes : l'égalité des membres de la communauté politique et l'autonomie collective incarnée par la souveraineté du peuple¹⁷⁵. La Cour européenne des droits de l'homme exprime la même idée lorsqu'elle rappelle que la démocratie « suppose de donner un rôle au peuple » et impose que les « personnes soumises aux mêmes lois » aient « le dernier mot au sujet de leur contenu et de leur mise en œuvre »¹⁷⁶. À cet égard, J. de Codt a raison de suggérer qu'il est « normal, en bonne démocratie, que les parlements prennent leurs responsabilités »¹⁷⁷. Insistons cependant là-dessus : il ne s'agit pas de souveraineté de la majorité mais bien du peuple. Alexis de Tocqueville mettait déjà en garde contre le risque de « despotisme de la majorité »¹⁷⁸ et, en 1928, le célèbre juriste autrichien Hans Kelsen justifiait la justice constitutionnelle comme un « moyen particulièrement propre » à réaliser l'idée selon laquelle l'essence de la démocratie ne réside pas « dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite dans la paix sociale »¹⁷⁹. À son tour, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que la démocratie « ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »¹⁸⁰. La notion d'État de droit, comprise dans son sens le plus large (et donc comme englobant également les notions voisines de *Rechtsstaat* et de *Rule of law*) renvoie à *minima* à l'idée d'un pouvoir politique distinct des autres systèmes sociaux, soumis à des principes de droit et garant des droits individuels par le biais notamment de l'existence de juridictions indépendantes et impartiales¹⁸¹.

32. On le perçoit aisément, les notions de démocratie et d'État de droit ne sont ni synonymes ni antonymes mais leurs relations « relèvent d'une dialectique plus subtile faite à la fois de complémentarité et de tension »¹⁸². N'en déplaise aux tenants du concept de « démocratie illibérale », les droits et libertés fondamentaux, qui sont indissociables de la notion d'État de droit, s'avèrent en effet être des « conditions de possibilité » de l'autonomie collective qui fonde la démocratie dès lors qu'il ne peut y avoir de vie politique démocratique sans l'espace de discussion qu'ils garantissent¹⁸³. Les garanties de l'État de droit sont également indispensables pour limiter le risque d'abus de pouvoir dans le chef de ceux qui ont été élus de façon (formellement) démocratique. Comme le résume la Commission de Venise, l'État de droit « promeut la démocratie en établissant l'obligation pour les personnes exerçant la puissance publique de rendre compte et en garantissant les droits de l'homme, qui protègent les minorités contre les décisions arbitraires de la majorité »¹⁸⁴. Si on accepte ce cadre, on ne peut que rejoindre M. Cadelli et F. Dehousse lorsqu'ils insistent sur le rôle joué par les juges dans la défense des droits et libertés.

(169) X, « La victoire du droit à l'avortement », *Courrier international*, n° 1672 du 17 au 23 novembre 2022, p. 12.

(170) M. CADELLI, « Quand les juges se déshonorent », *Le Soir*, 29 juin 2022.

(171) J. DE CODT, « Les juges doivent-ils gouverner ? », *La Libre*, 14 juillet 2022, www.lalibre.be.

(172) *Idem*.

(173) F. DEHOUSSE, « La constitution américaine protège-t-elle les hommes de la vasectomie obligatoire ? », *Le Vif*, 22 juillet 2022, www.levif.be. Recourant à une analogie quelque peu discutable, il écrivait à propos de l'article de M. de Codt : « En lisant sa stimulante réflexion, une question m'a soudain traversé l'esprit : que dirait-il si les autorités américaines imposaient la vasectomie ou la castration chimique aux hommes ? Qu'il est bon de laisser les législateurs décider ? Ou que la Constitution protège l'intégrité physique masculine ? ».

(174) M. CADELLI, « Renvoyer la question de l'IVG au législateur n'est pas un "progrès démocratique" », *Le Soir*, 8 août 2022, p. 33. Selon elle,

l'avortement est une liberté publique qui est en filiation directe avec l'*Habeas corpus Act* de 1679 et qui ne peut être laissée au bon vouloir des élus.

(175) P. GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexions sur la légitimité dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1995, pp. 112 et s. ; H. DUMONT, « La démocratie, moteur des mutations de l'État de droit et vice-versa », in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS et W. VERRIJDT (éd.), *Semper perseverans - Liber amicorum André Alen, Anvers-Gand-Cambridge*, Intersentia, 2020, p. 80. L'article 33 de notre Constitution dispose ainsi que tous les pouvoirs « émanent de la Nation ».

(176) C.E.D.H., 30 juillet 2001, *Refah Partisi c. Turquie*, § 43. Dans le même sens, la Commission de Venise rappelait en 2016 que la démocratie « implique l'association de la population aux décisions au sein d'une société » (Liste des critères de l'État de droit adoptée par la Commission de Venise à sa 106e session plénière, CDL-AD(2016)007, 2016, p. 9).

(177) J. DE CODT, « Les juges

doivent-ils gouverner ? », *op. cit.*

(178) A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Paris, Flammarion, 1981, p. 230.

(179) H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Rev. dr. publ.*, 1928, p. 253. Dans le même sens, H. Dumont et M. El Berhoumi rappellent que la démocratie « ne se réduit pas à la prise de décision par la majorité » et que « l'intervention des juges constitutionnels s'avère particulièrement décisive pour protéger l'exercice des libertés par les minorités » (H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel. Approche critique et interdisciplinaire*, t. 1, p. 240).

(180) C.E.D.H., 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, § 64.

(181) J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis - Presses de l'Université Saint-Louis, 2014, p. 301 et les réf. citées. Pour une liste plus ambitieuse, voy. Commission de Venise, Rapport sur

la prééminence du droit, CDL-AD(2011)003rev, 2011, p. 10).

(182) H. DUMONT, « La démocratie, moteur des mutations de l'État de droit et vice-versa », *op. cit.*, p. 77. H. Dumont relève que ces notions correspondent à deux traditions bien distinctes : la première peut être rattachée à Rousseau alors que la seconde a été inaugurée par la pensée de John Locke (p. 79). Il montre également comment elles ont contribué à leurs mutations respectives (pp. 81-88).

(183) P. GÉRARD, *Droit et démocratie*, *op. cit.*, p. 128.

(184) Liste des critères de l'État de droit adoptée par la Commission de Venise à sa 106e session plénière, CDL-AD(2016)007, 2016, p. 9. Voy. également C.E.D.H., 30 juillet 2001, *Refah Partisi c. Turquie*, § 43 : « Il existe un lien très étroit entre la prééminence du droit et la démocratie » (la notion de « prééminence du droit » est reprise dans le préambule de la Convention et traduite en anglais par les termes de « rule of law »).

B. Le droit à l'avortement et la société américaine

33. L'essentiel de l'enjeu, pour la question qui nous concerne, consiste à déterminer si le droit à l'avortement fait partie de ces droits et libertés fondamentaux qui doivent échapper à la (tyrannie de la) majorité ou s'il s'agit d'une question de société qui doit être soumise au débat démocratique. Dans le contexte américain, cela revient à se demander si, à la veille du prononcé de l'arrêt *Roe v. Wade*, le droit à l'avortement faisait partie du droit constitutionnel américain, de sorte que la Cour suprême se serait contentée d'en constater l'existence.

34. Si on examine le droit positif, il est difficile de répondre positivement à cette question. Ni la Constitution américaine ni ses amendements ne consacrent explicitement un tel droit, ni un droit des femmes à disposer de leur corps. On l'a vu, le XIX^e siècle fut l'occasion d'une criminalisation accrue de l'avortement, impliquant nécessairement l'inexistence d'un tel droit. Même le droit au respect de la vie privée, dont la Cour suprême a dérivé le droit à l'avortement dans *Roe v. Wade*, n'est pas explicitement prévu dans la Constitution mais a été induit par cette juridiction à partir des 1^{er}, 4^e, 5^e, 9^e et 14^e amendements¹⁸⁵. Dans cet arrêt, on l'a vu, c'est du 14^e amendement, adopté en 1868, que s'est inspirée la cour pour conclure à l'existence d'un droit à l'avortement. Cet article, dans la partie qui nous intéresse, stipule qu'aucun État « ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière (...) »¹⁸⁶. Il faut être de bon compte : rien dans cette disposition n'impose de conclure à l'existence d'un droit à l'avortement, le terme « liberté » appelant nécessairement une interprétation, tout comme la notion de « privation » ou de « procédure légale régulière »¹⁸⁷.

Même dans les systèmes juridiques qui disposent d'un droit explicite au respect de la vie privée, les juridictions n'en ont généralement pas déduit un droit à l'avortement¹⁸⁸. Il suffit à cet égard de consulter la jurisprudence pour le moins prudente de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question. En réalité, dans un premier temps, la Cour a examiné la question sous l'angle du droit à la vie consacré par l'article 2 de la Convention. Sans déterminer si cette dernière garantissait un droit à l'avortement, elle a considéré que la législation fixant le point de départ du droit à la vie relevait de la marge d'appréciation des États, en l'absence d'un consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie¹⁸⁹. Le débat s'est ensuite déplacé vers l'article 8 de la Convention, qui consacre le droit au respect de la vie privée¹⁹⁰. Dans un arrêt du 20 mars 2007, la Cour a jugé que l'État polonais avait violé cette disposition en ne satisfaisant pas à son obligation positive d'assurer le respect effectif de la vie privée de la requérante, du fait de l'absence de mise en place de procédures ou de structures permettant à des femmes enceintes de revendiquer le

droit d'obtenir un avortement thérapeutique¹⁹¹. Dans son arrêt *A, B et C c. Irlande*, rendu en grande chambre le 16 décembre 2010, les juges strasbourgeois ont rappelé que, eu égard au caractère large de la notion de « vie privée » par l'article 8 de la Convention, la législation relative à l'interruption de grossesse « touchait au domaine de la vie privée de la femme enceinte » mais que cette disposition « ne pouvait s'interpréter comme signifiant que la grossesse et son interruption relèvent exclusivement de la vie privée de la future mère, la vie privée d'une femme enceinte devenant étroitement associée au fœtus qui se développe ». Elle en concluait que « le droit de la femme enceinte au respect de sa vie privée devrait se mesurer à l'aune d'autres droits et libertés concurrents, y compris ceux de l'enfant à naître » et que l'article 8 « ne saurait en conséquence s'interpréter comme consacrant un droit à l'avortement »¹⁹².

35. À défaut de trouver, dans le droit positif antérieur à *Roe*, l'existence claire d'un droit à l'avortement, pourrait-on l'identifier dans un droit qui se situerait au-delà du droit positif ? Voilà qui convoque le spectre du droit naturel. Même à postuler son existence (qui reste indémontrable), encore faudrait-il constater que la littérature qui y est consacrée depuis plus de 2.000 ans ne fait guère mention d'un droit à l'avortement ou même d'un droit des femmes à disposer de leur corps. Eu égard au statut de la femme dans la plus grande partie de notre histoire juridique, il n'y a pas lieu de s'en étonner. On imagine mal Aristote s'en faire le défenseur, lui qui réservait la forme la plus noble de justice (la justice politique) aux citoyens (à l'exclusion, donc, des femmes)¹⁹³. La lecture de Thomas d'Aquin ne sera guère d'une plus grande aide. Pour l'aquinate, la loi naturelle impose à chaque être humain la conservation de son être et le soin des petits¹⁹⁴. On retrouvera des enjeux comparables quelques siècles plus tard lorsque Hobbes évoquera le « droit de nature » d'user de son pouvoir pour préserver « sa propre vie »¹⁹⁵, que Locke décrira la loi de nature qui impose de respecter la vie et la liberté des autres¹⁹⁶, que la déclaration américaine d'indépendance actera comme vérité allant de soi que Dieu a attribué aux hommes « certains droits inaliénables, notamment la vie, la liberté » ou que la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen attribuera en son article 2 à toute association politique le but de conserver les droits naturels et imprescriptibles de l'homme parmi lesquels la liberté et la sûreté. À l'exception de l'avortement requis pour sauver la vie — voire la santé — de la mère, on conçoit que ces textes soient davantage de nature à servir la cause de ceux qui s'opposent au droit à l'avortement.

36. De ce (trop) bref aperçu, on peut concéder au juge Alito qu'il n'existait pas, de façon incontestable, de droit à l'avortement dans l'ordre juridique américain à la veille du prononcé de l'arrêt *Roe v.*

(185) Voy. la jurisprudence citée dans *Roe v. Wade*, 410 U.S. 152.

(186) « No state shall (...) deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (...) ». Selon la Cour suprême : « This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy » (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 153).

(187) Il est difficile de donner une traduction satisfaisante de cette notion, essentielle, de « due process of law », qui trouve son fondement dans les 5^e et 14^e amendements de la Constitution, et présente tant une dimension procédurale (qui vise, en résumé, les obligations procédurales qui pèsent sur les pouvoirs publics lorsqu'ils adoptent une mesure privative de liberté ou de propriété qu'une dimension substantielle, qui concerne les garanties juridiques fondamentales en matière de liberté et de propriété (comme la liberté d'expression). Sur cette notion, voy. éga-

lement ci-avant, § 27.

(188) En Belgique, la dépénalisation de l'avortement a précédé de quelques années la consécration dans la Constitution d'un droit au respect de la vie privée (actuellement repris en son article 22).

(189) C.E.D.H., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, § 82, CEDH 2004-VIII. Et la Cour de préciser (§ 80) : « Il ressort de ce rappel jurisprudentiel que (...) l'enfant à naître n'est pas considéré comme une "personne" directement bénéficiaire de l'article 2 de la Convention et que son "droit" à la "vie", s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et les intérêts de sa mère. Les organes de la Convention n'excluent toutefois pas que, dans certaines circonstances, des garanties puissent être admises au bénéfice de l'enfant non encore né (...) ». Dans un arrêt *Boso c. Italie*, la Cour avait jugé que, « à supposer même que, dans certaines circonstances, le fœtus puisse être considéré comme un titulaire de droits protégés par l'article 2 de la Convention », cette disposition n'était pas violée par une législation permettant l'avortement afin de protéger la santé de la femme enceinte (C.E.D.H., 5 septembre 2002, *R.T.D.civ.*, 2003,

pp. 373 et s. et note J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD).

(190) En réalité, la Commission européenne des droits de l'homme a, dès 1976, considéré que les législations régissant l'interruption volontaire de grossesse relevaient du domaine de la vie privée, dès lors que, lorsqu'une femme est enceinte, « on ne saurait dire que la grossesse relève uniquement du domaine de la vie privée » et que « sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe » (Requête n° 6959/75, *Bruggemann et Scheuten c. RFA*, décision du 19 mai 1976, *D.R.*, 10, p. 138, § 59).

(191) C.E.D.H., 20 mars 2007, *Tysiack c. Pologne*, §§ 108 et s., *J.T.D.E.*, 2007, p. 156 ; *R.T.D.H.*, 2007, p. 855 et obs. J.-M. LARRALDE.

(192) C.E.D.H., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n° 25579/05, §§ 212-214. Elle a considéré en l'espèce qu'une interdiction d'avorter pour motifs de santé et/ou de bien-être constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, justifiée en l'espèce pour deux des requérantes (§ 216) mais pas pour la troisième : « faute d'avoir adopté des dispositions législatives ou réglementaires instituant une procédure acces-

sible et effective au travers de laquelle la requérante aurait pu faire établir si elle pouvait ou non avorter en Irlande sur le fondement de l'article 40.3.3 de la Constitution, les autorités ont méconnu leur obligation positive d'assurer à l'intéressée un respect effectif de sa vie privée » (§ 267).

(193) ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, t. V, trad. par R. Bodéüs, Paris, Flammarion, 2008, p. 69 et s., spéc. p. 72. Cela étant précisé, et bien que le serment d'Hippocrate s'y oppose (« semblablement, je ne remettrai à aucune femme un pessaire abortif »), il semblerait, à en croire la Cour suprême des États-Unis, que l'avortement était pratiqué tant en Grèce qu'à Rome (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 130-131).

(194) T. D'AQUIN, *Somme Théologique*, t. II, trad. par M. Drioux, Paris, Éd. E. Belin, 1852, la-Ila q. 94, art. 2.

(195) T. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, p. 68.

(196) J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980, p. 9, § 6.

Wade et donc d'obligation pour les juges de veiller à son respect¹⁹⁷. Dans ces circonstances, n'aurait-il pas été préférable que ce droit soit consacré par la voie législative ? Assurément, comme ce fut le cas dans la plupart des autres pays et souvent après d'âpres débats¹⁹⁸. Pour certains, c'est précisément le fait que ce droit a été consacré par la voie prétorienne qui explique le caractère virulent du débat américain¹⁹⁹, pointant le manque de légitimité démocratique déjà dénoncé par les juges Scalia et Thomas dans *Casey* et répété dans l'arrêt *Dobbs*.

37. La spécificité de la société américaine permet sans doute de comprendre pourquoi aucun consensus n'a pu être trouvé sur cette question sensible. Au-delà des considérations d'ordre juridique ou technico-scientifique²⁰⁰, le cœur du débat est évidemment d'ordre axiologique²⁰¹. Si tel est le cas partout dans le monde, le débat sur l'avortement reflète au moins deux paradoxes de la société américaine, qui sont du reste liés. Le premier concerne le dilemme américain entre des valeurs laïques humanistes et individualistes, relatives au respect de la vie privée, et des convictions religieuses relatives au caractère sacré de la vie enracinées pour la plupart dans la tradition judéo-chrétienne²⁰².

D'un côté, la référence au respect de la vie privée utilisée pour consacrer le droit à l'avortement confirme que le système de valeurs américain repose sur l'individu et sur la notion, quasi sacrée, de la liberté²⁰³. Ainsi que l'observe M. Ignatieff, les garanties des droits de l'homme aux États-Unis ont traditionnellement été employées au service d'une tradition politique plus critique du gouvernement, plus insistante sur la responsabilité individuelle et plus concernée par la défense de la liberté individuelle que les traditions européennes socialistes, sociales-démocrates ou chrétiennes-démocrates²⁰⁴. Il en résulte, dans le débat américain relatif à l'avortement, que l'autorité se voyait principalement, jusqu'à *Dobbs*, imposer des obligations négatives²⁰⁵ et non des obligations positives²⁰⁶. De l'autre côté, le débat sur l'avortement révèle l'ambivalence américaine envers la religion. Alors que la Constitution impose une séparation stricte entre l'État et l'Église, les États-Unis apparaissent comme un des pays occidentaux les plus religieux et, par le ton de certains de ses groupes religieux, comme étant de loin le plus fondamentaliste²⁰⁷. Les législations des États restreignant le droit à l'avortement ont souvent un fondement religieux implicite. Dans son arrêt *Lemon v. Kurtzman*, la Cour suprême avait pourtant consacré un « lemon test », visant à garantir une certaine laïcité législative. Selon cet arrêt, la loi doit d'abord poursuivre un but séculier, ensuite son effet principal et premier ne peut ni promouvoir ni inhiber la religion, enfin la loi ne peut encourager une immixtion excessive du gouvernement dans la religion²⁰⁸. Selon A. Moravksic, la culture politique américaine de l'après-guerre était déjà beaucoup plus conservatrice et influencée par des minorités évangéliques religieuses que celle de l'Europe de l'après-guerre²⁰⁹. Plus nuancé, C. Sunstein relevait en 2005 que le « libéralisme social » et « l'internationalisme libéral »

étaient très présents dans l'Amérique de l'après-guerre et que c'est la révolution sociale opérée dans les années 1960 qui a entraîné le retour de balancier conservateur avec le début de l'administration Nixon²¹⁰.

38. Le second paradoxe, qui n'est pas étranger au premier, concerne la position américaine par rapport au droit à la vie. Alors que les opposants à l'avortement défendent avec force — et parfois violence — le droit à la vie de l'enfant non encore né et que l'euthanasie active est condamnée par tous les États, vingt-sept États connaissent la peine de mort et les États-Unis se sont réservé le droit de prononcer la peine de mort contre toute personne^{211 212}.

C. Respect du précédent et souci de légitimité

39. Doit-on en conclure que la Cour suprême a outrepassé ses compétences en 1973 ? Non. Ce n'était ni la première, ni la dernière fois que cette juridiction a consacré un droit qui n'était pas explicitement reconnu dans la Constitution, à commencer par le droit plus général à la vie privée déjà évoqué²¹³. Tel est le propre d'une Cour constitutionnelle et, sur notre continent, tant la Cour de justice de l'Union européenne que la Cour européenne des droits de l'homme ont fait preuve à de nombreuses reprises d'une même créativité juridique.

Du reste, si audace il y a eu en 1973, elle fut davantage juridique que socio-politique. On a déjà évoqué la libéralisation progressive de l'avortement dans les années 1960, favorisée par plusieurs législations étatiques. Dans le contexte spécifique de la guerre du Vietnam, après une décennie de lois dépénalisant l'avortement dans une plus ou moins large mesure, quelques décisions pionnières de juridictions consacrant l'existence d'un droit à l'avortement et l'arrêt *Griswold* de la Cour suprême, *Roe* n'a, finalement, pas tant surpris par le droit qu'il consacrait que par la précision du système trimestriel qu'il mettait en place²¹⁴. Un article du 25 août 1972 du *New York Times*, faisait remarquer que d'à peine plus de 15 % en 1968, le mouvement en faveur de l'avortement était passé à 40 % en 1969 et 50 % en 1971²¹⁵.

40. Aurait-il été choquant, sur le plan juridique, de lire dans l'arrêt *Roe v. Wade* que, sur la question de l'avortement, la Constitution n'est ni « pro-life » ni « pro-choice » mais « laisse au peuple et à leurs élus la tâche de résoudre cette question par le processus démocratique dans les États ou le congrès — comme les nombreuses autres questions de politique économique et sociale que la Constitution ne régit pas »²¹⁶ ? Nous ne le pensons pas davantage dès lors que, compte tenu des textes constitutionnels, ce raisonnement était parfaitement tenable. Seulement, nous ne sommes pas en 1973 mais près de 50 ans plus tard. Pendant un demi-siècle, le droit à l'avortement a été présenté comme un droit de valeur constitutionnelle, vécu comme tel, invoqué comme tel. En d'autres termes, ce droit a bien acquis une valeur constitutionnelle

(197) *Contra*, voy. l'argumentaire du philosophe du droit R. Dworkin qui, dans son livre *Life's Dominion*, a essayé de démontrer le fondement constitutionnel du droit à l'avortement (R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 110-125).

(198) Inutile de rappeler à cet égard les débats qui ont présidé à cette consécration en droit belge.

(199) R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 6 et les références citées.

(200) Selon M. Deflem, le développement des sciences et des techniques, susceptible de mener à une technocratisation du droit relatif à l'avortement, n'a jamais véritablement été le centre du débat et n'a pas modifié de façon substantielle les législations adoptées (M. DEFLEM, *op. cit.*, p. 803).

(201) Dworkin déplorait déjà la polarisation du débat entre ceux qui considèrent d'un côté que l'avortement viole les intérêts et les droits les plus fondamentaux d'une personne et ceux qui estiment de l'autre que le fœtus n'est pas une personne avec des droits (R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 9-12).

(202) M. DEFLEM, *op. cit.*, p. 803.

(203) M. DEFLEM, *op. cit.*, p. 803.

(204) *Ibidem*, p. 795.

(205) M. IGNATIEFF, « Introduction : American Exceptionalism and Human Rights », in M. IGNATIEFF (éd.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2005, p. 11. Une des différences importantes entre la *Rule of law* anglo-saxonne et l'État de droit français ou le *Rechtsstaat* allemand est d'ailleurs le rôle dévolu à l'autorité étatique, considérée comme une ennemie potentielle de la liberté dans le premier cas, comme la garante des droits de l'individu et de la collectivité dans l'autre (M. ROSENFELD, « The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy », *S. Cal. L. Rev.*, 2000-2001, vol. 74, p. 1319).

(206) Principalement, depuis *Casey*, l'interdiction de grever le droit à l'avortement d'une charge induite.

(207) L'autorité étatique américaine n'avait, même avant *Dobbs*, aucune obligation d'inclure les avortements thérapeutiques de la couverture étatique dans le cadre des programmes « Medicaid ». Comp. avec les arrêts strasbourgeois *Tysiack* et *A, B et C* évoqués ci-avant. Dans le même sens, Cass Sunstein relève que les droits

américains sont définis en termes négatifs plutôt qu'en termes positifs (C. SUNSTEIN, « Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », in M. IGNATIEFF (éd.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2005, p. 91).

(207) R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 6.

(208) U.S. Supreme Court, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971) (trad. libre).

(209) A. MORAVKIC, « Paradox of U.S. Human Rights Policy », in M. IGNATIEFF (éd.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2005, pp. 176 et s.

(210) C. SUNSTEIN, « Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees ? », *op. cit.*, p. 90.

(211) De façon significative, le texte excepte les femmes enceintes.

(212) On peut également inclure dans ce paradoxe la position des conservateurs anti-avortement, y compris au sein de la Cour suprême, en ce qui concerne le port d'arme. Dans un arrêt prononcé la veille de l'arrêt *Dobbs*, la Cour suprême a dé-

claré inconstitutionnelle une loi de l'État de New York qui imposait certaines conditions aux candidats acquéreurs d'armes (*New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. (2022)). On relèvera qu'en 2008, la Cour suprême avait identifié un droit général de porter des armes dans le deuxième amendement, interprété jusque là comme limitant ce droit aux milices militaires (*D.C. v. Heller*, 554 US 570 (2008)).

(213) Sur ces droits « non énumérés », voy. ci-avant, § 26.

(214) Étant donné ces références aux savoirs de l'époque, la construction par trimestres de *Roe* était cependant vouée à être remise en cause, le développement des connaissances médicales et techniques étant susceptible de rendre les avortements plus sûrs après le premier trimestre et d'avancer le point de viabilité avant le début du troisième trimestre (M. DEFLEM, *op. cit.*, p. 801 et les références citées).

(215) M. VITIELLO, *op. cit.*, p. 86.

Cité par C. FRANCOM, *op. cit.*, pp. 80-81.

(216) Opinion concurrenente du juge Kavanaugh dans l'arrêt *Dobbs*, p. 3.

grâce non seulement à l'arrêt *Roe* mais à sa confirmation à plusieurs reprises durant les décennies qui ont suivi. Dans cet arrêt, la Cour suprême ne se contente pas de conclure à l'inexistence d'un droit : elle l'a en réalité abrogé²¹⁷.

41. À cet égard, *Dobbs* marque une étape supplémentaire dans le délitement de la règle du précédent. Cette règle, incarnée dans la doctrine de *stare decisis*, est censée constituer une limite à l'arbitraire judiciaire et garantir une certaine sécurité juridique. L'arrêt *Dobbs* démontre que les juges de la Cour suprême sont disposés à s'en affranchir à leur guise, lorsque la nécessité s'en fait sentir. Assurément, ce n'est pas la première fois que la Cour opère un revirement de jurisprudence. Dans l'affaire *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, la Cour suprême avait écarté *Plessy v. Ferguson*, un précédent vieux de 58 années, qui avait fait droit aux lois ségrégationnistes et à la doctrine « séparés mais égaux ». L'arrêt *Brown* cependant visait à rétablir l'égalité et accroître les libertés publiques, aboutissant en fin de compte à renforcer la légitimité de la Cour suprême. L'insécurité juridique liée à l'absence de respect du précédent sera encore renforcée par l'émiettement des règles applicables encouragé par l'arrêt, rendant le contentieux d'autant plus inéluctable que l'enjeu est sensible. D'ores et déjà, plusieurs questions se dégagent. La première est de savoir si les États tenteront de donner à leurs lois des effets extra-territoriaux (non sans rappeler les « fugitive slave laws » du XIX^e siècle²¹⁸). La loi de l'État de Mississippi à l'origine de l'affaire *Dobbs* visait justement à sanctionner toute personne qui viendrait en aide à une personne cherchant à pratiquer une interruption volontaire de grossesse, y compris un chauffeur de taxi. Verra-on dorénavant des limites au « interstate travel » ? Dans son « concurring opinion », le juge Kavanaugh estimait que ce risque ne se présenterait pas²¹⁹ mais on peut en douter.

42. Au-delà de la question de la sécurité juridique et de l'enjeu de fond, c'est sur le terrain de la légitimité que la décision *Dobbs* paraît prêter le plus le flanc à la critique. Comme l'écrit H. Dumont, la légitimité de la justice constitutionnelle « ne pourra jamais être tenue pour acquise a priori » mais doit « toujours être perçue comme un problème à résoudre »²²⁰. Et c'est sans doute là que le bât blesse le plus. Si la Cour suprême apparaît certes comme une institution politisée et peu démocratique, elle n'en avait pas moins développé jusqu'à présent une certaine capacité de résistance par rapport aux pressions politiques susceptibles de lui permettre de conserver sa légitimité²²¹. L'évolution de sa composition, exposée ci-avant, a néanmoins démontré que la nomination de juges conservateurs a été explicitement guidée par une volonté politique d'abroger le droit consacré par *Roe*²²². L'apparente déférence démocratique ne peut donc masquer l'arrière-fonds idéologique de l'arrêt *Dobbs*, qui vise à réduire la voilure de l'État fédéral et renvoyer la balle au processus politique dans les États

fédérés. Le problème est que la Cour suprême semble s'accommoder de contradictions. La veille de l'arrêt *Dobbs*, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une loi de l'État de New York vieille de plus d'un siècle (1911), ne montrant aucune déférence envers le législateur²²³. Dans l'arrêt *Carson v. Makin*, du 21 juin 2022, elle écarte une loi de l'État de Maine qui limitait l'aide financière aux écoles religieuses²²⁴. En clair, la Cour se soumet à la volonté politique lorsque cela l'arrange.

Ce souci du respect pour les règles démocratiques paraît d'autant plus suspect que la majorité des Américains est, et ce au moins depuis l'arrêt *Roe v. Wade*, en faveur de la reconnaissance d'un droit à l'avortement, certes selon des modalités fort variables. À partir de 1975, les sondages menés par l'institut Gallup ont porté sur la question de savoir si l'avortement devait être autorisé dans toutes les circonstances, dans certaines circonstances ou en aucun cas. En 1975, 21 % des personnes sondées étaient en faveur du droit à l'avortement dans tous les cas, 54 % dans certains et 22 % en aucun cas. En 2022, la première catégorie est passée à 35 %, la deuxième est légèrement descendue à 50 % et la troisième a quasiment baissé de moitié (13 %)²²⁵. Ainsi, malgré l'argument démocratique, la décision rendue par la Cour suprême se révèle être en décalage complet par rapport à l'opinion publique. Ce décalage se ressent dans la perception de la Cour suprême par les Américains. Un sondage Gallup réalisé à l'automne 2021 fixait à 53 % le niveau de désapprobation que les Américains éprouvaient envers la Cour suprême. Un sondage plus récent établit à 25 % le niveau de confiance envers la Cour²²⁶. Lors de l'audience orale dans l'affaire *Dobbs*, Sonia Sotomayor s'interrogeait justement sur le fait de savoir comment la Cour allait survivre à l'odeur nauséabonde (« stench ») qui se dégagerait d'un tel revirement. On mesure le chemin parcouru depuis l'affaire *Casey* de 1992, dans laquelle le raisonnement de la majorité de la Cour suprême tenait pour grande partie à asseoir la légitimité de la Cour. Le mot apparaît plus d'une dizaine de fois sous la plume de la juge O'Connor, justement pour souligner le péril d'un décrochage avec l'opinion publique : « Le pouvoir de la Cour trouve sa source dans (...) sa légitimité, un produit de fond et de perception qui se manifeste dans l'acceptation qu'a le peuple du rôle du pouvoir judiciaire de déterminer ce qu'est le droit de la Nation et de déclarer ce qu'elle exige »²²⁷.

43. Loin d'être une ode à la démocratie, *Dobbs* consacre en réalité le triomphe de la doctrine « originaliste » de la Constitution, à savoir une interprétation historiciste extrême, visible dans d'autres arrêts récents — notamment celui sur le 2^e amendement²²⁸, et une approche stigmatisée par Stephen Breyer et Sonia Sotomayor dans leurs opinions dissidentes²²⁹. L'évolution respective des jurisprudences américaine et européenne est, sur ce point, frappante. Alors que la Cour suprême a consacré en 1973 un droit constitutionnel à l'avortement pour ensuite en nier l'existence en 2022, la Cour européenne des droits de

(217) Dans nos systèmes juridiques, une telle décision viendrait heurter le principe de *standstill*, qui vise à garantir une « irréversibilité relative » des droits fondamentaux (voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits*

fondamentaux : une irréversibilité relative, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden, Éditions Sakkoulas-Bruylant-Nomos, 2008).

(218) La « Fugitive Slave Act » de 1850 obligeait les citoyens à participer à la poursuite d'esclaves en fuite, sous peine d'amende. Pour plus de développements, voy. I. OISHI, « Legal Vigilantism : A Discussion of the New Wave of Abortion Restrictions and the Fugitive Slave Acts », *Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. XXIII (2022), consulté le 7 novembre 2022 et disponible à l'adresse suivante : <https://www.law.georgetown.edu/gender-journal/legal-vigilantism-a-discussion-of-the-new-wave-of-abortion-restrictions-and-the-fugitive-slave-acts/>.

(219) *Dobbs, slip op.* (per Kavanaugh), p. 7 : « ... may a State bar a resident of that State from traveling to another State to obtain an

abortion ? In my view, the answer is no based on the constitutional right to interstate travel ».

(220) H. DUMONT, « La démocratie, moteur des mutations de l'État de droit et vice-versa », in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS et W. VERRIJDT (éd.), *Semper perseverans - Liber amicorum André Alen*, Anvers-Gand-Cambridge, Intersentia, 2020, p. 87.

(221) Tel avait notamment le cas dans les arrêts précités *Webster* ou *Casey*. À la fin du siècle dernier, M. Vitiello pouvait ainsi encore écrire : « the court's performance looks closer to public opinion than does that of many elected officials » (M. VITIELLO, *op. cit.*, p. 89).

(222) M. Boot relève que *Roe* n'aurait sans doute pas été renversé si Mitch McConnell, alors leader de la majorité au Sénat, n'avait pas rompu avec un précédent en refusant en 2016 d'accorder un vote au candidat Merrick Garland proposé par Obama (M. BOOT, « The Supreme Court rulings represent the tyranny of the minority », *The Washington Post*, 25 juin 2022, consulté le 14 septembre 2022 et disponible à l'adresse suivante : <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/06/25/supreme-court-rulings-abortion-roe-guns-represent-minority-tyranny/>).

(223) *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022). Un sondage récent a toutefois montré que 65 % des Américains souhaitent un contrôle plus strict des armes, contre 28 % opposés à des telles mesures (M. BOOT, *op. cit.*).

(224) *Carson v. Makin*, 596 U.S. ____ (2022).

(225) Voy. Gallup polls, disponibles à l'adresse suivante : <http://www.gallup.com/poll/1576/Abortion.aspx>.

(226) Dans un article publié le lendemain de l'arrêt *Dobbs*, l'historien M. Boot relevait pour sa part que 54 % des Américains souhaitent conserver *Roe*, alors que seuls 28 % espéraient un revirement (M. BOOT, *op. cit.*).

(227) Dans un article publié dans le *Washington Post*, l'historien Max Boot, qui cite ce dernier sondage, rappelait que les pères fondateurs des États-Unis craignaient non seulement la tyrannie de la majorité mais également celle de la minorité. Selon lui, le cauchemar d'Hamilton est devenu la réalité, des États plus petits imposant leurs vues à des États plus impor-

tants grâce à leur représentation disproportionnée au Sénat et donc à la Cour suprême (M. BOOT, *op. cit.*).

(228) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (cite *supra*, note 38), p. 865.

(229) Dans l'arrêt *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* (cite *supra*, note 223), une loi de l'État de New York, sur le port d'armes (exigeant un permis de port d'armes, délivré uniquement sur justification d'un « proper cause ») avait été déclarée anticonstitutionnelle — au terme d'une longue analyse historique — par 6 voix contre 3.

(229) Pour le juge Breyer, l'approche historique et originaliste de la Cour suprême dépasse les bornes : « Although I agree that history can often be a useful tool determining the meaning and scope of constitutional provisions, I believe the Court's near-exclusive reliance on that single tool goes much too far. The Court concedes that no Court of Appeals has adopted its rigid history-only approach ». Voy. *Bruen, slip op.* (per Breyer), p. 21.

l'homme, qui s'était d'abord refusée à reconnaître explicitement que la Convention consacrerait un tel droit, développe depuis quelques années une jurisprudence — certes prudente — qui trace les contours d'une réelle protection des femmes qui souhaitent avorter²³⁰. Comment mieux illustrer le contraste entre le texte européen, conçu comme un instrument vivant et le texte américain, figé dans le bronze par la doctrine originaliste ?

Conclusion

44. Il existe un large consensus, de ce côté de l'Atlantique, pour condamner l'arrêt *Dobbs*. Une lecture plus attentive permet cependant de cibler la critique. La Cour suprême a, en effet, raison lorsqu'elle affirme que l'arrêt *Roe v. Wade* n'a pas fait que constater l'existence d'un droit à l'avortement qui serait protégé par la Constitution et que, par conséquent, il s'agit d'une question qu'il aurait été préférable de résoudre à l'époque par la voie démocratique. Cela étant précisé, le raisonnement des juges conservateurs ne doit pas nous tromper : dans le

contexte américain, ce n'est pas le principe démocratique mais le système électoral qui a empêché la consécration d'un droit à l'avortement, plébiscité — certes selon des modalités différentes — par la majorité de la population. Si on accepte par ailleurs de dépasser une compréhension purement formelle de la démocratie (la majorité décide) pour en embrasser une conception plus subtile, qui intégrerait sa relation dialectique avec la notion d'État de droit, le revirement de *Dobbs* s'avère encore plus problématique en ce qu'il abroge un droit consacré depuis près de 50 ans et ce, alors que les juges constitutionnels ont pour mission de protéger les droits individuels²³¹. En ce sens, les juges de la Cour suprême se sont, en effet, déshonorés.

François VAN DER MENSBRUGGHE

Professeur à l'Université Saint-Louis-Bruxelles
et professeur invité à l'Université de Liège

Jérémie VAN MEERBEECK

Professeur invité à l'Université Saint-Louis-Bruxelles
et conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles

(230) Récemment, suite aux réformes législatives polonaises très restrictives en matière d'avortement, plusieurs recours ont été introduits à Strasbourg, qui sont toujours pendants actuellement. Voy. notamment les requêtes n° 1819/21 (*K.B. c. Pologne*), n° 3639/21 (*K.C. c. Pologne*) et n° 5014/21 (*M.B. c. Pologne*). En 2021, sur les 47 États membres du Conseil de l'Europe, 40 admettaient la légalité de l'avortement, notamment sur demande durant les pre-

mières semaines de la grossesse, alors que 7 États maintenaient des règles anti-avortement allant jusque, comme à Malte ou Andorre, l'interdiction en toutes circonstances (S. KATSONI, « The Right to Abortion and the European Convention on Human Rights : In Search of Consensus among Member-States », *Völkerrechtsblog*, 19 mars 2021, disponible à l'adresse suivante : [https://voelkerrechtsblog.org/the-right-to-abortion-](https://voelkerrechtsblog.org/the-right-to-abortion-and-the-european-convention-on-)

human-rights/).

(231) Alors que le juge Alito semble vouloir comparer l'arrêt *Dobbs* à l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*, qui a opéré un revirement de la jurisprudence *Plessy v. Ferguson* en matière de ségrégation, le professeur de droit constitutionnel David Cole relève à juste titre que l'analogie doit être renversée et qu'il faudrait plutôt comparer *Dobbs* à une décision ravivant *Plessy* et reléguant de nouveau les Noirs à une ségrégation

raciale forcée après 70 années d'égalité protection des lois (D. COLE, « The Alito opinion would be like *Plessy* overturning *Brown v. Board of Education* », *The Washington Post*, 5 mai 2022, disponible à l'adresse suivante, consultée le 1^{er} novembre 2022 : <https://www.washingtonpost.com/opinions/2022/05/05/reversals-usually-expand-rights-alitos-ruling-would-deny-them/>).

Jurisprudence

EUTHANASIE

- Loi du 28 mai 2002
- Violation des conditions et des procédures
- Conséquences pénales pour le médecin
- Discrimination pour cause d'absence de différenciation en fonction du type de conditions et de procédures non respectées

C. const., 20 octobre 2022

Siég. : L. Lavrysen et P. Nihoul (prés.), T. Giet, J. Moerman, M. Pâques, Y. Kherbache, T. Detienne (rapp.), D. Pieters, S. de Bethune, E. Bribosia, W. Verrijdt (rapp.) et K. Jadin.

Plaid. : J. Van Cauter et C. Kerckhofs, W. Van Steenbrugge et J. Vande Lanotte, S. Ronse.

Les mots « et qu'il respecte les conditions et procédures prescrites par la présente loi » figurant dans la loi du 28 mai 2002 « relative à l'euthanasie », dans sa version applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 28 février 2014, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que tout non-respect des conditions et procédures de la loi du 28 mai 2002, par

le médecin qui pratique l'euthanasie, peut ainsi donner lieu à une seule et même incrimination conformément aux dispositions existantes du Code pénal incriminant l'euthanasie.

[...]

II. Les faits et la procédure antérieure.

Le 27 avril 2010, T.N. est décédée, à la suite d'une euthanasie pratiquée par J. V.H.

Le 5 janvier 2011, une plainte avec constitution de partie civile a été déposée contre, notamment, J. V.H., essentiellement parce que différentes conditions de la loi du 28 mai 2002 « relative à l'euthanasie » (ci-après : la loi du 28 mai 2002) n'auraient pas été respectées lors de l'accomplissement de l'euthanasie. Cette plainte a donné lieu à une instruction judiciaire, après quoi l'affaire a été renvoyée devant la cour d'assises de Flandre orientale.

Le 31 janvier 2020, J. V.H. a été acquitté par la Cour d'assises de Flandre orientale de la prévention de meurtre par empoisonnement. La Cour d'assises a jugé qu'il existait un doute raisonnable quant au fait que J. V.H. n'aurait pas respecté les conditions et les procédures fixées par la loi du 28 mai 2002. Par un arrêt du 12 février 2020, la même Cour d'assises

s'est déclarée incompétente pour connaître des actions civiles introduites contre J. V.H., du fait de l'acquiescement de ce dernier au pénal.

Les parties civiles ont introduit un pourvoi en cassation contre les arrêts du 31 janvier 2020 et du 12 février 2020.

Par un arrêt du 15 septembre 2020, la Cour de cassation a annulé l'arrêt du 12 février 2020 en ce que la Cour d'assises s'est déclarée incompétente, par cet arrêt, pour statuer sur les actions civiles dirigées contre J. V.H. Quant à l'arrêt du 31 janvier 2020, qui porte sur l'acquiescement de J. V.H., la Cour de cassation a jugé qu'il n'avait pas été adéquatement motivé, de sorte que l'arrêt du 12 février 2020, par lequel la Cour d'assises s'était déclarée incompétente quant au volet civil sur la base de cet acquiescement, n'était pas légalement justifié. La Cour de cassation a renvoyé l'affaire ainsi limitée devant le tribunal de première instance de Flandre orientale, division de Termonde.

Par jugement du 12 octobre 2021, le tribunal de première instance de Flandre orientale, division de Termonde, a jugé qu'afin de statuer sur les actions civiles, il devait vérifier si J. V.H. avait commis une faute réunissant les éléments constitutifs de l'infraction de meurtre par empoisonnement, au sens de l'article 397 du Code pénal. Avant de statuer, ce tribunal pose à la Cour les questions préjudicielles reproduites plus haut.