



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*La liberté trouve-t-elle enfin refuge dans une jurisprudence qui ne doute plus ? propos de la décision de la Cour suprême des Etats-Unis *Whole Woman's Health et Al. V. Hellerstedt* du 27 juin 2016*

MASTOR WANDA

Référence de publication : MASTOR (W.), « La liberté trouve-t-elle enfin refuge dans une jurisprudence qui ne doute plus ? propos de la décision de la Cour suprême des Etats-Unis *Whole Woman's Health et Al. V. Hellerstedt* du 27 juin 2016 », La Semaine Juridique. édition Générale, n° 1016, 2016. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## La liberté trouve-t-elle enfin refuge dans une jurisprudence qui ne doute plus ? propos de la décision de la Cour suprême des Etats-Unis *Whole Woman's Health et Al. V. Hellerstedt* du 27 juin 2016

**Aux États-Unis, l'avortement est le dernier bastion des conservateurs qui ont déjà perdu la bataille du mariage entre personnes de même sexe et faiblissent dans d'autres. C'est dans le contexte d'une campagne présidentielle fort médiatisée, de la succession du juge Scalia à la Cour suprême et de violents conflits entre les pro-life et les *pro-choice* que la plus haute juridiction a rendu l'arrêt *Whole Woman's Health et Al. V. Hellerstedt* le 27 juin 2016. C'est au terme d'une longue et fastidieuse procédure que les juges majoritaires ont rappelé aux États conservateurs que le droit constitutionnel à l'avortement ne pouvait souffrir aucune entrave. Au-delà de la solution, la décision est un concentré de tout ce qui fait la richesse et l'intensité de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis.**

Cour suprême des États-Unis, 27 juin 2016, n° 15-274, *Whole Woman's Health et Al. V. Hellerstedt*.

Certains lecteurs auront reconnu l'emprunt détourné de l'une des plus célèbres formules utilisées par la Cour suprême. Celle ouvrant la décision *Planned Parenthood of southeastern Pennsylvania contre Casey*, qui n'opéra pas en 1992 le revirement rendu probable par la présence majoritaire de juges conservateurs au sein de la Cour. « La liberté ne trouve pas refuge dans une jurisprudence qui doute » fut alors la réponse de cinq juges contre quatre à une société profondément divisée dont une partie espérait la fin de la jurisprudence *Roe contre Wade* qui, en 1973, avait proclamé le droit constitutionnel à l'avortement. *Casey* ne brisa donc pas *Roe*, dont Antonin Scalia, juge conservateur à l'indiscutable talent décédé récemment et dont la succession est au cœur de l'actuelle campagne présidentielle, avait déclaré qu'il était « totalement erroné » (« plainy wrong »). Tout comme l'est la question de l'avortement, qui a valu au candidat Donald Trump un énième balbutiement. Après avoir clairement indiqué sur la chaîne MSNBC le 30 mars dernier qu'il devait y avoir « une certaine forme de châtement » pour les femmes pratiquant un avortement, il a plus récemment rectifié qu'il visait en réalité les médecins avorteurs. Ce à quoi Hillary Clinton a immédiatement répondu que ces propos étaient « terrifiants et révélateurs » (*compte Twitter @HillaryClinton, 30 mars 2016, 21 h*), estimant qu'on ne pouvait pas laisser « quelqu'un avec ce tel dédain des droits des femmes s'approcher de la Maison Blanche » (*ibid., 23h33*). Politiquement, l'avortement est sans doute le dernier bastion des conservateurs qui ont déjà perdu la bataille du mariage entre personnes de même sexe et faiblissent dans d'autres. Les pro-life et les pro-choice ne cessent de se diviser, les conflits ne demeurant pas au stade de l'idéologie et se muant régulièrement en violences physiques. La question du rapport entre le droit et le fait n'a plus, dans certains États, de simples accents de sujets de dissertation. Alors même que l'avortement y est dépénalisé, il est quasiment impossible pour une femme d'interrompre une grossesse non désirée tant les cliniques et médecins pratiquant ces opérations sont rares, voire inexistantes. Et quand on sait que 80 % de ces femmes, dans certains États du Sud, sont Noires, célibataires et vivant au-dessous du seuil de pauvreté, la question de l'égalité s'ajoute de manière dramatique à celle de la liberté de la femme. C'est dans un tel contexte que la Cour suprême a rendu l'arrêt *Whole Woman's Health et Al. V. Hellerstedt* le 27 juin 2016.

Dans l'arrêt *Roe contre Wade*, c'était au nom du principe de liberté que la Cour suprême des États-Unis avait consacré un véritable « droit à l'avortement » au moment où les cours constitutionnelles européennes évitaient de parler de « droit à » en se concentrant sur la constitutionnalité de la dépenalisation. Se fondant sur le *Right of Privacy* au terme d'une interprétation vivante particulièrement audacieuse, la Cour estima que ce dernier était « suffisamment large pour inclure le droit d'une femme à décider si elle interrompra ou non sa grossesse ». L'arrêt *Casey* avait donc confirmé cette solution, mais au terme d'un raisonnement extrêmement complexe formalisé dans une *plurality opinion* : ne parvenant pas à réunir une majorité sur la motivation de l'arrêt, mais sur la seule solution, la Cour rendit une décision à la pluralité des voix. Les juges furent donc à l'image de ce qu'était le pays au moment de son adoption : extrêmement divisés, Antonin Scalia répondant à la célèbre formule de ses opposants « la raison ne trouve pas refuge dans cette jurisprudence de confusion ». La décision réaffirma les principes de base de l'arrêt *Roe contre Wade*, admettant toutefois des aménagements à l'exercice du droit à l'avortement afin de tenir compte des intérêts légitimes des États. Par cette solution, qu'une partie de l'opinion a jugée « pernicieuse et déplorable » (*J. Wallace, Stare decisis and the Rehnquist Court : the collision of activism, passivism and politics in Casey : Buffalo Law Review, n°42, 1994, p. 63*), la Cour suprême ne parvint pas à mettre un terme à la controverse et fut vivement critiquée par les deux camps. Il aura donc fallu attendre plus de vingt ans pour que la Cour se prononce de nouveau sur le principe même de l'avortement dans un contexte de campagne présidentielle extrêmement médiatisée.

Les médias ont justement présenté la décision comme une victoire du camp favorable à l'avortement, même si, dans les faits, avorter sera toujours aussi difficile dans certains lieux du Texas. Mais la décision n'est pas que symbolique ; elle est passionnante à plus d'un titre. Avortement, clivage conservateurs/libéraux, autorité de la chose jugée, question du degré du contrôle judiciaire, séparation des pouvoirs, gouvernement des juges, textualisme, importance de la prise en compte des faits et des conséquences par le juge, rôle des *amici curiae* et autres tierces personnes dans le procès américain, approche sociologique du droit, opinions séparées... La décision *Whole Woman's Health et Al. V. Hellerstedt* du 27 juin 2016 est un concentré de tout ce qui fait la richesse et l'intensité de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Au terme d'une longue et fastidieuse procédure (1), les juges majoritaires ont rappelé aux États conservateurs que le droit constitutionnel à l'avortement ne pouvait souffrir aucune entrave (2).

## 1. Une bataille procédurale âpre sur fond de clivage idéologique

Pour bien comprendre la décision ici commentée, il faut raconter son histoire. Les faits ayant poussé la Cour suprême à se saisir via un *certiorari* sont aussi classiques qu'intéressants. Une fois de plus, les opposants à l'avortement, sachant vaines les tentatives de suppression pure et simple d'un droit, ont emprunté les voies aboutissant à l'impossibilité matérielle de son exercice.

### A. - *Le contexte : du droit à l'avortement à la difficulté de son exercice*

L'État du Texas avait adopté en juillet 2013 une loi imposant de lourdes contraintes aux cliniques pratiquant l'avortement. Dans les faits, celle-ci a entraîné la fermeture d'un grand nombre de cliniques qui ne pouvaient répondre à la demande législative, ne possédant pas les moyens d'un hôpital. Concrètement, la loi impliquait la mise à disposition d'une dizaine de lits par jour dans les dispensaires, ce qui était impossible dans le sud du Texas. Bien évidemment, les artisans de la loi avaient mis en avant l'argument

relatif à la protection de la santé de la femme, se contentant d'imposer aux cliniques le respect de normes de chirurgie ambulatoire. Comme souvent dans l'histoire des États-Unis, la loi d'un État est devenue modèle justificateur pour les autres. La Louisiane et le Missouri s'apprêtaient à adopter des lois restreignant la pratique de l'avortement. Mais dans les faits, ce sont des centaines de lois, qui, au cours des dernières années, ont grignoté progressivement le cœur d'un droit déclaré constitutionnel en 1973. La plupart des législations contemporaines relatives à l'avortement encadrent la pratique d'un acte qui ne saurait être considéré comme banal. Si on excepte les pays qui ont des législations très restrictives, les autres suivent soit un régime dit « des délais » où la décision n'appartient qu'à la femme, souvent sans condition, dans des délais divers ; soit celui des « indications » où la décision appartient à des tierces personnes. Depuis l'arrêt Roe, les États-Unis font partie du premier ensemble de pays donnant à la femme enceinte le rôle primordial. Les récentes législations des États fédérés américains ont donc cherché à amoindrir la force de ce droit en imposant des conditions - outre celle des délais - à la femme désireuse d'interrompre sa grossesse : obligation de la présence des parents pour les mineures, lecture de textes sur les risques physiques encourus, écoute des battements de cœur de l'embryon, allongement du délai d'attente entre la demande et la pratique de l'acte, etc. Si on ajoute à cela l'obstacle physique et psychologique redoutable des manifestants les invectivant au moment de leur entrée dans les établissements de soin, le droit d'avorter pour les femmes enceintes était devenu, dans le sud d'un Texas ultra-conservateur, quasiment vidé de sens.

#### *B. - Les faits : un État conservateur face aux associations pro-choice*

Deux dispositions de la loi sont au cœur de cette bataille judiciaire. La première, baptisée par les juges l'« admitting-privileges requirement », imposait au personnel médical pratiquant l'avortement de pouvoir disposer pour chaque intervention d'une place réservée dans un hôpital situé à moins de 50 km (*Tex. Health and Safety Code Ann. § 171.0031 (a)*). La seconde, le « surgical-center requirement », posait le principe que les conditions minimales devant encadrer un avortement devaient être équivalentes à celles existant dans un hôpital (*Tex. Health and Safety Code Ann. § 245.010 (a)*). En septembre 2013, une association de défense de l'avortement forme une demande d'injonction contre la première disposition, l'admitting-privileges requirement, devant la cour de district. Celle-ci répond favorablement aux requérants un mois plus tard, dans la décision qui sera ensuite citée tout au long de la procédure, et notamment par la Cour suprême, comme la décision Abbott (*Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. V. Abbott, 951 F. Supp. 2d 891, 901 (WD Tex. 2013)*). Trois jours après, la Cour du cinquième circuit rejette l'injonction, l'admitting-privileges requirement pouvant de nouveau être appliqué (*Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. V. Abbott, 734 F. 3d 406, 419 (2013)*). Mais les motifs de la décision ne seront délivrés qu'au mois de mars suivant. La Cour de circuit se fonde sur l'objectif de la loi de protection de la santé de la femme enceinte, estimant que la disposition contestée pourra réduire les délais de traitement, diminuer les risques de complication et empêcher d'agir « des avorteurs inexpérimentés ou incompetents » (*Planned Parenthood of Greater Tex. Surgical Health Servs. V. Abbott 748 F. 3d 583, 592 (2014)*). La cour prend soin de ne jamais se prononcer sur le principe du droit à l'avortement, mais d'insister sur l'intérêt de la femme, précisant par ailleurs que les plaignants n'avaient pas réussi à prouver que la disposition attaquée allait compliquer l'accès à l'avortement. Les pro-choice ne désarment pas et le 6 avril, forment un nouveau recours contre cette décision en demandant à la cour de district de lever l'application cette fois des deux dispositions dans tout le Texas. Quatre jours de procès vont suivre, avec de nombreux témoignages, amici curiae, expertises. Cette décision est une parfaite illustration de l'importance de la prise en compte des faits et conséquences par la justice américaine. À la manière d'un Brandeis brief (dans l'affaire Muller v. State of Oregon, 208 US 412 (1908),

l'avocat Louis Brandeis, qui deviendra plus tard juge à la Cour suprême, rédigea un mémoire sur la limitation du temps de travail dans lequel les données empiriques et l'expertise accompagnaient les arguments juridiques). Très célèbre, le Brandeis brief est emblématique de l'approche sociologique du droit -, la cour va rendre une décision extrêmement technique, accompagnées d'annexes, comportant toute une série de chiffres et pourcentages. Comme dans le reste du monde anglo-saxon, la justice américaine se veut pragmatique, connectée aux réalités du monde économique notamment. L'expertise est devenue un acteur de la bataille judiciaire aussi important que les juges, parties et avocats. La cour de district rappelle ainsi que sur les 25 millions d'habitants du Texas, 5,4 millions de femme sont en « âge de procréer » et qu'entre 60 000 et 72 000 avortements sont pratiqués par an. Et d'une manière qui serait difficilement compréhensible pour nos juges français - même si certains prennent en compte les conséquences sans le dire -, elle se lance dans une prédiction chiffrée. Dans une posture qualifiée outre-Atlantique de « conséquentialiste », la cour de district envisage ce qu'il adviendrait *si* la loi était appliquée : le surgical-center requirement, seconde disposition contestée, entraînerait la fermeture de nombreuses cliniques, seules 7 ou 8 pouvant rester ouvertes sous l'empire de son application. Ce conditionnel que l'expertise rend certain, pousse la cour à juger que « ces deux dispositions érigent un mur particulièrement élevé pour les femmes désavantagées, pauvres et rurales » (*Whole Woman's Health v. Lakey*, 46 F. Supp. 3d 683 App. 363-370). Quant à l'intérêt de l'État, la cour indique que la construction de nouvelles cliniques, rendues nécessaires par la loi, coûterait plus de 3 millions de dollars. En conséquence, elle juge que l'avortement devient un « fardeau excessif » (« Undue Burden ») pour les femmes du Rio Grande, El Paso et le West Texas.

L'État du Texas n'entend pas en rester à cette défaite et, le 2 octobre 2014, fait appel de cette décision devant la Court of Appeal. Cette dernière estime l'appel recevable et rend sa décision le 9 juin 2015, favorable au Texas (*Whole Woman's Health v. Cole*, 790 F 3d 563, 567 (décision per curiam)). La décision de la Cour de district est cassée pour un motif cette fois bien éloigné des considérations sociologiques et économiques : la cour a violé le principe du res judicata, la décision ayant déjà été jugée une première fois. Dans une décision très sévère à l'égard de la Cour de district, la Court of Appeal estime par ailleurs que l'État avait réussi à prouver un intérêt légitime à légiférer (la santé de la femme).

C'est donc au terme d'une longue et médiatisée procédure que la Cour suprême des États-Unis intervient pour trancher le conflit opposant l'État du Texas aux associations favorables à l'avortement.

## 2. La réaffirmation du droit constitutionnel à l'avortement

Il n'est pas déplacé d'imaginer que le juge Scalia aurait rejoint, sans aucun doute possible, le bloc des juges conservateurs mis en minorité dans cette affaire. Comme dans de nombreuses autres décisions, c'est le juge Kennedy, tenant un rôle - primordial - de « bascule », qui a fait pencher la balance dans un sens. Rendue à cinq voix contre trois en l'absence du successeur d'Antonin Scalia, l'opinion de la Cour a été délivrée par le très libéral juge Breyer.

### A. - *Soulager la femme enceinte d'un « fardeau excessif »*

Rappelant la gravité de l'acte d'avorter qui ne doit pas constituer un « fardeau excessif », la Cour souligne qu'en conséquence, la disposition d'une loi dont « l'objectif et l'effet sont de placer des obstacles redoutables sur le chemin d'une femme souhaitant avorter avant que le fœtus soit viable » est inconstitutionnelle. Citant ainsi dès la première phrase l'arrêt Casey de 1992, la Cour donne le ton de sa

volonté de réaffirmer la jurisprudence favorable à l'avortement. Concrètement, deux articles de la loi du Congrès texan violaient la Constitution fédérale telle qu'interprétée dans les arrêts Roe et Casey.

La majorité de la Cour a estimé que l'admitting-privileges requirement et le surgical-center requirement transformaient l'acte d'avorter en « fardeau excessif », l'État n'ayant pu prouver qu'il avait un intérêt légitime à légiférer en ce sens. Avant de vérifier la constitutionnalité de ces deux dispositions, elle examine l'argument plus technique de la violation de l'autorité de chose jugée, qu'elle repousse au nom d'un changement des circonstances (*Partie II de la décision*). À l'époque de l'arrêt Abbott, les requérants avaient agi *avant* l'application de la loi, ce qui n'était plus le cas au moment du second procès devant la Cour de district. Concrètement, la Cour suprême intervient à un moment où de nombreuses cliniques ont été dans l'obligation de fermer du fait de l'application de la loi. Pour la majorité des juges, la res judicata ne barre donc pas la route à la poursuite judiciaire. Soulignant sa compétence pour juger cette affaire, la Cour entre alors dans le fond du débat.

Très vite, comme pour répondre aux juges dissidents qui agiteront le spectre du gouvernement des juges, la Cour suprême indique que « la Cour de District n'a pas substitué son propre jugement à celui du Congrès », que sa décision est née de la mise en balance des intérêts, études, expertises et témoignages (*Partie III*). Examinant ensuite les deux dispositions litigieuses, la majorité, à travers la voix du juge Breyer, prend le soin d'examiner si la nouvelle loi crée un « fardeau excessif » ou non pour les femmes désireuses d'avorter. En d'autres termes, si le droit constitutionnel à l'avortement dégagé en 1973 et réaffirmé en 1992 n'est pas vidé de son contenu. Elle répond par la positive, en soulignant le caractère inopportun de la loi de 2013. Rappelant l'affaire Gosnell, du nom d'un physicien emprisonné pour avoir pratiqué un grand nombre d'avortements tardifs, la Cour suprême indique au législateur texan que « la nouvelle loi ne sera pas plus efficace que la précédente pour détourner les malfaiteurs comme Gosnell d'un comportement criminel ». De manière générale, rien ne prouve que les nouvelles dispositions permettront un meilleur encadrement médical des avortements ; ce qui est en revanche certain, c'est qu'elles auront pour conséquence l'impossibilité matérielle de se faire avorter à Houston, Austin, San Antonio et Dallas/Fost Worth. La Cour combine ainsi approche théorique - pas de droit constitutionnel sans la possibilité de pleinement l'exercer - et pragmatique, certains lieux où le droit ne pourra être garanti étant expressément cités.

### *B. - La ténacité des juges dissidents*

La décision majoritaire, signée des juges Breyer, Kennedy, Ginsburg, Sotomayor et Kagan est accompagnée de plusieurs opinions séparées : une opinion concordante du juge Ginsburg, une opinion dissidente du juge Thomas et une opinion dissidente du juge Alito à laquelle se joignent les juges Thomas et le Chief Justice Roberts. La juge Ginsburg ajoute à la décision majoritaire des arguments factuels, imaginant les conséquences qu'aurait eue la loi sur certaines femmes. Quand un État limite l'accès au droit à l'avortement, les femmes désespérées font appel à des praticiens sans qualification, « faute de mieux » (en français dans le texte), en risquant leur vie. Sans surprise, le juge Thomas signe une opinion dissidente acerbe et substantielle, comme il l'avait fait à l'occasion de la décision Casey en 1992.

Le juge conservateur commence par dénoncer l'activité interprétative des juges majoritaires qui, selon lui, perpétuent la tradition de « l'habitude de la Cour à appliquer différentes règles à différents droits constitutionnels - spécialement du prétendu droit à l'avortement - ». Il affirme d'emblée son opposition, non au raisonnement de la Cour, mais à l'existence même d'un tel droit. Affinant son argumentaire,

Thomas rejette également l'utilisation du test du « fardeau excessif » pour mesurer le caractère restrictif des conditions de l'avortement, réaffirmant qu'il « demeure fondamentalement opposé à la jurisprudence de la Cour sur l'avortement ». Et le dissident d'agiter l'épouvantail du gouvernement des juges, de la violation de la séparation des pouvoirs en utilisant deux des mots les plus révélateurs de cette tendance parfois reprochée à la Cour suprême : « strict scrutiny » et « décision Lochner ». Pour ses détracteurs, le contrôle le plus strict exercé par le pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif est symptomatique d'un activisme intolérable de la Cour suprême. Activisme qui, depuis un arrêt de 1905, a le mot « Lochnérisme » pour synonyme. En citant habilement les deux, le juge Thomas est certain de s'attirer les faveurs des défenseurs d'une interprétation littérale de la Constitution, de la souveraineté des lois des États fédérés. Ce faisant, il rend hommage au juge Antonin Scalia, avec lequel il a co-signé tant d'opinions séparées, en rappelant les principes du textualisme cher au juge disparu : « Soit une loi viole un droit constitutionnel, soit elle ne le viole pas ; il n'y a pas de place pour l'invention par le pouvoir judiciaire de degrés tolérables d'empiétements ».

Dans une opinion dissidente à laquelle adhèrent le juge Thomas et le Chief Justice Roberts, le juge Alito s'attache dans un premier temps à critiquer l'interprétation de la res judicata par la cour majoritaire. Selon lui, l'argument du « changement des circonstances » est faible et poursuit en réalité l'objectif de casser l'autorité de chose jugée d'une décision. Faisant le lien entre cette question contentieuse et le grand débat de société qu'est l'avortement, il conclut ainsi : « quand nous nous prononçons sur des sujets particulièrement controversés, nous devrions prendre un soin tout spécial dans l'application des règles procédurales fermement établies d'une manière neutre. La Cour ne l'a pas fait en l'espèce ».

C'est de manière logique que la Cour, une fois de plus, fut divisée entre le bloc conservateur et le bloc libéral, le juge Kennedy ayant joué le rôle de bascule. En l'absence du juge Scalia, le plus talentueux des juges conservateurs et fermement hostile à l'avortement, les juges dissidents ont utilisé ce qui pourraient être leurs derniers arguments. L'actuel président Barack Obama a nommé en mars dernier Merrick B. Garland pour siéger à vie à la Cour suprême. Mais les critiques furent si fortes de la part des Républicains, majoritaires au Congrès - estimant qu'il n'appartenait pas à un président en toute fin de mandat de procéder à une telle nomination - que l'audition par le Sénat fut repoussée. La succession du juge Scalia est donc encore soumise à de nombreuses incertitudes, la procédure de confirmation sénatoriale ne relevant absolument pas du registre de la simple courtoisie institutionnelle. En cas de victoire des Démocrates, les commentateurs s'empresseront sans doute d'envisager que la jurisprudence Roe, confirmée par Casey et maintenant Hellerstedt, sera à l'abri d'un revirement, tout comme une victoire des Républicains pourrait la mettre en danger. Mais toute prédiction est vaine aux États-Unis. Tout d'abord, il ne faut jamais oublier que le clivage entre Démocrates et Républicains ne correspond pas arithmétiquement au clivage entre libéraux et conservateurs. Ensuite, l'histoire de la Cour suprême a déjà prouvé que des revirements annoncés n'avaient finalement pas eu lieu. Et c'est justement la question de l'avortement qui était au cœur de cette mauvaise prédiction.