

DÉBUT ET FIN DE VIE

**Le droit
et la bioéthique en question**

Colloque international de Beyrouth
Mercredi 16 et jeudi 17 mai 2018

LA PROBLÉMATIQUE DE L'IVG AUX ÉTATS-UNIS¹

Elisabeth ZOLLER²

Les États-Unis ne sont pas le seul pays où l'IVG se présente comme une problématique, c'est-à-dire comme un « *ensemble de problèmes dont les éléments sont liés* »³. Mais ils sont le seul pays dans lequel elle se pose comme chez eux. Ailleurs, l'IVG soulève des problèmes moraux, religieux, voire philosophiques. Aux États-Unis, l'IVG - que tout le monde appelle avortement (*abortion*)⁴ - soulève une problématique d'ordre constitutionnel, et plus précisément, d'ordre fédéral : qui a compétence pour légiférer à son sujet, l'Union ou les États ?

Aux États-Unis, la problématique de l'avortement est indissociable du fédéralisme. Or, comme l'a bien vu Tocqueville, le fédéralisme « *repose, quoi qu'on fasse, sur une théorie compliquée, dont l'application exige, dans les gouvernés, un usage journalier des lumières de leur raison* »⁵. Certes, aujourd'hui, la théorie est moins compliquée. D'autres fédéralismes ont vu le jour depuis 1835, en Europe et dans le monde de la *Common Law* (Australie, Canada). Dans ces pays, les femmes qui ne disposent pas du droit à l'IVG ne se heurtent pas à cette doctrine constitutionnelle pour l'obtenir. La meilleure preuve en est que, partout dans ces États, elles le possèdent. D'où vient cela ? De ce seul fait que, dans ces pays, le droit privé est unifié. Or, ce n'est pas le cas aux États-Unis. Chaque État est maître de

1. La contribution de l'auteur intervient à une date antérieure à la décision de la Cour Suprême des États-Unis du 24 juin 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US (2022), qui représente un revirement de sa jurisprudence *Roe v. Wade* (1973).

2. Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

3. *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, 2006, p. 2076.

4. Certes, dans le langage médical, on fait la différence entre l'interruption volontaire et l'interruption médicale de grossesse (on parle d'*elective abortion* et de *therapeutic abortion*), mais elle est rarement faite en droit. Les juristes américains ne parlent pas d'*elective abortion*, mais d'avortement (*abortion*) tout court, et, d'un point de vue juridique, les conditions qui justifient une IMG en France, comme la santé de la mère, sont rangées dans les exceptions aux restrictions imposées par les États.

5. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, I, viii, Œuvres, Gallimard, Bibliothèque de la pléiade, t. II, p. 185.

son droit privé parce qu'il est souverain ; il a la maîtrise de ses lois. C'est le point crucial parce que l'IVG ressort du droit privé, en particulier, du droit pénal, qu'il soit interdit ou qu'il soit soumis à des restrictions, plus ou moins sévères.

La problématique de l'IVG est née du jour où la Cour suprême a décidé que, désormais, l'avortement ne relèverait plus du droit d'État, mais du droit fédéral. Ce fut en 1973 lorsqu'elle rendit l'arrêt *Roe v. Wade* qui décida que la femme tenait de la Constitution fédérale un droit à la vie privée qui lui donnait le droit d'interrompre volontairement sa grossesse. La difficulté est que l'arrêt n'a pas été accepté, mais qu'il a fait et continue de faire l'objet de critiques perpétuelles de sorte que le droit de la femme de librement choisir de donner la vie, ne repose sur aucun fondement juridique solide. Or, les juristes savent bien qu'à fondement juridique incertain (I) correspond nécessairement un régime juridique instable (II).

I- UN FONDEMENT JURIDIQUE INCERTAIN

En théorie, depuis 1973, date à laquelle fut rendu l'arrêt historique *Roe v. Wade*, la femme dispose du droit d'interrompre volontairement sa grossesse. En pratique, son droit est fragile, constamment susceptible d'être remis en cause parce que son fondement juridique est incertain. Nul ne peut dire avec certitude si ce fondement est toujours le même qu'en 1973 (A), ou s'il a changé (B).

A- LE FONDEMENT INITIAL

Jusqu'en 1973, l'avortement relevait entièrement de la compétence des États. Ils étaient souverains. Dans la décision *Roe v. Wade*, la Cour, par la voix du juge Blackmun, décida que la femme tenait de la Constitution « *un droit à la vie privée de portée suffisamment vaste pour inclure la décision d'une femme de mettre ou non un terme à sa grossesse* »⁶. Cela revenait à dire que les États n'étaient plus souverains en matière d'avortement. Certes, la décision fut rendue à la confortable majorité de sept voix contre deux. Mais le juge Blackmun ne sut pas très bien expliquer pourquoi les États n'étaient plus souverains.

6. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973) ; traduction et observations in E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010 (cité ci-après *GACSEU*), p. 429 et s.

Le plus simple, la démarche naturelle, aurait été d'en appeler au mot « liberté » qui figure dans la première section du Quatorzième amendement à la Constitution et qui interdit aux États de « *priver une personne de [...] liberté [...] sans procédure régulière de droit (without due process of law)* ». C'est le fondement qu'a retenu, par exemple, le Conseil constitutionnel lorsque la question s'est posée à nouveau devant lui à propos des avortements tardifs⁷. Il a fait référence à « *la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », tout simplement. Mais la Cour suprême n'a pas pu suivre cette voie parce que, au début du XX^e siècle, ce terme de « liberté » contenu dans la clause de *due process* fut le levier sur lequel elle s'appuya pour exiger des États comme du gouvernement fédéral de toujours « *justifier l'interférence du législateur dans la liberté* »⁸. Elle appliqua cette politique jurisprudentielle avec une telle obstination qu'elle finit par gouverner à la place des élus. Ce fut l'époque honnie du gouvernement des juges. En 1937, à la suite de la partie de bras de fer qui l'opposa au Président Roosevelt sur la législation du New Deal, elle renonça solennellement à cette politique et elle en annonça une nouvelle, la retenue judiciaire (*self-restraint*) qu'elle formula ainsi : « *Le principe cardinal de l'interprétation des lois est de sauver, et non de détruire* »⁹.

Depuis le New Deal, tout le monde, juges et avocats étaient tétanisés à l'idée de réveiller les vieux démons. Plus personne n'osait invoquer la « liberté » contenue dans la clause de *due process*. La requérante, Jane Roe, s'en était d'ailleurs bien gardée, et elle avait préféré fonder son premier moyen d'annulation sur un droit constitutionnel à la vie privée que la Cour avait découvert en 1965 et qui lui avait permis de déclarer contraires à la Constitution les interdictions mises par les États à la vente de moyens

7. Décision n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (dite IVG II)*, cons. 5, dans laquelle, ayant à se prononcer sur l'allongement de dix à douze semaines du délai pendant lequel peut être pratiquée une IVG, le Conseil constitutionnel a fait référence à « l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (italiques ajoutées).

8. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 59 ; *GACSEU*, p. 143.

9. *National Labor Relations Board (N.L.R.B.) v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1, 30 (1937), *GACSEU*, p. 235.

contraceptifs aux couples mariés¹⁰ et aux célibataires¹¹. La Cour suivit ce précédent et c'est donc sur le fondement d'un droit à la vie privée qu'elle affirma un droit de la femme à interrompre sa grossesse.

Le problème est que, nulle part dans la Constitution, il est dit expressément que l'individu possède un droit à la vie privée. Où, accusèrent les juges dissidents, la Cour avait-elle lu que la Constitution fédérale garantissait pareil droit ? Visiblement embarrassé au point de commencer l'opinion de la Cour en répondant à cette question, le juge Blackmun reconnut que « *la Constitution ne parlait pas explicitement d'un droit à la vie privée* », mais, expliqua-t-il, « *dans toute une série de décisions [...] la Cour a dit qu'un droit à une vie privée personnelle ou que la garantie de certains domaines ou zones de vie privée, existaient dans la Constitution [...] et dans divers contextes, la Cour ou ses membres à titre individuel ont pu identifier les racines de ce droit dans le Premier amendement [...], les Quatrième et Cinquième amendements [...], dans l'esprit du Bill of Rights [...], dans le Neuvième amendement [...] ou dans la notion de « liberté » garantie par la première section du Quatorzième amendement* »¹². Bref, pour lui et six autres juges, ce droit était tapi, caché, pour ainsi dire, dans les « pénombres de la Constitution »¹³ comme le juge Douglas l'avait suggéré dans l'affaire *Griswold* en 1965 et comme le lui rappelait la requérante. Il suffisait de bien chercher, en somme, et on le trouverait sans peine.

Les juristes américains, si rigoureux dans l'exigence de références textuelles précises, ne furent pas convaincus. Ceux qui avaient crié au loup lorsqu'en 1963, la Cour avait tiré de nulle part un prétendu droit à la vie privée, estimèrent qu'avec *Roe*, les masques étaient tombés ; le gouvernement des juges était de retour. Ils touchaient le juste salaire de leur clairvoyance¹⁴. Sur le mode, « On vous l'avait bien dit », ils se rengorgeaient d'autosatisfaction. John Hart Ely, professeur de droit à Yale, n'y allait pas par quatre chemins : « *Roe n'est pas du droit constitutionnel*

10. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

11. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

12. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, p. 152 ; *GACSEU*, p. 431.

13. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, p. 129.

14. J. Hart Ely, « The Wages of Crying Wolf A Comment on *Roe v. Wade* », *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973, p. 920 et s.

et pis ne prétend même pas avoir l'obligation d'en être »¹⁵. La critique était écrite au vitriol ; mais il pouvait se le permettre tant la virulence des critiques des deux juges dissidents était forte.

Pour le Président Rehnquist, la Cour était « *allée chercher dans le Quatorzième amendement un droit qui, apparemment, était complètement inconnu des rédacteurs de ce texte* » et de préciser, « *à l'époque où il fut adopté en 1868, il existait au moins trente-six lois adoptées par des législatures d'États [...] qui limitaient l'avortement. Et, si de nombreux États ont amendé ou mis à jour leurs lois, vingt et une des lois qui existaient en 1868 sont toujours en vigueur* ». Le juge White renchérisait en soulignant que l'arrêt avait pour conséquence de déposséder les législatures de cinquante États et leurs citoyens du pouvoir de se prononcer par eux-mêmes sur le problème de l'avortement comme ils en ont le droit selon la Constitution. En d'autres termes, l'arrêt *Roe v. Wade* était infondé sur le plan juridique car dépourvu d'une quelconque base textuelle et inacceptable sur le plan politique car contraire à la démocratie.

Ces arguments ne firent que se renforcer avec l'élection de Ronald Reagan et l'arrivée au pouvoir du parti républicain. Dans les années 1980, les assauts contre *Roe* se multiplièrent et ils redoublèrent de plus belle lorsqu'ils furent confortés par les arguments de l'originalisme, théorie de l'interprétation constitutionnelle qui exige que la Constitution soit comprise aujourd'hui comme elle pouvait l'être par les Pères fondateurs à la fin du XVIII^e siècle. Cette théorie vise à interdire l'activisme judiciaire au motif que ce n'est pas aux juges d'actualiser la Constitution en y recherchant des droits qui n'y sont pas contenus sous prétexte de satisfaire les demandes de l'opinion publique. Elle gagna l'adhésion de nombreux juges fédéraux dont l'un des plus brillants, Robert Bork. Lorsque le Président Reagan, en 1987, proposa ce dernier pour remplacer le juge Powell comme juge à la Cour suprême, la controverse sur *Roe* prit une dimension d'ampleur nationale. Si la proposition du Président Reagan aboutissait, il était certain, les juges conservateurs devenant majoritaires à la Cour, que *Roe* serait renversé. La nomination échoua, mais l'arrêt *Roe* n'en fut pas conforté pour autant. À la critique doctrinale s'ajouta un travail de sape systématique des législatures d'États. Le déclic fut un arrêt

15. *Ibid.*, p. 947, « (*Roe*) is not constitutional law and gives almost no sense of an obligation to try to be ».

de la Cour suprême rendu en 1989 par la voix du Président Rehnquist, relatif à l'avortement, qui rejeta le prétendu caractère « inexorable » de la règle du précédent en faisant valoir que cette règle n'avait pas pour objet de retirer du champ de la dispute politique les sujets de controverse, ce qui revenait à inviter à mots couverts les législatures à faire valoir leurs droits démocratiques¹⁶. Et elles ne s'en privèrent point.

B- LE FONDEMENT D'AUJOURD'HUI

Tout au long des années 1980, tirant parti tantôt des arguments de Président Rehnquist, tantôt de ceux du juge White, les adversaires de *Roe*, encouragés par de puissants mouvements religieux et financièrement aidés par de riches fondations conservatrices, multiplièrent leurs attaques contre la décision maudite tant et si bien qu'ils conquièrent la majorité dans les législatures de certains États et poussèrent ceux-ci à durcir leurs restrictions sur le droit à l'IVG. C'est ainsi qu'en Pennsylvanie, la loi sur l'avortement fut augmentée en 1989 de trois dispositions :

- 1) dorénavant, la femme qui désirait avorter devait signer un formulaire écrit et dûment signé de sa main exprimant son consentement ;
- 2) si elle était mariée, elle devait obtenir le consentement de son mari ;
- 3) si elle était mineure, celui de ses parents. Un centre de planning familial attaqua immédiatement la loi en justice pour obtenir contre le gouverneur de l'État, Casey, une injonction judiciaire d'interdiction d'application.

En 1992, lorsque la Cour rendit son arrêt dans cette affaire *Casey*¹⁷, tout le monde dans l'assistance, s'attendait à ce que *Roe v. Wade* soit renversé. Il n'en fut rien. La Cour décida de maintenir *Roe* à la majorité de cinq voix contre quatre au nom de la règle du précédent qu'elle jugea « indispensable » de suivre dans la mesure où « *aucun système judiciaire ne pourrait remplir son rôle social s'il portait un regard neuf sur chaque question posée* »¹⁸. Mais, dans le même temps, la pluralité de trois juges qui réussit à se former pour trancher la querelle née de la loi de Pennsylvanie entreprit de revisiter *Roe* et de refonder l'arrêt, apparemment dans

16. *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

17. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) ; *GACSEU*, p. 729 et s.

18. *Ibid.*, p. 854 ; *GACSEU*, p. 732.

l'intention de vider la controverse sur le droit à l'IVG. Elle le fonda non plus sur un droit à la vie privée, mais sur le droit à la liberté des choix intimes et personnels. En d'autres termes, l'IVG reçut un double fondement, l'autorité du précédent et le droit à la liberté. Le premier qui est énoncé en tant qu'opinion de la Cour au nom d'une majorité de cinq juges est obligatoire en tant que droit en vigueur ; le second qui est contenu dans un jugement qui ne réunit que trois juges, ne l'est pas.

Sans doute la pluralité a-t-elle pu penser qu'avec deux fondements, le droit à l'IVG serait plus solide, et que les interrogations et les doutes sur *Roe* allaient cesser. N'était-ce pas le sens de la phrase qui ouvrait le jugement, « *La liberté ne trouve pas de refuge dans une jurisprudence qui doute* »¹⁹, sous-entendu, aujourd'hui, la Cour n'a plus de doute ? Si de tels espoirs furent entretenus, force est de dire qu'ils furent déçus. Loin de renforcer le droit de la femme par rapport à ce qu'il était avant, le double fondement l'a plutôt affaibli. Comment expliquer cela ? Par ce seul fait que le droit de la femme est maintenant moins bien protégé. C'est, en effet, que le fondement sur le droit à la vie privée retenu par *Roe* était corrélé avec un mode de contrôle du juge adapté à l'importance du droit en cause et qui s'est effondré le jour où ce fondement a été répudié.

En 1963, quand la Cour avait découvert un droit à la vie privée implicitement contenu dans toute une série de dispositions de la Constitution, elle avait dit qu'il s'agissait d'un « droit fondamental »²⁰. Or, dans la jurisprudence de la Cour, un droit fondamental fait l'objet d'un contrôle particulièrement sévère, qu'on appelle le contrôle strict (*strict scrutiny*). Par comparaison avec les standards français, il s'apparente à un contrôle maximum. Concrètement, pour que l'État puisse légitimement porter atteinte à un droit fondamental, il faut qu'il justifie d'un « intérêt impérieux » (*compelling interest*). Tel n'est pas le cas d'une atteinte à la liberté, même il s'agit d'une atteinte à la liberté d'avoir une vie privée parce que le droit à la liberté en général n'est pas un droit fondamental au sens où la Cour l'entend. La liberté se régit par la loi et la loi n'a pas toujours besoin d'être justifiée par un intérêt impérieux. Une loi raisonnable, en principe, est toujours constitutionnelle. En changeant de fondement, la Cour avait changé de contrôle.

19. *Ibid.*, p. 844 ; *GACSEU*, p. 730.

20. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 406 (1963) ; *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. p. 485.

Par ailleurs, selon les règles posées par *Roe*, le pouvoir de l'État d'interférer avec la décision de la femme était enfermé dans un cadre trimestriel qui posait une limite claire et précise. Selon la Cour, pendant les trois premiers mois de la grossesse, « *la décision d'avorter doit être laissée au jugement médical de la femme enceinte assistée d'un médecin* »²¹. Ce n'est approximativement qu'à la fin du troisième mois de la grossesse, quand l'embryon devient un fœtus, plus encore, à partir du sixième mois, quand le fœtus atteint le stade de la viabilité, que « *l'État peut intervenir, soit pour protéger la santé de la mère, en réglementant les conditions dans lesquelles un avortement peut être pratiqué, soit pour protéger la potentialité d'une vie humaine. Pour atteindre l'une de ces deux fins, l'État peut réglementer et même interdire l'avortement, sauf s'il apparaît qu'il est nécessaire pour sauver la vie ou la santé de la mère* »²².

Du jour où la liberté, toute simple, a remplacé le droit à la vie privée comme fondement du droit à l'IVG, l'État n'a plus été tenu par le cadre trimestriel qui lui interdisait toute intervention dans les trois premiers mois (la femme devant prendre sa décision en privé, en son âme et conscience) et il n'a plus eu besoin de prouver un intérêt impérieux pour légiférer. La charge de la preuve s'allégea considérablement pour lui ; elle passa à la femme dans la mesure où c'est elle désormais qui devait établir que la loi lui imposait une « charge induue » (*undue burden*)²³. Certes, la pluralité prit soin d'annoncer que « le droit de la femme d'interrompre sa grossesse avant la viabilité est le principe le plus central de *Roe* » et de préciser : « *C'est une règle de droit (rule of law) et une composante de la liberté que nous ne pouvons pas répudier* »²⁴. Mais, elle donna d'une main ce qu'elle retira de l'autre en ajoutant :

21. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 164 ; GACSEU, p. 437.

22. *Ibid.*, p. 164-165 ; GACSEU, p. 437.

23. Critère bien plus souple que l'intérêt impérieux, la notion de « charge induue » est curieusement tirée de la jurisprudence en matière économique et financière, où elle est utilisée dans le contexte de la jurisprudence sur la clause de commerce pour prévenir le protectionnisme et vérifier que les lois d'États n'entravent pas la libre circulation des biens et services dans le commerce interétatique par des charges indues.

24. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S., p. 871.

« A l'autre bout de l'équation, il y a l'intérêt important et légitime de l'État à protéger la vie potentielle [...] Il faut se souvenir que Roe l'a très clairement évoqué [...] Il n'est pas douteux que le cadre trimestriel a été imposé pour faire en sorte que le droit de la femme de choisir ne soit pas subordonné à l'intérêt de l'État de protéger la vie du fœtus à un point tel que sa liberté de décision deviendrait plus théorique que réelle. Cependant, nous ne pensons pas qu'il faille retenir un cadre trimestriel pour atteindre cet objectif. Un cadre aussi rigide n'est pas nécessaire et d'ailleurs les interprétations qu'on en a faites par la suite, ont parfois été en opposition avec le légitime exercice de ses pouvoirs par l'État. Bien que la femme ait le droit de choisir de poursuivre ou d'interrompre sa grossesse avant la viabilité, il ne s'ensuit nullement que l'État se voit interdire de prendre des mesures pour faire en sorte que son choix soit éclairé et informé [...] Des mesures qui visent à s'assurer que son choix tiendra compte des conséquences de sa décision pour le fœtus n'interfèrent pas nécessairement avec le droit que Roe a reconnu [...] Ce n'est que lorsque la réglementation de l'État impose une charge induë à la liberté de décision de la femme que l'État frappe au cœur de la liberté protégée par la clause sur la procédure régulière de droit »²⁵.

En un mot comme en cent, Casey redonna aux États la liberté qu'ils avaient avant Roe à condition de ne pas en abuser, pour ainsi dire, ce qui serait le cas s'ils imposaient à la femme enceinte une charge induë que la Cour définit comme « *la réglementation d'État dont le but ou l'effet est de dresser un obstacle important sur le parcours d'une femme qui cherche à avorter d'un fœtus non viable* »²⁶. A titre illustratif, dans l'affaire Casey, la Cour jugea que l'obligation de respecter un délai de 24 heures entre la consultation gynécologique et l'intervention ne constituait pas une charge induë²⁷, mais que l'obligation pour la femme mariée d'obtenir le consentement de son époux en était une²⁸. La notion d'« obstacle important » (*substantial obstacle*) étant malléable à souhait car dépendant des préjugés de chacun, beaucoup d'États se sont engouffrés dans la brèche et le régime juridique de l'IVG est devenu instable.

25. *Ibid.*, p. 871 et s.

26. *Ibid.*, p. 877.

27. *Ibid.*, p. 885.

28. *Ibid.*, p. 898.

II- UN RÉGIME JURIDIQUE INSTABLE

Lorsque fut rendu l'arrêt *Roe v. Wade*, les forces politiques qui structurent le débat sur son bien-fondé étaient déjà en place. La fraction conservatrice du parti républicain qui s'était émue dans les années 1960 des avancées de la Cour Warren en matière de contraception, notamment pour les mineures, se rallia au mouvement *pro-life* tandis que l'avant-garde démocrate qui avait soutenu les Présidents Kennedy et Johnson dans leur combat pour réaliser l'égalité des droits entre les races, prit fait et cause pour l'égalité des droits entre les sexes, et se rangea derrière le mouvement *pro-choice*. La controverse d'ampleur nationale suscitée par *Roe* les agrégea autour des deux grands partis politiques qui structurent la vie politique, le parti républicain et le parti démocrate²⁹. Du jour où *Roe* devint un enjeu des combats électoraux, la fracture que causa l'arrêt dans la société entraîna un infléchissement de leurs idéologies en obligeant le parti républicain à défendre un conservatisme de plus en plus intransigeant et en poussant le parti démocrate à revendiquer une libéralisation des mœurs toujours plus audacieuse. *Roe* a favorisé une polarisation vers les extrêmes et, aujourd'hui, l'arrêt est en arrière-fonds de toutes les campagnes électorales.

À partir des années 1990, les idées conservatrices sont devenues majoritaires. Le retour du religieux qui s'en est suivi a poussé de nombreux États à encadrer de conditions toujours plus restrictives le droit de la femme d'obtenir une IVG. Dans les États où le parti républicain remporta les élections, les législatures furent immédiatement assiégées par les groupes de pression *pro-life*, proches de l'Église catholique et des Évangélistes. Leurs lobbyistes se révélèrent d'autant plus pressants qu'ils avaient souvent versé de généreuses contributions financières pour assurer la victoire des candidats qui défendaient le droit à la vie et les valeurs de la famille et précipiter la défaite de ceux qui militaient pour le droit de choisir. Le résultat est que les lois qui réglementent l'IVG dans un sens restrictif sont aujourd'hui légion (A). La Cour suprême a contré leur offensive en approfondissant ses méthodes d'interprétation et de contrôle (B).

29. L. Greenhouse and R. Siegel, *Before Roe v. Wade, Voices That Shaped the Abortion Debate before the Supreme Court's Ruling*, Kaplan Publ., New York, 2010, p. 259-260.

A- LES LOIS LIMITATIVES DU DROIT À L'IVG

Avant 1992 et l'arrêt *Casey* qui redonna aux États une large marge de liberté pour réglementer l'IVG, la seule condition que la Cour avait jugée conforme à la Constitution était la nécessité d'obtenir un consentement écrit préalable de la femme enceinte à l'intervention que la Cour avait jugé conforme à la constitution dans une décision *Danforth* au motif qu'il s'agissait d'une formalité « souhaitable et impérative » pour que les femmes puissent faire leur choix « *en pleine connaissance de cause quant à la nature et aux conséquences* » de l'IVG³⁰. Le droit de recourir à l'IVG dans les trois premiers mois de la grossesse était considéré comme une décision purement individuelle qui n'intéresse que la femme enceinte, qu'elle doit prendre en son âme et conscience, le cas échéant en parlant à son médecin, mais qui, en tout état de cause, est une décision que la femme doit pouvoir prendre seule, sans chaperon, marital ou parental. Ce point crucial n'a jamais été remis en cause. Depuis *Roe*, il s'est toujours trouvé une majorité de juges pour dire que, réserve faite de toutes les conditions de temps, de lieu ou de forme qu'un État peut lui imposer, la femme majeure a le droit le plus absolu de prendre la décision d'avorter en son âme et conscience, sans le consentement de son conjoint ou du père putatif et que l'État n'a aucune compétence pour déléguer au conjoint la faculté unilatérale d'interdire à sa femme d'avorter dès lors que l'État lui-même ne possède pas ce droit³¹. Même dans le cas d'une mineure, hypothèse où le consentement d'un (ou des) parent(s) est habituellement requis par l'État, la Cour a préservé le caractère purement et exclusivement individuel de la décision d'interrompre une grossesse en donnant à la jeune fille la possibilité de contourner un veto de ses parents en s'adressant à un juge pour lui démontrer qu'elle a assez de jugement pour prendre sa décision elle-même, et lui demander de lever le veto parental³². Toutefois, la liberté de la femme n'en est pas mieux garantie pour autant parce que, aujourd'hui, avec l'arrêt *Casey*, son libre-arbitre peut être impunément entravé.

30. *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 67 (1976).

31. *Ibid.*, p. 70.

32. *Bellotti v. Baird (Bellotti I)*, 428 U.S. 132 (1976) ; *Bellotti v. Baird (Bellotti II)*, 443 U.S. 622 (1979) ; *Planned Parenthood Assn. of Kansas City v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983).

Après l'arrêt *Casey*, le nouveau critère de la « charge indue » qui invite à une mise en balance entre le droit de la femme de choisir librement et l'intérêt de l'État à protéger la vie à naître a ouvert la possibilité de pouvoir influencer son choix. Beaucoup d'États en ont profité pour des motifs tirés de la religion. Leur ruse a consisté à déguiser ces motifs religieux en motifs d'intérêt public comme la volonté de donner à la femme enceinte la meilleure information médicale possible ou de meilleures garanties de salubrité et de santé publique, de manière à obtenir *de facto* ce qu'ils ne peuvent pas obtenir *de jure*. Les conditions restrictives que les législatures d'États ont trouvées pour peser sur le libre-arbitre de la femme et interférer dans son choix sont innombrables³³. Pour se fidéliser les votes de l'électorat acquis à la cause *pro-life*, quelques États comme le Dakota du Nord, l'Indiana ou la Louisiane, dans une surenchère de dévotion et de compassion chrétienne, ont adopté des lois qui interdisent l'IVG pour des raisons liées à des anomalies génétiques du fœtus comme, par exemple, lorsque a été décelée la présence du syndrome de Down (trisomie 21). Ces lois ont déjà été interdites d'application sur injonction de juges fédéraux dans certains États.

Les lois d'État restrictives du droit de choisir ont commencé à voir le jour juste après l'arrêt *Roe* avec les efforts des adversaires de la décision pour influencer sur le consentement de la femme. La première étape consista à exiger que la femme soit pleinement informée. Comme on l'a vu, La Cour accepta, notamment avec l'arrêt *Danforth*, que la femme soit consciente de ce qu'elle demande, mais à condition que l'information qu'on lui demande de fournir ne dénature pas son droit de choisir par des procédés qui la privent de sa liberté de décision. Par application de cette jurisprudence, au cours de la décennie 1980, la Cour déclara inconstitutionnelles les pressions suivantes exercées sur la femme ou sur son médecin :

- 1) L'obligation de respecter un délai de 24 h. avant l'IVG³⁴,
- 2) L'exigence d'une hospitalisation pour toutes les IVG pratiquées au cours des deuxièmes et troisièmes trimestres de la grossesse³⁵,

33. Pour un panorama complet, clair et bien documenté, voir S. Palanappia *et al.*, « Abortion », *Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 17, 2016, p. 1 et s. ; J. Djavaherian *et al.*, « Abortion », *ibid.*, vol. 18, 2017, p. 395 et s.

34. *City of Akron v. Akron Center for Reproduction. Health, Inc.*, 462 U.S. 416, 450-51 (1983).

35. *Ibid.*, p. 438-439.

- 3) L'obligation des gynécologues-obstétriciens de faire rapport aux autorités publiques de toutes les IVG pratiquées après le stade de la viabilité et d'en donner les raisons³⁶,
- 4) L'obligation des hôpitaux et des cliniques de fournir aux femmes désirant avorter une documentation sur la grossesse avant qu'elles ne donnent leur accord pour subir l'intervention³⁷,
- 5) L'obligation des médecins, si les IVG sont pratiquées après le stade de la viabilité, de les exécuter de telle sorte que le fœtus soit extrait vivant pour que la vie à naître ait les plus grandes chances de voir le jour « *à moins qu'il y ait un risque significatif de mise en danger de la vie ou de la santé de la femme enceinte* »³⁸.

Puis, en 1992, est intervenu l'arrêt *Casey* dont l'effet déstabilisateur sur le droit de l'IVG fut radical. Toutes les conditions listées ci-dessus que des cours inférieures avaient annulées comme contraires à *Roe*, furent désormais permises et elles figurent aujourd'hui dans les lois d'une trentaine d'États. Par ailleurs, les pressions sur le consentement de la femme se sont non seulement multipliées, mais encore perfectionnées.

Avec les progrès de l'imagerie médicale, les procédés écrits des années 1980 ont cédé la place à des moyens plus sophistiqués. Aujourd'hui, vingt-six États ont des lois qui obligent les médecins, avant l'IVG, soit à pratiquer une échographie de manière à ce que la patiente puisse visualiser en temps réel son fœtus, soit à lui proposer ce service. Les plus sévères exigent des médecins qu'ils obligent la femme à voir les images de son fœtus en l'accompagnant d'explications orales. C'est le cas en Louisiane, en Caroline du Nord (où la loi est interdite d'exécution sur injonction judiciaire), dans l'Oklahoma (où elle est, là aussi, frappée d'interdiction d'exécution), au Texas et au Wisconsin. En Caroline du Nord, la cour fédérale de district a estimé qu'il était possible de distinguer la loi de l'État de celle qui était en cause dans l'affaire *Casey* dans la mesure où la loi de Pennsylvanie se limitait à demander que l'échographie soit proposée à la femme, alors que la loi de la Caroline du Nord exige du médecin qu'il l'impose à la femme avec des explications verbales, de sorte que « *le médecin est forcé d'exprimer de vive voix et d'envoyer un message de l'État sans rapport avec*

36. *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747, 765-68 (1986).

37. *City of Akron*, 462 U.S., p. 443-49.

38. *Thornburgh*, 476 U.S., p. 768.

la médecine à des patientes qui ne désirent ni le voir, ni l'entendre » et que la loi viole sa liberté d'expression ; la cour d'appel du 4^e circuit a approuvé ce raisonnement³⁹. En revanche, la cour d'appel du 5^e circuit a jugé que la loi du Texas ne violait pas la liberté d'expression des médecins en les forçant à tenir un discours qu'ils récusent au motif que « l'information qui leur est demandé de donner à la femme n'a rien d'idéologique, mais qu'elle est vraie » et que « *les États ont compétence pour réglementer la pratique de la médecine* »⁴⁰.

A côté des lois qui cherchent à peser sur le consentement de la femme, deux autres sortes de lois méritent commentaire dans la mesure où elles ont donné lieu à d'importantes avancées sur le plan contentieux. Il y a, tout d'abord, les lois qui interdisent certains types d'intervention, en particulier les avortements tardifs pratiqués après les trois premiers mois de la grossesse selon le procédé D&X (dilatation et extraction), dit aussi *intact D&E*, dans lequel le fœtus est extrait entier, puis détruit, qui apparaît comme un infanticide, mais qui est extrêmement rare dans la mesure où, généralement, les médecins utilisent le procédé dit D&E (dilation et évacuation) dans lequel le fœtus est aspiré et l'aspiration suivie d'un curetage. Dans un arrêt *Stenberg v. Carhart*⁴¹, la Cour suprême a annulé à la majorité de cinq voix contre quatre une loi du Nebraska qui interdisait sans exception le recours au procédé D&X, au motif qu'elle était contraire à l'arrêt *Casey* qui a formellement prévu que toute loi sur l'IVG doit contenir une exception pour les cas où la vie ou la santé de la mère l'exige⁴².

Il y a ensuite les lois TRAP (*Targeted Regulation of Abortion Providers*) relatives aux conditions dans lesquelles l'IVG doit être pratiquée. Destinées aux établissements hospitaliers et aux cliniques qui dispensent l'IVG, ces lois imposent des réglementations ciblées très exigeantes sur les conditions qui doivent être réunies pour que ces établissements puissent poursuivre leurs activités. Le cas s'est posé récemment au Texas. Cet État avait adopté une loi qui exigeait de tous les établissements voulant

39. *Stuart v. Huff*, 834 F. Supp. 2d 424, 437 (M.D.N.C. 2011) ; *Stuart v. Camnitz*, 774 F.3d 238 (4th Cir. 2014).

40. *Texas Medical Providers Performing Abortion Services v. Lakey*, 667 F.3d 570, 580 (5th Cir. 2012).

41. *Sternberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 938 (2000).

42. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S., p. 879.

pratiquer l'IVG, d'une part, qu'ils disposent de praticiens accrédités auprès d'un hôpital public situé dans un rayon de moins de 30 miles du lieu où l'IVG devait être pratiquée de manière à ce que la patiente puisse y être immédiatement transportée en cas d'urgence et, d'autre part, que l'établissement où l'IVG a lieu soit équipé d'un plateau chirurgical conforme aux normes requises pour pratiquer des actes de chirurgie ambulatoire. Dans un arrêt rendu à la majorité de cinq voix contre quatre, la Cour a jugé la loi du Texas inconstitutionnelle au motif qu'elle imposait une « charge induue » à la femme dans la mesure où les conditions qu'elle imposait aux établissements médicaux ne fournissaient que peu, si ce n'est aucun avantage pour la femme, et que ces avantages, pour autant qu'ils existassent, étaient écrasés par les inconvénients qui en résultaient pour la femme en créant un obstacle substantiel sur son parcours en vue de subir une IVG⁴³.

Il y a enfin les lois qui limitent les facilités d'accès à l'IVG à cause de la manière dont l'avortement est obtenu. C'est le cas des lois qui réglementent la vente des médicaments abortifs qui sont utilisés en cas d'urgence après un rapport sexuel non protégé (RU-486 ou pilule du lendemain) connus sous le nom de *mifepristone* associé au *misoprostol* aux États-Unis. La FDA (*Food and Drug Administration*) a autorisé ces médicaments en 2000. Elle y a joint un protocole d'utilisation (*Final Printed Label*) assez compliqué, mais optionnel, qui oblige la patiente à prendre le remède en deux temps, à retourner à la clinique au bout de deux semaines pour la deuxième partie du traitement, puis à y retourner une troisième fois au bout de deux semaines pour vérifier que le traitement a été efficace. En pratique, le protocole n'est pas suivi parce qu'il est possible de faire beaucoup plus simple en donnant à la patiente la possibilité de prendre la deuxième prise chez elle. C'est ce qui se passe pour 96% des avortements obtenus selon ce moyen. Mais certains États dont le Dakota du Nord, l'Ohio ou le Texas, interdisent la vente du médicament hors du protocole ; dix-huit exigent qu'un médecin soit présent lors de la première prise et trente-sept que le médicament soit prescrit par un médecin. Certaines de ces lois selon les États ont été censurées par les cours et tribunaux.

43. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. (2016), 136 S. Ct. 2292 (2016).

Pour ce qui est des lois fédérales, avant *Roe*, les choses étaient simples : il n'y en avait pas. Dès 1976, le Congrès est intervenu en adoptant l'amendement Hyde qui interdit l'utilisation de fonds fédéraux pour financer l'IVG, sauf dans des circonstances extrêmes⁴⁴. Dans un arrêt *Harris v. McRae*⁴⁵, la Cour suprême a jugé l'amendement conforme à la Constitution aux motifs :

- 1) Qu'il n'était pas contraire à la liberté du Quatorzième amendement qui n'emporte pas la promesse d'une aide financière pour pouvoir exercer tous les choix dont la femme dispose,
- 2) Qu'il ne violait pas le principe d'égalité qui est contenu dans la clause d'égale protection des lois du Quatorzième amendement dans la mesure où la pauvreté n'est pas une classification suspecte (à la différence de la race),
- 3) Et que, quand bien même l'amendement serait inspiré par les principes de l'Église catholique, il ne contribue pas à « établir une religion » au sens du Premier amendement.

En 2003, pour contenir l'émotion de l'opinion publique après le feu vert donné par la Cour suprême dans l'arrêt *Stenberg* aux avortements avec naissance partielle, le Congrès a adopté une loi fédérale visant à les interdire purement et simplement⁴⁶. Dans une décision *Gonzales v. Carhart*⁴⁷, rendue à la majorité de cinq voix contre quatre, la Cour suprême a jugé la loi conforme à la Constitution. Elle a relevé d'abord que la loi contenait bien une exception pour le cas où la vie de la mère est en danger, mais uniquement pour des raisons de santé physique, non de santé mentale ou psychologique. En second lieu, elle a estimé qu'il était possible de la distinguer de la loi du Nebraska en cause dans l'affaire *Stenberg* sur le fondement d'une définition de l'avortement par naissance partielle plus précise, en ce qu'elle donne un « repère anatomique » qui identifie la naissance partielle à partir de la manière dont le fœtus se présente. En effet, pour que « naissance partielle » il y ait, il faut, si le fœtus se présente par la tête, que toute la tête soit sortie de l'utérus pour qu'il y ait crime, et s'il se présente par le siège, qu'il soit sorti au-

44. Hyde Amendment. Pub. L. n° 94-439, 90 Stat 1418 (1976).

45. *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

46. *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003* (Pub. L. 108-105), 117 Stat. 1201, 18 U.S.C. § 1531.

47. *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

delà du nombril. De plus, la loi dissocie la notion de naissance partielle de l'accouchement. Alors que la loi du Nebraska considérait comme naissance partielle le fait pour le chirurgien d'extraire le fœtus par morceaux, en tirant de l'utérus un morceau du tissu du fœtus comme, par exemple, un bras ou une jambe, dans la loi fédérale, il y a naissance partielle si, et seulement si, le chirurgien sort le fœtus vivant de l'utérus, délibérément et volontairement, et non par accident, mais avec l'intention de le tuer ; bref, il faut une intention criminelle. Enfin, il n'y a pas avortement avec naissance partielle si le fœtus est extrait par hystérotomie (césarienne). Au bout de compte, les IVG qualifiées d'« avortements avec naissance partielle » sont si strictement encadrées sur le plan juridique par le législateur et par la Cour que les poursuites pénales devraient être rares, en fait, exceptionnelles. Juridiquement, la Cour a « retiré son venin » au texte selon une méthode d'interprétation bien connue du contrôle de l'excès de pouvoir en droit français.

B- LA RÉPONSE DE LA COUR SUPRÊME

Des exemples qui viennent d'être donnés, il ressort que la Cour suprême a su contenir l'offensive des États. Les deux méthodes d'interprétation et de contrôle qu'elle mobilise ont en commun de s'ajuster au remède qui paraît le plus opportun. Le principe fut posé dans l'affaire *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England* (2006). Il s'agissait d'un obstétricien et de trois cliniques privées qui attaquaient en nullité absolue une loi du New Hampshire qui réglementait l'avortement pratiqué sur des mineures. La loi obligeait les praticiens à notifier l'intervention aux parents quarante-huit heures avant qu'elle ait lieu, mais elle omettait de prévoir une exception pour le cas où la santé de la mère exigerait une intervention immédiate, ce qui, selon les requérants, viciait la loi dans son entier. La Cour a refusé de les suivre et s'est trouvée d'accord avec l'État pour estimer qu'il était possible de trouver une solution moins radicale pouvant consister, par exemple, dans le pouvoir des cours inférieures de rendre un jugement déclaratoire qui interdise l'application inconstitutionnelle de la loi. Dans une opinion rendue à l'unanimité (le juge Sandra Day O'Connor tenant la plume), la Cour a expliqué qu'il n'était pas question de revenir sur sa jurisprudence relative à l'avortement, qu'il ne s'agissait que de décider des solutions à apporter à une loi qui régleme l'avortement, mais qui contient un vice d'inconstitutionnalité.

S'intéressant aux seuls « remèdes » (*remedies*) à apporter à une loi comme celle du New Hampshire, la Cour a rappelé : « Généralement, [...] nous essayons de nous limiter à la solution du problème »⁴⁸. Elle y parvient soit en interprétant la loi, soit en l'annulant.

En premier lieu, la Cour peut procéder à une interprétation neutralisante du texte contesté. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Gonzales v. Carhart* précitée. Reprenant point par point les éléments de la définition retenue par le Congrès, la Cour a déclaré que la loi avait été adoptée en réponse à sa jurisprudence *Stenberg*, mais elle a reconnu aussi qu'elle y était fidèle et elle l'a déclarée conforme à la Constitution au motif qu'elle définit le procédé D&E qu'elle interdit de manière claire et précise. Toutefois, elle a pris soin - c'est le point décisif ici pour ce qui nous intéresse - de reprendre un à un les éléments très précis, graphiques pour ainsi dire, de la définition donnée par le législateur et d'en examiner la conformité à la Constitution de manière à prévenir tout contentieux, ce qui l'a conduite à pratiquer une sorte de contrôle de constitutionnalité *a priori*, comme aurait pu le faire le Conseil constitutionnel français.

En second lieu, la Cour peut procéder à une annulation de la loi. C'est ce qui s'est passé dans l'arrêt *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016) précité où était en cause une loi relative à l'équipement chirurgical des établissements voulant dispenser l'IVG⁴⁹. Ce n'est pas l'un des moindres paradoxes du mouvement anti-avortement que d'avoir donné à la Cour suprême l'occasion de faire progresser son contrôle de la conformité des lois à la Constitution de manière spectaculaire. Traditionnellement, le juge américain ne contrôle pas les buts de la loi. Dès lors que le législateur en a un, que c'est un but raisonnable, admissible par toute personne dotée de bon sens, qu'il n'est ni arbitraire, ni capricieux, le juge ne va pas plus loin. La loi a une base rationnelle, donc elle est constitutionnelle. Dans l'affaire *Hellerstedt*, la loi du Texas, imposant aux cliniques pratiquant des IVG des conditions d'accréditation et d'équipement chirurgical très sévères, pouvait être considérée comme cherchant à atteindre un but raisonnable, la volonté d'améliorer la santé publique en réduisant les risques de complications après une IVG et en éliminant les praticiens incompetents. Toutefois, la Cour ne s'est pas limitée à ce contrôle des apparences ; elle

48. *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 U.S. 320, 328 (2006).

49. Voir *supra*, note 43.

est allée plus avant dans l'analyse des buts de la loi pour débusquer les prétextes de façade et identifier les vrais motifs. Elle est parvenue à la conclusion que la loi était inconstitutionnelle parce qu'elle multipliait les obstacles à l'obtention d'une IVG sans raison valable. Elle a mis en balance les charges (*burdens*) que la loi impose aux femmes pour accéder à une clinique pratiquant l'IVG et les bénéfices (*benefits*) qu'est censés procurer la loi et a conclu qu'il n'y avait pas de rapport. Bref, la Cour a introduit le contrôle de proportionnalité dans sa jurisprudence. Certes, le terme « proportionnalité » ne figure ni dans l'arrêt de la Cour, ni dans les opinions séparées ; la Cour en est restée au terme neutre de « mise en balance des intérêts », mais il ne faut pas s'y tromper. Le contrôle de proportionnalité n'est qu'à deux pas ; la Cour a contrôlé que la loi n'était ni adaptée, ni adéquate ; le seul point qu'elle n'a pas approfondi est de savoir si elle était nécessaire. C'est une question d'opportunité dont elle a laissé l'appréciation au Congrès.

En conclusion, la problématique de l'IVG aux États-Unis demeure un nœud de problèmes dont il est permis de penser qu'il n'est pas près d'être dénoué. Une chose est sûre, la controverse suscitée par *Roe* n'a pas pris fin. Il est douteux qu'elle le soit un jour. Certes, formellement, le droit de la femme de choisir l'IVG qui fut donné par *Roe* est toujours « *good law* », autrement dit, reste en vigueur. Le problème est qu'on ne sait toujours pas pourquoi. Au nom de cette règle antique du précédent ? Ou parce que la femme est libre et que la Constitution lui garantit sa liberté ? Nul ne peut trancher avec certitude. C'est pourtant la question fondamentale. Tant que la société ne peut pas y apporter une réponse sinon unanime, du moins consensuelle, le droit de la femme à la liberté de ses choix personnels n'est pas acquis. Et cette question aux États-Unis n'est pas résolue. Comment expliquer cela ?

Par ce seul fait qu'elle est surdéterminée par la religion. Certes, la Constitution garantit à chacun le libre-exercice de son culte et elle promet qu'aucune religion ne sera jamais établie comme religion d'État, mais elle n'oblige pas la religion à sortir de l'État. Contrairement à ce qu'elle disait en 1947⁵⁰, la célèbre formule de Thomas Jefferson qui disait de la clause de non-établissement qu'elle avait été conçue comme « destinée à ériger

50. *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing at al.*, 330 US 1, 16 (1947) ; traduction in E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000, p. 521 et s.

un mur de séparation » entre l'État et la religion n'a jamais pris racine aux États-Unis. C'est si vrai que, quoi qu'en ait dit la Cour en 1947, vingt-deux ans plus tard, elle est revenue en arrière. Aujourd'hui, elle n'exige plus un mur de séparation ; elle a décidé que tout ce que la Constitution interdisait est une « imbrication excessive » (*excessive entanglement*) entre la religion et l'État, mais elle n'interdit pas l'imbrication en elle-même⁵¹.

Or, c'est le nœud gordien parce que cette interprétation molle de la clause de non-établissement signifie qu'il n'y a pas de laïcité aux États-Unis, et la question est de savoir si la femme peut vraiment être libre ailleurs que dans un État laïc.

Mai 2019

51. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 613 (1971) ; *GACSEU*, p. 399.