

Suite de l'arrêt Dobbs: la bataille continue et se complexifie. Exemple avec la pilule abortive.

Par Laura Van den Eynde
e-legal, Volume 8

Pour citer l'article :

Laura Van den Eynde, « Suite de l'arrêt Dobbs: la bataille continue et se complexifie. Exemple avec la pilule abortive. », in *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, Volume 8, décembre 2023.

Adresse de l'article :

<https://e-legal.ulb.be/volume-8/le-juge-reactionnaire/suite-de-l-arret-dobbs-la-bataille-continue-et-se-complexifie-exemple-avec-la-pilule-abortive>

La reproduction, la communication au public en ce compris la mise à la disposition du public, la distribution, la location et le prêt de cet article, de manière directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie, ainsi que toute autre utilisation qui pourrait être réservée à l'auteur ou à ses ayants droits par une législation future, sont interdits, sauf accord préalable et écrit de l'Université libre de Bruxelles, en dehors des cas prévus par la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins applicable en Belgique.

© Université libre de Bruxelles - décembre 2023 - Tous droits réservés pour tous pays - ISSN 2593-8010



§1 Beaucoup d'encre a déjà coulé à propos de l'arrêt *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization*¹ rendu par la Cour Suprême américaine en juin 2022. Cette contribution vise d'une part à expliquer comment il s'insère dans le cadre de la justice réactionnaire proposé par ce numéro et d'autre part à illustrer les suites confuses qu'il crée. *Dobbs* a en effet déclenché de nombreuses propositions législatives et actions judiciaires qui vont dans des directions très divergentes, créant un paysage juridique incertain et soulevant des questions constitutionnelles essentielles. La deuxième partie de cette contribution s'intéresse à une affaire entreprise par des médecins et des groupes anti-avortement contre la pilule abortive. Cette affaire qui a démarré au Texas quelques mois après *Dobbs* vise l'autorisation de mise sur le marché et la prescription de la pilule abortive, qui est devenue la méthode d'avortement la plus courante aux Etats-Unis. L'affaire *Food and Drug Administration v. Alliance for Hippocratic Medicine et al.* (ci-après *FDA v. AHM*) est aujourd'hui pendante devant la Cour suprême et illustre que *Dobbs* n'était qu'une étape pour les partisans d'une interdiction totale de l'avortement.

Dobbs est une décision réactionnaire d'une juridiction à la majorité réactionnaire

§2 Qualifié de « grande régression »², témoignant d'un « incontournable retour en arrière »³, l'arrêt *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* est paradigmatique de l'évolution réactionnaire de l'appareil judiciaire fédéral américain ces dernières années. Se basant sur une conception originaliste de la Constitution⁴ - jugée tronquée par de nombreux expertes⁵ -, les juges de la majorité se demandent si le droit à l'avortement est « profondément enraciné dans l'histoire » et cherchent la réponse dans des écrits de l'Angleterre du 13ème siècle, des manuels de l'Amérique coloniale ou les lois des Etats de 1868. Considérant qu'il ne l'est pas, ils renversent les précédents *Roe v. Wade*⁶ et *Casey*⁷ et révoquent, en 2022, le droit constitutionnel à l'avortement aux Etats-Unis. Pour revenir à la situation qui prévalait il y a un demi-siècle, la méthode d'interprétation choisie par la majorité pour déterminer la portée du terme « liberté » au sein du Quatorzième Amendement porte bien son nom : « le test de l'histoire et de la tradition »⁸. Le Juge Alito (qui signe l'opinion de la majorité) souligne à plusieurs reprises⁹ que le droit à l'avortement n'est pas enraciné dans l'histoire et la tradition des Etats-Unis, car trois-quarts des Etats interdisaient l'avortement au moment de la ratification du Quatorzième Amendement. Une annexe de 22 pages détaillant les lois existantes en 1868 est même jointe à l'opinion. D'après lui, le respect des enseignements de l'histoire évite que la Cour ne fasse de la « politique judiciaire en roue libre »¹⁰. Le message qui essaye d'être envoyé est que cette méthode fournit des critères neutres empêchant les interprètes d'être guidés par leurs valeurs. Or bien évidemment, le choix de cette méthode n'est pas neutre¹¹ et s'inscrit dans une dynamique réactionnaire.

§3 L'approche a été critiquée à plusieurs égards. Les juges dissidents soulignent par exemple que « parce que les lois de 1868 privaient les femmes de tout contrôle sur leur corps, la majorité approuve les États qui le font aujourd'hui. Parce que ces lois empêchaient les femmes de tracer le cours de leur propre vie, la majorité dit que les États peuvent refaire la même chose »¹². De nombreuses études sont ensuite venues étayer l'inexactitude et l'incomplétude des références historiques citées par le juge Alito. *Dobbs* proclame par exemple que 28 des 37 Etats criminalisaient l'avortement - sans s'interroger sur les motifs misogynes ou racistes de ces lois -, or ces lois ne s'appliquaient souvent qu'après le « quickening » c'est-à-dire le moment où la mère sent le fœtus bouger, aux alentours de 16 semaines de grossesse¹³. D'autres lois ne visaient qu'un certain type d'avortement (par poison) ou n'étaient tout simplement pas appliquées¹⁴.

§4 *Dobbs* est le fruit d'années de travail du mouvement conservateur en général et des mouvements anti-avortement¹⁵ en particulier. Du militantisme de terrain, de

l'échelle locale à l'échelle nationale voire transnationale et dans les instances institutionnelles est à l'œuvre. L'un des aspects saillants de ce mouvement a été la stratégie délibérée et savamment orchestrée pour nommer des conservateurs à tous les étages de l'appareil judiciaire et en particulier auprès de la Cour Suprême¹⁶, devenue véritable symbole des « guerres culturelles » en cours aux Etats-Unis.

§5 S'il y a bien une promesse tenue par Donald Trump, c'est d'avoir transformé le profil des juridictions américaines. Les conséquences de ses nombreuses nominations se feront encore sentir de nombreuses années. Faisant fi de multiples coutumes¹⁷, les sénateurs républicains sont parvenus à nommer 234 juges fédéraux avant la fin du terme du 45ème Président, dont trois à la Cour Suprême. Renversant la tendance voulant plus de diversité parmi les magistrats, cette cohorte était surtout blanche (85%) et mâle (76%)¹⁸. Les nombreuses voix qui se sont élevées pour dénoncer l'incompétence des candidats, l'absence de tempérament adéquat ou l'omission d'informations lors des processus de nomination n'ont pas fait le poids face à cette stratégie¹⁹. Les candidats à de hautes fonctions judiciaires exhibaient fièrement leur agenda conservateur et la décomplexion était si profonde que plusieurs candidats ont refusé de déclarer que l'arrêt *Brown v. Board of Education* de 1954 avait été correctement décidé, soulevant non seulement des questions alarmantes quant à leur adhésion aux précédents mais également quant à la possibilité sous-entendue de débattre la question de la ségrégation²⁰.

§6 L'architecte principal de cette stratégie de nominations (et derrière celle des six juges conservateurs siégeant à l'heure actuelle à la Cour Suprême) n'est autre que la *Federalist Society*, un groupe de juristes et de magistrats chrétiens conservateurs fondé en 1982. Son vice-président, le juriste Leonard Leo, est un acteur clé dans la fabrication des listes de candidats et dans l'accompagnement de ceux-ci aux auditions du Sénat, et son nom réapparaît également derrière de nombreuses affaires soumises à la plus haute juridiction. L'agenda de la *Federalist Society* coïncide aujourd'hui avec celui du Parti Républicain²¹, synthétisant les intérêts de la droite religieuse et des lobbys industriels²². Une tendance similaire s'observe auprès de la Cour qui, d'après Neal Devins et Lawrence Baum, « ne présente pas un clivage conservateur-libéral plus marqué que les cours précédentes; ce qui la distingue, c'est que les divisions idéologiques coïncident avec les divisions partisans »²³.

§7 L'opinion de la majorité dans *Dobbs* est donc sans surprise signée par les cinq juges considérés comme des « conservateurs fervents »²⁴. Le juge Clarence Thomas n'a jamais caché son opposition à *Roe* et *Casey*²⁵. Plusieurs juges conservateurs et la juge conservatrice Amy Coney Barrett, bien qu'ayant prétendus être attachés à la règle du précédent lors de leurs auditions de confirmation au Sénat²⁶, ont fragilisé le droit à l'avortement en plusieurs endroits et clairement

envoyé le signal qu'ils étaient prêts à réexaminer *Roe* dans les mois qui ont précédés *Dobbs*.

§8 Pour certains observateurs, la décision ne s'explique qu'en qualifiant ces juges de « militants » ou « militantes » (« movement jurists »). D'après les professeurs Robert Tsai et Mary Ziegler, un juge militant est socialement intégré dans des réseaux influents en dehors du système juridique et est prêt à utiliser son outil de travail au service des objectifs d'un mouvement²⁷. Le juge militant « privilégie l'alignement sur les intérêts du mouvement par rapport à d'autres considérations, même la cohérence méthodologique ou philosophique. Il utilisera toutes les méthodes de persuasion disponibles à un moment donné de l'histoire pour parvenir à des résultats bénéfiques pour un mouvement donné »²⁸. Les traits principaux de ces juges militants sont premièrement une grande réceptivité idéologique aux arguments et objectifs d'un mouvement et deuxièmement, une imperméabilité aux éventuelles réactions négatives que la décision pourrait créer²⁹. En effet, concernant *Dobbs*, il s'agit d'une décision « anti-majoritaire, à la fois impopulaire et volontairement indifférente à la mesure dans laquelle sa vision des femmes en tant que citoyennes au sein de l'ordre constitutionnel s'aligne sur les pratiques contemporaines ou bénéficie d'un soutien populaire »³⁰. Une majorité d'Américains (57%) est en désaccord avec l'arrêt *Dobbs* et s'exprime au contraire en faveur de la légalisation de l'avortement³¹. Les soumissions d'*amicus curiae* en ce sens n'ont pas pesé bien lourd dans la balance.

§9 Cette nouvelle majorité à la Cour qui est en minorité dans l'opinion publique « profite pleinement de son pouvoir, sans se soucier des réactions d'hostilité ou des dégâts pour l'image de la Cour »³². Les juges dissidents Breyer, Sotomayor et Kagan dans l'affaire *Dobbs* l'ont dit: « Le pouvoir, et non la raison, est la nouvelle devise de la Cour dans sa prise de décision »³³. Ce pouvoir a été acquis grâce à une exploitation méthodique par une minorité d'un système politico-judiciaire qui confère un avantage aux juges conservateurs. Ceux-ci en sont probablement conscients et agissent donc vite. Comme l'écrit Ludivine Gilli

« Une minorité conservatrice extrémiste a perverti le système politico-judiciaire déjà structurellement déséquilibré jusqu'à s'arroger au sein des institutions un poids démesuré par rapport à son importance effective dans l'opinion. Les dispositions conçues au XVIIIe siècle pour protéger les petits Etats contre la tyrannie éventuelle des plus peuplés sont aujourd'hui instrumentalisées par les premiers, principalement ruraux, conservateurs et surreprésentés au sein des institutions, au service d'un projet réactionnaire »³⁴.

§10 D'après le professeur Mark Lemley, le dénominateur commun de l'activité de la Cour lors de ses dernières sessions n'est pas, par exemple, le triomphe d'une méthode d'interprétation particulière, mais bien l'arrogation de pouvoirs dans plusieurs domaines³⁵. La Cour met en œuvre les préférences politiques des

conservateurs tout en dépouillant d'autres entités politiques de leurs pouvoirs (le Congrès, l'Etat administratif, les juridictions fédérales inférieures...). Il suggère le qualificatif de Cour « impériale » pour décrire la Cour suprême actuelle et pointer l'accroissement de son propre pouvoir qui est à l'œuvre.

§11 Tout cela ne fait que renforcer l'idée qu'il s'agit de la Cour « la plus activiste du dernier siècle »³⁶. Depuis la dernière nomination de l'ancien Président Trump, celle de Amy Coney Barrett en septembre 2020, les décisions de la Cour se sont éloignées (vers la droite) des préférences des Américaines³⁷ et la confiance du public dans l'institution a dégringolé, atteignant un niveau historiquement très bas avec *Dobbs*³⁸. Ce record s'est depuis confirmé, entre autres en raison des accusations de corruption faites à l'encontre des juges Thomas et Alito (ainsi que Leonard Leo évoqué ci-dessus)³⁹. En avril 2023 une enquête ProPublica révèle en effet que le juge Clarence Thomas - l'un des plus fervents opposants à l'avortement - a accepté des voyages de luxe et d'autres cadeaux d'un ami millionnaire, sans jamais le déclarer, pendant plus de 20 ans. Figure influente de la politique conservatrice pro-entreprise, le milliardaire en question, Harlan Crow, a dépensé de larges sommes en efforts idéologiques pour façonner le droit et le pouvoir judiciaire⁴⁰. Rappelons seulement ici que les « relations entretenues hors de la Cour » sont l'élément principal permettant de qualifier un juge de militant⁴¹. Certaines de ces relations sont publiques et visibles - quelques mois après avoir rédigé l'opinion majoritaire de *Dobbs*, le juge Alito a obtenu une standing ovation lors du gala annuel de la *Federalist Society*⁴² - mais d'autres sont cachées et ne sont révélées que grâce au travail d'investigation de certains journalistes. C'est à nouveau ProPublica qui a révélé que Samuel Alito ne rendait pas publics les cadeaux qu'il recevait du milliardaire Paul Singer, gestionnaire de fonds spéculatifs et mégadonateur du Parti républicain, qui avait également des affaires devant la Cour pour lesquelles Alito ne s'est pas récusé. Sa réaction aux propositions d'imposer un code de conduite aux juges de la Cour Suprême ? « Aucune disposition de la Constitution ne donne [au Congrès] le pouvoir de réglementer la Cour suprême - point final »⁴³.

§12 Suite à ces révélations, la Cour a adopté le 13 novembre 2023 un code de conduite⁴⁴ qui stipule par exemple que les juges ne doivent pas se laisser influencer par des relations familiales, sociales, politiques, financières ou autres et que s'ils choisissent de s'exprimer devant un groupe, ils doivent se demander « si cela risque de créer une apparence d'irrégularité dans l'esprit de membres raisonnables du public ». Ce code formulé davantage sous forme de suggestions n'est assorti d'aucun mécanisme d'application, d'arbitrage ou d'interprétation. De même, la décision de se récuser reste à l'appréciation discrétionnaire du juge⁴⁵.

Les suites de l'arrêt Dobbs

§13 Les suites de l'arrêt *Dobbs* sont nombreuses. Certaines sont réelles, et effrayantes. S'il est difficile d'obtenir des chiffres, la majorité des obstétriciennes et des gynécologues interrogées affirment que *Dobbs* a détérioré leur capacité à gérer les urgences liées à la grossesse, qu'il a aggravé la mortalité liée à la grossesse et accru les inégalités raciales et ethniques en matière de santé maternelle⁴⁶. Dans les Etats qui interdisent désormais totalement l'avortement (sans exception, c'est-à-dire même quand la grossesse résulte d'un viol ou d'un inceste), une récente étude estime à près de 60000 le nombre de grossesses faisant suite à un viol pendant les 4 à 18 mois durant lesquels ces interdictions étaient en vigueur après *Dobbs*⁴⁷. Des dizaines de cliniques permettant l'accès à l'avortement ont fermé leurs portes. Le nombre d'avortements a légèrement baissé et les distances parcourues par les femmes pour se rendre dans les « Etats sanctuaires » se sont allongées. La prise en charge des fausses couches a également pris un coup : dans les Etats touchés par des interdictions de pratiquer l'avortement, le personnel des hôpitaux est de plus en plus incertain quant à l'intervention qui peut être offerte aux femmes qui se présentent en cas d'interruption spontanée de grossesse ou d'autres urgences liées à la grossesse⁴⁸. Les seules personnes qui semblent à l'abri des conséquences de *Dobbs* sont les géniteurs⁴⁹.

§15 Cette partie met en avant les nombreuses conséquences d'ordre juridique, qui évoluent très rapidement. La plupart sont encore hypothétiques. La première sous-partie mentionnera une série des propositions ou d'inquiétudes formulées à la suite de *Dobbs* et la seconde sous-partie décrira en détail une procédure contentieuse en cours qui met concrètement en danger le droit d'accéder à la pilule abortive.

Prolifération législative et confusion

§15 Immédiatement après l'arrêt *Dobbs*, plusieurs « trigger laws » se sont activées. Ces lois dormantes n'attendaient que cet arrêt pour se déclencher⁵⁰. Treize Etats en particulier étaient concernés, avec des lois visant à interdire partiellement ou totalement l'avortement. Dans d'autres Etats, la législation pré-*Roe* qui n'avait pas été abrogée a été à nouveau appliquée.

§16 Des centaines de propositions de loi concernant l'avortement ont vu le jour aux Etats-Unis depuis *Dobbs*. La moitié vise à restreindre l'accès à l'avortement et l'autre moitié à l'étendre⁵¹. De nombreuses propositions de loi en sont restées au stade de propositions et parmi celles qui ont été adoptées, plusieurs sont attaquées devant les juridictions⁵². Certaines concernent par exemple des réductions d'impôts pour des dons faits aux « centres de bien-être maternel » (qui sont des centres anti-avortement) ou, au contraire, qui interdisent le partage des coûts (*cost-sharing*) dans les couvertures d'assurance maladie en cas d'avortement. Le paysage « post-*Roe* » est donc fragmenté et laborieux à naviguer⁵³. La conclusion de l'arrêt *Dobbs* est, à ce stade, d'avoir créé un patchwork confus qui génère plus de problème qu'il n'en résout et soulève des questions en termes d'égalité⁵⁴. Ce qui en ressort avec certitude, c'est un effet intimidant (*chilling effect*) généré par toute cette complexité et ce flou juridico-judiciaire.

§17 Au vu d'une part des postures très opposées des Etats sur la question et d'autre part les réalités concrètes que sont les voyages interétatiques pour obtenir un avortement et la pilule abortive, des propositions « extraterritoriales » sont avancées. Celles-ci ouvrent un nouveau volet de conséquences juridiques. Par exemple, une proposition de loi au Missouri⁵⁵ cherchait à instaurer une responsabilité civile ou pénale pour celles qui avortent et celles et ceux qui aident, même hors de l'Etat. Dans la même veine et menaçant d'autres droits encore, des Républicains texans ont proposé d'exiger des fournisseurs d'accès à Internet de bloquer les sites permettant d'obtenir des pilules abortives⁵⁶. Pour contrecarrer ces initiatives « extraterritoriales », les Etats cherchant à protéger l'avortement ont également proposé des mesures, telles les « lois boucliers » (« shield laws ») visant par exemple à mettre les prestataires d'avortement à l'abri d'enquêtes et de poursuites judiciaires ou disciplinaires.

La légalité de ces propositions « extraterritoriales » est douteuse et l'administration Biden s'est prononcée en faveur d'une libre circulation pour accéder à l'avortement⁵⁷ : *a priori* la protection accordée à la liberté de circulation et l'interdiction des entraves au commerce interétatique devraient rendre difficile l'application des lois par les États hostiles à l'avortement. Cependant, ces théories constitutionnelles n'ont pas été développées concernant l'avortement et sont sujettes à caution, ce qui laisse les juridictions comme ultimes arbitres de ces

batailles interétatiques⁵⁸. En plus de ces questions touchant au cœur du fédéralisme américain, des questions d'ordre plus pragmatiques se posent également comme les critères de rattachement, les questions de preuve et la coopération policière et judiciaire en la matière.

§18 D'autres droits ou pratiques qui ne semblaient *a priori* pas visés par *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization* pourraient devenir des victimes collatérales : de nombreux commentateurs ont immédiatement réagi aux extraits de l'opinion concordante de Justice Thomas dans l'arrêt *Dobbs* qui font craindre le déclassement d'autres droits fondamentaux⁵⁹, puisque la construction jurisprudentielle sur laquelle se fondait le droit à l'avortement est celle qui soutient entre autres le droit à la contraception et le droit au mariage entre personnes de même sexe. Je renvoie aux nombreux travaux qui s'y consacrent.

§19 Ce paysage juridique complexe et flou n'aide pas non plus l'encadrement nécessaire aux Etats-Unis des produits « Femtech » en plein essor. Ce terme, issu de « Female Technology » désigne les technologies visant à améliorer la santé des femmes et qui prennent par exemple la forme d'applications de suivi des règles et de la fertilité. Ces applications peuvent être utiles à plusieurs égards, par exemple pour combler des lacunes en termes d'accès aux soins de santé ou pour améliorer les chances d'obtenir un avortement légal dans des États où les fenêtres de disponibilité sont de plus en plus réduites⁶⁰. Mais les traces digitales laissées sur ces plateformes pourraient mettre leurs utilisatrices en danger et les failles dans les procédures de protection des données personnelles ont été pointées du doigt à de multiples reprises⁶¹. La non-régulation pourrait également conduire à de la mésinformation. L'application pourrait par exemple, en cas de détection d'une grossesse, renvoyer l'utilisatrice vers un « centre de grossesse de crise », qui sont des organismes qui se présentent comme des cliniques mais qui visent en réalité principalement à décourager l'accès à l'avortement⁶².

§20 Vu l'ambition du mouvement anti-avortement d'interdire totalement l'avortement, sur l'ensemble du territoire, *Dobbs* a également encouragé les partisans de la reconnaissance de la personnalité juridique du fœtus à se prononcer plus ouvertement⁶³. Certains critiques de *Dobbs* ont suggéré que la pratique de « réduction embryonnaire », observée surtout dans le cadre de la procréation médicalement assistée pourrait être mise à mal. Ce geste médical in utero visant à réduire le nombre d'embryons ou fœtus surnuméraires afin d'optimiser les chances de grossesse à terme et de réduire les complications obstétricales pourrait être visé⁶⁴. Certaines de ces craintes se concrétisent déjà : le 16 février 2024 par exemple, la Cour suprême de l'Alabama a conféré le statut de personne à des embryons *in vitro*, conservés par congélation, et autorisé que leur suppression ouvre la voie à des poursuites judiciaires⁶⁵. Cette question divise le mouvement anti-avortement et l'alignement avec l'agenda républicain⁶⁶, comme les suites de l'arrêt d'Alabama le témoignent. Suite à l'arrêt, les cliniques concernées

en Alabama ont interrompu leurs services, obligeant les législateurs majoritairement républicains à se prononcer face à cette situation impopulaire. Ils se sont donc empressés de légiférer pour protéger l'accès à la fécondation in vitro et la reprise des traitements.

§21 Tous les propos dans les paragraphes ci-dessus mériteraient leur analyse propre et approfondie. Parmi ces propositions et les contentieux en cours, les prochaines lignes sont consacrées à une affaire attaquant l'accès à la pilule abortive. Etant donné l'accroissement de l'avortement médicamenteux, celui-ci a sans surprise été ciblé par les opposants. Cette affaire illustre le nouveau degré de complexité que les questions de droit fédéral soulèvent, étant donné que la commande de ce médicament se fait de plus en plus fréquemment en ligne. Mais elle illustre surtout le second volet de la stratégie du mouvement conservateur et anti-avortement. Après avoir placé des idéologues à un maximum d'échelons judiciaires il est désormais l'heure de « construire » des affaires et de les présenter à des juges favorables⁶⁷.

A l'attaque de la mifépristone : L'avenir de la « pilule abortive » bientôt examiné par la Cour Suprême

§22 La mifépristone est un médicament qui bloque l'action de la progestérone et qui, couplée au misoprostol, permet de mettre fin à une grossesse. Autorisé pour la première fois par la Food and Drug Administration (ci-après FDA) en 2000 aux Etats-Unis, celui-ci est fortement réglementé, encadré par un protocole appelé REMS, acronyme de Risk Evaluation and Mitigation Strategies. Par exemple, historiquement, l'agence exigeait que le médicament soit délivré par un prestataire agréé (*certified provider*) (la plupart du temps une clinique d'avortement).

En examinant s'il convient de mettre en place ce protocole spécial, la FDA est statutairement tenue de prendre en compte certains facteurs tels la taille estimée de la population susceptible d'utiliser le médicament concerné, le bénéfice attendu du médicament et la gravité de tout événement indésirable qui peut être lié au médicament. La loi prévoit expressément que les exigences du REMS ne doivent pas « peser indûment sur l'accès des patients au médicament » et « être proportionnées au risque grave spécifique »⁶⁸.

§23 La réglementation de la mifépristone a ainsi été assouplie au fur et à mesure des années, entre autres du fait de son aspect sûr (il présente moins de risque que le viagra par exemple...). Durant la pandémie de COVID-19, de nombreux professionnels de la santé ont demandé un assouplissement concernant l'exigence fédérale de délivrance en personne - de nombreuses études ayant déjà conclu à l'aspect très sûr du médicament. Suite à une affaire judiciaire l'y incitant⁶⁹, l'agence a accédé à la demande fin 2021 en autorisant l'accès au médicament par voie postale. Cette option a ouvert une nouvelle ère : il est maintenant possible d'obtenir une prescription pour le médicament lors d'un rendez-vous médical en ligne et de se procurer le médicament au lieu de son choix⁷⁰. Voici un récapitulatif des modifications :

Année	Réglementation de la mifépristone : aperçu des modifications
2000	Approbation du médicament avec protocole REMS, c'est-à-dire : pour les grossesses de moins de 50 jours, avec trois visites médicales; surveillance par le médecin, rapportage des effets indésirés
2016	Augmentation à 70 jours de grossesse; une seule visite médicale; pas

Année	Réglementation de la mifépristone : aperçu des modifications
2019	d'obligation qu'un médecin prescrive et administre; élimination de l'obligation de rapportage
2021	Approbation du médicament générique au profit de la compagnie GenBioPro, Inc.
2021	Délivrance autorisée par courrier pendant le Covid-19
2023	Abandon de l'exigence de dispensation en personne

§24 Aujourd'hui plus de la moitié des avortements aux Etats-Unis sont médicamenteux, c'est-à-dire presque un demi-million par an⁷¹. Néanmoins, cette réglementation n'est pas la panacée et reste fragile. Premièrement, l'accès à l'avortement est tributaire de la commercialisation des médicaments abortifs, de leur régulation et des réglementations de chaque Etat et/ou d'initiatives privées qui peuvent prendre fin. Deuxièmement, ces réglementations ne sont pas à l'abri d'un renversement de position de la part de l'agence - le Commissaire de la FDA est nommé par le Président et a donc une couleur politique - ou d'une décision judiciaire (voir les développements de la seconde partie de cette contribution). Cette réglementation étant actuellement attaquée, cela crée de l'incertitude. Parallèlement, la compétence de la FDA est limitée à l'avortement médicamenteux, or celui-ci n'est autorisé que jusqu'à dix semaines de grossesse, les avortements chirurgicaux traditionnels pouvant être pratiqués plus tard dans la grossesse.

§25 Il faut également rappeler que l'accès touche de façon inégalitaire les femmes, et en particulier les femmes minorisées, loin de villes ou ayant eu peu d'information en matière de santé sexuelle et reproductive, exacerbant des inégalités en matière de soins de santé déjà très présentes aux Etats-Unis⁷². Pour les femmes qui se font livrer la mifépristone et la prennent dans un Etat qui interdit l'avortement, le risque est grand d'hésiter à aller chercher de l'aide médicale en cas de complications ou de douleurs.

§26 Enfin, un « fédéralisme pharmaceutique »⁷³ existe aux Etats-Unis. C'est-à-dire qu'il arrive que les Etats assouplissent, restreignent ou interdisent des médicaments approuvés par la FDA. De nombreux États ont restreint l'accès à l'avortement médicamenteux en étant plus exigeants que le régime REMS, par exemple en interdisant la délivrance suite à une visite médicale virtuelle et en exigeant que la délivrance (voire la consommation) se fasse en présence d'un médecin. La question de savoir si un État peut interdire ou imposer des restrictions significatives aux produits pharmaceutiques approuvés par la FDA n'a pas de réponse claire ou facile. Dans un communiqué de presse de juin 2022,

l'Attorney General Merrick Garland a exprimé la position selon laquelle « les États ne peuvent pas interdire la mifépristone sur la base d'un désaccord avec le jugement des experts de la FDA concernant sa sécurité et son efficacité »⁷⁴ sans plus d'explications.

§27 Concrètement aujourd'hui, la suppression de l'exigence fédérale de délivrance en personne pour les avortements médicamenteux permet donc aux femmes enceintes résidant dans trente et un États d'obtenir de la mifépristone et du misoprostol par courrier, soit auprès d'un prescripteur agréé, soit auprès d'une pharmacie de vente par correspondance. Pour les femmes cherchant à obtenir un avortement dans un État qui l'interdit ou qui interdit le rendez-vous médical virtuel pour obtenir une prescription, le choix se pose de voyager hors de son État pour ce rendez-vous et/ou pour récupérer la pilule livrée à une autre adresse (un choix difficile pour les femmes sans moyens, seules avec enfants ou victimes de violences domestiques...).

§28 Les activistes et les États pour et contre l'avortement ont trouvé dans l'approbation et la délivrance de la mifépristone un nouveau champ de bataille qui donne une place de choix aux juges. Une série d'actions sont donc en cours. Certaines sont à l'initiative d'activistes, d'autres des États, certaines encore de médecins ou de compagnies pharmaceutiques. Parmi celles-ci, la suite de cette contribution s'intéresse à l'affaire actuellement devant la Cour Suprême : *FDA v. Alliance for Hippocratic Medicine et al.*⁷⁵ qui par ailleurs illustre le plus clairement l'installation d'une machinerie conservatrice à tous les étages. Elle a démarré fin 2022 - quelques mois après le revirement de jurisprudence de *Roe* donc -, et attaque l'approbation du médicament abortif mifépristone par l'agence les dernières décennies ainsi que les développements plus récents concernant la délivrance par courrier.

§29 Avant de dérouler la chronologie de cette affaire, il faut mentionner la très ancienne loi fédérale Comstock⁷⁶ (1873) qui a également été resuscitée par les activistes anti-avortement. A nouveau, cela mériterait une analyse en soi qui ne peut pas être entreprise ici. Cette loi cherche à supprimer la circulation de littérature obscène ou articles d'usage immoral en les assortissant de peines d'emprisonnement et d'amendes. La diffusion d'information sur la contraception et l'avortement tombait sous le coup de cette loi. Les parties relatives à l'avortement sont restées en vigueur (et ont été amendées en 1996 pour viser également les informations sur Internet) mais le gouvernement fédéral se refuse à appliquer cette loi. Bien qu'il existe des raisons convaincantes de penser que cette loi n'est pas applicable⁷⁷, les militants anti-avortement testent néanmoins sa portée en l'invoquant dans des procès récents⁷⁸. L'*Office of Legal Counsel* du Ministère de la Justice - qui fournit des conseils juridiques à la demande du Président ou du Ministère - a rendu un avis à l'attention des services postaux en se prononçant en faveur d'une lecture restrictive de la loi. Pour l'assistant du Ministre de la Justice,

la loi n'interdit pas l'envoi de mifepristone. Le simple envoi dans une juridiction particulière ne suffit pas pour établir l'intention de l'expéditeur que le médicament soit utilisé illégalement⁷⁹.

Alliance for Hippocratic Medicine v. F.D.A., tribunal fédéral de district du Texas, 7 avril 2023:

§30 Les requérants sont une organisation (*Alliance for Hippocratic Medicine*) qui comprend cinq groupes anti-avortement ainsi que trois associations médicales et quatre médecins. L'organisation a été créée en 2022 et constituée en société à Amarillo, au Texas. Leurs avocats proviennent de l'*Alliance Defending Freedom*, qui se définit comme « l'un des principaux cabinets d'avocats chrétiens engagés dans la protection de la liberté religieuse, de la liberté d'expression, du mariage et de la famille, des droits parentaux et du caractère sacré de la vie »⁸⁰. Les requérants demandent une injonction préliminaire enjoignant le retrait ou la suspension de l'approbation du médicament de 2000 et 2019 et les changements concernant sa délivrance de 2016 et 2021. La compagnie *Danco Laboratoires* – titulaire de l'autorisation de mise sur le marché et productrice du médicament – s'est jointe à la FDA en qualité de défenderesse.

§31 Que l'action soit introduite dans le district d'Amarillo est tout sauf anodin. C'est la juridiction du juge Matthew J. Kacsmark. Après avoir travaillé pendant plusieurs années pour un groupe conservateur s'occupant principalement des affaires de liberté religieuse et fondé une section locale de la *Federalist Society*, il a été nommé juge par le Président Trump en 2017⁸¹. Son animosité contre les personnes LGBTQI et les droits reproductifs est documentée. Connu également pour son non-respect de précédents, il décide seul 95% des affaires de son ressort territorial et fait donc l'objet de forum-shopping (ou « juge-shopping »⁸²) par des activistes conservateurs⁸³.

§32 Une des questions principales qui caractérise ce cas est la question de l'intérêt à agir (le *standing*) des parties demanderesses. Elles doivent démontrer subir un préjudice concret, particulier et actuel causé par le défendeur. Pour le juge Kacsmark, cet intérêt est indéniable : les membres individuels des associations ont qualité pour agir parce « que les effets indésirables des médicaments chimiques utilisés pour l'avortement peuvent submerger le système médical » et exercer « une pression et un stress énormes » sur les médecins en cas d'urgence et de complications »⁸⁴. Concernant ce point, les larges organisations telles l'*American College of Obstetricians and Gynecologists* et l'*American Medical Association* pointaient dans un *amicus curiae* qu'au contraire, la mifepristone désengorgeait les hôpitaux⁸⁵. Le juge Kacsmark choisit plutôt de citer à plusieurs reprises des études de James Studnicki et al. pour souligner le fardeau que la pilule abortive représente pour le système des soins de santé. On le verra, il apparaîtra

dans la suite de cette affaire que ces études seront fortement discréditées et même rétractées par l'éditeur scientifique Sage⁸⁶. Enfin, concernant la prescription, le juge estime que les changements intervenus en 2016 et 2019 ont réactivé la décision de l'an 2000, qui peut donc être revue également.

S'appuyant donc sur un raisonnement pseudo-médical et faisant sienne la terminologie des opposants à l'avortement - décrivant par exemple le fonctionnement de la mifepristone comme « *affamant l'être humain non né* » - le juge Kacsmaryk décide que la FDA viole la loi Comstock et a irrégulièrement et arbitrairement approuvé le médicament. L'agence n'a d'après lui pas considéré un aspect important du problème qui est l'évaluation des effets psychologiques du médicament et de ses effets à long terme⁸⁷. Le juge du tribunal de district bloque l'approbation de la mifepristone par la FDA, exécutoire à l'issue d'un délai de sept jours pour permettre au gouvernement fédéral de faire appel.

§33 Ce qui a immédiatement été fait par la FDA et la société Danco. Elles se sont rendues auprès de la Cour d'appel fédérale du 5ème circuit. Sa juridiction couvre le Texas, la Louisiane et le Mississippi et elle est devenue une terre de prédilection pour les stratégies conservatrices, ses inclinations étant faciles à prévoir⁸⁸. Cette cour penchait déjà fortement à droite mais l'est davantage suite aux nominations sous Donald Trump. Les six hommes qu'il a nommés sont les auteurs des décisions les plus extrêmes adoptées les dernières années dans quasiment toutes les matières. L'appel de l'injonction du juge Kacsmaryk est entendu par 3 juges nommés par des présidents républicains, dont deux nommés par Donald Trump : Le juge Engelhardt qui était membre d'un groupe anti-avortement pendant plusieurs années et le juge Oldham qui a été le clerk (assistant référendaire) du juge Samuel Alito.

A l'issue d'une procédure accélérée, la Cour d'appel pour le cinquième circuit a estimé que le délai de prescription interdisait de contester l'approbation initiale de la mifepristone par la FDA en 2000. Le cinquième circuit a ensuite nuancé cette conclusion en reconnaissant que les requérants « pourraient très bien l'emporter »⁸⁹ plus tard dans le litige sur leur théorie selon laquelle la FDA avait « rouvert » son examen de l'approbation de 2000 par des actions ultérieures, faisant ainsi redémarrer le délai de prescription. La Cour d'appel du cinquième circuit a par ailleurs rejeté les demandes de suspension concernant les actions contestées de la FDA en 2016 et les années suivantes. Enfin elle est d'avis qu'il n'a pas été démontré que les mesures prises par la FDA n'étaient pas arbitraires et capricieuses.

La Cour d'appel pour le cinquième circuit s'est également penchée sur la pertinence de la loi Comstock pour la validité de l'ordonnance du tribunal de district. Tout en reconnaissant qu'il n'avait pas procédé à une « exploration concluante » de la loi Comstock, la Cour suggère que Danco viole cette loi « à

chaque fois qu'il envoie de la mifépristone »⁹⁰ (ce qui n'avait même pas été soulevé par les demandeurs).

Cour suprême des États-Unis, acte 1 (21 avril 2023): la pilule abortive reste disponible et la Cour est intéressée par l'affaire

§34 Deux jours après l'arrêt de la Cour d'appel du 5ème circuit, la FDA et Danco Laboratories, se sont pourvus auprès de la Cour suprême des États-Unis qui a entièrement bloqué l'ordonnance pendant que l'affaire se poursuit devant la Cour d'appel⁹¹. Elle indique même que la suspension ne prendra fin que si elle rejette une requête en certiorari⁹² qui lui serait soumise ou si elle rend un jugement elle-même dans cette affaire.

Seuls les juges Clarence Thomas et Samuel Alito auraient rejeté les demandes de suspension, et seul le juge Alito a émis un avis expliquant son raisonnement. Le juge Samuel Alito a estimé que la FDA et Danco n'avaient pas droit à une suspension de l'ordonnance parce qu'elles n'avaient pas démontré la probabilité d'un préjudice irréparable dans l'intervalle.

Cour d'appel du 5ème circuit, acte II (16 août 2023) : à la recherche d'un improbable intérêt à agir

§35 L'affaire est à nouveau entendue par 3 juges nommés par des présidents républicains, dont 2 nommés par Donald Trump. Suite aux plaidoiries tenues à la mi-mai - qui appelleraient leur propres commentaires - et la réception d'une trentaine d'*amicus curiae*, la Cour d'appel a rendu un arrêt contenant son lot d'aberrations.

Les juges trouvent l'intérêt à agir des organisations et des médecins dans la chaîne causale spéculative suivante :

« Les organisations médicales et les médecins ont prouvé chaque maillon de la chaîne de causalité, à savoir qu'un certain pourcentage de femmes qui prennent de la mifépristone souffriront de graves complications médicales, que des centaines de membres des organisations médicales sont des médecins qui traitent des patientes dans ces circonstances, (...) que le fait de fournir un tel traitement entraîne pour les médecins une violation de leurs droits de conscience, une détresse mentale et émotionnelle, une perte de temps et de ressources par rapport à leur pratique habituelle et des coûts supplémentaires en termes de responsabilité et d'assurance »⁹³.

La Cour conclut que la demande concernant l'approbation datant de l'an 2000 est irrecevable en raison de la prescription et les amendements ultérieurs n'ont pas « réouverts » les délais. Par contre, les amendements de 2016 et 2021 sont attaquables.

§36 Les demandes au fond des organisations médicales et les médecins se basent sur la loi relative à la procédure administrative (Administrative Procedure Act) qui exige que les tribunaux fédéraux « jugent illégales et annulent l'action, les constatations et les conclusions de l'agence jugées arbitraires, capricieuses, constituant un abus de pouvoir discrétionnaire ou non conformes à la loi »⁹⁴. Les organisations médicales demanderesse et la Cour sont d'avis que la FDA n'a pas pris en compte 1) l'effet cumulatif des amendements de 2016, 2) la nécessité de continuer à collecter des données sur les effets indésirables non mortels à la lumière de ces modifications et 3) suffisamment d'études concluantes pour soutenir que la mifépristone resterait sûre et efficace même sans l'obligation de délivrance en personne⁹⁵.

Le 16 août, la Cour d'appel rétablit les restrictions imposées à la mifépristone avant 2016 (voir tableau ci-dessus), mais ne retire pas le médicament du marché. En raison de la décision de la Cour suprême des États-Unis du 21 avril, la mifépristone reste disponible en vertu de la réglementation actuelle pendant que l'affaire se poursuit.

§37 Le juge James Ho écrit une opinion en partie concordante et en partie dissidente. Les commentateurs sont d'avis qu'il rédige ces opinions extrémistes pour être visible et listé comme prochain candidat à la Cour Suprême par une administration républicaine. Il illustre lui aussi le juge réactionnaire par excellence. Il souhaite par exemple ressusciter l'anti-canon *Lochner* qui s'oppose à la réglementation des relations de travail et qui a été abandonné à l'époque du New Deal⁹⁶.

Il souhaite d'abord élaborer sur l'intérêt à agir, pour rajouter que les médecins souffrent d'un préjudice esthétique (!), anecdote à l'appui:

« Les bébés à naître sont une source de joie profonde pour ceux qui les voient. Les futurs parents partagent volontiers les photos de l'échographie avec leurs proches. Les amis et la famille se réjouissent à la vue d'un enfant à naître. Les médecins se réjouissent de travailler avec leurs patients à naître et subissent un préjudice esthétique lorsqu'ils sont avortés »⁹⁷.

Que des femmes doivent mener à terme des grossesses non-désirées ne le tourmente pas, contrairement à la perte d'opportunité de travail et de joie que des médecins pourraient ressentir.

Sur le fond, il aurait également été plus loin à deux égards: premièrement l'approbation de 2000 viole aussi la loi relative à la procédure administrative puisque l'agence a utilisé une réglementation qui sert à approuver les médicaments qui « traitent des maladies graves ou mettant la vie en danger »⁹⁸ or la grossesse n'est pas une maladie. Deuxièmement, les révisions de 2021 permettant la livraison par courrier viole la loi Comstock.

Cour suprême des Etats-Unis, acte II à venir en juin ou juillet 2024

§38 Le 8 septembre 2023, le ministère américain de la justice a déposé une requête en certiorari auprès de la Cour suprême des États-Unis, lui demandant de réexaminer la décision rendue le 16 août par le cinquième circuit. Cette demande pointe principalement du doigt « le concept extravagant »⁹⁹ de l'intérêt à agir des juridictions inférieures. La Cour a accepté d'examiner l'affaire qui s'intitule maintenant *FDA v. Alliance Hippocratic Medicine, et al.* à laquelle est jointe l'affaire *Danco Laboratories L.L.C v. Alliance Hippocratic Medicine, et al.*¹⁰⁰ La Cour n'a pas accepté la requête de l'organisation AHM envoyant le signal qu'elle ne se prononcera pas sur l'approbation initiale du médicament en 2000 par la FDA. Les plaidoiries orales sont fixées au 26 mars 2024 et l'arrêt sera rendu en juin ou juillet 2024.

§39 Une des questions fondamentales va être de savoir si le Congrès en promulguant la loi fédérale, avait l'intention d'exercer son autorité pour écarter les lois étatiques dans ce cas¹⁰¹, appelée « préemption », comme le permet la clause de suprématie de la Constitution américaine¹⁰². Il existe trois types de préemption généralement reconnus : La préemption expresse (*express preemption*), lorsque le langage de la loi fédérale traduit explicitement l'intention du Congrès d'empêcher l'État de contrôler le sujet. La préemption « de champ » (*field preemption*): lorsque le Congrès a « implicitement mais nécessairement » préempté la loi de l'État en élaborant un système réglementaire si complet qu'il ne laisse nécessairement aucune place à l'État pour l'application de la loi¹⁰³. Enfin, la préemption dite par obstacle (*obstacle preemption*) : ici le droit étatique est écarté s'il constitue un obstacle à l'objectif ou à l'exécution de la loi fédérale, ou lorsqu'il serait impossible de se conformer à la fois à la loi étatique et à la loi fédérale¹⁰⁴. Il existe toutefois une présomption générale contre la préemption lorsque le sujet en question est traditionnellement réglementé par les États (par exemple le droit familial)¹⁰⁵. Les opposants à l'avortement soulèveront la compétence des Etats en matière de réglementation de l'exercice de la médecine. Le contre-argument est que jusqu'à présent « [l]es tribunaux, les législateurs et la FDA elle-même ont toujours été d'avis que la compétence des États était réservée à la pratique médicale - les activités des médecins et autres professionnels de la santé - et la compétence fédérale aux produits médicaux, y compris les médicaments »¹⁰⁶. Mais « la

distinction entre la réglementation de la pratique médicale et celle des produits médicaux est nébuleuse »¹⁰⁷. Patricia Zettler suggère que si l'État tente de réglementer les médicaments - même à travers la réglementation de la conduite du fournisseur - il tente de supplanter le droit fédéral et de contrecarrer l'objectif du Congrès¹⁰⁸. A cela, les militants anti-avortements et/ou les États soutiendront que même si les réglementations de la FDA peuvent supplanter les lois des États concernant la santé publique, elles ne peuvent pas supplanter les lois des États concernant la moralité, qui relève des pouvoirs de police des États¹⁰⁹.

§40 Il n'est pas aisé de prédire le sort que la Cour suprême réservera à la pilule abortive (hormis peut-être pour les juges Thomas et Alito). Il existe peu de jurisprudence évaluant si un Etat peut interdire un médicament approuvé par la FDA car cela a peu été entrepris dans le passé. Dans un cas antérieur « inverse » (une interdiction fédérale et une autorisation étatique), la Cour a eu peu de sympathie pour les tentatives des États de réglementer les médicaments approuvés par la FDA en les excluant du marché local¹¹⁰.

Si la Cour décide de suivre le tribunal fédéral du district Texas Nord et la Cour d'appel du 5ème circuit, les implications pour les femmes ainsi que pour l'autorité de la FDA seraient importantes. Les cliniques ont déjà suggéré qu'en cas d'indisponibilité de la mifépristone, elles utiliseraient le misoprostol (qui a un taux d'efficacité plus bas et entraîne davantage d'effets secondaires)¹¹¹. La FDA pourrait aussi décider de ne pas agir à l'encontre des compagnies produisant ou distribuant la mifépristone¹¹². Les experts craignent que « la cohérence et l'intégrité de la réglementation des médicaments sur ordonnance » soient mise à mal de façon plus générale¹¹³ et plus concrètement que l'accès aux contraceptifs¹¹⁴ ou d'autres approbations scientifiques politiquement controversées comme les vaccins ou les inhibiteurs d'opioïdes¹¹⁵ soit mis en danger.

§41 Cependant, il n'est pas difficile de constater que dans cette affaire, l'intérêt à agir est faible et risque de faire échouer les efforts entrepris par les opposants à l'avortement qui se sont attaqués à la pilule abortive. D'autant plus que l'argumentaire soutenant l'intérêt à agir des parties a encore faibli durant la procédure, vu que les études « scientifiques » sur lesquelles s'appuyait cet intérêt à agir ont été disqualifiées. Le 5 février 2024, soit concomitamment aux soumissions *d'amicus* mettant en doute l'intérêt à agir ou la pertinence des études citées par le tribunal de district, l'éditeur scientifique SAGE annonce rétracter trois publications scientifiques de James Studnicki et autres citée par le juge Kacsmayk. D'après l'éditeur, les auteurs avaient déclaré n'avoir aucun conflit d'intérêt lors de la soumission des articles. Or ils étaient affiliés à des organisations qui ont des prises de position anti-avortement très claires et l'évaluateur des articles l'était également. L'éditeur a alors commandé une nouvelle évaluation à deux experts qui ont identifié des problèmes fondamentaux dans la conception et la méthodologie, des hypothèses injustifiées et des

présentations trompeuses de données¹¹⁶. Sentant l'argumentaire se dérober, trois États (Missouri, Kansas et Idaho) ont agi de manière inédite et demandé à pouvoir intervenir en tant que parties à l'affaire - et non en qualité d'*amicus curiae* - au juge de district Kacsmaryk afin de pallier à l'éventuelle absence d'un intérêt à agir dans le chef des organisations et médecins originellement requérants¹¹⁷. Le juge de district a accepté, mais à l'heure d'écrire ces lignes, il n'est pas certain que la porte leur sera également ouverte aux instances supérieures.

§42 La déficience de l'intérêt à agir fournira peut-être la base à une majorité ne souhaitant pas se prononcer sur le fond de cette affaire étant donné les autres affaires hautement politiques qui sont inscrites au rôle de la Cour cette session, en particulier la question de l'immunité de l'ancien président Donald Trump concernant ses efforts visant à renverser l'élection présidentielle de 2020 ainsi qu'une autre affaire concernant l'avortement dans les services d'urgence en Idaho.

Le contentieux relatif à l'autorisation et la disponibilité de la mifépristone va se déployer pendant les mois - voire les années - à venir et peut-être la Cour jugera plus opportun de trancher ultérieurement. En effet, même si les Américains perçoivent les décisions de la Cour suprême « comme des événements politiques et les juges comme des acteurs politiques (c'est-à-dire intéressés et stratégiques) »¹¹⁸ ceux-ci doivent néanmoins rester soucieux de la légitimité de la Cour, surtout si d'autres affaires turbulentes et polarisantes l'attendent.

Conclusions : La justice militante à l'œuvre dans *Dobbs* a envoyé un signal clair aux activistes des deux camps

§43 *Dobbs* représente une victoire indéniable pour les mouvements conservateurs et anti-avortement. Le juge Kavanaugh a prétendu dans *Dobbs* qu'« après l'arrêt d'aujourd'hui, les neuf membres de cette Cour ne décideront plus de la légalité fondamentale de l'avortement avant la viabilité pour les 330 millions d'Américains »¹¹⁹. En réalité, *Dobbs* n'était qu'une étape¹²⁰ et nous revoilà deux ans plus tard, quasiment au même point. Même si le cas *FDA c. AHM* peut paraître technique, il vise clairement à attaquer l'accès à l'avortement, là où il se trouve. Le contentieux stratégique mis en place par les religieux conservateurs américains est en train de déployer toute sa force et ce sera encore le cas pendant plusieurs années, surtout que le constat d'une justice militante « débridée » s'observe également en partie au sein des juridictions inférieures, permettant de faire remonter des cas aux prémisses bancales. Plus que jamais le public et les activistes perçoivent la prise de décision judiciaire à travers un prisme partisan¹²¹.

§44 Pour conclure, je souhaite examiner deux propos du juge Alito dans l'arrêt *Dobbs*, entre autres au regard des conséquences observées. Tout d'abord, rappelons que le juge Alito reprochait aux précédents *Roe* and *Casey* « d'avoir enflammé le débat et aggravé les divisions »¹²². On ne saurait mieux décrire *Dobbs* et ses conséquences : une profusion législative et contentieuse, une incertitude juridique, un *chilling effect* qui peut avoir des conséquences lourdes voire mortelles sur la vie des femmes.

§45 Un argument central qu'il a avancé peut paraître simple voire raisonnable : « l'avortement est au cœur d'un débat politique qui divise les Américains. La Constitution n'en dit rien, elle ne le permet pas plus qu'elle ne l'interdit »¹²³ et de conclure: « Le pouvoir de réglementer l'avortement doit être rendu au peuple et à ses représentants élus »¹²⁴. Sans discuter ici du bien-fondé de l'idée même de laisser le contours des droits fondamentaux être déterminé dans les urnes, cette affirmation qui « prétend parer de démocratie la négation d'un droit »¹²⁵ appelle quelques remarques.

Premièrement, cette affirmation contredit la méthode interprétative qu'il a choisie pour interpréter la liberté mise en cause dans *Dobbs* : en allant chercher dans un passé où la participation à la production des règles était limitée à une minorité¹²⁶. Nous avons déjà évoqué plus haut l'audace de chercher les contours de la liberté des femmes au 21ème siècle en ne se référant quasi qu'au 19ème siècle, perpétuant les inégalités du passé dans l'avenir¹²⁷ et de prétendre que cette

méthode évite de projeter ses propres valeurs dans la décision.

Nous pourrions aussi exposer le bilan de la jurisprudence de la Cour Suprême démantelant le droit de vote¹²⁸. Disons simplement que la Cour Roberts ne rentrera pas dans l'Histoire comme la Cour ayant cherché à approfondir et renforcer la démocratie. Mais surtout, les lignes ci-dessus ont déjà amplement montré que la décision est surtout dans les mains des juges¹²⁹ et pas n'importe lesquels : des juges nommés par le camp conservateur, qui font fi des règles d'intérêt à agir et des précédents et qui s'appliquent à mettre en œuvre des agendas extrêmes.

Le juge Alito n'a pas mentionné la piste d'une législation fédérale, qui, même si elle est aujourd'hui largement illusoire, n'est pas totalement à exclure. Cette situation d'emprise des cours pousse l'administration actuelle à être plus directive face à certains Etats et des propositions visant à « resécuriser » un droit à l'avortement sont avancées en ce sens¹³⁰.

§46 Une partie de l'affirmation du juge Alito s'est cependant réalisée. Le sujet de l'avortement s'est taillé une place de choix dans les élections de mi-mandat de 2022 (d'ailleurs les jeunes et les femmes se sont fortement mobilisées et ont infligé plusieurs défaites aux propositions contre l'avortement¹³¹) et se profile aussi comme un sujet central des élections présidentielles de 2024.

A point nommé pour clore dans le cadre de ce numéro, voici les mots que le Président Biden a expressément adressés aux juges de la Cour Suprême assis à quelques mètres de lui lors son discours sur l'état de l'Union du 7 mars 2024:

« Nombre d'entre vous dans cette Assemblée et mon prédécesseur promettent d'adopter une interdiction nationale de la liberté de reproduction. Mon Dieu, quelles sont les prochaines libertés que vous allez supprimer ? Dans sa décision de renverser l'arrêt *Roe v. Wade*, la majorité de la Cour suprême a écrit : « Les femmes ne sont pas dépourvues de pouvoir électoral ou politique ». Sans rire. Il est clair que ceux qui se vantent d'avoir renversé l'arrêt *Roe v. Wade* n'ont aucune idée du pouvoir des femmes en Amérique. (...) L'Amérique ne peut pas revenir en arrière »¹³².

1. Je tiens à remercier Caroline Simon pour ses commentaires et corrections ainsi que les deux évaluateurs ou évaluatrices externes pour leurs remarques. Toutes les erreurs sont miennes. Le comité éditorial m'a autorisée à ne pas adopter un ton neutre pour traiter de ce sujet. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*; No. 19-1392, 597 US 215 (2022), ci-après « *Dobbs* ». Voyez pour un commentaire en français: Almeida Kato M., « Les leçons de la Cour suprême des États-Unis sur la fragilité des droits », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2023, n° 134, pp. 569 et s.; Willems G., « L'arrêt *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* de la Cour Suprême des États-Unis : une lecture étriquée de la Constitution américaine au détriment des droits des femmes », *Revue trimestrielle de droit familial*, 2022/2, p. 506-527; van der Mensbrugge F. et Van Meerbeeck J., « Chronique d'un revirement annoncé : la Cour suprême des États-Unis révoque le droit à

- l'avortement », *Journal des Tribunaux*, 2022/40, pp. 797-811. ←
2. Gester J., « Avortement aux Etats-Unis: la grande régression », *Libération*, 24 juin 2022. ←
 3. Fercot C., « *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* ou l'anéantissement du droit à l'avortement en tant que standard fédéral », *La Revue des droits de l'homme [Online], Actualités Droits- Libertés*, mis en ligne le 4 juillet 2022, §34. ←
 4. Méthode d'interprétation qui prône la fidélité au sens original - ou originel - de la Constitution ; Carpentier M., « Variations autour de l'originalisme », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 107, no. 3, 2016, pp. 739-744. ←
 5. Dans un souci de rédaction plus inclusive, la règle de la majorité au féminin a été appliquée lorsque les femmes sont plus nombreuses que les hommes ; Dinner D., « Originalism and the Mysogynist Distortion of History in *Dobbs* », *Law and History Review*, URL : <https://lawandhistoryreview.org/issue/june-2022/>, consulté le 29 septembre 2023. ←
 6. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973). ←
 7. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833, qui était également un précédent sur la valeur des précédents. Voyez pour une analyse de ce que *Dobbs* fait à l'examen du « capital de confiance » que *Roe* fournissait: Varsava N., « Precedent, Reliance, and *Dobbs* », *Harvard Law Review*, vol. 136, 2023, pp. 1845-1913. ←
 8. « The history and tradition test ». Toutes les traductions de l'article sont libres. ←
 9. *Dobbs*, 142 Supreme Court at 2242, 2248, 2253, 2256, 2285-96. ←
 10. *Dobbs*, 142 Supreme Court at 2247. ←
 11. Siegel R., « The History of History and Tradition: The Roots of *Dobbs's* Method (and Originalism) in the Defense of Segregation », *The Yale Law Journal Forum*, 2023, pp. 99-160. Dans cet article, R. Siegel fait également le parallèle entre l'affaire *Plessy v. Ferguson* qui autorise la ségrégation raciale, et *Dobbs*. La majorité dans *Dobbs* essaie à maintes reprises de justifier le renversement de *Roe* en invoquant une correction nécessaire, comme *Brown v. Board of Education* a dû corriger *Plessy*. Or, la méthode du comptage des lois étatiques au moment de la ratification était justement l'approche avancée par ceux qui s'opposaient à *Brown*. ←
 12. *Dobbs*, 142 Supreme Court, opinion dissidente, p. 29. ←
 13. Voyez pour une liste détaillée Tang A., « After *Dobbs*: History, Tradition, and the Uncertain Future of a Nationwide Abortion Ban », *Stanford Law Review*, vol. 75, 2023, pp. 1091-1156. ←
 14. Tang A., « Lessons from *Lawrence* : How 'History' Gave Us *Dobbs* - And How History Can Help Overrule It », *The Yale Law Journal Forum*, 2023, pp. 65-98, p. 68. ←
 15. Pour une perspective historique du mouvement, voyez Williams D., *Defenders of the Unborn: The Pro-Life Movement before Roe v. Wade*, Oxford University Press, 2016. ←
 16. Maltz E., « The Long Road to *Dobbs* », *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 50:1, 2023, pp. 3-68. ←
 17. Voyez pour un exposé des normes et coutumes qui n'ont pas été respectées lors des processus de nomination et confirmation: Zwarenstejn L., « *Trump's Takeover of the Courts* », *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 16, 2020, pp. 146-177. Pour rappel, Mitch McConnell, qui contrôlait la majorité au Sénat, n'a pas voulu examiner la candidature de Merrick Garland, proposé par le Président Obama suite au décès du juge Antonin Scalia. Le prétexte inventé était que l'on était alors en année d'élections présidentielles. Des centaines de nominations ont pareillement été bloquées pour les juridictions inférieures. ←
 18. Jeknic P. et al., « Chapter 9: *Trump's Judges and Diversity Regression to the Mean or Remaking the Judiciary?* », in *Spill Solberg R. et Waltenburg E. (eds.), Open Judicial Politics*, <https://open.oregonstate.edu/open-judicial-politics/>, 2021. ←
 19. Zwarenstejn L., « *Trump's Takeover of the Courts* », *U. St. Thomas Law Journal*, vol. 16, 2020, pp. 146-177, p. 176. ←
 20. Voyez la liste établie par le Leadership Conference on Civil and Human Rights, URL : <https://civilrights.org/resource/oppose-the-confirmation-of-judicial-nominees-who-decline-to-state-brown-v-board-of-education-decision-was-correctly-decided/>, 13 mai 2019, consulté le 22 septembre 2023. ←

21. Hollis-Brusky A., *Ideas with Consequences: The Federalist Society and The Conservative Counterrevolution*, New York: Oxford University Press, 2015, p. 252. Voyez aussi Amanda Hollis-Brusky and Joshua C. Wilson, *Separate but Faithful: The Christian Right's Radical Struggle to Transform Law and Legal Culture*, New York: Oxford University Press, 2020 pour les efforts fournis par le mouvement conservateur chrétien pour se tailler une place de choix en politique. ←
22. Gemenne F., « La Pieuvre et l'Éléphant. L'Emprise de la Droite Religieuse sur le Parti Républicain Américain », *Fédéralisme Régionalisme* [En ligne], Volume 2 : 2001-2002 - Extrême droite et fédéralisme, URL : <https://popups.uliege.be/1374-3864/index.php?id=256>, consulté le 29 septembre 2023. ←
23. Devins N. et Baum L., « Split Definitive: How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court », *The Supreme Court Review*, 2017, vol. 2016, no 1, pp. 301-365; p. 305. ←
24. C'est-à-dire les juges C. Thomas, S. Alito, N. Gorsuch, A. Coney Barrett et B. Kavanaugh. Le Chief Justice, Roberts, de temps en temps plus soucieux de l'image de la Cour, signe une opinion concordante. Voyez pour les caractéristiques recherchées lors des nominations : Tobias C., « President Donald Trump's War on Federal Judicial Diversity », *Wake Forest Law Review*. 531, vol. 54, 2019, pp. 531-574. ←
25. Clarence Thomas était dans la minorité de *Casey* et n'a jamais tu son opposition continue, au contraire. ←
26. Amy Coney Barrett quant à elle a plutôt esquivé la question de son attachement au précédent *Roe*. ←
27. Tsai R. et Ziegler M., « Abortion Politics and the Rise of Movement Jurists », *UC Davis Law Review*, 2024, vol. 57, pp. 2149-2234, p. 2159. ←
28. *Ibid.*, p. 2160. ←
29. *Ibid.*, pp. 2161-2163. ←
30. *Ibid.*, p. 2155. ←
31. Pew Research Center Report, « Majority of Public Disapproves of Supreme Court's Decision to Overturn *Roe v. Wade* », 6 juillet 2022, URL : <https://www.pewresearch.org/politics/2022/07/06/majority-of-public-disapproves-of-supreme-courts-decision-to-overturn-roe-v-wade/> (consulté le 6 mars 2024). ←
32. Hochmann T., « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux. (octobre 2020 - juillet 2022) », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, vol. 134, no. 2, 2023, pp. 421-452, p. 422. ←
33. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Breyer, Sotomayor et Kagan diss., citant *Payne*, 501 U. S., p. 844 (Marshall, J., op. diss.), p. 57: « Power, not reason, is the new currency of this Court's decisionmaking ». ←
34. Gilli L., *La Révolution conservatrice aux Etats-Unis*, Editions de l'Aube et Jean Jaurès, 2022, p. 10. ←
35. Lemley M., « The Imperial Supreme Court », *Hard Law Review Forum*, vol. 136 (1), 2022, pp. 97-118, p. 97. ←
36. Lemley M., « The Imperial Supreme Court », *op.cit.*, pp. 115-117. ←
37. Jessee S. et al., « A decade-long longitudinal survey shows that the Supreme Court is now much more conservative than the public », *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol 119, 2022, pp. 1-7. ←
38. Voyez les résultats Gallup à l'adresse <https://news.gallup.com/poll/4732/supreme-court.aspx>, consulté le 2 octobre 2023. « Aux Etats-Unis, la confiance envers la Cour suprême s'est effondrée à des niveaux jamais atteints », *Le Monde*, 22 novembre 2022. ←
39. Voyez la série « Friends of the Court » publiée par ProPublica sur son site internet: <https://www.propublica.org/series/supreme-court-scotus> (consultée le 6 mars 2024), la tribune de l'épouse de Martin Luther King et de son fils: Martin Luther King III and Arndrea Waters King, « My father, Martin Luther King Jr., led us toward freedom. Supreme Court now stands in our way », *USA Today*, 7 septembre 2023, URL : <https://www.usatoday.com/story/opinion/voices/2023/09/07/supreme-court-conservative-justices-target-black-communities-martin-luther-king-dream/70729544007/> (consultée le 6 mars 2024) ou les remarques faites par le Sénateur Wyden au Sénat le 1er février 2024: URL : <https://www.finance.senate.gov/chairmans-news/wyden-statement-on-clarence-thomass-forgiven-quarter-million-dollar-rv-loan> (consulté le 6 mars 2024). ←

40. Clarence Thomas justifie son silence à propos de ces voyages et cadeaux en expliquant qu'ils étaient amis et que Crow n'avait pas d'affaires devant la Cour. Il est ensuite apparu que cela était faux également. En 2004 la Cour Suprême refuse d'accorder une pétition à un cabinet d'architecte qui attaquait une compagnie immobilière appartenant à la famille Crow (Womack+Hampton Architects LLC). L'éthique pour le moins floue de Clarence Thomas avait déjà été mise en lumière publiquement l'année précédente, quand il est apparu que sa femme, Ginni Thomas, était impliquée dans les efforts visant à renverser l'élection présidentielle et que son mari ne s'est pas récusé dans les affaires la concernant. Bien que sa décision ait suscité un tollé, elle ne peut pas faire l'objet d'un recours. ←
41. Tsai R. et Ziegler M., « Abortion Politics and the Rise of Movement Jurists », *University of California Davis Law Review*, vol. 57, 2024, p. 2160. ←
42. Gerstein J., « Conservative lawyers hail Alito for abortion ruling », *Politico*, 11 novembre 2022. Pour d'autres exemples de participation à des événements voyez Tsai R. et Ziegler M., « Abortion Politics and the Rise of Movement Jurists », *University of California Davis Law Review*, 2024, vol. 57, p. 2163. ←
43. Samuel Alito interviewé par Rivkin D. et Taranto J., « Samuel Alito, the Supreme Court's Plain-Spoken Defender », *Wall Street Journal*, 28 juillet 2023. ←
44. Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States, URL : [\[https://www.supremecourt.gov/about/Code-of-Conduct-for-Justices_November_13_2023.pdf\]](https://www.supremecourt.gov/about/Code-of-Conduct-for-Justices_November_13_2023.pdf) (consulté le 4 mars 2024). ←
45. Bouaziz M. et Lemaire E., « Un « code de conduite » pour répondre à la crise de confiance de la Cour suprême ? », *Jus Politicum Blog*, 1er décembre 2023, URL : [\[https://blog.juspoliticum.com/2023/12/01/un-code-de-conduite-pour-repondre-a-la-crise-de-confiance-de-la-cour-supreme-par-margaux-bouaziz-elina-lemaire/\]](https://blog.juspoliticum.com/2023/12/01/un-code-de-conduite-pour-repondre-a-la-crise-de-confiance-de-la-cour-supreme-par-margaux-bouaziz-elina-lemaire/) (consulté le 4 mars 2024). Comparez Cour européenne des Droits de l'Homme, *Syndicat National des Journalistes et autres contre France*, 14 décembre 2023, n° 41236/18. ←
46. Frederiksen B. et al., « A National Survey of OBGYNs' Experiences After Dobbs », *Kaiser Family Foundation Report*, 21 juin 2023, p. 3. ←
47. Dickman S. L. et al., « Rape-Related Pregnancies in the 14 US States With Total Abortion Bans », *The Journal of the American Medical Association Internal Medicine*, 2024, 184, pp. 330-333, p. 331. ←
48. *Ibid.* ←
49. Sandberg P., « Open Season : The Targets of Dobbs », *Journal of Women, Politics & Policy*, 2024, pp. 1-14, p. 1. ←
50. Berns M., « Trigger Laws », *Georgetown Law Journal*, vol. 97, no. 6, 2009, pp.1639-1688 ←
51. Voy. Baden K. et Driver J., « The State Abortion Policy Landscape One Year Post-Roe », URL : [\[https://www.guttmacher.org/2023/06/state-abortion-policy-landscape-one-year-post-roe\]](https://www.guttmacher.org/2023/06/state-abortion-policy-landscape-one-year-post-roe), mis à jour le 16 juin 2023, consulté le 7 septembre 2023. ←
52. Pour un observatoire des législations étatiques régulièrement mis à jour voyez le site de l'Institut Guttmacher ; URL : [\[https://www.guttmacher.org/state-legislation-tracker\]](https://www.guttmacher.org/state-legislation-tracker) (consulté le 14 mars 2024). ←
53. Cohen D., Donley G. et Rebouché R., « The New Abortion Battleground », *Columbia Law Review*, vol. 123, 2023, p. 22. ←
54. Fabbrini F., « The "European" Future of American Abortion Law: Dobbs, Federalism and Constitutional Equality », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2023. ←
55. H. Amend. 4488H03.21H, H.B. 2012, 101st Gen. Assemb., Reg. Sess. (Mo. 2022). ←
56. 88 @ HB 2690 introduite par Steve Toth. ←
57. Voyez les déclarations de l'Attorney General et celle du Président Biden faites le jour même du verdict: « Remarks by President Biden on the Supreme Court Decision to Overturn Roe v. Wade », URL : [\[https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/06/24/remarks-by-president-biden-on-the-supreme-court-decision-to-overturn-roe-v-wade/\]](https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/06/24/remarks-by-president-biden-on-the-supreme-court-decision-to-overturn-roe-v-wade/), 24 juin 2022, consulté le 6 octobre 2023. ←

58. Cohen D., Donley G. et Rebouché R., *op. cit.*, pp. 27-42 pour les multiples interprétations possibles. Voyez pour un relevé détaillé des arguments qui pourraient être soulevés voy. Berman P., Goldstein R. et Leff S., « Conflicts of Law and the Abortion War Between the States », *University of Pennsylvania Law Review*, 2024, vol. 172, pp. 399-517. ←
59. Dazzan C., « Juge français, juge américain : un même pouvoir ? », *Commentaire*, vol. 181, no. 1, 2023, pp. 77-82; Santamaria K., « Privacy Rights under the Constitution: Procreation, Child Rearing, Contraception, Marriage, and Sexual Activity », *Congressional Research Services*, 14 septembre 2022. ←
60. Fowler L. et Ulrich M., « Femtechnodystopia », 75 *Stanford Law Review*, 2023, pp. 1233-1313, p. 1236. ←
61. Conti-Cook C., « Surveilling the Digital Abortion Diary », *University of Baltimore Law Review*, Vol. 50, 2020, pp. 1-76; Huq A. et Wexler R., « Digital Privacy for Reproductive Choice in the Post-Roe Era », 98(2) *New York University Law Review*, 2023, pp. 555-646. ←
62. Montoya M.N., Judge-Golden C. et Swartz J., « The Problems with Crisis Pregnancy Centers: Reviewing the Literature and Identifying New Directions for Future Research », *International Journal of Women's Health*, 2022, pp. 757-763. ←
63. Voyez Rebouché R. et Ziegler M., « Fracture: Abortion Law and Politics After Dobbs », *op. cit.* ←
64. Rebouché R. et Ziegler M., « Fracture: Abortion Law and Politics After Dobbs », *op. cit.*, p. 66. ←
65. Supreme Court of Alabama, *LePage v. Center for Reproductive Medicine, P.C.*, docket number SC-2022-0515. ←
66. Sous l'ère *Roe v. Wade*, ce n'était pas le point prioritaire à l'agenda du mouvement anti-avortement, qui est par ailleurs divisé ou incertain par rapport au sujet. Les points de contention principaux concernent les limites et les effets d'une telle prise de position (par exemple sur la fécondation in vitro) et l'approche punitive choisie pour la mettre en oeuvre. Voyez les nombreux travaux de Mary Ziegler. ←
67. Zwarenstejn L., « Trump's Takeover of the Courts », *University of St. Thomas Law Journal.*, vol. 16, 2020, pp. 146-177, p. 147. ←
68. Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 21 U.S.C. § 355-1(a), (f). ←
69. Am. Coll. Of Obstetricians & Gynecologists v. FDA, 472 F. Supp. 3d 183 (D. Md. 2020). Voyez pour un commentaire Gleckel J. et Wulkan S., « Abortion and Telemedicine: Beyond COVID-19 and the Shadow Docket », *UC Davis Law Review Online*, 2021, URL : [\[https://lawreview.law.ucdavis.edu/online/54/files/54-online-Gleckel_Wulkan.pdf\]](https://lawreview.law.ucdavis.edu/online/54/files/54-online-Gleckel_Wulkan.pdf). Une injonction préliminaire de la Cour Suprême du Maryland visait à forcer la FDA à retirer l'obligation de retrait en personne. La Cour Suprême des Etats-Unis l'a invalidée sans passer par une audience et/ou une décision collégiale par une ordonnance non signée. Pour un exposé et une critique du « shadow docket », voyez Vladeck S., *The Shadow Docket: How the Supreme Court Uses Stealth Rulings to Amass Power and Undermine the Republic*, Basic Books, 2023. ←
70. Le personnel médical doit s'assurer (et cela peut se faire virtuellement) que la patiente est enceinte depuis moins de 10 semaines et ne présente pas une grossesse ectopique (sur base de ses antécédents médicaux et la description de symptômes éventuels). ←
71. Jones R., Kirstein M. et Philbin J., « Abortion incidence and service availability in the United States, 2020 », *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, vol 54(4), 2022; pp. 128-141, p. 136: 53% des avortements étaient médicamenteux en 2020. Des services tels qu'AidAccess envoie quotidiennement des colis de mifepristone aux Etats-Unis. Cette ONG internationale, basée en Autriche, travaille avec des médecins européens qui prescrivent de la mifepristone, fournie par un fournisseur indien endéans les trois semaines. ←
72. Whelan A. M., « Aggravating Inequalities: State Regulation of Abortion and Contraception », *Hard Journal of Law & Gender*, vol. 46/131, 2023, p. 140. ←
73. Zettler P., « Pharmaceutical Federalism », *Indiana Law Journal: Vol. 92: Iss. 3*, 2017, pp. 845-900. ←
74. Attorney General Merrick B. Garland Statement on Supreme Court Ruling in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 24 juin 2022, URL : [\[https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-merrick-b-garland-statement-supreme-court-ruling-dobbs-v-jackson-women-s\]](https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-merrick-b-garland-statement-supreme-court-ruling-dobbs-v-jackson-women-s) (consulté le 29 février 2024). ←

75. *Food and Drug Administration v. Alliance For Hippocratic Medicine*, Docket Number 22A902. Certains développements ou rebondissement ont été omis ou fortement résumés. ←
76. Comstock Act, ch. 258, §2, 17 Stat. 598 (1873) (repealed 1994). ←
77. D'après Brunnstrom, l'imprécision est le meilleur moyen de contester cette loi ; Brunnstrom E., « Abortion and the Mails: Challenging the Applicability of the Comstock Act Laws Post-Dobbs », *Columbia Human Rights Law Review*, 2024, 55, pp. 1-44, p. 29. ←
78. Rebouché R. et Ziegler M., « Fracture: Abortion Law and Politics After Dobbs », *op. cit.*, p. 70. ←
79. Office of Legal Counsel, « Memorandum Opinion for the General Counsel United States Postal Service, Application of the Comstock Act to the Mailing of Prescription Drugs That Can Be Used for Abortions », *WL 18273906*, 23 décembre 2022. ←
80. Site web de l'ADF, <https://adfllegal.org/about>, consulté le 4 octobre 2023. Voyez pour un historique Dick H., « Advocating for the Right: Alliance Defending Freedom and the Rhetoric of Christian Persecution », *Feminist Legal Studies*, 29, 2021, pp. 375-397. ←
81. Klibanoff E., « Federal judge at center of FDA abortion drug case has history with conservative causes » *The Texas Tribune*, 15 mars 2023, URL : [\[https://www.texastribune.org/2023/03/15/federal-judge-amarillo-abortion-fda\]](https://www.texastribune.org/2023/03/15/federal-judge-amarillo-abortion-fda) (consulté le 6 mars 2024). ←
82. Vladeck S., « Don't Let Republican "Judge Shoppers" Thwart the Will of the Voters », *New York Times*, 5 février 2023. ←
83. VanSickle A., « Justice Dept. Asks Supreme Court to Hear Abortion Pill Case », *New York Times*, 8 septembre 2023. ←
84. *All. for Hippocratic Med. v. FDA*, __ F. Supp. 3d __, 2023 WL 2825871 (N.D. Tex. Apr. 7, 2023), p. 6. ←
85. Brief of Amici Curiae Medical and Public Health Societies in Opposition to Plaintiffs' Motion for a Preliminary Injunction dans *Alliance for Hippocratic Medicine v. FDA*, No. 23-10362 (5th Cir. 2023), p. 21. ←
86. Cf. *infra*. ←
87. *All. for Hippocratic Med. v. FDA*, __ F. Supp. 3d __, 2023 WL 2825871 (N.D. Tex. Apr. 7, 2023), p. 51. ←
88. Platoff E., « Trump-appointed judges are shifting the country's most politically conservative circuit court further to the right », *The Texas Tribune*, 30 août 2018. ←
89. *Alliance for Hippocratic Medicine v. FDA*, No. 23-10362 (5th Cir. 2023), 2023 WL 2913725 p. 27. ←
90. *Ibid.*, p. 41. ←
91. *Danco Lab'ys, LLC v. All. for Hippocratic Med.*, 143 S. Ct. 1075 (2023) (mem.). ←
92. « Le writ of certiorari est une requête introductive d'instance qui énumère et développe en une dizaine de pages les raisons pour lesquelles, de l'avis de l'appelant, la décision rendue par la juridiction inférieure soulève des problèmes juridiquement si importants et pertinents sur le plan fédéral que la Cour suprême doit se prononcer sur eux et rejurer l'affaire au fond »; Zoller E., « La Cour suprême des Etats-Unis - Présentation générale », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, 5, pp. 34-43, p. 39. ←
93. *Alliance Hippocratic Medicine v. FDA*, No. 23-10362 (5th Cir. 2023), 2023 WL 5266026, p. 24. ←
94. 5 U.S.C. § 706(2)(A). ←
95. *Alliance Hippocratic Medicine v. FDA*, No. 23-10362 (5th Cir. 2023), 2023 WL 5266026, p.53. ←
96. *Golden Glow Tanning Salon, Inc. v. City of Columbus, Miss.*, 52 F.4th 974 (5th Cir. 2022), p. 982. ←
97. *Alliance Hippocratic Medicine v. FDA*, No. 23-10362 (5th Cir. 2023), 2023 WL 5266026, p. 68. ←

98. *Ibid.*, p. 64. ←
99. Requête en certiorari du Solicitor General, *FDA et al. c. Alliance for Hippocratic Medicine et al.*, 8 septembre 2023, p. 31. ←
100. Docket No. 23-235. ←
101. Berman P., Goldstein R. et Leff S., « Conflicts of Law... », *op. cit.*, p. 455. ←
102. Article VI, cl. 2. de la Constitution. ←
103. Berman P., Goldstein R. et Leff S., « Conflicts of Law... », *op. cit.*, pp. 456 et s. ←
104. *Ibid.* ←
105. *Ibid.* ←
106. Zettler P., « Pharmaceutical Federalism », *Indiana Law Journal*, vol. 92, 2017, pp. 845-900. ←
107. *Ibid.* ←
108. Zettler P., « Pharmaceutical Federalism », *Indiana Law Journal*, vol. 92, 2017, pp. 845-900, pp. 869 et 886. ←
109. Cohen D., Donley G. et Rebouché R., « The New Abortion Battleground », **op. cit.*, *p. 67. ←
110. *Barnett Bank of Marion County, N.A. v. Nelson*, 517 U.S. 25 (1996) cité par Berman P., Goldstein R. et Leff S., « Conflicts of Law... », *op. cit.*, p. 462. ←
111. Bendix A., « What the Supreme Court's decision in the legal fight over abortion pills means for access to mifepristone », *NBC News*, 12 avril 2023. ←
112. *Ibid.* ←
113. Bendicksen L. et Kesselheim A., « Battles Over Medication Abortion Threaten the Integrity of Drug Approvals in the U.S. », *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 51(2), 2023, 448-449. ←
114. Whelan A. M., « Aggravating Inequalities », *op. cit.*, p. 197. ←
115. Weintraub K., « Will ruling on abortion pill mifepristone access limit FDA's authority on all drugs? », *USA Today*, 17 août 2023. ←
116. Voyez la notice de rétraction sur le site web de Sage : URL : [\[https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/23333928231216699\]](https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/23333928231216699) (consulté le 5 mars 2024). ←
117. *All. for Hippocratic Med. v. FDA*, docket number 2:22-cv-00223 (N.D. Tex. Jan. 12, 2024). ←
118. Sinozich S., « Trends: Public Opinion on the US Supreme Court, 1973-2015 », *The Public Opinion Quarterly*, 2017, vol. 81, pp. 173-175, pp. 192-193. ←
119. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, opinion concordante, p. 10. ←
120. Hennette-Vauchez S., « *Dobbs*, l'avortement et la Constitution », *Délibérée*, 2023/2, pp. 71-78, p. 72. ←
121. Hasen R., « Polarization and the Judiciary », *Annual Review of Political Science*, 2019, 22, pp. 261-276. ←
122. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pr.c., p. 6. ←
123. Hochmann T., « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis ... », *op. cit.*, p. 443. ←
124. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, pr.c., p. 69. ←
125. Altwegg-Boussac M. et Rrapi P., « Face aux « retours en arrière », les impasses du constitutionnalisme », *La Revue des droits de l'homme*, 24, 2023. ←
126. Murray M. et Shaw K., « *Dobbs* and Democracy », *Harvard Law Review*, 2024, vol. 137, pp. 728-807, p. 772. ←

127. Siegel R., « The History of History and Tradition: The Roots of *Dobbs's* Method (and Originalism) in the Defense of Segregation », *The Yale Law Journal Forum*, 2023, pp. 99-160, p. 100. ←
128. Bouaziz M., « La démocratie en Amérique : restrictions et privations de l'exercice du droit de vote des minorités raciales aux États-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 131, no. 3, 2022, pp. 545-576. ←
129. Lithwick D., « Supreme Court Politics One Year On From *Dobbs* », *Amicus Podcast*, 24 juin 2023. ←
130. Le Sénat s'est prononcé deux fois l'an dernier sur le Women's Health Protection Act (WHPA), sans que la barre des 60 votes soit atteinte. En vertu des règles du Sénat, il faut, pour la majorité des textes législatifs, que 60 sénateurs, acceptent de mettre fin aux débats et de passer au vote (règle du *filibuster*). Vu les échecs passés, une proposition serait de se limiter à une législation fédérale qui garantisse l'accès à la pilule abortive suite à un rendez-vous télé-médical, interdisant aux États de restreindre l'accès en-deça des limites fédérales. ; Hunt S., « Call Me, Beep Me, If You Want to Reach Me: Utilizing Telemedicine to Expand Abortion Access », 76 *Vanderbilt Law Review*, 2023, pp. 323-359, p. 348. Finalement, et c'est déjà le cas, utiliser et clarifier la loi fédérale Emergency Medical Treatment and Labor Act (EMTALA) de 1986 qui oblige les hôpitaux à traiter les patients dans des contextes d'urgence pour obliger les hôpitaux à pratiquer des avortements même lorsque ce traitement est interdit par la loi de l'État ; 42 U.S.C. § 1395dd; Berman P., Goldstein R. et Leff S., « Conflicts of Law... », *op. cit.*, p. 466. ←
131. Le bulletin de vote des primaires du 2 août 2022 au Kansas proposait un amendement constitutionnel stipulant que le droit à l'avortement n'était pas protégé par le document. Les électeurs l'ont rejeté avec une marge de 59-41 % ; Bernard K. et Gutierrez L., « 'No' prevails: Kansas votes to protect abortion rights in state constitution », *The Kansas City Star*, 5 août 2022. Voyez également le cas de l'Ohio, où suite à l'adoption de la loi (SB 23) interdisant l'avortement dès qu'une activité cardiaque fœtale est détectée (sans prévoir d'exception en cas de malformation mortelle ou de viol), une initiative citoyenne lancée entre autres par des médecins visait à la contrer. La proposition d'amendement constitutionnel visant à établir « le droit de prendre et mener à bien ses propres décisions en matière de reproduction, y compris, mais sans s'y limiter, les décisions relatives à l'avortement, à la contraception, au traitement de la fertilité, à la prise en charge des fausses couches et à la poursuite de la grossesse » a obtenu une majorité de 56,6 % des voix le 7 novembre 2023; Van den Eynde L., « Les électrices et électeurs de l'Ohio inscrivent le droit de prendre ses propres décisions en matière de reproduction dans leur Constitution », URL : <https://www.justice-en-ligne.be/Les-electrices-et-electeurs-de-l>, 21 décembre 2023. ←
132. Discours sur l'état de l'Union prononcé par Joe Biden au Capitole le 7 mars 2024, disponible à l'adresseURL:[<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2024/03/07/remarks-of-president-joe-biden-state-of-the-union-address-as-prepared-for-delivery-2/>] (consulté le 12 mars 2024). ←