

Le contrôle par voie d'action de la hiérarchie des normes aux États-Unis : un modèle ignoré ?

Paul Langlois Deschamps, doctorant à l'Université Paris-Saclay, ATER à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Le 24 juin 2022, la Cour suprême des États-Unis, renversa la jurisprudence *Roe v. Wade* et mit fin à la protection constitutionnelle fédérale du droit à l'avortement¹. Si cette décision a été abondamment commentée quant à la solution au fond, la procédure contentieuse mobilisée par les requérants malheureux l'a été beaucoup moins. Pour les commentateurs américains, cela traduit sans doute le caractère banal de la procédure utilisée. En revanche, celle-ci apparaîtra sans doute comme surprenante pour le public français. On retient en effet ordinairement que le contrôle de constitutionnalité s'opère aux États-Unis par la voie de l'exception et qu'il est essentiellement concret et diffus (ou « déconcentré »). L'effet des décisions serait ainsi limité à l'espèce tranchée. Celles-ci ne comporteraient d'effets juridiques directs que pour les parties à l'affaire. Si certains auteurs nuancent ce tableau en retenant la possibilité de jugements déclaratoires ou d'injonctions, l'existence d'un contrôle abstrait (*facial challenges*) ou encore la généralisation des effets par le jeu de la hiérarchie judiciaire, ils considèrent que ces éléments ne remettent pas en question le modèle précité.

Or, l'affaire *Dobbs* illustre cette autre manière d'effectuer le contrôle du respect la hiérarchie des normes en droit américain. Ses traits diffèrent sur plusieurs points des éléments précités : d'abord, par la demande d'une injonction permanente, l'objet du différend est la question de la constitutionnalité de la loi, ce qui s'apparente donc à un procès fait directement à la loi. En outre, l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité passée en force de chose jugée est d'interdire aux autorités publiques d'appliquer la loi. L'effet semble bien *erga omnes* : il n'est pas limité aux seuls plaignants. Loin d'être une bizarrerie procédurale, et nonobstant la mention des « *cases or controversies* » à l'article III de Constitution fédérale, cette voie contentieuse est très commune et s'applique aussi bien aux lois (des États comme fédérales) qu'à une grande diversité d'actes normatifs de rang inférieur des entités fédérales comme fédérées². Les procédures d'injonction ou de jugement déclaratoire concernent l'ensemble des contrôles relatifs au respect de la hiérarchie des normes en droit américain. Elles s'apparentent donc à des voies de recours ouvertes directement contre un acte sans nécessité d'attendre une

¹*Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022) [*Dobbs*].

² Voir aussi bien la décision *NFIB v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012) sur la loi dite *Obamacare*, que la décision *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. ____ (2018) sur l'affaire du « *muslim ban* » du Président Trump.

application concrète. L'étude du contentieux constitutionnel états-unien réclame de se pencher sur ce type de procédures : les expressions générales « respect de la hiérarchie des normes » et « contentieux de droit public » seront retenues car le trait distinctif du contentieux constitutionnel états-unien est précisément qu'il ne se distingue pas par sa procédure. Nous défendons ainsi l'idée que, du point de vue contentieux, isoler le grief de constitutionnalité des autres griefs relatifs au respect de la hiérarchie des normes serait artificiel en droit américain.

Nous nuancions donc dans cette communication la présentation traditionnelle du « modèle américain ». Tout d'abord, on peut montrer que le contentieux des injonctions, qui est ancien aux États-Unis³, se rapproche par son régime juridique de voies de droit dites « objectives » : la possibilité d'assigner directement en justice les autorités de l'État constitue bien un recours par voie d'action. Dans de nombreux cas, le contentieux des injonctions se rapproche ainsi du « procès fait à un acte » (I). Ensuite, si, en accord avec la doctrine dominante, on s'accorde sur le caractère diffus du contentieux américain, il faut préciser que puisque le contentieux des droits fédéraux se déroule principalement devant des juridictions fédérales – qui ne sont pas des juridictions ordinaires au même titre que les juridictions des États – le caractère diffus du contrôle ne doit pas être surestimé⁴ (II). Enfin, du point de vue des effets de ces décisions, il faut mettre en avant le rôle des règles ordinaires de procédure civile, qui conduisent à nuancer une vision trop centrée sur les seules parties à l'instance au profit d'effets bénéficiant aux individus qui ne sont pas des parties au procès (III). Cette modalité ignorée du contentieux américain se révèle cruciale pour appréhender l'évolution de la protection des droits fondamentaux aux États-Unis et les controverses actuelles, tant sur les pouvoirs des tribunaux fédéraux que sur les effets des renversements de jurisprudence, *Dobbs* en annonçant sans doute d'autres.

I L'origine et le régime du contrôle de la hiérarchie des normes par voie d'action aux États-Unis.....	3
A Le problème de l'immunité souveraine et l'affaire <i>Ex Parte Young</i>	5
B Les tempéraments à la théorie <i>Ex parte Young</i>	10
1 Les tempéraments à la jurisprudence <i>Ex parte Young</i>	10

³ Il date au moins du début du XX^e siècle et de la décision *Ex parte Young*, 209 U.S. 123 (1908). Cette branche du contentieux est historiquement liée à l'*equity* (d'où provient le pouvoir d'injonction) et non au *common law*, ce qui explique son caractère moins individualiste et tourné vers des effets juridiques y compris pour les tiers au procès.

⁴ Les pouvoirs des tribunaux fédéraux, notamment en matière de *remedies* seront ainsi étudiés de manière particulièrement précise.

2 Des conditions de recevabilité qui tempèrent la portée de la théorie	13
II La spécialisation des tribunaux fédéraux et le caractère « diffus » du contrôle	17
III La question des effets du contrôle par voie d'action	20
A Des effets « <i>inter partes</i> » ? La controverse des « <i>nationwide injunctions</i> »	20
B Le renversement de jurisprudence et le statut de la loi déclarée inconstitutionnelle.	22
Conclusion : un nouveau visage pour le « modèle américain » ?.....	26

I L'origine et le régime du contrôle de la hiérarchie des normes par voie d'action aux États-Unis

Selon la doctrine dominante, l'une des caractéristiques du système américain serait de s'effectuer uniquement par la voie de l'exception. De rares auteurs mentionnent l'existence d'injonctions, mais le propos demeure lapidaire⁵. On ne peut bien entendu nier que l'exception d'inconstitutionnalité existe en droit américain. Un exemple classique de cette technique est l'argument d'inconstitutionnalité de la loi pénale soulevée en défense. L'argument peut également être soulevé par le plaignant dans le cadre d'un recours dont le succès dépend de la reconnaissance de l'inconstitutionnalité : un exemple récent en est l'affaire *U.S. v. Windsor*⁶ dans laquelle le succès d'une demande de remboursement fiscal dépendait de la constitutionnalité de la loi *DOMA*. Un dernier cas de figure qu'on peut mentionner est l'action en responsabilité pour violation des droits constitutionnels dans laquelle il n'y a cependant pas de norme proprement dite à contrôler⁷.

Au contraire de ces cas de figure, de nombreuses normes peuvent être déclarées inconstitutionnelles de manière directe, c'est-à-dire que leur constitutionnalité est le seul enjeu

⁵ Guillaume Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, LGDJ, 2021 aux pp. 935-938, ne note pas la présence d'injonctions en droit des États-Unis. Mathieu Carpentier, « Pour de nouveaux “modèles” de justice constitutionnelle », *RIDC*, Vol.68, No.1, aux pp. 179-219 (2016) à la p. 195, note l'existence des procédures de *jugement déclaratoire* et d'injonction préliminaire mais les assimile à des procédures d'avant-dire droit, ce que sont bien les injonctions préliminaires, mais pas les jugements déclaratoires, et omet en outre les injonctions *au fond* – c'est-à-dire permanentes – qui sont selon nous assimilables à des formes de recours par voie d'action.

⁶ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013) [*Windsor*].

⁷ Nous nous permettons de renvoyer à un précédent article : Paul Langlois Deschamps, « La responsabilité des autorités et agents publics pour violation des droits constitutionnels aux États-Unis : les Constitutional Torts », *Revue du Droit public et de science politique*, Vol.138, No.5, aux pp. 1437-1465 (2022).

de l'affaire⁸. C'est le cas dans l'affaire de l'*Obamacare NFIB v. Sebelius*⁹ dans laquelle les plaignants demandent simplement :

« un jugement déclarant que cette loi est inconstitutionnelle et une injonction interdisant sa mise en application.¹⁰ »

Les plaignants ne demandent rien d'autre qu'une déclaration de l'inconstitutionnalité de la loi – et le tribunal leur donne raison, avant de voir sa décision invalidée par la Cour suprême – sans, au fond, que l'enjeu procédural soit soulevé. Comparons cette affaire avec une définition que nous trouvons dans la somme récente de Guillaume Tusseau. Ce dernier définit le contrôle par « voie d'action » comme celui « exercé, indépendamment de toute autre instance préexistante, à travers une demande adressée au juge constitutionnel par un acteur qui sollicite spécifiquement, à l'exclusion de toute autre demande, le contrôle de constitutionnalité d'une norme, d'un acte ou d'une situation¹¹ ». L'affaire de l'*Obamacare* remplit tous ces critères, pour peu qu'on accorde que tous les juges (fédéraux) états-uniens sont des juges constitutionnels¹². L'existence de cette voie de droit interroge immédiatement : du point de vue *interne* au droit américain, elle pose la question de son rapport avec l'article III de la Constitution qui limite le pouvoir judiciaire aux « affaires et controverses ». Cette voie de droit exige ainsi une justification afin de ménager la séparation des pouvoirs. Du point de vue du droit comparé, elle invite à poursuivre la mise de côté du débat entre modèles « américain » et « européen »¹³. Notre propos s'inscrit dans le sillage de la proposition de M. Carpentier selon lequel « il convient [...] de porter l'analyse sur les types de recours devant le juge constitutionnel¹⁴ ». Quelles sont donc les origines de ce recours direct en droit états-unien et quelles en sont les caractéristiques (A) ? Quelles en sont les limites (B) ?

⁸ Cette situation est à distinguer des cas dans lesquels le seul *point en dispute* est la question constitutionnelle (comme l'affaire *Windsor*) mais dont l'enjeu final est bien de se voir remboursé un trop perçu fiscal. Il est vrai que l'enjeu symbolique de l'affaire *Windsor*, comme de nombreuses autres affaires par « exception » va bien au-delà de ce remboursement.

⁹ *NFIB v. Sebelius*, *supra* note 2.

¹⁰ *Florida v. U.S. Department of Health Human Services*, 780 F. Supp. 2d 1256 [N. D. Florida] (2011) à la p. 1265 : « a declaratory judgment that the Act is unconstitutional and an injunction against its enforcement. »

¹¹ Tusseau, *supra* note 5 à la p. 932. Des termes synonymes, utilisés par G. Tusseau sont « contrôle à titre principal » et « recours direct ».

¹² On ne voit guère pourquoi la question du caractère plus ou moins « diffus » du contrôle exercerait ici une influence. Le recours pour excès de pouvoir ne perd pas son caractère « objectif » du fait de la création des tribunaux administratifs. La comparaison entre recours par voie d'action et recours pour excès de pouvoir français est effectuée par G. Tusseau, *Ibid.*.

¹³ Guillaume Tusseau, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle: essai de critique méthodologique*, Bologna, Italie, Bononia University Press, 2009.

¹⁴ Carpentier, *supra* note 5 à la p. 219.

A Le problème de l'immunité souveraine et l'affaire *Ex Parte Young*

En raison de l'immunité « souveraine » reconnue aux États et au gouvernement fédéral, il est en principe impossible de les poursuivre en justice, sous quelque forme que ce soit¹⁵. Ainsi, pour ce qui concerne le contrôle de la hiérarchie des normes, cela signifie que seule la « défense d'inconstitutionnalité » est permise. Pour obtenir un jugement sur la validité de la loi au regard de la hiérarchie des normes, il faut enfreindre une norme, attendre les poursuites¹⁶ puis soulever l'argument de la violation de la hiérarchie des normes (notamment l'inconstitutionnalité de la loi pénale) en défense. Cette stratégie imposée comporte des problèmes évidents : d'une part le risque de voir les sanctions confirmées si l'argument de la violation de la hiérarchie des normes n'était pas accepté, et, d'autre part, le problème de l'inertie de l'État. Que faire pour contraindre les autorités à remédier à une inconstitutionnalité persistante ?

Historiquement, le *common law* permettait certaines actions de nature « administrative » afin de contraindre l'État à respecter le droit, notamment celui prévu par des lois du Parlement. Les sources anglaises du contrôle administratif sont importantes¹⁷ : c'était notamment le cas des *writs* dit de « prérogative » comme le *mandamus* et le *certiorari*¹⁸ décrits par Edith Henderson¹⁹. Ces procédures permettaient de « faire disparaître » (*quash*) les actes en question de manière générale²⁰. D'autres moyens de droit ordinaire pouvaient trouver à s'appliquer : c'est le cas du *tort* de *trespass* ou du recours à l'*Exchequer* en matière de sommes d'argent illégalement perçues²¹. À partir de cette base de *common law*, la question s'est posée aux États-Unis de l'acculturation de ces éléments dans le contexte d'un droit fondé sur des Constitutions écrites. L'immunité souveraine devait-elle empêcher toutes poursuites contre les États ou le gouvernement fédéral ? On sait qu'une décision en sens contraire²² de la Cour suprême

¹⁵ Les États peuvent cependant consentir aux poursuites, de manière ponctuelle ou par une loi renonçant à l'immunité. Le Congrès peut également abroger l'immunité des États sur le fondement du XIV^e amendement. Voir par exemple la disposition 42 U.S.C. § 1983 qui autorise notamment les poursuites en équité et qui a été sortie de l'obscurité en 1961 par la Cour suprême dans la décision *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167 (1961). Les États-Unis ont adopté plusieurs lois abrogeant l'immunité du gouvernement fédéral, notamment les amendements de 1976 à l'*Administrative Procedure Act* de 1946.

¹⁶ Qui peuvent bien entendu ne pas se produire en vertu du pendant américain du principe d'opportunité des poursuites (*prosecutorial discretion*).

¹⁷ Louis L. Jaffe, « Suits against Governments and Officers: Sovereign Immunity », *Harv. L. Rev.*, Vol.77, No.1, aux pp. 1-39 (1963); Edith G. Henderson, *Foundations of English Administrative Law. Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, 1963.

¹⁸ Avant que ce dernier devienne la voie ordinaire pour saisir la Cour suprême, suite à une loi de 1925. {Citation}

¹⁹ . Voir également James E. Pfander & Jacob P. Wentzel, « The Common Law Origins of *Ex Parte Young* », *Stan. L. Rev.*, Vol.72, No.5, aux pp. 1269-1360 (2020).

²⁰ *Ibid.* aux pp. 1349-1350.

²¹ Voir le *Bankers Case* cité in Jaffe, « Suits against Governments and Officers », *supra* note 17 aux pp. 6-7.

²² *Chisholm v. Georgia*, 2 Dallas 419 (1793) [*Chisholm*].

conduisit à la réaffirmation d'une telle immunité avec le XI^e amendement²³. Cependant la question s'est posée relativement à des poursuites contre des actions illégales d'agents publics : étaient-ils assimilables aux autorités publiques et pouvaient-ils donc bénéficier de l'immunité ? À quelles conditions admettre la recevabilité du recours ? La question est d'importance car rendre impossible toute requête aboutirait à rétablir une forme d'immunité des actes des organes publics, précisément ce que visait à éviter la limitation des pouvoirs par les Constitutions écrites.

La voie du *common law* anglais des poursuites contre les *officers of the Crown* fut ainsi reprise et consacrée. Citons une affaire célèbre : celle du manoir de Robert E. Lee à Arlington qui fut saisi par des agents du gouvernement fédéral pour défaut de paiement d'impositions levées durant la guerre civile²⁴. La famille Lee poursuivit en justice ces agents et non le gouvernement, en leur reprochant d'occuper illégalement le bien car ayant refusé le paiement de l'imposition. La Cour suprême donna raison aux Lee (qui revendirent le bien au gouvernement fédéral, le domaine ayant entretemps été converti en cimetière²⁵) : tout en réaffirmant l'immunité des États-Unis, elle établit une exception durable qui autorise les poursuites contre les agents agissant en son nom. Ainsi le *writ of ejectment* permettant de récupérer le titre de propriété pouvait bien être employé contre les agents occupant la propriété. À l'extrême fin du XIX^e siècle, la Cour alla encore plus loin en jugeant que dans certaines conditions l'existence même d'un *remedy* de *common law* était constitutionnellement obligatoire. Dans des affaires de coupons émis par la Virginie²⁶, la Cour jugea que les États ne pouvaient abroger entièrement les actions de *trespass* servant à remédier à des saisies illégales. La genèse de la voie de droit en cause démontre ainsi l'importance du droit ordinaire, qu'il soit de *common law* ou d'équité. C'est cette dernière, sous la forme de l'injonction, qui finit par occuper toute la scène des *remedies* au début du XX^e siècle.

L'évolution des formes procédurales s'est faite au XX^e siècle en faveur de l'équité²⁷, ce qui a eu pour conséquence de simplifier la manière de présenter les recours et surtout de faire

²³ Bien que le sens exact de l'amendement ait été très débattu, notamment son application aux cas de compétences fondée sur une question de droit fédéral (« *federal question jurisdiction* »), à l'opposé de la compétence fondée sur la diversité des citoyennetés (« *diversity jurisdiction* »).

²⁴ *United States v. Lee*, 106 U.S. 196 (1883). Le nom donné à l'affaire peut prêter à confusion : les États-Unis sont intervenus en cours d'instance, mais à l'origine la plainte n'est pas dirigée contre le gouvernement fédéral.

²⁵ Qui deviendra le cimetière national d'Arlington (*Arlington National Cemetery*).

²⁶ Affaires dénommées collectivement comme les *Virginia Coupon Cases*. Voir Ann Woolhandler, « The Common Law Origins of Constitutionally Compelled Remedies », *The Yale Law Journal*, Vol.107, No.1, aux pp. 77-164 (1997) aux pp. 118-125, qui discute des travaux plus anciens de Henry Hart. Henry M. Hart, « The Relations between State and Federal Law », *Columbia Law Review*, Vol.54, No.4, aux pp. 489-542 (1954).

²⁷ Stephen Subrin, « How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure In Historical Perspective », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.135, No.4, aux pp. 909-1002 (1987). L'auteur insiste

apparaître plus nettement leur dimension fédérale²⁸. On observe alors un abandon des *remedies* de *common law* et une multiplication de l'injonction comme voie de contestation des normes contraires au droit fédéral. La forme originelle de ces types d'injonctions provient d'une doctrine de l'*equity* : les injonctions contre les poursuites (*anti-suits injunctions*) qui permettaient à une des parties dans un litige de faire intervenir le pouvoir d'équité du chancelier avant que des poursuites en *common law* ne soit déclenchées. Cette faculté était nécessaire dans les cas où n'existait pas en *common law* des défenses valables en équité. Une injonction permettait ainsi de faire valoir cette défense qui aurait sans cela été irrecevable²⁹. Cette configuration contentieuse se retrouve dans l'affaire *Ex parte Young*, fondatrice du contentieux des injonctions contre les agents publics³⁰.

L'affaire *Ex parte Young*³¹ pourrait presque être dite un second *Marbury v. Madison*, tant elle modifie en profondeur les voies de droit ouvertes pour contester les violations des droits, permettant de contourner l'immunité des États. L'affaire concernait la réglementation du transport ferroviaire. Le Minnesota avait adopté une loi réglementant les tarifs du train, loi que le procureur général de l'État souhaitait faire appliquer à une compagnie. Les pénalités prévues par la loi étaient si disproportionnées qu'elles empêchaient la possibilité d'un « *test case* » permettant de déterminer sa constitutionnalité. La compagnie demande alors à un tribunal fédéral de prononcer une injonction interdisant au procureur d'entamer des poursuites sur le fondement de la loi, ce que la Cour suprême approuve³². La Cour écarte donc, comme dans l'affaire *Lee*, l'immunité du Minnesota car l'injonction s'adressait à un agent et non à l'État. Surtout, elle dégage l'existence d'une voie de droit pour inconstitutionnalité (en réalité toute violation du droit fédéral par les États) fondée sur l'équité. En tirant parti du caractère protéiforme de l'équité, la Cour se détache des voies de droits préexistantes qui se coulaient dans les différents *writs* de *common law*. En effet, il n'est plus question de l'action d'un agent

particulièrement sur la promulgation par la Cour des *Règles de procédure fédérale* en 1934. Voir également Alfred Hill, « Constitutional Remedies », *Colum. L. Rev.*, Vol.69, No.7, aux pp. 1109-1161 (1969) à la p. 1134.

²⁸ En effet, comme mentionné précédemment, lorsque le *remedy* à une action illégale empruntait les formes de *common law*, alors le recours suivait ces formes fixes, sans mentionner le fondement fédéral (souvent alors constitutionnel), ce n'est qu'une fois la défense de l'agent public connue que le plaignant soulevait l'inconstitutionnalité de la défense. Cette bizarrerie procédurale était rendue nécessaire par les *formes* des plaintes en *common law*. Hill, *supra* note 27 à la p. 1128.

²⁹ Pfander & Wentzel, *supra* note 19 à la p. 1339. Ces auteurs mentionnent par exemple la contrainte (*duress*) dans la conclusion d'un contrat.

³⁰ Pfander et Wentzel distingue fortement la tradition « d'équité » des *antisuits injunctions* et la tradition du contrôle administratif par le *common law* et insiste plutôt sur ce dernier héritage, qui ne remet cependant pas en cause l'importance de la fusion du droit et de l'équité.

³¹ *Ex parte Young*, *supra* note 3.

³² La Cour approuve en réalité la détention de Young qui avait défié le tribunal de district – l'affaire se présente techniquement – comme son nom l'indique – un *habeas corpus*.

constituant un *tort de common law* qui ne pourrait être couverte par une habilitation légale en raison de sa contrariété à la Constitution : il s'agit d'instituer une pure action d'inconstitutionnalité³³.

La particularité de cette voie de recours est qu'elle contourne le XI^e amendement en reconnaissant comme imputable à l'État sur le fondement du XIV^e amendement³⁴ (par le biais de son agent) une action ou norme contraire à la hiérarchie des normes. Ce « paradoxe », qui a beaucoup étonné la doctrine américaine³⁵ s'analyse en réalité comme la reconnaissance d'une forme de « prise en compte des défauts » pour reprendre l'expression forgée par Adolf Merkl : il s'agit « d'imputer à l'État des actes qui ne remplissent pas la somme des conditions posées [...] pour leur validité³⁶ ». Cette disjonction et le paradoxe perçu dans ce qui est « imputable à l'État » au sens des XI^e et XIV^e amendements sont les symptômes d'une difficulté générale du contentieux constitutionnel américain à traiter l'existence de normes « fautives » – que celles-ci soient législatives ou jurisprudentielles d'ailleurs³⁷.

La décision *Ex parte Young* pouvait paraître applicable uniquement dans le cas où les pénalités encourues pour violation de la loi étaient si disproportionnées que la loi conduisait en pratique à inhiber totalement le comportement protégé, faute de pouvoir soumettre la question à un tribunal. Cette condition a toutefois été rapidement abandonnée et cette exception à l'immunité souveraine a été appliquée à tout défaut vis-à-vis de la hiérarchie des normes. Le développement des injonctions par les tribunaux fédéraux à l'encontre des États conduisit le Congrès à réagir : par une loi de 1910 il créa des tribunaux de district spécialement composés de trois juges pour entendre les affaires impliquant de telles injonctions (*Mann-Elkins Act*,

³³ La décision s'insère dans un mouvement de fusion du *common law* et de l'équité en matière de procédure.

³⁴ Le droit américain ne reconnaît en effet pas « l'effet horizontal » il faut donc une « action d'État » (*state action*) pour que la Constitution s'applique.

³⁵ Voir les affaires *Home Tel. and Tel. v. City of Los Angeles*, 227 U.S. 278 (1913); *Monroe v. Pape*, *supra* note 15. Richard F. Fallon et al., *Hart & Wechsler's : The Federal Courts and the Federal System*, 6^e éd., Foundation Press, 2009 aux pp. 890-891.

³⁶ Adolf Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1923 à la p. 293 cité in Thomas Hochmann, « Les théories de la “prise en compte des défauts” et de “l’habilitation alternative” » dans Thomas Hochmann, Xavier Magnon & Régis Ponsard, dir., *Un classique méconnu: Hans Kelsen* Le sens de la science, Paris, Mare & Martin, 2019 aux pp. 333-358 à la p. 339.

³⁷ On en verra la preuve dans la formule, utilisée dans des affaires solennelles, qu'un précédent était « erroné à l'époque de la décision » (« *wrong when decided* » ou encore « *egregiously wrong* »). Par exemple pour les affaires *Plessy*, *Korematsu*, *Bowers*, et récemment, *Roe v. Wade*. La tentation est grande pour les juges de considérer ces décisions comme « nulles et non avenues », ce qu'elles ne sont pas, puisqu'elles ont bien produit des effets ! La dissonance entre l'existence de violations graves et prolongées de la Constitution et la reconnaissance ancienne du contrôle juridictionnel s'exprime à plein en l'absence d'une théorie des normes fautives. Sur la question des « défauts » des organes suprêmes, voir Hochmann, *supra* note 36 aux pp. 352-358.

§17)³⁸. Elle visait donc à éviter que des juges isolés prononcent des injonctions. Une loi de 1937 élargit cette procédure aux lois fédérales³⁹. La doctrine *Ex parte Young* et son exception à l'immunité souveraine furent étendus au gouvernement fédéral⁴⁰.

On peut résumer la procédure typique de ces affaires ainsi : lorsqu'une norme adoptée par un État ou par le gouvernement fédéral est jugée inconstitutionnelle sur le fondement du droit fédéral, des plaignants demandent à un tribunal fédéral une injonction à l'encontre de la mise en application de cette norme. Dans de nombreux cas, la loi pourra ne pas encore être entrée en vigueur : soit qu'elle prévoit elle-même une entrée en vigueur différée, soit qu'une injonction temporaire l'empêche d'être mise en application⁴¹. C'est pour cette raison que cette voie de droit est désignée par l'expression « *pre-enforcement challenge* » et que des cas de contrôle *a priori* existent en droit américain⁴². Avec les transformations du rôle de la Cour dans les années 1950 et 1960, et l'avènement des litiges « d'intérêt public » dans le domaine des droits civiques⁴³, c'est cette voie procédurale qui a été massivement employée. Cette montée en régime du rôle des tribunaux a cependant conduit la Cour, qui amorçait sa mue conservatrice, à tempérer l'essor de cette voie de recours.

³⁸ La loi s'applique pour toute loi d'État et toute injonction à l'encontre d'un agent de cet État (*any officer of such State*). Michael Solimine & James Walker, « The Strange Career of the Three-Judge District Court: Federalism and Civil Rights, 1954–1976 », *Case Western Reserve Law Review*, Vol.72, No.4, aux pp. 909 (2022).

³⁹ La loi de 1937 est mentionnée par Kelsen dans un article de 1942. Hans Kelsen, « Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, Vol.4, No.2, aux pp. 183-200 (1942). Ce dernier ne perçoit cependant pas que les injonctions ont précisément pour but de déterminer la constitutionnalité d'une loi, et ne mentionne pas la loi de 1910.

⁴⁰ Les affaires *Larson* et *Malone* sont emblématiques de ce point, bien que la doctrine fût rejetée à la lumière des faits de ces espèces. *Larson v. Domestic & Foreign Commerce Corp.*, 337 U.S. 682 (1949) [*Larson*], *Malone v. Bowdoin*, 369 U.S. 643 (1962) voir Gregory C. Sisk, « A Primer on the Doctrine of Federal Sovereign Immunity Law School News », *Okla. L. Rev.*, Vol.58, No.3, aux pp. 439-468 (2005); Gregory C. Sisk, « The Continuing Drift of Federal Sovereign Immunity Jurisprudence », *Wm. & Mary L. Rev.*, Vol.50, No.2, aux pp. 517-606 (2008); Gregory C. Sisk, « The Inevitability of Federal Sovereign Immunity Symposium: Sovereignty's Seductions: Reconciling Claims to Govern », *Vill. L. Rev.*, Vol.55, No.4, aux pp. 899-928 (2010).

⁴¹ Si la violation est manifeste, le tribunal peut accorder une injonction préliminaire, qui peut être suspendue (*stayed*) par les cours supérieures. Celles-ci peuvent également accorder une injonction temporaire si le tribunal l'a refusé (*appellate injunction*).

⁴² Le contrôle *a priori* peut donc être abstrait ou concret selon que les plaignants mettent ou non en avant des contextes factuels déterminés pour lever un doute sur la conformité de la loi. Cette configuration se rencontrait particulièrement fréquemment avant le renversement de la jurisprudence *Roe* et *Casey* lorsque les États adoptaient des lois frontalement contraires à ces jurisprudences : la question constitutionnelle n'était alors pas disputée et le contrôle restait « abstrait ». En revanche, un contrôle concret devenait nécessaire dans les cas où les États tentaient de « rogner » ces jurisprudences de manière plus subtile par exemple en réglementant les professions médicales. Voir *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. ____ (2016).

⁴³ Voir Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington & London, Indiana University Press, 1978; Abram Chayes, « The Supreme Court, 1981 Term », *Harvard Law Review*, Vol.96, No.1, aux pp. 4-60 (1982), Charles Sabel & William Simon, « Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds », *Harv. L. Rev.*, Vol.117, aux pp. 1016 (2004).

B Les limites de la théorie *Ex parte Young*

La Cour suprême a élaboré des limites particulière à la jurisprudence *Ex parte Young* (1), mais la description des limites de ce contentieux impose également de décrire des tempéraments plus généraux (2).

1 Les tempéraments à la jurisprudence *Ex parte Young*

La portée du contentieux des injonctions a conduit la Cour suprême à tempérer progressivement la voie de droit ouverte en 1907. Ainsi, elle a tout d'abord jugé que les requérants peuvent seulement demander sur ce fondement des mesures pour l'avenir. Les mesures « rétrospectives » demeurent couvertes par le XI^e amendement⁴⁴.

Le contrôle des normes trouve particulièrement à s'appliquer en matière pénale : pour éviter les difficultés liées au choix de la défense d'inconstitutionnalité pour faire invalider une loi, il peut être tentant de demander une injonction à l'encontre des poursuites fondées sur une telle loi. La Cour suprême a cependant défini des cas dans lesquels les tribunaux fédéraux doivent surseoir à statuer afin d'éviter des conflits avec les juridictions des États. Une de ces situations concerne précisément le cas de poursuites pénales devant ces juridictions (*Younger abstention*)⁴⁵. Une telle exception demeure cependant inapplicable si les poursuites ne sont pas encore intentées (mais la menace doit être réelle pour se prévaloir d'un intérêt à agir)⁴⁶. La jurisprudence est particulièrement fournie – et complexe – sur ce point⁴⁷.

La nature de la norme invoquée importe également. La demande d'une injonction devant un tribunal fédéral peut en effet se fonder sur diverses normes, de droit fédéral (Constitution, loi et « règlements » fédéraux) ou de droit de l'État. La Cour dans l'affaire *Pennhurst*⁴⁸ jugea que seul le droit fédéral peut justifier une telle injonction, car elle est prononcée sur le fondement de la clause de suprématie fédérale (article VI de la Constitution). Sa fonction est

⁴⁴ *Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651 (1974). Il faut cependant noter que le Congrès a abrogé l'immunité des États pour les dommages résultant de violation de droits constitutionnels avec une loi de 1871 codifiée au paragraphe 1983 du titre 42 du code des États-Unis. Voir Langlois Deschamps, *supra* note 7.

⁴⁵ Du nom de la décision *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971).

⁴⁶ *Steffel v. Thompson*, 415 U.S. 452 (1974).

⁴⁷ Erwin Chemerinsky, *Federal Jurisdiction*, 7^e éd., New York, Wolters Kluwer, 2016 aux pp. 871-911. Nous ne pouvons entrer dans les détails qui mériteraient des développements importants.

⁴⁸ *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, 465 U.S. 89 (1984) [*Pennshurst*]. Décision serrée (5 voix contre 4) et qui met en évidence des visions très contrastées du droit fédéral.

de « défendre les droits fédéraux » (« *vindicate federal rights* »)⁴⁹. La Cour qualifia à cette occasion la jurisprudence *Ex parte Young* de « fiction », traduisant un certain scepticisme et une volonté de limiter l'exception au XI^e amendement. Au cœur de la controverse se trouve la question des conditions pouvant justifier d'enjoindre à un agent de l'État de respecter le droit : une action illégale en droit de l'État ne devrait-elle pas conduire à « lever » l'immunité de l'État puisqu'une telle action est ainsi *ultra vires* ? La Cour rejette cet argument car il conduirait en pratique à la fin de l'immunité de l'État⁵⁰. Il faut donc que les injonctions prononcées puissent se fonder sur le droit fédéral, une injonction de ce type fondée sur le droit de l'État dépend du droit processuel de l'État. Comme le reconnaît la Cour, cela implique donc que des affaires se fondant principalement sur ce point doivent être portées devant les tribunaux des États⁵¹.

La Cour refuse également d'appliquer cette théorie lorsqu'une injonction remplirait une fonction similaire à une procédure de droit commun : l'immunité souveraine des États ne doit pas être contournée par une requête contre leurs agents. C'est le cas par exemple lorsqu'est en cause un recours visant à faire établir un droit de propriété, qui ressemble trop à une action de droit commun⁵². Enfin, lorsque le Congrès a prescrit un ensemble détaillé de procédures pour résoudre des différends, une injonction de ce type est également proscrite⁵³. C'est par exemple le cas lorsque le droit administratif prévoit une procédure spéciale de *judicial review*⁵⁴.

Très récemment, la Cour suprême a rejeté l'applicabilité de la doctrine *Ex parte Young* à l'égard de la loi texane S.B. 8, qui prohibe tout avortement après six semaines d'aménorrhée. Adoptée alors que la décision *Dobbs* n'avait pas encore été rendue, la loi est entrée en application lorsque la Cour suprême a refusé de surseoir à son application à la fin du mois d'août 2021 dans une décision sommaire *Whole Woman's Health v. Jackson*⁵⁵. La Cour suprême a ensuite tranché au fond certains aspects procéduraux⁵⁶. La loi texane est surtout

⁴⁹ L'expression a été employée récemment par la Cour : voir *Virginia Office of Protection and Advocacy v. Stewart, Commissioner, Virginia DBHDS*, 563 U.S. 247 (2011) à la p. 255 [*Virginia Office of Protection and Advocacy v. Stewart*].

⁵⁰ *Pennshurst*, *supra* note 48 à la p. 116

⁵¹ Nous écrivons *principalement* car il existe des théories qui s'apparenteraient à la théorie de l'accessoire permettant d'établir la compétence des tribunaux fédéraux dans certains cas.

⁵² *Idaho v. Coeur d'Alene Tribe of Idaho*, 521 U.S. 261 (1997).

⁵³ Voir *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996) [*Seminole Tribe*] (litige entre un État et un tribu indienne). Voir également *Armstrong v. Exceptional Child Center, Inc.*, 575 U.S. 320 (2015) (à propos du programme *Medicaid*).

⁵⁴ Pour un exemple, voir *Thunder Basin Co. v. Reich, Sec. of Labor*, 510 U.S. 200 (1994) [*Thunder Basin Co.*].

⁵⁵ *Whole Woman's Health v. Jackson*, 594 U.S. ____ (2021) [*Whole Woman's Health v. Jackson I*]. Voir sur cette affaire Julien Jeanneney, « La revanche de Calhoun : l'interruption volontaire de grossesse au défi du fédéralisme américain », *RFDA*, Vol.37, No.06, aux pp. 1119-1128 (2021), Richard H. Jr Fallon, « Constitutional Remedies: in One Era, and Out the Other », *Harv. L. Rev.*, Vol.136, No.5, aux pp. 1300-1366 (2023).

⁵⁶ *Whole Woman's Health v. Jackson*, 595 U.S. ____ (2021) [*Whole Woman's Health v. Jackson II*].

remarquable par le mécanisme de mise en application, qui a été adopté explicitement pour contourner la voie procédurale ouverte par *Ex parte Young*⁵⁷. En effet, son application (« *enforcement* ») est complètement privatisée : la loi permet à tout citoyen texan de poursuivre civilement les personnes qui apporteraient leur aide à un avortement après six semaines. Chaque violation permet l'obtention de dommages à hauteur de 10 000 dollars.

Les plaignants ont toutefois tenté de faire entrer tant bien que mal leur requête dans le cadre procédural de la jurisprudence. Ils ont identifié trois catégories d'agents qui pouvaient être nommés : (1) les juges, (2) les greffiers et enfin (3) divers agents responsables de la santé publique. Par une décision prise à la majorité la plus serrée (5 voix contre 4), la Cour rejette les requêtes dirigées contre les juges et les greffiers. La Cour note principalement que retenir cette possibilité ouvrirait la voie à trop de questions nouvelles⁵⁸. Elle se montre ainsi très formaliste en refusant de percevoir la volonté du législateur texan de contourner la compétence des tribunaux fédéraux. Pourtant, il est flagrant que quelle que soit la volonté de « privatiser » l'application de la loi, la notion « d'application » retenue demeure *judiciaire*. Que le plaignant soit un procureur ou un particulier, il est nécessaire qu'un juge tranche le litige, au terme d'un procès au cours duquel les défenseurs peuvent bien entendu soulever des arguments constitutionnels. La réticence de la majorité conservatrice de la Cour est manifestement idéologique, et ce, sur deux points. Premièrement et de manière évidente, la décision *Jackson* anticipe *Dobbs* : il n'apparaît ainsi pas nécessaire de changer le droit contentieux pour un droit qui n'en est pas un à leurs yeux. Deuxièmement, il est manifeste que les juges répugnent à interférer avec le fonctionnement judiciaire des États. Il est frappant que dans toute cette controverse les défenseurs de la loi texane ne se voient jamais opposés le fait qu'en réalité parler de « privatisation » de la mise en application est un abus de langage. En définitive, la loi est « appliquée » par des organes de l'État, que l'initiative soit privée ou publique. On peut entrevoir ici que le juge est pensé comme un tiers « naturel » et non institué par l'État, et c'est cette idéologie ancienne qui justifie, *in fine* de ne pouvoir prononcer une injonction à son égard⁵⁹.

⁵⁷ Voir les déclarations du rédacteur de la loi Jonathan Mitchell in Jeannie Suk Gersen, « The Conservative Who Wants to Bring Down the Supreme Court » *The New Yorker* (5 janvier 2023), en ligne: <<https://www.newyorker.com/news/annals-of-inquiry/the-conservative-who-wants-to-bring-down-the-supreme-court>>. Une affaire temporellement proche d'*Ex parte Young* incarne un mécanisme similaire : il s'agissait de prohiber des tarifs ferroviaires trop élevés. *Fitts v. McGhee*, 172 U.S. 516 (1899).

⁵⁸ *Whole Woman's Health v. Jackson II*, *supra* note 56 à la p. 7.

⁵⁹ La Cour a autorisé les poursuites contre certains agents, mais la Cour suprême du Texas a jugé, sur renvoi de la cour d'appel du 5^e circuit, que ces agents n'avaient aucun rôle dans la mise en application de la loi et qu'ainsi *tous les aspects* de la requête devaient être rejetés, nonobstant la décision de la Cour suprême. La Cour suprême

Pour en finir sur ce dernier tempérament à la jurisprudence *Ex parte Young*, on notera que la portée de la décision *Jackson* est très incertaine. La Californie a par exemple effectué une innovation similaire dans le domaine du contrôle des armes à feu, qui a été bloquée par un juge fédéral à la fin de l'année 2022. Des distinctions étant toujours possibles, il n'est donc pas sûr que la controverse sur la loi texane S.B. 8 fasse réellement jurisprudence. Qui peut douter, à la suite de la décision *Bruen*⁶⁰, que la Cour se montrera bien plus sévère avec des lois restreignant la possession ou vente d'armes à feu⁶¹ qu'avec celles enfreignant le droit à l'avortement ?

2 Des conditions de recevabilité qui tempèrent la portée de la théorie

Outre ces restrictions propres à la théorie *Ex parte Young*, des restrictions de nature plus générales s'appliquent. Le passage par la voie de l'injonction suppose en effet, comme pour toute demande, de surmonter des obstacles procéduraux, qu'on peut désigner comme les conditions de recevabilité des requêtes (*justiciability*). Y sont inclus l'« intérêt à agir » stricto sensu (*standing*) mais aussi la maturité (*ripeness*) et le caractère présent du litige (absence de *mootness*)⁶². Ces points sont particulièrement importants pour ces affaires du fait de la vigilance de la Cour suprême en la matière. Elle fait respecter de manière stricte ce qu'elle perçoit comme des règles de nature constitutionnelles : les tribunaux fédéraux ne sauraient émettre de simples « avis ». Le recours par voie d'action n'est donc pas une *actio popularis* et les tribunaux fédéraux ne peuvent trancher des litiges fondées sur des griefs trop généraux ou indifférenciés⁶³.

Le lien entre les trois composantes de l'intérêt à agir est particulièrement important en la matière. Les plaignants doivent classiquement montrer (1) une atteinte à un « intérêt juridiquement protégé » qui ne doit pas être hypothétique (*injury in fact*), (2) causée par une action (*causation*), (3) à laquelle il peut être remédiée (*redressability*). L'obligation de lier le *remedy* (dans notre cas l'injonction) et l'atteinte alléguée conduit à une restriction de la portée

rejeta un *writ of mandamus* visant à contraindre la cour d'appel de se prononcer sur les requêtes. Voir *In Re Whole Woman's Health*, 595 U.S. ____ (2022).

⁶⁰ *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022).

⁶¹ Nous faisons ici allusion à une récente loi californienne, une affaire est en cours à son propos.

⁶² Nous laissons de côté la doctrine des questions politique qui est fréquemment traitée avec ces trois points. Voir Claire Saunier, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, France, États-Unis*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Paris, LGDJ, 2023.

⁶³ Voir *Fairchild v. Hughes*, 258 U.S. 126 (1922) (le requérant souhaitait un jugement déclarant le XIX^e amendement accordant le droit de vote aux femmes invalide) et *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923) (tentative de faire déclarer une ligne budgétaire inconstitutionnelle).

de l'injonction qui peut être demandée : toute demande qui irait au-delà de l'atteinte relèverait d'un simple avis et constituerait ainsi une violation de l'article III de la Constitution qui restreint le pouvoir judiciaire aux « affaires et controverses » (« *cases and controversies* »). La Cour a déterminé que ces conditions de recevabilité étaient partiellement constitutionnelles et partiellement déterminées par des considérations pratiques (*prudential*) dans une jurisprudence de principe très influente rédigée par le juge Scalia⁶⁴.

La reconnaissance de l'intérêt à agir n'est pas libérale lorsqu'est en question un contrôle des normes. Les problèmes concernent deux des conditions de recevabilité : l'atteinte et la possibilité qu'il y soit remédié (*redressability*). Certes, si le requérant est « l'objet de l'action du gouvernement », alors il est généralement aisé d'établir l'intérêt à agir, mais alors il ne pourra obtenir qu'un *remedy* en rapport avec cette atteinte : tout dépend alors du caractère « typique » ou non de la situation du requérant⁶⁵. Si un grand nombre de personnes sont dans son cas, alors, s'agissant de contrôle des normes, la décision (jugement déclaratoire ou injonction) jouera pleinement son rôle d'autorité de la chose jugée à l'égard de ces personnes⁶⁶. En revanche si le cas est très isolé, très spécifique, alors la demande ne pourra concerner qu'un ensemble de situations restreintes⁶⁷. En outre, lorsque cette réglementation s'applique à des tiers, alors le *standing* est bien plus difficile à établir⁶⁸. En particulier, la Cour n'admet pas un intérêt fondé sur l'objet social, qu'elle assimile depuis longtemps à des « griefs généraux » (*generalized grievance*)⁶⁹. On voit donc que si l'intérêt à agir est une condition de recevabilité de la demande, elle induit également des effets considérables au stade final du *remedy* : les requérants doivent établir un intérêt pour toutes les formes de *remedy* demandées⁷⁰. Cette

⁶⁴ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992) à la p. 560.

⁶⁵ Lorsque le litige précède la mise en application, un « menace crédible » d'une telle mise en application suffit à caractériser une atteinte. Voir *Susan B. Anthony List v. Driehaus*, 573 U.S. 149 (2014).

⁶⁶ Seule la violation de l'injonction est cependant punie de *contempt of court*.

⁶⁷ Tout dépend cependant de la « force » du précédent en cause et de la manière dont les juges pratiqueront le *distinguishing* en débattant des faits pertinents à prendre en compte pour déterminer la portée de la chose jugée. C'est sur ce point que la pratique des *class actions* de droit public est particulièrement utile car elle permet de lier les autorités publiques de manière plus solide que par l'application de la doctrine du précédent, qui ne joue horizontalement que de manière limitée (« *persuasive precedent* »). En outre, l'*estoppel* ne joue pas non plus (du moins pour le gouvernement fédéral) ce qui signifie qu'en cas de défaite dans un cas isolé les pouvoirs publics peuvent tenter de porter de nouveau l'affaire devant un juge. Voir *United States v. Mendoza*, 464 U.S. 154 (1984). La *class action* permet de résoudre partiellement ce problème.

⁶⁸ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, *supra* note 64 aux pp. 561-562.

⁶⁹ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972). Ces jurisprudences sont particulièrement importantes en droit de l'environnement, avec un relâchement notable pour l'intérêt à agir des États. Voir *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007). L'affaire des prêts étudiants en instance actuellement devant la Cour suprême devrait la conduire à se prononcer à nouveau sur cette question.

⁷⁰ La Cour affirme ainsi que l'intérêt à agir n'est pas accordé globalement (« *in gross* » *Lewis v. Casey*, 528 U.S. 343 (1996) à la p. 358 (note 6). « A plaintiff must demonstrate standing separately for each form of relief sought. » *Friends of the Earth v. Laidlaw*, 528 U.S. 167 (2000) à la p. 185.

obligation conduit à restreindre les types de *remedies* disponibles dans les affaires impliquant des *public rights*, comme le contentieux impliquant des droits fondamentaux⁷¹. Un exemple assez célèbre est la décision *City of Los Angeles v. Lyons*⁷² dans laquelle un homme afro-américain cherchait à obtenir une injonction contre la pratique des étranglements (*chokeholds*) employée par la police de Los Angeles. Lyons avait subi une telle pratique, mais la Cour considéra que la probabilité qu'il soit de nouveau victime de cette pratique était insuffisante pour accorder une injonction : l'atteinte à ses droits justifiait l'intérêt à agir pour l'octroi d'une compensation pécuniaire mais pas pour une injonction⁷³. Cette obligation de lier précisément la nature de l'atteinte et la mesure demandée au juge conduit pratiquement à des décisions qui enjoignent aux agents de l'État d'appliquer une loi « en tant qu'elle » porte atteinte aux droits des plaignants.

Cependant, il faut noter une exception qui, faute d'être systématisée en doctrine ou pour la Cour, tend à étendre la portée des effets des décisions et donc à tempérer cette règle sévère. Il faut en effet distinguer les affaires selon le type de « moyen » qui est soulevé par les plaignants. En effet, lorsque l'argument soulevé contre une loi ou un « acte administratif » n'a aucun rapport avec la situation concrète du requérant, alors le contrôle sera abstrait (ce qu'on nomme en anglais un « *facial challenge* »)⁷⁴. Cela est notamment le cas si le vice invoqué est l'incompétence ou un vice grave de l'acte ou de la loi, comme une loi pénale vague⁷⁵ (*void for vagueness*), la violation par le Congrès de ses compétences⁷⁶ ou une intention discriminatoire (selon la race ou le sexe notamment) dans l'adoption de la loi (« *purposeful discrimination* »). Dans ces cas, si un tel vice est retenu par le juge, la loi sera invalidée en intégralité (« *struck down on its face* »), *i.e.* l'agent en charge de la mettre en application se verra enjoindre de ne jamais le faire, car il n'existe aucune situation factuelle pour laquelle l'application de la loi serait constitutionnelle⁷⁷. Des auteurs ont ainsi mis en avant le zèle récent de la Cour suprême

⁷¹ L'opposition entre un modèle contentieux de « droit privé » et un modèle de « droit public » a été proposée, dans le cas américain, par Abram Chayes. Voir Abram Chayes, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », *Harvard Law Review*, Vol.89, No.7, aux pp. 1281-1316 (1976); Chayes, *supra* note 43.

⁷² *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95 (1983).

⁷³ Sur ce point, la Cour a considéré qu'il n'existait d'atteinte caractérisée aux droits « dans le futur » et qu'ainsi la demande demeurerait hypothétique.

⁷⁴ Ce point est noté par Carpentier, *supra* note 5 aux pp. 201-202, qui mentionne le cas des vices « externes ».

⁷⁵ C'est à dire si vague qu'il est impossible d'identifier les éléments de l'infraction et qu'ainsi elle ne fournit pas aux individus une chance de savoir ce qui pourrait leur être reproché (« *fair notice* »). Pour une application récente de cette doctrine, voir *Skilling v. United States*, 561 U.S. 358 (2010). Voir aussi *Connally v. General Construct. Co.*, 269 U.S. 385 (1926); Fallon et al., *supra* note 35 à la p. 173.

⁷⁶ L'ensemble de la jurisprudence sur la clause relative au commerce entre les États porte sur ce point, mais il faut noter la diversité des voies contentieuses utilisées dans cette matière, particulièrement la défense pénale (*Lopez, Morrison*). La voie de l'injonction est en revanche employée dans l'affaire de l'*Obamacare*.

⁷⁷ *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987) à la p. 746 : « no set of circumstances exists under which the act would be valid. »

en matière de séparation des pouvoirs, qui admet aisément les recours pour trancher au fond ce type de litige, alors même que le lien entre la violation alléguée et l'atteinte supposée n'est pas évidente⁷⁸.

En outre, il existe de nombreuses doctrines qui autorisent une extension de l'intérêt à agir pour permettre à un requérant de soulever des atteintes aux droits de tiers (*third party standing*)⁷⁹. La jurisprudence semble le reconnaître particulièrement en matière de droit à l'autonomie (*privacy* au sens large) : une école peut ainsi s'appuyer sur les droits des parents⁸⁰, des médecins ceux de leurs patients⁸¹, mais également lorsqu'on peut supposer une proximité d'intérêts comme entre des commerçants et leurs clients⁸². Toutefois, dans ces affaires, le lien entre les mesures demandées et l'intérêt à agir n'est pas aboli. Ce lien est simplement mécaniquement plus aisé à démontrer du fait de l'extension des atteintes reconnues par le juge puisque les requérants peuvent s'appuyer sur des griefs qui ne leur sont pas personnels.

Par exception en revanche, dans les affaires impliquant le I^{er} amendement, un défaut localisé de la loi conduit à une invalidation générale si la prohibition « déborde trop » (doctrine de « l'*overbreadth* », qui doit cependant être « substantielle »). Cette doctrine est manifestement exceptionnelle en ce qu'elle permet une invalidation totale de la norme alors même que la norme est constitutionnelle en tant qu'elle est appliquée au plaignant (sinon se prévaloir de la doctrine n'a pas d'intérêt). Il s'agit donc d'un cas où le contrôle concret conduit à l'invalidation de l'ensemble de la loi : ce qui aurait dû être un contrôle limité à la situation du requérant devient un *facial challenge*⁸³.

En réalité, un jugement déclaratoire peut suffire, car il est très peu courant que les ministres désobéissent frontalement à un tel jugement. En toute hypothèse, du fait de l'effet de la chose jugée, les plaignants pourraient facilement obtenir une injonction, dont la violation est punie de *contempt of court*.

« Injunctive relief is an "extraordinary" [Weinberger v. Romero-Barcelo, 456 U.S. 305, 312 It is even more so when the party to be enjoined is the federal government, for there is a long-standing presumption "that officials of the Executive Branch will adhere to the law as declared by the court. As a result, the declaratory judgment is the functional equivalent of an injunction." »

Pour une fine discussion de la différence entre jugement déclaratoire et injonction, voir Samuel L. Bray, « The Myth of the Mild Declaratory Judgment », *Duke L.J.*, Vol.63, No.5, aux pp. 1091-1152 (2013).

⁷⁸ Voir Aziz Huq, « Standing for the Structural Constitution », *Virginia Law Review*, Vol.99, aux pp. 1435 (2013); Aziz Z. Huq, *The Collapse of Constitutional Remedies*, New York, Oxford University Press, 2021

⁷⁹ Voir pour la doctrine à ce sujet : Richard H. Fallon, « As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing », *Harv. L. Rev.*, Vol.113, aux pp. 1321-1370 (2000); Richard H. Fallon, « Fact and Fiction about Facial Challenges », *Calif. L. Rev.*, Vol.99, aux pp. 915 (2011); Curtis Bradley & Ernest Young, « Unpacking Third-Party Standing », *Yale Law Journal*, Vol.131, No.1, aux pp. 1-76 (2021)

⁸⁰ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925)

⁸¹ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973) ; Fallon et al., *supra* note 35 aux pp. 173-178.

⁸² *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976). Cette affaire concernait la vente de bière et une discrimination selon le sexe.

⁸³ Puisque visant les situations particulières où la loi « déborde » de ses applications légales. Voir sur ce point la clarification de Carpentier, *supra* note 5 à la p. 201 (note 70). La reconnaît elle-même que cette doctrine déroge à ses habitudes, il s'agit manifestement d'un « remède de cheval » (« *manifestly strong medicine* » *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601 (1973) à la p. 613). La Cour a admis qu'un État peut proposer lui-même des réserves

Il faut ici noter la difficulté à penser structurellement le contentieux américain du contrôle de la hiérarchie des normes. Il n'y a par exemple pas d'équivalent à des notions comme « moyens » ou les distinctions classiques du droit français annulation/abrogation/retrait. L'approche par les cas et par les clauses de la Constitution conduit les juristes américains à raisonner manifestement *par matière* plutôt que par *concepts contentieux*⁸⁴. Il est ainsi frappant que le manuel *Hart & Wechsler* sur les tribunaux fédéraux traite des affaires relatives à l'incompétence comme relevant des doctrines des « droits des tiers » et non de la nature du vice allégué. Une rationalisation doctrinale a pu être tentée avec l'argument qu'un plaignant doit être jugé en vertu d'une règle de droit valide⁸⁵, mais la jurisprudence n'accepte pas cette idée dans sa généralité.

L'intérêt à agir impose ainsi des conditions strictes de recevabilité. Celles-ci ne sont cependant pas insurmontables. La spécificité de la jurisprudence en matière d'injonction peut être discutée : il est manifeste qu'il peut être parfois difficile d'établir qu'une norme fait grief lorsque celle-ci n'a pas encore été appliquée. Loin d'être un simple seuil à franchir pour les plaignants, l'intérêt à agir américain est également projeté sur le fond de la demande, ce qui complexifie son analyse du point de vue du droit comparé.

La jurisprudence *Ex parte Young* permet une voie de droit assimilable à un recours par voie d'action. Encore ce recours n'est-il ouvert que devant les tribunaux fédéraux. C'est ce qu'il nous faut étudier à présent.

II La spécialisation des tribunaux fédéraux et le caractère « diffus » du contrôle

Il est fréquemment soutenu que le contrôle de la hiérarchie des normes s'effectue aux États-Unis de manière diffuse, c'est-à-dire que tout tribunal peut, au cours d'un procès, écarter une norme qui constituerait une violation de cette hiérarchie. Parmi les traits considérés comme typiques du système américain, c'est sans doute le point qui résiste le mieux à l'analyse. Il

interprétatives (*narrowing constructions*) afin de rendre applicable de telles lois par le biais de jugements déclaratoires.

⁸⁴ Voir Fallon et al., *supra* note 35 aux pp. 153-183.

⁸⁵ Voir Bradley & Young, *supra* note 79 aux pp. 42-49 qui désigne cette théorie sous le nom de « *valid rule idea* ». Cette théorie est avancée notamment par H. P. Monaghan : Henry Monaghan, « Overbreadth », *Sup. Ct. Rev.*, Vol.1981, aux pp. 1-39 (1982).

importe cependant de le préciser en réintroduisant dans l'analyse la question de l'organisation judiciaire des États-Unis.

On peut considérer qu'il existe aux États-Unis deux types d'ordres juridictionnels : l'ordre juridictionnel fédéral et les ordres des États, qui se déclinent territorialement en cinquante systèmes distincts (nous laissons de côté la question des territoires des États-Unis et celle du district fédéral). Ces deux systèmes sont parallèles et ne se rejoignent qu'au niveau de la Cour suprême des États-Unis. L'influence du fédéralisme est ici bien entendu majeure, bien qu'il faille souligner la particularité de cette organisation. D'autres États fédéraux (l'Allemagne par exemple) ne connaissent pas une séparation « horizontale » mais plutôt « verticale ». Ainsi en Allemagne, au sein des cinq ordres juridictionnels (selon une répartition matérielle), les tribunaux inférieurs relèvent des *Länder*, les tribunaux supérieurs de la Fédération⁸⁶. Cette distinction est décisive en matière de la répartition de la compétence des tribunaux.

La compétence du tribunal importe en effet particulièrement en matière de contrôle de la hiérarchie des normes : un tribunal ne pourra écarter une norme ou prononcer une injonction que dans la mesure où il est compétent pour entendre l'affaire. Ce point vaut quelle que soit la voie procédurale choisie (« exception » ou « action »). La compétence du tribunal est si fondamentale qu'elle est l'un des rares moyens d'ordre public dans une procédure civile étatsunienne qui se trouve avant tout entre les mains des parties. La compétence des tribunaux des États dépend de doctrines propres à chaque État qui peuvent certes s'inspirer en la matière des règles et théories du droit fédéral mais qui n'y sont pas contraints. La compétence des tribunaux fédéraux est-elle définie par la Constitution et les lois fédérales. On peut rappeler que l'existence de l'ordre juridictionnel fédéral est optionnelle du point de vue constitutionnel : le Congrès peut créer de tels tribunaux mais rien ne l'y contraint. Seule l'existence d'une Cour suprême des États-Unis est obligatoire pour trancher un nombre restreint de litiges. Pourquoi créer alors des tribunaux fédéraux ? D'abord limitée aux questions impliquant la « diversité des citoyennetés » (*diversity of citizenship*) afin d'assurer un *forum* impartial, la compétence des tribunaux fédéraux a été étendue à toutes les « questions de droit fédéral » (*federal questions*) en 1875, à l'époque de la Reconstruction⁸⁷. C'est donc à partir de ce moment (et progressivement) que les tribunaux fédéraux se spécialisent en matière de droit fédéral : auparavant les litiges portant sur ces questions étaient portés devant les tribunaux d'État,

⁸⁶ Anne Jacquemet-Gauché, *Droit administratif allemand*, Thémis, Paris, PUF, 2022 à la p. 99.

⁸⁷ Sur cette loi voir William M. Wiecek, « The Reconstruction of Federal Judicial Power, 1863-1875 », *The American Journal of Legal History*, Vol.13, No.4, aux pp. 333-359 (1969). Il est important de remarquer

soumis au contrôle de la Cour suprême des États-Unis en dernière instance, et encore uniquement pour les cas où la prétention fondée sur le droit fédéral serait rejetée⁸⁸.

Pour juger du caractère « diffus » du contrôle de la hiérarchie des normes, il faut donc se placer du point de vue de la norme de référence. La répartition des compétences est en outre *asymétrique*. S'il s'agit d'une norme d'État, alors l'affaire *doit être* portée devant les tribunaux d'État et leurs règles particulières s'appliquent. En effet, les tribunaux fédéraux sont *incompétents* dans ce cas de figure du fait de l'absence d'une question fédérale⁸⁹ (sauf diversité des citoyennetés). Si la norme de référence est une norme fédérale, alors la compétence est optionnelle : les deux ordres peuvent être saisis et les plaignants ont le choix du *forum*. Cependant, il faut alors tenir ici compte du défendeur à l'instance. Ce dernier peut en effet demander le transfert de l'affaire à une juridiction fédérale si celle-ci est compétente au fond (28 U.S.C. §1441), si le défendeur à l'instance est un agent fédéral (§1442) et enfin en cas de violations des droits civils et politiques (§1443)⁹⁰. Cette pratique du *removal* donne ainsi une option aux parties en défense : si elles le souhaitent, elles peuvent exiger que le litige soit tranché dans un *forum* qui a paru – et paraît encore – présenter les meilleures garanties quant au respect des exigences fédérales, qui est au fondement de l'octroi de la compétence fondée sur une question de droit fédéral (*federal question jurisdiction*)⁹¹.

Si on combine cette possibilité avec la préférence marquée des requérants pour le *forum* fédéral⁹², on constate alors que le contentieux constitutionnel américain se déroule avant tout devant les tribunaux fédéraux. En toute hypothèse, la voie de droit objective ouverte par *Ex parte Young* est exclusivement fédérale. Les questions fédérales tranchées par les juridictions étatiques semblent avant tout être des questions soulevées en défense, et non des demandes d'injonction.

⁸⁸ Voir *Judiciary Act of 1789*, 1 Stat. 73 (1789), §25.

⁸⁹ Cette compétence ne leur a été accordée qu'en 1875. Elle est absente de la première loi sur l'organisation judiciaire de 1789.

⁹⁰ Plus précisément, le cas visé est celui dans lequel il est reproché à un individu d'agir de manière non-discriminatoire alors que le droit pourrait l'y obliger. Cela a été historiquement le cas pour les *restrictive covenants*, ces clauses interdisant la vente de biens immobiliers aux minorités raciales.

⁹¹ Sur le *removal* voir Fallon et al., *supra* note 35 à la p. 1431 et suivantes.

⁹² La question de la différence entre les tribunaux fédéraux et étatique en matière de défense de droits fédéralement garantis est désignée dans la littérature américaine sous le nom de « débat sur la parité des juridictions » (« *parity debate* »), c'est-à-dire sur le soupçon de partialité envers les tribunaux étatiques. La Cour suprême refuse de considérer que le *forum* étatique soit de moindre qualité, mais le débat perdure en doctrine. L'article fondateur à ce sujet est : Burt Neuborne, « The Myth of Parity », *Harvard Law Review*, Vol.90, No.6, aux pp. 1105-1131 (1977). Voir également Paul Bator, « The State Courts and Federal Constitutional Litigation », *William & Mary Law Review*, Vol.22, No.4, aux pp. 605 (1981); Erwin Chemerinsky, « Ending the Parity Debate », *Boston University Law Review*, Vol.71, aux pp. 593-608 (1991). Pour une discussion plus récente : Michael E. Solimine, « The Future of Parity Symposium: Dual Enforcement of Constitutional Norms », *Wm. & Mary L. Rev.*, Vol.46, No.4, aux pp. 1457-1498 (2004).

III La question des effets du contrôle par voie d'action

La doctrine majoritaire soutient que les effets des décisions relatives au contrôle de la hiérarchie des normes sont limités aux parties à l'instance. Si cela est vrai pour les pures « exceptions d'inconstitutionnalité », on peut affirmer que la théorie *Ex parte Young* permet d'obtenir des résultats bien plus larges⁹³. En effet, lorsque la partie défenderesse est l'État, ou plutôt l'un de ses agents, une injonction à leur égard signifie que cet agent aura interdiction de faire chercher à mettre en application la norme qui a été déclarée inconstitutionnelle⁹⁴. En outre, la pratique des *class actions* a pour effet d'étendre le nombre des parties à l'instance sur le fondement de caractéristiques communes. Les effets apparaissent donc bien comme étant *erga omnes*, soit que la loi soit invalidée dans son ensemble, soit que les effets d'une annulation restreinte soient applicables à toutes les parties concernées. Il est important ici de noter que cet effet global ne transite pas par la règle du précédent, qui a pu être décrite comme permettant des effets analogues à une annulation⁹⁵ : elle réside dans l'effet de la chose jugée définitivement. Deux controverses récentes ont agité la doctrine américaine à ce sujet : la question des injonctions « nationales » émises par des tribunaux fédéraux de district (A) et les effets d'un renversement de jurisprudence comme celui opéré par la décision *Dobbs* (B).

A Des effets « inter partes » ? La controverse des « nationwide injunctions »

La première controverse porte sur les effets des injonctions émises par des tribunaux de districts. Depuis quelques années, des tribunaux émettent en effet des injonctions qui dépassent les simples parties aux affaires⁹⁶ : la pratique est-elle contraire aux règles fondamentales du

⁹³ Nous laisserons de côté et donc de troubler fortement la distinction entre décisions *inter partes* et *erga omnes*.

⁹⁴ Si la décision est un simple jugement déclaratoire le *contempt* n'est pas possible. Il est cependant très rare que les autorités méconnaissent de telles décisions la *res judicata* permettrait d'obtenir une injonction rapidement.

⁹⁵ Voir par exemple Louis Favoreu, « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol.4, No.1988, aux pp. 51-66 (1990) aux pp. 62-63, qui note les *class actions* mais étrangement pas les injonctions, et qui note également cet effet « vertical » des précédents de la Cour suprême. Voir également Carpentier, *supra* note 5 à la p. 203 (note 74). La règle du précédent ne joue un rôle principal que dans le cas d'une exception d'inconstitutionnalité, pour laquelle le caractère *inter partes* est maximal. Pour le recours en injonction, l'autorité de la chose jugée suffit normalement, bien que la décision peut aussi jouer le rôle de « précédent persuasif » pour des affaires proches mais non identiques.

⁹⁶ Samuel Bray cite ainsi une injonction de 2015 contre l'administration Obama et une injonction en 2017 contre la fameuse interdiction d'entrée (« ban ») de Donald Trump. Samuel L. Bray, « Multiple Chancellors : Reforming the National Injunction », *Harv. L. Rev.*, Vol.131, No.2, aux pp. 417-482 (2017) aux pp. 418-419. D'autres auteurs défendent un point de vue similaire, par exemple H. Wasserman. Howard M. Wasserman, « Precedent, Non-Universal Injunctions, and Judicial Departmentalism: A Model of Constitutional Adjudication », *Lewis & Clark L. Rev.*, Vol.23, No.4, aux pp. 1077-1148 (2019). Les juges Thomas et Gorsuch se sont élevés contre ces pratiques

contentieux américain ? Il est remarquable qu'un débat d'une telle importance n'ait pas été tranché jusqu'à présent. Samuel Bray, qui condamne cette pratique, discerne une évolution dans l'emploi des injonctions par les tribunaux : de la prévention d'une atteinte par une injonction contre une application (dans la tradition des *antisuit injunctions*), le contentieux se serait « objectivé » vers une détermination de validité tournée secondairement vers l'atteinte subjective⁹⁷. Ce point de vue est cependant débattu avec férocité quant à sa pertinence historique⁹⁸ ou normative⁹⁹. D'autres auteurs cherchent à comprendre ce phénomène à la lumière d'autres mécanismes de procédure comme les *class actions*, dont l'injonction nationale constituerait une variante sinon en droit du moins « en fait¹⁰⁰ », ou voient dans cette pratique une forme d'estoppel collatéral : l'autorité de la chose jugée empêcherait le gouvernement de porter des affaires similaires devant un autre juge, ce qui encouragerait une forme de *forum shopping*¹⁰¹. Ces raisonnements par équivalents montrent assez bien la plasticité du contentieux américain : ce qui ne peut être justifié par une doctrine peut souvent l'être par une autre, la doctrine et les requérants faisant ici montre d'une inventivité sans pareil.

Si la controverse sur les « injonctions nationales » n'est pas close, on peut toutefois remarquer que les effets *erga omnes* sont indéniables dans de nombreux autres contextes. Dans le cas d'une loi pénale d'un État inconstitutionnelle, une injonction contre l'*Attorney General* de l'État possède cet effet et n'est pas limité aux initiateurs de la requête. Si l'État est particulièrement décentralisé, peut-être faudrait-il ajouter en défense les procureurs dans les districts. Même en restreignant la définition de « l'invalidation d'une loi » à « sa mise en application est punie de *contempt* », il est manifeste que des effets de droit se produisent au-delà des parties à l'instance. La controverse sur « injonctions nationales » porte donc plutôt sur la disproportion entre l'ampleur des effets de la décision (un effet sur le gouvernement des États-Unis) et le rang hiérarchique du juge qui la prononce (tribunal fédéral de district). Mais encore peut-on nuancer ce point de vue : d'une part, *l'ensemble* les juges fédéraux sont nommés

dans des opinions séparées *Trump v. Hawaii*, *supra* note 2 (Thomas concurring); *Department of Homeland Security v. New York*, 589 U.S. ____ (Gorsuch concurring).

⁹⁷ Bray, « Multiple Chancellors », *supra* note 96 à la p. 451

⁹⁸ Voir Mila Sohoni, « The Lost History of the Universal Injunction », *Harv. L. Rev.*, Vol.133, No.3, aux pp. 920-1009 (2019)

⁹⁹ Amanda Frost, « In Defense of Nationwide Injunctions », *N.Y.U. L. Rev.*, Vol.93, No.5, aux pp. 1065-1119 (2018)

¹⁰⁰ Michael T. Morley, « De Facto Class Actions: Plaintiff-and Defendant-Oriented Injunctions in Voting Rights, Election Law, and Other Constitutional Cases Election Law: Rights, Remedies, and Recent Cases », *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, Vol.39, No.2, aux pp. 487-556 (2016)

¹⁰¹ En conséquence ces auteurs demandent l'abandon de la jurisprudence *United States v. Mendoza*, *supra* note 67. Voir Zachary D. Clopton, « National Injunctions and Preclusion », *Mich. L. Rev.*, Vol.118, No.1, aux pp. 1-46 (2019).

par des instances nationales, donc pourquoi refuser de voir leurs décisions applicables au gouvernement ? D'autre part, les « grands » États sont divisés en de multiples districts judiciaires fédéraux : il serait curieux de réduire l'effet d'un jugement à un district donné, et ce n'est certainement pas ainsi que se pratique le contentieux.

B Le renversement de jurisprudence et le statut de la loi déclarée inconstitutionnelle

La deuxième controverse porte sur les effets d'un renversement de jurisprudence¹⁰². Une différence est mise en avant entre, d'une part, les effets d'une sortie de vigueur complète de l'ordre juridique d'une norme telle qu'elle se rencontre par exemple par l'abrogation d'une disposition inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel français sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution de 1958 et, d'autre part, les effets d'une injonction de type *Ex parte Young*. Lorsque le fondement de l'injonction contre la mise en application de la loi disparaît en raison d'un changement de droit, l'injonction doit-elle être retirée ? M. Carpentier note ainsi que de la différence entre abrogation et inapplicabilité devrait découler qu'en cas de revirement jurisprudentiel – et sous réserve de sa non-abrogation par le législateur – la loi est « en théorie » de nouveau applicable¹⁰³. Cependant une injonction permanente est plus contraignante pour les autorités publiques qu'une décision d'espèce ou de principe. Une décision constitue un précédent¹⁰⁴ et se diffuse horizontalement et surtout verticalement lorsqu'elle émane de tribunaux supérieurs¹⁰⁵. L'injonction elle, acquiert la force de la chose jugée et elle doit être respectée sous peine de *contempt of court*.

En cas de revirement de jurisprudence se pose la question de l'existence de l'injonction : doit-elle être retirée ou annulée ? La loi ainsi invalidée est-elle encore en vigueur ? Deux thèses s'affrontent. La première prend argument de la déduction la plus simple de la hiérarchie des normes, qu'on retrouve dans *Marbury* : une loi contraire à la Constitution n'est pas une loi, elle

¹⁰² Techniquement, il importe peu que celui-ci concerne l'interprétation d'une loi ou de la Constitution. Cependant ce sont ces affaires qui sont fréquemment les plus célèbres et les plus importantes. En outre, la Cour considère que la maxime *stare decisis* est plus contraignante en matière d'interprétation des lois.

¹⁰³ Voir Carpentier, *supra* note 5 à la p. 203 (note 74). La référence que cet auteur fait à Kenneth Einar Himma, « Understanding the Relationship between the U.S. and the Conventional Rule of Recognition » dans *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009 aux pp. 95-120 nous a été très utile.

¹⁰⁴ Il faut pour cela que la décision soit publiée.

¹⁰⁵ Ce point est fréquemment noté par la doctrine. Voir par exemple Tusseau, *supra* note 5 aux pp. 1219-1221.

est donc *void ab initio*. Cette position est énoncée dans une affaire ancienne, *Norton v. Shelby County* :

« Une loi inconstitutionnelle n'est pas une loi, elle ne confère aucun droit, n'impose aucun devoir, n'accorde aucune protection, ne crée aucun office ; elle est, du point de vue du droit, aussi inopérante que si elle n'avait jamais été adoptée.¹⁰⁶ »

Face à cette théorie, des auteurs ont récemment tenu à mettre en avant le caractère limité de l'intervention des juges en dénonçant l'erreur de « l'abrogation » (*erasure fallacy*)¹⁰⁷. Selon cette conception, les juges ne peuvent que très rarement faire sortir un acte de l'ordre juridique, et c'est une erreur liée à une commodité de langage de parler de lois « invalidées »¹⁰⁸. Ce qui est bloqué est la mise en application (la loi « *in action* »), mais cette dernière demeure « *on the books* ». Une telle loi a pu être ainsi comparée à un « zombie » en doctrine comme dans la presse¹⁰⁹. Il faut noter que ce problème relativement abstrait du lien entre revirement de jurisprudence et lois « bloquées » sous l'empire d'une jurisprudence antérieure ne s'est pour le moment pas posé à la Cour suprême. Il nous faut donc nous pencher sur la manière dont les États ont pu « recevoir » ce changement de jurisprudence. Nous nous appuyerons pour cela sur deux exemples récents, qui traitent des conséquences de la décision *Dobbs*.

En Géorgie, une loi de 2019 avait tenté de prohiber l'avortement alors protégé par les jurisprudences *Casey* et *Roe*. Des plaignants font alors suspendre la loi devant un tribunal fédéral en 2020. La décision de ce dernier est invalidée en appel du fait du revirement de jurisprudence de la Cour suprême survenu entre temps¹¹⁰. L'affaire doit donc en rester là devant les tribunaux fédéraux. Les plaignants portent alors le litige devant un tribunal de l'État. Ce dernier leur donne raison dans une décision du 15 novembre 2022, en s'appuyant sur la théorie de l'inconstitutionnalité *ab initio*¹¹¹. En s'appuyant sur de nombreux précédents de la Cour suprême de Géorgie, le tribunal considère que si la loi contrevenait à une norme supérieure à

¹⁰⁶ « an unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed. » *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425 (1886) à la p. 442.

¹⁰⁷ Jonathan F. Mitchell, « The Writ-of-Erasure Fallacy », *Va. L. Rev.*, Vol.104, No.5, aux pp. 933-1020 (2018).

¹⁰⁸ Cette « annulation » se traduirait en anglais par le verbe *vacate*, et le nom *vacatur*. Un tel vocabulaire se rencontre (1) pour désigner la cassation de décisions de tribunaux inférieurs et (2) dans le contexte du droit administratif, où les tribunaux peuvent « mettre de côté » une règle (« *set aside* ») et ainsi procéder à un *vacatur*, qui provoque une sortie de vigueur (5 U.S.C. §706(2)). Un tel *remedy* n'existe pas pour les lois (fédérales ou étatiques).

¹⁰⁹ Les lois « zombies » ne doivent pas être confondues avec les lois conditionnelles (*trigger laws*) qui prennent effet lorsque certaines conditions de droit (comme un revirement de jurisprudence) sont réunies.

¹¹⁰ *Sistersong Women of Color Reprod. Justice Collective v. Kemp*, 40 F. 4th 1320 [Cour d'appel pour le 11e circuit] (2022).

¹¹¹ *Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective v. State of Georgia*, Fulton County Superior Court, affaire No 2022CV367796 (2022) [décision non publiée]. Cette décision a été suspendue par la Cour suprême de Géorgie, qui a été saisie de l'affaire. Les débats ont eu lieu le 28 mars.

la date de son adoption (« *of its passage* »), alors elle est nulle¹¹². Or, ce point n'est pas débattu – la contrariété était même revendiquée ! : ainsi la loi n'est « jamais devenue une loi de la Géorgie, et il importe donc d'enjoindre à l'État (ce que ne peuvent faire les tribunaux fédéraux¹¹³) de mettre en application ces dispositions de quelque façon que ce soit.

Le litige arizonien est similaire, mais diffère sur le point de la temporalité de la loi adoptée, et donc sur la question contentieuse posée. Le litige concerne une demande du ministre de la Justice de l'Arizona Mark Brnovich, tendant à lever une injonction datant de 1982 qui portait sur une disposition prohibant l'avortement datant de 1901¹¹⁴. La demande se fonde sur une exception à la chose jugée, qui existe en droit fédéral comme en droit des États¹¹⁵. Un des points essentiels est de prouver que les « circonstances de droit ou de fait ont changé » (« *the factual or legal landscape has changed*¹¹⁶ »). Dans le cas de la loi arizonienne, il est clair que *Dobbs* représente un changement de droit. Cependant, le législateur arizonien a également fait changer le droit en adoptant des réglementations précises sur l'avortement : il importe donc d'harmoniser ces dispositions entre elles. C'est pour ces raisons qu'une Cour d'appel annule la décision de première instance : il fallait considérer *l'ensemble* des changements de droit et non le seul revirement de jurisprudence¹¹⁷. Une loi peut donc renaître de ses cendres en cas de revirement de jurisprudence. Il faut cependant remarquer que le raisonnement judiciaire sur ce point est contextuel car il est nécessaire que la levée de l'injonction soit « équitable ». La question des effets d'un changement de jurisprudence sur une loi adoptée en contradiction flagrante avec la jurisprudence antérieure demeure ouverte. Notons qu'une partie de la doctrine américaine refuse d'accepter l'existence des changements constitutionnels et jurisprudentiels. Tout comme certains considèrent que la Constitution ne fut *jamais* pro-esclavage¹¹⁸, d'autres refusent de considérer que la ségrégation raciale fut autorisée constitutionnellement jusqu'en 1954, ou que l'avortement fut bien un droit entre 1973 et 2022. On trouvera la trace de cette

¹¹² « The general rule is that an unconstitutional statute is wholly void and of no force and effect from the date it was enacted. » *Adams v. Adams*, 249 Ga. 477 (1982). Cette affaire concernait les effets de l'interprétation nouvelle, par la Cour suprême des États-Unis, du XIV^e amendement comme impliquant une norme d'égalité entre les sexes.

¹¹³ Cette différence n'a d'importance que dans le cas de contournements flagrants, comme la loi du Texas S.B. 8.

¹¹⁴ L'injonction prédatait la décision *Roe* de quelques années et fut cassée en appel en 1972, mais la Cour d'appel annula sa décision après une demande d'entendre à nouveau l'affaire (*rehearing*) sur le fondement de *Roe*, décidée un an plus tard. *Planned Parenthood Center of Tucson et al. v. Mark Brnovich*, Arizona Superior Court, Pima County, affaire No C127867 (2022) [décision non publiée].

¹¹⁵ Fed. Rule of Civil procedure, Rule 60(b)(5) « The Court may relieve a party [...] from a final judgment [...] if [...] applying it [the judgment] prospectively is no longer equitable ».

¹¹⁶ *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997) à la p. 216.

¹¹⁷ *Planned Parenthood of Arizona v. Mark Brnovich*, Arizona Court of Appeals, Division Two, affaire No CA-CV 2022-0116 (2022) [décision non publiée].

¹¹⁸ Randy Barnett, « Balkinization: Was the Constitution Pro-Slavery? », (23 janvier 2023), en ligne: <<https://balkin.blogspot.com/2023/01/was-constitution-pro-slavery.html>> (consulté le 25 mai 2023).

conception dans une note de bas de page assez extraordinaire de la décision du tribunal de Géorgie¹¹⁹ : le tribunal y répond à l'argument de l'État de Géorgie qui soutenait que l'avortement n'ayant *jamais été* un droit constitutionnel la loi de l'État est valide. Peu convaincu, le tribunal répond que si l'avortement n'est *plus* un droit, du moins l'a-t-il été et, de façon extraordinaire, il note que ce changement n'est dû qu'à un changement dans la composition de la Cour¹²⁰. Si cette position paraît salubre du point de vue de la sécurité juridique, la doctrine plus conservatrice peut considérer qu'une application *rétroactive* du revirement de jurisprudence est souhaitable, rendant possible des poursuites pour des avortements à une époque où *Roe* était encore en vigueur, au mépris de la sécurité juridique la plus élémentaire.

Ces controverses récentes nous montrent la diversité des théories contentieuses qu'on peut constater aux États-Unis : d'une part car la question de la portée exacte des décisions fédérales n'est pas tranchée¹²¹ et d'autre part car les États sont libres d'adopter leur propre doctrine en matière d'effet des décisions. Il est cependant frappant que la portée de la voie de droit ouverte par *Ex parte Young* est rarement assumée comme telle. Perçue comme une « fiction » et une « exception » à l'immunité souveraine, on peut affirmer que si la nécessité de cette voie procédurale est reconnue, elle n'est pas réellement *assumée*. Elle est donc susceptible de faire face à un contre-mouvement (*backlash*) visant à réaffirmer une vision très étroite des pouvoirs du juge, fondée sur une interprétation restrictive de la notion « *case or controversy* » et sur une vision maximaliste des renversements de jurisprudence comme cela semble être le cas pour les juristes les plus conservateurs.

¹¹⁹ *Sistersong Women of Color Reproductive Justice Collective v. State of Georgia*, *supra* note 111 à la p. 4 (note 5) Note de bas de page critiquée vertement par le juriste conservateur Ed Whelan dans la non moins conservatrice *National Review*. Ed Whelan, « Georgia Judge's Void Reasoning in Abortion Ruling », (16 novembre 2022), en ligne: *National Review* <<https://www.nationalreview.com/bench-memos/georgia-judges-void-reasoning-in-abortion-ruling/>> (consulté le 25 mai 2023).

¹²⁰ Le tribunal refuse de débattre de la qualité de l'interprétation de la Constitution et se place uniquement du point de vue de la hiérarchie judiciaire : la Cour a bien le dernier mot, mais elle n'est pas infaillible.

¹²¹ La loi en cause dans l'affaire *Felton* prédatait l'interprétation de la Constitution retenue *Aguilar v. Felton*, 473 U.S. 402 (1985). Il ne s'agit donc pas d'une loi adoptée dans une forme de « défi » à la Cour. La règle 60(b)(5) mentionne en effet « l'équité » : on peut penser qu'une loi adoptée dans une forme de « défi » à une instance comme la Cour suprême ne l'est pas de « bonne foi » et qu'ainsi l'*equity* ne commande pas qu'il soit mis fin à un jugement l'invalidant. On peut s'appuyer ici sur la maxime des « mains propres » : celui qui fait appel à l'équité doit avoir les « mains propres » (« *one who comes into equity must come with clean hands* »). C'est ce que retient le tribunal fédéral pour Guam dans une décision du 3 mars 2023 : peu importe le changement de jurisprudence, le tribunal s'accorde avec défenseurs du droit à l'avortement que « la loi était une nullité le jour de son adoption et ne peut donc avoir aucun effet aujourd'hui ». *Guam Society of Obstetricians and Gynecologists v. Guerrero*, District of Guam, affaire No 90-00013 (2023) [décision non publiée].

Conclusion : un nouveau visage pour le « modèle américain » ?

Le contentieux de la hiérarchie des normes aux États-Unis correspond assez peu à l'image anarchique qui pourrait être laissée par l'idée que tout juge peut écarter une loi qu'il déterminerait inconstitutionnelle. Cette affirmation est trop abstraite pour correspondre à la réalité contentieuse : elle ignore la séparation institutionnelle entre juridictions des États et juridictions fédérales et elle ignore l'existence de voies de droit qui permettent d'obtenir des décisions dont l'effet est *erga omnes*. Si ce contentieux est anarchique, c'est semble-t-il avant tout en raison du faible goût des juges et de la doctrine juridique américaine pour les constructions systématiques, qui privilégient toujours une approche par les « clauses » de la Constitution et les jurisprudences afférentes.

Certains traits ont cependant été dégagés. Le contrôle de la hiérarchie des normes vis-à-vis du droit fédéral est un contentieux relativement spécial (puisqu'il se déroule principalement devant les tribunaux fédéraux), mais, au sein du contentieux fédéral, il s'agit d'un contentieux qui s'est fondu dans les formes ordinaires de procédure. L'absence même de catégorie pour le viser autre que purement fonctionnelle (« *pre-enforcement challenge* ») le signale, comme le fait que les différents « degrés » des normes de référence n'ont pas d'importance¹²². La voie de l'injonction pour assurer le respect de la hiérarchie des normes en est un exemple : la jurisprudence s'est coulée dans la voie de l'équité pour assurer une fonction qui l'était auparavant par certains *writs* particuliers. Les péripéties jurisprudentielles ont maintenu un équilibre entre la puissance des pouvoirs en équité et les contraintes du fédéralisme (*Younger*, XI^e amendement)¹²³.

Le « modèle » américain du contentieux de la hiérarchie des normes apparaît bien comme dominé par son caractère « ordinaire » pour peu qu'on reconnaisse que tous les instruments y existent pour obtenir des effets de droit qui ne s'obtiennent dans d'autres systèmes juridiques par le recours à des procédures contentieuses « exorbitantes ». On perçoit cependant que ces voies spécifiques sont soumises à des justifications très élevées et qu'elles peuvent être remises en cause¹²⁴, tant en raison du fédéralisme que de l'idéologie qui limite l'office du juge à celui d'« arbitre entre les parties ». En raison de son caractère hétérogène, historiquement construit

¹²² Comme l'expression « *pre-enforcement challenge* ».

¹²³ Voir parfois de l'originalisme lorsque la Cour affirme que les pouvoirs d'équité des juridictions fédérales ne sauraient dépasser celles de la *Court of Chancery* anglaise de 1789.

¹²⁴ Parfois en fonction de la nature des droits sous-jacents à la dispute, comme cela semble être les cas pour les affaires impliquant l'avortement.

et doctrinalement peu systématisé, l'étude du contentieux américain du contrôle de la hiérarchie des normes est difficile. Notre analyse ne saurait ici qu'être provisoire tant des résultats définitifs exigeraient une étude plus exhaustive pour en tirer toutes les conséquences tant en droit comparé qu'en théorie du droit.