

# L'arrêt *Obergefell v. Hodges* et la consécration des unions homosexuelles à travers tous les Etats-Unis par le juge constitutionnel

Mémoire réalisé par  
**Ludovic PIERRE**

Promoteur  
**Alain WIJFFELS**

Année académique 2016-2017  
**Master en droit**



## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

« *Penser, c'est comparer.* »

André Malraux, *Antimémoires*

« *Il n'y avait pas d'anormaux quand l'homosexualité était la norme.* »

Marcel Proust, *Sodome et Gomorrhe*

## Table des matières

Introduction.....	7
Première partie : Analyse de la décision de la majorité.....	9
Chapitre I : Evolution historique de la jurisprudence.....	9
Section 1 : Jurisprudence de la Cour suprême avant <i>Obergefell</i> .....	9
Section 2 : Jurisprudence des cours constitutionnelles de certains Etats américains .....	14
Chapitre II : La clause de procédure régulière .....	15
Section 2 : Accent mis sur la dignité et l'autonomie .....	17
Section 3 : Caractère fondamental du droit au mariage .....	19
Chapitre III : La clause d'égalité de protection .....	24
Section 1 : Analyse en matière d'égalité de protection et conclusion de l'opinion de la majorité.....	24
Section 2 : Aperçu général des critiques adressées à l'analyse d'égalité de protection .....	25
Section 3 : Une opportunité manquée en matière de contrôle applicable ?.....	27
Section 4 : Message normatif porté par <i>Obergefell</i> .....	31
Deuxième Partie : Portée de l'arrêt au-delà de la question du mariage homosexuel .....	33
Chapitre I : Remise en cause de l'arrêt <i>Glucksberg</i> .....	33
Section 1 : La méthode <i>Glucksberg</i> .....	33
Section 2 : Prises de distance avec la tradition avant et après <i>Glucksberg</i> .....	37
Section 3 : <i>Obergefell</i> , profonde remise en cause de la tradition.....	39
Chapitre II : Les oubliés d' <i>Obergefell</i> .....	42
Section 1 : Convictions des partisans du mariage traditionnel .....	42
Section 2 : Protection des couples non mariés .....	43
Troisième partie : Oppositions rencontrées par l'arrêt.....	47
Chapitre I : Respect de la démocratie .....	47
Section 1 : La théorie constitutionnelle délibérative .....	48
Section 2 : Protection des droits individuels contre les vues de la majorité du moment.....	49
Section 3 : Critiques en matière de respect de la démocratie émises par le juge Roberts.....	52
Section 4 : Critiques en matière de respect de la démocratie émises par le juge Scalia .....	54
Section 5 : Commentaires sur les critiques émises par les juges dissidents en matière de respect de la démocratie.....	59
Chapitre II : Opinions dissidentes des juges Roberts et Thomas .....	60
Section 1 : Opinion dissidente du juge Roberts .....	60
Section 2 : Opinion dissidente du juge Thomas .....	66

Conclusion .....	68
Bibliographie.....	72

## Introduction

Le présent mémoire consiste en une étude juridique de l'arrêt *Obergefell v. Hodges* rendu par la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique le 26 juin 2015<sup>1</sup>.

Ce célèbre arrêt fait suite aux poursuites engagées par un certain nombre de couples homosexuels<sup>2</sup> à l'encontre des législations de quatre Etats américains<sup>3</sup> qui refusaient de célébrer des mariages homosexuels et parfois même de reconnaître dans leur ordre juridique des mariages homosexuels célébrés dans d'autres Etats américains qui les autorisaient<sup>4</sup>. Toutes les cours de district fédérales amenées à se prononcer en première instance sur les litiges en question avaient penché en faveur des plaignants<sup>5</sup> et les cours d'appel fédérales avaient d'abord toutes confirmé ces décisions<sup>6</sup>. Le consensus qui semblait s'installer au sein des juridictions fédérales a été rompu quand la cour d'appel du sixième circuit a au contraire considéré que les législations attaquées étaient conformes à la Constitution<sup>7</sup>. La Cour suprême, qui avait jusqu'alors refusé de se prononcer sur les décisions de cours inférieures en la matière<sup>8</sup>, s'y est vue cette fois obligée car la décision de la cour du sixième circuit avait provoqué un « circuit split »<sup>9</sup>.

Dans *Obergefell*, une majorité de cinq juges (sur un total de neuf) considère que tous les Etats des Etats-Unis sont tenus, à la fois en vertu de la clause de procédure régulière (« due process clause ») et de la clause d'égal protection (« equal protection clause ») du 14<sup>ème</sup> Amendement de la Constitution américaine<sup>10</sup>, d'accorder l'accès au mariage aux couples de même sexe et de reconnaître les mariages homosexuels célébrés dans un autre Etat américain. L'opinion de la majorité est rédigée par le juge Anthony Kennedy, rejoint par les juges progressistes (démocrates) Stephen Breyer, Elena Kagan, Ruth Bader Ginsburg et Sonia Sotomayor. Les quatre autres juges de la Cour ont chacun rédigé une opinion dissidente. Il s'agit des juges John Roberts, Antonin Scalia, Clarence Thomas et Samuel Alito.

<sup>1</sup> *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>2</sup> Plus précisément : quatorze couples homosexuels et deux personnes homosexuelles dont le conjoint est décédé.

<sup>3</sup> Le Michigan, l'Ohio, le Kentucky et le Tennessee.

<sup>4</sup> *Obergefell v. Hodges*, 2-576 (2015).

<sup>5</sup> Voy. e.g. *Obergefell v. Wymyslo*, 962 F.Supp.2d 968 (S.D. Ohio 2013).

<sup>6</sup> Voy. e.g. *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648 (7<sup>th</sup> Cir. 2014) ou *Latta v. Otter*, 771 F.3d 456 (9<sup>th</sup> Cir. 2014).

<sup>7</sup> *DeBoer v. Snyder*, 722 F.3d 388 (6<sup>th</sup> Cir. 2014).

<sup>8</sup> Voy. e.g. *Herbert v. Kitchen*, 135 S. Ct. 265 (2014).

<sup>9</sup> *I.e.* une situation dans laquelle différentes cours de circuit fédérales donnent des réponses en sens contraires à une même question juridique.

<sup>10</sup> U.S. CONST. amend. XIV (1): « (...) *No State shall (...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ».

Notre mémoire est articulé en trois parties. La première décrit et analyse la décision de la majorité. Dans la seconde, nous cherchons à évaluer la portée de l'arrêt au-delà de la question du mariage homosexuel, notamment son impact potentiel sur la reconnaissance des couples non mariés et la prise de distance effectuée par la majorité par rapport à l'arrêt *Washington v. Glucksberg*, qui mettait l'accent sur l'importance de l'histoire et de la tradition. La troisième partie aborde, entre autres grâce à l'étude des opinions dissidentes, les critiques émises à l'encontre de la décision de la majorité, notamment de son caractère prétendument non démocratique.

S'il n'est pas le premier arrêt de la Cour favorable aux personnes homosexuelles, *Obergefell* est considéré comme une décision particulièrement importante en la matière et a fait l'objet d'un retentissement considérable. Les juges de la Cour n'étaient pas les seuls à être divisés sur la question : la société américaine dans son ensemble l'était également. Certaines prises de position émises dans la foulée de l'élection du Président Trump semblent montrer que ces divisions sont loin d'avoir été intégralement surmontées.

Au-delà de la question de savoir s'il est souhaitable ou non de légaliser les mariages entre personnes de même sexe, le cas américain attire particulièrement l'attention parce que c'est le pouvoir judiciaire qui a tranché, là où nombre d'Etats (comme les Pays-Bas et la Belgique) ont vu la légalisation du mariage homosexuel se faire par le truchement d'une loi adoptée par la majorité des représentants du peuple. Voici la raison pour laquelle nous avons choisi cette thématique comme sujet de notre mémoire, et le fil conducteur qui nous a guidé au cours de sa rédaction : dans quelle mesure la question de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe constitue-t-elle un choix politique exprimé par ou au nom de la majorité d'une société donnée ? Dans quelle mesure est-elle au contraire requise au nom du respect des droits fondamentaux, auquel cas, faute d'intervention du pouvoir politique, et même à l'encontre de la volonté de la majorité, il pourrait revenir au juge constitutionnel d'ordonner cette ouverture ?

Notre objectif n'a pas été de donner une réponse définitive à ces questions difficiles. Nous espérons par contre que le présent travail, à travers l'étude du cas des Etats-Unis, pourra apporter certains éclaircissements sur la manière dont elles peuvent être abordées. Au fil de nos recherches, nous avons essayé de faire preuve d'esprit critique envers les différentes prises de positions étudiées. Certains commentaires portent dès lors inévitablement la trace de nos positions personnelles.

## Première partie : Analyse de la décision de la majorité

En vue d'introduire la décision de la majorité, nous nous penchons d'abord brièvement sur l'évolution historique qu'a connue la jurisprudence américaine en matière de reconnaissance des couples homosexuels, notamment dans les arrêts de la Cour suprême (Chapitre I). Ensuite, nous abordons le raisonnement suivi par la majorité dans *Obergefell* en matière de procédure régulière et le caractère fondamental du droit au mariage (Chapitre II). Enfin, nous nous intéressons au raisonnement de la majorité en matière d'égalité de protection (Chapitre III).

### Chapitre I : Evolution historique de la jurisprudence

Avant d'entamer l'analyse de l'arrêt *Obergefell* en tant que tel, nous abordons d'abord l'évolution qu'a connue la jurisprudence de la Cour suprême au sujet des relations entre personnes de même sexe (Section 1). Nous nous penchons ensuite brièvement sur les décisions rendues par les cours constitutionnelles de certains Etats américains en matière de mariage homosexuel (Section 2).

#### Section 1 : Jurisprudence de la Cour suprême avant *Obergefell*

*Obergefell* constitue le quatrième « leading case » d'une série d'arrêts particulièrement importants en matière de droits des personnes homosexuelles, les trois autres étant les arrêts *Romer v. Evans*<sup>11</sup>, *Lawrence v. Texas*<sup>12</sup> et *United States v. Windsor*<sup>13</sup>. Pour chacun d'entre eux, l'opinion de la majorité a été rédigée par le juge Anthony Kennedy.

Les trois premiers de ces arrêts étaient déjà remarquables en ce qu'ils rejetaient les arguments les plus intolérants envers les couples homosexuels, comme le fait que leurs relations seraient immorales ou contre-nature. Une telle approche avait dès lors déjà privé les opposants au mariage homosexuel d'une partie de leurs arguments<sup>14</sup>. Il était par exemple déjà entendu qu'un argumentaire fondé sur le caractère prétendument contre-nature de l'homosexualité ne serait pas favorablement accueilli par la Cour.

---

<sup>11</sup> *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

<sup>12</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

<sup>13</sup> *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

<sup>14</sup> N. GOETING, « More than Just the Last Gay Marriage Case », *National Lawyers Guild Review*, 2015, p. 56.

On peut estimer qu'avec *Obergefell* la jurisprudence atteint un point culminant en matière de droits des homosexuels et que le respect et l'ouverture dont la Cour fait preuve dans cet arrêt vont influencer non seulement le droit américain de la famille mais peut-être aussi la manière dont les Américains perçoivent les homosexuels<sup>15</sup>.

Nous verrons plus loin que cette approche ouverte et respectueuse peut s'expliquer par le fait que la Cour revient de très loin et cherche à faire oublier des arrêts particulièrement conservateurs rendus dans les années 1970-1980 (qui marquent le début du mouvement en faveur des droits des personnes homosexuelles).

Ainsi, dans l'arrêt *Baker v. Nelson*<sup>16</sup> de 1972, la Cour avait confirmé un arrêt de la cour suprême du Minnesota validant l'exclusion des couples homosexuels de l'institution du mariage<sup>17</sup>. C'est cet arrêt qui est invalidé par *Obergefell*.

Dans l'arrêt *Bowers v. Hardwick* de 1986, la Cour avait refusé d'invalider des législations de certains Etats américains condamnant pénalement les pratiques homosexuelles, même lorsqu'elles avaient lieu entre adultes consentants à leur domicile privé<sup>18</sup>. Ne voyant pas de problème à ce que soit sanctionné au pénal un des actes les plus intimes qui soit (l'acte sexuel) pratiqué dans l'un des lieux les plus intimes possibles (le domicile), la Cour avait alors considéré que reconnaître aux homosexuels un droit fondamental qui les protégerait contre de telles législations relevait au mieux de la plaisanterie<sup>19</sup> et serait contraire à des millénaires d'enseignement moral<sup>20</sup>.

Les juges de l'époque percevaient semble-t-il les relations entre hommes non pas comme du sexe librement consenti mais comme un acte répréhensible, quelque peu repoussant voire criminel<sup>21</sup>. Outre le fait qu'une telle vision des choses ait longtemps perduré en Occident, on peut penser que le contexte social des années 1980, marqué par les terribles années SIDA (maladie alors considéré comme le « cancer gay »), a également eu une certaine influence sur la décision des juges dans *Bowers*<sup>22</sup>.

Par la suite, à partir de l'arrêt *Romer v. Evans* de 1996, la Cour va adopter une toute autre approche, centrée sur la dignité des personnes homosexuelles et le refus de les stigmatiser.

---

<sup>15</sup> E. COOPER, « The Power of Dignity », *Fordham Law Review*, 2015, p. 5.

<sup>16</sup> *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).

<sup>17</sup> *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971).

<sup>18</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>19</sup> *Bowers*, 194.

<sup>20</sup> *Bowers*, opinion concurrente du juge Burger, 197: « to hold that the act of homosexual sodomy is somehow protected as a fundamental right would be to cast aside millennia of moral teaching ».

<sup>21</sup> Z. KRAMER, « Before and After *Obergefell* », *UMKC Law Review*, 2016, p. 799.

<sup>22</sup> *Ibid.*

Dans *Romer*, elle invalide une modification de la constitution de l'Etat du Colorado prohibant l'adoption, au niveau de cet Etat, de législation anti-discrimination en faveur des homosexuels, alors que cet amendement constitutionnel avait été approuvé par la population de l'Etat en question. La Cour considère alors qu'elle se trouve face à un projet motivé par une animosité particulière (« animus ») envers un groupe social déterminé<sup>23</sup> et affirme que le simple désir de porter préjudice à un groupe social impopulaire ne peut être retenu comme un objectif légitime de l'Etat<sup>24</sup>.

Dans le célèbre arrêt *Lawrence v. Texas* de 2003, la Cour infirme *Bowers* et condamne les législations pénalisant les pratiques homosexuelles. C'est la première fois qu'elle reconnaît explicitement que les personnes concernées ont été stigmatisées par ces législations<sup>25</sup> et qu'elles ont droit à être traitées avec dignité par la loi<sup>26</sup>. Le raisonnement suivi dans *Lawrence* repose essentiellement sur la clause de procédure régulière, dont la notion de liberté est entendue comme impliquant non seulement une liberté d'aller et venir mais aussi un certain nombre d'autres libertés (en l'espèce, le droit à l'intimité des relations sexuelles)<sup>27</sup>.

En 2013, dans *Hollingsworth v. Perry*, la Cour considère comme irrecevable le recours introduit par les auteurs de la célèbre Proposition 8, relative à la légalisation du mariage homosexuel en Californie<sup>28</sup>. Cet arrêt mérite une rapide mise en contexte.

Certains citoyens californiens avaient initialement introduit une proposition de réforme législative visant à réserver le mariage aux couples hétérosexuels, mais cette réforme avait été invalidée par la cour suprême de l'Etat de Californie<sup>29</sup>. Cette décision amena les citoyens déboutés à introduire la Proposition 8, qui visait à inscrire la définition traditionnelle du mariage dans la constitution californienne elle-même.

La cour suprême californienne s'est alors inclinée<sup>30</sup>, mais la Proposition 8 a ensuite été attaquée devant les juridictions fédérales. Celles-ci ont considéré que les auteurs de cette proposition avaient le droit de la défendre eux-mêmes en justice (dès lors que l'administration de l'Etat leur refusait son soutien) mais l'ont invalidée sur le fond<sup>31</sup>.

---

<sup>23</sup> *Romer v. Evans*, 632.

<sup>24</sup> *Romer v. Evans*, 634-635.

<sup>25</sup> *Lawrence*, 575.

<sup>26</sup> *Lawrence*, 558.

<sup>27</sup> E. COOPER, *op. cit.*, p. 9.

<sup>28</sup> *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).

<sup>29</sup> *In Re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008).

<sup>30</sup> *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009).

<sup>31</sup> En première instance, *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1004 (ND Cal. 2010) et en appel, *Perry v. Brown*, 671 F. 3d 1052 (9<sup>th</sup> Cir. 2012).

Les citoyens à l'origine de la proposition se sont finalement rendus devant la Cour suprême fédérale. Nous venons de voir qu'elle a considéré qu'ils n'avaient pas d'intérêt direct à défendre leur proposition et que leur recours était dès lors irrecevable (« lack of standing »).

En 2013 toujours, dans *United States v. Windsor*, la Cour a invalidé la Section III du « Defense of Marriage Act » (DOMA), législation fédérale instaurée par l'administration du Président G.W. Bush. Cette législation refusait aux couples homosexuels mariés (dans un Etat autorisant le mariage homosexuel) l'accès aux bénéfices octroyés aux couples mariés par le droit fédéral américain.

Dans *Windsor*, la Cour revient sur le concept central de dignité<sup>32</sup> et considère que la législation attaquée a pour objet et effet de porter préjudice aux couples homosexuels<sup>33</sup>, ce qui constitue une violation de leur droit à la liberté garanti par la clause de procédure régulière du 5<sup>ème</sup> Amendement<sup>34 35</sup>. Il importe de souligner que la Cour a jugé que la législation fédérale en cause n'avait pas d'objectif légitime<sup>36</sup>, alors qu'elle avait précédemment considéré comme légitime la volonté de protéger la famille traditionnelle<sup>37</sup>.

Un des arguments sur lesquels la Cour fonde sa décision dans *Windsor* est la compétence de principe des Etats en matière de droit de la famille, compétence pour laquelle la collectivité fédérale se doit dès lors de faire preuve de respect<sup>38</sup>. Cette approche respectueuse de la compétence des Etats fédérés est rappelée par le juge Scalia dans son opinion dissidente à *Obergefell*<sup>39</sup>, où cette fois la Cour se montre beaucoup moins préoccupée de respecter cette compétence de principe des Etats.

L'originalité de l'arrêt *Windsor* repose sur le lien que la Cour établit entre le droit au mariage, reconnu comme fondamental depuis longtemps par sa jurisprudence, et le droit à l'intimité des relations sexuelles (que l'on sait également reconnu aux homosexuels depuis *Lawrence*), à ce moment-là non pas en vue de reconnaître un droit fondamental au mariage aux couples homosexuels mais bien d'obliger les autorités fédérales à respecter les Etats qui ont fait le

---

<sup>32</sup> *Windsor*, 18-570: « the State's decision to give this class of persons the right to marry conferred upon them a dignity and status of immense import ».

<sup>33</sup> *Windsor*, 20-570.

<sup>34</sup> *Windsor*, 21-570.

<sup>35</sup> U.S. CONST. amend. V. Le 5<sup>ème</sup> Amendement comprend une clause de procédure régulière (« due process ») et une clause d'égalité de protection (« equal protection ») applicables aux autorités fédérales (pour la clause d'égalité de protection, implicite, voy. *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)). Le 14<sup>ème</sup> Amendement, sur lequel repose *Obergefell*, prévoit l'application de ces mêmes clauses aux autorités des différents Etats.

<sup>36</sup> *Windsor*, 21-570.

<sup>37</sup> Voy. e.g. *Labine v. Vincent*, 401 U.S. 532, 536 (1971).

<sup>38</sup> *Windsor*, 16 et 17-570.

<sup>39</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 3-576.

choix de légaliser un tel mariage<sup>40</sup>. Ceci nous permet de voir les liens qui existent entre ces trois arrêts fondamentaux pour les droits des personnes gays et lesbiennes que sont *Lawrence*, *Windsor* et *Obergefell*.

Elément remarquable, les arrêts *Perry* et *Windsor* ont été rendus le même jour. Ce 26 juin 2013, la Cour suprême a donc interdit la non-reconnaissance par les autorités fédérales des mariages homosexuels, tout en reportant à plus tard la question de la prohibition par certains Etats des mariages de ce type.

Alors que *Windsor* est immédiatement perçu comme une victoire par les militants de la cause homosexuelle, les réactions à l'arrêt *Perry* sont plus mitigées. Même si le refus de reconnaître un *locus standi* aux opposants au mariage homosexuel revient à consacrer la reconnaissance de celui-ci en Californie et que la majorité semble donc plutôt favorable à de telles unions, on voit qu'elle ne souhaite pas se prononcer tout de suite sur la question, considérant que la société américaine n'est pas encore prête<sup>41</sup>.

La majorité dans *Perry* est inhabituelle : on y retrouve les juges Ginsburg, Breyer et Kagan de l'aile libérale, en compagnie des conservateurs Roberts et Scalia. Ce serait d'ailleurs Ruth Bader Ginsburg qui aurait convaincu ses deux collègues libéraux d'éviter de se prononcer trop tôt sur une thématique sociétale aussi importante<sup>42</sup>. Néanmoins, nous pouvons constater que cette retenue n'a pas duré longtemps : deux ans plus tard jour pour jour, la Cour tranche la question en faveur des couples de même sexe.

Nous pouvons toutefois penser que ce n'est pas parce que la Cour estime que la société américaine a fondamentalement changé en deux ans qu'elle se prononce sur la question, mais à cause des décisions contradictoires rendues par des cours de circuit fédérales (« circuit split ») qui l'ont obligée à trancher la question<sup>43</sup> (voy. *supra*). La Cour a en réalité systématiquement refusé de se prononcer sur cette question<sup>44</sup> jusqu'à ce qu'elle se trouve en quelque sorte acculée à devoir le faire.

*Windsor* et *Perry* sont à lire au regard l'un de l'autre. D'aucuns affirment même que si le juge Kennedy n'a pas fait preuve d'une grande précision juridique dans la rédaction de l'arrêt *Windsor*, ce n'est que pour voir les cours fédérales se diviser ensuite sur la possibilité

---

<sup>40</sup> R. KAHN, « The Right to Same-Sex Marriage: Formalism, Realism, and Social Change in *Lawrence* (2003), *Windsor* (2013), and *Obergefell* (2015) », *Maryland Law Review*, 2015, p. 291.

<sup>41</sup> T. WATTS, « From *Windsor* to *Obergefell*: The Struggle for Marriage Equality Continued », *Harvard Law and Policy Review*, 2015, p. S56.

<sup>42</sup> M. KLARMAN, « *Windsor* and *Brown*: Marriage Equality and Racial Equality », *Harvard Law Review*, 2013, pp. 146-148.

<sup>43</sup> T. WATTS, *op. cit.*, pp. S65-S71.

<sup>44</sup> Voy. e.g. *Herbert v. Kitchen*.

d'étendre le raisonnement de cet arrêt à la prohibition par certains Etats du mariage homosexuel et d'en arriver ainsi à un « circuit split » qui porterait à nouveau la question devant la Cour, de sorte que celle-ci soit obligée de trancher<sup>45</sup>.

## Section 2 : Jurisprudence des cours constitutionnelles de certains Etats américains

Avant *Obergefell*, les cours constitutionnelles de certains Etats américains avaient déjà considéré la prohibition du mariage homosexuel comme illégale.

La première à le faire a été la cour suprême d'Hawaï dans l'arrêt *Baehr v. Lewin* en 1993<sup>46</sup>. Cette cour dut toutefois revoir sa copie quelques années plus tard suite à une modification de la constitution de l'Etat d'Hawaï, modification réservant expressément le mariage aux couples hétérosexuels<sup>47</sup>. C'est l'arrêt *Baehr v. Lewin* et les débats profonds qu'il a provoqués au sein de la société américaine qui ont mené à l'adoption, au niveau fédéral, du Defense of Marriage Act (DOMA) en 1996<sup>48</sup>, qui a été, nous l'avons vu, en partie invalidé par l'arrêt *Windsor*.

Le premier Etat américain à légaliser le mariage homosexuel a été le Massachussetts en 2003, suite à une décision émanant du pouvoir judiciaire : l'arrêt *Goodridge* de la cour suprême de cet Etat<sup>49</sup>. Cet arrêt a été suivi par d'autres évolutions favorables (que nous n'abordons pas ici par souci de concision) mais il a aussi mené à l'adoption d'une série de législations tendant à préserver la définition traditionnelle du mariage dans d'autres Etats plus conservateurs<sup>50</sup>, parfois après consultation de la population.

Il est toutefois important de souligner à ce stade que le premier Etat américain à légaliser les mariages entre personnes de même sexe l'a fait suite à une décision rendue par une cour suprême au terme d'un raisonnement de droit constitutionnel. Nous pouvons aussi déjà remarquer que les Américains étaient divisés sur la question, avec des divergences remarquables d'un Etat à l'autre.

---

<sup>45</sup> T. WATTS, *op. cit.*, p. S58.

<sup>46</sup> *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993), décision prise sur base de la législation hawaïenne (Equal Rights Act).

<sup>47</sup> *Baehr v. Miike*, 1999 LEXIS 391 (Haw.).

<sup>48</sup> T. GRAHAM, « *Obergefell* and Resistance », *UMKC Law Review*, 2016, p. 715.

<sup>49</sup> *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 969 (Mass. 2003).

<sup>50</sup> T. GRAHAM, *op. cit.*, p. 716.

## Chapitre II : La clause de procédure régulière

Dans un premier temps, nous résumons l'introduction de l'opinion de la majorité (Section 1). Ensuite, nous mettons en avant le fait que la décision soit axée autour des concepts de dignité et d'autonomie (Section 2). Enfin, nous abordons le caractère fondamental du droit au mariage (Section 3).

### Section 1 : Introduction de l'opinion de la majorité

Le juge Kennedy commence son opinion par des considérations historiques, en insistant sur l'importance fondamentale du mariage pour l'humanité au cours des âges<sup>51</sup>. Il illustre ensuite l'importance de la question posée à la Cour par l'exemple de trois couples choisis parmi les personnes qui ont porté la question devant elle.

Le premier exemple concerne James Obergefell (qui donne son nom à l'arrêt) et John Arthur, qui ont vécu ensemble pendant plus de vingt ans. Arthur étant atteint d'une sclérose qui lui sera fatale, le couple décide de se rendre dans le Maryland afin de s'y marier. Ils retournent ensuite dans l'Etat d'Ohio, où ils résident. Une fois Arthur décédé, Obergefell ne peut être inscrit en tant qu'époux sur le certificat de décès d'Arthur car l'Ohio ne reconnaît pas les mariages homosexuels célébrés dans un autre Etat américain<sup>52</sup>. Ce premier exemple, le plus émouvant, semble selon nous choisi par le juge Kennedy car il illustre la profondeur des liens qui peuvent unir un couple comme celui des plaignants.

Vient ensuite le second exemple. April DeBoer et Jayne Rowse ont trois enfants ensemble, mais la loi de l'Etat du Michigan n'autorise l'adoption que par les couples hétérosexuels mariés ou par une seule personne. Adoptés par l'une d'elles, les enfants n'ont dès lors qu'une seule mère du point de vue juridique<sup>53</sup>. Ce second exemple nous semble approprié pour mettre l'accent sur la situation parfois juridiquement précaire des enfants qui vivent dans une famille homoparentale<sup>54</sup>.

Le troisième exemple choisi concerne un sergent de réserve première classe (Ijpe DeKoe) et son compagnon épousé à New-York qui, suite à leur déménagement dans l'Etat du Tennessee,

---

<sup>51</sup> *Obergefell*, 4-576.

<sup>52</sup> Sur tout ceci, voy. *Obergefell*, 4 et 5-576.

<sup>53</sup> Au sujet de cet exemple, voy. *Obergefell*, 5-576.

<sup>54</sup> Sur la situation parfois juridiquement précaire des enfants élevés par des couples homosexuels et la pertinence de l'arrêt *Obergefell* dans le cadre d'un agenda politique de défense des droits de l'enfant, voy. C. SMITH, « *Obergefell's Missed Opportunity* », *Law and Contemporary Problems*, 2016, pp. 223-236.

ne sont plus considérés comme mariés par les autorités<sup>55</sup>. Un troisième cas qui illustre la difficulté de se déplacer librement d'un Etat à l'autre quand on voit sa situation juridique s'en trouver affectée. Le juge Kennedy met au passage l'accent sur les services rendus par certaines personnes homosexuelles à la Nation américaine, le sergent DeKoe ayant été déployé en Afghanistan.

Le juge revient ensuite sur l'histoire de l'institution du mariage, faite à la fois de continuité et de changement<sup>56</sup>. Il rappelle que le mariage a longtemps été l'occasion d'arrangements entre familles pour des raisons économiques avant d'être considéré comme un contrat librement conclu entre un homme et une femme. L'institution de la « couverture », longtemps d'application, amenait autrefois à considérer le couple marié comme une seule entité juridique dominée par l'homme<sup>57</sup>, ce qui a évidemment été abandonné aujourd'hui.

Le juge Kennedy rappelle que l'histoire de l'homosexualité est elle aussi faite de changements sociaux. Longtemps condamnés moralement et même pénalement, les homosexuels ont ensuite été vus comme des malades mentaux (au cours du troisième quart du siècle précédent)<sup>58</sup>, avant que les psychiatres contemporains n'en viennent à considérer l'orientation sexuelle comme une expression immuable et normale de la sexualité humaine<sup>59</sup>.

Dans son opinion dissidente, le juge Roberts approuve la majorité quand elle affirme que l'histoire du mariage est faite de continuité et de changement mais souligne que la définition centrale du mariage en tant qu'union d'un homme et d'une femme est quant à elle restée inchangée<sup>60</sup>. C'est selon nous passer sous silence les évolutions les plus récentes en la matière, qui ont mené un grand nombre d'Etats américains et de nombreux pays dans le monde à ouvrir le mariage aux homosexuels.

La référence faite par Anthony Kennedy au caractère immuable de l'orientation sexuelle a été critiquée pour son caractère potentiellement binaire et partant simplificateur, qui risquerait d'exclure ceux dont le vécu personnel ne rentre pas forcément de manière tranchée dans l'une ou l'autre catégorie (*i.e.* hétérosexualité ou homosexualité)<sup>61</sup>. Nous considérons toutefois cette critique comme infondée à partir du moment où c'est surtout l'épithète « normal » qui nous

---

<sup>55</sup> *Obergefell*, 5 et 6-576.

<sup>56</sup> *Obergefell*, 6-576.

<sup>57</sup> *Obergefell*, 6-576.

<sup>58</sup> *Obergefell*, 7-576.

<sup>59</sup> *Obergefell*, 8-576, citant la Brief for American Psychological Association et al. as *Amici Curiae*, 7-17.

<sup>60</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 8-576.

<sup>61</sup> M. ZIEGLER, « Perceiving Orientation: Defining Sexuality after *Obergefell* », *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 2016, p. 224.

semble important : le juge insiste sur le caractère normal et donc socialement acceptable de l'homosexualité.

La référence au caractère supposé « immuable » de l'orientation sexuelle, bien qu'effectivement contestable au vu du vécu de certains individus, nous paraît surtout motivée par la volonté du juge d'insister sur le fait qu'il n'est pas possible – ni même souhaitable – de chercher à changer l'orientation sexuelle des gens, ce qui n'est pas sans pertinence au vu des expériences psychologiques ou « médicales » dont ont pu faire l'objet des personnes considérées comme déviantes jusqu'à une époque malheureusement récente<sup>62</sup>.

De plus, l'insistance sur le caractère immuable de l'orientation sexuelle, ainsi que le rappel de la longue série d'abus et de discriminations imposés aux homosexuels au cours de l'histoire sont des formules que la Cour a déjà utilisées par le passé en vue de protéger de manière particulière certaines catégories dites « suspectes » contre les discriminations dont elles peuvent être victimes, ce qui pourrait ouvrir la porte à la possibilité de soumettre plus tard les discriminations sur base de l'orientation sexuelle à un contrôle renforcé<sup>63</sup> (voy. *infra*).

## Section 2 : Accent mis sur la dignité et l'autonomie

Le juge Kennedy examine d'abord la validité des législations attaquées au regard de la clause de procédure régulière (« due process clause ») du 14<sup>ème</sup> Amendement. La notion de liberté qu'on retrouve dans cette clause comprend notamment la majorité des droits expressément reconnus par la Déclaration des droits (« Bill of Rights ») mais aussi le droit de faire librement des choix personnels qui se trouvent au cœur même de la dignité et de l'autonomie individuelles, notamment ceux qui définissent notre identité personnelle<sup>64</sup>.

Le juge expose d'abord la méthode qui guide son analyse : l'identification et la protection des droits fondamentaux font partie du devoir qui incombe aux juges de la Cour suprême d'interpréter la Constitution et elles ne peuvent être réduites à aucune formule toute faite<sup>65</sup>. Il s'agit dès lors d'identifier les intérêts individuels qui sont à ce point fondamentaux que les autorités publiques doivent être contraintes de les respecter, au terme d'une analyse rationnelle qui prend en compte la tradition et l'histoire « *sans permettre au seul passé de*

---

<sup>62</sup> Voy. e.g. P. ANCERY et C. GUILLET, « Quand l'homosexualité était une maladie », *Slate* (24 juillet 2011), disponible sur : <http://www.slate.fr/story/41351/homosexualite-maladie> (dernière consultation : 31 mars 2017).

<sup>63</sup> T. WOLFF, « The Three Voices of *Obergefell* », *Los Angeles Lawyer*, décembre 2015, p. 31.

<sup>64</sup> *Obergefell*, 10-576.

<sup>65</sup> *Obergefell*, 10-576.

*régir le présent* » (nous traduisons)<sup>66</sup>. Le juge penche ici clairement en faveur d'une interprétation évolutive du texte constitutionnel, ce sur quoi nous reviendrons.

Les passages de l'arrêt relatifs à l'autonomie individuelle et à l'importance du mariage dans la destinée d'un être humain ont suscité certaines critiques, y compris de la part de commentateurs favorables au mariage homosexuel, d'aucuns reprochant au juge Kennedy d'opter pour des envolées lyriques plutôt que pour une analyse juridique rationnelle de la question posée<sup>67</sup>.

D'autres auteurs estiment quant à eux que le juge a cherché à toucher un large public en s'exprimant en termes clairs et accessibles<sup>68</sup>. Anthony Kennedy a déjà mis en avant le caractère pédagogique de la jurisprudence de la Cour (« *by our opinions, we teach* »)<sup>69</sup>. Bien sûr, l'idée que les jugements de la Cour sont lus par les citoyens ordinaires peut sembler naïve mais ces jugements ont sans doute néanmoins une influence importante par le biais des médias et donc indirectement sur la société américaine dans son ensemble<sup>70</sup>.

Si les aspects lyriques de la décision ont souvent été reprochés au juge, il faut les appréhender en gardant à l'esprit la jurisprudence précédente de la Cour. On peut estimer que celle-ci cherche à se rattraper : nous avons vu que, dans l'arrêt *Bowers* de 1986, les juges considéraient que l'affirmation selon laquelle les relations homosexuelles pouvaient être dignes d'une protection constitutionnelle relevait au mieux de la plaisanterie. Quand on sait que Michael Hardwick avait été arrêté pour avoir eu des relations sexuelles avec un autre homme, la police de l'Etat de Géorgie ayant fait irruption dans sa chambre en pleine nuit<sup>71</sup>, sans que ça semble avoir dérangé les juges de l'époque, on réalise à quel point la Cour revient de loin.

On comprend alors peut-être mieux l'insistance du juge Kennedy sur la dignité humaine des homosexuels et des couples de même sexe dans les différents arrêts qu'il a rédigés et qui leur accordent une protection constitutionnelle. Il s'agit sans doute aussi, en plus d'exprimer des regrets au sujet du passé, d'inciter à des changements culturels futurs au sein des institutions américaines. Si l'organe judiciaire suprême des Etats-Unis insiste tellement sur le respect dû aux homosexuels, il sera plus difficile pour d'autres institutions de tenter de les discriminer,

---

<sup>66</sup> *Obergefell*, 10 et 11-576.

<sup>67</sup> A. LAMPARELLO, « Justice Kennedy's Decision in *Obergefell*: a Sad Day for the Judiciary », *HLRe: Off the Record*, 2015, p. 47.

<sup>68</sup> L. TRIBE, « Equal Dignity: Speaking its Name », *Harvard Law Review Forum*, 2015, p. 23.

<sup>69</sup> L. GUINIER, « The Supreme Court, 2007 Term – Foreword: Desmosprudence Through Dissent », *Harvard Law Review*, 2008, p. 7 (Citant une réponse du juge Kennedy à une question posée par un étudiant de Harvard).

<sup>70</sup> L. TRIBE, *op. cit.*, p. 24.

<sup>71</sup> T. WOLFF, *op. cit.*, p. 31.

les considérations sociologiques et presque poétiques de la Cour permettant en réalité de tendre vers un objectif politique : la pleine inclusion des homosexuels, pour reprendre les mots du conseiller du Président Obama en matière de droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres (LGBT), « *in the Constitution's circle of humanity* »<sup>72</sup>.

### Section 3 : Caractère fondamental du droit au mariage

Le caractère fondamental du droit au mariage est bien établi dans la jurisprudence de la Cour, notamment depuis le célèbre arrêt *Loving v. Virginia* de 1967, dans lequel elle a invalidé une législation de l'Etat de Virginie qui interdisait les mariages entre blancs et noirs<sup>73</sup>. Ce caractère fondamental du droit au mariage a été réaffirmé à plusieurs reprises, notamment dans les arrêts *Zablocki v. Redhail* (protection du droit au mariage des pères qui ont manqué à leurs obligations alimentaires envers leur enfant)<sup>74</sup> et *Turner v. Shafley* (protection du droit au mariage des personnes détenues)<sup>75</sup>.

Selon Anthony Kennedy, quatre principes et traditions font du mariage un droit fondamental. Ces principes s'appliquent selon lui de manière équivalente aux couples hétérosexuels et aux couples homosexuels<sup>76</sup>. On voit donc que le juge s'appuie sur la tradition pour établir le caractère fondamental du droit au mariage mais pas pour définir les bénéficiaires de ce droit (qui, du point de vue de la tradition, sont bien évidemment les seuls hétérosexuels).

En vertu du premier principe, le droit de faire des choix personnels en matière de mariage est inhérent au concept d'autonomie individuelle<sup>77</sup> : ces choix sont parmi les plus intimes faits par un individu, de sorte qu'il serait contradictoire de protéger le droit à la vie privée dans d'autres domaines de la vie familiale mais pas en ce qui concerne les décisions relatives à une institution sociale aussi fondamentale que le mariage<sup>78</sup>. Le juge insiste sur le fait que le mariage permet d'établir un lien durable par lequel deux êtres peuvent découvrir des libertés

---

<sup>72</sup> T. WOLFF, *op. cit.*, p. 32.

<sup>73</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Cet arrêt définit le mariage comme « *one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free man* » (*Loving*, 12).

<sup>74</sup> *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

<sup>75</sup> *Turner v. Shafley*, 782 U.S. 78 (1987).

<sup>76</sup> *Obergefell*, 12-576.

<sup>77</sup> *Obergefell*, 12-576.

<sup>78</sup> *Zablocki*, 386.

nouvelles, ce qui est vrai aussi pour les couples de même sexe<sup>79</sup>. Nous pouvons à ce stade remarquer que le juge met particulièrement l'accent sur la liberté et l'autonomie.

Suivant le second principe, le droit au mariage est fondamental car il soutient l'union entre deux êtres d'une manière à nulle autre pareille<sup>80</sup>. Le juge souligne le caractère unique du mariage, par lequel deux personnes souhaitent se définir elles-mêmes à travers leur engagement réciproque<sup>81</sup>, engagement qui suppose une intimité particulière<sup>82</sup> et qui repose sur l'espoir que les époux seront présents pour se soutenir et prendre soin l'un de l'autre<sup>83</sup>. Le droit des couples homosexuels à la protection de leur vie intime a déjà été reconnu dans l'arrêt *Lawrence* en 2003 mais selon Kennedy cet arrêt ne signifie nullement que la liberté doit s'arrêter là : « *outlaw to outcast may be a step forward but it does not achieve the full promise of liberty* »<sup>84</sup>. Autrement dit, ce caractère unique du mariage ne permet pas d'en refuser l'accès aux couples de même sexe. Au contraire, il renforce son importance et rend nécessaire de l'étendre à ces couples.

Le troisième principe concerne la protection juridique renforcée que le mariage offre aux enfants du couple: être marié donne accès à une série de droits<sup>85</sup>. Le mariage offre ainsi une structure et une reconnaissance juridiques à la relation des parents, ce qui permet aux enfants du couple de comprendre le lien particulier qui fonde leur famille et de se sentir intégrés dans la communauté<sup>86</sup>. Le juge prend note du fait que des centaines de milliers d'enfants soient aujourd'hui élevés dans des familles homoparentales aux Etats-Unis<sup>87</sup>. S'il ne considère évidemment pas que l'existence d'enfants soit nécessairement liée au mariage<sup>88</sup>, on le voit soucieux, comme il l'avait été en rédigeant *Windsor*, de la reconnaissance des enfants élevés par des homosexuels. Cela l'amène à rappeler au passage que de nombreux Etats autorisent aujourd'hui les homosexuels à adopter, ce qui illustre selon lui de la capacité de ces derniers à fonder des familles aimantes et réussies<sup>89</sup>. Si on refuse à leurs parents le droit au mariage, cela risque d'entraîner dans le chef des enfants un préjudice matériel (l'accès à certains bénéfices

---

<sup>79</sup> *Obergefell*, 13-576, citant *Windsor*, 22 et 23-570.

<sup>80</sup> *Obergefell*, 13-576.

<sup>81</sup> *Windsor*, 14-570.

<sup>82</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 486 (1965).

<sup>83</sup> *Obergefell*, 14-576.

<sup>84</sup> *Obergefell*, 14-576.

<sup>85</sup> *Obergefell*, 14-576.

<sup>86</sup> *Windsor*, 23-570.

<sup>87</sup> Brief for Gary J. Gates as *Amicus Curiae*, 4.

<sup>88</sup> D'où justement la reconnaissance comme droit fondamental de l'accès à la contraception pour les couples mariés dans *Griswold*.

<sup>89</sup> *Obergefell*, 15-576.

leur est refusé) mais aussi un préjudice symbolique, *i.e.* l'impression que l'union formée par leurs parents a moins de valeur que les autres<sup>90</sup>.

Le fait que le juge Kennedy considère les couples de même sexe comme tout autant capables que les couples hétérosexuels de fonder des familles comme les autres a été critiqué par certains commentateurs, au motif que le juge mettrait l'accent sur les similitudes entre les homosexuels et les hétérosexuels (voire voudrait les encourager à mener une vie rangée) au lieu de tenir compte des particularités propres à la communauté LGBT<sup>91</sup>. Nous sommes toutefois d'avis que de telles considérations sont motivées par une volonté louable de promouvoir l'égalité entre les homosexuels et les hétérosexuels, et que cette approche peut-être quelque peu assimilatrice était inévitable à partir du moment où l'essence même du mouvement qui a porté la question du mariage devant la Cour était d'insister sur les similitudes en vue d'accéder à cette institution.

L'accent qui est mis ici sur l'accès à des droits positifs est assez rare dans une analyse en matière de « due process »<sup>92</sup>, la jurisprudence précédente ayant surtout cherché à éviter que les autorités publiques empêchent les citoyens de prendre des décisions relevant de leur vie privée (comme celle d'avorter<sup>93</sup>) sans pour autant reconnaître des droits positifs à réclamer des bénéfices concrets de la part des autorités (comme le financement de programmes d'avortement, qui n'est pas garanti constitutionnellement<sup>94</sup>). Le juge Roberts est le premier à le rappeler, soutenant dans son opinion dissidente que la jurisprudence de la Cour a toujours refusé aux citoyens américains de transformer le bouclier que la Constitution leur offre contre les interventions abusives de l'Etat en un droit de réclamer des prestations positives de la part de celui-ci<sup>95</sup>. Ceci amène une partie de la doctrine à souligner que le mariage implique à la fois des droits positifs et des droits négatifs et à plaider pour que les premiers soient protégés par la clause d'égalité de protection et les seconds par celle de procédure régulière<sup>96</sup>, une approche

---

<sup>90</sup> *Windsor*, 23-570.

<sup>91</sup> Voy. e.g. M. ZIEGLER, *op. cit.*

<sup>92</sup> L. CARPENTER et D. COHEN, « A Decision Unlike Any Other: *Obergefell* and the Doctrine of Marital Superiority », *The Georgetown Law Journal Online*, 2015, p. 128.

<sup>93</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>94</sup> *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

<sup>95</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 18-576 : « *Our cases have consistently refused to allow litigants to convert the shield provided by constitutional liberties into a sword to demand positive entitlements from the State* ». Le juge renvoie notamment à l'arrêt *DeShaney* (*DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 196 (1989)).

<sup>96</sup> P. NICOLAS, « Fundamental Rights in a Post-*Obergefell* World », *Yale Journal of Law and Feminism*, 2016, pp. 343-352.

qui serait peut-être plus systématique et dès lors moins sujette à critiques que celle suivie par la majorité. Nous reviendrons plus loin sur la clause d'égle protection.

Contrairement au raisonnement suivi dans *Windsor* en 2013, où elle se focalisait surtout sur l'intention discriminatoire des auteurs de DOMA, la Cour insiste donc ici sur les conséquences préjudiciables des législations attaquées, sans attribuer aux auteurs de ces normes une quelconque animosité ou intolérance envers les homosexuels<sup>97</sup>, ce qui nous semble relever d'une approche diplomatique assez judicieuse.

On sait que certains opposants au mariage homosexuel ont émis des jugements sur la nature ou la valeur des relations homosexuelles (allant parfois jusqu'à affirmer que les personnes homosexuelles pouvaient constituer un danger pour les enfants)<sup>98</sup>. S'il ne s'agit pas de considérer tous les conservateurs comme des homophobes patentés, il est difficile de nier que certains sont motivés par des considérations ne portant pas uniquement sur la défense du mariage traditionnel mais aussi par des jugements de valeurs sur l'homosexualité en tant que telle<sup>99</sup>. La Cour a dès lors sans doute raison de se montrer prudente : il ne s'agit pas de mettre tout le monde dans le même sac et d'imputer par trop rapidement des intentions discriminatoires à tous les opposants à l'arrêt rendu. L'heure est plutôt à l'apaisement.

Cela n'empêche pas le juge Roberts d'affirmer dans son opinion dissidente que la majorité considère ceux qui ne partagent pas sa conception du mariage comme intolérants et qu'elle traite ces derniers de manière insultante<sup>100</sup>. Cette critique est partagée par le juge Alito : comme la Cour compare les législations attaquées à celles qui prohibaient le mariage interracial, les partisans d'une conception traditionnelle du mariage seront à l'avenir montrés du doigt pour leur intolérance supposée, ce qui revient à les marginaliser à leur tour comme pour les punir de la marginalisation subie par les homosexuels par le passé<sup>101 102</sup>. Ils pourront certes exprimer leurs positions en privé mais il leur sera plus difficile de le faire en public<sup>103</sup>.

Sur ce dernier point, nous ne pouvons peut-être pas entièrement donner tort au juge Alito, même si nous n'estimons pas forcément qu'une telle issue soit regrettable. Par contre, nous ne pouvons rejoindre le camp conservateur lorsqu'il est affirmé que la majorité traite les tenants

---

<sup>97</sup> C. BALL, « Bigotry and Same-Sex Marriage », *UMKC Law Review*, 2016, pp. 639-640.

<sup>98</sup> *Ibid.*, pp. 654 et s.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 641.

<sup>100</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 28 et 29-576. « *It is one thing for the majority to conclude that the Constitution protects a right to same-sex marriage; it is something else to portray everyone who does not share the majority "better informed understanding" as bigoted* ».

<sup>101</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Alito, 6 et 7-576.

<sup>102</sup> Dans le même sens, *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 7-576.

<sup>103</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Alito, 7-576.

d'une approche traditionnelle de manière insultante : pas une ligne de l'opinion de la majorité ne cherche à faire preuve de mépris à leur égard.

Abordons maintenant le quatrième principe qui, selon le juge Kennedy, fait du mariage un droit fondamental. Le mariage y est décrit comme un fondement de l'ordre social<sup>104</sup>.

Anthony Kennedy s'appuie sur le très ancien arrêt *Maynard v. Hill*, qui énonce que le mariage est un fondement de la société sans lequel il ne pourrait y avoir ni civilisation ni progrès<sup>105</sup>. Nous pourrions être tenté de dire que la vision que la Cour se faisait de ladite institution en 1888 était sans doute fort différente de celle qui prévaut en 2015, mais le juge Kennedy est cette fois résolu à se fonder sur l'histoire de la nation, qui a vu les Etats soutenir les couples mariés en leur accordant une série de droits particuliers (en matière de successions, de droits de propriété, de sécurité sociale, d'adoption...) <sup>106</sup>. Ici non plus, le juge ne voit pas de raison de traiter différemment les couples homosexuels : leur refuser les bénéfices susmentionnés leur cause un préjudice matériel et leur fait subir une charge que de nombreux couples hétérosexuels jugeraient intolérable<sup>107</sup>.

Nous pouvons voir qu'à ce stade du raisonnement le juge se préoccupe également de la stabilité que l'institution du mariage offre au couple mais aussi à la société : ouvrir le mariage aux homosexuels pourrait permettre de stabiliser leur vie personnelle et de les intégrer davantage dans une structure sociétale policée. A une époque il est vrai plus conservatrice, l'arrêt *Loving* faisait déjà référence à une « *orderly pursuit of happiness* » permise par le mariage<sup>108</sup>. La jurisprudence de la Cour, y compris le présent arrêt, loin de faire l'apologie des conduites licencieuses, semble parfois au contraire encourager les couples homosexuels à rentrer dans le rang.

On peut également estimer que le juge Kennedy a conscience des liens qui existent entre accès au mariage et acceptation sociale de l'homosexualité : s'il reconnaît expressément que l'évolution des mentalités permet aujourd'hui à la Cour de prendre une telle décision, il sait aussi qu'un égal accès à l'institution du mariage encouragera à son tour l'acceptation sociale des couples homosexuels<sup>109</sup>.

La majorité est donc d'avis que la prohibition du mariage homosexuel est contraire à la clause de procédure régulière. Vient ensuite la question de la clause d'égale protection.

---

<sup>104</sup> *Obergefell*, 16-576.

<sup>105</sup> *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 211 (1888).

<sup>106</sup> *Obergefell*, 17-576.

<sup>107</sup> *Obergefell*, 17-576.

<sup>108</sup> *Loving*, 12.

<sup>109</sup> S. GOLDBERG, « Reflections on *Obergefell* and the Family-Recognition Framework's Continuing Value », *UMKC Law Review*, 2016, p. 709.

### Chapitre III : La clause d'égle protection

Tout d'abord, nous résumons l'analyse de la majorité en matière d'égle protection et la conclusion à laquelle la majorité aboutit suite à l'analyse des deux clauses (Section 1). Dans un second temps, nous abordons brièvement les critiques qui ont été adressées à ce raisonnement d'égle protection de manière générale (Section 2). Ensuite, nous nous penchons plus avant sur une critique particulière émise par le camp progressiste : l'opportunité manquée de considérer les personnes homosexuelles comme une catégorie suspecte digne d'une protection constitutionnelle particulière (Section 3). Enfin, nous tempérons ces critiques en soulignant le message normatif fort mis en avant par l'arrêt (Section 4).

#### Section 1 : Analyse en matière d'égle protection et conclusion de l'opinion de la majorité

Le juge Kennedy aborde de manière plus synthétique la clause d'égle protection du 14<sup>ème</sup> Amendement, soulignant que, malgré son caractère indépendant, cette clause est interconnectée avec la clause de procédure régulière<sup>110</sup>. C'était d'ailleurs le raisonnement suivi dans *Loving*, où la Cour avait invalidé la prohibition du mariage interracial à la fois sur base de la clause de procédure régulière et sur celle d'égle protection<sup>111</sup>, deux concepts de portées différentes mais qui peuvent s'interpréter à la lumière l'un de l'autre<sup>112</sup>. Dans l'arrêt *Lawrence*, bien que s'appuyant principalement sur un raisonnement de procédure régulière, la Cour a également considéré que la pénalisation des pratiques homosexuelles violait par ailleurs les exigences d'égle protection<sup>113</sup>.

En matière d'égle protection, Anthony Kennedy rappelle que la Cour a déjà reconnu que l'évolution des mentalités et les changements sociaux pouvaient progressivement mettre à jour des injustices longtemps acceptées au sein des institutions les plus fondamentales de la société<sup>114</sup>.

Quant à l'argument des opposants au mariage homosexuel selon lequel celui-ci mettrait en danger l'institution du mariage (notamment en oblitérant le lien entre mariage et procréation),

---

<sup>110</sup> *Obergefell*, 19-576.

<sup>111</sup> *Loving*, 12.

<sup>112</sup> *Obergefell*, 20-576.

<sup>113</sup> *Lawrence*, 575.

<sup>114</sup> *Obergefell*, 20-576.

il est balayé par la majorité, selon laquelle il serait irréaliste de considérer que les couples hétérosexuels se tourneront moins vers le mariage à partir du moment où celui-ci serait ouvert aux homosexuels<sup>115</sup>. Il convient de souligner que la Cour estime que l'ouverture aux couples de même sexe, loin d'affaiblir l'institution du mariage, est même susceptible de la renforcer. En toute hypothèse, il s'agit de la décision prise par deux adultes consentants de s'unir, ce qui ne pose aucun risque pour les tiers<sup>116</sup>. Même si la Cour affirme respecter les convictions profondes des opposants au mariage homosexuel (voy. *infra*), nous pouvons remarquer qu'elle estime néanmoins que ceux-ci ne subiront aucun préjudice suite à la décision qu'elle prend, ce qui a été contesté dès lors que, même si ces opposants conservent la liberté d'exprimer leurs convictions, celles-ci ne reçoivent plus l'appui du droit<sup>117</sup>.

En résumé, c'est une lecture combinée de la clause de procédure et de la clause d'égalité de protection qui amène la majorité à dire pour droit que les couples homosexuels jouissent d'un droit fondamental au mariage, aux mêmes conditions que les couples hétérosexuels, et que les Etats ne peuvent les en priver<sup>118</sup>. L'arrêt *Baker v. Nelson* est dès lors infirmé<sup>119</sup>.

Par conséquent, le refus de reconnaître comme valables les mariages célébrés dans un autre Etat ne peut plus non plus être justifié<sup>120</sup>. Anthony Kennedy rappelle que de nombreux Etats ont déjà légalisé le mariage homosexuel, que des centaines de milliers de semblables mariages ont déjà été célébrés et que ce refus de reconnaissance est susceptible de causer un préjudice important aux couples concernés : une simple visite à de la famille dans un autre Etat pourrait ainsi se révéler préjudiciable (par exemple en cas d'hospitalisation d'un des époux, l'autre se verrait refuser le droit de visite du conjoint)<sup>121</sup>.

## Section 2 : Aperçu général des critiques adressées à l'analyse d'égalité de protection

L'approche suivie par la majorité, qui consiste à fonder l'essentiel du raisonnement sur la clause de procédure régulière et à se référer seulement à la clause d'égalité de protection en vue d'étayer l'argumentation préalablement développée, est similaire à ce que le juge Kennedy

---

<sup>115</sup> *Obergefell*, 26-576.

<sup>116</sup> *Obergefell*, 27-576.

<sup>117</sup> S. FELDMAN, « (Same) Sex, Lies, and Democracy: Tradition, Religion, and Substantive Due Process (with an Emphasis on *Obergefell v. Hodges*) », *William and Mary Bill of Rights Journal*, 2015, p. 344.

<sup>118</sup> *Obergefell*, 20 et 21-576.

<sup>119</sup> *Obergefell*, 21-576.

<sup>120</sup> *Obergefell*, 28-576.

<sup>121</sup> *Obergefell*, 28-576.

avait fait dans *Windsor* mais a été vivement critiquée<sup>122</sup>. Elle permettrait à la Cour d'éviter de se prononcer de manière développée sur les arguments des plaignants en matière d'égalité de traitement et partant sur la question de savoir si les homosexuels constituent ou non une catégorie « suspecte » digne d'une protection particulière<sup>123</sup> (voy. *infra*). Le juge Kennedy n'indique en effet pas clairement le standard de contrôle judiciaire qu'il applique<sup>124</sup>.

Plusieurs commentateurs ont dès lors exprimé leur crainte que le raisonnement de la Cour en matière de liberté et de dignité, bien que très beau du point de vue philosophique, soit peu utile en pratique, notamment en vue de lutter contre les discriminations dans d'autres domaines que le mariage<sup>125</sup>, étant donné qu'il est toujours légal dans un certains nombres d'Etats de refuser à quelqu'un un emploi ou un logement à cause de son homosexualité<sup>126</sup>.

C'est ainsi qu'après *Obergefell*, dans certains Etats n'offrant aucune protection spécifique contre la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle, un homosexuel pourrait se prévaloir de son droit fondamental au mariage mais risquerait ensuite de se faire licencier en toute légalité pour avoir de ce fait affirmé publiquement son orientation sexuelle<sup>127</sup>. Comme le souligne K. Velte, « *being able to marry on Sunday, but being lawfully fired on Monday is a far cry from formal equality* »<sup>128</sup>. Il est aujourd'hui légal de licencier un employé à cause de son orientation sexuelle dans vingt-sept Etats des Etats-Unis, où les homosexuels ne constituent pas une classe protégée<sup>129</sup>. Il n'existe pas non plus à ce jour de législation fédérale anti-discrimination incluant expressément l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle comme des catégories protégées<sup>130</sup>.

<sup>122</sup> Voy. e.g. E. SCHNURER, « Equality for All », *U.S. News* (29 juillet 2016), disponible sur: <http://www.usnews.com/opinion/blogs/eric-schnurer/2015/06/29/gay-marriagedecision-should-have-been-all-about-constitutional-equality> (dernière consultation : 14 novembre 2016).

<sup>123</sup> E. COOPER, *op. cit.*, p. 13.

<sup>124</sup> Voy. e.g. J. TURLEY, « The Trouble with the 'Dignity' of Same-Sex Marriage », *Washington Post* (2 juillet 2015), disponible sur : [https://www.washingtonpost.com/opinions/thetrouble-with-the-dignity-of-same-sex-marriage/2015/07/02/43bd8f70-1f4e-11e5-aeb9-a411a84c9d55\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/opinions/thetrouble-with-the-dignity-of-same-sex-marriage/2015/07/02/43bd8f70-1f4e-11e5-aeb9-a411a84c9d55_story.html) (dernière consultation : 15 novembre 2016).

<sup>125</sup> Voy. e.g. N. HUNTER, « The Undetermined Legacy of *Obergefell v. Hodges* », *The Nation* (29 juin 2015), disponible sur : <http://www.thenation.com/article/the-undetermined-legacy-ofobergefell-v-hodges/> (dernière consultation : 15 novembre 2016).

<sup>126</sup> C. BALL, *op. cit.*, p. 646.

<sup>127</sup> A. INFANTI, « Victims of Our Own Success: The Perils of *Obergefell* and *Windsor* », *Ohio State Law Journal*, 2015, p. 79.

<sup>128</sup> K. VELTE, « *Obergefell's Expressive Promise* », *HLRe: Off the Record*, 2015, p. 158.

<sup>129</sup> Equality Maps: Non-Discrimination Laws, *Movement Advancement Project*, disponible sur: <http://lgbtmap.org/equality-maps/non-discriminationlaws> (dernière consultation: 10 janvier 2017).

<sup>130</sup> A. CLEMENTS, « Sexual Orientation, Gender Nonconformity, and Trait-Based Discrimination: Cautionary Tales from Title VII and an Argument for Inclusion », *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, 2009, p. 186.

Les critiques émises à l'encontre du raisonnement du juge Kennedy en matière d'égalité protection n'émanent pas que du camp progressiste. De son côté, le juge Roberts estime que le raisonnement de la majorité en matière d'égalité protection est difficile à suivre et affirme que ses confrères n'ont pas fourni une seule phrase expliquant la manière dont la clause d'égalité protection pourrait confirmer de manière indépendante leur position, au-delà d'une prétendue synergie avec la clause de procédure régulière<sup>131</sup>. Sur ce point, nous ne pouvons pas tout à fait donner tort au président de la Cour, car le raisonnement de la majorité consiste essentiellement à constater une interconnexion entre les deux clauses, sans développer l'étendue de cette interconnexion supposée et sans expliquer de quelle manière la clause d'égalité protection, abordée de manière isolée, soutiendrait le droit au mariage des homosexuels.

### Section 3 : Une opportunité manquée en matière de contrôle applicable ?

Un élément important à mettre en avant pour mieux comprendre les critiques du camp progressiste résumées dans la section précédente concerne les trois types de contrôles judiciaires applicables en matière d'égalité protection.

Lorsque des autorités publiques adoptent une législation qui classe les citoyens en différentes catégories, le contrôle de constitutionnalité exercé par le pouvoir judiciaire en matière d'égalité protection peut varier d'intensité<sup>132</sup>. Il existe trois types de contrôle : le « strict scrutiny » (le plus sévère), l'« intermediate scrutiny » et le « rational basis review » (le moins contraignant). Plus la classification adoptée par les autorités publiques paraît suspecte, plus le contrôle est approfondi et plus le constat d'inconstitutionnalité est probable.

Une catégorie est considérée comme suspecte et donc soumise à un contrôle de type « strict scrutiny » si elle a été historiquement victime de discrimination, si elle constitue une minorité présentant des caractéristiques inchangées qui font d'elle un groupe distinct du reste de la société ou si elle n'est pas protégée de manière adéquate par le processus politique<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 23 et 24-576.

<sup>132</sup> Les explications qui suivent sont largement tirées de l'article suivant: R. PERRY, « *Obergefell v. Hodges: Same-Sex Marriage Legalized* », *Congressional Research Service* (7 août 2015), disponible sur: <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R44143.pdf> (dernière consultation: 29 novembre 2016).

<sup>133</sup> *Voy. Lyng v. Castillo*, 477 U.S. 635, 638 (1986) et *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938). Le second arrêt contient la note de bas de page la plus célèbre de l'histoire constitutionnelle américaine (Footnote 4): contrairement aux régulations en matière économique en cause dans l'arrêt, qui sont soumises au

Jusqu'à aujourd'hui, la Cour a généralement considéré trois catégorisations comme *a priori* suspectes: celles basées sur l'origine ethnique (notamment la discrimination entre les blancs et les noirs), celles basées sur l'origine nationale et celles qui le sont sur la qualité d'étranger<sup>134</sup>. Le contrôle de type « strict scrutiny » exige que la législation attaquée soit conçue de manière précise afin de réaliser un objectif gouvernemental impérieux (« *narrowly tailored to a compelling government interest* »<sup>135</sup>). Non seulement la mesure doit être absolument nécessaire pour réaliser un objectif impérieux, mais la charge de la preuve repose sur les autorités publiques et non sur les plaignants. Il revient dès lors aux autorités de prouver que leur objectif est impérieux et qu'elles ne peuvent l'atteindre par des moyens non discriminatoires ou moins discriminatoires<sup>136</sup>, ce qu'elles échouent souvent à faire en pratique.

Le contrôle dit « intermediate scrutiny » est moins exigeant et s'applique à des catégories dites « quasi-suspectes ». Sont principalement concernées les distinctions fondées sur le sexe et sur le caractère légitime ou illégitime des enfants<sup>137</sup>. Il s'agit ici de prouver que la mesure est substantiellement liée à un objectif gouvernemental important (« *substantially related to achieving an important government interest* »)<sup>138</sup>. Ici aussi, la charge de la preuve repose sur les autorités publiques<sup>139</sup>.

Quant au « rational basis review », il s'applique à toutes les autres catégories<sup>140</sup>. La mesure doit être raisonnablement liée avec un objectif gouvernemental légitime (« *rationality related to a legitimate government interest* »)<sup>141</sup>. L'intérêt en cause doit donc seulement être légitime et non plus important, et le lien entre l'intérêt et la mesure adoptée doit être raisonnable et non plus substantiel. C'est aux parties qui attaquent la mesure de prouver son caractère anticonstitutionnel<sup>142</sup>. La plupart du temps les cours et tribunaux se montrent assez déférents

---

« rational basis review », les minorités qui ne sont pas dûment protégées par le processus politique ont droit à un niveau de contrôle plus strict.

<sup>134</sup> *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 371-72 (1971): « (...) the Court's decisions have established that classifications based on alienage, like those based on nationality or race, are inherently suspect and subject to close judicial scrutiny ».

<sup>135</sup> Voy. e.g. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701, 720 (2007).

<sup>136</sup> Voy. e.g. *Fisher v. University of Texas at Austin*, 133 S. Ct. 2411, 2420 (2013).

<sup>137</sup> Voy. e.g. en matière de genre *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 (1982). Voy. aussi *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988) : « Between these extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy ».

<sup>138</sup> Voy. not. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 198 (1976).

<sup>139</sup> *Mississippi University for Women v. Hogan*, 718, 724.

<sup>140</sup> Voy. *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 440-442 (1985).

<sup>141</sup> *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 440.

<sup>142</sup> Voy. e.g. *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 320 (1993).

vis-à-vis des autorités publiques en la matière (vu qu'il existe une présomption – simple – de validité)<sup>143</sup>.

Notons enfin que le contrôle judiciaire renforcé de type « strict scrutiny » s'applique non seulement en matière d'égalité de protection aux catégories considérées comme suspectes, mais en matière de procédure régulière aux droits considérés comme fondamentaux, dont le droit au mariage<sup>144</sup>. Ici aussi, il s'agit dès lors pour les autorités publiques en cause d'établir qu'elles poursuivent un objectif impérieux, que la mesure adoptée est nécessaire pour l'atteindre et que des mesures moins discriminatoires ne sont pas envisageables<sup>145</sup>.

Jusqu'à ce jour, la Cour n'a jamais considéré les homosexuels comme une catégorie suspecte et ne leur applique donc pas un contrôle renforcé mais un simple contrôle de type « rational basis review »<sup>146</sup>. Un des grands enjeux de l'arrêt était la possibilité pour la Cour de considérer enfin les différences de traitement sur base de l'orientation sexuelle comme *a priori* suspectes et donc sujettes à caution, mais la Cour n'a pas opté pour cette approche. Elle ne fait d'ailleurs nulle part mention des différents types de contrôle dans le passage sur la clause d'égalité de protection, passage qui est à vrai dire pour le moins concis. Il ne ressortirait dès lors d'*Obergefell* aucune base juridique sur laquelle fonder des requêtes ne se rapportant pas au mariage<sup>147</sup>.

Cela a semblé être une opportunité manquée pour de nombreux défenseurs des droits des homosexuels, d'autant plus que les autorités fédérales soutenaient les plaignants et plaidaient en faveur d'une décision fondée sur la clause d'égalité de protection, qui aurait permis d'aborder de manière substantielle la question des classifications suspectes<sup>148</sup>. On peut néanmoins considérer que l'approche suivie par les juges était attendue à partir du moment où la pratique de la Cour consiste à éviter de formuler des principes constitutionnels de manière plus large que nécessaire pour les appliquer aux faits présentés devant elle<sup>149</sup>. A partir du moment où la question posée concernait le mariage, la Cour limite son raisonnement à celui-ci. Or il est de jurisprudence constante d'aborder le droit fondamental au mariage comme un droit garanti par

---

<sup>143</sup> *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 315 (1976).

<sup>144</sup> R. PERRY, *op. cit.*, p. 3.

<sup>145</sup> *Voy. Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330, 343 (1972).

<sup>146</sup> N. GOETING, *op. cit.*, p. 57.

<sup>147</sup> D. HERMANN, « Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: the United States Supreme Court Decision in *Obergefell v. Hodges* », *Indiana Law Review*, 2016, p. 367.

<sup>148</sup> *Obergefell*, Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners, pp. 11-13.

<sup>149</sup> « *It has long been [the Court's] considered practice not (...) to formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which it is to be applied.* », *Alabama State Federation of Labor v. McAdory*, 325 U.S. 450, 461 (1945).

la clause de procédure régulière : inutile d'élaborer en matière d'égalité de protection, même si cela serait utile au regard d'autres problématiques que le mariage.

Certains auteurs ont d'ailleurs estimé que se concentrer sur la liberté (même si celle-ci est interprétée au regard du principe d'égalité) était parfaitement pertinent. Ainsi, le Pr. Yoshino estime que si la Cour avait seulement exigé un traitement égal des couples homosexuels et hétérosexuels en matière de mariage, les Etats auraient pu faire un choix entre accorder le mariage à tous les couples ou le refuser à tous<sup>150</sup>. Le raisonnement nous semble quelque peu théorique, mais il est vrai qu'on a vu des officiers publics préférer, après *Obergefell*, refuser de célébrer le moindre mariage plutôt que de célébrer des mariages homosexuels<sup>151</sup>. Par le passé, on a aussi vu des Etats préférer fermer une école publique que de l'ouvrir à des élèves noirs<sup>152</sup>... Il est d'ailleurs fréquent de voir la Cour utiliser un raisonnement de due process pour favoriser l'égalité de traitement de groupes sociaux longtemps marginalisés (femmes, homosexuels,...)<sup>153</sup>.

En résumé, nous avons vu que le mariage était considéré depuis longtemps comme un droit fondamental et que les droits fondamentaux sont, même si la Cour n'en fait pas mention dans le présent arrêt, en principe soumis à un contrôle judiciaire renforcé. Par contre, à partir du moment où dans la partie portant sur la clause d'égalité de protection, la Cour ne considère pas l'orientation sexuelle comme un critère de classification *a priori* suspect, il peut sembler difficile pour les défenseurs des droits des personnes LGBT de s'appuyer sur *Obergefell* dans des affaires ne concernant pas le mariage.

Néanmoins, l'absence de référence aux différents types de contrôle dans le présent arrêt n'empêche pas forcément les cours fédérales de se livrer par la suite à un contrôle renforcé lorsqu'elles se trouveront confrontées à des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle. Ainsi, alors que dans *Windsor* la Cour n'avait pas pris de position expresse sur la question, certaines cours fédérales se sont tout de même appuyées sur cet arrêt pour considérer les classifications opérées sur base de l'orientation sexuelle comme *a priori* suspectes ou quasi-suspectes<sup>154</sup>. Avant *Obergefell*, les cours de circuit qui avaient invalidé la prohibition du mariage homosexuel avaient considéré que la question devait être soumise à un

<sup>150</sup> K. YOSHINO, « A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges* », *Harvard Law Review*, 2015, pp. 172-176.

<sup>151</sup> S. STOLBERG, « Kentucky Clerk Defies Court on Marriage Licenses for Gay Couples », *New York Times* (13 août 2015), disponible sur: <http://www.nytimes.com/2015/08/14/us/kentucky-rowan-county-same-sex-marriage-licenses-kim-davis.html> (dernière consultation : 1<sup>er</sup> février 2017).

<sup>152</sup> *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971).

<sup>153</sup> K. YOSHINO, « The New Equal Protection », *Harvard Law Review*, 2011, pp. 749-750.

<sup>154</sup> Voy. e.g. *Baskin v. Bogan* ou *Latta v. Otter*.

contrôle judiciaire renforcé<sup>155</sup>, jusqu'à ce que la cour du 6<sup>ème</sup> circuit avalise au contraire cette prohibition<sup>156</sup>, considérant la question comme soumise au plus bas niveau de contrôle, et provoquant le « circuit split » qui a porté l'affaire devant la Cour suprême. Nous voyons donc que ce point de controverse, expressément abordé par les cours d'appel fédérales, semble volontairement éludé par les juges de la majorité.

Certains auteurs sont par ailleurs d'avis qu'*Obergefell* aurait dû être rendu sur base de la clause d'égalité de protection (et au terme d'un contrôle judiciaire renforcé) parce qu'ils considèrent que les précédents de la Cour tendent déjà à prohiber les différences de traitement sur base du genre<sup>157</sup>. Néanmoins, nous sommes davantage porté à considérer que la jurisprudence mise en avant par ces auteurs se rapporte aux différences de traitement entre les hommes et les femmes (c'est-à-dire au sexe) et non à une théorie du genre incluant les différences d'orientation sexuelle<sup>158</sup>.

La Cour aurait pu selon d'autres s'appuyer sur les précédents interdisant aux Etats d'adopter des législations motivées par un sentiment d'animosité (« animus ») envers un groupe social particulier<sup>159</sup>, comme elle l'avait fait dans *Romer*<sup>160</sup>. Néanmoins, nous avons déjà vu que cette fois, quoi qu'en disent les juges dissidents, la majorité évite d'affirmer que les positions des partisans du mariage traditionnel sont motivées par une quelconque animosité à l'égard des personnes homosexuelles.

#### Section 4 : Message normatif porté par *Obergefell*

Malgré l'absence de considérations au sujet du caractère potentiellement suspect des classifications basées sur l'orientation sexuelle ou de l'animosité particulière qui pourrait motiver les législations en cause, nous sommes d'avis qu'*Obergefell* peut être considéré comme porteur d'un message normatif fort, susceptible d'influencer le droit et la politique en faveur de davantage de protection des personnes homosexuelles<sup>161</sup>.

<sup>155</sup> Voy. e.g. *Bostic v. Schaeffer*, 760 F.3d 352 (4<sup>th</sup> Cir. 2014) ou *Baskin v. Bogan*.

<sup>156</sup> *DeBoer v. Snyder*.

<sup>157</sup> A. LAMPARELLO, « *Obergefell v. Hodges*: How the Supreme Court Should Have Decided the Case », *ConLawNOW*, 2015, p. 31.

<sup>158</sup> Voy. e.g. *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979).

<sup>159</sup> A. LAMPARELLO, « *Obergefell v. Hodges*: How the Supreme Court (...) », *op. cit.*, p. 29.

<sup>160</sup> Voy. aussi *Loving*.

<sup>161</sup> Dans le même sens, voy. K. VELTE, *op. cit.*, p. 158.

Ce serait dès lors principalement au niveau de la fonction expressive du droit que l'arrêt se révélerait fondamental<sup>162</sup>. Quand les juges s'engagent sur ce terrain, ils ne cherchent plus seulement à appliquer des normes juridiques à la situation de certains individus mais s'expriment au sujet de thématiques sociales ou politiques importantes<sup>163</sup>. Certains voient là le rôle principal du pouvoir judiciaire<sup>164</sup>.

Il est en tout cas évident que les juridictions de rang constitutionnel sont au premier plan en la matière. Les décisions de la Cour suprême américaine, en particulier, jouissent d'un grand pouvoir d'influence car elles reçoivent un large écho au sein de la société américaine, et même du monde entier. Les arrêts de la Cour disposent d'un statut symbolique particulier pour les Américains, car elle est perçue comme s'exprimant au nom des principes fondamentaux de la Nation<sup>165</sup>.

Dans *Obergefell*, la Cour établit des liens entre les concepts de changement, de dignité et de liberté. Ce faisant, elle renvoie à la société américaine un message sur la manière dont le droit enjoint de traiter les personnes homosexuelles<sup>166</sup>. En ce qui concerne la notion de changement, nous avons vu que la Cour tenait compte des changements de mentalités dans l'interprétation du droit, la majorité adoptant une perspective qui permet de tirer des enseignements de l'histoire et de la respecter sans laisser le seul passé gouverner le présent<sup>167</sup>. En matière de dignité, la Cour livre aussi un message important : les personnes homosexuelles jouissent comme les autres d'une dignité humaine innée, qui doit être reconnue et respectée par le droit. Ces considérations peuvent constituer un outil utile pour les activistes à l'avenir, dans leur travail d'influence des acteurs politiques au sujet d'autres questions que celle du mariage<sup>168</sup>. Enfin, en matière de liberté, la Cour estime que si l'arrêt *Lawrence* reposait sur une dimension spécifique de la liberté – celle d'avoir des relations intimes sans subir d'intrusion de la part des autorités publiques – cela ne signifie pas que la promesse de la liberté soit pleinement réalisée par la dépénalisation des conduites homosexuelles<sup>169</sup>. Le juge Kennedy se fonde sur ces considérations pour ouvrir le droit au mariage aux couples de même

---

<sup>162</sup> C. SUNSTEIN, « On the Expressive Function of Law », *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, pp. 2022-2023.

<sup>163</sup> J. MAZZONE, « When Courts Speak: Social Capital and Law's Expressive Function », *Syracuse Law Review*, 1999, pp. 1039-1040.

<sup>164</sup> G. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2<sup>ème</sup> éd., Chicago, University of Chicago Press, 2008, p. 338.

<sup>165</sup> C. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 2028.

<sup>166</sup> K. VELTE, *op. cit.*, p. 162.

<sup>167</sup> *Obergefell*, 10 et 11-576.

<sup>168</sup> K. VELTE, *op. cit.*, p. 164.

<sup>169</sup> *Obergefell*, 14-576.

sexe, mais un tel raisonnement peut être repris à l'avenir au sujet d'autres problématiques où des discriminations subsistent<sup>170</sup>. La promesse de la liberté pourrait ne pas non plus être pleinement réalisée par la légalisation du mariage homosexuel.

## **Deuxième Partie : Portée de l'arrêt au-delà de la question du mariage homosexuel**

Dans cette deuxième partie, nous étudions la portée que pourrait avoir *Obergefell* sur d'autres questions que celle du mariage homosexuel. Nous nous penchons d'abord sur la remise en cause par *Obergefell* de l'arrêt *Washington v. Glucksberg* (Chapitre I). Ensuite, nous abordons la position de certaines personnes qui ont pu se sentir lésées par l'arrêt : les partisans d'une conception traditionnelle du mariage et les couples non mariés (Chapitre II).

### **Chapitre I : Remise en cause de l'arrêt *Glucksberg***

Dans ce chapitre, nous présentons d'abord l'arrêt *Glucksberg* et les fondements théoriques sur lesquels il repose (Section 1). Ensuite, nous examinons les prises de distances avec la tradition déjà présentes dans la jurisprudence de la Cour avant et après *Glucksberg* (Section 2). Enfin, nous expliquons la mesure dans laquelle *Obergefell* limite largement la portée de l'arrêt *Glucksberg*, ce qui n'a pas été sans susciter des critiques (Section 3).

#### **Section 1 : La méthode *Glucksberg***

Dans son raisonnement en matière de procédure régulière, le juge Kennedy aborde l'arrêt *Washington v. Glucksberg* de 1997, dans lequel la Cour avait énoncé la marche à suivre pour conduire un raisonnement de procédure régulière en matière de droits fondamentaux non expressément énumérés par la Constitution américaine<sup>171</sup>. Il s'agit tout d'abord d'établir une description minutieuse du droit en cause et ensuite de démontrer que ce droit est profondément ancré dans l'histoire et la tradition de la nation et implicitement compris dans le

---

<sup>170</sup> K. VELTE, *op. cit.*, p. 166.

<sup>171</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S 702 (1997).

concept de liberté ordonnée (« ordered liberty ») de sorte que ni liberté ni justice ne pourraient exister si ce droit était sacrifié<sup>172</sup>.

Il importe de souligner que les deux conditions (ancrage dans la tradition et inclusion dans la notion de liberté ordonnée) sont cumulatives. Dans *Bowers*, la Cour avait déjà utilisé ces deux expressions mais sans se prononcer clairement sur leur caractère cumulatif ou alternatif, dès lors qu'elle considérait que le droit allégué d'entretenir librement des relations homosexuelles ne rencontrait aucun des deux critères<sup>173</sup>. *Glucksberg* rend quant à lui la tradition inévitable.

Cette approche assez restrictive a été développée suite à la peur, très ancienne<sup>174</sup>, d'une partie des juges (notamment du côté conservateur) de voir la Cour s'octroyer le pouvoir de créer en fonction de son bon vouloir des droits fondamentaux non expressément énumérés par le texte constitutionnel. Certains juges, y compris de ceux qui siègent dans *Obergefell*, se sont d'ailleurs opposés à l'existence même de tout « substantive due process », *i.e.* à la reconnaissance au nom de la clause de procédure régulière de libertés concrètes (nous le verrons avec l'opinion dissidente du juge Thomas)<sup>175</sup>.

La possibilité de préserver des droits non expressément reconnus dans la Constitution est prévue dans le texte constitutionnel lui-même. Le Neuvième Amendement à la Constitution prévoit ce qui suit : « *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people* »<sup>176</sup>. La Cour en a reconnu une série : droit des parents de faire librement les choix relatifs à l'éducation de leurs enfants<sup>177</sup>, droit de procréer<sup>178</sup>, d'avoir recours à des moyens contraceptifs<sup>179</sup>, droit à l'intégrité physique<sup>180</sup>, droit à l'avortement<sup>181</sup>, à l'intimité des relations sexuelles<sup>182</sup>, droit au mariage<sup>183</sup>. Elle considère néanmoins qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation illimité pour ce faire<sup>184</sup>.

---

<sup>172</sup> *Glucksberg*, 720-721.

<sup>173</sup> K. YOSHINO, « A New Birth of Freedom? (...) », *op. cit.*, p. 152.

<sup>174</sup> Voy. *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386, 398-399 (1798) (opinion concurrente du juge Iredell).

<sup>175</sup> Voy. aussi *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 998-1002 (1992) (opinion dissidente du juge Scalia).

<sup>176</sup> U.S. CONST. amend. IX.

<sup>177</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

<sup>178</sup> *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

<sup>179</sup> Voy. *Griswold et Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

<sup>180</sup> *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

<sup>181</sup> *Roe v. Wade et Planned Parenthood*.

<sup>182</sup> *Lawrence*.

<sup>183</sup> *Loving*.

<sup>184</sup> *Collins v. City of Harker Heights*, 503 U.S., 115, 125 (1992): « (...) *guideposts in this unchartered area are scarce and open-ended* » (citant *Regents of the University of Michigan v. Ewing*, 474 U.S. 214, 226 (1985)).

Deux modèles s'affrontent en la matière : une approche libérale issue de l'opinion dissidente du juge Harlan dans l'arrêt *Poe v. Ullman*<sup>185</sup> (opinion dissidente qui a valeur de précédent depuis son adoption par la Cour dans *Planned Parenthood v. Casey*<sup>186</sup>) et une approche restrictive, suivie dans *Washington v. Glucksberg* (que nous venons de décrire). On peut estimer qu'*Obergefell* penche largement en faveur de la première<sup>187</sup>.

Dans son opinion dissidente à *Poe v. Ullman*, le juge Harlan explique que le concept de procédure régulière ne peut être réduit à aucune formule toute faite, la Cour devant mettre en balance le respect dû à la liberté individuelle et les contraintes liées à la nécessité d'une société organisée<sup>188</sup>. Ce faisant, la Cour doit énoncer les éléments de l'histoire et de la tradition sur lesquels elle se fonde et ceux dont elle se distancie. La tradition est vivante et évolutive, mais si une décision de la Cour s'en écarte radicalement elle ne s'inscrira pas dans la durée, alors que si la Cour se fonde sur des éléments qui ont survécu au passage du temps sa décision sera sans doute solide<sup>189</sup>.

Par la suite, la jurisprudence Cour va surtout se focaliser sur l'exigence liée à la tradition plutôt que sur le concept de liberté ordonnée. Même quand elle s'éloigne de la tradition, elle se justifie de manière détaillée<sup>190</sup>. Par exemple, dans *Roe v. Wade*, elle consacre dix-huit pages pour illustrer son point de vue selon lequel les législations prohibant l'avortement de manière draconienne sont assez récentes<sup>191</sup>.

Si le rapport à l'histoire et à la tradition a été systématisé dans *Glucksberg*, cet arrêt n'est évidemment pas le premier dans lequel la Cour s'appuie sur ces deux concepts<sup>192</sup>. L'approche traditionnaliste est ancienne et amène à interpréter les dispositions constitutionnelles suivant la manière dont les générations précédentes les ont comprises au cours de l'histoire (de leur entrée en vigueur jusqu'à aujourd'hui)<sup>193</sup>. Nous ne sommes dès lors jamais loin des théories originalistes mais la différence consiste tout de même dans le fait qu'un pur originaliste va se concentrer sur le sens originel d'une disposition constitutionnelle alors qu'un traditionnaliste peut s'en éloigner à partir du moment où il prend en compte la tradition dans son ensemble : il

---

<sup>185</sup> *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).

<sup>186</sup> *Planned Parenthood*, 848-49.

<sup>187</sup> K. YOSHINO, « A New Birth of Freedom? (...) », *op. cit.*, p. 149.

<sup>188</sup> *Poe v. Ullman*, 542 (opinion dissidente du juge Harlan).

<sup>189</sup> *Poe v. Ullman*, 542 (opinion dissidente du juge Harlan).

<sup>190</sup> K. YOSHINO, « A New Birth of Freedom? (...) », *op. cit.*, p. 152.

<sup>191</sup> *Roe v. Wade*, 129-147.

<sup>192</sup> Par exemple dans *Griswold*, la Cour a affirmé que l'institution du mariage était plus ancienne que la Déclaration des droits. *Griswold*, 486.

<sup>193</sup> M. MCCONNELL, « Textualism and the Dead Hand of the Past », *George Washington Law Review*, 1998, pp. 1133-1136.

accorde une grande importance au passé mais peut voir les choses d'une manière évolutive. C'est sans doute pour ça qu'on voit les juges minoritaires dans *Obergefell* considérer comme acquis d'invalider la prohibition des mariages interraciaux, ce qui était pourtant loin d'être l'évidence pour les rédacteurs des textes constitutionnels.

Un exemple typique d'approche traditionaliste est l'arrêt *Bowers*, qui comme nous l'avons vu a été invalidé par *Lawrence*. Le juge White considère dans *Bowers* que les pratiques homosexuelles peuvent être pénalement condamnées parce qu'elles étaient prohibées par les treize Etats fondateurs des Etats-Unis en 1791 au moment de l'entrée en vigueur de la Déclaration des droits (« Bill of Rights ») mais aussi que trente-deux Etats sur trente-cinq les condamnaient pénalement en 1868 au moment de l'adoption du 14<sup>ème</sup> Amendement, ce qui est toujours le cas de vingt-quatre Etats et du district de Columbia au moment où l'arrêt est rendu (1986)<sup>194</sup>. On voit bien que le juge ne se fonde pas uniquement sur ce qu'avaient à l'esprit les rédacteurs du texte au moment de son adoption mais aussi sur le rapport de la société américaine à l'homosexualité au fil du temps. Cependant, l'accent mis sur le passé l'amène *in fine* à rendre un arrêt particulièrement défavorable à la minorité homosexuelle.

Une approche rejetée à l'époque par le juge Blackmun dans son opinion dissidente à l'arrêt *Bowers*. Il cite dans celle-ci le très célèbre article d'Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, selon lequel il serait révoltant qu'une loi n'ait pas d'autre justification que son adoption à une époque lointaine, surtout lorsque les raisons qui ont mené à cette adoption ont disparu au fil du temps et que la loi en question demeure simplement par répétition aveugle du passé<sup>195</sup>. Cela revient jusqu'ici à rejeter l'originalisme plus qu'à critiquer le traditionalisme. En ce qui concerne le traditionalisme à proprement parler, le juge Blackmun considère que ni le passage du temps ni la passion avec laquelle une majorité a pu tenir à certaines convictions ne peuvent faire échapper celles-ci au contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour<sup>196</sup>.

Nous avons pu nous rendre compte dans cette section que l'accent mis sur la tradition et l'histoire est ancien dans la théorie constitutionnelle américaine. Anciennes aussi sont les critiques émises à l'encontre d'une approche trop restrictive fondée sur la tradition.

---

<sup>194</sup> *Bowers*, 192-193.

<sup>195</sup> O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, p. 469, cité dans *Bowers*, 199 (opinion dissidente du juge Blackmun).

<sup>196</sup> *Bowers*, 210 (opinion dissidente du juge Blackmun).

## Section 2 : Prises de distance avec la tradition avant et après *Glucksberg*

*Obergefell* n'est pas le premier arrêt à s'écarter de l'approche restrictive suivie dans *Glucksberg*.

Avant que ce dernier arrêt ne soit rendu, plusieurs décisions avaient pris leurs distances avec l'histoire et la tradition. Par exemple, dans l'arrêt *Planned Parenthood* (1992), la Cour réaffirme que la clause de procédure régulière protège le droit à l'avortement et soutient alors que ni la Déclaration des droits ni les pratiques suivies par les Etats au moment de l'adoption du 14<sup>ème</sup> Amendement n'ont vocation à limiter la liberté garantie par ce dernier<sup>197</sup>, ladite liberté incluant au contraire la possibilité de faire des choix personnels se trouvant au centre de la dignité et de l'autonomie individuelles<sup>198</sup>. La majorité de l'époque (dont fait partie Anthony Kennedy) décrit le texte constitutionnel comme un document formant une chaîne cohérente qui relie entre elles les générations passées, présentes et futures<sup>199</sup>.

En ce qui concerne la jurisprudence post-*Glucksberg*, l'arrêt *Lawrence* retient notamment l'attention. L'opinion de la majorité ne contient aucune référence à *Glucksberg*. La tradition d'opposition à l'homosexualité sur laquelle s'appuyait l'arrêt *Bowers* est néanmoins critiquée et revisitée au profit d'une approche autrement plus moderne. Pour la Cour de *Lawrence*, l'histoire et la tradition constituent le point de départ mais pas le point d'arrivée d'une analyse en matière de procédure régulière<sup>200</sup>. Le juge Kennedy renvoie alors à l'opinion dissidente du juge Stevens à l'arrêt *Bowers* : le fait que la majorité de la population ait traditionnellement tenu une pratique pour immorale ne suffit pas à justifier au regard de la Constitution une loi prohibant cette pratique<sup>201</sup>. Au lieu de se pencher sur l'état des mentalités en 1791 (entrée en vigueur de la déclaration des droits) ou en 1868 (adoption du 14<sup>ème</sup> Amendement), Kennedy se focalise sur l'histoire récente, celle du demi-siècle précédent, qui a vu émerger une prise de conscience croissante de l'importance pour les individus de décider librement des questions relatives à leur vie sexuelle<sup>202</sup>.

C'est déjà dans ce même arrêt qu'Anthony Kennedy affirme que les rédacteurs de la clause de procédure régulière n'avaient pas la prétention de connaître toute la dimension possible du concept de liberté (faute de quoi ils auraient rédigé des dispositions plus spécifiques), mais

---

<sup>197</sup> *Planned Parenthood*, 848.

<sup>198</sup> *Planned Parenthood*, 851.

<sup>199</sup> *Planned Parenthood*, 901.

<sup>200</sup> *Lawrence*, 572.

<sup>201</sup> *Bowers*, 216 (opinion dissidente du juge Stevens).

<sup>202</sup> *Lawrence*, 571-572.

étaient au contraire conscients que le temps présent peut nous empêcher de voir certaines vérités et que les générations futures pouvaient en prendre conscience à l'avenir, réalisant que des lois jusque-là considérées comme parfaitement valables étaient en réalité vectrices d'oppression envers certains individus<sup>203</sup>. On voit que la majorité dans *Lawrence* s'appuie sur la tradition mais sans la considérer comme déterminante et en se focalisant surtout sur les évolutions – récentes – des mentalités, qui semblent tout autant voire davantage faire partie de l'histoire nationale pertinente que les convictions des rédacteurs des dispositions constitutionnelles en cause.

Evidemment, les juges conservateurs n'étaient pas de cet avis, le juge Scalia en tête. Il affirme ainsi dans son opinion dissidente à *Lawrence* que la récente prise de conscience en faveur des homosexuels (sur laquelle s'appuie la majorité) ne fait pas du droit allégué un droit fondamental ancré dans l'histoire et la tradition américaine<sup>204</sup>. Nous ne pouvons pas vraiment donner tort à Scalia sur ce point : on voit qu'en réalité, l'approche suivie dans *Glucksberg*, bien que non mentionnée explicitement, est déjà implicitement rejetée dans *Lawrence*<sup>205</sup>. Le juge Scalia donne par ailleurs raison à Anthony Kennedy lorsque celui-ci affirme que les nouvelles générations peuvent parfois être amenées à considérer comme dépassées des lois perçues comme parfaitement justifiées par leurs ancêtres. Mais dans ce cas, il revient selon Scalia aux dites nouvelles générations d'abolir les lois anciennes pour en adopter de nouvelles, plus conformes à l'esprit du temps<sup>206</sup>. Ce n'est pas à ses yeux le rôle d'une « caste » non élue qui estime savoir mieux que le peuple quelles sont les règles à adopter<sup>207</sup>. L'argument de la légitimité démocratique revient comme une antienne : nous le retrouverons dans *Obergefell*.

Dans *Windsor*, les cinq juges qui formeront la majorité dans *Obergefell* deux ans plus tard s'appuient sur l'histoire et la tradition en ce qui concerne la répartition des compétences entre la collectivité fédérale et les Etats, la compétence de principe de ces derniers en matière de mariage obligeant la première à reconnaître les unions homosexuelles célébrées dans ceux des Etats qui les ont légalisées. La Cour ne s'appuie alors sur la tradition qu'en matière de répartition des compétences en non pas au sujet de la substance même des règles en cause. Antonin Scalia est à nouveau le premier à rappeler que considérer un quelconque droit au mariage homosexuel comme profondément ancré dans l'histoire et la tradition nationales

---

<sup>203</sup> *Lawrence*, 578-579.

<sup>204</sup> *Lawrence*, 598 (opinion dissidente du juge Scalia).

<sup>205</sup> Sur cette comparaison entre l'arrêt *Glucksberg* et la jurisprudence qui l'a précédé et suivi, voy. not. R. TURNER, « Marriage Equality and Obergefell's Generational (not Gluckberg's Traditional) Due Process Clause », *Duke Journal Gender Law and Policy*, 2016, pp. 151-153.

<sup>206</sup> *Lawrence*, 603 (opinion dissidente du juge Scalia).

<sup>207</sup> *Lawrence*, 604 (opinion dissidente du juge Scalia).

serait tout bonnement absurde<sup>208</sup>. Nous avons vu que deux ans plus tard, la majorité dans *Obergefell* se montre bien moins préoccupée de la compétence traditionnelle des Etats en matière de mariage et considère que la question concerne le droit au mariage, indubitablement ancré dans la tradition, et non pas un droit au mariage homosexuel.

Nous pouvons dès lors conclure que, avant comme après l'arrêt *Glucksberg*, la Cour a déjà adopté une approche évolutive de la Constitution (et de la clause de procédure régulière en particulier), se refusant à ce que l'histoire et la tradition la privent de toute marge de manœuvre dans la protection des droits<sup>209</sup>. Néanmoins, *Obergefell* est le premier arrêt depuis 1997 dans lequel la majorité considère que la méthode de l'arrêt *Glucksberg* était potentiellement limitée à la question de suicide assisté.

### Section 3 : *Obergefell*, profonde remise en cause de la tradition

Dans *Obergefell*, Anthony Kennedy n'aborde expressément *Glucksberg* qu'en ce qui concerne la condition de description précise du droit en cause, en estimant qu'exiger une description la plus circonstanciée possible du droit allégué a pu être approprié en matière de suicide assisté mais n'a jamais été l'approche suivie par la Cour en matière de droit au mariage. La présente affaire ne porte pas selon lui sur la question de savoir s'il existe en droit constitutionnel américain un droit au mariage homosexuel, tout comme il ne s'agissait pas dans *Loving* de savoir s'il existait un droit au mariage interracial ou dans *Turner* un droit au mariage pour les détenus<sup>210</sup>. Anthony Kennedy avait déjà adopté cette position dans l'arrêt *Planned Parenthood* en 1992 : il s'y référait déjà à *Loving* pour rappeler qu'un droit fondamental ne doit pas toujours être décrit de la manière la plus spécifique possible<sup>211</sup>.

En matière d'ancrage dans la tradition, le juge Kennedy ne fait pas explicitement référence à *Glucksberg*. Le juge définit toutefois son rapport à la tradition et à l'histoire comme évolutif et progressiste : « *si les droits étaient définis par ceux qui les ont exercés par le passé, alors les pratiques établies pourraient servir comme leur propre justification continue et de nouveaux groupes ne pourraient invoquer des droits qui leur ont été refusés par le passé* » (nous traduisons)<sup>212</sup>. Les droits fondamentaux ne sont pas uniquement issus de la tradition

<sup>208</sup> *Windsor*, opinion dissidente du juge Scalia, 17 et 18-570.

<sup>209</sup> R. TURNER, « Marriage Equality (...) », *op. cit.*, p. 157.

<sup>210</sup> *Obergefell*, 18-576.

<sup>211</sup> *Planned Parenthood*, 857 (opinion des juges O'Connor, Kennedy et Souter).

<sup>212</sup> *Obergefell*, 18-576.

mais proviennent également d'une compréhension mieux informée des exigences contemporaines de la liberté<sup>213</sup>. Nous ne pouvons que rejoindre une telle conception des droits fondamentaux : si les traditions anciennes servaient d'unique référence en la matière, comment la Cour aurait-elle pu être amenée à préserver le droit au mariage de personnes d'origines ethniques différentes<sup>214</sup> ou à considérer comme anticonstitutionnelle la ségrégation raciale dans l'enseignement public<sup>215</sup>?

L'approche suivie ici par le juge Kennedy est similaire à celle qu'il avait déjà adoptée dans *Lawrence* douze ans plus tôt. Alors que dans *Bowers* la Cour avait jugé qu'il n'existait pas de droit fondamental à s'engager dans des pratiques homosexuelles, elle formule plus largement la question dans *Lawrence* et estime qu'il existe un droit à s'engager dans des relations sexuelles avec la personne de son choix, droit dont les homosexuels ne peuvent être privés. On voit donc que déjà dans *Lawrence* la Cour n'avait pas défini le droit en question de la manière la plus spécifique possible et ne s'était pas posé la question de savoir si ce droit était profondément ancré dans l'histoire et la tradition nationales<sup>216</sup>. *Lawrence*, nous l'avons vu, ne cite d'ailleurs pas *Glucksberg* une seule fois.

Il importe de souligner qu'en plaidant en faveur d'une approche évolutive des droits fondamentaux, la Cour s'accorde un rôle central, même si elle évite de le dire explicitement. *In fine*, c'est en effet à elle qu'il revient d'évaluer la mesure dans laquelle les mentalités ont changé afin de reconnaître de nouveaux droits fondamentaux ou d'étendre les droits existants à de nouveaux bénéficiaires. Les juges dissidents n'ont pas manqué d'attirer l'attention sur cette extension du pouvoir de la Cour en matière de grandes questions de société. Contrairement à eux, nous estimons qu'il n'y a pas forcément lieu de le regretter à partir du moment où un tel pouvoir sociétal des juges permet d'assurer une protection effective des droits fondamentaux des citoyens, notamment de ceux issus d'une minorité.

Favorable à une approche originaliste<sup>217</sup>, le juge Roberts rappelle dans son opinion dissidente l'importance de l'arrêt *Glucksberg*<sup>218</sup> et affirme que si le temps présent peut nous amener à ne pas voir certaines injustices (« *time can blind* »), l'histoire et la tradition permettent de mieux

---

<sup>213</sup> *Obergefell*, 19-576.

<sup>214</sup> *Loving*.

<sup>215</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>216</sup> D. HERMANN, *op. cit.*, p. 369.

<sup>217</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 6-576.

<sup>218</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 13 et 14-576.

appréhender le présent (« *But blind yourself to history is both prideful and unwise* »)<sup>219</sup>. De son côté, le juge dissident Samuel Alito rappelle également l'importance de *Glucksberg*<sup>220</sup>.

Il y a donc lieu de se demander si la majorité invalide totalement *Glucksberg*, comme semblent l'affirmer les juges minoritaires. Selon nous, le juge Kennedy estime plutôt que le test de *Glucksberg* n'est pas pertinent pour tous les droits fondamentaux, en tout cas pas en ce qui concerne celui au mariage. Néanmoins, les développements sur l'histoire et la tradition donnent en effet à penser que la Cour d'*Obergefell* n'est pas vraiment favorable à la méthode restrictive énoncée dans *Glucksberg*.

Ce revirement jurisprudentiel a été critiqué par les conservateurs mais aussi par certains commentateurs progressistes, qui estiment qu'il n'était pas nécessaire de limiter expressément la portée de *Glucksberg* pour rendre la présente décision. Les passages au sujet de *Glucksberg* ne seraient pas forcément assez clairs et rigoureux, ce qui exposerait la décision à des critiques<sup>221</sup>. La majorité aurait pu maintenir l'analyse développée dans *Glucksberg* en se focalisant uniquement sur le fait que le droit allégué était le droit au mariage et pas un droit spécifique au mariage homosexuel, le droit au mariage étant bien ancré dans l'histoire et la tradition<sup>222</sup>. Comme nous l'avons vu, le juge Kennedy établit cette distinction mais pousse son raisonnement plus loin en ce qui concerne le rôle de la tradition dans une analyse de procédure régulière, ce qui donne à penser qu'il a profité de l'occasion pour remettre en cause une approche qu'il considérait comme un carcan gênant. De notre côté, nous considérons les critiques doctrinales ci-dessus résumées comme peu pertinentes dès lors que le choix même de se focaliser sur le droit au mariage (indubitablement fondamental) plutôt que sur un éventuel droit au mariage homosexuel impliquait de se démarquer de la condition de description précise du droit en cause posée par *Glucksberg*. Quant aux considérations théoriques sur l'histoire et la tradition, nous les considérons comme faisant partie intégrante du raisonnement de la majorité. Si elles permettent effectivement de continuer à adopter une approche libérale à l'avenir, nous estimons qu'il s'agit plutôt pour le camp progressiste de s'en féliciter.

---

<sup>219</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 22-576.

<sup>220</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Alito, 2-576.

<sup>221</sup> T. WOLFF, *op. cit.*, p. 34.

<sup>222</sup> K. YOSHINO, « A New Birth of Freedom? (...) », *op. cit.*, p. 163.

## Chapitre II : Les oubliés d'*Obergefell*

L'arrêt *Obergefell* a été critiqué pour ses éventuelles retombées négatives sur certains pans de la société américaine. Dans un premier temps, nous abordons succinctement les critiques émises par le camp conservateur au sujet de l'atteinte portée aux convictions des partisans du mariage traditionnel (Section 1). Dans un second temps, nous nous interrogeons de manière plus approfondie sur les éventuels impacts négatifs d'*Obergefell* pour les couples non mariés (Section 2).

### Section 1 : Convictions des partisans du mariage traditionnel

La question de la liberté religieuse et de la liberté de conviction des opposants au mariage homosexuel est brièvement abordée par Anthony Kennedy. Leurs convictions sont considérées comme dignes de respect mais n'ayant pas le droit d'être traduites en droit<sup>223</sup>. Plus loin, la Cour rappelle la protection offerte à la liberté religieuse des conservateurs par le Premier Amendement, protection qui permet à ceux-ci de continuer à exprimer à l'avenir, y compris publiquement, leur attachement à une conception traditionnelle du mariage<sup>224</sup>. Entre autres, les institutions à caractère religieux demeurent donc bien évidemment libres de défendre leur vision du mariage. Mais nous ne savons pas à ce stade s'il pourrait être considéré comme légal de leur part de refuser des prestations à des couples homosexuels mariés sur base de leurs convictions religieuses, par exemple lorsqu'elles sont actives dans le domaine de la santé ou de l'enseignement (ce qui est fréquent aux Etats-Unis)<sup>225</sup>.

De son côté, le juge Roberts souligne que tous les Etats ayant ouvert le mariage aux homosexuels ont par ailleurs prévu des aménagements pour protéger la liberté religieuse de certaines institutions, ce que la Cour n'est évidemment pas en mesure de faire dans un arrêt<sup>226</sup>. Il serait donc selon Roberts préférable de voir les Etats légiférer sur la question en prenant en compte les intérêts de toutes les composantes de la société plutôt que de voir la Cour imposer sa vision des choses de manière rigide<sup>227</sup>.

En sens contraire, il peut être soutenu que, si les opposants au mariage homosexuel bénéficient évidemment de la liberté d'expression et du droit à la liberté religieuse, ils doivent

---

<sup>223</sup> *Obergefell*, 19-576.

<sup>224</sup> *Obergefell*, 27-576.

<sup>225</sup> D. HERMANN, *op. cit.*, p. 381.

<sup>226</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 27 et 28-576.

<sup>227</sup> Dans le même sens : *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 16-576.

voir leur influence sur le processus démocratique réduite à partir du moment où leurs convictions les amènent à plaider en faveur de la stigmatisation d'un groupe social minoritaire<sup>228</sup>. En toute hypothèse, la Cour ne dit pas qu'il est interdit pour les Etats de prévoir dans leurs législations futures des aménagements tendant à préserver la liberté de conscience des personnes privées<sup>229</sup>. En ce qui concerne les officiers publics par contre, les reproches du camp conservateur ne peuvent tenir la route. Les fonctionnaires ne peuvent en effet exciper de leur liberté de conscience en vue de violer la Constitution telle qu'interprétée par la Cour. On imagine mal le directeur d'une école publique invoquer sa liberté de conscience pour s'opposer à la prohibition de la ségrégation raciale dans l'enseignement public, pourquoi donc un officier public pourrait-il refuser de célébrer un mariage civil homosexuel<sup>230</sup> ?

Nous sommes dès lors d'avis que la Cour ne nie pas du tout la protection constitutionnelle à laquelle ont droit les opposants au mariage homosexuel, mais refuse à juste titre de donner force de loi à des convictions qui risquent de porter atteinte aux droits fondamentaux d'une minorité longtemps persécutée au nom de la morale et de la religion.

## Section 2 : Protection des couples non mariés

L'opinion de la majorité dans *Obergefell* se termine sur une sorte d'apologie du mariage. Aucune union ne serait aussi profonde que le mariage, qui incarne « *les idéaux les plus hauts de l'amour, la fidélité, la dévotion, le sacrifice et la famille* », de sorte qu'en se mariant deux personnes deviennent « *quelque chose de plus grand que ce qu'elles étaient auparavant* » (nous traduisons)<sup>231</sup>. Ce serait mal interpréter l'intention des plaignants de leur attribuer un manque de respect envers l'institution du mariage : c'est au contraire parce qu'ils respectent le mariage qu'ils désirent y avoir accès, espérant ainsi ne pas être condamnés à vivre dans la solitude<sup>232</sup>.

Cette haute opinion que la Cour se fait du mariage a été peut-être l'aspect de la décision le plus critiqué par les auteurs progressistes, qui ont regretté l'approche conservatrice des juges

---

<sup>228</sup> S. FELDMAN, « (Same) Sex, Lies, and Democracy (...) », *op. cit.*, p. 356. L'auteur rappelle que l'esclavage a lui aussi été par le passé justifié sur base d'arguments religieux.

<sup>229</sup> L. SEIDMAN, « The Triumph of Gay Marriage and the Failure of Constitutional Law », *The Supreme Court Review*, 2015, p. 122.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>231</sup> *Obergefell*, 28-576.

<sup>232</sup> *Obergefell*, 28-576.

sur ce point : la Cour semble considérer le mariage comme supérieur aux autres formes de vie en couple, ce qui pourrait revenir à dénigrer les couples non mariés mais aussi à freiner les Etats désireux de mettre en place de nouvelles institutions juridiques en la matière ou d'étendre certains droits des couples mariés à d'autres couples<sup>233</sup>. Quand la Cour considère que le mariage permet la pleine réalisation de soi, que les enfants des familles homoparentales risquent de se sentir inférieurs aux autres si leurs parents se voient refuser l'accès au mariage ou que ce refus risque de condamner les homosexuels à la solitude, on peut en effet se demander si elle n'opère pas une confusion entre absence de mariage et solitude et ne sous-entend pas *a contrario* que les couples non mariés valent moins que les autres<sup>234</sup>. D'où le regret exprimé par certains que la Cour n'ait pas fondé son raisonnement uniquement sur une analyse d'égalité de protection entre homosexuels et hétérosexuels, ce qui aurait permis à la fois d'éviter cet aspect conservateur d'une décision largement progressiste et d'étendre le même raisonnement d'égalité de traitement à d'autres situations que le mariage (logement, emploi... voy. *supra*).<sup>235</sup>

Le passage sur la solitude dont risquent de souffrir les homosexuels si l'accès au mariage leur est refusé est particulièrement étrange, même s'il est vraisemblablement motivé par de louables intentions : il est évident que de nombreuses personnes non mariées ne sont pas seules et que l'accès au mariage ne résoudra pas à lui seul les problèmes de solitude de nombreux Américains, notamment homosexuels. C'est ainsi que certains ont tenu à rappeler qu'une approche centrée sur la famille n'était peut-être pas favorable à tous les homosexuels vu que nombre d'entre eux ont été rejetés par leur famille et ont dû se constituer une famille « choisie »<sup>236</sup>. Néanmoins, nous sommes tenté de rappeler que la question qui se posait devant la Cour n'était pas de protéger les personnes homosexuelles contre toutes les affres de l'existence mais de s'interroger sur la validité de l'interdiction du mariage homosexuel au regard de la Constitution, même s'il est vrai qu'une approche centrée sur l'égalité aurait peut-être permis de combattre plus efficacement d'autres discriminations à l'avenir.

Ces considérations sur la solitude ont été perçues comme relevant davantage du lyrisme que du raisonnement juridique, mais aussi comme manquant de pertinence du point de vue sociologique<sup>237</sup>. Plus de la moitié des Américains sont aujourd'hui non mariés<sup>238</sup> et on sait

---

<sup>233</sup> Voy. not. L. CARPENTER et D. COHEN, *op. cit.*

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>236</sup> A. INFANTI, *op. cit.*, p. 85.

<sup>237</sup> Voy. not. C. POWELL, « Up from Marriage: Freedom, Solitude, and Individual Autonomy in the Shadow of Marriage Equality », *Fordham Law Review*, 2015, pp. 69-78.

aussi que la compagnie promise par le mariage est toujours précaire, vu qu'un divorce ou un décès peuvent survenir à n'importe quel moment<sup>239</sup>. La solitude elle-même ne peut être considérée comme dénuée de dignité, d'autant plus qu'elle est parfois choisie et relève dès lors de cette autonomie individuelle dont le juge Kennedy lui-même rappelle l'importance<sup>240</sup>. La Cour considère le mariage comme la clé du bonheur et de la stabilité, mais on sait que de nombreux couples non mariés sont aujourd'hui stables et heureux, que le bonheur dans le mariage n'est pas forcément l'évidence (voy. les chiffres de la violence conjugale)<sup>241</sup> et que la stabilité l'est encore moins dès lors qu'aux Etats-Unis presque un mariage sur deux se termine actuellement par un divorce<sup>242</sup>.

De nombreux auteurs plaident en faveur d'un cadre de reconnaissance plus large des diverses relations familiales qui existent de nos jours<sup>243</sup> (parmi lesquelles le mariage constituerait une option parmi d'autres) et donc pour une protection juridique plus importante des couples non mariés<sup>244</sup>. Cette protection étendue serait d'autant plus souhaitable que les couples non mariés, aujourd'hui moins bien juridiquement protégés, sont de plus en plus nombreux<sup>245</sup> et principalement dans les milieux sociaux avec un niveau d'éducation faible et un niveau de revenu bas<sup>246</sup>.

D'autres reprochent aux militants qui ont mené la campagne de lobbying ayant conduit à *Obergefell* d'avoir mis en avant des exemples de couples qui, mis à part le fait qu'ils étaient de même sexe, se rapprochaient en réalité de la conception traditionnelle du couple véhiculée par l'institution du mariage (fidélité, engagement sur la durée, éducation des enfants...) et qui

---

<sup>238</sup> R. MILLER, « Single Americans Now More than Half the U.S. Population », *Chicago Tribune* (10 septembre 2014), disponible sur : <http://www.chicagotribune.com/news/nationworld/chi-single-americanspopulation-20140910-story.html> (dernière consultation: 7 janvier 2017).

<sup>239</sup> M. COBB, « The Supreme Court's Lonely Hearts Club », *New York Times* (30 juin 2015), disponible sur : [http://www.nytimes.com/2015/06/30/opinion/the-supreme-courts-lonely-hearts-club.html?ref=opinion&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2015/06/30/opinion/the-supreme-courts-lonely-hearts-club.html?ref=opinion&_r=0) (dernière consultation: 7 janvier 2017). L'auteur se demande notamment ce qu'ont pu penser de ces passages les juges Kogan et Sotomayor, deux femmes célibataires, au moment où elles ont rejoint l'opinion du juge Kennedy.

<sup>240</sup> C. POWELL, *op. cit.*, pp. 71-73.

<sup>241</sup> L. SEIDMAN, *op. cit.*, p. 137.

<sup>242</sup> Voy. l'étude du Center for Disease Control and Prevention, selon laquelle le taux de mariage en 2014 est de 6.9 pour 1000 et le taux de divorce de 3.2 pour 1000. Center for Disease Control and Prevention, *National Marriage and Divorce Trends*, disponible sur : [http://www.cdc.gov/nchs/nvss/marriage\\_divorce\\_tables.htm](http://www.cdc.gov/nchs/nvss/marriage_divorce_tables.htm) (dernière consultation 16 décembre 2016).

<sup>243</sup> S. GOLDBERG, *op. cit.*, p. 710.

<sup>244</sup> Voy. e.g. N. POLIKOFF, *Beyond (Straight and Gay Marriage): Valuing All Families under the Law*, Boston, Beacon Press, 2008.

<sup>245</sup> Voy. l'étude du Center for Disease Control and Prevention, selon laquelle entre 2000 et 2014 le taux de mariage est passé de 8.2 pour 1000 à 6.9 pour 1000. Center for Disease Control and Prevention, *National Marriage and Divorce Trends*, disponible sur : [http://www.cdc.gov/nchs/nvss/marriage\\_divorce\\_tables.htm](http://www.cdc.gov/nchs/nvss/marriage_divorce_tables.htm) (dernière consultation 16 décembre 2016).

<sup>246</sup> Voy. not. N. CAHN et J. CARBONE, *Marriage Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

semblaient vouloir s'en rapprocher encore davantage en ayant accès à cette institution<sup>247 248</sup>. Il importe néanmoins de souligner qu'il ne s'agissait selon nous pas d'une simple stratégie de communication mais d'un sincère désir de la part des couples en question d'avoir accès à un statut plus normalisé, sans doute après de longues années de marginalisation.

Une analyse essentiellement articulée autour de la clause d'égalité de protection aurait toutefois peut-être permis à la Cour d'éviter de faire pencher la balance en faveur d'une conception sociétale plutôt qu'une autre<sup>249</sup>, même s'il n'y avait sans doute pas d'intention délibérée de la part du juge Kennedy de dénigrer indirectement les couples non mariés<sup>250</sup>. En effet, à partir du moment où la Cour a choisi de baser l'essentiel de son raisonnement sur la clause de procédure régulière et sur le droit au mariage plutôt que sur l'égalité, il était inévitable qu'elle se trouve obligée de faire l'éloge du mariage pour souligner son caractère fondamental.

Cette conception traditionnelle de la relation amoureuse se retrouve cependant déjà dans *Lawrence* et *Windsor*. Dans le premier, la Cour a invalidé les lois pénalisant les pratiques homosexuelles notamment au motif qu'elles empêchaient les personnes homosexuelles de développer des liens affectifs durables<sup>251</sup>. Dans le second, elle a considéré que les Etats qui avaient légalisé le mariage homosexuel cherchaient à protéger encore davantage de tels liens s'inscrivant dans la durée<sup>252</sup>. Le juge Kennedy insistait donc déjà dans ces deux décisions sur l'intérêt qu'il y avait pour la société à promouvoir la stabilité des relations entre personnes homosexuelles, les arrêts *Lawrence* et *Windsor* étant dès lors selon nous bien moins éloignés d'une conception traditionnelle du couple qu'on ne pourrait le croire. Une conception qui pouvait laisser présager l'approche suivie dans *Obergefell*.

Néanmoins, il importe de rappeler que la Cour a par le passé protégé les personnes qui ne voulaient pas – ou ne voulaient plus – être liées par l'institution du mariage. C'est ainsi que dans l'arrêt *Boddie*<sup>253</sup>, la Cour a invalidé une législation obligeant à s'acquitter d'un certain montant en vue d'obtenir le divorce. On peut aussi penser que le raisonnement tenu par le juge Kennedy dans *Obergefell* en matière d'égalité de dignité des couples homosexuels et des

---

<sup>247</sup> C. HUNTINGTON, « Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts », *Fordham Law Review*, 2015, p. 25.

<sup>248</sup> Dans le même sens, voy. A. INFANTI, *op. cit.*, p. 79.

<sup>249</sup> C. HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 26.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>251</sup> *Lawrence*, 567.

<sup>252</sup> *Windsor*, 19 et 20-570.

<sup>253</sup> *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971).

couples hétérosexuels pourrait être transposé en vue de reconnaître l'égalité des couples mariés et non mariés<sup>254</sup>.

Nous avons donc pu voir qu'*Obergefell* a pu être mal perçu par les défenseurs des couples non mariés, alors que ces derniers sont de plus en plus nombreux aux Etats-Unis. Même si la conception du couple des juges progressistes de la Cour peut paraître encore assez traditionnelle sur ce point, nous estimons néanmoins qu'il n'était pas dans l'intention de la majorité de dénigrer les personnes non mariées et que l'arrêt commenté ne devrait pas s'opposer à une meilleure protection juridique de celles-ci à l'avenir.

## **Troisième partie : Oppositions rencontrées par l'arrêt**

Dans le premier chapitre de cette troisième partie, nous nous penchons tout d'abord sur les critiques adressées à l'arrêt *Obergefell* en matière de respect de la démocratie. Dans le second chapitre, nous analysons d'autres critiques présentes dans les opinions des juges Roberts et Thomas.

### **Chapitre I : Respect de la démocratie**

Un long chapitre mérite maintenant d'être consacré aux critiques liées au caractère prétendument non démocratique de l'arrêt étudié. Nous commençons par la manière dont la majorité cherche à anticiper les critiques qui lui seront adressées à ce sujet, avant d'aborder ces critiques elles-mêmes. Dans un premier temps, nous démontrons que la Cour s'appuie dans cet arrêt sur la théorie constitutionnelle délibérative (Section 1). Dans un second temps, nous analysons la mesure dans laquelle la majorité se préoccupe de protéger les droits individuels contre l'opinion majoritaire du moment (Section 2). Ensuite, nous abordons deux opinions dissidentes particulièrement critiques au sujet du respect de la démocratie : celle du juge Roberts (Section 3) et celle du juge Scalia (Section 4). Enfin, nous tentons de répondre à ces critiques émises par les deux juges conservateurs (Section 5).

---

<sup>254</sup> L. TRIBE, *op. cit.*, p. 31.

## Section 1 : La théorie constitutionnelle délibérative

Anthony Kennedy aborde explicitement la critique émise par les opposants au mariage homosexuel en matière de respect de la démocratie. Selon eux, il ne serait pas démocratique de voir la Cour trancher une question aussi fondamentale. Le juge rétorque que la délibération démocratique sur le sujet a été beaucoup plus importante que ne l'affirment les conservateurs<sup>255</sup>. Il se réfère ainsi au grand nombre de débats, d'études, de campagnes et de litiges qui ont précédé le présent recours et qui illustrent l'attention qu'ont portée à cette question les différentes composantes de la société civile (organisations religieuses, syndicats, entreprises...)<sup>256</sup>. Il passe toutefois sous silence le fait que, dans un certain nombre de cas, les débats en question ont consisté en des initiatives populaires visant à réserver le mariage aux hétérosexuels, ce qui illustre la mesure dans laquelle des pans importants de la société américaine demeurent activement opposés au mariage homosexuel, du moins dans certains Etats<sup>257</sup>.

Cette attention portée aux débats ayant eu lieu au sein de la société américaine peut être analysée au regard d'une théorie constitutionnelle dite « délibérative », selon laquelle les juges tiennent compte dans leur travail interprétatif du contexte politique du moment, et notamment des débats législatifs et académiques qui ont eu lieu, ainsi que de l'état de l'opinion. Une telle approche permet d'inclure dans le débat des groupes sociaux parfois marginalisés sans toutefois en exclure les pans plus conservateurs de la société, ainsi que d'attendre que la société soit suffisamment prête avant d'adopter des décisions dotées d'un impact sociétal important<sup>258</sup>.

Il nous semble en effet clair que si la Cour en arrive à rendre un arrêt si favorable aux couples homosexuels, c'est notamment parce que les mentalités d'une bonne partie de la société américaine ont rapidement changé. Alors qu'au moment où l'arrêt *Lawrence* a été rendu, aucun Etat n'autorisait le mariage homosexuel, ils sont nombreux à le faire quand la Cour prend sa décision dans *Obergefell*<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> *Obergefell*, 23-576

<sup>256</sup> *Obergefell*, 23-576

<sup>257</sup> B. MCCUNE, « Judicial Overreach and America's Declining Democratic Voice: the Same-Sex Marriage Decisions », *Texas Review of Law and Politics*, 2015, p. 78.

<sup>258</sup> W. ESKRIDGE, « The Marriage Equality Cases and Constitutional Theory », *Cato Supreme Court Review*, p. 131. Une théorie notamment développée par Alexandre Bickel, voy. A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

<sup>259</sup> W. ESKRIDGE, *op. cit.*, pp. 134-135. Barack Obama s'était montré favorable au mariage homosexuel lors de la campagne présidentielle de 2012, ce qui a pu également être pris en compte dans le cadre d'une approche délibérative (*Ibid.*, p. 136).

Cette approche délibérative est compréhensible du point de vue de la recherche de légitimité mais néanmoins discutabile<sup>260</sup>, à partir du moment où elle fait dépendre la protection des droits fondamentaux des aléas d'une opinion publique dont le texte constitutionnel tend justement à préserver les citoyens et éventuellement de l'orientation politique des juges, qui ne devrait idéalement pas avoir d'influence sur la question<sup>261</sup>. Néanmoins, nous verrons que des passages importants d'*Obergefell* sont consacrés à la protection des minorités contre l'opinion dominante du moment.

Il importe de souligner que, contrairement à ce qu'il a fait dans *Lawrence* au sujet de *Bowers*<sup>262</sup>, le juge Kennedy n'affirme pas expressément que l'arrêt *Baker* était invalide au moment où il a été rendu<sup>263</sup>, ce qui permet de penser qu'il estime lui-même que les changements de mentalités qui ont eu lieu depuis les années 1970 étaient nécessaires avant d'arriver à la solution adoptée dans *Obergefell*<sup>264</sup>. La Cour suit donc les évolutions sociétales plus qu'elle ne les initie, même si elle cherche sans doute avec cet arrêt à accélérer le mouvement en faveur de davantage d'acceptation des homosexuels<sup>265</sup>.

## Section 2 : Protection des droits individuels contre les vues de la majorité du moment

Même si la Cour reconnaît le caractère essentiel du droit des citoyens de débattre de manière à pouvoir ensuite se gouverner eux-mêmes via le processus politique<sup>266</sup>, elle affirme que la Constitution ne considère la démocratie directe comme la manière la plus appropriée de procéder à des changements sociaux que dans la mesure où elle ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux<sup>267</sup>. La liberté que la Constitution tend à garantir implique partant le droit

---

<sup>260</sup> Voy. R. JACKSON, « The Task of Maintaining our Liberties: The Role of the Judiciary », *American Bar Association Journal*, 1953, p. 961: « to the extent that public opinion of the hour is admitted to the process of constitutional interpretation, the basis for judicial review of legislative action disappears ».

<sup>261</sup> En ce sens, voy. A. LAMPARELLO, « Justice Kennedy's Decision (...) », *op. cit.*, p. 58.

<sup>262</sup> *Lawrence*, 578 : « *Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent* ».

<sup>263</sup> Le juge Scalia estime néanmoins que l'opinion de la majorité revient à considérer que tous ceux qui ont considéré pendant des décennies que le mariage consistait en l'union d'un homme et d'une femme violaient sans le savoir la Constitution. *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 7-576.

<sup>264</sup> W. ESKRIDGE, *op. cit.*, p. 129.

<sup>265</sup> Sur la difficulté pour le pouvoir judiciaire d'initier à lui seul des changements culturels majeurs, voy. notamment G. ROSENBERG, *The Hollow Hope : Can Courts Bring About Social Change ?*, 2<sup>ème</sup> éd., Chicago, University of Chicago Press, 2008.

<sup>266</sup> *Schuette v. BAMN*, U.S 15 et 16-572 (2014).

<sup>267</sup> *Obergefell*, 24-576.

des individus à ne pas être victimes des pratiques illégales des autorités publiques<sup>268</sup>, ce qui suppose que les citoyens puissent avoir accès à la justice afin d'être protégés, y compris contre ce qui a pu résulter d'un processus démocratique<sup>269</sup>.

Anthony Kennedy affirme donc qu'il ne peut être demandé aux citoyens de devoir attendre une intervention législative dès lors que leurs droits fondamentaux sont en jeu<sup>270</sup> : c'est en effet l'essence même de la Constitution de soustraire un certain nombre de questions à la vie politique et aux majorités du moment<sup>271</sup>. « *Les droits fondamentaux ne peuvent dépendre d'un vote, ils ne dépendent du résultat d'aucune élection* » (nous traduisons)<sup>272</sup>. Le juge cite ici un arrêt fondamental de la jurisprudence de la Cour, l'arrêt *Barnette*, qui lui non plus ne se fonde pas sur une disposition précise et explicite de la Constitution mais sur la logique même de tout l'ordre constitutionnel : *Barnette* comme *Obergefell* donnent à penser que la dignité humaine et l'autonomie individuelle sont des principes qui, bien qu'exprimés nulle part dans le texte constitutionnel en tant que tel, le sous-tendent en profondeur<sup>273</sup>.

Nous ne pouvons que nous aligner sur les développements ci-dessus résumés. Quel sens pourrait-il y avoir à rédiger une Constitution énonçant une série de droits fondamentaux et à mettre en place une Cour constitutionnelle chargée de préserver ceux-ci, le cas échéant en invalidant des normes juridiques y portant atteinte, si la protection adéquate des droits fondamentaux était toujours parfaitement assurée par le processus législatif ? Dans le même sens, on peut estimer que, dans un Etat de droit, certaines questions ne doivent plus faire l'objet d'un débat démocratique<sup>274</sup>. Il serait par exemple mal venu de débattre « démocratiquement » de la question de savoir si les noirs et les blancs doivent se voir accorder les mêmes droits, ce qui pourtant est loin d'avoir toujours été une évidence au cours de l'histoire des Etats-Unis<sup>275</sup>.

---

<sup>268</sup> Schuette, 15-572.

<sup>269</sup> Schuette, 17-572.

<sup>270</sup> *Obergefell*, 24-576.

<sup>271</sup> *Western Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943): « *The idea of the Constitution was to withdraw certain subjects from the political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principle to be applied by the Courts* ».

<sup>272</sup> *Barnette*, 638.

<sup>273</sup> L. TRIBE, *op. cit.*, p. 26.

<sup>274</sup> En sens contraire, voy. E. WYDRA, « Reading the Opinions – and the Tea Leaves – in *United States v. Windsor* », *Cato Supreme Court Review*, 2013, p. 114. L'auteure considère qu'il est troublant d'estimer que la Constitution ne laisse pas le peuple décider dès lors que des droits fondamentaux sont en jeu.

<sup>275</sup> S. FELDMAN, « (Same) Sex, Lies, and Democracy (...) », *op. cit.*, p. 357.

La Cour souligne qu'il est de son devoir d'agir pour protéger les droits des plaignants<sup>276</sup> et illustre le danger qu'il y a à reporter la question. Dans *Bowers*, la Cour avait jugé qu'il était constitutionnellement légitime de pénaliser l'homosexualité, avant que ce raisonnement soit invalidé dans *Lawrence*. Dans l'intervalle, de nombreux homosexuels ont souffert des conséquences du premier arrêt, et les préjudices subis au cours de cette période n'ont pas été effacés pleinement par la reconnaissance ultérieure du fait que la Cour avait tort<sup>277</sup>. Anthony Kennedy écrit avec finesse que « *dignitary wounds cannot always be healed with the stroke of a pen* » et estime que la situation est la même dans la présente affaire<sup>278</sup>. Si la Cour considérait les législations attaquées comme valides au regard de la Constitution, cela reviendrait à enseigner à la nation que celles-ci sont conformes au texte le plus fondamental de la société américaine<sup>279</sup>. On voit ici que la Cour est attentive à l'image qu'elle donne et au discours qu'on porte sur elle, ainsi qu'au potentiel didactique des arrêts qu'elle rend.

Nous pouvons inférer des développements qui précèdent que le présent arrêt reflète l'idée, notamment défendue par le juge Kennedy, selon laquelle une démocratie constitutionnelle est un système dans lequel des limites sont posées au pouvoir d'appréciation de la majorité du moment afin de protéger les droits et libertés des individus<sup>280</sup>, notamment lorsque ceux-ci font partie d'une minorité. Il a donc pu être considéré que la Cour exerce son contrôle de constitutionnalité – à certaines occasions du moins – davantage à l'encontre de la majorité du moment qu'en son nom<sup>281</sup>. Il s'agit selon nous du cœur même de son travail. C'est d'ailleurs en ce sens que nous l'avons vue invalider des législations prohibant le mariage interracial ou pénalisant les pratiques homosexuelles, mais aussi des législations qui prohibaient la possession d'armes à feu au son domicile<sup>282</sup> ou obligeant à contracter une assurance-santé<sup>283</sup>... Des consensus politiques violant selon la Cour les droits fondamentaux se sont déjà souvent vu condamnés, même lorsque la majorité en cause était motivée par des intentions que l'on pourrait considérer comme louables<sup>284</sup>.

---

<sup>276</sup> *Obergefell*, 26-576.

<sup>277</sup> *Obergefell*, 25-576.

<sup>278</sup> *Obergefell*, 25-576.

<sup>279</sup> *Obergefell*, 26-576.

<sup>280</sup> Dans ce sens, voy. H. KNOWLES, *The Tie Goes to Freedom: Justice Anthony M. Kennedy on Liberty*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2009, p. 32.

<sup>281</sup> Voy A. BICKEL, *op. cit.*, p. 18.

<sup>282</sup> *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

<sup>283</sup> *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012).

<sup>284</sup> Sur les considérations théoriques qui précèdent, voy. R. TURNER, « On the *Obergefell* Dissenters' Selective Judicial Self-Restraint », *Vienna Journal on International Law*, 2015, pp. 572-580.

### Section 3 : Critiques en matière de respect de la démocratie émises par le juge Roberts

Tous les juges ayant rédigé une opinion dissidente ont reproché à la Cour de porter atteinte aux principes démocratiques. Ces juges peuvent être considérés comme partisans d'une démocratie « majoritaire » (« majoritarian democracy »), *i.e.* un système politique dans lequel c'est uniquement la majorité du moment qui, soit directement soit par le truchement d'organes représentatifs, exerce le pouvoir politique<sup>285</sup>. Nous nous penchons sur les deux opinions dissidentes les plus élaborées sur ce point, celle du juge Roberts (dans la présente section) et celle du juge Scalia (Section 4).

Le juge Roberts rappelle à la majorité que la Cour ne dispose d'aucun pouvoir législatif et que, s'il lui revient d'énoncer ce qu'est le droit<sup>286</sup>, il n'est pas en son pouvoir de dire ce qu'il devrait être<sup>287</sup>. Les arguments politiques en faveur du mariage homosexuel sont peut-être convaincants, mais ce n'est pas le cas des arguments juridiques en la matière : la Constitution ne consacrant aucune définition du mariage, le peuple américain doit selon Roberts être libre d'étendre celui-ci aux homosexuels ou au contraire d'en conserver la définition traditionnelle<sup>288</sup>.

L'opposition entre Kennedy et Roberts repose on le voit sur une divergence de vues quant au rôle du pouvoir judiciaire : le premier poursuit une approche fonctionnelle, qui fait dépendre l'issue du litige (et le rôle des juges) de l'importance des circonstances de l'espèce, alors que le second est un formaliste attaché à une conception stricte de la séparation des pouvoirs, suivant laquelle la reconnaissance de nouveaux droits doit en principe résulter du processus politique<sup>289</sup>. L'approche fonctionnelle peut avoir pour désavantage de créer une certaine incertitude, à partir du moment où les questions semblent tranchées au cas par cas. Certaines lignes de force, déjà présentes dans *Windsor*, existent néanmoins, comme l'insécurité juridique qui résulte de l'application de normes très différentes d'un Etat à l'autre ou l'existence préalable d'un débat social d'envergure sur la question<sup>290</sup>. Le statu quo n'est donc pas non plus dénué d'insécurité juridique et l'approche d'Anthony Kennedy peut être considérée comme encadrée par certaines balises.

<sup>285</sup> S. ISSACHAROFF, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 11.

<sup>286</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (1803).

<sup>287</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 2-576.

<sup>288</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 2-576.

<sup>289</sup> J. LANDAU, « Roberts, Kennedy, and the Subtle Differences that Matter in *Obergefell* », *Fordham Law Review*, 2015, p. 34.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 38.

L'approche audacieuse suivie par la majorité risque, selon le juge Roberts, de mettre à mal la légitimité de la Cour<sup>291</sup>, cette légitimité étant liée au fait que les juges font preuve d'humilité et de mesure lorsqu'ils prennent leurs décisions<sup>292</sup>. Le juge cite l'arrêt *Schuette*, selon lequel « *c'est mépriser le processus démocratique que de supposer que les électeurs ne sont pas capables de décider de questions sensibles d'une manière décente et rationnelle* » (nous traduisons)<sup>293</sup>. Il est particulièrement intéressant de voir à la fois la majorité et un juge dissident s'appuyer sur le même précédent pour défendre des positions diamétralement opposées : comme nous l'avons vu, Anthony Kennedy met quant à lui en avant le passage de *Schuette* selon lequel les citoyens ont droit à une protection constitutionnelle à l'encontre de l'exercice illégal du pouvoir gouvernemental<sup>294</sup>.

Selon Roberts, les pères fondateurs avaient précisément pour objectif de se gouverner eux-mêmes et n'auraient jamais imaginé confier le pouvoir décisionnel sur des grandes questions de société à des juges non élus et non responsables politiquement<sup>295</sup>.

Cette comparaison à peine voilée entre l'époque de la colonisation britannique et un prétendu gouvernement des juges va assez loin : le juge Roberts estime que la majorité dérobe au peuple son pouvoir décisionnel. Il convient de reconnaître, comme le rappelle le juge Thomas, que dans trente-deux Etats américains sur trente-cinq où elle a été consultée directement, la population a préféré conserver la définition traditionnelle du mariage<sup>296</sup>, ce qui laisse entendre qu'une bonne partie de la société américaine demeure, malgré les changements de mentalités évoqués par la majorité, hostile au mariage homosexuel. Dans le même sens, certains auteurs<sup>297</sup> rappellent que dans plusieurs des Etats où le mariage homosexuel a été légalisé, ce n'a pas été le résultat d'un processus démocratique – direct ou parlementaire – mais d'une décision du pouvoir judiciaire<sup>298</sup>. Une telle argumentation suppose toutefois que la démocratie se définisse forcément en vertu de la volonté de la majorité et non de décisions judiciaires basées sur des garanties constitutionnelles, ce qui n'est pas sans poser question – *a fortiori* quand les droits d'une minorité sont en jeu.

---

<sup>291</sup> La légitimité de la Cour repose ultimement sur le respect accordé à ses arrêts, *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 793 (2002) (opinion concurrente du juge Kennedy).

<sup>292</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 24-576.

<sup>293</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 25-576.

<sup>294</sup> *Obergefell*, 24-576, citant *Schuette*, 15-572.

<sup>295</sup> *Schuette*, 16 et 17-572.

<sup>296</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 14-576.

<sup>297</sup> M. GREENDORFER, « After Obergefell: Dignity for the Second Amendment », *Mississippi College Law Review*, 2016, p. 129.

<sup>298</sup> Comme l'arrêt *Goodridge* de la cour suprême du Massachusetts en 2003, déjà abordé.

Par ailleurs, le juge Roberts considère que mettre un terme aux débats démocratiques en cours au sujet du mariage homosexuel risque de pousser les opposants à celui-ci à camper sur leurs positions car ils se sentiraient privés de la possibilité de s'exprimer sur la question, tandis que les partisans du mariage homosexuels se voient eux privés de toute occasion de convaincre leurs adversaires de la pertinence de leur position par la voie démocratique<sup>299</sup>. « *Closing debates tends to close minds* »<sup>300</sup>.

Nous avons vu qu'Anthony Kennedy semble au contraire porté à croire qu'une plus grande reconnaissance juridique des couples homosexuels mènera à plus d'ouverture de la société sur la question, ce que certains auteurs semblent confirmer<sup>301</sup>.

#### Section 4 : Critiques en matière de respect de la démocratie émises par le juge Scalia

Les critiques émises par le juge Antonin Scalia en matière de respect de la démocratie ne sont pas moins virulentes. Le juge ne donne nulle part son avis personnel sur la question du mariage homosexuel mais articule l'intégralité de son opinion dissidente autour du respect des principes démocratiques. Il affirme que ce n'est pas l'extension du mariage aux homosexuels qui lui pose problème mais le fait que ce soit la Cour suprême qui prenne cette décision et non pas le peuple américain<sup>302</sup>.

Le juge n'y va pas par quatre chemins. Le présent arrêt signifie selon lui que le pouvoir de dire le droit pour 320 millions d'Américains appartient à neuf juges non élus : « *A system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected judges does not deserve to be called a democracy* »<sup>303</sup>. Scalia va jusqu'à railler l'institution dont il fait lui-même partie : la composition de celle-ci ne serait absolument pas représentative de la société américaine, les juges étant tous des juristes diplômés des plus grandes universités américaines, pour la plupart originaires de la côte est ou de la côte ouest.

Le caractère presque populiste de cette partie de l'opinion dissidente peut choquer. Le juge Scalia va jusqu'à railler ses collègues et à sous-entendre que la culture et l'éducation seraient presque des inconvénients lorsqu'il s'agit de prendre des décisions aux conséquences socio-politiques importantes ou de préserver au terme d'un raisonnement juridique les droits et

<sup>299</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 27-576.

<sup>300</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 27-576.

<sup>301</sup> J. LANDAU, *op. cit.*, p. 38.

<sup>302</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 2-576.

<sup>303</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 5-576.

libertés des citoyens. Antonin Scalia est toutefois loin d'être le seul à tenir ce genre de raisonnement. L'activisme juridictionnel constituerait, selon une partie de ses adversaires, la meilleure manière pour les élites de donner force de loi à leurs positionnements politiques et moraux, là où le pouvoir législatif serait davantage susceptible de refléter les vues de la majorité de la population, à partir du moment où il est tributaire de l'élection<sup>304</sup>.

Selon le juge Scalia, la majorité semble faire l'éloge de la liberté mais prive le peuple de la liberté la plus fondamentale : celle de se gouverner lui-même<sup>305 306</sup>. Même si Scalia reconnaît que certaines questions ont été soustraites au processus démocratique par la Constitution, tel n'est pas le cas selon lui de la définition du mariage<sup>307</sup>. Dans d'autres affaires, impliquant il est vrai un droit expressément protégé par la Constitution<sup>308</sup>, on a pu voir le juge Scalia – et son collègue Roberts – un peu moins respectueux de certaines législations démocratiquement adoptées. Ainsi, dans le célèbre arrêt *Lopez*, ces deux juges faisaient partie d'une majorité considérant comme anticonstitutionnel que le Congrès interdise le port d'armes dans certaines écoles<sup>309</sup>.

Le juge Scalia rejoint le juge Kennedy lorsque ce dernier écrit que les rédacteurs des textes constitutionnels n'ont pas estimé connaître toutes les facettes possibles de la liberté<sup>310</sup>, mais affirme que c'est pour cette raison qu'il existe une procédure de modification de la Constitution<sup>311</sup> et la possibilité pour les législateurs de créer du droit : décider à la place du peuple comme le fait la majorité revient à prétendre à une sorte de « super pouvoir législatif » en faveur des juges<sup>312</sup>, à commettre un « putsch judiciaire »<sup>313</sup>. On peut remarquer que la terminologie utilisée n'est pas sans violence ni sans extrapolation : l'extension aux homosexuels, par le pouvoir judiciaire, de l'institution du mariage semble assimilée à une privation complète de la possibilité pour le peuple américain de s'autogouverner. De plus, le raisonnement du juge Scalia semble partir du point de vue que tout changement social se fait forcément par le truchement du droit, ce qui selon nous est loin d'être le cas. Nous avons déjà

---

<sup>304</sup> R. BORK, *The Tempting of America*, New-York, Touchstone, 1991, pp. 16-17.

<sup>305</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 2-576.

<sup>306</sup> Dans le même sens, *Obergefell*, opinion dissidente du juge Alito, 6-576.

<sup>307</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 3-576.

<sup>308</sup> U.S. CONST. amend. II: droit au port d'armes.

<sup>309</sup> La majorité considérant qu'il s'agissait d'une matière non commerciale et essentiellement locale, *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

<sup>310</sup> *Obergefell*, 11-576.

<sup>311</sup> U.S. CONST. art. V.

<sup>312</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 5-576.

<sup>313</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 6-576.

souligné plus haut que le droit, en ce compris le jugement ici commenté, entérinait souvent les changements sociaux autant qu'il était susceptible de les provoquer.

Le juge conservateur conclut son opinion dissidente sur des termes presque insultants pour ses collègues de la majorité, dont l'opinion serait à la fois incohérente, prétentieuse et extravagante<sup>314</sup>. La tendance du juge Scalia (de plus en plus marquée à la fin de sa vie) à critiquer ses collègues d'une manière relevant davantage du flot d'insultes que de l'argumentation juridique peut être considérée comme ayant surtout desservi la cause conservatrice à laquelle il était tant attaché<sup>315</sup>.

Il est intéressant de remarquer que, si le juge Scalia affirme ici que son désaccord avec la majorité n'est pas fondé sur sa position personnelle à l'égard des couples homosexuels mais sur l'importance qu'il accorde à la démocratie<sup>316</sup>, il s'était montré moins neutre sur la question dans son opinion dissidente à l'arrêt *Lawrence*. Dans cette dernière, il se prononçait alors en faveur de la possibilité pour un Etat de pénaliser les relations homosexuelles à partir du moment où la majeure partie de la population de l'Etat en question était moralement opposée à celles-ci<sup>317</sup>. Il avait d'ailleurs affirmé à l'époque, de manière prémonitoire, que la décision de la majorité dans *Lawrence* finirait inévitablement par mener à la reconnaissance du mariage homosexuel<sup>318</sup>, ce que réfutait alors la majorité<sup>319</sup>.

A partir du moment où la désapprobation morale de l'homosexualité ne pouvait être considérée comme un intérêt légitime de l'Etat à prohiber les pratiques homosexuelles, Scalia voyait mal quelle justification pourrait être apportée au refus d'autoriser le mariage homosexuel<sup>320</sup>. Pas la procréation à partir du moment où on autorise les couples stériles et les personnes âgées à se marier<sup>321</sup>. Dans son opinion dissidente à l'arrêt *Windsor*, le juge Scalia affirmera à nouveau qu'une reconnaissance future du mariage homosexuel à travers tous les Etats-Unis semble inévitable vu les raisonnements suivis par la majorité<sup>322</sup>. Sa prédiction se

---

<sup>314</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 7 et 8-576.

<sup>315</sup> L. SEIDMAN, *op. cit.*, pp. 118-119.

<sup>316</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Scalia, 1-576 : « *The substance of today's decree is not of immense personal importance to me* ».

<sup>317</sup> *Lawrence*, opinion dissidente du juge Scalia, 604-606.

<sup>318</sup> *Lawrence*, opinion dissidente du juge Scalia, 604 : « *Today's opinion dismantles the structure of constitutional law that has permitted a distinction to be made between heterosexual and homosexual unions (...)* ».

<sup>319</sup> *Lawrence*, 578.

<sup>320</sup> *Lawrence*, opinion dissidente du juge Scalia, 604-605 : « *If moral disapprobation of homosexual conduct is "no legitimate State interest" for purposes of proscribing that conduct (...) what justification could there be possibly for denying the benefits of marriage to homosexual couples (...)?* »

<sup>321</sup> *Lawrence*, opinion dissidente du juge Scalia, 605.

<sup>322</sup> *Windsor*, opinion dissidente du juge Scalia, 22-570.

révélera d'autant plus pertinente que la suite des événements a montré que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ne mène pas à un effondrement inéluctable de la société et que la reconnaissance progressive de leur dignité amène de plus en plus d'homosexuels à sortir de l'ombre pour défendre leurs droits<sup>323</sup>.

L'opinion dissidente de Scalia à l'arrêt *Lawrence* offre plusieurs éclairages intéressants au sujet de l'arrêt qui nous intéresse. Tout d'abord, contrairement à ses collègues conservateurs Roberts et Alito (voy. *infra*), le juge Scalia ne considère pas qu'il existe de lien intrinsèque entre mariage et procréation, ce qui est d'ailleurs l'opinion de la majorité dans *Obergefell*. Ensuite, malgré l'apparence de neutralité dont il se pare cette fois, on sait qu'il considère comme un intérêt parfaitement légitime de poursuivre pénalement les homosexuels si l'on désapprouve moralement l'homosexualité, ce qui montre son manque d'ouverture d'esprit sur la question et laisse entendre que son opinion dissidente n'est peut-être pas motivée uniquement par des considérations liées au respect de la démocratie.

Enfin, Scalia lui-même reconnaît en 2003 que la principale raison de refuser l'accès au mariage aux homosexuels n'est pas la protection de la famille ou des enfants mais la simple désapprobation morale de l'homosexualité. A partir du moment où la Cour avait déjà considéré dans *Lawrence* qu'une telle désapprobation ne pouvait être consacrée par le droit, l'ouverture du mariage était en effet à attendre, même si la Cour évite cette fois de dire que les opposants au mariage homosexuels fondent leurs convictions sur leur opposition à l'homosexualité en tant que telle.

Ceci nous invite à considérer, malgré les positions de certains constitutionnalistes<sup>324</sup> ou de certains juges<sup>325</sup> en sens contraire, qu'il est particulièrement difficile pour les juges d'interpréter la Constitution sans faire entrer d'aucune façon dans leur raisonnement leurs positions personnelles<sup>326</sup>. *Lawrence* donne à penser qu'Antonin Scalia est opposé aux relations homosexuelles, alors que dans l'opinion de la majorité dans *Obergefell*, Anthony Kennedy affirme expressément que celles-ci sont normales et dignes de respect.

Il importe de mettre en avant que la mesure dans laquelle les juges dissidents se montrent partisans de la retenue juridictionnelle (« judicial self-restraint ») est pour le moins sélective :

---

<sup>323</sup> L. TRIBE, *op. cit.*, p. 29.

<sup>324</sup> E. CHEMERINSKY, « The Supreme Court, Public Opinion, and the Role of the Academic Commentator », *South Texas Law Review*, 1999, p. 947. Cet éminent constitutionnaliste américain considère que la Cour rend ses arrêts indépendamment de toute pression extérieure (lobbying...) et des positions personnelles des juges.

<sup>325</sup> *Barnette*, 647 (opinion dissidente du juge Frankfurter): « As a member of this Court I am not justified in writing my private notions of policy into the Constitution, no matter how deeply I may cherish them or how mischievous I may deem their disregard ».

<sup>326</sup> B. McCUNE, *op. cit.*, p. 35.

dans d'autres affaires ces mêmes juges n'ont pas hésité à faire preuve de moins de retenue et de moins de respect pour les principes de démocratie majoritaire qu'ils défendent ici<sup>327</sup>. Cela tend selon nous à démontrer que ces juges conservateurs se montrent surtout soucieux de faire preuve de retenue et de respecter les décisions politiques démocratiques lorsque ces dernières consacrent des points de vue qu'ils soutiennent à titre personnel (comme en l'espèce la prohibition du mariage homosexuel).

Par exemple, dans l'arrêt *District of Columbia v. Heller*, la Cour a invalidé, au nom du Deuxième Amendement, une législation démocratiquement adoptée qui prohibait la possession d'armes à feu au domicile des particuliers<sup>328</sup>. Dans cet arrêt, le juge Scalia affirme que les droits constitutionnels rendent parfois nécessaire d'écarter certains choix politiques (« *the enshrinement of constitutional rights necessarily takes certain policy choices off the table* »)<sup>329</sup>. Il importe toutefois de reconnaître qu'était alors en cause un droit explicitement consacré par la Constitution (le droit au port d'armes), ce qui est conforme avec les convictions originalistes du juge Scalia.

L'arrêt *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>330</sup> constitue un autre exemple intéressant. Dans cet arrêt de 2010, la Cour invalide, au nom de la liberté d'expression consacrée par le Premier Amendement, une législation fédérale qui interdisait la diffusion à l'approche des élections de messages publicitaires en faveur de certains candidats dès lors que cette diffusion était financée par des entreprises privées. La Cour a donc consacré le droit de ces entreprises d'intervenir financièrement dans le processus électoral, et ce, dans une opinion rédigée par Anthony Kennedy, alors rejoint par les quatre juges dissidents d'*Obergefell*. Dans son opinion dissidente, le juge Stevens avançait pourtant que, dans une société démocratique, le consensus relatif à la nécessité de limiter les dépenses des entreprises dans le cadre des campagnes électorales devrait pouvoir l'emporter sur une application rigide de règles créées par les juges eux-mêmes<sup>331</sup>, ce qui curieusement n'est pas sans rappeler les reproches formulés par quatre des juges de la majorité d'alors dans leurs opinions dissidentes à *Obergefell*.

---

<sup>327</sup> R. TURNER, « On the *Obergefell* Dissenters' (...) », *op. cit.*, pp. 572-580.

<sup>328</sup> *District of Columbia v. Heller*.

<sup>329</sup> *District of Columbia v. Heller*, 636.

<sup>330</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).

<sup>331</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 979 (opinion dissidente du juge Stevens).

## Section 5 : Commentaires sur les critiques émises par les juges dissidents en matière de respect de la démocratie

Nous pouvons tenter de répondre à une partie des critiques adressées à l'opinion de la majorité en matière de respect des principes démocratiques en mettant l'accent sur le caractère pluraliste de la démocratie américaine. Un système politique pluraliste peut être défini comme un système dont l'objectif est d'accommoder le plus possible les intérêts de groupes sociaux opposés tout en préservant la possibilité pour la collectivité de promouvoir l'intérêt commun<sup>332</sup>.

On peut penser que l'arrêt de la Cour mène à davantage de démocratie au sens où des législations qui discriminent des groupes sociaux minoritaires vont à l'encontre des principes démocratiques<sup>333</sup>. En ce sens, le Pr. Feldman considère que l'approche des juges dissidents se fonde sur une conception simpliste de la démocratie<sup>334</sup>. Depuis les années 1930, les Etats-Unis sont selon lui passés d'une approche républicaine, axée principalement sur l'intérêt de la communauté, à une approche pluraliste de la démocratie<sup>335</sup>. Cette conception pluraliste suppose non seulement le soutien de la majorité des citoyens à l'action politique, mais aussi la possibilité pour tous les citoyens de participer au processus politique, sur un pied d'égalité (*i.e.* sans discrimination)<sup>336</sup>. Il y aurait discrimination à partir du moment où les autorités publiques traitent différemment les membres d'un groupe social déterminé (*e.g.* les homosexuels) pour la seule raison qu'ils appartiennent audit groupe social. Une telle approche risquerait de donner à penser à la majorité de la population qu'elle se trouve en droit de traiter les membres de ce groupe comme inférieurs, ce qui porterait atteinte à la possibilité pour ces derniers de participer pleinement et sur pied d'égalité avec les autres citoyens à la vie démocratique du pays<sup>337</sup>.

A ce titre, l'opinion individuelle du juge Harlan dans l'arrêt *Plessy v. Ferguson*<sup>338</sup> est intéressante. La Cour avait à l'époque validé la ségrégation raciale dans les trains mais le juge Harlan, en désaccord avec la majorité, soulignait que la discrimination en cause avait des conséquences allant bien au-delà des seuls transports en commun : la considérer comme

---

<sup>332</sup> Voy. not. R. DAHL, *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*, Chicago, Rand McNally, 1967.

<sup>333</sup> S. FELDMAN, « (Same) Sex, Lies, and Democracy (...) », *op. cit.*, p. 344.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 353.

<sup>335</sup> Voy. S. FELDMAN, *Free Expression and Democracy in America: A History*, Chicago, University of Chicago Press, 2008, pp. 291-348.

<sup>336</sup> Voy. not. R. DAHL, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

<sup>337</sup> S. FELDMAN, « (Same) Sex, Lies, and Democracy (...) », p. 353.

<sup>338</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

conforme à la Constitution risquait d'encourager la haine raciale ou à tout le moins la méfiance entre les deux communautés ethniques<sup>339</sup>. De même, on peut penser que justifier des différences de traitements entre hétérosexuels et homosexuels au nom de la Constitution risque de renforcer l'idée que les couples homosexuels valent moins que les autres, voire même l'homophobie.

Au-delà des arguments présentés par les constitutionalistes américains dans un sens ou un autre, il nous semble difficile d'apporter une réponse définitive à la question de savoir s'il est opportun et légitime de voir le pouvoir judiciaire trancher un tel débat sociétal. Il importe en tout cas de rappeler que l'arrêt constitue sans doute une avancée majeure pour les homosexuels américains. Une telle avancée ne pouvait être réalisée par voie jurisprudentielle qu'au sein d'un système juridique habitué, comme celui des Etats-Unis, à considérer les juges comme des acteurs importants en matière de changements sociaux.

## **Chapitre II : Opinions dissidentes des juges Roberts et Thomas**

Les critiques émises dans les opinions dissidentes en matière de respect de la démocratie ont déjà été abordées dans le chapitre précédent. Nous revenons maintenant sur d'autres critiques intéressantes émises dans deux de ces opinions dissidentes : celles des juges Roberts (Section 1) et Thomas (Section 2). Il n'est pas nécessaire de revenir sur celle du juge Scalia dès lors que ce dernier ne se préoccupe quasiment que du caractère prétendument non démocratique de l'arrêt. L'opinion du juge Alito n'a pas non plus retenu notre attention dès lors qu'il reprend largement des critiques présentes dans les opinions dissidentes de ses collègues.

### **Section 1 : Opinion dissidente du juge Roberts**

Le juge Roberts estime que la majorité fonde sa décision sur une conception erronée du mariage (§1<sup>er</sup>) et qu'il ne lui revenait en toute hypothèse pas de faire pencher la balance en faveur d'une conception plutôt que d'une autre. L'activisme juridictionnel de la majorité rappellerait les heures les plus sombres de la jurisprudence de la Cour (§2). Le raisonnement des juges progressistes risquerait par ailleurs d'être étendu aux couples polygames (§3).

---

<sup>339</sup> *Plessy*, 557-558 (opinion dissidente du juge Harlan).

### *§1<sup>er</sup> : Conception erronée du mariage*

Comme nous l'avons vu, le juge Roberts estime qu'il ne revient pas au pouvoir judiciaire de décider quelle conception du mariage doit l'emporter. Il penche néanmoins expressément en faveur de la définition traditionnelle, qu'il considère comme reposant sur la nature des choses : le mariage a pour objectif d'encourager la procréation, seuls l'homme et la femme peuvent procréer, donc seuls les hétérosexuels doivent avoir accès au mariage<sup>340</sup>. Nous pouvons donc remarquer que derrière une argumentation axée autour de la défense des principes démocratiques se cachent des convictions conservatrices. Le juge passe par ailleurs sous silence le fait que de nombreux couples hétérosexuels n'aient pas d'enfants (par choix ou pour cause de stérilité) et qu'un grand nombre de couples homosexuels en élèvent aujourd'hui, deux éléments dont nous avons vu la majorité tenir compte dans son raisonnement.

Alors que la majorité définit le mariage comme l'union de personnes qui veulent se définir par leur engagement mutuel<sup>341</sup>, le juge Roberts considère que le caractère hétérosexuel du mariage n'est pas un aspect parmi d'autres d'une institution qui évolue mais le cœur même de cette institution<sup>342</sup>. Le juge souligne que c'est évidemment la conception que se faisaient du mariage les pères fondateurs au moment de la rédaction des textes<sup>343</sup>, ce qui illustre son penchant pour une interprétation originaliste de la Constitution.

### *§2 : Activisme juridictionnel digne des heures sombres de la Cour*

Outre l'absence de fondement juridique à la décision, le juge Roberts reproche à la majorité son activisme juridictionnel. Bien que Roberts ne rejette pas, contrairement au juge Thomas (*infra*), l'existence même de droits fondamentaux implicites<sup>344</sup>, il rappelle que la Cour doit faire preuve de retenue en la matière (« judicial self-restraint »)<sup>345</sup>.

En sens contraire, on peut estimer qu'il était en réalité quasiment impossible pour la Cour d'être neutre. Dès lors qu'elle devait soit condamner soit valider les législations attaquées, il s'agissait pour elle de faire pencher la balance en faveur d'une conception du mariage ou

---

<sup>340</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 5-576.

<sup>341</sup> *Obergefell*, 14-576, citant *Windsor*, 14-570.

<sup>342</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 8-576.

<sup>343</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 6-576.

<sup>344</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 13-576.

<sup>345</sup> *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483, 488 (1955).

d'une autre<sup>346</sup>. La neutralité des décisions de justice est souvent réclamée mais difficile à atteindre en pratique, dès lors que les parties qui perdent le litige en cause s'estimeront presque toujours lésées : une décision judiciaire implique toujours de favoriser un camp plutôt qu'un autre, même si cela se fait sur base d'un raisonnement en droit. Par ailleurs, dès lors qu'assurer une égale protection des citoyens exige de traiter les mêmes situations de façon similaire et les situations différentes de manière différente, toute la question était de savoir si le mariage homosexuel était ou non assimilable au mariage hétérosexuel, ce qui implique forcément de privilégier une approche du mariage plutôt qu'une autre<sup>347</sup>. On peut le remarquer quand on voit le juge Alito estimer lui aussi que le mariage repose essentiellement sur la procréation, alors que la majorité met l'accent sur le consentement et sur le bonheur du couple<sup>348</sup>.

Alors que l'arrêt *Glucksberg* exigeait de faire preuve de la plus grande précaution dans l'identification de droits fondamentaux implicites<sup>349</sup>, nous voilà selon Roberts de retour aux méthodes de deux arrêts particulièrement vilipendés de l'histoire constitutionnelle américaine : *Dred Scott v. Sanford*<sup>350</sup> et *Lochner v. New York*<sup>351</sup>. Dans le premier (1857), la Cour avait invalidé une législation limitant l'esclavage, au nom des droits implicites des propriétaires d'esclaves. Dans *Lochner* (1905), la Cour avait cette fois invalidé une législation ayant pour objet de limiter le nombre d'heures de travail des employés dans le secteur de la boulangerie, au nom de la liberté contractuelle. Un arrêt qui a ouvert la dénommée « ère Lochner », marquée par la volonté des juges de restreindre les interventions de l'Etat dans la vie économique.

Les comparaisons auxquelles se livre le président de la Cour nous paraissent pour le moins étonnantes. Outre le fait qu'il ait choisi deux des décisions les plus critiquables de l'histoire de la jurisprudence et que les faits en cause dans *Obergefell* soient totalement différents, il nous semble que le juge passe à côté de la différence fondamentale entre *Dred Scott* et *Lochner* d'un côté et *Obergefell* de l'autre. Dans les deux premiers, la Cour a fait preuve d'activisme d'une manière qui a porté atteinte aux droits de groupes opprimés (les esclaves et

---

<sup>346</sup> S. FELDMAN, « (Same) Sex, Lies, and Democracy (...) », *op. cit.*, p. 358. Le Pr. Feldman estime que la Cour avait le choix entre une conception discriminatoire et une autre qui tendait vers plus d'égalité pour tous les couples.

<sup>347</sup> L. SEIDMAN, *op. cit.*, p. 127.

<sup>348</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Alito, 4 et 5-576.

<sup>349</sup> *Glucksberg*, 720.

<sup>350</sup> *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

<sup>351</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

les travailleurs exploités) alors que dans le présent arrêt elle cherche à assurer une meilleure protection juridique à un groupe social longtemps marginalisé et discriminé.

La comparaison avec *Dred Scott* semble d'autant moins pertinente que l'esclavage impliquait justement l'interdiction de se marier, alors que la Cour étend cette fois le mariage à de nouveaux bénéficiaires<sup>352</sup>. Sans compter qu'un des arguments sur lesquels reposait *Dred Scott* était le respect de la démocratie<sup>353</sup> que les juges minoritaires invoquent à de multiples reprises dans *Obergefell*.

Quant à la comparaison avec l'arrêt *Lochner*, elle est d'autant plus étonnante de la part d'un des juges conservateurs de la Cour que ce sont souvent ces derniers qui prennent des décisions favorables aux milieux d'affaires<sup>354</sup>, n'hésitant pas à annuler des législations démocratiquement adoptées<sup>355</sup> notamment lorsqu'ils estiment que certaines réglementations économiques sont défavorables au libre marché<sup>356 357</sup>.

De plus, l'arrêt *West Coast Hotel v. Parrish*<sup>358</sup>, qui met fin à l'ère *Lochner*, s'appuie notamment sur l'idée que la Cour ne peut raisonner de manière totalement abstraite, sans tenir compte de la réalité vécue par les personnes auxquelles s'applique le droit. *Lochner* est surtout invalidé parce que les juges de l'époque ont mésestimé la vulnérabilité des travailleurs et n'ont pas été attentifs au fait que la liberté contractuelle ne pouvait suffire à protéger lesdits travailleurs dès lors que ces derniers ne se trouvaient pas sur un réel pied d'égalité avec leurs employeurs<sup>359</sup>. Dans *Obergefell*, le juge Kennedy se montre également fort attentif au vécu des personnes, ce qui donne à penser que l'arrêt qui nous occupe est plus proche de celui qui met fin à l'ère *Lochner* que de l'arrêt *Lochner* lui-même<sup>360</sup>.

---

<sup>352</sup> L. SEIDMAN, *op. cit.*, p. 122.

<sup>353</sup> La Cour avait estimé à l'époque qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur le caractère juste ou injuste d'une législation issue d'un processus démocratique. *Dred Scott*, 403.

<sup>354</sup> Voy. not. L. EPSTEIN, W. LANDES et R. POSNER, « How Business Fares in the Supreme Court », *Minnesota Law Review*, 2013, pp. 1431-1472.

<sup>355</sup> Voy. e.g. *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (invalidation d'une partie du « Affordable Care Act ») et *Shelby County v. Holder*, 133 U.S. 2612 (2013) (invalidation d'une section du « Voting Rights Act »).

<sup>356</sup> K. WHITTINGTON, « The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review », *Notre Dame Law Review*, 2014, pp. 2219-2252.

<sup>357</sup> Voy. e.g. *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Company*, 550 U.S. 618 (2007) (limitant dans le temps la possibilité de poursuivre les entreprises dans le cadre d'un litige en matière de discrimination) et *Exxon Shipping Company v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008) (limitant la possibilité d'imposer des « punitive damages » aux entreprises).

<sup>358</sup> *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 279 (1937).

<sup>359</sup> *West Coast Hotel v. Parrish*, 397.

<sup>360</sup> R. KAHN, *op. cit.*, p. 300.

Enfin, alors que le juge Holmes reprochait à la majorité de l'époque de rendre une décision fondée sur une théorie économique à laquelle la majorité de la population américaine était opposée<sup>361</sup>, des sondages réalisés avant qu'*Obergefell* soit rendu montrent qu'une grande majorité des Américains étaient favorables au mariage homosexuel<sup>362</sup>. On peut d'ailleurs penser que la Cour en a tenu compte, même si elle n'y fait pas référence explicitement.

### §3 : Risque d'extension aux couples polygames

Une autre critique énoncée par le juge Roberts est liée à la possibilité d'étendre le raisonnement de la majorité aux couples polygames<sup>363</sup>. A partir du moment où la Cour s'éloigne de la définition traditionnelle du mariage et met l'accent sur l'autonomie individuelle et la liberté de choix, pourquoi ne pourrait-on pas également accepter une reconnaissance juridique de la polygamie, qui est profondément enracinée dans certaines cultures, ou considérer que les enfants élevés dans ce type de famille risquent à leur tour de se sentir stigmatisés<sup>364</sup>? A partir du moment où la majorité semble faire découler son droit au mariage de la volonté profonde des individus d'y avoir accès, suffit-il d'avoir envie de se marier pour y avoir droit<sup>365</sup>?

Cet argument nous semble infondé et spécieux. Tout d'abord, il importe peu que la polygamie soit ancrée dans certaines traditions étrangères, à partir du moment où même une analyse fondée sur l'histoire et la tradition telle que celle définie par *Glucksberg* suppose de prendre en compte uniquement l'histoire culturelle des Etats-Unis. Il nous paraît également douteux qu'autant d'enfants américains soient concernés par la polygamie que par l'homoparentalité. Par ailleurs, ce genre d'arguments passe à côté de la différence qui existe entre un couple formé par deux personnes homosexuelles et une famille polygame. Il est difficile d'affirmer que la polygamie serait une caractéristique immuable et intrinsèque à certaines personnes, ce que la Cour affirme par contre au sujet de l'orientation sexuelle. De plus, les personnes

<sup>361</sup> *Lochner*, 65 (opinion dissidente du juge Holmes).

<sup>362</sup> S. CLEMENT et R. BARNES, « Poll: Gay-Marriage Support at Record High », *Washington Post* (23 avril 2015), disponible sur: [http://www.washingtonpost.com/politics/courts\\_law/poll-gay-marriage-support-at-recordhigh/2015/04/22/f6548332-e92a-11e4-aae1-d642717d8afa\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/poll-gay-marriage-support-at-recordhigh/2015/04/22/f6548332-e92a-11e4-aae1-d642717d8afa_story.html) (dernière consultation : 15 décembre 2015).

<sup>363</sup> Dans le même sens, voy. e.g. W. BAUDE, « Is Polygamy Next? », *New York Times* (21 juillet 2015), disponible sur : [https://www.nytimes.com/2015/07/21/opinion/is-polygamy-next.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2015/07/21/opinion/is-polygamy-next.html?_r=0) (dernière consultation: 29 novembre 2016) et J. TURLEY, *op. cit.*

<sup>364</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 20-576.

<sup>365</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, 3-576 : « *Today's decision rests on nothing more than the majority's own conviction that same-sex couples should be allowed to marry because they want to...* ».

polygames ne sont pas privées de toute possibilité de s'unir légalement avec un être aimé : elles peuvent en tout cas conclure au moins une union au regard de la loi, ce dont les homosexuels sont complètement privés<sup>366</sup>. Nous avons vu que le juge Kennedy avait particulièrement insisté sur cette question de la solitude. Derrière la question de la polygamie se pose aussi celle d'un risque de subordination des femmes<sup>367</sup> qui n'est pas présent lorsqu'on légalise le mariage homosexuel, une telle légalisation mettant au contraire l'accent sur la liberté.

Le lien fait entre mariage homosexuel et polygamie est fréquent chez la droite conservatrice<sup>368</sup> mais nous semble essentiellement motivé par une volonté de donner à penser que la reconnaissance du mariage homosexuel constitue la porte ouverte à toutes les déviances et à l'imposition aux sociétés occidentales de mœurs qui ne sont pas les leurs. Ces comparaisons hâtives s'abstiennent souvent d'évoquer le traitement réservé aux personnes homosexuelles dans les pays qui reconnaissent la polygamie comme juridiquement valable<sup>369</sup>, traitement qui laisse penser que les liens entre promotion du mariage polygame et tolérance de l'homosexualité vont peut-être moins de pair que ne le laisse sous-entendre le juge Roberts.

Par ailleurs, la Cour n'affirme nullement qu'il suffise d'avoir envie de se marier pour pouvoir le faire. Ce n'est pas parce qu'*Obergefell* confirme le caractère fondamental du droit au mariage et l'étend aux couples homosexuels que toute restriction législative dudit droit doit être considérée comme anticonstitutionnelle<sup>370</sup>. Il demeure possible pour les autorités publiques de justifier des restrictions au droit au mariage. Estimer que les restrictions liées à l'orientation sexuelle ne sont pas légitimes ne revient pas à invalider d'autres restrictions. Ainsi, le fait que la Cour ait rendu dans *Lawrence* une décision favorable à l'intimité des relations sexuelles (en l'occurrence homosexuelles) ne signifie nullement que les autorités publiques se voient dorénavant privées de toute possibilité de restreindre cette liberté pour

---

<sup>366</sup> K. YOSHINO, « A New Birth of Freedom? (...) », p. 177.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>368</sup> Voy. e.g. les déclarations de Marion Maréchal-Le Pen lors d'une intervention auprès de la Ligue du Nord au moment des débats sur l'union civile des homosexuels en Italie. Selon elle le mariage n'est pas la reconnaissance sociale de l'amour et le mariage homosexuel risque d'ouvrir la porte à la reconnaissance de la polygamie. L. HAUSALTER, « Mariage homo et polygamie : Marion Maréchal-Le Pen embarrasse (encore) sa tante », *Marianne* (17 mars 2016), disponible sur : <http://www.marianne.net/mariage-homo-polygamie-marion-marechal-pen-embarrasse-encore-sa-tante-100241114.html> (dernière consultation : 7 février 2017).

<sup>369</sup> Sur la situation des homosexuels dans les pays appliquant le droit islamique, voy. e.g. « L'homosexualité masculine en pays islamique », *Slate* (7 février 2012), disponible sur : <http://www.slate.fr/lien/49589/MONDE-islam-musulman-homosexualite> (dernière consultation : 7 février 2017).

<sup>370</sup> P. NICOLAS, *op. cit.*, pp. 341-343.

d'autres motifs<sup>371</sup>. Par exemple, des cours fédérales ont encore récemment validé des législations prohibant l'inceste<sup>372</sup>.

Nous sommes dès lors d'avis que, contrairement à ce qu'affirme le juge Roberts, la majorité ne consacre pas un droit absolu au mariage pour toutes les personnes qui souhaiteraient avoir accès à l'institution. Le raisonnement suivi par la Cour n'est selon nous pas extensible à des situations totalement différentes, telles que la légalisation de la polygamie.

## Section 2 : Opinion dissidente du juge Thomas

L'élément le plus marquant dans l'opinion dissidente du juge Thomas est qu'il soit le seul parmi les juges dissidents à rejeter complètement l'existence de libertés positives garanties par la Constitution : selon lui, celle-ci ne protège que des libertés négatives<sup>373</sup>. Clarence Thomas estime que la liberté protégée par le 14<sup>ème</sup> Amendement n'est qu'une liberté d'aller et venir sans subir de contraintes de la part des autorités publiques<sup>374</sup>. Cette interprétation extrêmement conservatrice de la notion de liberté est étonnante en 2015 car elle remet en question une série de droits ayant été préalablement reconnus dans la jurisprudence de la Cour et revient à exiger que les autorités publiques menacent les citoyens d'une privation de liberté pour que leurs droits fondamentaux soient protégés. Cela reviendrait-il à considérer que le droit à l'avortement disparaît dès lors qu'aucun Etat ne sanctionne l'avortement d'une peine privative de liberté ?

En toute hypothèse, même si l'on considère que d'autres libertés que celle d'aller et venir sont visées par la clause de procédure régulière, celle-ci ne peut selon Clarence Thomas que concerner des libertés négatives. Or les plaignants n'ont nullement été privés de leur liberté à cause de leur homosexualité (alors que les personnes concernées dans *Loving* par exemple étaient menacées d'une telle sentence pour avoir conclu un mariage interracial<sup>375</sup>) et ne cherchent pas à être protégés contre une intervention intrusive des autorités dans leur vie mais réclament un droit à des bénéfices positifs, droit qui n'existe pas car si les rédacteurs de la Constitution l'avaient envisagé ils l'auraient inscrit dans les textes<sup>376</sup>. Il est difficile d'avancer un argument plus originaliste que celui-là. Le juge Thomas est cependant loin d'être le seul à

---

<sup>371</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>372</sup> Voy. e.g. *Lowe v. Swanson*, 663 F.3d 258, 261-265 (6<sup>th</sup> Cir. 2011).

<sup>373</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 1 et 2-576.

<sup>374</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 3 et 4-576.

<sup>375</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 11 et 12-576.

<sup>376</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 9 à 11-576.

considérer qu'une approche plus littérale de la clause de procédure régulière devrait être privilégiée, afin que celle-ci ne protège plus que – comme son nom semble l'indiquer *a priori* – des droits procéduraux<sup>377</sup>.

Les précédents de la Cour semblent toutefois lui donner tort. Ainsi, dans *Loving*, la Cour énonce expressément que c'est la restriction à la liberté de choix qui, lorsqu'elle est basée sur l'origine ethnique, est intolérable<sup>378</sup>. Quant à l'argument selon lequel les couples homosexuels ne sont pas exposés au risque d'une atteinte à leur liberté par les législations en cause, il relève presque de la malhonnêteté intellectuelle<sup>379</sup> à partir du moment où Clarence Thomas lui-même considérait, dans son opinion dissidente à l'arrêt *Lawrence*, que les sanctions pénales à l'égard des pratiques homosexuelles étaient justifiées au regard de la Constitution<sup>380</sup>. S'il est vrai qu'en 2015 les homosexuels américains ne peuvent plus être jetés en prison à cause de leurs préférences, ce n'est vraisemblablement pas au juge Thomas qu'ils le doivent.

Le juge Thomas critique tout le raisonnement de la majorité en matière de dignité<sup>381</sup>. Selon lui, il ne revient pas à la Cour de conférer suivant son bon vouloir une quelconque dignité aux individus car la dignité est intrinsèque à chaque être humain et lui vient directement de Dieu, qui a créé l'homme à son image<sup>382 383</sup>. Une affirmation selon nous respectable en matière de convictions religieuses personnelles mais néanmoins regrettable lorsqu'elle s'insère dans l'argumentation juridique d'un juge constitutionnel, surtout lorsque l'affirmation de l'origine divine de la dignité humaine est utilisée afin de priver le pouvoir judiciaire de la possibilité de préserver ladite dignité au nom de la Constitution.

Face aux critiques du juge Thomas, il importe de souligner que le concept de dignité est aujourd'hui venu se placer au centre du discours des droits de l'homme, se retrouvant dans plusieurs constitutions et dans divers textes internationaux<sup>384</sup>. C'est ainsi que l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce que tous les hommes sont nés libres et

---

<sup>377</sup> A. LAMPARELLO, « Justice Kennedy's Decision (...) », *op. cit.*, p. 53.

<sup>378</sup> *Loving*, 12.

<sup>379</sup> T. WOLFF, *op. cit.*, p. 31.

<sup>380</sup> *Lawrence*, 605-606 (opinion dissidente du juge Thomas).

<sup>381</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 8-576.

<sup>382</sup> *Obergefell*, opinion dissidente du juge Thomas, 16 et 17-576.

<sup>383</sup> Le juge Thomas n'est pas entièrement isolé, certains commentateurs américains affirmant dans le même sens que c'est Dieu et non l'Etat qui est source de droits. Voy. M. SCHUTT, « Speaking of Religious Freedom: The Trouble after *Obergefell* », *Journal of Christian Legal Thought*, 2015, pp. 35-36.

<sup>384</sup> S. MOYN, « The Secret History of Constitutional Dignity », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2014, p. 40.

égaux en dignité et en droit<sup>385</sup>. Il n'est donc pas étonnant de voir que le juge Kennedy cherche depuis vingt-cinq ans à placer ce concept au centre du droit constitutionnel américain, et qu'il s'appuie sur lui dans la présente décision pour faire le lien entre les clauses de procédure régulière et d'égle protection<sup>386</sup>.

## Conclusion

Etant arrivé au terme de notre mémoire, il est temps pour nous de formuler ici quelques remarques en guise de conclusion.

Dans le cadre de notre travail, nous avons tenté d'analyser l'arrêt *Obergefell v. Hodges* de manière dynamique, notamment en le mettant en perspective avec la jurisprudence précédente de la Cour suprême américaine et en cherchant à comprendre les implications potentielles qu'il était susceptible d'avoir à l'avenir.

L'étude des arrêts qui ont précédé *Obergefell* nous a permis de comprendre l'ouverture de plus en plus grande dont a fait preuve la Cour suprême à l'égard des couples de même sexe. Partant, dans les années 1980, de l'idée selon laquelle une protection constitutionnelle de ces couples relevait au mieux de la plaisanterie, elle s'est ensuite montrée de plus en plus favorable à leur égard, de l'interdiction des législations pénalisant l'homosexualité (*Lawrence*) à la consécration marquée par *Obergefell* et l'extension du droit fondamental au mariage à tous les couples homosexuels à travers les Etats-Unis.

Quant aux implications futures de l'arrêt, elles seront sans aucun doute multiples et demeurent difficiles à cerner avec précision à ce stade. Nombreux ont été les commentateurs progressistes qui ont critiqué l'analyse de la Cour en matière d'égle protection, considérant *Obergefell* comme une occasion manquée d'étendre à l'homosexualité la notion de catégorie suspecte, extension qui aurait impliqué la soumission des différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle à un contrôle judiciaire renforcé. Nous avons toutefois vu que certaines cours fédérales n'hésitaient pas, depuis *Windsor*, à appliquer dans ces hypothèses un tel contrôle renforcé.

Le camp progressiste s'est également alarmé des conséquences potentiellement négatives de l'arrêt en ce qui concerne la protection juridique des couples non mariés, l'apologie du mariage rédigée par le juge Kennedy risquant de stigmatiser ces derniers et d'entraver des

---

<sup>385</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, article I.

<sup>386</sup> L. TRIBE, *op. cit.*, p. 21.

initiatives favorables à une plus grande protection en leur faveur, alors que le mariage est de moins en moins populaire aux Etats-Unis, notamment auprès des couches les moins favorisées de la population. Nous sommes néanmoins d'avis qu'il n'était pas dans l'intention de la majorité de stigmatiser d'une quelconque façon les couples non mariés et considérons que l'arrêt ne devrait pas empêcher les législateurs désireux de tenir compte de la diversité de plus en plus importante des situations familiales de le faire pour le bénéfice du plus grand nombre. Un des impacts les plus importants d'*Obergefell* sur la théorie constitutionnelle américaine est sans doute la prise de distance effectuée par la Cour envers l'histoire et la tradition, qui s'étaient vu attribuer un rôle fondamental par l'arrêt *Washington v. Glucksberg*. Le juge Kennedy se montre clairement favorable à une approche évolutive et progressiste de la tradition, se refusant à ce que le passé régisse à lui seul le présent et l'avenir de la société américaine. La Constitution tient dès lors lieu d'instrument dynamique confié par les pères fondateurs aux générations successives. Les droits fondamentaux ne doivent pas non plus être définis de la manière la plus restrictive possible, faute de mettre à mal leur effectivité, dont les juges constitutionnels constituent les ultimes garants.

L'aspect le plus intéressant de l'arrêt repose sans doute dans le débat auquel il a donné lieu en matière de respect de la démocratie. Alors que de nombreux pays ont légalisé le mariage homosexuel à la suite d'un débat parlementaire voire d'un référendum (l'Irlande par exemple), ce sont ici cinq juges non élus qui ont tranché cette importante question de société, sur base d'une clause pour le moins laconique rédigée au 19<sup>ème</sup> siècle. Si les critiques émises par les juges conservateurs peuvent être tempérées en rappelant que ces derniers sont souvent moins enclins à respecter les vues des majorités politiques du moment dans d'autres domaines où leurs convictions idéologiques les portent à plus d'activisme juridictionnel, nous estimons néanmoins que le débat est loin d'être clos. Il nous paraît évident que le concept même de démocratie constitutionnelle suppose la possibilité pour les juges de s'opposer parfois aux vues des décideurs politiques en place au nom de la protection des droits fondamentaux des citoyens. Il est aussi clair à nos yeux que les commentateurs sont souvent portés à remettre en cause l'activisme du pouvoir judiciaire à partir du moment où une décision de justice leur déplaît.

Dans le même sens, il est hautement probable qu'une grande partie de l'enthousiasme provoqué par *Obergefell* dans le camp progressiste ait été liée au principe même de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, sans que soit posée la question de l'opportunité de voir cette décision émaner du pouvoir judiciaire. Si la reconnaissance d'un droit fondamental au mariage fait depuis longtemps consensus au sein des démocraties

occidentales, de même que le refus de principe des discriminations dans la reconnaissance des droits fondamentaux, le fait de considérer comme discriminatoire la non-reconnaissance du mariage homosexuel est loin d'être évident pour tout le monde. Les importants remous auxquels a donné lieu la légalisation du mariage dit « pour tous » en France (par voie législative cette fois) constituent une illustration remarquable des divisions qui subsistent en la matière. Les récents sondages réalisés en France et aux Etats-Unis estiment que la majorité de la population y est favorable au mariage homosexuel, mais c'est sans compter les lignes de fracture qui existent en fonction de l'âge des citoyens, de leur origine sociale ou de leurs convictions religieuses.

Le présent mémoire n'a pas eu pour vocation de trancher définitivement la question de savoir s'il était légitime de la part des juges de faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Nous avons toutefois souligné que la Cour suprême avait attendu que les relations homosexuelles fassent l'objet d'une acceptation sociale suffisamment large avant de rendre une telle décision. Nous avons aussi émis l'hypothèse que la légalisation du mariage homosexuel menait à son tour à davantage d'acceptation sociale de l'homosexualité, ce qui est peut-être encore plus le cas quand la décision est prise par une cour de justice impartiale au nom des droits fondamentaux et non par une majorité en fonction de son agenda politique. En toute hypothèse, nous sommes d'avis qu'une décision d'une telle ampleur n'était envisageable qu'au sein d'un système accordant une grande importance au pouvoir judiciaire et permettant aux juges à la fois d'émettre ouvertement leurs convictions personnelles et de tenir explicitement compte de considérations d'ordre socio-politique (« policy considerations »). C'est ainsi qu'au terme d'une étude de droit comparé nous sont rappelées les différences parfois fondamentales qui existent encore aujourd'hui entre un ordre juridique de common law et un système continental où le juge est perçu comme la bouche (souvent mécanique) de la loi.

Nous souhaitons conclure ce mémoire en mettant en avant, au-delà des débats enflammés qu'a suscités *Obergefell* et des interrogations qu'il soulève, la prodigieuse ouverture juridique et sociale envers les homosexuels dans laquelle s'inscrit l'arrêt. La Cour, nous l'avons vu, s'était montrée très fermée d'esprit par le passé. Mais c'est surtout la société toute entière qui revient de loin, et avec elle les personnes homosexuelles qui, ouvertement ou en silence en fonction de l'endroit et du moment, en ont toujours fait partie. Par-delà les paradoxes et les lacunes de la décision que nous avons choisi de commenter, nous ne pouvons que nous féliciter des avancées réalisées dans ce domaine. Et, au vu des tensions qui subsistent à ce sujet au sein de la population ainsi que de la résurgence occasionnelle de discours politiques

ou religieux rétrogrades, former le vœu que les acquis d'hier ne soient pas trop mis à mal au gré des aléas des temps présents et à venir.

## Bibliographie

### Législation

#### A. Textes internationaux

- Déclaration universelle des droits de l'homme, article I.

#### B. Constitution des Etats-Unis

- U.S. CONST. amend. II.
- U.S. CONST. amend. V.
- U.S. CONST. amend. IX.
- U.S. CONST. amend. XIV.

### Jurisprudence

#### A. Cour suprême des Etats-Unis

- *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798).
- *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
- *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).
- *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888).
- *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
- *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).
- *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).
- *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).
- *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).
- *Western Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).
- *Alabama State Federation of Labor v. McAdory*, 325 U.S. 450 (1945).
- *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

- *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).
- *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483 (1955).
- *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).
- *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).
- *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971).
- *Labine v. Vincent*, 401 U.S. 532 (1971).
- *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971).
- *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).
- *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972).
- *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).
- *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).
- *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).
- *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).
- *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).
- *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).
- *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979).
- *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982).
- *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985).
- *Regents of the University of Michigan v. Ewing*, 474 U.S. 214 (1985).
- *Lyng v. Castillo*, 477 U.S. 635 (1986).
- *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).
- *Turner v. Shafley*, 782 U.S. 78 (1987).
- *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988).
- *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).
- *Collins v. City of Harker Heights*, 503 U.S. 115 (1992).
- *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
- *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312 (1993).
- *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).
- *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).
- *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).
- *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002).
- *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

- *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Company*, 550 U.S. 618 (2007).
- *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).
- *Exxon Shipping Company v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008)
- *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).
- *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).
- *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S. Ct. 2566 (2012).
- *Fisher v. University of Texas at Austin*, 133 S. Ct. 2411 (2013).
- *Shelby County. v. Holder*, 133 U.S. 2612 (2013).
- *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013).
- *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).
- *Schuette v. BAMN*, 134 S. Ct. 1623 (2014).
- *Herbert v. Kitchen*, 135 S. Ct. 265 (2014).
- *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

## B. Cours constitutionnelles d'Etats américains

### a) Californie

- *In Re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008).
- *Strauss v. Horton*, 207 P.3d 48 (Cal. 2009).

### b) Hawaï

- *Baehr v. Lewin*, 852 P.2d 44 (Haw. 1993).
- *Baehr v. Miike*, 1999 LEXIS 391 (Haw.).

### c) Massachusetts

- *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941, 969 (Mass. 2003).

### d) Minnesota

- *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971).

### C. Cours d'appel fédérales américaines

#### a) Cour d'appel du 4<sup>ème</sup> Circuit

- *Bostic v. Schaeffer*, 760 F.3d 352 (4<sup>th</sup> Cir. 2014).

#### b) Cour d'appel du 6<sup>ème</sup> Circuit

- *Lowe v. Swanson*, 663 F.3d 258 (6<sup>th</sup> Cir. 2011).
- *DeBoer v. Snyder*, 722 F.3d 388 (6<sup>th</sup> Cir. 2014).

#### c) Cour d'appel du 7<sup>ème</sup> Circuit

- *Baskin v. Bogan*, 766 F.3d 648 (7<sup>th</sup> Cir. 2014)

#### d) Cour d'appel du 9<sup>ème</sup> Circuit

- *Perry v. Brown*, 671 F. 3d 1052 (9<sup>th</sup> Cir. 2012).
- *Latta v. Otter*, 771 F.3d 456 (9<sup>th</sup> Cir. 2014).

### D. Cours de district fédérales américaines

- *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1004 (ND Cal. 2010).
- *Obergefell v. Wymyslo*, 962 F.Supp.2d 968 (S.D. Ohio 2013).

## Doctrine

### A. Monographies

- BICKEL A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BORK R., *The Tempting of America*, New-York, Touchstone, 1991.
- CAHN N. et CARBONE J., *Marriage Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- DAHL R., *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.
- DAHL R., *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*, Chicago, Rand McNally, 1967.

- FELDMAN S., *Free Expression and Democracy in America: A History*, Chicago, University of Chicago Press, 2008.
- ISSACHAROFF S., *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- KNOWLES H., *The Tie Goes to Freedom: Justice Anthony M. Kennedy on Liberty*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2009.
- POLIKOFF N., *Beyond (Straight and Gay Marriage): Valuing All Families under the Law*, Boston, Beacon Press, 2008.
- ROSENBERG G., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2<sup>ème</sup> éd., Chicago, University of Chicago Press, 2008.

#### B. Articles de périodiques

- BALL C., « Bigotry and Same-Sex Marriage », *UMKC Law Review*, 2016, pp. 639-661.
- BROWN R., « Tradition and Insight », *Yale Law Journal*, 1993, pp. 177-222.
- CARPENTER L. et COHEN D., « A Decision Unlike Any Other: *Obergefell* and the Doctrine of Marital Superiority », *The Georgetown Law Journal Online*, 2015, pp. 124-132.
- CHERMERINSKY E., « The Supreme Court, Public Opinion, and the Role of the Academic Commentator », *South Texas Law Review*, 1999, pp. 943-945.
- CLEMENTS A., « Sexual Orientation, Gender Nonconformity, and Trait-Based Discrimination: Cautionary Tales from Title VII and an Argument for Inclusion », *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*, 2009, pp. 166-207.
- COOPER E., « The Power of Dignity », *Fordham Law Review*, 2015, pp. 3-22.
- EPSTEIN L., LANDES W. et POSNER R., « How Business Fares in the Supreme Court », *Minnesota Law Review*, 2013, pp. 1431-1472.
- ESKRIDGE W., « The Marriage Equality Cases and Constitutional Theory », *Cato Supreme Court Review*, pp. 111-138.
- FELDMAN S., « (Same) Sex, Lies, and Democracy: Tradition, Religion, and Substantive Due Process (with an Emphasis on *Obergefell v. Hodges*) », *William and Mary Bill of Rights Journal*, 2015, pp. 341-368.

- GOETING N., « More than Just the Last Gay Marriage Case », *National Lawyers Guild Review*, 2015, pp. 55-61.
- GOLDBERG S., « Reflections on *Obergefell* and the Family-Recognition Framework's Continuing Value », *UMKC Law Review*, 2016, pp. 707-714.
- GRAHAM T., « *Obergefell* and Resistance », *UMKC Law Review*, 2016, pp. 715-732.
- GREENDORFER M., « After *Obergefell*: Dignity for the Second Amendment », *Mississippi College Law Review*, 2016, pp. 128-147.
- GUINIER L., « The Supreme Court, 2007 Term – Foreword: Desmosprudence Through Dissent », *Harvard Law Review*, 2008, pp. 7-138.
- HERMANN D., « Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: the United States Supreme Court Decision in *Obergefell v. Hodges* », *Indiana Law Review*, 2016, pp. 367-396.
- HOLMES O. W., « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, pp. 457-478.
- HUNTINGTON C., « *Obergefell*'s Conservatism: Reifying Familial Fronts », *Fordham Law Review*, 2015, pp. 23-31.
- INFANTI A., « Victims of Our Own Success: The Perils of *Obergefell* and *Windsor* », *Ohio State Law Journal*, 2015, pp. 79-86.
- JACKSON R., « The Task of Maintaining our Liberties: The Role of the Judiciary », *American Bar Association Journal*, 1953, pp. 961-965.
- KAHN R., « The Right to Same-Sex Marriage: Formalism, Realism, and Social Change in *Lawrence* (2003), *Windsor* (2013), and *Obergefell* (2015) », *Maryland Law Review*, 2015, pp. 271-311.
- KATZ R., « The Role of Public Reason in *Obergefell v. Hodges* », *FIU Law Review*, 2015, pp. 177-188.
- KLARMAN M., « *Windsor* and *Brown*: Marriage Equality and Racial Equality », *Harvard Law Review*, 2013, pp. 127-160.
- KRAMER Z., « Before and After *Obergefell* », *UMKC Law Review*, 2016, pp. 797-802.
- LAMPARELLO A., « Justice Kennedy's Decision in *Obergefell*: a Sad Day for the Judiciary », *HLRe: Off the Record*, 2015, pp. 45-60.
- LAMPARELLO A., « *Obergefell v. Hodges*: How the Supreme Court Should Have Decided the Case », *ConLawNOW*, 2015, pp. 27-36.
- LANDAU J., « Roberts, Kennedy, and the Subtle Differences that Matter in *Obergefell* », *Fordham Law Review*, 2015, pp. 33-40.

- MAZZONE J., « When Courts Speak: Social Capital and Law's Expressive Function », *Syracuse Law Review*, 1999, pp. 1039-1066.
- MCCONNELL M., « Textualism and the Dead Hand of the Past », *George Washington Law Review*, 1998, pp. 1117-1140.
- MCCUNE B., « Judicial Overreach and America's Declining Democratic Voice: the Same-Sex Marriage Decisions », *Texas Review of Law and Politics*, 2015, pp. 29-78.
- MOYN S., « The Secret History of Constitutional Dignity », *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2014, pp. 39-73.
- NICOLAS P., « Fundamental Rights in a Post-*Obergefell* World », *Yale Journal of Law and Feminism*, 2016, pp. 331-361.
- POWELL C., « Up from Marriage: Freedom, Solitude, and Individual Autonomy in the Shadow of Marriage Equality », *Fordham Law Review*, 2015, pp. 69-78.
- SCHUTT M., « Speaking of Religious Freedom: The Trouble after *Obergefell* », *Journal of Christian Legal Thought*, 2015, pp. 35-36.
- SEIDMAN L., « The Triumph of Gay Marriage and the Failure of Constitutional Law », *The Supreme Court Review*, 2015, pp. 115-146.
- SMITH C., « *Obergefell*'s Missed Opportunity », *Law and Contemporary Problems*, 2016, pp. 223-236.
- SUNSTEIN C., « On the Expressive Function of Law », *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, pp. 2021-2053.
- TRIBE L., « Equal Dignity: Speaking its Name », *Harvard Law Review Forum*, 2015, pp. 16-32.
- TURNER R., « Marriage Equality and *Obergefell*'s Generational (not Gluckberg's Traditional) Due Process Clause », *Duke Journal Gender Law and Policy*, 2016, pp. 145-162.
- VELTE K., « *Obergefell*'s Expressive Promise », *HLRe: Off the Record*, 2015, pp. 157-166.
- WATTS T., « From *Windsor* to *Obergefell*: The Struggle for Marriage Equality Continued », *Harvard Law and Policy Review*, 2015, pp. S52-S86.
- WHITTINGTON K., « The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review », *Notre Dame Law Review*, 2014, pp. 2219-2252.
- WOLFF T., « The Three Voices of *Obergefell* », *Los Angeles Lawyer*, décembre 2015, pp. 28-36.

- WYDRA E., « Reading the Opinions – and the Tea Leaves – in *United States v. Windsor* », *Cato Supreme Court Review*, 2013, pp. 95-116.
- YOSHINO K., « A New Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges* », *Harvard Law Review*, 2015, pp. 147-179.
- YOSHINO K., « The New Equal Protection », *Harvard Law Review*, 2011, pp. 747-803.
- ZIEGLER M., « Perceiving Orientation: Defining Sexuality after *Obergefell* », *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 2016, pp. 223-261.

### C. Articles et documents consultés sur internet

- Center for Disease Control and Prevention, *National Marriage and Divorce Trends*, disponible sur : [http://www.cdc.gov/nchs/nvss/marriage\\_divorce\\_tables.htm](http://www.cdc.gov/nchs/nvss/marriage_divorce_tables.htm).
- Equality Maps: Non-Discrimination Laws, *Movement Advancement Project*, disponible sur: <http://lgbtmap.org/equality-maps/non-discriminationlaws>.
- « L'homosexualité masculine en pays islamique », *Slate* (7 février 2012), disponible sur : <http://www.slate.fr/lien/49589/MONDE-islam-musulman-homosexualite>.
- ANCERY P. et GUILLET C., « Quand l'homosexualité était une maladie », *Slate* (24 juillet 2011), disponible sur : <http://www.slate.fr/story/41351/homosexualite-maladie>.
- BAUDE W., « Is Polygamy Next? », *New York Times* (21 juillet 2015), disponible sur : [https://www.nytimes.com/2015/07/21/opinion/is-polygamy-next.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2015/07/21/opinion/is-polygamy-next.html?_r=0).
- CLEMENT S. et BARNES R., « Poll: Gay-Marriage Support at Record High », *Washington Post* (23 avril 2015), disponible sur: [http://www.washingtonpost.com/politics/courts\\_law/poll-gay-marriage-support-at-recordhigh/2015/04/22/f6548332-e92a-11e4-aae1-d642717d8afa\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/poll-gay-marriage-support-at-recordhigh/2015/04/22/f6548332-e92a-11e4-aae1-d642717d8afa_story.html).
- COBB M., « The Supreme Court's Lonely Hearts Club », *New York Times* (30 juin 2015), disponible sur: [http://www.nytimes.com/2015/06/30/opinion/the-supreme-courts-lonely-hearts-club.html?ref-opinion&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2015/06/30/opinion/the-supreme-courts-lonely-hearts-club.html?ref-opinion&_r=0).
- HAUSALTER L., « Mariage homo et polygamie : Marion Maréchal-Le Pen embarrasse (encore) sa tante », *Marianne* (17 mars 2016), disponible sur : <http://www.marianne.net/mariage-homo-polygamie-marion-marechal-pen-embarrasse-encore-sa-tante-100241114.html>.
- HUNTER N., « The Undetermined Legacy of *Obergefell v. Hodges* », *The Nation* (29 juin 2015), disponible sur : <http://www.thenation.com/article/the-undetermined-legacy-ofobergefell-v-hodges/>.

- MILLER R., « Single Americans Now More than Half the U.S. Population », *Chicago Tribune* (10 septembre 2014), disponible sur: <http://www.chicagotribune.com/news/nationworld/chi-single-americanspopulation-20140910-story.html>.
- PERRY R., « *Obergefell v. Hodges*: Same-Sex Marriage Legalized », *Congressional Research Service* (7 août 2015), disponible sur: <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R44143.pdf>.
- SCHNURER E., « Equality for All », *U.S. News* (29 juillet 2016), disponible sur: <http://www.usnews.com/opinion/blogs/eric-schnurer/2015/06/29/gay-marriagedecision-should-have-been-all-about-constitutional-equality>.
- STOLBERG S., « Kentucky Clerk Defies Court on Marriage Licenses for Gay Couples », *New York Times* (13 août 2015), disponible sur: <http://www.nytimes.com/2015/08/14/us/kentucky-rowan-county-same-sex-marriage-licenses-kim-davis.html>.
- TURLEY J., « The Trouble with the 'Dignity' of Same-Sex Marriage », *Washington Post* (2 juillet 2015), disponible sur : [https://www.washingtonpost.com/opinions/thetrouble-with-the-dignity-of-same-sex-marriage/2015/07/02/43bd8f70-1f4e-11e5-aeb9-a411a84c9d55\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/opinions/thetrouble-with-the-dignity-of-same-sex-marriage/2015/07/02/43bd8f70-1f4e-11e5-aeb9-a411a84c9d55_story.html).

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)

