Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis

Droit au mariage des couples de même sexe (Cour suprême des Etats-
Unis)

Céline Fercot

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1426>

DOI : 10.4000/revdh.1426

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Céline Fercot, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 12 octobre 2015, consulté le 07 décembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1426> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1426>

Ce document a été généré automatiquement le 25 janvier 2022.

Tous droits réservés

Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis

Droit au mariage des couples de même sexe (Cour suprême des Etats-Unis)

Céline Fercot

- 1 Le 11 juillet 2013, soit quinze jours seulement après que la Cour suprême eut rendu ses deux décisions *United States v. Windsor*, *Edith S., et al. et Hollingsworth, Dennis et al. v. Perry*¹, deux résidents de l'Ohio, James Obergefell et John Arthur se mariaient dans l'Etat du Maryland, leur Etat, l'Ohio, refusant non seulement de marier les couples de même sexe, mais excluant par ailleurs de reconnaître les mariages conclus dans d'autres contrées fédérées. Mais une fois revenu dans son Etat d'origine, John Arthur décédait des suites d'une grave maladie. Le couple demandait alors au greffier de l'Ohio d'identifier officiellement sur le certificat de décès de son époux son partenaire, James Obergefell, en tant qu'époux survivant. Puis les choses s'enchaînaient très vite. Le 19 juillet 2013, le couple initiait une poursuite à l'encontre du gouverneur de l'Ohio, John Kasich, alléguant l'existence d'une discrimination perpétrée par cet Etat à l'encontre de couples légalement mariés en dehors des frontières de celui-ci. L'affaire *Obergefell v. Hodges* débutait alors un long chemin judiciaire, qui devait mener les requérants de la Cour fédérale du District Sud de l'Ohio² à la Cour suprême, en passant par la Cour d'appel des Etats-Unis pour le 6^{ème} Circuit³. Un feuilleton au fil duquel le couple Arthur-Obergefell fut rejoint par d'autres requérants⁴, et qui parvint devant la Cour suprême le 14 novembre 2014⁵, posant alors aux juges de Washington une question essentielle : **le refus exprimé par certains Etats fédérés de reconnaître des mariages unissant des couples de même sexe conclus dans d'autres Etats viole-t-il le XIV^{ème} Amendement de la Constitution fédérale ?**
- 2 La Cour, saisie de ce questionnement, a décidé de l'entendre très largement. Les juges de Washington ont en effet saisi l'occasion pour s'accorder le pouvoir de trancher, une fois pour toutes, le débat relatif au « mariage pour tous »⁶. Fruit de cette volonté, l'arrêt

Obergefell et a. v. Hodges⁷, rendu le 26 juin 2015, présente tous les traits **d'une décision historique** qui, bien que prévisible⁸, laisse transparaître une certaine audace, voire une audace certaine de la part des juges de Washington.

- 3 Le mariage incarne en effet, aux Etats-Unis, **une institution non seulement juridiquement très protégée, mais aussi culturellement adulée**. L'opinion rédigée par le juge Kennedy, citant Confucius et Cicéron, opte d'ailleurs pour un ton volontiers lyrique. Evoquant « la centralité du mariage pour la condition humaine », ou encore « la beauté du mariage », elle rappelle que celui-ci se trouve à la fois au fondement des relations sociales et de la vie politique⁹, avant d'ajouter que « nulle union n'est plus profonde que le mariage », lequel « incarne les idéaux les plus élevés d'amour, de fidélité, de dévotion, de sacrifice, et de famille »¹⁰. Cette sphère de protection explique d'ailleurs que la solution dégagée ait été obtenue à une très courte majorité – cinq voix contre quatre –, le juge Kennedy ayant choisi, sur une question ô combien sensible au sein de la société américaine, de rejoindre les juges Breyer, Ginsburg, Kagan et Sotomayor, habituellement qualifiés de progressistes¹¹.
- 4 Mais **l'institution du mariage s'inscrit**, selon la Cour, tout comme les droits des femmes, et tout comme les droits des personnes homosexuelles, **dans une histoire faite de changements** – des changements qui, par le passé comme dans le futur, n'ont pas eu, et n'auront pas pour effet de la fragiliser¹². Il convient certes de constater, note la Cour, que le droit de se marier a longtemps été évoqué pour désigner uniquement les unions entre un homme et une femme. Elle-même, en 1972, avait refusé, de manière très lapidaire, de se pencher sur l'exclusion des couples de même sexe des bénéfices du mariage, considérant alors que l'affaire qui lui était soumise ne soulevait aucune « question fédérale substantielle »¹³. Les temps ont changé, toutefois, et **il convient désormais de qualifier le droit des couples de même sexe de se marier de droit fondamental**. Tel est le résultat d'une interprétation qui va bien au-delà de la lettre du texte constitutionnel, vieux de plus de deux siècles, et qui considère « la tradition » comme « une chose vivante »¹⁴, pour reprendre les propos du juge Harlan¹⁵. L'opinion majoritaire critique d'ailleurs au passage la position originaliste défendue, notamment, par le juge Antonin Scalia dans sa très longue, et extrêmement virulente, opinion dissidente¹⁶.
- 5 Deux ans après avoir timidement souligné, par la décision *United States v. Windsor*, que le mariage n'était pas, en soi, réservé aux couples hétérosexuels, la Cour suprême affirme, le 26 juin 2015, que « **le XIV^{ème} Amendement requiert d'un Etat qu'il célèbre un mariage entre deux personnes de même sexe** »¹⁷. Par là, elle considère que les Etats fédérés qui refusent d'unir deux personnes de même sexe sont tenus non seulement de célébrer leur mariage civil, mais également de reconnaître leur union lorsque celle-ci a été célébrée dans d'autres contrées fédérées.
- 6 Plus précisément, alors qu'elle s'était bornée, en 2013, à constater que l'absence de reconnaissance, dans le système fédéral – et dans celui-ci uniquement –, des droits des couples de même sexe légalement mariés dans certains Etats était discriminatoire, la Cour suprême, deux années plus tard, **qualifie très explicitement le droit pour les couples de même sexe de se marier (right to marry) de droit fondamental**¹⁸. Affirmant implicitement que le cercle des titulaires du droit de se marier doit désormais être entendu très largement, sans aucune considération liée à l'orientation sexuelle des partenaires, la Cour suprême vient ainsi souligner **sa fonction protectrice** à l'égard des individus et rappeler qu'il est à la fois **un droit de liberté et d'égalité**

(1°). Mais le droit de se marier revêt également **une fonction** que l'on peut qualifier de **structurelle**. En s'aventurant dans un domaine qui constitue l'une des dernières chasses gardées des entités fédérées, et en affirmant que le droit au mariage n'est désormais plus une affaire d'Etats – fédérés – mais une affaire d'Etat – fédéral –, les juges de Washington redéfinissent en effet, sans le dire, mais dans une décision majeure qui fera date, les contours du fédéralisme américain (2°).

1°/- Le droit de se marier : un savant mariage de liberté et d'égalité

- 7 L'opinion rédigée par le juge Kennedy commence, en premier lieu, par rappeler la disposition phare interprétée par la Cour, laquelle n'est autre ici que le XIV^{ème} Amendement à la Constitution fédérale. Un instrument adopté en 1868, au sortir de la Guerre de Sécession, soit dans un contexte de très fortes discriminations raciales et qui avait, rappelons le, principalement pour objectif d'imposer aux Etats fédérés le contenu du V^{ème} Amendement – ce dernier rassemblant en son sein tout à la fois une clause de Due Process et un principe d'égale protection, tous deux destinés à s'appliquer uniquement aux autorités fédérales¹⁹. Le XIV^{ème} Amendement dispose ainsi qu'« aucun Etat (...) ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit (without Due Process of Law) ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égale protection des lois (...) »²⁰.
- 8 Cette assertion appelle toutefois une précision essentielle. Si les lois soumises à l'examen de la Cour suprême violent le XIV^{ème} Amendement, c'est en réalité pour plusieurs raisons. Cette disposition renferme en effet deux éléments essentiels, entre lesquels il existe, selon la Cour, une « connexion », une « synergie » très forte²¹ : la « garantie d'une protection due par le droit » (Due Process Clause), d'une part, et la clause d'égale protection (Equal Protection Clause), d'autre part (A). Ces deux principes interagissent, convergent pour indiquer au juge « ce qu'est et ce que doit devenir la liberté »²². La réflexion des juges fédéraux se décompose ainsi en deux temps, faisant du droit de se marier un droit « hybride », au secours duquel est appelé le principe de dignité (B).

A – Un droit à la jonction de la liberté et de l'égalité

- 9 L'intérêt majeur de la décision *Obergefell v. Hodges* peut être aisément résumé : **le droit des couples de même sexe de convoler en justes noces est désormais qualifié de droit fondamental**. Mais, au-delà du résultat atteint, le raisonnement de la Cour suprême présente ici quelques spécificités. Alors qu'elle a coutume de distinguer deux types de requêtes, à savoir celles articulées autour de l'idée de liberté (*Liberty Claims*), d'une part, et celles fondées sur la clause d'égale protection (*Equal Protection Claims*, ou *Equality Claims*)²³, d'autre part, la Cour se tourne en effet, en l'espèce, prioritairement vers l'idée de liberté²⁴ (1), sans toutefois jamais écarter – et ici vient d'ailleurs se loger l'un des principaux flous de la décision – le principe d'égalité²⁵ (2).

1 – Un droit de liberté

10 Dans la droite ligne de la décision *Bolling v. Sharpe* rendue en 1954²⁶, les juges suprêmes reprennent – certes implicitement – l'idée selon laquelle une discrimination peut être *tellement injustifiable* qu'elle doit être considérée comme **portant atteinte à la clause de Due Process**²⁷, alors envisagée dans sa version substantielle (**Substantive Due Process Clause**)²⁸. Dit autrement, certains traitements imposés par le droit sont *tellement inégalitaires* qu'ils privent les individus d'une part de leur liberté – ou de leur propriété, voire même de leur vie – sans garantie d'une protection due par le droit (« *without Due Process of Law* »).

11 Le droit pour les couples de même sexe de se marier : un droit fondamental

12 Mais si la Cour se réfère ici à la clause matérielle de *due process of law*, c'est toutefois parce qu'elle a au préalable pris le soin de qualifier le droit pour les couples de même sexe de se marier de droit fondamental (« *fundamental right* »)²⁹. En d'autres termes, c'est précisément parce qu'il s'agit là d'un droit fondamental que les Etats ne peuvent l'enfreindre sans méconnaître les garanties de la clause matérielle de *due process of law* contenues dans le XIV^{ème} Amendement. Le point est important, car l'un des principaux apports de la décision *Obergefell* réside précisément ici. Concernant la *substantive due process clause*, il importe en effet de souligner que pendant longtemps – et la décision *Lawrence v. Texas* de 2003 marque ici un véritable tournant³⁰ –, la Cour suprême n'a qualifié de droits fondamentaux que les droits qui étaient « profondément enracinés dans la tradition et l'histoire de la nation » (« *deeply rooted in this Nation's history and tradition* ») ou « implicitement contenus dans le concept d'une liberté ordonnée » (« *implicit in the concept of ordered liberty* »). Mais, peu à peu, les temps ont changé. Dès 2008, la Cour suprême californienne affirme que même si, d'un point de vue historique, le mariage a toujours été limité à une union entre un homme et une femme, « la tradition seule, n'a généralement pas été considérée comme une justification suffisante pour perpétuer, sans examen, la restriction ou le refus d'un droit constitutionnel fondamental »³¹. Et, dans le prolongement de ce précédent, la Cour suprême écarte en l'espèce implicitement la jurisprudence *Washington v. Glucksberg* de 1997³², qui invitait à définir les « droits fondamentaux » de manière plus circonscrite, en accordant une large place aux origines historiques du texte constitutionnel.

13 Le droit de se marier : une porte d'entrée vers d'autres droits et libertés

14 Pour conclure que le vent a tourné et que la tradition n'est plus ce qu'elle était, la Cour suprême énonce une série de plusieurs arguments, qu'il est toutefois possible de rassembler en une idée principale³³ : **le droit de se marier doit être considéré comme la porte d'entrée vers d'autres droits et libertés**³⁴. Et « ceci est vrai pour tous les individus, quelle que soit leur orientation sexuelle »³⁵.

15 **Le droit de se marier doit tout d'abord être rapproché du « droit à l'autonomie de la personne en matière de choix intimes et personnels »** (*right to personal choice*)³⁶, lequel renvoie, sans que les frontières ne soient ici très précises, tant à la dignité de la personne humaine qu'au respect de la vie privée et de l'intimité³⁷. La Cour procède ainsi : « les libertés fondamentales (*fundamental liberties*) protégées par (la clause matérielle de *due process*) incluent la plupart des droits énumérés dans le *Bill of Rights* »³⁸ ; elles s'étendent également « à certains choix personnels qui concernent la dignité et l'autonomie de l'individu, y compris les décisions intimes qui définissent l'identité

et les croyances personnelles »³⁹. Tout comme les choix relatifs à la contraception, aux relations familiales, à la procréation ou encore à l'éducation, ceux qui concernent le mariage « sont parmi les plus intimes qu'un individu puisse faire »⁴⁰.

- 16 Cette volonté dont témoigne la Cour suprême, d'évoquer l'autonomie plutôt que la liberté ou, plus exactement, de sous-entendre que **la liberté présuppose l'autonomie**, est loin d'être nouvelle. Déjà en 1965, dans la décision *Griswold v. Connecticut*, la Cour se fondait sur ce « droit à l'autonomie de la personne » pour reconnaître aux couples mariés le droit d'avoir recours à un mode de contraception⁴¹. Déjà en 1987, dans la décision *Turner v. Safley*, elle recourait à ce même fondement pour reconnaître aux détenus le droit de se marier⁴². Déjà en 2003, dans la célèbre décision *Lawrence v. Texas*, elle venait protéger l'intimité qui s'attache aux relations sexuelles au sein du couple, en décidant d'invalidier une loi texane criminalisant les rapports sexuels entre adultes hommes consentants⁴³. Au cœur de ce corpus jurisprudentiel, comme de l'arrêt *Obergefell v. Hodges* : « **l'association intime** » (« **intimate association** ») **entre deux individus**⁴⁴, qui doit faire l'objet d'une protection particulièrement renforcée. Citant la Cour suprême du Massachusetts, et sa célèbre décision *Goodridge* de 2003⁴⁵, les juges fédéraux rappellent en effet que « (tant) la décision de se marier (que) le choix de son partenaire, représentent l'un des plus grands moments d'auto-détermination au cours de la vie »⁴⁶. Partant, le droit de se marier mérite le qualificatif de « fondamental » au sens où il renvoie à « **une union entre deux personnes qui n'a d'égale aucune autre dans son importance au regard des personnes engagées** ».
- 17 La protection du mariage influe, ensuite, sur celle accordée, plus largement, aux enfants et aux familles, et elle entretient **des liens très étroits avec d'autres droits, afférents à la procréation et à l'éducation**. La Cour prend – certes timidement et assez maladroitement – le soin de rappeler que le mariage doit être déconnecté de la procréation⁴⁷, les droits et intérêts des enfants étant ici simplement envisagés comme *l'un des aspects* de la protection constitutionnelle du mariage. Néanmoins, en soulignant que de nombreux Etats permettent désormais aux couples gays et lesbiens d'adopter des enfants, elle rappelle qu'il existe un lien très fort entre le mariage et la parentalité : la preuve, « émanant du droit lui-même », que les homosexuels « peuvent créer des familles aimantes et solidaires ». Partant, empêcher les couples de même sexe de se marier contribue à faire peser sur les enfants concernés « une vie de famille plus difficile et incertaine »⁴⁸, quand le mariage leur apporterait « (la) permanence et (la) stabilité » nécessaires à leur épanouissement⁴⁹.
- 18 Mais le droit de se marier peut, enfin, être qualifié de transversal au sens où **l'institution du mariage**, à laquelle il est inextricablement lié, **représente**, comme le souligne la Cour, « **une clef de voûte de (l')ordre social** » (« *a keystone of our social order* »)⁵⁰. « Tout comme les deux personnes formant un couple font vœu de se soutenir l'un l'autre, la société promet de soutenir le couple, en (lui) offrant la reconnaissance symbolique et les avantages matériels destinés à protéger et à nourrir (leur) union ». C'est d'ailleurs ici que la Cour suprême rend hommage – très discrètement, toutefois – au rôle précurseur joué par les Etats fédérés, en soulignant que « (ces derniers) ont contribué à forger le caractère fondamental du cadre juridique entourant le mariage (*marriage right*) en plaçant cette institution au centre d'innombrables facettes de l'ordre juridique et social »⁵¹.
- 19 Mais le droit de se marier n'est pas qu'un droit de liberté : il est aussi un droit d'égalité.

2 – Un droit d'égalité

- 20 Si le refus d'admettre les couples homosexuels au sein de l'institution matrimoniale viole le XIV^{ème} Amendement, c'est également parce qu'il **porte atteinte à la clause d'égalité protection (*Equal Protection Clause*)**. Cette disposition, qui se borne à affirmer qu'aucun Etat ne peut « refuser à qui que ce soit se trouvant sur son territoire la *protection égale de la loi* », exige – en apparence de manière très abstraite – que la loi protège de manière égale tous les citoyens. Elle est généralement considérée comme renfermant un principe général de non-discrimination, lequel entraîne *a minima* une conséquence : toute discrimination « injuste » (« *invidious* »), c'est-à-dire arbitraire (« *arbitrary* ») ou non justifiée (« *unjustified* »), en d'autres termes tout traitement différencié d'un groupe particulier d'individus reposant sur un motif illégitime, est prohibé⁵².
- 21 Plus précisément, la clause d'égalité protection peut être mobilisée de deux manières différentes. Elle peut tout d'abord être mise en œuvre **lorsqu'une charge (« *burden* ») particulière pèse sur une « catégorie protégée » d'individus (« *protected class* »)**. En pareil cas, une alternative : soit la « catégorie » en question est considérée comme « protégée » (« *protected class* »), et la Cour suprême applique un contrôle strict (« *heightened scrutiny* »)⁵³, soit cette catégorie n'est pas protégée, et la Cour met en œuvre un contrôle minimum (*rational basis review*) ou, à défaut, un contrôle intermédiaire (« *heightened* » ou « *intermediate scrutiny* »)⁵⁴. **Mais la clause d'égalité protection peut également être mobilisée** – avec des chances de succès, c'est-à-dire en impliquant un contrôle strict – **lorsqu'est porté atteinte à un droit fondamental⁵⁵**, et donc à un « intérêt fondamental » (« *fundamental interest* ») d'un groupe d'individus en particulier⁵⁶.
- 22 **La première voie, qui semblait envisageable, est écartée d'un revers de main par la Cour suprême.** Les juges de Washington ne se posent pas, en effet, la question de savoir si la « catégorie » des homosexuels *peut* ou *doit* être « protégée ». Ils ne cherchent pas à savoir si l'interdiction du mariage pour les couples de même sexe constitue une discrimination⁵⁷, susceptible, notamment, d'être fondée sur l'orientation sexuelle⁵⁸. Tout au plus évoquent-ils « une longue histoire de désapprobation » (« *a long history of disapproval* ») ainsi « (qu'un) préjudice grave et continu » (« *a grave and continuing harm* »), avant de souligner le « handicap » dont souffrent les personnes homosexuelles », handicap « qui conduit à leur manquer de respect et à faire d'eux une catégorie subalterne »⁵⁹. *A fortiori*, donc, les juges suprêmes ne cherchent pas non plus à déterminer la nature du contrôle qu'il conviendra d'exercer à l'avenir sur les mesures porteuses de discriminations à l'égard des homosexuels en général⁶⁰.
- 23 **C'est bien la seconde voie évoquée que la Cour suprême décide d'emprunter.** Celle-ci semblait incertaine, la Cour ayant pour habitude de « découvrir » de nouveaux droits fondamentaux avec la plus grande parcimonie⁶¹. C'est pourtant dans cette brèche que les juges de Washington choisissent de s'engouffrer. Rappelant que « l'identification et la protection des droits fondamentaux » se trouvent au cœur de la fonction judiciaire, ils ajoutent qu'il relève de leur « responsabilité » d'identifier les intérêts (« *interests* ») des individus qui sont « tellement fondamentaux » (« *so fundamental* ») que l'Etat doit leur accorder son respect⁶². Or, **le mariage fait partie de ces intérêts**. La Cour suprême est d'ailleurs intervenue, à de nombreuses reprises, en vue de le protéger – en 1967, notamment, lorsqu'elle décida, par la célèbre décision *Loving v. Virginia*⁶³, de

lever l'interdiction des mariages interracialisés, rappelant à l'occasion que le mariage représente « l'un des droits personnels vitaux les plus essentiels dans la quête du bonheur auquel aspirent les personnes libres »⁶⁴. Autant d'éléments qui plaident en faveur d'une profonde violation du principe d'égalité, et qui conduisent la Cour à prononcer une conclusion sans appel : **les lois qui sont soumises à son examen sont « par essence inégalitaires » (« in essence unequal »)**⁶⁵, dès lors que les couples de même sexe se voient non seulement privés d'un certain nombre d'avantages matériels mais sont, plus largement, empêchés d'exercer un droit fondamental⁶⁶. Le droit de se marier ne peut donc plus leur être dénié, et il convient de renverser la décision *Baker v. Nelson* de 1972⁶⁷.

- 24 Le droit pour les couples de même sexe d'accéder aux sacrements civils du mariage se situe donc au cœur de la liberté et de l'égalité. Ce constat fait de lui un droit que l'on peut, au regard du raisonnement avancé par la Cour, qualifier de droit « hybride »⁶⁸.

B – Un droit « hybride » : l'entremise de la dignité

- 25 Sans que cela soit explicitement dit, et sans que les deux arguments ne soient réellement isolés l'un de l'autre, la décision *Obergefell* présente le grand intérêt de souligner qu'en droit américain, **liberté et égalité entretiennent un lien très étroit**.
- 26 D'un côté, c'est à l'issue d'une interprétation de la clause matérielle de *Due Process* que la Cour en vient à conclure qu'**« il n'existe aucune différence entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels »**⁶⁹. Partant, le fait d'exclure ces derniers d'un certain nombre d'avantages liés au mariage contribue à créer de leur côté de « l'instabilité » et conduit, surtout, à « enseigner que les gays et les lesbiennes sont *inégaux* à de multiples égards »⁷⁰. Les temps ont changé, donc : « le fait de réserver le mariage aux couples hétérosexuels a pu pendant longtemps paraître naturel et juste, mais son incompatibilité avec le contenu essentiel du droit fondamental de se marier est maintenant manifeste » (*its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest*). L'heure est ainsi venue d'affirmer que les lois qui empêchent les couples homosexuels de se marier sont pour eux un facteur de « stigmatisation », et leur causent « un préjudice », du type de ceux que la Charte fondamentale américaine prohibe⁷¹. En d'autres termes, **le droit de se marier, qui est un droit fondamental, doit désormais être reconnu à tous, sans exception**⁷². D'un autre côté, la Cour suprême rappelle qu'**une violation manifeste du principe d'égalité revient à amoindrir la sphère de liberté qui entoure chaque individu**. En d'autres termes, elle développe, sans le dire, une argumentation qui la conduit à souligner que la violation du droit de se marier envisagé en tant que droit d'égal accès à une institution existante (*« right to equal access »*)⁷³ porte parallèlement atteinte à un droit fondamental (*« basic entitlement »*).
- 27 Partant, **les concepts de liberté et d'égalité se renforcent en quelque sorte l'un l'autre** et viennent tous deux au secours du droit de se marier⁷⁴. Cette porosité entre liberté et égalité transparaît d'ailleurs très largement dans les termes employés par la Cour suprême, l'opinion du juge Kennedy prenant le soin de rappeler que les couples de même sexe « ne doivent pas se voir privés de ce droit et de cette liberté »⁷⁵. Rien de totalement nouveau ici. La Cour suprême a en effet parfois eu recours à la clause de *due process* afin de faire avancer la cause de l'égalité, en faveur des minorités sexuelles,

notamment⁷⁶ ; inversement, elle a parfois mobilisé la clause d'égle protection pour protéger certaines libertés, comme par exemple le droit de vote⁷⁷.

- 28 **Le propre de la décision *Obergefell* est en réalité d'associer liberté et égalité par l'entremise de la dignité⁷⁸.** Là encore, rien de totalement nouveau : bien qu'absente du texte constitutionnel américain, la dignité de la personne humaine est ponctuellement mentionnée par la Cour suprême depuis les années 1950⁷⁹, sous l'effet, notamment, d'un discours transnational relativement univoque⁸⁰. Déjà en 2003, dans la décision *Lawrence v. Texas*, la dignité connaissait une certaine fortune⁸¹. Déjà en 2013, dans la décision *U. S. v. Windsor*, la Cour suprême mentionnait « (une) atteinte à l'égle dignité des mariages homosexuels et des mariages hétérosexuels »⁸². Rien de nouveau, donc, en juin 2015, lorsque la Cour suprême souligne que les libertés protégées par le XIV^{ème} Amendement « s'étendent à certains choix personnels qui concernent la dignité et l'autonomie de l'individu (*individual dignity and autonomy*), y compris les décisions intimes qui définissent l'identité et les croyances personnelles »⁸³ et conclut sa décision en indiquant que les couples homosexuels ne font rien d'autre que de rechercher « une égle dignité (*equal dignity*) aux yeux de la loi »⁸⁴.
- 29 Pas spécialement novatrice d'un point de vue formel, la décision *Obergefell* présente toutefois l'intérêt, sur le fond, de faire écho aux différentes facettes de la dignité de tous les êtres humains, quels que soient leurs modes de vie ou leurs choix personnels. Car si la dignité renvoie à la valeur intrinsèque de chaque individu, elle se rattache également à un panel de valeurs véhiculées par la société. Ainsi, comme le souligne Elizabeth Zoller, à propos de la décision *U. S. v. Windsor*, « le respect de l'égle dignité de tous les êtres humains oblige chacun à accepter les différences de l'autre, à réfréner ses pulsions haineuses et à pratiquer la tolérance », faisant de la Cour suprême « la grande éducatrice de la démocratie américaine »⁸⁵. Non sans critique, toutefois, de nombreuses voix s'élevant, en droit américain, pour dénoncer tantôt le caractère beaucoup trop malléable de la dignité⁸⁶, laquelle étant même susceptible de devenir un « concept inutile »⁸⁷, tantôt une « crise » de la clause d'égle protection⁸⁸.
- 30 Un nouveau droit fondamental est donc ici reconnu. Celui-ci ne saurait toutefois être envisagé de manière isolée, dès lors que sa reconnaissance entraîne(ra) inéluctablement des conséquences sur le fonctionnement interne du fédéralisme américain.

2°/- Le mariage pour tous : une affaire d'Etat(s)

- 31 La décision *Obergefell* est fondamentale à plus d'un titre. La Cour suprême a été amenée, à cette occasion, à se poser deux questions, certes complémentaires mais néanmoins distinctes. La première semble évidente : *les couples de même sexe doivent-ils avoir le droit de se marier ?* La seconde l'est moins : *qui doit désormais décider si les couples de même sexe peuvent se marier ?* C'est ici que le fédéralisme entre en scène. Bien que non mentionné explicitement, ce dernier apparaît pourtant d'entrée de jeu comme un argument-clé permettant d'expliquer la solution dégagée par la Cour suprême. Car la décision *Obergefell v. Hodges* met en exergue **la double fonction, protectrice et structurelle des droits fondamentaux**⁸⁹, et se présente, sans le dire, tout à la fois comme une opinion fondée sur la reconnaissance d'un droit fondamental (« *fundamental rights opinion* ») et comme une opinion imprégnée d'arguments en lien avec le fédéralisme (« *federalism opinion* »)⁹⁰. Tout en laissant transparaître un – discret – hommage au fédéralisme

américain (A), la Cour suprême vient en effet ici profondément redéfinir les contours de celui-ci (B).

A – Un fédéralisme discrètement salué

- 32 Le droit américain fait coexister cinquante systèmes juridiques différents, auxquels s'ajoute un droit fédéral aux compétences variables, originellement secondaires mais en constante voie d'expansion. La Cour suprême ne se présente donc pas comme une actrice neutre : sur la question du mariage – comme sur d'autres questions tout aussi sensibles, en matière d'avortement ou de peine de mort, notamment⁹¹ – elle est en réalité amenée à arbitrer une bataille judiciaire entre le droit fédéral et le droit des Etats fédérés.
- 33 **La Cour suprême rend hommage au fédéralisme** en venant saluer l'œuvre des Etats fédérés. Déjà en 2013, dans la décision *U. S. v. Windsor*, elle rappelait – bien plus longuement qu'en l'espèce – que c'est dans ces derniers qu'est née la volonté de reconnaître aux couples de même sexe la possibilité de se marier et le souhait de mettre ainsi fin à « une injuste exclusion ». Deux ans plus tard, elle retrace l'historique des différentes jurisprudences qui ont permis l'avancée aujourd'hui rendue possible. Des voix réunies au sein d'un même concert, initialement disharmonique puis peu à peu devenu harmonieux par l'entremise des différentes juridictions du pays. Et un concert qui a en l'occurrence été programmé puis en très grande partie orchestré par les juridictions fédérées, depuis l'arrêt *Baehr v. Lewin*, rendu par la Cour suprême de l'Etat de Hawaii en 1993⁹² jusqu'à la décision – fondamentale – *Goodridge v. Dept of Public Health*, prononcée par la Cour suprême du Massachusetts en 2003⁹³.
- 34 **L'hommage rendu par la Cour suprême aux bienfaits du fédéralisme demeure toutefois très discret.** La Cour suprême aurait en effet pu citer, tout d'abord, les nombreuses autres références jurisprudentielles fédérées, toutes aussi importantes que celles de Hawaii et du Massachusetts⁹⁴, en les présentant comme autant de précédents qui ont très clairement contribué à préparer un terrain en réalité déjà très largement défriché au mois de juin 2015⁹⁵. Elle aurait pu, ensuite, expliciter les arguments présentés et développés par les innombrables juridictions fédérées, mais également fédérales, qui se sont tour à tour penchées sur la question de la reconnaissance du droit au mariage en faveur des couples de même sexe, entretenant par là un dialogue particulièrement riche et fructueux, symptomatique de l'Etat fédéral. La Cour suprême aurait pu, enfin, mettre davantage en exergue les échanges multilatéraux qui symbolisent le fédéralisme. Les juridictions fédérées se sont en effet, depuis fort longtemps déjà, chargées d'expérimenter des solutions – législatives, constitutionnelles, jurisprudentielles –, lesquelles ont ensuite été empruntées en d'autres lieux, et notamment en d'autres prétoires, tant fédérés que fédéraux⁹⁶. En définitive, c'est donc en toute discrétion que la Cour suprême fait écho aux bienfaits du fédéralisme et, notamment, au rôle de « laboratoires » que les entités fédérées sont appelées à jouer⁹⁷.
- 35 **Même si elle ne dit mot à ce sujet, la décision *Obergefell* n'est bel et bien que le fruit d'un processus entamé il y a plus de deux décennies déjà.** Comme elle a pu le faire en d'autres domaines⁹⁸, la Cour suprême a en réalité attendu que l'élargissement du cercle des titulaires du droit de se marier soit « proposé » au sein des Etats fédérés, avant de le « hisser » au rang fédéral. Ce n'est qu'à partir du moment où le droit pour

les couples de même sexe de se marier a commencé à faire l'objet d'un certain **consensus**⁹⁹ – consensus qui n'était pas encore atteint en 2013 – que les juges de Washington ont osé « franchir le Rubicon »¹⁰⁰ et « transposer » cette jurisprudence, un temps considérée comme inenvisageable et désormais qualifiée d'audacieuse ou de progressiste¹⁰¹. Rappelons qu'après une décennie marquée par l'adoption, au sein des Etats, de nombreux amendements prescrivant que le mariage ne pouvait unir qu'une femme et un homme, ces dernières années avaient vu la tendance s'inverser peu à peu¹⁰². A tel point qu'en juin 2015, 37 des 50 Etats américains avaient déjà autorisé le mariage entre personnes de même sexe¹⁰³, la décision *U. S. v. Windsor*, rendue en juin 2013, ayant ici indéniablement joué le rôle de catalyseur¹⁰⁴. Ainsi, le fédéralisme, bien souvent considéré comme un obstacle aux « progrès » en matière de droits fondamentaux¹⁰⁵, a en réalité très largement servi la cause de l'égalité et de la liberté dans le champ du mariage.

36

Un – timide – hommage est donc rendu par la Cour suprême au fédéralisme américain et à ses bienfaits. Ceci n'empêche pas la décision *Obergefell* de venir, sans le dire, redéfinir les contours de ce dernier.

B – Un fédéralisme profondément redessiné

37 Historiquement, la définition des contours du mariage (« *regulation of domestic relations* ») relève de la compétence exclusive des Etats fédérés et se rattache à leurs pouvoirs de police (*police powers*) – et ce, comme le rappelait la Cour suprême dans la décision *U.S. v. Windsor*, « depuis les débuts de la Nation », soit bien avant l'adoption de la Constitution fédérale¹⁰⁶. Nulle question, donc, avant le 26 juin 2015, d'un « pouvoir énuméré » (« *enumerated power* ») dont le Congrès pouvait librement faire usage. Cette configuration générale a longtemps emporté deux conséquences essentielles. Il s'agissait, d'une part, d'une compétence *fédérée* que le Gouvernement fédéral était tenu de respecter. Il était question, d'autre part, d'un domaine dans lequel *la diversité* était nécessairement de mise – une diversité législative, mais également jurisprudentielle et constitutionnelle, dès lors que les constituants fédérés étaient tout à fait en mesure d'inscrire dans le marbre constitutionnel la définition du mariage qui était la leur¹⁰⁷.

38 Cette organisation a été profondément remise en cause par l'arrêt *Obergefell v. Hodges*. Après s'être longtemps refusée, précisément au nom d'un principe de *fidélité fédérale*¹⁰⁸, à établir un standard fédéral trop contraignant dans le champ du mariage, **la Cour suprême a franchi un pas historique**. Et pour cause : en élargissant le cercle des titulaires du droit de se marier, et en exigeant de la part de l'ensemble des Etats fédérés, non seulement qu'ils permettent aux couples de même sexe de se marier, mais également qu'ils reconnaissent les bénéfices liés aux mariages conclus en dehors de leurs frontières, les juges de Washington sont venus remettre en cause l'ensemble des amendements constitutionnels, des législations et autres jurisprudences étatiques réservant aux couples hétérosexuels l'apanage des avantages liés au mariage. En instaurant un nouveau **standard uniforme**, une « *solution applicable aux 50 Etats* » (« *fifty-state solution* »)¹⁰⁹, la Cour suprême est venue **imposer l'égalité**, et par là même restreindre l'autonomie, c'est-à-dire la liberté des Etats fédérés¹¹⁰. En d'autres termes, cédant à ce que Kenji Yoshino nomme « l'anxiété du pluralisme »¹¹¹, elle est

venue réduire à néant la « marge fédérale d'appréciation »¹¹² autrefois accordée aux entités fédérées.

- 39 En ce sens, **la décision *Obergefell v. Hodges* se situe tout à fait dans la continuité du processus d'incorporation – ou de fédéralisation – des droits fondamentaux fédéraux**¹¹³. Un petit détour historique s'impose ici. Pendant longtemps, les Etats-Unis ont fonctionné sur un modèle articulé autour de l'idée de séparation : le *Bill of rights* fédéral liait les autorités fédérales, les *Bills of rights* fédérés contraignaient les autorités fédérées. Cette configuration, très respectueuse de l'autonomie des Etats fédérés, s'est toutefois peu à peu révélée dangereuse au regard de la protection des droits et libertés. Elle a pris fin à partir des années 1860, avec la ratification, en 1868, du XIV^{ème} Amendement. L'heure était alors à la remise en cause de convictions anciennes : les entités fédérées étaient loin des gardiennes irréprochables dans le domaine des droits fondamentaux, d'où la volonté naissante des citoyens américains de se voir reconnaître des droits qui soient applicables à tous et opposables à tous les gouvernements. Ainsi portée par le vent de nationalisme qui a soufflé au sortir de la Guerre de sécession, le XIV^{ème} Amendement s'est vu attribuer une fonction claire : faire peser sur les Etats fédérés une « prohibition constitutionnelle »¹¹⁴ leur rappelant qu'ils n'étaient pas entièrement maîtres de leur citoyenneté, et leur interdisant de restreindre les droits bénéficiant aux citoyens de l'Union.
- 40 Initié dans les années 1860, le mouvement d'incorporation des droits fondamentaux a par la suite connu un véritable essor à partir des années 1920, sous l'influence du juge Black, puis sous la présidence d'Earl Warren (1954-1969). La Cour suprême a alors entrepris, en s'appuyant sur une conception extensive du XIV^{ème} Amendement, de « fédéraliser » un certain nombre de droits inscrits dans le *Bill of rights* fédéral. Optant pour une méthode d'incorporation sélective, davantage respectueuse de l'autonomie fédérée, elle a alors peu à peu distingué, au sein du catalogue fédéral de droits et libertés, ceux qui devaient être « fédéralisés », « incorporés », ou encore « absorbés »¹¹⁵, c'est-à-dire ceux qui devaient être rendus opposables aux Etats, et ceux qui ne devaient pas l'être. La Cour suprême a ainsi progressivement consacré une liste de droits « fondamentaux », écrits ou non écrits, qu'elle entendait soumettre à un contrôle plus strict, mettant en exergue certaines « libertés privilégiées » (*preferred-freedoms*) qui représentent, en tant que « matrices », « la condition indispensable de presque toute autre forme de liberté »¹¹⁶. Un processus ancien, donc, et qui révèle à lui seul **la tension permanente entre l'impératif lié à l'égalisation de la condition juridique des individus composant l'Etat fédéral, d'une part, et la nécessité de respecter l'autonomie constitutionnelle – et donc la liberté – des entités fédérées, d'autre part.**
- 41 Cela fait donc plus d'un siècle que le XIV^{ème} Amendement fédéral est régulièrement employé, par la Cour suprême, comme support normatif en vue d'**homogénéiser la protection des droits fondamentaux**. Rien de nouveau donc, dans la décision *Obergefell v. Hodges*, si ce n'est que cette dernière semble aller à rebours de la volonté récemment manifestée par la Cour suprême sinon de préserver les droits des Etats du moins de ne pas heurter de front ces derniers en parvenant à des solutions de compromis¹¹⁷. Les juges suprêmes viennent en l'espèce, dans le champ du mariage, imposer une solution uniforme dans un domaine auparavant caractérisé par une grande diversité, non seulement législative, mais également constitutionnelle et jurisprudentielle. Cette étape, désormais franchie, renvoie ainsi à celle franchie

en 1955, lorsque la Cour suprême, par la décision *Brown v. Board of Education*, est explicitement venue rejeter les règles de ségrégation à l'œuvre dans les écoles publiques, considérant que ce système était ouvertement contraire au principe d'égalité de protection des lois¹¹⁸. Cette solution renvoie également, au pas franchi en 1973, lorsque la Cour suprême, par la décision *Roe v. Wade*¹¹⁹, est venue invalider les lois anti-avortement en vigueur dans plus de quarante Etats¹²⁰. En juin 2015, comme à de nombreuses reprises auparavant, les juges suprêmes ont ainsi mis en application l'idée que résumait en 1992 Leander Shaw, juge en Chef de la Cour suprême de Floride : « le *Bill of rights* fédéral facilite une homogénéité politique et philosophique parmi les Etats qui sont au fond hétérogènes en garantissant, **en tant que minimum uniforme, le plus grand dénominateur commun en matière de libertés** qui peut être imposé avec prudence à l'ensemble des cinquante Etats »¹²¹. La conséquence est ici majeure : en faisant le choix de garantir une protection large et égalitaire du droit de se marier, homogène sur tout le territoire national, en décidant de mettre fin à un incroyable « patchwork » juridique et à une pratique, maintes fois dénoncée, de « *forum shopping* »¹²², **les juges suprêmes redessinent, sans le dire explicitement, les contours du fédéralisme américain**¹²³.

- 42 **Cette évolution ne s'est pas faite, et ne se fera pas sans heurts.** Revigoré depuis plusieurs années, le mouvement des « droits des Etats » (*States' rights*), qui rassemble au premier chef les quatorze Etats qui rechignaient jusqu'à présent à admettre la légalité des mariages entre personnes de même sexe, s'est très fortement (re)mobilisé pour l'occasion. Rien de nouveau ici : rappelons que c'est ainsi que les partisans d'un contrôle strict sur la législation relative à l'avortement ou à la peine de mort cherchent, depuis maintenant plusieurs décennies, à déplacer la question des droits fondamentaux sur le terrain institutionnel, invoquant leur compétence séculaire en ces domaines et reprochant à l'Etat fédéral de trop limiter le champ d'application matériel des droits fondamentaux. Avec comme seul échappatoire pour les Etats les plus récalcitrants : la possibilité de soutenir un amendement à la Constitution fédérale, lequel viendrait réattribuer aux Etats le pouvoir de définir les contours du mariage. Un chemin envisageable, certes¹²⁴, mais qui paraît fort peu praticable.
- 43 **Quoi qu'il en soit, le nouveau standard établi par la Cour suprême ne saurait, dans un Etat fédéral, être qu'un standard minimal**, en dessous duquel les entités fédérées ne sont pas en droit d'aller, mais au-delà duquel elles sont appelées à s'aventurer¹²⁵. En déclarant les lois fédérées prohibant le mariage entre couples de même sexe contraires à la Constitution fédérale, la Cour suprême établit en effet un « **plancher** » constitutionnel fédéral, mais en aucun cas comme un « **plafond** »¹²⁶. En d'autres termes, si aucun Etat ne peut désormais refuser d'unir civilement deux personnes de même sexe¹²⁷, rien n'empêchera à l'avenir l'un ou l'autre d'entre eux d'élargir les avantages matériels – fiscaux, sociaux, notamment – qui se rattachent au mariage. Peu de risque, donc, que la décision *Obergefell* instaure un fédéralisme que le juge Scalia qualifiait, en 2013, dans son opinion dissidente sous la décision *U. S. v. Windsor*, d'« **amorphe** »¹²⁸. Reste, peut-être, simplement, à redécouvrir le sens premier du terme « **fédéralisme** », celui-ci pouvant, à l'instar d'un contrat de mariage, être défini comme « **une doctrine politique en vertu de laquelle différentes entités se promettent fidélité, et s'engagent sur des relations durables placées sous le signe de la confiance** »¹²⁹.

*

- 44 **Cour suprême des Etats-Unis, 26 juin 2015, *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio, Dept of Health et al.*, n° 14-556.**

*

Références bibliographiques

- 45 - *Sur les procédures ayant précédé l'affaire Obergefell v. Hodges*
- 46 Scotus Blog
- 47 Podcast: « The Supreme Court's historic same-sex marriage arguments »
- 48 Chris Bower, « Juggling Rights and Utility: A Legal and Philosophical Framework for Analyzing Same - Sex Marriage in the Wake of United States v. Windsor », *California L. Rev.*, 2014, vol. 102, p. 971 s.
- 49 H. Douglas NeJaime, « Windsor's Right to Marry », *Yale L. J.*, 2013, vol. 123, p. 219 s.
- 50 - *A propos, spécifiquement, de la décision Obergefell v. Hodges*
- 51 Caroline Grossholz, « Le début n'est pas toujours la fin de l'histoire », *AJDA*, 2015, p. 1441
- 52 Maximilian Steinbeis, « Obergefell: ein Gericht, zwei Verfassungen », *Verfassungsblog*, 29 juin 2015
- 53 - *A propos, généralement, du droit de se marier en droit américain*
- 54 Daniel O. Conkle, « Evolving Values, Animus, and Same-Sex Marriage », *Indiana L. J.*, 2014, vol. 89, p. 27 s.
- 55 William N. Eskridge, « Original meaning and marriage equality », *Hous. L. Rev.*, 2014-2015, vol. 2, p. 1067 s.
- 56 Adam Liptak, *To Have and Uphold. The Supreme Court and the Battle for Same-Sex Marriage*, Byliner Inc., 2013
- 57 Stacey L. Sobel, « When Windsor is not enough: why the Court must qualify equal protection analysis for sexual orientation classifications », *Cornell J. L. & Pub. Pol'y*, 2014-2015, vol. 24, p. 493 s.
- 58 - *A propos de la liberté, de l'égalité et de la dignité en droit américain*
- 59 Luis Roberto Barroso, « Here, There and Everywhere, Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse », *Boston Coll. Int. and Comp. L. Rev.*, 2012, vol. 35, p. 331 s.
- 60 Susannah W. Pollvogt, « Marriage Equality, United States v. Windsor, and the crisis in Equal Protection jurisprudence », *Hofstra L. Rev.*, 2014, vol. 42, p. 1 045 s.
- 61 Jonathan Turley, « The trouble with the "dignity" of same-sex marriage », Blog *The Washington Post*, 2 juillet 2015
- 62 Kenji Yoshino, « The New Equal Protection », *Harv. L. Rev.*, 2011, vol. 124, p. 747 s.
- 63 Elizabeth Zoller, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », 7^{ème} conférence-débat du CDPC, 30 oct. 2014, *Revue générale du droit, Etudes et réflexion*, n° 4, 2014
- 64 - *A propos du lien entre mariage pour tous et fédéralisme*

- 65 David B. Cruz, « Amorphous Federalism and the Supreme Court's Marriage Cases », *Loy. L. A. L. Rev.*, 2013-2014, vol. 47, p. 393 s.
- 66 Nancy J. Knauer, « Same-Sex Marriage and Federalism », *Temp. Pol. & Civ. Rights. L. Rev.*, 2007-2008, vol. 17, pp. 421 s.
- 67 E. Restuccia et A. Lindstrom, « Federalism and the Authority of the States to define Marriage », *SCOTUS Blog*, 27 juin 2013
- 68 Neil S. Siegel, « Federalism as a way station », *J. Leg. Analysis*, 2014, vol. 6, p. 87 s.
- 69 Ernest A. Young et Erin C. Blondel, « Federalism, liberty and equality in *United States v. Windsor* », *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2013, p. 117 s.

Appendice : Extraits de l'arrêt *Obergefell et al. v. Hodges* traduits en français par Cécile Faverdin, Eléonore Parsai et Pauline Sauvadet

Etudiantes en Master bilingue droit de l'Europe
2013-2014

Syllabus (*Traduit par Eléonore Parsai*)

- 70 Les Etats du Michigan, du Kentucky, de l'Ohio et du Tennessee définissent le mariage comme l'union entre un homme et une femme. Les demandeurs, quatorze couples de même sexe et deux hommes dont les partenaires de même sexe sont décédés, ont saisi des *Federal District Courts* (Cours fédérales de première instance) dans leur Etat de résidence. Ils soutiennent que les agents des Etats défendeurs violent le Quatorzième Amendement en niant leur droit au mariage et refusant la reconnaissance de leur mariage contracté dans un Etat tiers. Toutes les Cours se sont prononcées en faveur des demandeurs. Toutes les juridictions fédérales de première instance (*District Courts*) se sont prononcées en faveur des demandeurs, mais la Cour d'appel (*Sixth Circuit Court*) a consolidé la jurisprudence et cassé ces décisions.
- 71 Décision : le Quatorzième Amendement exige que les Etats accordent des certificats de mariage aux couples de même sexe et qu'ils reconnaissent les mariages contractés dans des Etats tiers.
- 72 (a) Avant de s'intéresser aux principes et à la jurisprudence applicable, il convient de rappeler l'histoire du sujet dont la Cour est à présent saisie.
- 73 (1) L'histoire du mariage en tant qu'union entre deux personnes de sexe opposé est au commencement de ces arrêts. Aux yeux des défendeurs, étendre le droit au mariage aux personnes de même sexe reviendrait à dévaloriser une institution sempiternelle. Les demandeurs au contraire soutiennent que, bien loin de chercher à dévaloriser le mariage, ils souhaitent y avoir accès par respect et par besoin des avantages et responsabilités du mariage (...).
- 74 (2) L'histoire du mariage est marquée, à la fois, par la continuité et le changement.
- 75 Des changements, tels que le déclin des mariages arrangés et l'abandon de la doctrine de *coverture* [NDT : disparition des droits de la femme au profit de son mari], ont introduit des transformations majeures dans la structure du mariage, affectant des aspects autrefois considérés comme essentiels. Ces nouveaux points de vue ont

renforcé et non affaibli l'institution du mariage. Des conceptions changeantes du mariage sont une caractéristique de ce pays où les nouvelles générations découvrent de nouvelles manifestations de la liberté.

- 76 Cette dynamique peut être observée dans l'expérience de la nation relative aux droits des personnes gays et lesbiennes. Pendant une bonne partie du XX^{ème} siècle, de nombreux Etats condamnaient l'intimité entre personnes de même sexe pour son immoralité et considéraient l'homosexualité comme une maladie. Plus tard au cours de ce siècle, des évolutions culturelles et politiques ont permis aux couples de même sexe de mener des vies publiques plus ouvertes. Un débat approfondi, aussi bien sur la scène publique que privée, ainsi que des changements dans l'attitude publique s'en sont suivis. Des questions quant au traitement juridique des personnes gays et lesbiennes ont rapidement atteint les Cours où elles ont pu être discutées dans le cadre d'un discours public sur la loi. En 2003, cette Cour a renversé sa propre décision, *Bowers v. Hardwick*, en date de 1986. Cet arrêt confirmait la validité de la loi de l'Etat de Géorgie qui criminalisait certains actes homosexuels. La Cour de 2003 a conclu que les lois criminalisant l'intimité entre personnes de même sexe « dévalorise l'existence des personnes homosexuelles » (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575). En 2012, le *Defense of the Marriage Act* (loi fédérale de défense du mariage), a également été invalidé (*United States v. Windsor*, 570 U.S.). De nombreuses affaires de mariage entre personnes de même sexe ont atteint les Cours fédérales, s'ajoutant ainsi au débat.
- 77 (b) Le Quatorzième Amendement exige que les Etats accordent des certificats de mariage entre deux personnes de même sexe.
- 78 (1) Les libertés fondamentales protégées par la *Due Process Clause* [NDT : clause de sauvegarde des libertés individuelles] du Quatorzième Amendement s'étendent aux choix personnels qui sont au coeur de la dignité et de l'autonomie individuelle, y compris aux décisions intimes qui définissent l'identité et les croyances personnelles (voir, par exemple, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453; ou *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484-486). Les juges doivent exercer un jugement raisonné afin d'identifier les intérêts individuels fondamentaux dont l'Etat doit garantir le respect. L'histoire et la tradition guident et encadrent ces analyses sans les limiter. Lorsque de nouveaux éléments révèlent des discordances entre les garanties fondamentales de la Constitution et une critique juridique reconnue, l'exigence de liberté doit être évaluée.
- 79 Conformément à ces principes, la Cour maintient depuis longtemps que le droit au mariage est protégé par la Constitution. Par exemple, *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 12) a invalidé les interdictions des mariages mixtes et *Turner v. Safley* (482 U.S. 78, 9) a soutenu que les personnes incarcérées ne pouvaient se voir interdire le droit au mariage. Il est entendu que ces arrêts présumaient une relation entre personnes de sexe opposé, tout comme *Baker v. Nelson* (409 U.S. 810), décision sommaire d'une ligne jurisprudentielle adoptée en 1972, qui retenait que l'exclusion des couples de même sexe du mariage ne soulevait pas de question fédérale substantielle. Cependant, d'autres précédents plus instructifs ont établi des principes plus généraux (voir, par exemple, *Lawrence*, *supra*, p. 574). La Cour, lorsqu'elle détermine si la valeur juridique et la logique de ses arrêts s'appliquent aux couples de même sexe, doit prendre en considération les raisons fondamentales qui font du droit au mariage un droit protégé depuis si longtemps (voir, par exemple, *Eisenstadt*, *supra*, p. 453-454). Cette analyse impose la conclusion que les couples de même sexe ont le droit de se marier.

- 80 (2) Quatre principes et traditions démontrent que les raisons qui font du mariage un élément fondamental de la Constitution s'appliquent tout autant aux couples de même sexe. Le premier principe qui découle de la jurisprudence applicable de cette Cour est que le droit à un choix personnel relatif au mariage fait partie intégrante du concept d'autonomie individuelle. Le lien durable entre le mariage et la liberté est la raison pour laquelle la Cour, dans *Loving*, a invalidé les interdictions des mariages mixtes, en vertu de la *Due Process Clause*. Les décisions concernant le mariage sont parmi les plus intimes des individus (voir *Lawrence*, *supra*, p. 574). Cela est vrai pour toute personne, peu importe son orientation sexuelle.
- 81 Le deuxième principe dans la jurisprudence de cette Cour est que le droit d'accéder au mariage est fondamental car il soutient une union entre deux personnes, unique quant à son importance pour les personnes engagées. L'union intime protégée par ce droit était au cœur du cas *Griswold v. Connecticut*, qui a retenu que la Constitution protège le droit des couples mariés d'avoir recours à la contraception, droit qui a été reconnu par *Turner* (*supra*, p. 95).
- 82 Les couples de même sexe ont les mêmes droits que les couples de sexe opposé de jouir d'une union intime. Ce droit s'étend au-delà de la simple absence de loi criminalisant l'intimité entre personnes de même sexe (voir *Lawrence*, *supra*, p. 567).
- 83 Le troisième fondement de la protection du droit au mariage est qu'il protège les enfants et les familles. Il tire donc son sens des droits connexes à avoir des enfants, à la procréation et à l'éducation (voir *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510). Sans la reconnaissance, la stabilité et la prévisibilité que garantissent le mariage, les enfants souffrent du stigmate de savoir que leur famille est, d'une certaine manière, inférieure. Ils souffrent également des coûts matériels conséquents liés à l'éducation par des parents non mariés et sont relégués à une vie de famille plus difficile et incertaine. Les lois matrimoniales en l'espèce blessent et humilient donc les enfants de couples de même sexe (voir *Windsor*, *supra*). Cela ne signifie pas que le droit au mariage est moins important pour les couples qui n'ont pas ou ne peuvent pas avoir d'enfants. La règle du précédent protège le droit des couples mariés de ne pas avoir d'enfants. Le droit de se marier ne doit donc pas être soumis à la condition de pouvoir ou de vouloir des enfants.
- 84 Enfin, la jurisprudence de cette Cour ainsi que les traditions de la nation démontrent que le mariage est une clef de voûte de notre ordre social (voir *Maynard v. Hill*, 125 U.S.
- 85 190, 211). Les Etats fédérés ont contribué au caractère fondamental du mariage en le plaçant au cœur de multiples aspects des ordres légaux et sociaux. Les couples de même sexe et les couples de sexe opposé sont égaux au regard de ce principe. Pourtant, les couples de même sexe se voient refuser la myriade de bénéfices que les Etats ont attribué au mariage et se voient consignés à une instabilité que de nombreux couples de sexe opposé trouveraient insupportable. Il est dévalorisant d'écarter des couples de même sexe d'une institution au cœur de notre société alors qu'ils peuvent également rêver aux finalités transcendantes du mariage (...). (Traduit par Cécile Faverdin)
- 86 (...) Si limiter le mariage aux couples de sexe opposé a pu longtemps sembler naturel et juste, son incohérence avec la signification première du droit fondamental de se marier est aujourd'hui manifeste (pp. 12-18).
- 87 (3) Le droit de se marier pour les couples de même sexe découle aussi de la garantie d'une égale protection de la loi inscrite dans le XIVème Amendement. La *Due Process Clause* [garantie d'une procédure régulière] et l'*Equal Protection Clause* [clause d'égale

protection] sont étroitement liées : les droits implicitement contenus au sein de la *Due Process Clause* et ceux garantis par l'*Equal Protection Clause* reposent sur différents présupposés et ne sont pas toujours coextensifs ; cependant, ils peuvent renseigner quant à la signification et la portée de chacun d'eux.

- 88 Cette dynamique se retrouve dans l'affaire *Loving*, dans laquelle la Cour avait évoqué à la fois l'*Equal Protection Clause* et la *Due Process Clause*, ainsi que dans l'affaire *Zablocki v. Redhail* (434 U. S. 374), où la Cour avait invalidé la loi interdisant à tout père de se remarier quand la pension alimentaire n'était pas versée à son enfant. En effet, la reconnaissance de nouveaux courants de pensée et de nouvelles avancées sociétales ont permis de mettre au grand jour certaines inégalités injustifiées présentes dans nos institutions fondamentales et passées longtemps inaperçues ou restées incontestées. Aussi la Cour, dans notre affaire, s'est fondée sur les principes d'égle protection de la loi pour invalider les lois qui imposent une inégalité fondée sur le sexe dans l'accès au mariage (voir, par exemple, *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U. S. 455, 460-461), et a ainsi confirmé le lien entre liberté et égalité (voir, par exemple, *M. L. B. v. S. L. J.*, 519 U. S. 102, 120-121).
- 89 La Cour a reconnu la nature interdépendante de ces protections constitutionnelles dans le contexte du traitement juridique des gays et lesbiennes (voir *Lawrence*, 539 U. S., at 575).
- 90 Cette dynamique devrait s'appliquer aussi au mariage entre couples de même sexe. Les lois contestées entravent la liberté des couples de même sexe, et affaiblissent les présupposés centraux de l'égalité. Les lois contestées régissant le mariage sont donc en substance inégales : les couples de même sexe sont privés des bénéfices conférés aux couples de sexe opposé et sont privés d'exercer leur droit fondamental. En particulier, dans un contexte historique marqué par la désapprobation de leurs relations, un tel déni constitue un préjudice grave et continu, méprisant et dévalorisant les gays et les lesbiennes (pp. 18-22).
- 91 (4) Le droit de se marier est un droit fondamental inhérent à la liberté de la personne.
- 92 En vertu de la *Due Process Clause* et de l'*Equal Protection Clause*, contenues dans le
- 93 XIVème Amendement, les couples de même sexe ne devraient pas être privés de ce droit, ni de cette liberté. [Ces couples] devraient pouvoir exercer ce droit fondamental de se marier. La décision *Baker v. Nelson* est donc annulée. Les lois étatiques contestées par les demandeurs dans ces affaires sont invalides en ce qu'elles excluent les couples de même sexe des bénéfices du mariage civil dans les même termes et conditions que ceux octroyés aux couples de sexe opposés (pp. 22-23).
- 94 (5) Il pourrait être tentant d'attendre une action législative, un contentieux et un débat, mais les référendums, débats législatifs et campagnes au niveau local, les études et autres écrits ainsi que les nombreux litiges au niveau étatique et fédéral ont permis une meilleure compréhension de la question. Bien que la Constitution prévoie que la démocratie est un processus qui doit permettre la réalisation de tout changement, les individus peuvent faire valoir le respect de leurs droits fondamentaux sans attendre une action du législateur (pp. 23-
- 95 27). Dans l'affaire *Bowers*, la Cour avait confirmé la validité d'une loi qui privait les citoyens gays et les citoyennes lesbiennes d'un droit fondamental. Bien qu'elle ait été finalement renversée, cette décision a été une source de douleur et d'humiliation pour

ces hommes et ces femmes, et les effets de ce préjudice ont sans nul doute perduré longtemps après que l'annulation de l'affaire *Bowers*.

- 96 Une décision contre les couples de même sexe aurait en l'occurrence le même effet, et comme l'affaire *Bowers*, elle serait injustifiée au titre du XIV^{ème} Amendement. L'histoire des requérants démontre de manière claire l'urgence de la question qu'ils soumettent à la Cour, et celle-ci a le devoir d'entendre ces demandes et de répondre à ces questions.
- 97 L'argument des couples de sexe opposé, selon lequel autoriser les couples de même sexe à se marier nuirait à l'institution du mariage, repose sur une vision contre-intuitive de la décision des couples de même sexe de se marier et d'avoir des enfants. (...) (pp. 23-27).
- 98 (6) Le Quatorzième Amendement exige des Etats qu'ils reconnaissent la validité des mariages entre couples de même sexe contractés dans un autre Etat. Puisque les couples de même sexe peuvent désormais exercer le droit fondamental de se marier dans tous les Etats, un Etat ne dispose d'aucune base légale pour refuser de reconnaître un mariage valide entre personne de même sexe, contracté dans un autre Etat, en raison de son caractère homosexuel
- 99 (pp. 27-28).

Opinion majoritaire (*Traduit par Eléonore Parsai*)

- 100 (...) En vertu de la *Due Process Clause* du Quatorzième Amendement, aucun Etat « ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ». Les libertés fondamentales garanties par cette clause comprennent la plupart des droits énumérés dans le *Bill of Rights* (voir *Duncan v. Louisiane*, 391 U.S. 145, 147-149 (1968)). En outre, ces libertés s'étendent aux choix personnels qui sont au coeur de la dignité et de l'autonomie individuelle, y compris des choix intimes qui définissent l'identité et les croyances personnelles (voir, par exemple, *Eisenstadt c. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972) ; ou *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484-486 (1965)).
- 101 L'identification et la protection des droits fondamentaux font partie intégrante des fonctions judiciaires d'interprétation de la Constitution. Cette responsabilité n'a cependant « pas été limitée à une règle précise » (*Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 542 (1961), opinion dissidente du juge Harlan, J.). Au contraire, les juges doivent exercer leur jugement raisonné afin d'identifier les intérêts individuels fondamentaux dont l'Etat doit garantir le respect. Ce procédé est guidé par les réflexions qui s'appliquent également à l'analyse d'autres dispositions constitutionnelles établissant des principes généraux plutôt que des exigences spécifiques. L'histoire et la tradition guident et encadrent ces analyses sans les limiter (voir *Lawrence supra*, p. 572). Cette méthode respecte notre histoire et en tire des apprentissages sans laisser le passé être l'unique dirigeant du présent.
- 102 La nature de l'injustice repose sur le fait qu'il n'est pas toujours possible de la constater à l'époque où elle est commise. Les générations qui ont rédigé et ratifié le *Bill of Rights* et le Quatorzième Amendement ne présumaient connaître ni toute l'étendue de la liberté, ni toutes ses manifestations. Ils ont ainsi confié aux générations futures une charte protégeant le droit de toute personne de jouir de sa liberté alors même que nous en apprenons le sens. (...).

- 103 (...) Cette analyse conduit à la conclusion que les couples de même sexe ont le droit de se marier. Les quatre principes et traditions à évaluer démontrent que les raisons qui font du mariage un élément fondamental de la Constitution s'appliquent tout autant aux couples de même sexe.
- 104 Un premier principe qui découle de la jurisprudence applicable de la Cour est que le droit à un choix personnel quant au mariage fait partie intégrante du concept d'autonomie individuelle. Le lien durable entre le mariage et la liberté est la raison pour laquelle l'affaire *Loving* a invalidé les interdictions des mariages mixtes, en vertu de la *Due Process Clause* (voir *Zablocki*, *supra*, p. 384, observant que l'affaire *Loving* décidait que « le droit de se marier est d'importance fondamentale pour tout individu »). Tout comme les choix concernant la contraception, les relations familiales, la procréation et l'éducation des enfants, qui sont tous protégés par la Constitution, les décisions concernant le mariage sont parmi les plus intimes dans la vie d'un individu (voir *Lawrence*, *supra*, p. 574). La Cour a en effet constaté qu'il serait contradictoire de « reconnaître le droit à une vie privée quant aux autres éléments de la vie de famille mais d'exclure la décision de s'engager dans la relation fondatrice de la famille dans notre société » (*Zablocki*, *supra*, p. 386). (...)
- 105 (...) Un deuxième principe dans la jurisprudence de la Cour est que le droit au mariage est fondamental car il soutient une union entre deux personnes, unique quant à son importance pour les personnes engagées. Cet élément était au cœur de l'affaire *Griswold v. Connecticut* [*supra*] qui a retenu que la Constitution protège le droit des couples mariés d'avoir recours à la contraception (...).
- 106 (...) Un troisième fondement de la protection du droit au mariage est qu'il protège les enfants et les familles. Il tire son sens des droits connexes à avoir des enfants, à la procréation et à l'éducation (*Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Meyer*, 262 U.S., p. 399).
- 107 La Cour a reconnu les relations entre ces divers droits en les décrivant comme un ensemble uni : « le droit "de se marier, d'établir un foyer et d'élever des enfants" est un élément central de la liberté protégée par la *Due Process Clause* » (*Zablocki*, 434 U.S., p. 384, citant *Meyer*, *supra*, p. 389). (...)
- 108 (...) Enfin, le quatrième et dernier élément découle de la jurisprudence de cette Cour ainsi que des traditions de la nation qui démontrent que le mariage est une clef de voûte de notre ordre social. Alexis de Tocqueville a reconnu ce fait au cours de ses voyages à travers les Etats-Unis il y a près de deux siècles : « Il n'y a certainement aucun pays au monde où les liens du mariage sont aussi respectés qu'en Amérique... Quand un Américain se retire des troubles de la vie publique au sein de sa famille, il y trouve l'image d'ordre et de paix... Il porte ensuite cette image avec lui dans les affaires publiques » (*De la démocratie en Amérique*).
- 109 Dans l'affaire *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 211 (1888), la Cour a fait écho à Tocqueville, expliquant que le mariage est « le fondement de la famille et de la société, sans lequel il ne pourrait y avoir ni civilisation ni progrès ». Le mariage, selon la Cour dans l'affaire *Maynard*, est depuis longtemps « une institution publique majeure qui donne du caractère à l'ensemble de notre administration publique civile » (*Id.*, p. 213). Cette notion a été réaffirmée alors même que l'institution a évolué de manière conséquente au fil du temps, surpassant des règles liées au consentement parental, au genre et à l'origine ethnique qui avaient, longtemps et par beaucoup, été crues comme

essentielles (voir, généralement, N. Cott, *Public Vows*). Le mariage demeure une composante majeure de notre communauté nationale (...). (Traduit par Cécile Faverdin).

- 110 (...) Il n'existe pas de différence entre les couples de sexe opposés et les couples de même sexe au regard de ce principe. Pourtant, l'exclusion des couples de même sexe de l'institution du mariage les prive du droit de jouir d'un ensemble de prestations qui découlent du lien marital. Les conséquences de cette exclusion ne se limitent pas à des contraintes matérielles. Les couples de même sexe sont contraints de vivre dans une instabilité que de nombreux couples de sexe opposé trouveraient insupportable. Puisque l'Etat accorde lui-même au mariage une valeur fondamentale par l'importance qu'il lui confère, l'exclusion d'un individu du lien marital perpétue l'idée que les personnes gays et lesbiennes demeurent inférieures dans de multiples domaines de la société. Une telle exclusion rabaisse les personnes homosexuelles, dans la mesure où l'Etat les exclut de la possibilité de bénéficier d'une institution qui demeure au coeur de notre société. Les couples de même sexe doivent aussi pouvoir aspirer aux finalités transcendantes que confère le lien marital et pouvoir rechercher leur développement personnel au sein de ce dernier.
- 111 La restriction du mariage aux couples de sexe opposé a longtemps pu sembler juste et naturelle, mais il est aujourd'hui manifeste que cette restriction entre en contradiction avec l'interprétation faite de la liberté fondamentale de se marier dont dispose tout individu. En vertu de cette nouvelle interprétation, les lois excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage discriminent et stigmatisent ces derniers, ce qu'interdit formellement la Constitution.
- 112 Les défenseurs rejettent cet argument qui, selon eux, ne reflète pas le problème juridique soumis à la Cour, et se réfèrent au précédent établi dans l'affaire *Washington v. Glucksberg* qui appelle à une « interprétation mesurée » des droits fondamentaux (voir *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997)). Les défenseurs estiment que les requérants ne recherchent pas l'application d'un « droit au mariage » mais la « création d'un nouveau droit au mariage pour les couples de même sexe ». L'affaire *Glucksberg* souligne que le concept de liberté contenu au sein de la *Due Process Clause* doit être interprété de manière restrictive, en se référant à des pratiques traditionnelles spécifiques. Bien que cette approche ait pu être appropriée pour interpréter les droits mis en cause dans cette décision (le suicide assisté par un médecin), cette dernière est incompatible avec l'approche des droits fondamentaux adoptée par cette Cour pour appréhender d'autres droits, y compris le mariage et l'intimité. La décision *Loving* ne concernait pas « le droit au mariage mixte », *Turner* ne concernait pas le « droit des personnes incarcérées de se marier » et *Zablocki* ne concernait pas le « droit au mariage des pères n'ayant pas honoré le paiement de la pension de leur enfant ». Chacune de ces décisions s'interrogeait plutôt sur la signification du droit au mariage dans son sens le plus large, analysant s'il existait une justification suffisante pour exclure la catégorie concernée de citoyens du droit au mariage (voir *Glucksberg*, pp. 752-773).
- 113 Ce même principe s'applique ici. Si les droits étaient définis par ceux auxquels ils étaient liés dans le passé, les pratiques traditionnellement acceptées serviraient de justification pour refuser leur extension à des groupes qui en étaient auparavant exclus. La Cour a rejeté ce raisonnement, aussi bien dans son approche du droit au mariage que dans celle des droits des personnes gays et lesbiennes (voir *Loving, Lawrence*).

- 114 Le droit au mariage est un droit fondamental en vertu de son histoire et de la tradition, mais les droits ne dérivent pas uniquement de sources historiques. Ils découlent aussi d'une meilleure compréhension de la manière dont les normes constitutionnelles définissent le concept de liberté, qui demeure central dans notre société. Parmi les individus qui estiment que le mariage entre personnes de même sexe serait inapproprié, nombreux sont ceux dont les présupposés reposent sur des principes religieux ou philosophiques décents et respectables.
- 115 Ni ces individus ni leurs principes religieux ne sont dénigrés par la Cour. Cependant, lorsqu'une telle opposition personnelle est formulée à l'encontre d'une législation ou d'une politique publique, cela conduit inévitablement à approuver l'exclusion opérée par l'Etat, exclusion qui dégrade et stigmatise ceux qui voient leur liberté individuelle restreinte. En vertu de la Constitution, les couples de même sexe cherchent, par le mariage, à être soumis au même régime juridique que les couples de sexe opposé. Ce serait restreindre leur liberté et leur développement personnel, de manière injustifiée, de leur refuser.
- 116 Le droit de se marier pour les couples de même sexe, qui fait partie intégrante des libertés contenues au sein du Quatorzième Amendement, découle également de l'*Equal Protection Clause* garantie par ce même amendement. La *Due Process Clause* et l'*Equal Protection Clause* sont profondément interconnectées, même si elles mettent en oeuvre des principes indépendants. Les droits implicites à la *Due Process Clause* et ceux garantis par l'*Equal Protection Clause* reposent sur des présupposés différents et ne sont pas toujours coextensifs, mais ils peuvent éclairer le sens et l'application à conférer à l'autre. Dans certains cas, une des clauses peut servir à saisir de façon plus appropriée et compréhensive l'essence d'un droit, et les deux clauses peuvent converger dans l'identification et la définition d'un droit (voir *M.L.B.*, 519 U.S., pp. 120-121 ; voir aussi *Bearden v. Georgia*, 461 U.S. 660, 665 (1983)). Cette interrelation entre ces deux principes guide notre compréhension de ce que la liberté est et doit devenir (...). (traduit par Pauline Sauvadet).
- 117 (...) La force de notre système constitutionnel tient à l'idée que les individus peuvent faire valoir le respect de leurs droits fondamentaux sans attendre une action du législateur.
- 118 Les tribunaux de notre nation sont ouverts à tout individu ayant subi un préjudice et se présentant devant eux afin de faire valoir leurs intérêts de façon directe et personnelle sur le fondement de notre charte fondamentale. Tout individu peut invoquer son droit à une protection constitutionnelle lorsqu'il est victime d'un préjudice même si l'opinion publique s'y oppose et même si le législateur refuse d'adopter une action corrective pour garantir une telle protection. L'objet même de la Constitution Américaine est « de préserver certains sujets des controverses politiques, de l'opinion majoritaire et des gouvernants, et de les établir en tant que principes juridiques devant être appliqués par les tribunaux » (*West Virginia Bd. Of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943)). C'est pour cela que les droits fondamentaux ne devraient être soumis à aucun vote ; ils ne doivent dépendre du résultat d'aucune élection ».
- 119 Peu importe que le mouvement des partisans du mariage entre personnes du même sexe jouisse ou non d'une ampleur dans le processus démocratique. La question posée à la Cour en l'espèce est de savoir si la Constitution protège le droit des couples de même sexe de se marier.

- 120 Ce n'est pas la première fois que la Cour a été invitée à adopter une approche prudente en ce qui concerne la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux. Dans l'affaire *Bowers*, par une faible majorité, la Cour avait maintenu la loi criminalisant l'intimité entre personnes de même sexe (voir 478 U. S., pp. 186, 190-195). En effet, cette décision est venue confirmer la validité d'une action étatique consistant à priver les citoyens gays et les citoyennes lesbiennes d'un droit fondamental et a été source de douleur et d'humiliation pour ces derniers.
- 121 Bien que l'affaire *Bowers* ait été par la suite renversée par la Cour dans l'affaire *Lawrence*, des hommes et des femmes ont, entre temps subi un préjudice important, et les effets de ce préjudice ont sans nul doute perdurés longtemps après que l'affaire *Bowers* ait été annulée. Blesser quelqu'un dans sa dignité ne se répare pas toujours d'un simple trait de plume.
- 122 Une décision n'autorisant pas les couples de même sexe à se marier aurait le même effet, et comme l'affaire *Bowers*, elle serait injustifiée au titre du Quatorzième Amendement.
- 123 L'histoire des requérants démontre de manière claire l'urgence de la question qu'ils soumettent à la Cour. James Obergefell se demande à présent si l'Etat de l'Ohio peut annuler de façon permanente son mariage avec John Arthur. April DeBoer et Jayne Rowse s'inquiètent de savoir si l'Etat du Michigan peut continuer de les priver de la sécurité et de la stabilité auxquelles chaque mère aspire pour protéger ses enfants ; elles font valoir que la période de l'enfance passera bien trop vite pour elles et leurs enfants. De même, Ijpe DeKoe et Thomas Kostura se demandent à présent si l'Etat du Tennessee peut refuser à une personne ayant servi son pays la dignité fondamentale de reconnaître son mariage contracté dans l'Etat de New York. La Cour a le devoir d'entendre ces demandes et de répondre à ces questions.
- 124 Les défenseurs soutiennent que le mariage entre personnes de même sexe, s'il était autorisé, nuirait à l'institution même du mariage et entraînerait une diminution du nombre de mariages entre personnes de sexe opposé. Les défenseurs affirment que l'octroi d'un certificat de mariage aux personnes de même sexe romprait le lien naturel entre le mariage et la procréation. Cependant, cet argument repose sur une vision contre-intuitive de la décision des couples de même sexe de se marier et d'avoir des enfants. La décision de se marier ou de fonder une famille dépend de considérations personnelles, romantiques et pratiques, et il serait irréaliste de conclure qu'un couple de sexe opposé choisirait de ne pas se marier seulement parce que les couples de même sexe auraient la possibilité de le faire. Voir *Kitchen v. Herbert*, 755 F. 3d 1193, 1223 (CA10 2014) (« il est illogique de croire que la reconnaissance de l'amour et de l'engagement d'un couple de même sexe par un Etat viendrait altérer les décisions les plus intimes et personnelles d'un couple de sexe opposé »).
- 125 En l'espèce, les défenseurs n'ont pas démontré que le fait d'autoriser le mariage entre personnes de même sexe aurait les conséquences néfastes qu'ils ont décrites.
- 126 Enfin, il doit être souligné que les religions, et les personnes qui adhèrent à des doctrines religieuses, peuvent continuer à prôner avec la plus grande sincérité et conviction que d'après les préceptes divins, le mariage entre personne de même sexe ne devrait pas être toléré ou accepté. Le Premier Amendement de la Constitution assure que chaque organisation religieuse et chaque individu bénéficient d'une protection constitutionnelle adéquate lorsqu'ils cherchent à enseigner les principes et aspirations

de leur foi afin de perpétuer la structure familiale qu'ils ont si longtemps révéérée. De la même manière, ceci est valable pour les personnes opposées au mariage entre personnes de même sexe pour d'autres raisons. De même, les personnes en faveur du mariage entre personnes de même sexe pour qui ce dernier est légitime, voire fondamental, que ce soit en raison de leur convictions religieuses ou laïques, peuvent engager un débat ouvert et constructif avec ceux dont les vues divergent sur cette question. Cependant, la Constitution n'autorise pas un Etat d'interdire aux couples de même sexe de se marier selon les mêmes conditions que les couples hétérosexuels.

- 127 Il n'y a pas de lien plus profond que celui du mariage, en ce qu'il incarne les idéaux les plus élevés de l'amour, de la fidélité, du dévouement, du sacrifice et de la famille. En formant cette union matrimoniale, deux personnes forment un tout plus grand que ce qu'ils étaient auparavant. Comme certains requérants le démontrent, le mariage incarne un amour qui perdurera même après la mort. Ce serait méprendre ces hommes et ces femmes que de dire qu'ils ne respectent pas l'institution du mariage. Au contraire, ils la respectent si profondément qu'ils en cherchent la concrétisation pour eux-mêmes. Leur espoir est de ne pas être condamnés à vivre dans la solitude, exclus de l'une des institutions les plus anciennes de la civilisation. Ils demandent à être traités avec une égale dignité aux yeux de la loi. La Constitution leur confère ce droit.
- 128 La décision de la Cour d'appel du 6ème Circuit est cassée.
- 129 La Cour en a jugé ainsi.

Opinion dissidente du juge Roberts (*Traduit par Cécile Faverdin et Pauline Sauvadet*)

- 130 Bien que les arguments d'ordre public en faveur de l'extension du mariage aux couples de même sexe soient impérieux, les arguments juridiques pour exiger une telle extension font défaut. Le droit fondamental au mariage n'implique pas un droit de forcer les Etats fédérés à changer leur définition du mariage. La décision d'un Etat de maintenir une définition du mariage qui a perduré dans toutes les cultures tout au long de l'histoire humaine peut difficilement être qualifiée d'irrationnelle. En somme, notre Constitution ne reconnaît pas une définition unique du mariage. Les citoyens d'un Etat sont libres d'étendre le mariage aux couples de même sexe ou de maintenir la définition historique.
- 131 Cependant, la Cour a, aujourd'hui, pris la mesure exceptionnelle d'ordonner à tous les Etats d'accorder des certificats de mariage aux couples de même sexe ainsi que de reconnaître ces mariages. Beaucoup de personnes se réjouiront de cette décision et je ne déplore pas leur célébration. Néanmoins, pour ceux qui croient en un gouvernement des lois et non des hommes, l'approche de la majorité est profondément décourageante. Les partisans du mariage entre personnes de même sexe ont eu un succès considérable en convaincant leurs concitoyens, au cours d'un processus démocratique, de se joindre à leur point de vue. Cela prend fin avec cet arrêt. Cinq juristes ont mis fin au débat et ont fait de leur vision du mariage une question de droit constitutionnel. Dérober ce débat aux citoyens jettera pour beaucoup une ombre sur le mariage entre personnes de même sexe en rendant d'autant plus difficile un changement social radical.
- 132 La décision de la majorité est un acte de volonté et non un jugement juridique. Le droit qu'elle proclame n'a aucun fondement dans la Constitution ou dans la jurisprudence de

la Cour. La majorité refuse la « prudence » judiciaire et ne fait preuve de la moindre humilité en se fondant sur son propre désir de recréer la société en fonction de « nouvelles perspectives » personnelles quant à la « nature de l'injustice » (...).

- 133 (...) Il peut être tentant pour les juges de confondre nos propres préférences et les exigences de la loi. Cependant, comme il a été rappelé à cette Cour au fil du temps, la Constitution « existe pour les personnes d'opinions fondamentalement différentes » (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) ; opinion dissidente du juge Holmes, J.). Par conséquent, « les Cours ne sont pas concernées par la sagesse ou la politique de législation » (*Id.*, p. 69 ; opinion dissidente du juge Harlan, J.). La majorité écarte aujourd'hui cette conception restreinte du rôle judiciaire. Elle s'empare d'une question que la Constitution laisse aux individus, à une époque où ceux-ci sont engagés dans un débat animé sur ce thème, et répond à cette question non sur le fondement de principes neutres de droit constitutionnel mais selon sa propre « compréhension de ce que la liberté est et doit devenir ». (...)
- 134 Comprenez bien le sujet de cette opinion dissidente : il ne s'agit pas de déterminer si, selon mon jugement, l'institution du mariage doit être modifiée pour inclure les couples de même sexe. Il s'agit, au contraire, de déterminer si, dans notre république démocratique, cette décision doit être entre les mains des citoyens agissant par le biais de leurs représentants élus ou entre celles de cinq juges dont le mandat les autorise à résoudre des controverses juridiques sur le fondement du droit. La Constitution ne laisse aucun doute quant à la réponse
- 135 (...).
- 136 (...) La majorité prétend identifier quatre « principes et traditions » dans la jurisprudence de *Due Process* de la Cour, qui soutiennent un droit fondamental au mariage pour les couples de même sexe (*Ante*, p. 12). En réalité, pourtant, l'approche de la majorité ne trouve de fondement ni en principe ni dans la tradition, mise à part la tradition peu scrupuleuse de politique judiciaire caractérisant des décisions discréditées telles que *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45. Dépourvu de sa rhétorique scintillante, l'argument de la majorité est que la *Due Process Clause* accorde aux couples de même sexe le droit fondamental de se marier car cela sera positif pour eux et pour la société. Si j'étais le législateur, j'envisagerais certainement ce point de vue comme un sujet de politique sociale. En tant juge, je trouve la position de la majorité indéfendable du point de vue du droit constitutionnel (...).
- 137 (...) Autoriser des juges fédéraux non élus à choisir quels droits non-énoncés sont « fondamentaux » et rendre inconstitutionnelles des lois d'Etats sur le fondement de cette détermination soulève des problèmes juridiques évidents. Les précédents de cette Cour ont, par conséquent, insisté sur l'exigence que les juges « exercent la plus grande précaution » dans l'identification des droits fondamentaux implicites, « de peur que la liberté protégée par la *Due Process Clause* soit discrètement transformée en une politique des préférences des membres de la Cour » (*Washington c. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720 (1997)). (...)
- 138 (...) Lorsque la majorité examine la loi, elle se fonde principalement sur les précédents juridiques relatifs au droit fondamental de se marier (voir *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 95 (1987); *Zablocki*, p. 383; *Loving*, p. 388). Ces décisions ne concluent pas, bien entendu, que toute personne qui souhaite se marier bénéficie d'un droit constitutionnel à le faire. En revanche, elles requièrent de l'Etat que les restrictions qu'il place au droit au mariage soient celles qui ont toujours été admises comme des restrictions appropriées.

Dans *Loving*, la Cour a estimé que les restrictions au mariage fondées sur des critères raciaux manquaient de justifications impérieuses. Dans *Zablocki*, les restrictions fondées sur le défaut de paiement d'une pension alimentaire n'ont pas été considérées suffisantes pour restreindre le droit au mariage. De même, dans *Turner*, les restrictions fondées sur le statut de prisonnier ont été jugées inacceptables.

- 139 Aucune des lois mises en cause dans ces décisions ne prétendaient modifier la définition centrale du mariage comme l'union d'un homme et d'une femme. Les lois contestées dans *Zablocki* et *Turner* ne définissaient pas le mariage comme « l'union d'un homme et d'une femme (...) ». L'interdiction maritale dont il était question dans *Loving* ne définissait pas non plus le mariage comme « l'union d'une femme et d'un homme de la même race ». Supprimer les barrières interraciales dans l'accès au mariage n'a donc pas plus changé la définition du mariage que les mesures de déségrégation des écoles n'ont changé cette dernière. Telle que l'admet la majorité, l'institution du mariage débattue dans chacune de ces décisions « présupposait l'existence d'une relation entre partenaires de sexe opposé ».
- 140 En définitive, les décisions concernant le « droit au mariage » reposent sur l'idée centrale, bien que restreinte, que certaines restrictions à l'accès au mariage, entendu dans sa signification traditionnelle, violent la *Due Process Clause*. Ces décisions ne nous disent en revanche rien sur un prétendu droit de l'Etat à changer la définition du mariage, ce qui est précisément ce que les requérants recherchent devant cette Cour (voir *Windsor* : « Ce que *Windsor* et le gouvernement des Etats-Unis recherchent [...] n'est pas l'application d'un droit profondément enraciné mais la reconnaissance d'un droit précédemment inexistant ».)
- 141 Ni les requérants ni la majorité ne font référence à un précédent ou à toute autre source juridique qui pourrait constituer une base juridique en faveur de la reconnaissance d'un tel droit constitutionnel. En vérité, il n'en existe pas, et cela est suffisant pour rejeter leur requête (...)

Opinion dissidente du juge Scalia (*Traduit par Pauline Sauvadet*)

- 142 A moins que les tribunaux n'y mettent fin, le débat public autour du mariage de personnes de même sexe met en évidence la démocratie américaine au meilleur d'elle-même.
- 143 Des individus partageant des opinions divergentes sur la question ont, de façon engagée mais respectueuse, tenté de convaincre leur concitoyens d'embrasser leurs vues. Les citoyens américains ont pesé ces arguments et ont soumis la question à un vote. Les électeurs de onze Etats, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants, ont choisi d'élargir la définition traditionnelle du mariage. Davantage d'Etats ont choisi de ne pas le faire. Gagnants ou perdants, les défenseurs de chaque camp ont continué de faire pression en faveur de leur opinion, forts de la conviction que tout échec électoral peut être remis en cause par une éventuelle future victoire. C'est exactement la façon dont notre système gouvernemental est supposé fonctionner.
- 144 Il s'agit d'une requête fallacieuse visant à faire exercer par la Cour un pouvoir législatif, voire hyper-législatif. Cette requête est intrinsèquement contraire à notre système politique. A moins d'être limités par une interdiction constitutionnelle décidée par le peuple, les Etats sont libres d'adopter les lois qu'ils souhaitent, même celles qui pourraient offenser les « jugements raisonnés » des estimés juges de la Cour Suprême.

Un système politique subordonnant le Peuple à une chambre de neuf Juges non élus ne mérite pas d'être qualifiée de démocratie (...)

Opinion dissidente du juge Thomas (*Traduit par Cécile Faverdin*)

- 145 Cette décision est en contrariété non seulement avec la Constitution mais également avec les principes sur lesquels notre nation est fondée. Depuis bien avant 1787, la liberté est comprise par tous comme l'absence d'interférence gouvernementale dans la vie d'un individu et non le droit à des bénéfices gouvernementaux. Les Pères Fondateurs ont créé la Constitution afin de préserver cette conception de la liberté. Pourtant, la majorité invoque notre Constitution au nom d'une « liberté » que les Pères Fondateurs n'auraient pas reconnu au détriment de la liberté qu'ils cherchaient à protéger. Ce faisant, la majorité rejette l'idée, reconnue dans la Déclaration d'indépendance, que la dignité humaine est innée, et suggère au contraire qu'elle est accordée par le gouvernement. Cette distorsion de notre Constitution ignore le texte et renverse la relation entre l'individu et l'Etat dans notre République. Je ne peux pas admettre un tel point de vue (...)

Opinion dissidente du juge Alito (*Traduit par Eléonore Parsai*)

- 146 Jusqu'à l'intervention des Cours fédérales, le peuple américain était impliqué dans le débat concernant la reconnaissance, par leurs Etats, du mariage entre personne de même sexe.
- 147 La question soulevée par ces affaires n'étant pas tant de savoir comment les Etats devraient résoudre cette question, mais plutôt comment la Constitution y répond. Et elle n'y répond pas : la Constitution laisse cette tâche au peuple.
- 148 La Constitution ne prévoit pas le droit de se marier pour les couples de même sexe, mais la Cour retient ici que le terme « liberté » contenu dans la *Due Process Clause* du XIV^{ème} Amendement, comprend ce droit. Notre nation a été fondée sur le principe que chaque personne bénéficie d'un droit inaliénable à la liberté, mais ce terme peut prendre plusieurs significations. Pour les socio-démocrates, il inclut le droit à divers bénéfices gouvernementaux, tandis que pour la majorité de la Cour aujourd'hui, il se distingue par une signification postmoderne.
- 149 Afin d'empêcher que cinq juges non élus imposent leur vision personnelle de la liberté au peuple américain, la Cour a retenu que la « liberté » garantie par la *Due Process Clause* devrait être comprise comme une protection des seuls droits « profondément ancrés dans l'histoire et la tradition de notre nation » (*Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 701, 720-721 (1997)). Il est incontestable que le droit des personnes de même sexe de se marier n'en fait pas partie. En effet :
- 150 « Dans ce pays, aucun Etat n'autorisait le mariage entre personnes de même sexe jusqu'à ce que la Cour Suprême du Massachussetts retienne en 2003 que le fait de réserver le mariage aux seuls couples de sexe opposé était contraire à la Constitution » (voir *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass).
- 151 Ce droit n'est pas non plus ancré dans la tradition des autres nations car aucun pays n'autorisait les couples de même sexe de se marier jusqu'à ce que les Pays-Bas le fassent en 2000.

- 152 Les partisans du droit de se marier entre personnes de même sexe cherchent à obtenir la protection d'un droit qui n'est manifestement pas ancré dans la tradition juridique de notre pays ; donc, en réalité, ils visent la reconnaissance d'un nouveau droit, et cherchent à obtenir ce droit non par le corps législatif élu par le peuple mais par un corps de juges non élus. Face à une telle demande, les juges doivent se montrer prudents et doivent faire preuve d'humilité.
- 153 Dans cette décision, la majorité de la Cour retient qu'il n'est pas important que le droit des couples de même sexe de se marier ne soit pas ancré dans une tradition juridique américaine établie depuis longtemps. Les juges de la majorité revendiquent donc l'autorité de conférer une protection constitutionnelle à ce droit simplement parce qu'ils croient que c'est un droit fondamental. (...)
- 154 Cette décision usurpe le droit du peuple de conserver ou de modifier sa compréhension de l'institution du mariage. Cette décision aura également d'importantes conséquences. Elle sera utilisée pour diaboliser les américains ne souhaitant pas adhérer à cette nouvelle orthodoxie. De plus, l'opinion des juges de la majorité compare les lois régissant le mariage traditionnel avec les lois qui avaient privé les Afro-américains et les femmes de l'égalité de traitement ; les implications d'une telle analogie seront sans doute exploitées par les personnes déterminées à en finir avec tous ceux qui lui résistent.
- 155 Cette décision produira aussi un effet radical sur cette Cour et sur sa capacité à maintenir l'Etat de droit. En effet, si une faible majorité de juges de la Cour Suprême peut créer un nouveau droit et l'imposer au reste du pays, alors la seule véritable limite qui viendra restreindre ce que les majorités futures seront capables de faire renvoie à leur propre conception de ce que sont prêts à tolérer ceux qui détiennent un pouvoir politique et d'influence. Les partisans du mariage entre personnes de même sexe devraient également s'inquiéter de l'étendue du pouvoir dont prétend disposer la majorité de la Cour aujourd'hui.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. SCOTUS, *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ [2013]; *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. ____ [2013].

2. Le 22 juillet 2013, le juge Timothy S. Black accueillait la demande du couple, reconnaissant qu'un mariage célébré en dehors de l'Ohio devait être considéré comme valide au sein des frontières de ce dernier.

3. Le 6 novembre 2014, la Cour d'appel des Etats-Unis pour le 6^{ème} Circuit estimait toutefois, par 2 voix contre une, que l'interdiction du mariage pour les couples de même sexe, décidée par l'Etat de l'Ohio, ne violait pas la Constitution fédérale. Voir la décision de la Cour d'appel, ainsi que l'opinion dissidente, instructive, de la juge Martha Craig Daughtrey.
4. Le 10 février 2014, quatre couples de même sexe, légalement mariés dans d'autres Etats que l'Ohio, décidaient également de poursuivre cet Etat (voir not. l'affaire *Henry v. Wymyslo*), avec une prétention néanmoins toute autre que celle du couple Arthur-Obergefell, dans la mesure où leur demande principale concernait l'inscription des deux parents sur les certificats de naissance de leurs enfants.
5. En définitive, l'arrêt *Obergefell v. Hodges* est le fruit de différentes actions connexes, incluant les affaires *Henry v. Wymyslo* (Ohio), *Tanco v. Haslam* (Tennessee), *Deboer v. Snyder* (Michigan) et *Bourke v. Beshear* (Kentucky).
6. C'est ici essentiellement par commodité de langage et en vue de faire écho aux débats qui ont animé, ces dernières années, la société française que nous employons ici cette expression, laquelle n'est toutefois jamais utilisée aux Etats-Unis.
7. SCOTUS, 26 juin 2015, *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio, Dept of Health et al.*, n° 14-556. Voir également toutes les références jurisprudentielles disponibles sur le Scotus Blog. Les traductions contenues dans cette Lettre sont, sauf mention contraire, celles de l'auteure. Soulignons néanmoins que les principaux extraits de cette décision ont été, postérieurement à la rédaction de ce commentaire, remarquablement traduits par Cécile Faverdin, Pauline Sauvadet et Eléonore Parsai, étudiantes du MASTER bilingue Droit de l'Europe à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.
8. *Obergefell v. Hodges* se situe en effet dans la continuité de *U. S. v. Windsor*. La non indifférence manifestée en 2013 par la Cour suprême au regard du droit de se marier peut en effet être analysée comme un signe précurseur dès lors que les juges suprêmes se sont autorisés à exercer un certain droit de regard sur un domaine relevant jusqu'alors traditionnellement de la compétence des Etats fédérés.
9. Déc., p. 3 et 6.
10. Déc., p. 28.
11. Les questions liées au rôle des opinions séparées et au gouvernement des juges, également majeures dans la décision *Obergefell*, seront abordées ultérieurement, dans une autre lettre ADL rédigée par Johann Morri (à paraître).
12. Déc., p. 6 s.
13. SCOTUS, *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 [1972].
14. La Cour souligne que l'institution du mariage a déjà connu des évolutions un temps considérées comme inenvisageables. Elle rappelle alors que si le mariage a longtemps été réservé aux couples hétérosexuels, c'est notamment parce qu'il avait pour fonction d'organiser « une entité juridique patriarcale » (« *male-dominated legal entity* »), et par là même d'instituer une hiérarchie entre les partenaires. Néanmoins, pour ne citer que cette avancée, « lorsque les femmes ont acquis des droits légaux (« *legal rights* »), des droits politiques et des droits de propriété (« *property rights* »), et lorsque la société a commencé à comprendre que les femmes jouissaient personnellement de leur égale dignité (« *that women have their own equal dignity* »), le principe de la couverture (« *law of coverture* ») [qui faisait des femmes mariées des incapables] a été abandonné » (déc., p. 6).
15. Voir les propos du juge Harlan dans son opinion dissidente sous la décision *Poe v. Ullman* (367 U.S. 497 [1961]): « *The balance of which I speak is the balance struck by this country, having regard to what history teaches are the traditions from which it developed as well as the traditions from which it broke. That tradition is a living thing. (...)* ».

16. Déc., p. 10-11. Dès le début de son opinion dissidente, le juge Scalia dénonce « la menace que la Cour fait peser sur la démocratie américaine », n'abandonnant par la suite jamais un ton que l'on peut aisément qualifier d'accusateur.

17. Dans le cas de l'affaire *U. S. v. Windsor*, la Cour suprême avait été amenée à se prononcer sur la conformité de la 3^{ème} Section de la « loi de défense du mariage » (*Defense of Marriage Act*, encore appelée *DOMA*) à la Constitution fédérale. Le fait que le *DOMA* définisse, au niveau fédéral, le mariage comme une union pouvant être exclusivement conclue par un homme et une femme, empêchait en effet les couples de même sexe de pouvoir bénéficier des prestations attribuées par l'Etat fédéral aux couples hétérosexuels mariés. La Cour suprême considéra en l'espèce que la disposition fédérale contestée était contraire au V^{ème} Amendement. Voir *U.S. v. Windsor*, préc. ; C. Fercot et J. Morri, « Les juges de Washington progressent à tâtons sur la question du mariage pour tous », Lettre « Actualités Droits-Libertés », 1^{er} août 2013.

18. Alors qu'elle a toujours eu pour habitude d'évoquer la « liberté du mariage » (« *liberty of marriage* ») ou la « liberté de se marier » (« *freedom to marry* »), comme ce fut le cas dans la célèbre décision *Loving v. Virginia* de 1967 (388 U.S. 1, 12 [1967]), la Cour suprême mentionne, dans la décision *Obergefell*, le « droit de se marier » (« *right to marry* »). Le vocabulaire employé par les juges de Washington en ce domaine est toutefois loin d'être limpide. Ainsi, dans la décision *Loving v. Virginia*, juste après avoir qualifié le mariage de « droit civil fondamental » (« *one of the basic civil rights of man* »), la Cour avait fait référence à une « liberté fondamentale » (« *fundamental freedom* »), puis à « la liberté de choisir de se marier » (« *freedom of choice to marry* »), avant de mentionner « la liberté de se marier ou de ne pas se marier » (« *freedom to marry, or not marry* »). De même, dans la décision *Obergefell*, la Cour mentionne, à côté du « droit de se marier » (« *right to marry* »), les « libertés fondamentales » (« *fundamental liberties* ») impliquées par le XIV^{ème} Amendement, avant de qualifier « le mariage » de fondamental (« *marriage is fundamental* », syllabus, p. 3). Par delà les mots, le choix, dans le présent commentaire, de traduire littéralement l'expression « *right to marry* » par « droit de se marier » prend en compte l'idée – que l'on retrouve par ailleurs dans l'opinion dissidente du juge Roberts sous la décision *Obergefell* – selon laquelle les sacrements civils du mariage impliquent l'idée d'un « droit positif » (« *positive entitlement* ») accordé par les autorités fédérées, loin de l'idée, donc, d'une liberté dont les individus pourraient jouir spontanément. Quant à la Cour suprême, elle semble quant à elle trancher – ou ne pas trancher – ce débat, en indiquant qu'il s'agit en définitive tout à la fois d'un droit et d'une liberté : « *same-sex couples may not be deprived of that right and that liberty* » (syllabus, p. 5 ; voir *infra*).

19. Le V^{ème} Amendement, qui était en cause notamment dans la décision *U. S. v. Windsor*, en 2013, est en quelque sorte le « pendant » fédéral du XIV^{ème} Amendement. Concernant la clause de *due process of law*, d'une part, les termes sont d'ailleurs quasiment identiques (« *No State shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* »). D'autre part, si le V^{ème} Amendement ne contient pas explicitement de clause d'égale protection, la Cour suprême a considéré que la clause équivalente incluse dans le XIV^{ème} Amendement s'appliquait également aux autorités fédérales via la clause de *due process* du V^{ème} Amendement (v. not. en ce sens *SCOTUS*, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500 [1954]).

20. « *No State shall (...) deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (...)* » ; « *No State shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ». Trad. L. Robel, E. Zoller, *Les états des noirs : fédéralisme et question raciale aux Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 30-31, souligné par nous.

21. A ce sujet, Laurence Tribe évoque une « double hélice » (« *a legal double helix* ») unissant la liberté et l'égalité. Voir L. Tribe, « *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right that Dare Not Speak Its Name* », *Harv. L. Rev.*, 2004, vol. 117, p. 1893 s., spéc. p. 1897-1898. Voir également R. L. Brown, « *Liberty, the New Equality* », *N. Y. U. L. Rev.*, 2002, vol. 77, p. 1491 s.
22. Déc., p. 19.
23. Voir par ex. SCOTUS, *Griego v. Oliver*, No. D-202-CV-2013-02757, [2013] WL 4716361 (D. N. M. Aug. 26, 2013).
24. A propos de la tendance manifestée par la Cour suprême, ces dernières années, à privilégier l'argument fondé sur la liberté et donc sur la clause de *due process of law*, voir K. Yoshino, « *The New Equal Protection* », *Harv. L. Rev.*, 2011, vol. 124, p. 748.
25. Il est en effet devenu habituel, sous la plume du juge Kennedy, de voir les deux arguments, fondés sur la liberté et sur l'égalité, réunis. A ce propos, voir par ex. R. B. Siegel, « *Dignity and the Politics of Protection : Abortion Restrictions Under Casey/Carhart* », *Yale L. J.*, 2008, vol. 117, p. 1735-1745.
26. 347 U.S. 497 [1954].
27. « *Discrimination may be so unjustifiable as to be violative of due process* » (347 U.S. 497, 499 [1954]).
28. Rappelons que la clause de *due process* comporte à la fois un pendant procédural (« *procedural due process* ») et une facette substantielle (« *substantive due process* »), développée par la Cour suprême à partir du début du XIX^{ème} siècle : la clause peut alors être interprétée comme interdisant des mesures arbitraires ou injustes mettant en cause la vie, la liberté ou encore la propriété des personnes. A ce sujet, voir not. la célèbre décision SCOTUS, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 [1905].
29. Si les « droits constitutionnels » (*constitutional rights*) sont inscrits dans la Constitution, les droits fondamentaux sont avant tout des droits « implicites » (« *implied rights* »), issus de la *Common law* via un détour par le XI^{ème} Amendement, lequel dispose que « l'énumération de certains droits dans la Constitution ne pourra être interprétée comme déniait ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple ».
30. SCOTUS, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 [2003].
31. In re *Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (CS Californie [2008]).
32. SCOTUS, 521 U.S. 702.
33. Déc., p. 12 s.
34. Comme elle l'avait déjà fait en 1978, dans la décision *Zablocki v. Redhail* (SCOTUS, 434 U. S. 374, 384 [1978]), la Cour suprême rappelle ainsi que les différents droits en lice en matière de mariage forment un « tout unifié ».
35. Déc., syllabus, p. 3, souligné par nous.
36. Trad. E. Zoller, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », 7^{ème} conférence-débat du CDPC, 30 oct. 2014, *Revue générale du droit, Etudes et réflexion*, n° 4, 2014.
37. Dans le même sens, voir la célèbre décision SCOTUS, *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 [1937] (voir trad. E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 484-485).
38. Déc., p. 10. Voir SCOTUS, *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 147-149 [1968].
39. *Ibid.*, souligné par nous.
40. Déc., p. 13, souligné par nous.
41. Voir SCOTUS, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 486 [1965]. Voir également, en matière d'avortement, la décision *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists* (476 U.S. 747 [1986]), ainsi que la décision *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (505 U.S. 833 [1992]). Cette dernière évoquait, en 1992, « (des questions qui) mettent en jeu les choix les plus intimes et personnels qu'un individu puisse faire dans sa vie, choix qui sont déterminants de la *dignité* et de

l'autonomie personnelle, et qui sont centraux à la liberté protégée par le XIV^{ème} Amendement » (trad. E. Zoller, art. préc., p. 14, souligné par nous).

42. SCOTUS, 482 U. S. 78, 95 [1987].

43. SCOTUS, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 575 [2003]. Une décision qui énonçait alors, en 2003 : « *La liberté présuppose l'autonomie du sujet* qui comprend la liberté de pensée, de conscience, d'expression et la liberté de comportement dans l'intimité (...) » (trad. E. Zoller, art. préc., p. 14, souligné par nous).

44. Déc., p. 3.

45. *Goodridge v. Dept of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941 (CS Massachusetts [2003]).

46. Déc., p. 13. Voir également la décision *Goodridge*, *ibid.*

47. On distingue schématiquement – et assez classiquement – au sein de la doctrine américaine, deux grandes conceptions du mariage. La première est strictement en lien avec la procréation, et ne peut unir qu'un homme et une femme (en ce sens, voir not. les écrits de Sherif Girgis, Robert George et Ryan Anderson, dont l'ouvrage est, dès 2012, devenu la grande Bible des activistes conservateurs opposés à la généralisation du mariage pour tous : S. Girgis, R. George, R. Anderson, *What is Marriage ? Man and Woman: a Defense*, Encounter Books, 2012; id., « What is Marriage? », *Harvard J. L. & Public Policy*, vol. 34, p. 245 s.). La seconde conception du mariage – à laquelle adhère ici la Cour suprême – tend en revanche à déconnecter complètement mariage et procréation, ce qui lui vaut d'ailleurs d'être qualifiée, par ces mêmes auteurs, de « révisionniste ».

48. Voir déjà exactement dans le même sens la décision *U. S. v. Windsor*, préc., p. 23.

49. Déjà en 1925, voir SCOTUS, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510 [1925]. Voir en l'espèce l'*Amici Curiae* joint à la décision *Obergefell* (Brief of Amici Curiae Scholars of the Constitutional Rights of Children in Support of Petitioners), p. 22-27.

50. Déc., p. 16 s., trad. C. Faverdin et al.

51. Déc., p. 17. Soulignons néanmoins que si la Cour suprême défend une conception institutionnaliste du mariage et de la famille – en vertu de laquelle l'union des couples intéresse le groupe social –, elle n'envisage pas la question du droit de se marier sous l'angle du contenu constitutionnel de cette institution, comme ont pu le faire d'autres juridictions suprêmes, en Espagne et au Portugal, notamment. A ce sujet, et pour une intéressante comparaison, voir H. Alcaraz, « Le mariage entre personnes de même sexe dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère », *RFDA*, 2013, p. 986 s.

52. Cet aspect était déjà en cause en 2013 dans la décision *U. S. v. Windsor* (préc.) : la Cour suprême énonçait en effet que la 3^{ème} Section du *DOMA* violait un principe général de non-discrimination en ce qu'elle empêchait les conjoints de même sexe de bénéficier des droits garantis aux couples hétérosexuels par les lois fédérales, notamment en matière sociale ou fiscale. C'était alors précisément l'absence d'une égale reconnaissance des droits des personnes mariées par le droit fédéral qui se révélait discriminatoire.

53. Notons toutefois que la Cour n'a pas isolé de catégorie « suspecte » ou « quasi-suspecte » depuis 1977. Voir K. Yoshino, « The New Equal Protection », art. préc., p. 757.

54. La Cour suprême ayant toujours refusé de considérer que les personnes homosexuelles formaient une « catégorie protégée », c'est ce second type de contrôle qu'elle applique généralement : elle se contente alors de rechercher si la loi est motivée par « une hostilité ou un objectif inappropriés » (« *motivated by an improper animus or purpose* »). Pour une illustration, voir SCOTUS, *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 [1996].

55. La doctrine oppose généralement les « analyses en lien avec une classification suspecte » (« *suspect classification analysis* ») et les « analyses en lien avec un droit fondamental » (« *fundamental rights analysis* »).

56. Pour une approche similaire, en termes d'égalité, mais dans un tout autre domaine, voir la décision SCOTUS, *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 [1942], à propos de la stérilisation des détenus ou encore la décision *Zablocki v. Redhail* (434 U. S. 374, 384 [1978], préc.), à propos également du droit au mariage.

57. Etrangement, les juges suprêmes choisissent, en l'espèce, de ne pas mentionner le vocable « discrimination ». La seule occurrence du terme renvoie en effet à la décision *Romer v. Evans* de 1996 (préc.) et n'intervient qu'à des fins d'illustration, lorsque la Cour évoque l'évolution progressive des droits reconnus aux personnes homosexuelles.

58. Pour un exemple en ce sens, voir not. In re Marriage Cases, 43 Cal. 4th 757 (CS Californie [2008]). Pour un exemple de décision retenant une discrimination fondée sur le sexe, voir par ailleurs *Baehr v. Lewin* (CS Hawaii [1993]), déc. préc.

59. « (...) *the imposition of this disability (...) serves to disrespect and subordinate them* » (déc., p. 22).

60. Si l'on suit le raisonnement des juges, la question ne pose pas, en effet, dès lors que la privation du droit de se marier entre personnes de même sexe est, par principe, illégale, sans qu'il y ait là à opérer un quelconque contrôle de proportionnalité.

61. En ce sens, voir la décision *Lawrence v. Texas*, préc.

62. Déc., p. 15. Soulignons néanmoins que ces propos sont énoncés au cœur des développements consacrés aux garanties *Due Process of Law* et non directement en lien avec la clause d'égalité de protection.

63. SCOTUS, 388 U.S. 1, 12 [1967], préc.

64. La Cour suprême qualifiait alors le droit de se marier ou, plus exactement, le mariage de « liberté fondamentale » (*fundamental freedom*). Voir déc. préc.

65. Déc., p. 27.

66. Hubert Alcaraz note ici une opposition entre les droits européens et le droit américain : alors qu'en Europe (en l'occurrence en Espagne et au Portugal), le principe d'égalité s'oppose à une parfaite égalisation des unions hétérosexuelles et homosexuelles, celui-ci constitue en revanche, aux Etats-Unis, le fondement de l'unification des régimes d'unions. Voir art. préc.

67. Déc. préc.

68. K. Yoshino met à jour l'existence de « requêtes hybrides » (« *hybrid claims* »), qu'il rattache à la dignité et qu'il qualifie de « *dignity claims* ». Ces requêtes peuvent selon lui être fondées soit sur l'idée de liberté (« *liberty-based dignity claims* »), soit sur le principe d'égalité (« *equality-based dignity claims* »). Voir K. Yoshino, « The New Equal Protection », art. préc., p. 749-750.

69. Déc., p. 17.

70. Souligné par nous.

71. Déc., p. 17-18.

72. La Cour écarte ici l'argument qui consiste à évoquer un droit au contenu très spécifique. Pas plus que la décision *Loving v. Virginia* ne mentionnait « un droit au mariage interracial », pas plus que la décision *Turner* n'évoquait « un droit des détenus au mariage », la Cour ne reconnaît en l'espèce « un droit au mariage homosexuel » (« *right to same-sex marriage* »). Il s'agit, bien au contraire, de protéger un droit fondamental, et de reconnaître à un large panel de titulaires. Voir déc., p. 19. *Contra*, voir la décision *U. S. v. Windsor*, préc.

73. Cette conclusion n'est pas sans rappeler le contenu de la décision *U. S. v. Windsor* de 2013, les juges ayant alors mentionné la nécessité de préserver une « *égalité d'accès à la liberté* » (déc. préc.).

74. Cet argument était déjà présent dans les décisions *Loving v. Virginia* et *Zablocki* (déc. préc.). Voir également la jurisprudence très riche citée par la Cour dans la décision *Obergefell v. Hodges*, p. 20-22.

75. Déc., p. 22, souligné par nous.

76. Voir not. SCOTUS, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 [2003], préc.

77. Voir par ex. SCOTUS, *Harper v. Va. Bd. Of Elections*, 383 U.S. 663, 670 [1966], à propos du droit de vote des indigents.

78. Voir E. Zoller, art. préc.

79. Voir L. R. Barroso, « Here, There and Everywhere, Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse », *Boston Coll. Int. and Comp. L. Rev.*, 2012, vol. 35, p. 331 s., spéc. p. 347 s.; M. D. Goodman, « Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence », *Neb. L. Rev.*, 2006, vol. 84, p. 740 s., spéc. p. 757. La dignité, alors entendue non pas comme un droit fondamental autonome mais comme un principe constitutionnel, a notamment été mobilisée dans les affaires mettant en cause la liberté des femmes d'avorter (implicitement, dans les décisions *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 [1965] et *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 [1973], puis explicitement dans la décision *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (505 U.S. 833 [1992])). C'est notamment sous l'influence du juge Brennan que le rôle joué par la dignité dans la jurisprudence de la Cour suprême a progressé. A propos de l'argumentation du Juge Brennan contre la peine de mort et fondée, notamment, sur l'égale dignité de tous les individus, voir notamment son opinion dissidente sous la décision *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 302 [1990]. Pour une vue d'ensemble, voir S. Stern, S. Wermiel, *Justice Brennan : Liberal Champion*, Houghton Mifflin Harcourt, 2010, p. 409 s.

80. Voir V. C. Jackson, « Constitutional Dialogue and Human Dignity : States and Transnational Constitutional Discourse », *Montana Law Review*, 2004, vol. 65, p. 15 s.

81. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003], préc. L'opinion majoritaire, déjà rédigée par le juge Kennedy, mentionne à plusieurs reprises le principe de dignité (voir not. p. 558, 567, 574, 577).

82. Déc. préc. Voir également les décisions *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (505 U.S. 833 [1992]) et *Lawrence v. Texas* (préc.). Le juge Antonin Scalia dénonçait, en 2003, dans son opinion dissidente sous la décision *Lawrence v. Texas* le risque que ce recours à la dignité ne signe « la fin de toute législation relative à la moralité » (« *the end of all morals legislation* »).

83. Déc., p. 10 ; voir *supra*.

84. Déc., p. 28, souligné par nous. La Cour souligne également que « blesser quelqu'un dans sa dignité ne se répare pas toujours d'un simple trait de plume » (déc., p. 25, trad. C. Faverdin et al.). Au total, le terme « *dignity* », ou « *dignitary* », apparaît à onze reprises dans le syllabus et l'opinion majoritaire. Paradoxalement, il est davantage présent dans les opinions séparées (trois occurrences dans l'opinion du juge Roberts, dix-sept occurrences dans celle du juge Thomas – lesquelles visent toutefois à critiquer très fortement le recours, par la Cour, à cet argument).

85. E. Zoller, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », art. préc., p. 15.

86. Voir J. Turley, « The trouble with the "dignity" of same-sex marriage », Blog *The Washington Post*, 2 juillet 2015.

87. R. Macklin, « Dignity Is a Useless Concept », *British Med. J.*, 2003, vol. 327, p. 1419 s. Le recours à la dignité se heurte généralement à trois objections. Une première critique se rapporte – classiquement – à l'absence de mention, dans le texte constitutionnel, de la dignité (voir not. l'opinion séparée du juge Thomas sous la décision *Obergefell*). De nombreux juges et auteurs soulignent par ailleurs que la dignité correspond à une valeur européenne, par définition étrangère à la culture et au droit américains (en ce sens, voir not. N. Rao, « On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law », *Columbia Journal of European Law*, 2008, vol. 14, p. 201s.). C'est enfin parfois le manque de substance du principe de dignité qui est régulièrement dénoncé.

88. Voir par ex., mais à propos de la décision *U. S. v. Windsor*, S. W. Pollvogt, « Marriage Equality, United States v. Windsor, and the crisis in Equal Protection jurisprudence », *Hofstra L. Rev.*, 2014, vol. 42, p. 1 045 s.

89. En ce sens, déjà, à propos de la décision *U. S. v. Windsor*, voir H. K. Gerken, « Windsor's Mad Genius : The interlocking gears of rights and structure », *Boston Univ. L. Rev.*, 2015, vol. 95, p. 587 s.

90. Voir les nombreux débats visant à savoir si la décision *U.S. v. Windsor* de 2013 était davantage une décision fondée sur des arguments en lien avec les droits fondamentaux (« *fundamental rights opinion* », « *equality opinion* » ou encore « *liberty opinion* ») ou une décision aux prises avec le fédéralisme (« *federalism opinion* ») – comme si ladite décision ne pouvait être que l'un ou l'autre. Voir par ex. H. Douglas NeJaime, « Windsor's Right to Marry », *Yale L. J.*, 2013, vol. 123, p. 219 s., pour le premier point de vue, et E. Restuccia et A. Lindstrom, « Federalism and the Authority of the States to define Marriage », *SCOTUS Blog*, 27 juin 2013, pour le second. Il arrive néanmoins que certains auteurs abordent, ensemble, les deux fonctions, protectrice et structurelle, du droit de se marier : en ce sens, voir not. E. A. Young et E. C. Blondel, « Federalism, liberty and equality in United States v. Windsor », *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2013, p. 117 s.

91. En matière de peine de mort, les pratiques des différents Etats fédérés ont certes été, dès les années 1970, encadrées par la jurisprudence de la Cour suprême (voir not. SCOTUS, *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 [1972]; *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 206-207 [1976]; voir également *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 [2002]; *Stanford v. Kentucky* (492 U.S. 361 [1989])). Les juges de Washington ont néanmoins toujours explicitement refusé de déclarer la peine de mort contraire à la Constitution fédérale – au regard, essentiellement, de l'interdiction des châtiments cruels et exceptionnels (*cruel and unusual punishments*), inscrite dans le VIII^{ème} Amendement. Ils ont ainsi toujours implicitement refusé de s'immiscer dans ce qui constitue, encore aujourd'hui, l'une des dernières grandes chasses gardées des Etats fédérés.

92. *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (CS Hawaii [1993]).

93. SCOTUS, *Goodridge v. Dept of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N. E. 2d 941 (CS Massachusetts, 2003).

94. Voir, entre autres, les décisions *Baker et al. v. State of Vermont*, 744 A.2d 864 (CS Vermont [1999]) et *Elizabeth Kerrigan et al. v. Commissioner of Public Health et al.*, SC 1776 (CS Connecticut [2008]), à l'origine d'un véritable renouveau du « Nouveau fédéralisme judiciaire » (*New judicial Federalism*) américain dans le champ du mariage. Dans sa décision de 2008, notamment, la Cour suprême du Connecticut commence par rappeler que la Constitution fédérale établit « un standard national *minimum* » dans le domaine des droits fondamentaux, tout en ajoutant que ce constat n'empêche nullement les Etats fédérés d'accorder « des niveaux plus élevés de protection de ces droits ».

95. Pour un aperçu davantage exhaustif du droit fédéré, voir les annexes (A et B) adossées à la décision *Obergefell v. Hodges*. Voir également N. Devins, « Same-Sex Marriage and the New Judicial Federalism: Why State Courts Should Not Consider Out-of-State Backlash », *William & Mary L. Sch. Scholarship Repository, Faculty Publications*, 2011, Paper n° 1190.

96. Il s'agit ici de faire écho au corpus jurisprudentiel infiniment riche, constitué pas à pas par de nombreuses cours d'appels (*Courts of Appeals*) fédérales, ainsi que par de nombreuses juridictions fédérales de première instance (*District Courts*). Nombre d'entre elles sont en effet parvenues, ces dernières années, à la conclusion selon laquelle le fait d'exclure les couples de même sexe des bénéfices du mariage constitue une violation de la Constitution fédérale. Soulignons que les juges de Washington rappellent également la pierre qu'eux-mêmes sont venus poser à un édifice alors en voie de construction, lorsqu'ils sont venus, en 2013, et par la décision *U.S. v. Windsor*, invalider la 3^{ème} Section du DOMA (*Defense of marriage act*).

97. A ce propos, v. not. K. A. Collins, « Federalism, Marriage and Heather Gerken's Mad Genius », *B. U. L. Rev.*, 2015, vol. 95, p. 615; H. Gerken, « Windsor's Mad Genius: The Interlocking Gears of Rights and Structure », *B. U. L. Rev.*, 2015, vol. 95, p. 587, 594; J. Gardner, « The "States-as-Laboratories" Metaphor in State Constitutional Law », *Val. U. L. Rev.*, 1996, vol. 30, p. 475-491.

98. Voir not. la jurisprudence relative à la peine de mort (*supra*) ou à l'avortement.

99. Issu du latin *consens*, qui signifie « accord », le terme de consensus correspond à l'accord et au consentement du plus grand nombre, de l'ensemble ou d'une large majorité de l'opinion publique (*Dictionnaire de l'Académie française*). Rappelons que la Cour suprême avait évoqué un « consensus émergent » dans la décision *Lawrence v. Texas*, lorsqu'elle s'était prononcée sur la constitutionnalité des lois interdisant la sodomie entre adultes consentants (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003], préc.).

100. Voir C. Fercot, J. Morri, « Les juges de Washington progressent à tâtons sur la question du mariage pour tous », Lettre ADL, 2013, préc.

101. A propos, bien plus largement, du consensus européen relatif au mariage pour tous, voir not. la décision rendue par la Cour de Strasbourg et qui mentionne d'ailleurs la décision *Obergefell* (Cour EDH, 21 juillet 2005, *Oliari et a. c. Italie*). Sans imposer aux Etats de reconnaître le droit pour les couples de même sexe de se marier, la Cour leur interdit désormais de refuser à ces unions toute forme d'institutionnalisation.

102. C'est ici l'Etat du Massachusetts qui a ouvert la voie, en 2003 (CS Massachusetts, 18 nov. 2003, *Goodridge v. Dept of Public Health*, préc.). Il a été suivi, quelques années plus tard, par le Connecticut (CS Connecticut, 12 nov. 2008, *Elizabeth Kerrigan et al. v. Commissioner of Public Health et al.*), puis par l'Iowa (CS Iowa, 3 avril 2009, *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (CS Iowa [2009])), le Vermont (par le biais d'une loi, intitulée « Act relating to civil marriage », votée le 7 avril 2009 et entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2009), le New Hampshire en 2010 (loi du 1^{er} janvier 2010, intitulée « Act relating to the definition of marriage ») et, enfin, l'Etat de New York, en 2011 (loi du 24 juillet 2011, symboliquement dénommée « Marriage equality Act »). Pour un résumé et un aperçu du droit avant 2013, puis entre 2013 et 2015, voir le site National Conference of State Legislatures.

103. Parmi ces 37 Etats, les procédures divergent : le mariage a en effet pu être accordé aux couples de même sexe par la voie judiciaire (dans 26 Etats), par la voie législative (dans 8 d'entre eux) ou encore par la voie référendaire (dans 3 d'entre eux). Seuls 13 Etats (l'Arkansas, la Géorgie, le Kentucky, la Louisiane, le Michigan, le Mississippi, le Missouri, le Dakota du Nord, l'Ohio, le Dakota du Sud, le Tennessee, le Texas et le Nebraska) avaient adopté, pour la plupart à la fois un amendement constitutionnel et une loi fédérée, affirmant explicitement qu'un mariage ne pouvait unir qu'un homme et une femme. Dans 8 de ces Etats, néanmoins (tous à l'exception de la Géorgie, de la Louisiane, du Dakota du Nord, de l'Ohio et du Tennessee et du Kentucky), des procédures judiciaires étaient en cours, à l'heure où la décision *Obergefell* a été rendue, en vue de modifier cette définition restrictive du mariage.

104. Notons que ce consensus s'est très nettement accéléré après la décision *U. S. v. Windsor* : alors que seuls 6 Etats avaient adopté une définition large du mariage avant juin 2013, le courant s'est par la suite très nettement inversé, pas moins de 31 Etats ayant décidé d'emprunter cette même voie entre juin 2013 et juin 2015.

105. Voir récemment H. K. Gerken, « The loyal opposition », *Yale L. J.*, 2014, vol. 123, p. 1958, spéc. p. 1965 s.

106. *U.S. v. Windsor*, préc., p. 17-18.

107. *Ibid.*, p. 18.

108. Ce principe découle directement de la notion de pacte, ou de partenariat (*partnership*), et invite les différentes composantes de l'Etat fédéral à adopter une attitude conciliante en vue d'assurer son bon fonctionnement.

109. Soulignons que la Cour suprême se refuse encore – pour des raisons qu’il serait impossible ici de détailler – à imposer un tel standard dans d’autres domaines, en matière de peine de mort, notamment.

110. Il est toutefois regrettable que la Cour suprême ne mentionne pas les conséquences d’un principe pourtant au fondement du fédéralisme américain, à savoir du principe de primauté du droit fédéral. Les prérogatives des Etats, quelles qu’elles soient, rencontrent en effet une limite essentielle, qui réside précisément dans le droit fédéral et, en particulier, dans le corpus de droits fondamentaux consacré au niveau fédéral. Or, par son silence, la décision du juge Kennedy peut laisser sous-entendre que le pouvoir des Etats, ici en matière de mariage, a pendant longtemps été illimité, ce qui est loin d’être vrai (voir not. la décision *Loving v. Virginia*, qui, dès 1967, venait déjà largement empiéter sur la compétence des entités fédérées en venant lever l’interdiction des mariages interraciaux).

111. K. Yoshino, « The New Equal Protection », art. préc., p. 747. L’auteur attribue cette crainte, notamment, à la visibilité croissante de « groupes » autrefois très peu représentés, et à la volonté de ces mêmes « groupes » d’œuvrer en faveur de la reconnaissance d’un certain nombre de droits.

112. Voir C. Fercot, La protection des droits fondamentaux dans l’Etat fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse, Paris, LGDJ, coll. Fondation Varenne, p. 508 s.

113. Voir not. A. Reed Amar, « Constitutional Rights in a Federal System: Rethinking Incorporation and Reverse Incorporation », in *Benchmarks: Great Constitutional Controversies in the Supreme Court*, Terry Eastland ed., 1995, p. 71 s.

114. P. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2004, p. 283.

115.

116.

117. Voir par ex. *Granholm v. Heald*, 544 U.S. 460 [2005].

118. SCOTUS, *Brown v. Board of Education* (« Brown II »), 349 U.S. 294 [1955].

119. SCOTUS, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 [1973].

120. La Cour suprême, reconnaissant aux femmes le droit d’interrompre leur grossesse dans les trois premiers mois de la gestation, avait alors fait référence au « concept de liberté personnelle du XIV^{ème} Amendement » et « (aux) limites relatives aux pouvoirs des Etats qui en découlent », relançant vigoureusement les débats relatifs à la *Substantive Due Process of Law*.

121.

122. A l’origine, l’expression « *forum shopping* » est issue d’une réflexion développée par le juge William Brennan. Ce fervent défenseur du Nouveau fédéralisme judiciaire, opposé à l’idée d’une communauté « stato-centrée », se présentait en effet comme un partisan d’un « droit constitutionnel de voyager » (« *constitutional right to travel* ») (voir not. son opinion individuelle sous la décision *Zobel v. Williams*, 457 U.S. 55, 66-68 [1982]). L’expression correspond en réalité à la transposition, dans le domaine des droits fondamentaux, des règles de libre circulation des individus, et renvoie à la liberté dont jouissent les citoyens américains de s’établir dans l’entité fédérée qui leur offre la *meilleure protection*. On retrouve là l’idée du libre marché : y compris au plan constitutionnel, les entités fédérées se livrent alors une certaine forme de concurrence en vue d’obtenir les faveurs des citoyens. A ce sujet, voir C. Fercot, *op. cit.*, 2011, p. 651 s.

123. L’un des effets collatéraux de cette décision est également qu’elle vient implicitement mettre à mal la 2^{ème} Section du DOMA, une disposition qui avait précisément pour objectif d’éviter qu’un Etat puisse se voir contraint de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre Etat fédéré, en application de la « clause de pleine foi et de crédit » (« *Full Faith and Credit Clause* ») de l’article IV. Sect. 1 de la Constitution de 1787. Puisque le

droit de se marier est désormais reconnu à tous, une telle disposition semble ne plus présenter qu'un intérêt limité.

124. Rappelons que les Etats fédérés se sont rassemblés, en 1798, pour voter le XI^{ème} Amendement. Celui-ci est alors venu renverser la décision *Chisholm v. State of Georgia*, par laquelle la Cour suprême avait affirmé, en 1793, qu'un Etat pouvait être poursuivi devant la Cour suprême, contre son gré, par un citoyen d'un autre Etat. Ce XI^{ème} Amendement a donc instauré l'immunité de juridiction des Etats, qui perdure encore aujourd'hui et qui constitue l'une des pierres de touche de la souveraineté des Etats.

125. Voir C. Fercot, *op. cit.*

126. Voir la métaphore fréquemment employée par la doctrine américaine, qui mentionne un « plancher » établi par le droit fédéral et un « plafond » que les entités fédérées seraient invitées à bâtir. Voir not. W. Swindler, « Minimum Standard of Constitutional Justice : Federal Floor and State Ceiling », *Missouri L. Rev.*, 1984, vol. 49, p. 1 s. Voir également *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96, 120 (1975), et l'opinion dissidente du juge Brennan, fervent défenseur de l'autonomie constitutionnelle des Etats fédérés.

127. Les juges suprêmes de l'Ohio ont récemment été conduits à rendre un avis sur l'éventuelle reconnaissance d'une « clause de conscience » en faveur des juges de l'Ohio, en écartant radicalement cette option. Voir P. Mbongo, « Mariage homosexuel : pas de "clause de conscience" pour les juges de l'Ohio (CS Ohio, avis du 7 août 2015) », *Blog Constitutions, Pouvoirs et libertés aux Etats-Unis*, 12 août 2015.

128. *U. S. v. Windsor*, 133 S. Ct 2707 (Scalia, J., diss.). A ce sujet, voir David B. Cruz, « Amorphous federalism and the Supreme Court's Marriage Cases », *Loy. L. A. L. Rev.*, 2013-2014, vol. 47, p. 393 s.

129. C. Fercot, *op. cit.*, p. 16, souligné par nous.

RÉSUMÉS

A l'occasion de la décision *Obergefell v. Hodges*, rendue le 26 juin 2015, la Cour suprême est venue affirmer, par une courte majorité de 5 voix contre 4, que la prohibition du mariage entre personnes de même sexe était contraire au XIV^{ème} Amendement. L'interdiction qui valait jusqu'à présent a ainsi été déclarée inconstitutionnelle et ce à un double titre. Le droit de se marier (*right to marry*) est tout d'abord, y compris entre personnes de même sexe, un droit fondamental que les Etats ne peuvent enfreindre sans méconnaître les garanties du « Due Process of law » contenues dans le XIV^{ème} Amendement. Mais le fait de refuser aux couples homosexuels d'accéder au mariage méconnaît également le principe d'égalité de protection devant la loi (*Equal Protection of Law*) reconnu par ce même Amendement. Dans la continuité du processus d'incorporation entamé il y a plus d'un siècle, la Cour suprême est donc venue établir un nouveau standard fédéral en matière de droits fondamentaux, lequel contraint désormais les Etats fédérés à reconnaître toutes les unions, y compris entre personnes de même sexe.

AUTEUR

CÉLINE FERCOT

Maîtresse de conférences en droit public (Université de Paris Ouest Nanterre La Défense - CREDOF)