



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit public comparé
Dirigé par Madame le Professeur Elisabeth Zoller
2016

***Le principe d'égalité dans la décision
de la Cour suprême des Etats-Unis
Obergefell v. Hodges du 26 juin 2015***

Mathilde Montaubin

Sous la direction de Madame le Professeur Elisabeth Zoller



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

**Le principe d'égalité dans la décision de la Cour suprême
des Etats-Unis *Obergefell v. Hodges*
du 26 juin 2015**

Mémoire pour le Master de Droit public comparé

Présenté par Mathilde Montaubin

Sous la direction de Madame le Professeur Elisabeth Zoller

Année universitaire 2015-2016

Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Sauf indication contraire, les traductions sont celles de l'auteur.

J'adresse mes remerciements en premier lieu à Madame le Professeur Elisabeth Zoller, qui m'a proposé de travailler sur ce sujet de mémoire. Je la remercie pour sa disponibilité, la confiance qu'elle m'a accordée tout au long de l'année et ses précieux conseils de lecture.

Je remercie tous les professeurs du Master de Droit public comparé, dont les enseignements m'ont permis d'approfondir à la fois mes connaissances et ma réflexion.

Sommaire

Introduction

Première partie : L'égalité des droits par l'interaction dynamique des clauses de *due process* et d'égle protection des lois

Chapitre 1 : La solidité du droit des couples de personnes de même sexe de se marier : la double hélice du *due process* et de l'égle protection

Section 1 : La méthode de la clause d'égle protection contournée : une réponse aux faiblesses de la clause d'égle protection

Section 2 : Une histoire d'approche « stéréoscopique » dans les « chemins détournés » de l'égalité

Chapitre 2 : La méthode mise en application : l'égalité au service de la liberté et la liberté au service de l'égalité

Section 1 : L'adoption d'une méthode « ouverte » pour définir une liberté fondamentale au sens de la clause de *due process* éclairée par le principe d'égalité

Section 2 : Une qualification large (le droit fondamental de se marier) menant à raisonner sur l'exclusion plutôt que sur la requalification du droit

Deuxième partie : L'égalité de statut par un principe : l'égle dignité

Chapitre 1 : L'unification des clauses opératoires du XIV^e amendement pour une « égale dignité aux yeux de la loi »

Section 1 : La dignité d'*Obergefell* : une notion renouvelée du droit constitutionnel américain au service d'une égalité de statut

Section 2 : L'égle dignité : des critères et des critiques connus

Chapitre 2 : Perspectives sur la méthode de raisonnement adoptée

Section 1 : Un style de démonstration de l'égalité critiqué

Section 2 : L'égalité par le texte mais par-delà le texte de la Constitution

Conclusion

Introduction

« Notre Nation est fondée sur le principe fondamental selon lequel nous sommes tous créés égaux. Le projet de chaque génération est de construire le pont qui relie la signification de ces mots fondateurs et les réalités d'un monde qui change – une quête jamais achevée dont le but est de s'assurer que ces mots sonnent juste pour chaque Américain »¹. C'est en ces termes que le Président Barak Obama a accueilli la décision de la Cour suprême du 26 juin 2015 jugeant non conformes à la Constitution fédérale les législations des Etats fédérés définissant le mariage comme ne pouvant unir qu'un homme et une femme. Ces mots mettent en évidence que c'est bien l'égalité qui était en jeu dans l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe². Aux Etats-Unis comme dans les autres démocraties modernes, l'égalité des citoyens, ou plus largement des membres de la société, est un principe essentiel de la Constitution sociale. Le principe d'égalité se présente de manière générale à la fois comme un principe structurel et un droit.

§1. Eléments de contexte

A. Le principe d'égalité aux Etats-Unis

Puisque « s'il existe une norme pour laquelle l'enracinement historique se révèle décisif, quant à sa compréhension, son application, mais aussi ses mécompréhensions, ses erreurs ou incertitudes, c'est bien celle de l'égalité »³, quelques lignes méritent d'être consacrées à l'histoire du principe d'égalité aux Etats-Unis et sa signification.

C'est un fait connu que les colons entendaient marquer leur opposition au modèle anglais des privilèges, et que l'égal traitement était au cœur des revendications lors de la Révolution, mais qu'il a fallu du temps pour que la passion de l'égalité identifiée par Tocqueville reçoive une consécration formelle dans la Constitution fédérale. La Constitution fédérale, aujourd'hui communément présentée comme la source principale des droits fondamentaux dans tous les Etats fédéraux, n'a pas

¹ Barak Obama, Communiqué de presse du 26 juin 2015 (“Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality”), accessible en ligne : <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/06/26/remarks-president-supreme-court-decision-marriage-equality>

² Il en était de même en France : voir entre autres la question prioritaire de constitutionnalité jugée par le Conseil constitutionnel avant la loi du 17 mai 2013 sur le « mariage pour tous », qui conteste la constitutionnalité de la définition du mariage comme « l'union d'un homme et d'une femme » (déduite par la Cour de cassation des dispositions du Code civil) au regard du principe d'égalité posé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : Conseil constitutionnel, décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

³ JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1992, p. 23

toujours occupé cette place d'un point de vue historique : il s'agissait au départ d'une mission des Etats fédérés⁴. L'Etat fédéral américain⁵ s'est construit par l'agrégation d'entités préexistante, autonomes, ayant la faculté d'adopter leur propre constitution et l'ayant exercée, intégrant dans celles-ci des catalogues de droits posant le respect du principe d'égalité. Le principe d'égalité a été proclamé pour la première fois dans la Déclaration des droits de la Virginie de 1776, avant d'être inscrit dans la Déclaration d'indépendance du 4 juillet de la même année. Celle-ci affirme que « tous les hommes sont créés égaux », et qu'il s'agit d'une vérité qui va de soi⁶. Cependant, elle n'a pas de valeur normative et ne fait pas partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité. En outre, les dix premiers amendements de la Constitution, le *Bill of Rights*, « passent sous silence l'égalité »⁷, et la Constitution s'est accommodée longtemps de l'esclavage.

Au niveau fédéral, la garantie formelle du principe d'égalité n'a été introduite qu'après la guerre de Sécession. C'est pendant la période de la Reconstruction que l'égalité est devenue une préoccupation véritablement centrale, et le principe d'égalité a reçu une consécration formelle dans le texte de la Constitution par le biais du XIV^e amendement. Ce XIV^e amendement, imposé par le Congrès à la ratification des Etats sécessionnistes comme condition de leur réadmission dans l'Union afin de briser leur résistance à l'acceptation des résultats de la guerre civile et leurs efforts pour ressusciter l'esclavage sous des formes déguisées, était « destiné à mettre fin à l'indépendance conservée jusque là par les Etats dans la réglementation des conditions sociales de leurs ressortissants, et à fournir au gouvernement fédéral les moyens d'imposer un régime uniforme de libertés civiles et de garanties des droits individuels »⁸. L'amendement poursuivait donc une logique « centralisatrice »⁹, en obligeant les Etats à respecter, comme l'indiquent les trois clauses de la première section, les « privilèges et immunités » des citoyens des Etats-Unis, une « procédure régulière de droit » en cas d'atteinte à la liberté, la vie ou la propriété, et à garantir une « égale protection des lois » de tous.

La présentation des clauses de *due process* et d'égale protection des lois doit être précisée car la Cour se fonde sur elles dans la décision étudiée. La première comprend un volet procédural et un volet matériel (*substantive due process*). La clause ne signifie donc pas seulement que nul ne peut être privé de vie, liberté ou propriété sans la garantie d'un droit au juge mais aussi que nul ne peut être privé de ses droits fondamentaux à la vie, liberté et propriété en violation des principes

⁴ Sur ce point FERCOT C., *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral, Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Fondation Varenne, 2011, p. 73 s.

⁵ Le terme américain sera utilisé dans ce mémoire pour désigner les Etats-Unis.

⁶ «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal (...)»

⁷ FROMONT M., *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, p. 463

⁸ LAMBERT E., *Le gouvernement des juges (Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois)*, Paris, Dalloz, 2005 (1921), p. 39

⁹ BERGER R., *Government by Judiciary, The transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (MA) & London, Harvard University Press, 1977

de justice et de raison inhérents à la *common law*¹⁰. Ce second sens de la clause de *due process* permet au juge de contrôler que les lois ne violent pas un « principe de justice si enraciné dans les traditions et la conscience de notre peuple qu'il faille le considérer comme fondamental »¹¹. La Cour suprême a déduit de la clause de *due process* des « droits fondamentaux » ou « libertés fondamentales », qui concrétisent « la » liberté protégée dans le texte de la Constitution. La notion de « droit fondamental » sera donc ici entendue comme une des « facettes »¹² de la liberté protégée par le *due process*, et non au sens de la notion de « droits fondamentaux » telle qu'elle est entendue, d'ailleurs différemment selon les ordres juridiques, en Europe.

La clause d'égalité protection des lois avait au départ vocation à généraliser la protection accordée par la loi afin que celle-ci s'applique aux Noirs aussi bien qu'aux Blancs, et ce dans tous les domaines. Adressée aux Etats, l'injonction formelle de respecter le principe d'égalité protection des lois a été étendue au gouvernement fédéral par la Cour suprême en 1954¹³. Malgré sa formulation qui semblait plus restrictive, elle a été rapidement interprétée comme une « directive qui, réduite à l'essentiel, commande de traiter de la même manière les personnes se trouvant dans des situations similaires »¹⁴. La formulation du principe d'égalité du droit des Etats-Unis se rapproche de celle du droit français, qui ne reconnaît qu'une incidence au principe d'égalité, contrairement au droit allemand et aux droits de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur son modèle, qui définissent le principe d'égalité comme imposant de traiter de la même manière les personnes se trouvant dans des situations essentiellement similaires, et de manière différente les personnes se trouvant dans des situations essentiellement différentes¹⁵. La clause est présentée comme posant un principe général de non-discrimination, selon lequel « 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 prohibé »¹⁶. La différence de traitement est donc légitime et ne contrevient pas à la Constitution si elle repose sur un critère qui n'est pas interdit et qui est considéré comme raisonnable et objectif. La doctrine américaine indique que toutes les « discriminations » ne sont pas prohibées. Elle retient donc le mot discrimination dans son sens faible, étymologique, qui

¹⁰ ZOLLER E., « *Due process of law* », in ALLAND D. & RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-PUF, 2012, p. 556-558

¹¹ *Palko v. State of Connecticut*, 302 U.S. 319, 325-26 (1937), Opinion du juge Cardozo (ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2010, p. 484-485)

¹² L'expression est empruntée à Jean Morange, qui désigne par là la consécration de façon distincte de la liberté d'opinion, de presse, etc. dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et dans les lois : MORANGE J., « Liberté », in ALLAND D. & RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige / Lamy-PUF, 2012, p. 945-952, p. 949

¹³ *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)

¹⁴ La Cour suprême l'a rappelé dans l'arrêt *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985). Traduction ZOLLER E., *Les grands arrêts*, *op.cit.*, p. 553

¹⁵ JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op.cit.*, not. p. 130 s.

¹⁶ FERCOT C., « 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

désigne la distinction, séparation, ou différenciation, et non dans son sens fort de manquement au principe d'égalité. Il n'y a pas d'atteinte au principe constitutionnel d'égalité, et pas non plus de dérogation à celui-ci, en cas de différence de traitement justifiée¹⁷. Il y aurait sans doute davantage à dire sur la relation entre le principe d'égalité et le principe de non discrimination, mais il convient seulement de souligner ici qu'aux Etats-Unis, le principe de non discrimination semble être une simple « reformulation » du principe d'égalité¹⁸ – il y a alors une tautologie dans le sens où l'égalité revient à l'absence de discrimination (au sens fort) et la discrimination à une violation de l'égalité, tandis que dans d'autres systèmes juridiques les notions sont relativement autonomes¹⁹. Ce qui est sûr, c'est que le principe de non discrimination est une expression du principe juridique d'égalité.

Le principe constitutionnel d'égalité imposant que les personnes se trouvant dans une même catégorie essentielle soient traitées de la même façon, cela suppose nécessairement l'existence de normes énonçant les distinctions autorisées et celles qui sont interdites, permettant de reconnaître les « cas semblables » ou encore les « êtres d'une même catégorie essentielle ». Contrairement aux cas français ou encore allemand, la Constitution fédérale américaine ne pose pas de « principes spéciaux d'égalité » reposant soit sur des critères spécifiques tenant aux qualités des personnes²⁰, soit s'appliquant dans des domaines particuliers²¹. Ceux-ci n'ont pas tous été posés par le législateur fédéral, à qui la section 5 du XIV^e amendement confie le soin de mettre en œuvre les exigences de l'égalité de protection des lois notamment. C'est donc au juge lui-même qu'il revient de découvrir les valeurs qui sont au fondement de l'égalité dans la loi, ce qui lui donne la fonction de « gardien des Valeurs de l'Amérique, ou d'agent de son progrès moral »²². La protection du XIV^e amendement a progressivement été étendue à d'autres classifications que la race qu'elle visait principalement à l'origine – le professeur Elisabeth Zoller souligne en effet que, jusqu'à la seconde guerre mondiale, la clause était comprise comme conçue principalement, en raison de la position prise par la Cour dans l'arrêt rendu dans les *Slaughterhouse Cases* en 1873, pour les Noirs, « soit en tant que groupe, soit en tant que race »²³. La Cour suprême a jugé qu'elle interdisait la classification fondée

¹⁷ Voir (au sujet du droit français) JOUANJAN O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n°7, 2012, p. 7

¹⁸ C'est la position que semble adopter le professeur Gwénaëlle Calvès dans sa thèse (*L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, Le problème de la discrimination positive*, Paris, coll. Thèses, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, LGDJ, 1998, p. 8)

¹⁹ Autonomie relative en droit de l'Union européenne : HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003 (surtout p. 246 s.)

²⁰ Article 1^{er} de la Constitution française de 1958 ; article 3(3) de la Loi fondamentale allemande de 1949.

²¹ Selon la définition du professeur Olivier Jouanjan dans sa thèse *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1992, p. 223

²² CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op.cit.*

²³ ZOLLER E., *Les grands arrêts*, *op.cit.*, p. 562. La Cour suprême y avait en effet jugé que les dispositions étaient « tellement conçues pour la race noire et pour remédier à l'urgence qu'il faudrait une affaire décisive pour qu'on l'applique dans un autre contexte ».

entre autres sur les critères de l'origine nationale²⁴, du genre²⁵, du handicap²⁶. Après cette brève présentation du principe d'égalité aux Etats-Unis, c'est au contexte plus précis de la décision *Obergefell* qu'il convient de s'intéresser.

B. Faits et questions posées à la Cour

Dans la décision qui nous occupe, la Cour suprême était saisie de plusieurs affaires, qu'elle décide en même temps. Certaines mettaient en cause des couples qui s'étaient vu refuser un certificat de mariage, d'autres des couples qui ne pouvaient faire reconnaître leur mariage célébré dans un autre Etat dans leur Etat de résidence. C'était notamment le cas de James Obergefell, qui donne son nom à l'arrêt, dont le mariage avec son compagnon en 2013 dans l'Etat du Maryland n'était pas reconnu par l'Etat de l'Ohio, qui refusait de lui reconnaître la qualité de conjoint survivant. La Cour suprême devait trancher deux questions de droit distinctes mais liées. La première l'amenait à s'interroger sur la conformité des dispositions des Etats du Michigan, Kentucky, Ohio et Tennessee refusant la célébration de mariages entre personnes de même sexe en définissant le mariage comme l'union d'un homme et une femme ; la seconde sur la conformité du refus de ces mêmes Etats de reconnaître et donner effet aux mariages entre couples de personnes de même sexe valablement célébrés dans un autre Etat, opposé sur le fondement d'exception d'ordre public ou de fraude à la loi, mécanismes du droit international privé permettant de s'opposer à la reconnaissance de situations ou des jugements. Les cours de district, juridiction fédérales de premier degré, avaient toutes tranché en faveur des requérants, mais la Cour d'appel fédérale du sixième circuit avait renversé ces jugements dans un arrêt *DeBoer v. Snyder* en 2014²⁷, en jugeant que les Etats n'avaient aucune obligation en vertu de la Constitution fédérale de célébrer ni reconnaître les mariages de couples de personnes de même sexe.

Les dispositions litigieuses, pour beaucoup inscrites dans les Constitutions des Etats fédérés²⁸, avaient pour la plupart été adoptées en réaction à la multiplication des interventions judiciaires ou législatives pour ouvrir le mariage aux homosexuels. Le débat sur le mariage des couples de même sexe n'était pas nouveau aux Etats-Unis, mais durait depuis le milieu des années 1990. Il convient de noter que cette question cristallise les tensions parce que le mariage est, depuis longtemps et dans la plupart des régions du monde – le doyen Carbonnier l'avait qualifié de « plus vieille coutume de l'humanité », un élément structurant de la société²⁹. Aux Etats-Unis,

²⁴ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216, 219-20 (1944)

²⁵ *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S., 677, 682 (1973)

²⁶ *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985)

²⁷ *DeBoer v. Snyder*, 772 F. 3d 388 (CA6 2014)

²⁸ Pour le Michigan, article I § 25 ; le Kentucky, § 233A ; le Tennessee, article XI §18.

²⁹ LEFEBVRE-TAILLARD A., « Mariage », in ALLAND D. & RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op.cit.*, p. 996-1000

le mariage est présenté comme une institution « très protégée juridiquement et adulée culturellement »³⁰. Alexis de Tocqueville, que la Cour cite dans sa décision, relevait que « l'Amérique est assurément le pays du monde où le lien du mariage est le plus respecté, et où l'on a conçu l'idée la plus haute et la plus juste du bonheur conjugal »³¹. Aucune mention du mariage n'est faite dans la Constitution fédérale, mais la liberté de se marier a été reconnue comme ancrée dans la liberté du *due process*³². Les Etats-Unis rejoignent ici la France dans sa « discrétion du droit constitutionnel au sujet de la famille »³³, où la liberté matrimoniale est tout de même reconnue comme garantie par la Constitution, ancrée désormais dans le champ de la liberté personnelle consacrée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁴. Le mariage se présente donc à la fois comme un droit de la personne et une institution sociale.

L'importance de la question posée par la Cour et l'intérêt qu'elle suscitait est mise en évidence, outre par le fait que plus d'une centaine d'interventions d'amis de la cour (*amici curiae*) avaient été enregistrées, par la réception de la décision de la Cour. Celle-ci a donné lieu à des scènes de liesses, d'ailleurs pas seulement aux Etats-Unis, et a été reçue comme ayant une importance capitale et faisant partie des grandes décisions sur la Constitution prises par la Cour suprême. La Cour suprême a un rôle central dans l'interprétation de la Constitution. Il convient de souligner qu'elle n'est pas la seule interprète de celle-ci : il faut lui ajouter les autres juges, mais aussi le Congrès et le Président, qui contribuent aussi aux changements constitutionnels informels³⁵ par leur interprétation de la Constitution, dont la Cour demeure l'arbitre final, conformément à la tradition de *common law* dans laquelle il n'y a de véritable droit que dit par un juge³⁶, ou en tout cas le revendique. Elle demeure l'auteure des changements constitutionnels informels par le biais de l'interprétation juridictionnelle de la Constitution. En l'occurrence, le jugement d'inconstitutionnalité des définitions du mariage comme constituant l'union d'un homme et une femme était prévisible, et ce pour plusieurs raisons.

³⁰ FERCOT C., « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », art.cit.

³¹ TOCQUEVILLE (de) A., *De la démocratie en Amérique*, édition électronique réalisée à partir de la 13^e édition de l'œuvre, 1835, par l'Université du Québec à Chicoutimi, (<http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.toa.dem1>), Deuxième partie, p. 136. L'opinion de la Cour y fait référence p. 16.

³² *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), nous y reviendrons.

³³ MURRAT P., « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°39, avril 2013

³⁴ Voir notamment la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 n° 93-325 DC.

³⁵ Au sens de changements substantiels sans révision du texte constitutionnel, conformément à la distinction entre changement formel et changement informel théorisée particulièrement par la doctrine allemande, au premier rang de laquelle Georg Jellinek.

³⁶ Voir *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), Opinion du juge Marshall : « C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire que de dire ce qu'est le droit. »

C. Une décision prévisible

La décision était prévisible en raison d'abord de la composition de la Cour suprême qui l'a rendue, de la jurisprudence antérieure sur la question, et enfin en raison du fait que la Cour avait choisi son moment pour intervenir dans ce domaine.

La composition de la Cour suprême revêt une importance capitale – le conflit actuel autour du remplacement du juge Scalia, décédé en février 2016, le met en évidence : il s'agit de voir quel Président pourra nommer un juge de sa sensibilité politique, même si conservatisme et libéralisme politique ne coïncident pas toujours avec le conservatisme ou libéralisme juridique, et que les juges une fois nommés défendent leur indépendance. La décision *Obergefell* a été rendue à une majorité de cinq voix contre quatre, comme dans les précédents relatifs aux droits des homosexuels. Les juges étiquetés conservateurs que sont le Président Roberts et les juges Alito, Scalia et Thomas ont chacun rédigé une opinion dissidente. Aux quatre juges libéraux Breyer, Ginsburg, Kagan et Sotomayor s'est joint le juge Kennedy, qui a rédigé l'opinion de la Cour, comme il l'avait fait dans tous les arrêts relatifs aux droits des homosexuels³⁷. Le juge Kennedy est le « *swing justice* » de la Cour : habituellement conservateur³⁸, il rejoint parfois les libéraux, retenant une conception « fonctionnaliste » du contrôle de constitutionnalité, qui varie en fonction des circonstances particulières de chaque controverse³⁹, ce qui fait dire à certains que les Etats-Unis et leur loi fondamentale sont « le pays et la Constitution d'Anthony Kennedy »⁴⁰.

L'inconstitutionnalité des dispositions étatiques retenant une définition hétérosexuée du mariage avait été annoncée par l'arrêt rendu par la Cour suprême tout juste deux ans plus tôt *United States v. Windsor*⁴¹. La Cour y jugeait inconstitutionnelles des dispositions du *Defense of Marriage Act (DOMA)* voté par le Congrès en 1996 en réaction à un arrêt de la Cour suprême de Hawaii contemplant la possible inconstitutionnalité au regard de la Constitution étatique d'une définition du mariage comme ne pouvant être ouvert qu'aux couples hétérosexuels. Le *DOMA* fédéral imposait à travers sa section 3 une définition uniforme du mariage comme union d'un homme et d'une femme, pour l'application de l'ensemble du droit fédéral. Dans l'affaire *Windsor*, la requérante contestait le fait d'avoir à payer des droits successoraux importants suite au décès de sa conjointe, sans pouvoir bénéficier des exemptions fiscales applicables aux époux parce que

³⁷ *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013)

³⁸ KLARMAN M.J., "Windsor and Brown: marriage equality and racial equality", *Harvard Law Review*, vol. 127, p. 127-160, p. 138 : sur les questions de discrimination positive, de financement des campagnes électorales, du fédéralisme.

³⁹ LANDAU J., "Roberts, Kennedy and the subtle differences that matter in *Obergefell*", *Fordham Law Review*, vol. 84, 2015, p. 102

⁴⁰ FALLON R.H. Jr., *The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law and practice*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2013, p. XXV ("This is Anthony Kennedy's country. The rest of us only live here.")

⁴¹ *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013) du 26 juin 2013

son mariage, pourtant reconnu dans l'État de New York où elle résidait, ne l'était pas par le gouvernement fédéral. Plusieurs cours de première instance avaient jugé cette disposition inconstitutionnelle, ainsi que la Cour d'appel pour le second circuit. L'administration Obama continuait certes d'appliquer la loi, s'estimant tenue par l'exigence posée à l'article 2 section III de la Constitution, qui prévoit que le Président « veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées », mais elle avait cessé de la défendre dans les prétoires, considérant qu'elle était inconstitutionnelle. Et c'est en effet la solution qu'a retenue la Cour, à cinq voix contre quatre. Il était clair que dans *Windsor*, la Cour suprême défendait l'égalité contre le gouvernement fédéral directement, et indirectement contre les Etats⁴². Le juge Scalia l'avait souligné dans une opinion dissidente, montrant que le raisonnement suivi par la majorité ne pouvait être contenu au cadre fédéral, et certains juges fédéraux l'avaient d'ailleurs pris au mot en citant son opinion pour étendre le raisonnement de la Cour aux lois étatiques⁴³. Plus généralement, il convient de souligner rapidement, puisqu'on y reviendra, que la décision *Obergefell* se trouve à la jonction de deux courants de jurisprudence : l'un reconnaissant le mariage comme un droit fondamental, l'autre démontant les arguments selon lesquels la désapprobation quant aux relations homosexuelles peut justifier une loi⁴⁴. La décision de la Cour a donc été construite par étapes, qui font apparaître *a posteriori* sa conclusion comme inévitable. Celle-ci l'était d'autant plus du fait de l'évolution des présupposés non juridiques mais conditionnant le discours de la Cour, à savoir l'évolution de la perception des homosexuels dans la société.

La Cour suprême avait visiblement attendu le moment le plus propice pour se saisir de la question du « mariage homosexuel ». Le pouvoir d'une cour constitutionnelle de choisir ses affaires permet à celle-ci de mener une politique jurisprudentielle. Aux Etats-Unis, c'est la loi Evarts de 1891, ensuite modifiée, qui a donné le pouvoir à la Cour suprême de choisir les questions qu'elle trancherait parmi celles qui lui étaient présentées, par le biais d'ordonnances d'envoi de l'affaire pour examen, le « *writ of certiorari* », « pour rendre le droit plus certain ». Celui-ci est à la discrétion de la Cour, comme le précise son règlement adopté par elle⁴⁵, même si quelques critères, seulement illustratifs, sont donnés (contrariété de jugement, importante question de droit fédéral). Le *writ of certiorari* sera accordé si au moins quatre juges sur les neuf décident en ce sens (« *rule of four* »). S'agissant de la question du mariage pour les couples de personnes du même sexe, la Cour avait auparavant refusé de s'en saisir à plusieurs reprises. D'abord sommairement dans une affaire

⁴² En ce sens notamment SIEGEL R.B., «The Supreme Court, 2012 Term - Foreword: Equality Divided» (2013), *Faculty Scholarship Series. Paper 5001*

⁴³ FASSASSI I., « L'actualité constitutionnelle aux Etats-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/1, n° 105, p. 183-228, p. 214, citant *Kitchen v. Herbert*, 961 F.Supp.2d 1181 (D. Utah 2013)

⁴⁴ C'est notamment l'apport de l'arrêt *Lawrence*, dans lequel le juge Scalia avait déjà estimé que, si la désapprobation par les Etats de la conduite homosexuelle n'était pas un intérêt d'Etat légitime, cela impliquait qu'il n'y avait plus de raisons de leur refuser le droit de se marier.

⁴⁵ *Rules of the Supreme Court of the United States*, telles que dernièrement révisées en 2013, n°10, p. 5

Baker v. Nelson en 1972, au motif qu'elle ne mettait pas en jeu de question fédérale substantielle. Puis à nouveau en 2013 dans une affaire *Hollingsworth v. Perry* portant sur la Proposition 8 en Californie, qui visait à constitutionnaliser la définition du mariage comme unissant uniquement un homme et une femme : la Cour suprême avait invoqué une raison procédurale, contestée par le juge Kennedy, selon laquelle l'affaire n'était pas justiciable⁴⁶. Enfin, la Cour suprême avait refusé d'octroyer un *writ of certiorari* au recours formé contre la décision d'une cour d'appel fédérale jugeant inconstitutionnelles les définitions étatiques excluant les homosexuels du mariage dans l'Indiana, le Wisconsin, l'Oklahoma et l'Utah⁴⁷. Le contexte politique et social au moment où les affaires *Obergefell* et autres ont été présentées à la Cour explique que celle-ci ait accordé le *certiorari* dans les recours engagés contre la décision de la Cour d'appel du sixième circuit⁴⁸. Au niveau fédéral, l'administration Obama avait refusé de défendre le *DOMA*, et le Président Obama s'était prononcé en faveur d'une pleine égalité pour les couples de personnes du même sexe, notamment dans son second discours inaugural⁴⁹. Et au niveau des Etats, le mouvement de reconnaissance du mariage homosexuel s'était accéléré après *Windsor*. Ces éléments indiquaient l'apparition d'un certain « consensus » émergent, annonçant la décision de la Cour⁵⁰ – même s'il est difficile d'employer ce mot : s'il y avait vraiment un consensus, la question ne se poserait pas. Si la sanction d'inconstitutionnalité était prévisible, le raisonnement pour l'atteindre l'était moins.

§2. Le fondement des droits et libertés, réponse aux objections formulées sur le plan institutionnel

L'opinion de la Cour a refusé de se placer sur le plan institutionnel pour raisonner plutôt sur celui des droits et libertés : le raisonnement sur le fondement du fédéralisme a été abandonné, et les juges de la majorité ont refusé de considérer que la question qui se posait à la Cour était seulement celle de savoir « qui doit décider ». Les droits identifiés dans la Constitution fédérale permettent de contourner les deux arguments du fédéralisme et de la difficulté contre-majoritaire.

A. L'abandon du raisonnement sur le fédéralisme

La décision *Obergefell* aurait pu être une grande décision sur le fédéralisme. Dans son pendant concernant le droit fédéral, l'arrêt *Windsor*, le fondement principal menant à

⁴⁶ *Hollingsworth v. Perry*, 133 S. Ct. 2652 (2013)

⁴⁷ *Bostic v. Shaefer cert. denied*, 135 S. Ct. 308 (2014) et autres

⁴⁸ 2015 WL 213646 (Jan. 16, 2015)

⁴⁹ Discours inaugural du 21 janvier 2013 (disponible sur : <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/21/inaugural-address-president-barack-obama>)

⁵⁰ En ce sens KLARMAN M.J., *From the closet to the altar, Courts, backlash and the struggle for same-sex marriage*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2013, p. 207

l'inconstitutionnalité était discuté, y compris dans les opinions dissidentes, mais l'opinion de la Cour se fondait au moins en partie sur le principe du fédéralisme. Elle soulignait la compétence historique des Etats concernant le mariage, leur rôle dans la définition des droits de leurs citoyens, pour mettre en évidence enfin le fait que le *DOMA* se détachait de cette tradition laissant le rôle premier aux Etats. La Cour avait également constaté une atteinte au principe d'égalité dans le fait que le *DOMA* entraînait des régimes juridiques contradictoires de manière arbitraire : les couples de personnes du même sexe étaient mariés selon la législation étatique, mais pas aux yeux de l'administration fédérale. D'un autre côté, l'opinion délivrée par Kennedy arguait expressément que la décision ne se fondait pas sur l'incompétence du Congrès pour intervenir dans un domaine réservé aux Etats, ce qui peut être interprété comme une manière de neutraliser l'argument selon lequel le principe du fédéralisme exigeait que l'autonomie complète des Etats soit respectée en matière de mariage, expliquant que l'arrêt *Obergefell* ne revienne pas sur cette question⁵¹.

La décision *Obergefell* aurait pu reposer sur le fait qu'il existait une distinction arbitraire entre les citoyens américains selon leurs Etats de résidence, mais elle ne le fait pas, du moins pas explicitement⁵². L'opinion majoritaire identifie bien des « variations géographiques inadmissibles »⁵³, mais celles-ci désignent les variations dans l'interprétation du droit fédéral dues au fait que certaines cours fédérales ont jugé inconstitutionnelles les définitions hétérosexuées du mariage. De plus, elles sont seulement envisagées pour justifier la compétence de la Cour : il y a cette fois une « question fédérale substantielle ».

L'argument du fédéralisme posait plusieurs difficultés. Le mariage est une compétence historique des Etats, facteur auquel le juge Kennedy est très sensible⁵⁴. C'est l'autonomie préservée des Etats qui explique la réserve du droit fédéral américain sur les questions qui se rattachent au droit international privé concernant la famille : l'intérêt de garantir une stabilité du statut personnel, notamment éviter les « mariages boiteux », se heurte au respect de la compétence des Etats. Le droit fédéral pose peu de règles de droit international privé gouvernant la reconnaissance. La Constitution contient bien un article IV section 1, qui prévoit que « pleine foi et crédit seront donnés, dans chaque Etat, aux actes publics, procès-verbaux et procédures judiciaires de tout autre Etat », la clause de pleine foi et crédit (« *full faith and credit clause* »), mais celle-ci ne s'appliquait pas, étant interprétée comme jouant dans le cas de la reconnaissance de jugements mais pas de situations.

⁵¹ NICE J.A., “Conjuring “Equal Dignity”: Mapping the Constitutional Dialogue To and From Same-Sex Marriage”, University of San Francisco Law Research Paper 2016-04, in *Civil Rights Litigation Handbook*, Thompson Reuters, 2015, p. 373-402, p. 392

⁵² Cette considération fonde peut-être implicitement la décision : voir *infra*, les développements relatifs à l'égalité citoyenneté (Partie 2, Chapitre 1, Section 1, II. A.).

⁵³ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 26

⁵⁴ Outre dans *Windsor*, cela est apparent dans son opinion individuelle dans l'arrêt *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 568-583 (1995), dans lequel il souligne que, dans l'interprétation des lois fédérales au regard de la clause de commerce, la Cour doit être particulièrement vigilante, lorsqu'il s'agit d'une compétence historique des Etats, au respect de « l'étiquette » du fédéralisme.

C'est moins directement notre sujet, mais il est intéressant de constater que la décision *Obergefell* dans son second volet, imposant la reconnaissance des mariages homosexuels valablement célébrés, est un nouvel exemple de l'influence des droits et libertés sur les règles de droit international privé, déjà constatée en Europe sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de l'Union européenne.

Le principe du fédéralisme semblait donc être davantage un obstacle éventuel qu'une aide pour justifier la solution de la Cour, qui a préféré s'en détacher et répondre à l'objection du fédéralisme par la découverte de droits garantis par la Constitution fédérale. La décision mène à un nouvel équilibre : en imposant l'égalité, entre homosexuels et hétérosexuels et entre homosexuels des différents Etats, la Cour suprême limite l'autonomie des Etats fédérés. La décision met en évidence sans la traiter la tension entre l'égalisation des conditions des citoyens et le respect de l'autonomie des Etats. Elle peut justifier la démarche consistant à étudier le fédéralisme en partant des individus dont les droits sont des « questions fédérales » (*federal case*). C'est parce que la Cour reconnaît des droits protégés par la Constitution qu'elle en impose le respect à tous les Etats de l'Union, ce qui confirme la logique centralisatrice des droits et libertés garantis par la Constitution fédérale.

B. Le refus de considérer que la question est de savoir « qui doit décider »

Le choix de juger inconstitutionnelles les dispositions étatiques au regard des droits et libertés protégés par la Constitution a aussi pour conséquence que les juges de la majorité refusent de considérer que la question de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels est une question qui échappe au droit et se réduit à déterminer « qui doit décider ». Comme Tocqueville l'avait relevé, « il n'est presque pas de question politique, aux Etats-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire »⁵⁵. Contrairement aux juges dissidents, les juges de la majorité voient bien ici une question judiciaire.

La question de l'usurpation par la Cour, sous couvert d'interprétation de la Constitution, des prérogatives qui appartiennent aux termes de la Constitution à d'autres branches de gouvernement, ou au peuple, est ancienne. L'argument est particulièrement invoqué quand se pose ce qui est présenté selon l'expression française comme une « question de société », comme l'était le mariage pour les couples homosexuels, même si le qualificatif de question de société ne peut servir de critère pour déterminer le rôle du juge, une constitution ayant précisément vocation à régler des questions intéressant la société⁵⁶. Selon les juges conservateurs, dont les opinions plutôt éclatées se rejoignent sur ce point, il n'appartenait pas à la Cour suprême d'étendre le mariage aux couples

⁵⁵ TOCQUEVILLE (de) A., *De la démocratie en Amérique*, *op.cit.*, Deuxième partie, p. 111

⁵⁶ Notamment DELVOLPE P., « Constitution et société », *RFDA*, 2013, p. 923

de personnes du même sexe⁵⁷. C'est la position qu'avait adoptée le Conseil constitutionnel avant et après la loi dite « mariage pour tous »⁵⁸. L'argument est écarté par la majorité, qui prend la peine d'y répondre assez longuement pour montrer que considérer que les juges n'ont pas à se prononcer aboutit à éviter de poser la question de la constitutionnalité tout en y répondant, car refuser de considérer qu'il y a violation de la Constitution, ce n'est « pas neutre ». Il ressort de l'opinion de la Cour que les juges manquent à leur devoir s'ils laissent les majorités politiques retirer aux individus un droit que la Constitution protège. La question de l'usurpation du pouvoir par le judiciaire est ainsi remplacée par celle de la capitulation du judiciaire devant le politique. En invoquant l'application du droit de la Constitution, les juges de la majorité entendent répondre à l'objection de la « difficulté contre-majoritaire » (des juges censurent la volonté de la majorité actuelle) qu'avait identifiée Alexander Bickel et qui « obsède » la doctrine américaine⁵⁹. On retrouve là une illustration de l'idée selon laquelle le serment de la soumission à la Constitution engage et libère à la fois⁶⁰. A l'argument de la démocratie présenté par les juges conservateurs, les juges de la majorité répondent par la démocratie constitutionnelle, en invoquant l'arrêt *Barnette*, dans lequel la Cour précisait que « le véritable but d'une déclaration de droits est de soustraire certains sujets aux vicissitudes de la controverse politique, pour les placer hors d'atteinte des majorités et des politiques », ce qui impliquait que « les droits fondamentaux ne peuvent pas être soumis au vote et ne dépendent pas du résultat des élections »⁶¹. L'opinion de la Cour rappelle ici que « la dynamique de notre système constitutionnel est que les individus n'ont pas besoin d'attendre que le législateur intervienne pour revendiquer leurs droits »⁶². Les juges de la majorité se montrent tout de même conscients des difficultés, comme le montre le dialogue interne sur la nécessité de se prononcer dès maintenant sans attendre davantage de débat, la situation étant jugée « urgente » pour les requérants⁶³.

⁵⁷ Le juge Roberts a ainsi estimé que la Cour volait la décision au peuple et s'érigeait en législateur, alors que la « procédure régulière de droit » exigée était ici justement la procédure politique : selon lui, la Cour ne devait pas intervenir dans un débat en cours (p. 2). Le juge Scalia indique qu'un régime dans lequel une majorité sur neuf juges prend une telle décision ne mérite pas d'être appelé démocratique (p. 2). Le juge Thomas estime pareillement que la Cour suprême a court-circuité le processus démocratique ordinaire (p. 2), et le juge Alito juge que la Cour a usurpé le droit du peuple de décider s'il veut conserver ou modifier la définition traditionnelle du mariage (p. 6).

⁵⁸ Décisions n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, et n°2013-669 DC du 17 mai 2013 (considérant 22) estimant à la fois pour le refus et pour l'ouverture du mariage aux couples homosexuels qu'« il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en [matière de mariage], de cette différence de situation [la similitude de sexe] ».

⁵⁹ LAPORTE M., « La pensée constitutionnelle d'Alexander Mordecai Bickel, La difficulté contre-majoritaire et ses implications », *Jus Politicum*, n°14, 2015, p. 22

⁶⁰ Voir BARANGER D., « Le serment des juges dans *Marbury v. Madison*, ou : qu'est-ce qu'obéir à une Constitution écrite ? », in ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003, Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003

⁶¹ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), traduction ZOLLER E., « Chronique Cour suprême des Etats-Unis, session d'octobre 2014 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, novembre 2015, n° 6, p. 1649 s.

⁶² *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 24

⁶³ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 4

Cette position de la Cour doit être évaluée au regard de la dynamique interne du droit des Etats-Unis, qui explique que l'approche américaine sur cette question du mariage pour les couples homosexuels diffère de celle retenue en France par exemple. Cette dynamique interne est caractérisée par la volonté de rendre le changement difficile au niveau politique : c'est la logique de la séparation des pouvoirs par l'organisation fédérale et entre les organes étatiques, avec ses poids et contrepoids, qui vise à neutraliser les passions à défaut de pouvoir compter sur la raison et les vertus en politique⁶⁴. Et dans le système américain, la Cour suprême se voit dans l'obligation d'identifier un « droit constitutionnel » pour surmonter la segmentation territoriale. C'est pourquoi, comme le souligne Philippe Raynaud, la politique des intérêts se double d'une politique de la reconnaissance, une politique « des droits »⁶⁵. Aux Etats-Unis, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe est une affaire de droits garantis par la Constitution fédérale, que la Cour ne peut donc laisser à la simple détermination des Etats. Et en l'occurrence, les droits en cause sont ceux garantis par la clause de liberté du *due process* et la clause d'égalité de protection.

§3. Plan de l'étude

Si la décision n'a pas surpris quant à la solution à laquelle elle parvient, ce n'est pas le cas du raisonnement suivi par la Cour. Se plaçant sur le terrain des droits et libertés protégés par les clauses et principes de la Constitution, la décision *Obergefell v. Hodges* combine l'audace et la prudence à la fois dans les fondements et la méthode retenus. L'intérêt de la décision réside dans la garantie d'égalité que la Cour suprême déduit de la Constitution. Celle-ci protège à la fois l'égalité des droits par l'interaction des clauses de procédure régulière de droit et d'égalité de protection des lois (Première partie), et l'égalité de statut par le principe d'égalité de dignité dans lequel les deux clauses se rejoignent (Deuxième partie).

⁶⁴ Voir en particulier les *Federalist Papers* (notamment les contributions de James Madison, n°45 et 46).

⁶⁵ RAYNAUD P., « La démocratie saisie par le droit », in *Le juge et le philosophe, Essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 190-191

Première partie : L'EGALITE DES DROITS PAR L'INTERACTION DYNAMIQUE DES CLAUSES DE *DUE PROCESS* ET D'EGALE PROTECTION DES LOIS

Dans la décision *Obergefell*, la Cour suprême consacre un droit pour les homosexuels à l'égalité de liberté. Le double fondement de la clause de procédure régulière de droit et d'égalité de protection garantit un droit à l'égal accès à une institution existante, le mariage. Il s'agit d'un droit à l'égalité des droits, ici à l'égalité devant le droit identifié comme fondamental au sens de la clause de liberté du *due process*. Plus précisément, la Cour estime que la Constitution protège un droit d'accès à l'institution dans les mêmes conditions (« *on the same terms and conditions* ») que les couples hétérosexuels : c'est bien en ce qu'elles ne permettent pas l'accès au mariage dans les mêmes conditions aux homosexuels, permettant une différence de traitement injustifiée, que les lois étatiques sont jugées inconstitutionnelles⁶⁶.

La jonction des clauses a pour effet que l'égal traitement se traduit par une égalisation par le haut. La clause d'égalité de protection des lois jouant seule ne peut en elle-même empêcher que le législateur, pour répondre à l'injonction de traiter des catégories d'individus de la même façon, décide de supprimer l'accès à l'objet de l'égalité identifié : par exemple fermer les piscines municipales aux blancs comme aux noirs suite à un jugement enjoignant de procéder à la déségrégation⁶⁷. En qualifiant l'objet de l'égalité de « droit fondamental », protégé par la Constitution, le juge constitutionnel fait obstacle à un « alignement par le bas » par la suppression de l'institution du mariage, en obligeant les Etats à garantir le mariage et un égal accès à celui-ci.

Si l'opinion de la majorité se fonde principalement sur la « liberté » de la clause de *due process* – elle s'ouvre sur elle : « la Constitution promet la liberté à tous »⁶⁸, elle insiste sur le rôle indispensable de l'égalité dans la garantie de la liberté, et sanctionne finalement les lois étatiques en ce qu'elles violent à la fois les garanties constitutionnelles de liberté et d'égalité. Le droit des homosexuels de se marier a donc un double fondement constitutionnel. Leurs droits à la liberté et

⁶⁶ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 23 : “the State laws challenged by Petitioners in these cases are now held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples.”

⁶⁷ *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. 217 (1971) : la Cour juge que la ville de Jackson (dans l'Etat du Mississippi), n'a pas violé la clause d'égalité de protection des lois en fermant toutes les piscines municipales après un jugement condamnant leur exploitation discriminatoire et ordonnant la déségrégation.

⁶⁸ Opinion délivrée par le juge Kennedy, p. 1 : “The Constitution promises liberty to all within its reach...”

à l'égalité se « cumulent »⁶⁹, faisant du droit de se marier à la fois « un droit de liberté » et « un droit d'égalité »⁷⁰, ou mieux, un « droit hybride »⁷¹.

Le double fondement est justifié, et c'est le premier grand apport de la décision, par le fait que les protections constitutionnelles de la liberté et de l'égalité sont « profondément connectées », « s'entremêlent », avec une « synergie » qui fait que chaque clause renseigne sur le sens de l'autre, complétant ainsi ce que la Cour avait déjà esquissé dans l'arrêt *Loving*⁷².

La décision sur le mariage homosexuel s'inscrit dans un courant de jurisprudence montrant combien la liberté et l'égalité peuvent converger dans une même direction. Il convient de s'intéresser à la cohérence du fondement retenu (chapitre 1) avant d'étudier sa mise en application (chapitre 2).

⁶⁹ ABRAMS K. & GARRETT B.L., “Cumulative constitutional rights”, University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2015-42, August 2015

⁷⁰ FERCOT C., « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », art.cit.

⁷¹ YOSHINO K., “The New Equal Protection”, *Harvard Law Review*, vol. 124, 2011, p. 747-803, p. 750

⁷² *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967)

Chapitre 1 : LA SOLIDITE DU DROIT DES COUPLES DE PERSONNES DU MEME SEXE DE SE MARIER : LA DOUBLE HELICE DU *DUE PROCESS* ET DE L'EGALE PROTECTION

Le droit de se marier des homosexuels est reconnu aux termes d'une analyse utilisant la « double hélice » de la clause de *due process* et d'égalité protection des lois, pour reprendre l'expression du professeur Laurence Tribe⁷³. Alors que la question du mariage pour les homosexuels était perçue comme une question d'égalité, la Cour écarte le fondement unique de la clause d'égalité protection et par là sa méthode, ce qui s'explique en partie par les faiblesses de celle-ci (section 1). Si le fondement est solide, c'est parce qu'il contourne les difficultés de la clause d'égalité protection tout en s'inscrivant dans un courant jurisprudentiel dont le rappel fait apparaître le double fondement comme cohérent (section 2).

Section 1 : La méthode de la clause d'égalité protection contournée : une réponse aux faiblesses de la clause d'égalité protection

La clause d'égalité protection, qui contient formellement l'exigence constitutionnelle de respect du principe d'égalité, constitue bien un des fondements de la décision, mais la Cour suprême s'écarte ici de la méthode que cette clause impose dans l'interprétation qu'elle en a faite depuis son introduction. Le double fondement permet de contourner les exigences (I) et donc les faiblesses de la clause (II).

I. Le refus de suivre la méthode rigide de la clause d'égalité protection

La clause d'égalité protection est interprétée par la Cour suprême comme imposant le raisonnement suivant : après avoir identifié une classification, ressortant soit d'une différence de traitement imposée à une classe protégée ou découlant de l'application d'un critère suspect (selon la méthode de classification suspecte), soit une différence de traitement dans l'accès à un « droit fondamental » (selon la méthode de droit fondamental)⁷⁴, la seconde étape consiste dans la détermination d'un degré de contrôle. Dans *Obergefell*, la Cour s'écarte de cette méthode : elle n'emploie pas le vocabulaire de la classification (A) et ne précise pas le type de contrôle (B).

⁷³ TRIBE L.H., "Equal dignity: speaking its name", *Harvard Law Review Forum*, vol. 129, 2015, p. 16-32, p. 17

⁷⁴ 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* ») : *FERCOT C.*, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », art.cit.

A. L'absence d'identification d'une classification

La jurisprudence et les arguments présentés par la doctrine universitaire laissent penser que les homosexuels pourraient être qualifiés de classe protégée, ou autrement dit que la catégorisation en fonction de l'orientation sexuelle serait une discrimination suspecte⁷⁵, ou alors que le raisonnement pourrait s'effectuer en se fondant sur la discrimination sur le critère du sexe (ou genre). Ce n'est pourtant pas le chemin qu'a emprunté la Cour.

Les critères d'identification d'une classe protégée ont été posés par l'arrêt *Cleburne*⁷⁶, à la suite de l'arrêt *Carolene Products* dans lequel la Cour estimait que doit faire l'objet d'un contrôle approfondi la législation qui frappe un groupe identifié constituant une « minorité séparée et insulaire », car elle opère alors une « classification suspecte »⁷⁷. Pour prétendre à la qualification de « classification suspecte », le groupe défavorisé par la catégorisation doit établir qu'il fait historiquement l'objet de discriminations, que le trait pris en compte est une caractéristique immuable, donc insusceptible de changement car non choisie, qu'il est une minorité isolée en ce qu'il ne peut se faire entendre dans le processus politique, et enfin que le trait pris en compte est sans lien avec la capacité de contribuer à la société.

Ces critères sont pour la plupart remplis. S'agissant du premier, il n'est pas contesté que les homosexuels font l'objet de traitements discriminatoires depuis longtemps. La doctrine souligne que, si auparavant l'homosexualité était un « non sujet », les homosexuels font l'objet de lois les visant particulièrement depuis les années 1930⁷⁸ : lois pénales incriminant l'homosexualité – en témoigne la décision *Lawrence* jugeant inconstitutionnelle en 2003 la loi texane pénalisant la sodomie⁷⁹ ; lois leur interdisant l'accès à des professions ou leur interdisant d'afficher leur homosexualité – comme le fameux « *Don't ask, don't tell* » dans l'armée⁸⁰ ; mesures leur interdisant spécifiquement le bénéfice de prestations sociales ou l'accès à des institutions, comme le mariage avec les amendements aux Constitutions étatiques, notamment ceux attaqués dans notre affaire, et le *Defense of Marriage Act* fédéral jugé inconstitutionnel dans l'arrêt *Windsor*. L'arrêt *Obergefell*

⁷⁵ Les rapports entre les notions de classe protégée et classification suspecte sont difficiles à démêler, et nous y revenons dans le second paragraphe (II.) de cette section.

⁷⁶ *Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985) (traduit en partie et commenté in ZOLLER E., *Les Grands arrêts*, op.cit., p. 552)

⁷⁷ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) (traduit en partie et commenté in ZOLLER E., *Les Grands arrêts*, op.cit., p. 261). Il y a également « classification suspecte » lorsque la législation vise une minorité religieuse, nationale ou raciale.

⁷⁸ FRANKLIN C., « Marrying liberty and equality: the new jurisprudence of gay rights », *Virginia Law Review*, vol. 100 No 5, September 2014, p. 817 s., p. 833 s.

⁷⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) (traduit en partie et commenté in ZOLLER E., *Grands arrêts*, op.cit., p. 809)

⁸⁰ La loi fédérale de 1993 mettant en place cette mesure a été abrogée en 2010.

le rappelle : les homosexuels font l'objet d'une « longue histoire de désapprobation »⁸¹. Le second critère qualificatif rempli est le caractère immuable du trait pris en compte : si cela fait débat pour certains, ce n'est pas le cas pour la Cour, qui prend le soin, sous la plume du juge Kennedy, de souligner que l'homosexualité est une caractéristique immuable⁸². Enfin, le précédent de *Lawrence* laisse penser que l'orientation sexuelle peut être considérée comme étant dénuée de rapport avec la capacité de contribuer à la société, puisque cette affaire a précisé que la prise en compte de l'orientation sexuelle par le législateur n'est pas admise quand celui-ci intervient dans le domaine des libertés les plus fondamentales, et que la désapprobation morale ne suffit pas à justifier que des personnes soient jugées moins aptes à participer à la société.

Juger que les dispositions étatiques définissant le mariage comme unissant un homme et une femme et refusant la reconnaissance de mariages entre homosexuels célébrés dans un autre Etat opèrent une classification suspecte sur le fondement de l'orientation sexuelle se heurte cependant à plusieurs obstacles. Le premier résulte de l'application du critère, contesté⁸³, de la position de faiblesse dans le processus démocratique. Si la méthode des classifications suspectes mise en place par l'arrêt *Carolene Products* a pour objet de suppléer au processus démocratique défaillant, en permettant au juge de « tout faire pour que le peuple soit bien représenté » « lorsqu'il est saisi de demandes qui ont des incidences directes ou indirectes sur la représentation politique »⁸⁴, elle ne semble pas viser les homosexuels, qui ont obtenu des avancées dans la protection de leurs droits par le processus politique, au niveau étatique et fédéral⁸⁵. Il est possible d'arguer qu'il s'agit d'un critère suffisamment « évolutif » qui pourrait éventuellement être rempli, voire écarté – la jurisprudence hésitant « entre une définition « politiste » du fait minoritaire et une définition plus sociologique »⁸⁶. Mais ce n'est pas le seul obstacle au succès d'une prétention à la reconnaissance d'une classification suspecte sur le fondement de l'orientation sexuelle, le deuxième résidant dans le fait que la Cour suprême n'a pas identifié de nouvelle classification suspecte depuis les années 1970, ce qui fait dire

⁸¹ *Obergefell v. Hodges*, Opinion de la Cour, p. 22 (“a long history of disapproval of their relationships”)

⁸² L'opinion de la Cour le rappelle à deux reprises : l'homosexualité constitue la « nature immuable » des requérants (« their immutable nature », p. 4) ; les avancées dans la recherche scientifique ont permis de comprendre que l'orientation sexuelle est « à la fois une expression normale de la sexualité humaine et immuable » (« sexual orientation is both a normal expression of human sexuality and immutable », p. 8)

⁸³ Présenté initialement comme un critère illustrateur d'une approche « procédurale », il n'est pas axiologiquement neutre, puisque comme le rappelait le juge Powell dans l'affaire *Bakke (Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978))* « pour faire l'hypothèse...selon laquelle le processus politique a été corrompu par une discrimination odieuse, le juge doit se fonder sur une vision substantielle du type du résultat que le processus aurait dû atteindre ».

⁸⁴ ZOLLER E., « L'après-gouvernement des juges, *United States v. Carolene Products Co.* », *Les grands arrêts, op.cit.*, p. 261-270, p. 270

⁸⁵ C'est ce que souligne notamment Susannah Pollvogt : « En l'occurrence, il semble que le processus démocratique fonctionne, bien que par à-coups » (POLLVOGT S.W., “Marriage equality, *United States v. Windsor*, and the crisis in equal protection jurisprudence”, 42 HOFSTRA L.REV., 1045 (2014), p. 1054 : « here, it appears that the democratic process is working, albeit in fits and starts »)

⁸⁶ CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, op.cit.*, p. 301

que cette porte est fermée⁸⁷. Et ce d'autant plus que les juges avaient refusé dans l'affaire *Romer v. Evans* de considérer que l'amendement à la Constitution du Colorado (« l'amendement 2 ») faisant obstacle à toute mesure de la puissance publique protégeant les préférences sexuelles, y compris en interdisant la discrimination, opérerait une classification suspecte⁸⁸.

Bien que ces obstacles n'aient pas empêché les cours inférieures de juger que les lois réservant le mariage aux couples composés d'un homme et une femme opéraient une classification suspecte et inconstitutionnelle⁸⁹, et l'administration Obama d'adopter cette position⁹⁰, dans *Obergefell* la Cour n'a pas retenu ce fondement.

L'opinion majoritaire de la Cour ne se fonde pas davantage sur une autre possibilité mise en avant par la doctrine universitaire, et soulignée par le *Chief Justice* Roberts lors des plaidoiries⁹¹, à savoir la discrimination sur le critère du sexe. L'argument soutenu est que les discriminations sur le critère de l'orientation sexuelle sont un type de discrimination sur le fondement du sexe⁹².

Les dispositions contestées dans les affaires jointes dans *Obergefell*, définissant le mariage comme unissant « un homme et une femme », font reposer l'accès à l'institution expressément sur des critères d'appartenance à des sexes différents, ce qui fait dire qu'elles discriminent ouvertement (*facially discriminate*) sur le fondement du sexe⁹³, mais aussi de manière sous-jacente en prescrivant des rôles à tenir pour chaque sexe (« *sex role stereotyping* »)⁹⁴, notamment vis-à-vis des enfants. Le fait que la mesure contestée respecte « l'égalité formelle » (*formal equality*) en n'ayant pas pour effet de désavantager de manière substantielle un groupe par rapport à un autre, puisqu'ici les hommes comme les femmes se voient interdire d'épouser une personne du même sexe, n'est pas un obstacle au constat de la violation de la clause d'égalité de protection. Retenir le contraire serait adhérer à la logique de l'arrêt *Plessy*⁹⁵, jugeant conforme à la Constitution la doctrine « séparés mais

⁸⁷ Notamment YOSHINO K., “The New Equal Protection”, *Harvard Law Review*, vol. 124, 2011, p. 747-803, p. 757 (“At least with respect to federal equal protection jurisprudence, this canon has closed.”)

⁸⁸ Comme le rappelle Peter Nicolas, les juges étatiques de première instance avaient rejeté l'argument selon lequel le critère de l'orientation sexuelle équivalait à l'établissement d'une classification suspecte ou quasi-suspecte, et les requérants contestant la constitutionnalité de « l'amendement 2 » avaient choisi de ne pas faire appel sur ce point (NICOLAS P., “*Obergefell's Squandered Potential*”, 137 *Cal. Law Rev. Vol. 6*, 137-144 (Nov. 2015), p. 138). La Cour suprême n'a pas non plus retenu l'existence d'une classification suspecte : *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) (traduit en partie et commenté in ZOLLER E., *Les grands arrêts*, *op.cit.*, p. 745 s.)

⁸⁹ C'est ce que rappelle Susannah Pollvogt, citant *Wolf v. Walker*, No. 14-cv-64-bbc, 2014 WL 1207514, at 2-5 (W.D. Wis. Mar. 24, 2014) (POLLVOGT S.W., “Marriage equality, *United States v. Windsor*, and the crisis in equal protection jurisprudence”, 42 *HOFSTRA L.REV.*, 1045 (2014), p. 1051)

⁹⁰ Comme le rappelait la Cour suprême dans l'arrêt *Windsor*, précité, p. 3

⁹¹ *Obergefell v. Hodges*, Oral arguments transcript, p. 62

⁹² SUNSTEIN C.R., “Homosexuality and the Constitution”, *Indiana Law Journal: Vol. 70: Iss. 1, Article 1* (1994), p. 1

⁹³ POLLVOGT S.W., “Marriage equality, *United States v. Windsor*, and the crisis in equal protection jurisprudence”, *art.cit.*, p.1056

⁹⁴ SUNSTEIN C.R., “Homosexuality and the Constitution”, *art.cit.*, p. 21

⁹⁵ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)

égaux », considéré comme renversé dans l'arrêt *Brown*⁹⁶, dont le raisonnement a ensuite été confirmé notamment dans *McLaughlin v. Florida* (rappelant que l'examen d'une restriction au regard de la clause d'égalité protection ne s'arrête pas au constat qu'elle s'applique de la même manière aux membres de la classe définie par la loi⁹⁷) ou encore dans *Loving*, jugeant inconstitutionnelles les lois prohibant le mariage entre personnes noires et blanches alors que la même interdiction s'appliquait aux blancs et aux noirs. Il en ressort que la clause d'égalité protection est méconnue non seulement quand la disposition en cause inflige un traitement matériel différent mais aussi quand elle se fonde sur un critère prohibé. C'est ce qui explique que les requérants contestant la définition du mariage comme unissant un homme et une femme se soient parfois fondés sur la discrimination sur le fondement du sexe, en soutenant que ces définitions dénotaient du sexisme et une volonté de perpétuer la domination masculine, comme les lois interdisant le mariage « interracial » voulaient protéger la « domination blanche »⁹⁸. Cet argument n'avait semble-t-il pas été invoqué devant la Cour, et elle ne l'a pas soulevé dans sa décision.

Outre l'approche de « classification suspecte », la Cour pouvait se fonder sur la clause d'égalité protection en adoptant une « analyse de droit fondamental ». Selon cette approche, l'atteinte au droit fondamental constitue la violation du principe d'égalité contenu dans la clause d'égalité protection. Dans *Obergefell*, la Cour identifie bien un « droit fondamental », celui de se marier. Mais elle le rattache à la liberté garantie par la clause de *due process*. Elle s'écarte par là de l'approche qu'elle avait retenue dans l'arrêt *Zablocki*⁹⁹, qu'elle cite au soutien de sa décision. Cette affaire l'avait amené à juger de la constitutionnalité d'une loi de l'Etat du Wisconsin imposant aux parents n'ayant pas la garde de leur enfant mais condamnés par jugement à verser des subsides d'obtenir une autorisation du juge avant de se marier, laquelle ne devait être accordée que si la preuve de l'exécution de l'obligation alimentaire était apportée. La Cour y avait identifié une classification – les parents divorcés condamnés à verser des aliments, un droit fondamental – celui de se marier, et constaté que l'atteinte à ce droit fondamental de se marier justifiait un contrôle strict, exigeant un intérêt gouvernemental impérieux pour justifier l'ingérence, en l'espèce inconstitutionnelle, dans le droit fondamental. Ici, si la Cour identifie bien un « droit fondamental », non seulement celui-ci découle de la clause de *due process*, mais elle ne va pas jusqu'au bout du raisonnement qu'impose la clause d'égalité protection en ne posant pas de degré de contrôle.

⁹⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) (traduit en partie et commenté in ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 285 s.)

⁹⁷ *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 191 (1964) (“judicial inquiry under the Equal Protection Clause [...] does not end with a showing of equal application among the members of the class defined by the legislation.”)

⁹⁸ KLARMAN M.J., *From the closet to the altar, Courts, backlash and the struggle for same-sex marriage*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2013, p. 55

⁹⁹ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978)

B. L'absence d'imposition d'un degré de contrôle

Que ce soit dans l'analyse en lien avec une classification, jugée suspecte ou non, ou dans celle en lien avec un droit fondamental, la mise en œuvre de la clause d'égalité de protection nécessite la détermination d'un type de contrôle, qui est plus ou moins scrupuleux, étape également ignorée par la majorité dans *Obergefell*.

Le contrôle de la différence de traitement connaît plusieurs degrés. La célèbre note de bas de page n°4 de l'arrêt *Carolene Products* distingue d'un côté un contrôle qui peut être qualifié de « maximum » (*strict scrutiny*), et de l'autre un contrôle « minimum », de rationalité ou « de base rationnelle » (*rational basis review*), résultant de l'application d'une forte présomption de constitutionnalité. La Cour y explique en effet, largement pour tourner la page du « gouvernement des juges » après « l'ère *Lochner* », que les juges reconnaissent une présomption de constitutionnalité des lois¹⁰⁰, quasiment irréfragable en ce qui concerne les mesures (fédérales) en matière économique et sociale, mais qu'en revanche un examen plus rigoureux (« *a more searching judicial inquiry* ») est nécessaire quand une loi enfreint des droits individuels, ou opère une discrimination envers une classe protégée. Ce cadre a ensuite été affiné, la Cour reconnaissant un degré « intermédiaire » de contrôle. Mais la méthode exigée par la clause d'égalité de protection demeure « rigide » (« *rigid tiers of scrutiny* »), et contestée par la doctrine comme mettant en place des niveaux de contrôle déterminants en eux-mêmes du résultat¹⁰¹, parce que, selon l'expression connue du professeur Gerald Gunther, le contrôle est soit « strict en théorie, mais fatal en fait », soit « minimal en théorie, mais nul d'effet »¹⁰². C'est ce qui explique la volonté de prouver une classification suspecte ou l'atteinte à un droit fondamental qui font l'objet d'un contrôle « strict ».

La Cour avait dans *Obergefell* le choix entre trois types de contrôles. Elle n'en choisit aucun. Le contrôle strict, exigeant que les moyens soient « nécessaires » et répondent à un intérêt d'Etat « impérieux », s'impose quand est en cause l'ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental¹⁰³ ou une « classification suspecte »¹⁰⁴. Mais les classifications concernées par ce contrôle minutieux et avantageux pour les requérants étant seulement les classifications fondées sur la race, la nationalité

¹⁰⁰ La doctrine de la présomption de constitutionnalité des lois avait été posée un an plus tôt dans l'affaire *N.L.R.B. v. Jones & Loughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937) (ZOLLER E., *Les grands arrêts, op.cit.*, p. 232 s.)

¹⁰¹ « *outcome determinative* ». Notamment POLLVOGT S.W., « Marriage equality, *United States v. Windsor*, and the crisis in equal protection jurisprudence », art.cit., p. 1054

¹⁰² GUNTHER G., « Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection », *Harvard Law Review*, Vol. 86, No. 1 (Nov., 1972), p. 1-48, p. 8

¹⁰³ *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 66 (1966), concernant le droit de vote. Confirmé dans *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), concernant la liberté de circulation ou « droit de voyager ».

¹⁰⁴ C'est ce qui ressort déjà de la logique de l'arrêt *Carolene Products* et a été précisé dans *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214 (1944)).

ou l'origine nationale, et non également les classifications fondées sur le sexe¹⁰⁵, l'application d'un contrôle strict dans le cas du mariage homosexuel pouvait être discutée. Le contrôle de base rationnelle, contrôle par défaut, exige seulement un « lien rationnel » entre le classement opéré par la loi et un intérêt d'Etat « légitime »¹⁰⁶. Le contrôle intermédiaire ou contrôle renforcé de base rationnelle prévoit un contrôle par le juge de la motivation de la mesure, qui sera inconstitutionnelle si elle repose sur une « hostilité » (*animus*) sans lien « substantiel » avec un intérêt d'Etat « important ». Il avait été retenu dans l'affaire *Romer* relative aux droits des homosexuels¹⁰⁷. La Cour, toujours sous la plume de Kennedy, avait semblé hésiter dans l'arrêt *Windsor*, et aurait pu saisir l'occasion de l'arrêt *Obergefell* pour préciser la méthode de l'égalité de protection. Dans l'affaire rendue sur le *DOMA*, elle avait en effet indiqué que la loi fédérale nécessitait un contrôle attentif (« *careful consideration* »), citant *Romer*, ce qui pouvait laisser penser qu'était appliqué un contrôle intermédiaire, mais la majorité concluait sur le constat que le *DOMA* ne servait aucun intérêt d'Etat légitime, employant donc le vocabulaire du contrôle de base rationnelle¹⁰⁸. Et c'est ce contrôle de rationalité que semblaient appliquer les juges conservateurs dans *Obergefell*¹⁰⁹, et particulièrement le président Roberts dans son opinion dissidente, en insistant sur le fait qu'il existe un lien rationnel entre la restriction de l'accès au mariage aux personnes souhaitant épouser une personne d'un autre sexe que le leur, et la volonté de préserver le « mariage traditionnel »¹¹⁰. D'autres juges de la Cour souhaitaient donc le respect de la méthode de la clause d'égalité de protection et ont critiqué le fait qu'elle soit écartée, à l'intérieur même de la décision. Outre le *Chief Justice* Roberts, la juge Ginsburg, qui s'est jointe à l'opinion majoritaire, a indiqué ensuite qu'elle avait décidé de ne pas rédiger d'opinion individuelle afin que la décision de la majorité soit plus claire et forte, mais qu'elle préférerait le fondement de l'égalité de protection et aurait appliqué un contrôle intermédiaire (*heightened scrutiny*)¹¹¹.

¹⁰⁵ Après avoir jugé dans l'arrêt *Frontiero v. Richardson* (411 U.S. 677, 688 (1973)) que les classifications basées sur le sexe « sont suspectes en elles mêmes et doivent par conséquent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel strict », la Cour a opté dans l'arrêt *Craig v. Boren* pour un contrôle intermédiaire renforcé (429 U.S. 190, 197 (1976)).

¹⁰⁶ Il est notamment appliqué dans l'examen des classifications se fondant sur le critère de l'âge : *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976)

¹⁰⁷ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) (ZOLLER E., *Les grands arrêts*, *op.cit.*, p. 745 s.)

¹⁰⁸ *Windsor v. US*, p. 19, p. 20 et p. 25

¹⁰⁹ *Obergefell v. Hodges*, Oral arguments transcript

¹¹⁰ *Obergefell v. Hodges*, Roberts dissenting, p. 24 (et p. 2)

¹¹¹ “Justice Ginsburg addresses alumni and Summer Institute in wide-ranging conversation with Siegel”, Duke Law News (Aug. 7, 2015)

Si la Cour a choisi d'écarter la méthode de la clause d'égalité de protection, c'est sans doute en grande partie à cause des faiblesses de celle-ci, « les choix structurels de la Cour suprême [ayant] créé un cadre qui limite terriblement la portée de l'égalité de protection »¹¹².

II. Une réponse aux faiblesses de la clause : les antinomies de l'égalité de protection

Une des faiblesses déjà indiquée de la clause d'égalité de protection des lois dans la jurisprudence de la Cour suprême réside dans le fait que, contrairement à la clause de liberté du *due process*, elle ne peut faire obstacle à un « nivellement par le bas », ce qui est évité ici par la Cour en se fondant sur les deux clauses. Mais la principale faiblesse de la clause réside dans l'absence d'unité du principe d'égalité devant la loi qu'elle entraîne, celle-ci étant due à l'existence de plusieurs degrés de contrôles, et plus fondamentalement aux antinomies de l'égalité de protection qui résultent des hésitations de la jurisprudence.

Le « discours antinomique de l'égalité de protection » a notamment été identifié par le professeur Julie Nice¹¹³, qui relève une contradiction dans la finalité de l'égalité de protection. Celle-ci poursuit le but soit de l'assimilation des individus, l'interdiction des classifications, ce qui revient à l'égalité formelle, soit de l'élimination de la subordination et donc de la hiérarchie entre les individus. Il découle de cette antinomie, que la décision *Obergefell* ne tranche pas, des contradictions dans les moyens pour atteindre ces fins, qui renvoient au bout du compte à la question de savoir si l'identité d'un individu est figée ou fluide, et singulière ou multiple. D'abord, la clause d'égalité de protection exige tantôt un traitement identique, tantôt un traitement différent pour atteindre une « égalité de résultat » – c'est notamment la question de la « discrimination positive » ou « *affirmative action* ». La jurisprudence hésite aussi, inévitablement vu la première antinomie constatée, entre l'interdiction pour les pouvoirs publics de prendre en considération les caractéristiques déterminantes d'un groupe ou au contraire son obligation : c'est le débat sur la « *color-blindness* » ou « *color-consciousness* » de la Constitution. La troisième antinomie réside dans l'opposition entre l'action publique et l'action privée et renvoie à la question de savoir si la clause d'égalité de protection du XIV^e amendement peut imposer des obligations positives aux États, ou seulement des obligations négatives, nous y reviendrons. La quatrième est relative à l'hésitation entre le caractère seulement procédural de la clause – qui a alors pour objet de s'assurer que soient respectées les procédures structurant le marché politique, ou également matériel – les minorités « séparées et insulaires » apparaissent

¹¹² BARNES M.L. & CHEMERINSKI E., "The Once and Future Equal Protection Doctrine?", 43 Conn. L. Rev. 1059 (2011), p. 1075 ("the Court's structural choices have created a framework that dramatically limits the reach of equal protection")

¹¹³ NICE J.A. "Equal Protection's Antinomies and the Promise of a Co-Constitutive Approach", 85 Cornell L. Rev. 1392 (2000), p. 1394 s. Voir aussi CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, op.cit.

alternativement ou cumulativement comme des groupes politiquement impuissants (par exemple les handicapés mentaux) ou symboliquement dominés (par exemple les femmes). Enfin, les deux dernières antinomies identifiées méritent quelques développements, parce qu'elles jouent en toile de fond dans la décision *Obergefell* et expliquent pourquoi la clause d'égalité de protection n'a pas été retenue comme seul fondement.

Il s'agit d'abord de l'hésitation entre le critère de l'intention et de l'effet discriminatoire (A) et ensuite de celle entre la protection d'une classe ou la protection contre la classification (B).

A. Le critère de l'intention privilégié à celui de l'effet : le renversement de la protection dans la jurisprudence

Les dispositions contestées par les requérants n'étaient pas ouvertement discriminatoires en ce qu'elles définissaient le mariage comme unissant un homme et une femme, mais avaient pour effet un traitement différent des homosexuels, qui ne pouvaient se marier avec la personne de leur choix – ils n'avaient pas accès au mariage en tant qu'homosexuels. La jurisprudence sur la clause d'égalité de protection distingue les lois ouvertement (*on its face, facially*) discriminatoires, qui justifient dans leur lettre les différences de traitement par des critères prohibés, et les lois neutres en apparence qui ont un impact, un effet discriminatoire et conduisent à s'intéresser aux résultats différenciés. Cette distinction rappelle notamment la distinction du droit de l'Union européenne entre la discrimination directe et indirecte. La première renvoie au fait de se fonder directement et sans justification sur un critère interdit, la seconde à une différence de traitement prohibée équivalant à une discrimination directe, constituée quand les effets pratiques sont équivalents à une discrimination directe, ou quand sont appliqués des critères de distinction qui ne sont pas interdits, sont « neutres », mais ont un effet équivalent à une discrimination prohibée *in concreto*¹¹⁴. Contrôlant les discriminations indirectes, le droit de l'Union européenne amène donc à contrôler les effets pratiques des mesures.

En droit américain, la jurisprudence préfère le critère de l'intention ou but discriminatoire à celui de l'effet, qui impose que, en présence de situations similaires, les mesures produisent des effets équivalents à un traitement identique pour respecter l'injonction de non discrimination du principe d'égalité. C'est en effet le critère de l'intention qui détermine le degré de contrôle. Les lois ouvertement discriminatoires donnent lieu à une présomption irréfragable d'intention ou but de discriminer et sont soumises au contrôle strict quand est en cause un critère interdit, tandis que pour

¹¹⁴ HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, op.cit.*, p. 267 s.

les autres le requérant doit prouver l'intention de discriminer pour bénéficier du contrôle strict. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Washington v. Davis* : la preuve de l'impact discriminatoire n'est pas suffisante, en elle-même, pour établir l'existence d'une classification sur un critère interdit et entraîner l'application d'un contrôle renforcé du juge¹¹⁵. Or, le but discriminatoire est particulièrement difficile à prouver. La Cour suprême a jugé que le but discriminatoire impliquait davantage que la conscience des conséquences prévisibles : il faut démontrer que l'auteur de la mesure l'a édictée « au moins en partie en raison de ses effets défavorables sur le groupe identifié, et non simplement en dépit de ceux-ci »¹¹⁶.

Ces éléments ont pour effet une « inversion » de la protection de la clause d'égalité de protection des lois¹¹⁷, apparente dans la jurisprudence sur l'*affirmative action*. Dans celle-ci, les requérants (blancs) contestant les mesures de discrimination positive bénéficient d'un contrôle strict et « fatal » sans avoir besoin de démontrer une intention préjudiciable, puisque, même s'il est contesté par certains qui revendiquent un contrôle intermédiaire pour les discriminations « bienveillantes », le contrôle reste strict concernant les mesures étatiques¹¹⁸ et fédérales¹¹⁹, comme la Cour suprême l'a récemment confirmé¹²⁰. Alors que d'un autre côté, les requérants issus de minorités qui invoquent une discrimination ne bénéficient que d'un contrôle déférent, à moins de réussir à prouver l'intention discriminatoire. Le « deux poids, deux mesures » dans l'application de la clause est critiqué¹²¹. Même si la Cour suprême s'est écartée du critère du but dans la jurisprudence relative au mariage homosexuel pour revenir à l'approche suivie dans *Brown*, fondée sur la prise en compte de la perception du droit par ceux qui font l'objet de traitements différents¹²², il est possible de considérer que la Cour s'est ici écartée du seul fondement de la clause d'égalité de protection pour éviter d'accentuer la différence d'appréciation de la clause selon le type de requérants.

¹¹⁵ *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 245-48 (1976) (“[s]tanding alone [...] does not trigger the rule that racial classifications are to be subjected to the strictest scrutiny and are justifiable only by the weightiest of considerations.”)

¹¹⁶ *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979), cité par SIEGEL R.B., “The Supreme Court, 2012 Term - Foreword: Equality Divided” (2013), art.cit. p. 17

¹¹⁷ SIEGEL R.B., “Equality Divided”, art.cit.

¹¹⁸ *City of Richmond v. J.A. Croson*, 488 U.S. 469 (1989) (ZOLLER E., *Les Grands arrêts*, op.cit., p. 645)

¹¹⁹ *Adarand Constructors, Inc. V. Peña*, 515 U.S. 200 (1995)

¹²⁰ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) ; *Fisher v. University of Texas*, 570 U.S. _ (2013)

¹²¹ NICE J.A. “Equal Protection’s Antinomies”, art.cit., p. 1404

¹²² Voir *infra* (Partie 2, Chapitre 1, Section 2, I. B.). Et en ce sens SIEGEL R.B., “Equality Divided”, art.cit.

B. L'hésitation entre protection d'une classe et interdiction d'une classification : l'égalité catégorielle ou individuelle

La seconde contradiction apparente dans la jurisprudence sur la clause d'égalité de protection pouvant expliquer l'approche retenue dans *Obergefell* réside dans l'hésitation sur l'objet de sa protection. Celle-ci peut être interprétée comme protégeant une classe de personnes identifiées (par exemple les noirs, les femmes, les homosexuels) – ce sera particulièrement le cas si un critère de subordination est retenu, ou comme protégeant indistinctement tous les individus, y compris ceux qui ne font pas partie du groupe historiquement défavorisé, contre la différence de traitement sur le fondement d'un critère prohibé (par exemple la race, le sexe ou l'orientation sexuelle). La deuxième approche a non seulement une portée potentiellement plus large, mais surtout elle se distingue par le fait qu'elle n'essentialise pas la différence, et ne fige donc pas l'identité. La Cour suprême a précisé il y a longtemps que la protection de la clause d'égalité du XIV^e amendement s'applique aux individus et non aux groupes¹²³. La jurisprudence portant sur la clause d'égalité de protection indique cependant qu'il est difficile de détacher la protection des personnes de leur appartenance à un groupe¹²⁴. La protection est alors individuelle mais médiatisée par l'appartenance, surtout quand est retenu le critère de la subordination. La seule exception semble être celle du contentieux de la discrimination positive à l'université : la Cour a depuis longtemps jugé dans ce contexte que, parce que la protection est « garantie aux individus » et constitue un « droit personnel » pour chacun, sans qu'il soit réservé à quelques groupes¹²⁵, « les Ve et XIV^e amendements [protégeant] les individus, pas les groupes »¹²⁶, la Constitution exige un certain détachement vis-à-vis de l'appartenance. Cela a pour conséquence d'une part que le législateur ne peut utiliser le critère de la race, par exemple, pour sélectionner à l'université, car ce critère a pour effet de catégoriser les personnes en faisant obstacle à l'examen individuel de leurs mérites, et d'autre part et surtout que cela bénéficie à la « majorité », qui ne fait pas partie d'une classe protégée.

Or, quand la clause est vue comme permettant l'égalité pour des « catégories protégées », elle constitue un fondement fragile en ce qu'elle attise « l'anxiété du pluralisme » (« *pluralism anxiety* »), selon l'expression du professeur Kenji Yoshino, qui la définit comme la crainte que suscite la grande diversité de la population américaine, réaction à l'apparition de nouveaux types de

¹²³ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 ; *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948)

¹²⁴ NICE J.A., « Equal Protection's Antinomies », art.cit., p. 1400 s.

¹²⁵ *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) : « C'est l'individu qui est protégé contre les classifications basées sur son appartenance raciale ou ethnique, car de telles distinctions portent atteinte à ses droits individuels, et non seulement en raison de son appartenance à un groupe particulier. » (traduction SCHMIDT J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n°1, 1987, p. 43-88, p. 65)

¹²⁶ C'est notamment ce qu'a jugé le juge O'Connor dans *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 227 (1995): « *the Fifth and Fourteenth Amendments to the Constitution protect persons, not groups (...)* »

personnes ou plutôt de types de personnes nouvellement visibles (« *newly visible kind of people* »)¹²⁷. En d'autres termes, il s'agit d'une crainte d'atomisation de la société liée à l'apparition dans l'espace public d'individus qui revendiquent leur participation à la société dans les mêmes conditions que les autres tout en exigeant la prise en compte de leur individualité, voire une protection particulière à ce titre. Si la clause d'égalité des lois attise cette « anxiété du pluralisme », ce serait parce qu'alors que la clause de *due process* protège certains droits importants pour tous, celle d'égalité protégerait certaines catégories de groupes sociaux contre la discrimination. Autrement dit, le *due process* protège la chose (« *the whats* ») tandis que l'exigence d'égalité protège, contre tous types de discrimination, les personnes (« *the whos* »)¹²⁸, et surtout certains groupes de personnes plus que d'autres en raison des différents types de contrôles opérés, mais donc protège les individus en tant qu'ils appartiennent à ce groupe (l'approche est « *group-based* »). Ce qui fait déduire que, s'agissant du mariage pour les homosexuels, il est préférable de raisonner sur le fondement d'une revendication de liberté plutôt que d'égalité, comme la jurisprudence l'a déjà fait¹²⁹, car cela permet de mettre l'accent sur les droits devant être protégés plutôt que sur les groupes de personnes qui n'y ont pas accès. La revendication de liberté contournerait seule l'anxiété du pluralisme, car, dans le second cas, la revendication d'égalité demande de transcender une distinction que les membres du groupe ne peuvent eux même transcender¹³⁰. S'il est souscrit à cette lecture de la clause d'égalité, le double fondement de la décision *Obergefell* peut être justifié comme une réponse à cette « anxiété du pluralisme ».

Plus profondément, le refus de se fonder seulement sur la clause d'égalité par le juge Kennedy peut aussi être vu comme confirmant sa préoccupation de ne pas renier une approche individualiste de l'égalité. La doctrine américaine a pu souligner le malaise du juge Kennedy vis-à-vis du « *group-based thinking* »¹³¹, et celui-ci a en effet insisté à plusieurs reprises sur le fait que « la Constitution protège chaque citoyen en tant qu'individu, et non en tant que membre d'un groupe »¹³². Ces éléments mènent à penser que la crainte d'un reniement de l'approche individualiste de l'égalité, de la présentation de la clause d'égalité comme défendant une égalité « catégorielle », explique en partie le refus de se fonder sur la méthode habituelle de la clause d'égalité. Dans la décision *Obergefell*, le double fondement des clauses de *due process* et

¹²⁷ YOSHINO K., "The New Equal Protection", *Harvard Law Review*, vol. 124, 2011, p. 747-803, p. 751 (*apprehension of and about its demographic diversity*)

¹²⁸ Nous empruntons cette expression notamment à FRANKLIN C., "Marrying liberty and equality: the new jurisprudence of gay rights", art.cit., p. 818

¹²⁹ Cela sera exposé dans la deuxième section de ce premier chapitre.

¹³⁰ YOSHINO K., "The New Equal Protection", art.cit., p. 793-794

¹³¹ BHAGWAT A., "Liberty or equality?", UC Davis Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 464, October 2015 (<http://ssrn.com/abstract=2673194>), p. 19

¹³² *Metro Broadcasting v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547, 603 631 (1990) (opinion dissidente), à nouveau dans *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 387 (2003) puis récemment dans l'opinion rédigée pour la Cour dans *Fisher v. University of Texas*, 570 U.S. _ (2013).

d'égle protection aboutit à retrouver le fondement individualiste de l'égalité – l'interdiction de la réduction d'un individu à son appartenance à une catégorie, et la neutralité du principe d'égalité.

La décision *Obergefell* illustre, par le refus d'en suivre la méthode rigide, ce que la doctrine nomme la « crise de la clause d'égle protection »¹³³. Si la Cour a pu réagir aux faiblesses de la clause en « déplaçant » parfois la garantie des droits de la clause d'égle protection à celle de *due process*, dans d'autres arrêts elle ne ferme pas complètement l'analyse sur le fondement de la clause d'égalité du XIVe amendement mais utilise celle-ci en combinaison avec la clause de *due process*. C'est à nouveau le cas dans *Obergefell*.

Section 2 : Une histoire d'approche « stéréoscopique » dans les « chemins détournés » de l'égalité

La décision *Obergefell* fondant le droit pour les homosexuels de se marier à la fois sur liberté du *due process* et l'égalité de l'égle protection des lois s'inscrit dans un modèle d'égle protection qui refuse la distinction stricte de l'analyse sur le fondement de chacune des clauses. Comme l'avait fait la Cour Warren notamment, l'opinion délivrée par Kennedy « casse la barrière doctrinale »¹³⁴ entre les deux clauses. C'est l'occasion de montrer que même si formellement la Cour se fonde sur une clause ou une autre, et *a fortiori* quand elle se fonde sur les deux en adoptant une approche « stéréoscopique »¹³⁵, celles-ci ont des objectifs et un contenu matériel communs (I), et de souligner la cohérence du choix de ce double fondement pour juger inconstitutionnelles les dispositions étatiques définissant le mariage comme unissant un homme et une femme (II).

I. Liberté du *due process* et égalité de l'égle protection des lois : une proximité ancienne et renouvelée

Dans *Obergefell*, la Cour suprême démontre en liant les deux clauses qu'il n'est pas toujours pertinent de distinguer les revendications selon qu'elles sont fondées sur la clause de procédure régulière de droit ou la clause d'égle protection des lois. La Cour avait déjà pu le faire en montrant que les clauses ont des buts proches (A) et en les utilisant l'une pour l'autre, mais préfère ici insister

¹³³ Voir notamment l'article au titre évocateur POLLVOGT S.W., "Marriage equality, *United States v. Windsor*, and the crisis in equal protection jurisprudence", 42 HOFSTRA L.REV., 1045 (2014)

¹³⁴ Selon l'expression de ACKERMAN B., *We the people 3. The civil rights revolution*, Cambridge / London, Harvard University Press, 2014, p. 306

¹³⁵ L'expression, beaucoup reprise par la doctrine universitaire, est empruntée au professeur Pamela Karlan (voir notamment KARLAN P.S., "Equal Protection, Due Process, and the Stereoscopic Fourteenth Amendment", 33 MCGEORGE L. REV. 473 (2002))

sur la distinction entre les clauses, en considérant qu'elles s'informent l'une l'autre sans se confondre (B).

A. Une proximité originelle de contenu

La jurisprudence et la doctrine ont pu présenter une lecture des clauses selon laquelle celles-ci auraient des rôles constitutionnels différents, surtout après « l'ère *Lochner* »¹³⁶. Mais à l'origine le *due process* (découlant du Ve puis aussi du XIVe amendement) et la clause d'égalité de protection avaient des objets proches. Les clauses posaient en effet une prohibition de l'arbitraire (de la différence de traitement arbitraire) pour la clause de *due process*, et une prohibition des discriminations (de la différence de traitement reposant sur un critère non pertinent) pour celle d'égalité de protection. Or, les notions d'arbitraire et de traitement non discriminatoire se recoupent : le traitement inégal, la discrimination inconstitutionnelle, c'est notamment la différence de traitement « arbitraire » ; c'est la notion d'arbitraire qui permet de distinguer les notions de distinction et de discrimination.

Cette proximité des notions est d'ailleurs mise en évidence par le fait qu'en droit allemand la notion d'arbitraire a été un élément d'analyse du principe d'égalité, et que ce dernier se définit comme interdisant « qu'un acte de la puissance publique ait pour effet de créer une discrimination matérielle, soit qu'il traite arbitrairement des situations semblables de façon différente, soit qu'il traite arbitrairement des situations dissemblables de façon identique »¹³⁷. Le rapport entre les notions d'arbitraire et de discrimination est aussi opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme : les Etats respectent la Convention si leur législation revêt « un caractère non arbitraire, et, dès lors, non discriminatoire », et par la Cour de justice de l'Union européenne¹³⁸.

Aux Etats-Unis, la clause de *due process* avait dès le départ une « dimension d'égalité de protection » : celle contenue dans le Ve amendement transposait le principe de *rule of law* du droit anglais, qui posait une exigence de traitement égal par la généralité des lois¹³⁹. L'interdiction de l'arbitraire s'est donnée à comprendre comme l'exigence d'une application égale de la loi, à travers l'application du *rule of law* dans sa dimension plus technique de soumission de l'exécutif, ainsi que d'universalité, plus que généralité, de la loi, par l'utilisation de la clause de *due process*

¹³⁶ BERNSTEIN D.E., “Bolling, Equal Protection, Due Process, and Lochnerphobia”, *George Mason University School of Law, Law and Economics Working Papers Series*, No. 05-14, July 2005

¹³⁷ JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op.cit.*

¹³⁸ HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, *op.cit.*, p. 437 (citant l'affaire linguistique belge, CEDH, n°, 23 juillet 1968 et CJCE, 29 novembre 1956, *Société des charbonnages de Beeringen c. Haute autorité de la CECA*, 9/55)

¹³⁹ ESKRIDGE W.N., “Original meaning and marriage equality”, *Houston Law Review*, vol. 52(4), 2015, p. 101-154, p. 109 s.

pour censurer des lois particulières. Cette clause de *due process* prohibait les « *class legislation* », comprises comme des lois « contenant des classifications arbitraires »¹⁴⁰ car infligeant un traitement différent à une partie de la population de manière injustifiée. La clause de *due process* a donc pu être utilisée comme garantie de la généralité formelle des lois mais aussi de l'uniformité de leur application et de leur contenu. Et il en a été de même de la clause de *due process* du XIV^e amendement, interprétée parfois comme interdisant les lois ne visant qu'une partie de la population pour leur réserver un traitement discriminatoire, en portant atteinte de manière injustifiée à leurs droits de liberté ou propriété – permettant ainsi de sanctionner les lois étatiques interdisant la vente de propriété d'un blanc à un noir et inversement, par exemple¹⁴¹. C'est donc d'abord par la clause de *due process* que s'imposait au législateur (fédéral et étatique) l'interdiction d'établir des différences de traitement injustifiées. Il semble qu'on retrouve ici une formulation du modèle libéral classique de l'égalité, qui, comme l'a montré le professeur Olivier Jouanjan, déduit de l'universalité de l'égalité devant la loi la nécessité que la loi ait un contenu lui-même universel, qu'elle soit « la même pour tous », mais en tant qu'elle confère les mêmes droits à tous¹⁴².

Le raisonnement a été repris par le biais de l'égalité de protection. Celle-ci a été interprétée comme interdisant les classifications ne reposant sur aucun fondement raisonnable et objectif et étant donc arbitraires¹⁴³, puis comme contenant un principe de prohibition de la création de « castes » (*anticaste principle*), c'est-à-dire de groupes sociaux subordonnés. L'interdiction de la différence de traitement injustifiée ou arbitraire n'était donc plus limitée aux droits constitutionnels protégés par la clause de *due process* (liberté, propriété, vie). L'origine invoquée est souvent la dissidence du juge Harlan dans l'arrêt *Plessy*¹⁴⁴ : « la Constitution ne connaît ni ne tolère de classes parmi les citoyens », mais, comme le rappelle le professeur Bernstein, le juge se fondait alors non sur la clause d'égalité de protection, ni sur celle du *due process* directement, mais estimait qu'il y avait atteinte à la « liberté individuelle » à la fois des noirs et des blancs¹⁴⁵. Cette dissidence a été reprise pour juger inconstitutionnelles des lois sur le fondement de la clause d'égalité de protection, notamment dans l'arrêt *Romer* par le juge Kennedy : l'amendement ne légiférait que contre un seul groupe (les homosexuels), nommément identifié, selon une manière de légiférer exceptionnelle¹⁴⁶. Et l'idée

¹⁴⁰ BERNSTEIN D.E., “Bolling, Equal Protection, Due Process, and Lochnerphobia”, art.cit., p. 12

¹⁴¹ BERNSTEIN D.E., “Bolling, Equal Protection, Due Process, and Lochnerphobia”, art.cit., p. 19, p. 22 (citant notamment *Buchanan v. Warley*, 245 U.S. 60 (1917))

¹⁴² JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op.cit.

¹⁴³ Par exemple *Lindsey v. Natural Carbonic Gas Co.*, 220 U.S. 61, 78-79 (1911) ; *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*, 253 U.S. 412, 415 (ces exemples sont empruntés à HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op.cit., p. 276 et 277)

¹⁴⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 552 (1896)

¹⁴⁵ BERNSTEIN D.E., “Bolling, Equal Protection, Due Process, and Lochnerphobia”, art.cit.

¹⁴⁶ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 633 (1996)

d'une clause d'égalité de protection comme principe de non-subordination est présente dans *Obergefell*, notamment à travers le fondement de l'« égale dignité », nous y reviendrons¹⁴⁷.

Dans *Obergefell*, les contenus de chaque clause sont déterminés à la lumière de l'autre. En ce sens, la majorité confirme un objet commun des clauses, et rejette l'hypothèse selon laquelle elles auraient des rôles fondamentalement différents. La thèse d'une opposition du rôle des clauses dans la jurisprudence de la Cour suprême est principalement due au professeur Sunstein¹⁴⁸. Celui-ci a opposé une construction tournée vers l'avenir (« *forward looking* ») de la clause d'égalité de protection, tandis que la clause de *due process* serait tournée vers le passé (« *backward looking* »), en constatant que, bien que ce ne soit qu'une tendance générale et pas exclusive, les interprétations jurisprudentielles des deux clauses se distinguent. La clause de *due process* est associée à une conception particulière du contrôle de constitutionnalité selon laquelle les juges sont une garantie contre les nouveaux développements introduits par des majorités temporaires qui sont insuffisamment sensibles aux pratiques traditionnelles – ils ont donc un rôle de stabilisation plus que de réforme. Au contraire, la clause d'égalité de protection a été comprise comme une tentative de protéger les groupes désavantagés contre les pratiques discriminatoires, même profondément ancrées et appelées à durer. En utilisant la clause de *due process* et celle d'égalité de protection pour asseoir le droit constitutionnel des homosexuels de se marier, la Cour montre encore que le *due process* peut aussi être « *forward looking* ».

B. Une proximité renouvelée : des clauses qui jouent ensemble sans se confondre

Même avant l'introduction d'une garantie formelle de l'égalité dans la Constitution avec le XIV^e amendement, le principe d'égalité compris comme prohibition de l'arbitraire était donc déduit par les juges de la clause de *due process*. Le développement de la jurisprudence montre une certaine plasticité des clauses, une indétermination de contenu spécifique, car parfois les clauses sont comprises comme « fungibles », formulant de manière différente la même exigence et pouvant donc être utilisées alternativement¹⁴⁹. Ce n'est pas le raisonnement adopté par la Cour, qui considère que

¹⁴⁷ Voir *infra* : Partie 2, Chapitre 1, section 2, I. A.

¹⁴⁸ SUNSTEIN C.R., “Sexual orientation and the Constitution: A note on the relationship between due process and equal protection”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, No. 4, 1988, p. 1161-1179, p. 1162. Il convient de replacer le discours de l'auteur dans son contexte, qui est celui du droit américain après l'arrêt *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186 (1986)). Le professeur Sunstein veut en fait défendre la position selon laquelle malgré l'absence de protection d'un droit aux relations sexuelles entre homosexuels par la clause de *due process*, la Cour pourrait reconnaître un droit à la non discrimination pour les homosexuels sur le fondement de la clause d'égalité de protection.

¹⁴⁹ KARLAN P.S., “Equal Protection, Due Process, and the Stereoscopic Fourteenth Amendment”, *art.cit.*, p. 5

les clauses, distinctes, « s'informent » l'une et l'autre. En ce sens, la méthode de la Cour se démarque ici de la ligne de jurisprudence rapprochant les clauses au point qu'elles se confondent.

Le rapprochement des clauses est particulièrement manifeste dans l'incorporation (« *reverse incorporation* »¹⁵⁰) des exigences de la clause d'égalité de protection du XIV^e amendement dans la clause de *due process* du V^e amendement, opérée, comme la Cour l'a ensuite précisé¹⁵¹, dans l'arrêt *Bolling v. Sharpe*¹⁵². La Cour Warren, afin de juger la ségrégation raciale dans les écoles du District de Columbia inconstitutionnelle comme elle l'était dans les Etats¹⁵³, y juge que, bien que le V^e amendement, applicable au gouvernement fédéral, ne contienne pas de clause d'égalité de protection comme le XIV^e amendement, uniquement adressé aux Etats, le *due process* et l'égalité de protection ne s'excluent pas mutuellement (« *are not mutually exclusive* »), de sorte qu'une discrimination peut être tellement grossière, injustifiée, qu'elle viole la clause de *due process*. L'arrêt opère donc une réduction de la distinction entre le traitement « arbitraire » au sens du *due process* et le traitement « discriminatoire » au sens de la clause d'égalité de protection, tout en reconnaissant que celle-ci pose une exigence « plus explicite » : les deux découlent de la même exigence de « justice » (*fairness*). Le fait que la Cour dans *Obergefell* juge les lois étatiques inconstitutionnelles à la fois au regard de la clause de *due process* (du XIV^e amendement) et de la clause d'égalité de protection des lois s'inscrit dans la même logique : la Cour confirme que les garanties d'égalité de protection et de *due process* sont tellement liées qu'une violation manifeste de la clause d'égalité de protection revient à une violation du *due process*.

Le double fondement retenu par la Cour signifie en revanche que celle-ci s'écarte de la méthode consistant à utiliser les clauses l'une pour l'autre. Quelques exemples méritent d'être donnés : la Cour suprême a à la fois utilisé la clause de *due process* (du XIV^e amendement) à la place de la clause d'égalité de protection, même après « l'ère *Lochner* », qui avait entraîné en réaction une tentative de délimitation de champs spécifiques pour chaque clause, et la clause d'égalité à la place du *due process* dans son volet matériel, justement après « l'ère *Lochner* » qui lui avait fait perdre son attrait en identifiant le *substantive due process* à l'activisme judiciaire¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Nous reprenons l'expression de la doctrine américaine, qui distingue ainsi cette incorporation de celle du *Bill of Rights* dans la clause de *due process* du XIV^e amendement.

¹⁵¹ *Schneider v. Rusk*, 377 U.S. 163, 168–69 (1964); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636, 638 n.2 (1975) (cités par BERNSTEIN D.E., « *Bolling, Equal Protection, Due Process, and Lochnerphobia* », art.cit., p. 3)

¹⁵² *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)

¹⁵³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) (voir ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 285 s.). Les deux décisions ont été rendues le même jour. La Cour, dans une opinion rédigée par le Président Warren, indique que le fait de ne pas reconnaître de prohibition constitutionnelle de la ségrégation raciale contre le gouvernement fédéral alors qu'une telle obligation s'impose aux Etats est « impensable » (« *unthinkable* »).

¹⁵⁴ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, thèse Paris II, 2011 (version non publiée), p. 316

Le premier cas est donc celui d'une « égalité par la clause de *due process* »¹⁵⁵. De nombreux exemples peuvent être donnés¹⁵⁶, mais il peut être illustré ici par l'arrêt *Boddie v. Connecticut*, qui est particulièrement intéressant parce que les juges de la majorité s'y sont divisés quant au fondement à retenir. La Cour, dans une opinion délivrée par le juge Harlan, juge que l'exigence de paiement d'une taxe pour accéder au juge pour divorcer viole la clause de *due process* en ce qu'elle prive les indigents de la liberté de divorcer, de mettre fin à un mariage malheureux. Le juge Douglas se joint à la majorité quant au résultat, mais rédige une opinion individuelle sur le fondement de l'égalité de protection : la raison de l'inconstitutionnalité de la loi, c'est la discrimination injuste envers les pauvres¹⁵⁷.

Le second cas recoupe les hypothèses dans lesquelles la Cour a déduit de la clause d'égalité de protection des droits fondamentaux, adoptant ainsi une conception matérielle de la clause (*fundamental rights equal protection*). Cette « méthode de droit fondamental » a été analysée comme témoignant d'un « prisme de l'égalité » et rappelle la « fonction de suppléance »¹⁵⁸ du principe d'égalité, qui peut être utilisé pour invoquer l'inégale application des droits constitutionnels, ce qui permet d'englober l'ensemble des droits¹⁵⁹. Là encore, plusieurs exemples de l'approche matérielle de la clause d'égalité de protection peuvent être donnés¹⁶⁰, mais on se limitera à en citer deux. Il convient d'abord d'invoquer l'arrêt *Skinner v. Oklahoma*¹⁶¹, cité par la Cour dans *Obergefell* comme décision dans laquelle la mesure étatique (en l'espèce la stérilisation de détenus) avait été jugée inconstitutionnelle au regard des deux clauses¹⁶². L'arrêt se fonde bien sur les deux clauses¹⁶³, mais nous intéresse ici parce qu'il se démarque par l'analyse de l'égalité de protection

¹⁵⁵ Il convient de souligner que la Cour a aussi utilisé d'autres clauses pour interdire au gouvernement fédéral et aux Etats de traiter les minorités de manière discriminatoire : notamment le 1er amendement garantissant la liberté d'expression (KARST K.L., « The liberties of equal citizens : groups and the due process clause », 55 *UCLA Law Review* 99 (2007), p. 99-143, p. 117)

¹⁵⁶ Pour l'égalité de protection des étrangers : *Meyer v. Nebraska* ; pour celle des femmes : *Planned Parenthood*. Mais surtout, et ces exemples sont développés *infra*, pour les minorités raciales : *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), et les homosexuels : *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁵⁷ *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371, 384 (1971)

¹⁵⁸ Notamment MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997

¹⁵⁹ (Comp. Belgique avec le recours individuel devant la Cour d'arbitrage, qui a étendu les normes de référence de son contrôle par le biais du principe de non discrimination – droit à l'égalité de protection des droits constitutionnels ; et comparer avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande qui a permis, par le biais du principe d'égalité, l'invocation des droits garantis par la CEDH à l'occasion d'un recours constitutionnel (invocation d'une « interprétation et application arbitraire »), alors que ceux-ci n'ont pas rang supra-législatif : JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op.cit.*, p. 212)

¹⁶⁰ Notamment encore l'arrêt *Shapiro v. Thompson* (394 U.S. 618 (1969)) protégeant le droit au voyage, (*right to travel*), soit la libre circulation, droit ensuite refondé dans la clause des privilèges et immunités (*Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489, 500 (1999)), ce qui montre à notre sens le lien, sur lequel nous reviendrons, entre la jonction des clauses de *due process* et égalité de protection et la clause de privilèges et immunités, cette jonction visant à pallier la neutralisation de la clause des privilèges et immunités (cf *infra*, Partie 2 Chapitre 1^{er}).

¹⁶¹ *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942)

¹⁶² *Obergefell v. Hodges*, opinion de la Cour, p. 21

¹⁶³ Les auditions prévues ne sont pas suffisantes pour garantir le contradictoire aux termes de la clause de *due process*, et la classification opérée par la loi, qui ne prévoyait la stérilisation que pour les récidivistes ayant commis

retenue : la Cour, par la voix du juge Douglas, juge que, parce que le droit de procréer est fondamental, il doit être garanti de manière égale, justifiant que l'ingérence dans ce droit (« *basic liberty* ») soit soumise à un contrôle strict¹⁶⁴. Le second exemple est celui de l'arrêt *Harper v. Virginia Board of Elections*¹⁶⁵, sur le droit du vote : la Cour y découvre un droit fondamental, le droit de vote, et justifie par là que la législation étatique soit soumise à un contrôle strict, qui aboutit à juger inconstitutionnelle l'exigence de paiement d'une taxe pour exercer son droit de vote.

Dans *Obergefell*, la Cour s'écarte de ce raisonnement en maintenant une distinction entre les clauses : elle se fonde sur les deux à la fois et prend soin de souligner que les garanties constitutionnelles de liberté et d'égalité demeurent « indépendantes » parce qu'elles reposent sur « des préceptes différents » et « ne sont pas toujours coextensives »¹⁶⁶. Elles s'informent mutuellement mais ne se confondent pas.

II. La cohérence d'un double fondement dans la décision sur le mariage homosexuel

En retenant une violation à la fois de la clause de *due process* et de celle d'égalité protection des lois étatiques attaquées, la Cour opère une sorte de synthèse de la jurisprudence antérieure relative au mariage (A) et aux droits à l'égal traitement des homosexuels (B).

A. Le mariage, objet de l'égalité

La décision *Obergefell* confirme que le mariage est un objet de l'égalité, en constitue une concrétisation. Cette concrétisation du principe d'égalité est réalisée par le biais de la clause de *due process* et de l'approche substantielle de l'égalité protection. Le recours à une substance extérieure est nécessaire parce que le principe d'égalité posé formellement dans la clause d'égalité protection semble « vide » en lui-même, c'est pourquoi l'analyse de l'égalité revient toujours sur des droits : l'égalité ne peut être concrétisée que par la médiation des droits¹⁶⁷. La substance de l'égalité protection n'est ici pas déduite de la clause en elle-même, dans son volet matériel, mais découle plutôt d'un élément en dehors de celle-ci, la liberté du *due process*.

En reconnaissant dans le mariage un droit fondamental au sens de la clause de *due process*, justifiant le contrôle par la Cour de la constitutionnalité des définitions étatiques en excluant des

certaines infractions et pas d'autres, revenant à opérer une classification entre la délinquance « en col blanc » (les escrocs) et les autres voleurs, était inconstitutionnelle au regard de la clause d'égalité protection.

¹⁶⁴ *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 541 (1942)

¹⁶⁵ *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966)

¹⁶⁶ *Obergefell v. Hodges*, Opinion de la Cour, p. 19

¹⁶⁷ WESTEN P., "The empty idea of equality", *Harvard Law Review*, vol. 95, No 3, 1982, p. 537-596, p. 560 s.

individus, et liant sa limitation à une violation de la clause d'égalité de protection, l'arrêt *Obergefell* reprend l'apport de la décision *Loving*, citée une dizaine de fois, qui jugeait inconstitutionnelle l'interdiction par l'Etat de Virginie du mariage « interracial »¹⁶⁸. Cet arrêt, « le mieux nommé de l'histoire du droit constitutionnel américain »¹⁶⁹, prononçait l'inconstitutionnalité à la fois sur le fondement de l'atteinte au droit fondamental de se marier et sur celui de la violation de la clause d'égalité de protection en ce que la loi opérerait une classification suspecte sur le fondement de la race, interdisant le mariage entre personnes blanches et noires dans le but de maintenir la « suprématie des blancs » (« *white supremacy* »). Surtout, la Cour suprême jugeait unanimement que « refuser cette liberté fondamentale [de se marier] sur un motif aussi inadmissible que les classifications raciales contenues dans ces lois, classifications radicalement destructrices du principe d'égalité qui est au cœur du XIV^e amendement, revient assurément à priver de liberté tous les citoyens de l'Etat sans procédure régulière de droit »¹⁷⁰. La question du mariage des couples de personnes du même sexe est fréquemment présentée comme « l'équivalent au XXI^e siècle de la question du mariage interracial »¹⁷¹. Le fait que la Cour suive dans la décision sur le mariage homosexuel le même raisonnement que celui qu'avait adopté la Cour Warren n'est donc pas surprenant.

D'autres précédents, sur lesquels se fonde la Cour dans *Obergefell*, reconnaissent le droit fondamental du mariage comme objet du principe d'égalité : l'arrêt *Skinner v. Oklahoma* jugeait que, comme le droit de procréer, celui de se marier était fondamental, de sorte que les lois lui portant atteinte méritaient le même examen au regard de la clause d'égalité de protection¹⁷². Dans l'affaire *Zablocki* déjà rencontrée, la Cour retenait encore une « analyse de droit fondamental » en se fondant sur la clause d'égalité de protection pour juger inconstitutionnelle l'exigence d'autorisation du juge conditionnant le mariage des parents condamnés à verser des aliments, et précisait par la voix du juge Marshall que « bien que *Loving* ait été décidé dans le contexte de la discrimination raciale, les décisions précédentes et subséquentes de cette Cour confirment que le droit de se marier est d'une importance fondamentale pour tous les individus »¹⁷³. Enfin dans l'affaire *Turner* relative au mariage des prisonniers, la Cour ne précisait pas sur quelle clause elle se fondait mais citait *Loving* et *Zablocki* pour juger que les prisonniers ont le droit fondamental de se marier et que l'interdiction de conclure un mariage sans autorisation du directeur de la prison n'était pas justifiée et donc inconstitutionnelle¹⁷⁴.

¹⁶⁸ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), opinion rédigée par le Président Warren

¹⁶⁹ SUNSTEIN C.R., « Homosexuality and the Constitution », *Indiana Law Journal*: Vol. 70: Iss. 1, Article 1 (1994), p. 17 (« *the most aptly titled case in the entire history of American law* »)

¹⁷⁰ Traduction ZOLLER E., « Chronique Cour suprême des Etats-Unis, session d'octobre 2014 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, novembre 2015, n° 6, p. 1649 s.

¹⁷¹ ACKERMAN B., *We the people 3. The civil rights revolution*, Cambridge / London, Harvard University Press, 2014, p. 304

¹⁷² *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 541 (1942)

¹⁷³ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 394 (1978)

¹⁷⁴ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 94 (1987)

B. L'égalité pour les homosexuels atteinte par des chemins parfois détournés

Outre le fait qu'il fasse écho à la jurisprudence relative au droit fondamental de se marier, le double fondement de la décision *Obergefell* est cohérent avec les raisonnements employés pour reconnaître une protection constitutionnelle de l'égal traitement des homosexuels. La Cour opère ici une synthèse de sa jurisprudence relative au droit au traitement égal des homosexuels, et de celle relative au mariage des couples de personnes du même sexe.

L'égalité de traitement pour les homosexuels a d'abord été garantie par le biais de la clause d'égal protection des lois. C'est en effet ce fondement que retient la Cour dans l'arrêt *Romer v. Evans* pour sanctionner l'amendement de l'Etat du Colorado « constitutionnalisant un droit de discriminer »¹⁷⁵. Mais c'est ensuite le fondement de la clause de *due process* qu'a choisi la Cour, toujours sous la plume du juge Kennedy, dans l'arrêt *Lawrence*. Si la décision a des implications pour l'égalité, formellement le seul fondement du *due process* est retenu, alors que l'ordonnance de *certiorari* avait été accordée sur les deux fondements alternatifs. L'opinion de la Cour explique la raison pour laquelle elle ne se fonde pas sur la clause d'égal protection, bien que celle-ci constitue un fondement alternatif pour juger la loi texane inconstitutionnelle¹⁷⁶. D'abord, un tel fondement ne permettrait pas de renverser l'arrêt *Bowers*, refusant de sanctionner comme inconstitutionnelle au regard de la clause de *due process* une loi pénalisant la sodomie, alors que ce précédent continuait d'inviter à la discrimination envers les homosexuels. Ensuite, trancher sur le fondement de l'égal protection laissait ouverte la possibilité de la constitutionnalité de lois rédigées de manière différente, par exemple prohibant la sodomie hétérosexuelle comme homosexuelle, puisqu'en l'occurrence la loi texane ne prohibait que les « rapports sexuels déviants avec un autre individu de même sexe ». Ce rejet du fondement de l'égal protection a donné lieu à une opinion individuelle de la juge O'Connor, qui estimait que le fondement adéquat était celui de la clause d'égalité : la loi opérerait une discrimination fondée sur le sexe, motivée par une hostilité envers les homosexuels, alors que la désapprobation morale ne peut servir de justification légitime¹⁷⁷.

Une telle hésitation sur les fondements à retenir se retrouve aussi dans la jurisprudence sur le mariage des couples de même sexe, mais à un niveau moindre puisque les clauses sont généralement toutes les deux invoquées et utilisées par les juges.

Du côté des jurisprudences des cours suprêmes étatiques, deux approches ont été retenues : soit les juges discutent des deux fondements mais n'en retiennent qu'un, soit ils se fondent sur les

¹⁷⁵ KARST K.L., *Law's promise, Law's expression, Visions of power in the politics of race, gender and religion*, New Haven / London, Yale University Press, 1993, p. 183

¹⁷⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 574 (2003)

¹⁷⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 579 (2003)

clauses de liberté et d'égalité pour juger les lois inconstitutionnelles. Dans la première décision tranchant sur la question, celle de l'affaire *Baehr v. Lewin*, la Cour suprême d'Hawaï se fondait sur la clause d'égalité de protection de la Constitution étatique pour juger que la définition du mariage comme ne pouvant concerner que des couples hétérosexuels constituait une différence de traitement fondée sur le critère du sexe (« *sex classification* »), entraînant l'application d'un contrôle rigoureux exigeant des raisons impérieuses pour justifier l'exclusion¹⁷⁸. Elle n'écartait pas le raisonnement sur le fondement de la clause de *due process* de la Constitution hawaïenne, mais refusait en revanche de considérer qu'il y avait un droit fondamental au mariage pour les couples de même sexe selon celle-ci. Au contraire, les cours suprêmes du Massachusetts et de Californie ont conclu à l'inconstitutionnalité sur le double fondement¹⁷⁹. Ainsi dans l'affaire *Goodridge*, citée par la majorité dans *Obergefell*¹⁸⁰, la haute juridiction de l'Etat du Massachusetts indiquait que l'union civile qui ne serait pas un mariage ne serait pas suffisante car elle reléguerait le citoyen homosexuel à un statut de second rang, violant la clause d'égalité de protection, et le priverait d'un droit fondamental, violant la clause de *due process*.

Le double fondement se retrouve encore dans la jurisprudence des juridictions fédérales. C'est le cas dans l'arrêt *Windsor*, qui invoquait les garanties constitutionnelles de liberté et d'égalité dans un raisonnement dont le fondement principal était, cela a déjà été souligné, difficile à déterminer : la Cour y était selon beaucoup « claire sur l'inconstitutionnalité de la disposition en cause, mais beaucoup plus opaque sur les fondements de cette inconstitutionnalité »¹⁸¹, en estimant que la loi fédérale violait « les principes fondamentaux de procédure régulière de droit et d'égalité de protection applicables au gouvernement fédéral »¹⁸².

Si la décision *Obergefell* peut être considérée comme confirmant la « crise de l'égalité de protection » en ce qu'elle n'en respecte pas la méthode, la clause d'égalité de protection n'est cependant pas sacrifiée, contrairement à ce que semble suggérer le juge Roberts¹⁸³, et ne peut être reléguée à un

¹⁷⁸ *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 645, 852 P.2d 44. La Cour suprême d'Hawaï n'avait pas dit dans cette affaire que les couples de même sexe avaient droit au mariage, mais que la loi d'Hawaï qui limitait le mariage aux couples de sexe opposé contenait une classification suspecte fondée sur le sexe et qu'en tant que telle, elle était sujette à un contrôle maximum de la part du juge. La Constitution de l'Etat a ensuite été révisée pour définir le mariage comme unissant un homme et une femme.

¹⁷⁹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003); *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008)

¹⁸⁰ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 9

¹⁸¹ FASSASSI I., « L'actualité constitutionnelle aux Etats-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/1, n° 105, p. 183-228, p. 212

¹⁸² *U.S. v. Windsor*, Opinion de la Cour, p. 4 (“*DOMA seeks to injure the very class New York seeks to protect. By doing so it violates basic due process and equal protection principles applicable to the Federal Government.*”)

¹⁸³ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 23 (“*In addition to their due process argument, petitioners contend that the Equal Protection Clause requires their States to license and recognize same-sex marriages. The majority does not seriously engage with this claim.*”)

simple *obiter dictum*¹⁸⁴. Au contraire, elle sert à la définition du droit fondamental garanti par la clause de liberté du *due process*. Plutôt que de les voir comme interchangeables comme la Cour suprême a pu le faire, l'opinion délivrée par le juge Kennedy voit les clauses comme interdépendantes. La manière dont le lien dynamique entre les clauses est mis en œuvre montre qu'il n'est pas redondant d'utiliser les deux clauses.

¹⁸⁴ Pour l'argument selon lequel les développements relatifs à la clause d'égalité de protection pourrait être écartés comme dicta : ROBINSON R.K., "Unequal Protection", 68 STAN. L. REV. 151 (2016), p. 159

Chapitre 2 : LA METHODE MISE EN APPLICATION : L'EGALITE AU SERVICE DE LA LIBERTE ET LA LIBERTE AU SERVICE DE L'EGALITE

Dans cette décision, c'est en interprétant la clause de *due process* que la Cour parvient à la conclusion qu'il n'y a pas de différence entre les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexes différents justifiant un traitement différent, et c'est en utilisant le raisonnement typique du principe d'égalité que la Cour parvient à définir la liberté en jeu, ce qui aboutit à redynamiser la clause de *due process*. La Cour se fonde en effet sur la clause de liberté du *due process* principalement, pour atteindre un objectif d'égalité, mais sans jamais écarter la clause d'égalité, jugeant que les clauses peuvent « converger dans l'identification et la définition d'un droit ». L'approche « stéréoscopique » vis-à-vis du droit constitutionnel de se marier fait juger à la Cour que la liberté de la clause de *due process* et l'égalité de la clause d'égalité protègent non seulement le droit de ne pas subir d'ingérence étatique par la pénalisation de son comportement mais encore de ne pas être discriminé dans l'accès à des institutions existantes.

L'entremêlement des deux clauses aboutit à donner une nouvelle lecture de la liberté protégée par le *due process*, qui ne peut se comprendre sans référence à l'égalité protégée par la clause d'égalité : celle-ci joue surtout comme un principe d'interprétation, qui mène à adopter une approche ouverte pour définir une liberté fondamentale (section 1) et à raisonner sur le fondement de l'exclusion de la protection constitutionnelle (section 2).

Section 1 : L'adoption d'une méthode « ouverte » pour définir une liberté fondamentale au sens de la clause de *due process* éclairée par le principe d'égalité

La majorité menée par Kennedy redynamise dans cette décision la clause de *due process* en l'interprétant semble-t-il à la lumière du principe d'égalité de la clause d'égalité des lois : elle définit le droit fondamental en cause comme constituant un faisceau de droits à la fois « négatifs » et « positifs » (I), et précise le rôle de la tradition, qui ne peut fermer le droit fondamental à d'éventuels nouveaux titulaires, dans la définition des droits non énumérés (II).

I. Le droit fondamental de se marier : la liberté du *due process* ne s'épuise pas dans les droits négatifs

Le mariage en tant que droit fondamental constitutionnel recoupant à la fois des droits négatifs et positifs (B), le fait que la Cour le fonde sur le *due process* matériel semble aussi proposer une nouvelle conception de la clause de garantie d'une procédure régulière de droit comme ne

constituant ou ne permettant pas seulement une protection de droits négatifs mais aussi de droits positifs, et donc plus fondamentalement à la fois la « liberté positive » et la « liberté négative » (A).

A. Un élargissement de la protection du *due process* aux libertés positives ?

La doctrine américaine opère traditionnellement une distinction entre les droits dits négatifs et les droits dits positifs, les premiers exigeant simplement l'absence d'intervention de la puissance publique, les seconds exigeant une action ou prestation. Cette opposition repose sur le fait que la Constitution fédérale est traditionnellement vue comme une « Constitution négative », qui ne garantit que des libertés négatives, et impose donc aux Etats seulement des obligations de ne pas faire, sans leur imposer des obligations de faire¹⁸⁵. Et cette considération trouve sa source dans la tradition de *common law*, dans laquelle la responsabilité ne peut être engagée que pour les actes positifs et non pour les abstentions d'agir¹⁸⁶. Dans le droit public des Etats-Unis, la distinction trouve une illustration dans la doctrine des « *state actions* », qui implique que l'absence de protection par l'Etat contre des actions de personnes privées ne constituent pas une violation de la procédure régulière de droit¹⁸⁷, celle-ci étant en revanche constituée et la responsabilité de l'Etat engagée quand l'action de la personne privée est permise par ses lois¹⁸⁸.

S'agissant précisément de la clause de *due process*, les droits fondamentaux de la clause de liberté, donc *les* libertés, sont interprétés comme fondant seulement un droit à l'abstention de l'Etat, à sa non intervention dans une sphère réservée à l'individu, et non un droit à une intervention ou prestation. Les composantes de la clause de procédure régulière de droit sont donc perçues en quelque sorte comme des « droits défensifs », si on risque un emprunt à la terminologie allemande. Et, dans le domaine du mariage, un rapide parallèle peut être fait avec le droit allemand, dans lequel l'article 6 alinéa 1 de la Loi fondamentale relatif au mariage et à la famille joue une « fonction défensive classique » en « consacrant, dans ce domaine de la vie, l'autonomie et la responsabilité de l'être humain »¹⁸⁹.

¹⁸⁵ La pertinence de cette lecture est contestée : voir notamment BANDES S., « The Negative Constitution : A critique », *Michigan Law Review*, Vol. 88, No. 8 (August 1990), p. 2271-2347

¹⁸⁶ C'est ce que souligne notamment le professeur Elisabeth Zoller (*Les Grands arrêts, op.cit.*, p. 672). Pour un exemple en droit privé (*tort law*) : l'absence de délit de non assistance à personne en danger dans la plupart des juridictions de *common law*.

¹⁸⁷ *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989) (traduit en partie et commenté in ZOLLER E., *Les Grands arrêts, op.cit.*, p. 665 s.)

¹⁸⁸ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), traduit en partie et commenté in ZOLLER E., *Les Grands arrêts, op.cit.*, p. 122 s.)

¹⁸⁹ JOUANJAN O., « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44

On trouve une formulation de la lecture du *due process* comme ne protégeant que des droits négatifs particulièrement dans l'opinion dissidente du juge Thomas : « dans la tradition juridique américaine, la liberté est depuis longtemps comprise comme la liberté de l'individu vis-à-vis du gouvernement, et non un droit à des droits particuliers »¹⁹⁰, aucun précédent « n'a étendu la liberté au-delà du concept de liberté négative »¹⁹¹. C'est pourquoi le juge Thomas prend soin de distinguer les précédents de *Loving*, *Turner* et *Zablocki* de l'affaire *Obergefell*, en montrant que tous ces arrêts mettaient en jeu une action étatique : des poursuites pénales, l'autorisation du directeur de prison ou du juge. Au contraire, dans le cas du mariage pour les homosexuels les individus se voient seulement refuser une reconnaissance de la puissance publique et les avantages associés au mariage¹⁹². Les dispositions en cause n'opèrent, selon lui, aucune intrusion : les personnes homosexuelles sont libres d'être en couple et de fonder une famille. Si sur ces derniers points l'interprétation du juge Thomas a été démentie par l'approche retenue par la Cour, il faut concéder en tout cas que dans les précédents évoqués, l'application de la clause de *due process* n'a pas été remise en cause comme menant à protéger des libertés positives, du moins pas au sein des décisions mêmes par les juges dissidents.

La distinction entre droits négatifs et droits positifs opérée en droit américain peut sembler, bien qu'elle soit nécessaire pour préserver notamment l'équilibre du fédéralisme, assez contestable, en ce qu'elle est au mieux « malléable »¹⁹³. La distinction entre action et inaction de la puissance publique est réduite selon la définition des termes retenue – ne pas agir, ça peut être encore agir, les droits européens qui imputent des manifestations de volonté à l'inaction de la puissance publique le reconnaissent.

En tout cas, dans la décision *Obergefell* la Cour dépasse la distinction plutôt artificielle entre « droits de » et « droits à », droit négatif de ne pas être incriminé et droit positif à la reconnaissance, et fonde les deux dans la clause de liberté du XIV^e amendement : dans son raisonnement sur la clause de *due process*, elle juge que le fait de passer d'un statut de hors la loi à celui de paria est une avancée, mais ne remplit pas toutes les promesses de la liberté¹⁹⁴.

¹⁹⁰ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Thomas, p. 7 : “*In the American legal tradition, liberty has long been understood as individual freedom from governmental action, not as a right to a particular governmental entitlement*”

¹⁹¹ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Thomas, p. 11 : “*Petitioners’ misconception of liberty carries over into their discussion of our precedents identifying a right to marry, not one of which has expanded the concept of “liberty” beyond the concept of negative liberty.*”

¹⁹² *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Thomas, p. 12 : “*In none of those cases were individuals denied solely governmental recognition and benefits associated with marriage*”

¹⁹³ BANDES S., « The Negative Constitution : A critique », p. 2281

¹⁹⁴ *Obergefell*, Opinion de la majorité, p. 14 (« *outlaw to outcast may be a step forward, but it does not achieve the full promise of liberty* »)

Il semble que cette affirmation amène aussi à dépasser la distinction entre les deux concepts de liberté, « liberté négative » et « liberté positive », opérée par le philosophe Isaiah Berlin dans une communication d'une influence considérable¹⁹⁵. Pour le dire rapidement, la liberté négative se comprend comme l'absence de commandement, plus que l'absence d'interférence¹⁹⁶, dans la sphère privée, donc comme une indépendance – posant donc la question de l'espace de liberté, tandis que la liberté positive désigne l'autonomie – posant la question de qui est la source de l'interférence. Si les deux concepts sont opposés par la doctrine, chez Berlin ils sont indissociables et complémentaires ; la distinction est donc « à relativiser » et relativisée¹⁹⁷. Et à notre sens dans la décision *Obergefell* la Cour prolonge *Lawrence* dans le dépassement de la distinction des deux concepts de liberté et de l'idée que la Constitution, et spécialement la clause de liberté du *due process* (dans les Ve et XIVe amendements) ne protège que la première. *Lawrence* s'ouvrait sur l'affirmation selon laquelle la liberté a une dimension spatiale *et* une dimension « transcendante »¹⁹⁸, impliquant une protection de la sphère privée et de l'autonomie. Cette jurisprudence montre que, parce que la liberté protégée par la Constitution recouvre deux concepts, la liberté négative et la liberté positive, pour cela il est possible de dépasser la distinction « droits de, droits à » : en protégeant la liberté dans ces deux volets, la liberté de choisir et celle de réaliser effectivement les choix, la Constitution garantit les moyens de participation. Cela rappelle la « démocratie active » du juge Breyer¹⁹⁹. Et, on y reviendra, l'autonomie personnelle est un moyen de l'égalité citoyenneté, qui n'est ici pas déduite de la seule clause d'égalité mais bien de la double hélice des clauses de *due process* et d'égalité protection.

Mais ce dépassement ne se fait pas en appliquant seulement la clause de procédure régulière de droit mais en la combinant avec celle d'égalité protection, ce qui semble indiquer que la clause de *due process* seule n'aurait pas suffi à fonder effectivement le droit fondamental hybride protégé par la Constitution. S'il est donc peut-être excessif de dire que la Cour suprême voit dans la clause de *due process* une *fonction* de protection de droits positifs et pas seulement négatifs, en tout cas l'approche stéréoscopique a cet effet.

¹⁹⁵ BERLIN I., « Two Concepts of Liberty » (1958) in *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969 (en ligne)

¹⁹⁶ DELANNOI G., « Deux aspects complémentaires de la liberté : une relecture d'Isaiah Berlin », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 5, 2013, p. 143-161, p. 144 s.

¹⁹⁷ Voir sur ce point DELANNOI G., « Deux aspects complémentaires de la liberté », art.cit.

¹⁹⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 562 (2003): « *The instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions* ».

¹⁹⁹ BREYER S., *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007

B. Un fondement renforcé des deux clauses pour un droit hybride

C'est la « double hélice » des clauses de liberté et égalité du XIV^e amendement qui fonde le droit fondamental de se marier (« *fundamental right to marry* »), composante de la liberté personnelle²⁰⁰ : la clause de *due process* ne le protège pas seule mais en tant que lue à la lumière de la clause d'égalité de protection, et avec celle-ci. Cela semble nécessaire pour donner un fondement solide à la garantie d'un droit hybride²⁰¹. Il convient de parler de droit hybride au sens où le droit de se marier est composite. Il repose sur, et protège, plusieurs droits, droits libertés et droits créances, d'où sans doute l'emploi alternatif des termes de « droit » et « liberté » de se marier²⁰².

Le droit fondamental de se marier constitue un droit négatif en ce qu'il protège les individus contre une ingérence de la puissance publique dans la sphère d'intimité, privée, dans laquelle l'Etat n'a pas d'intérêt à intervenir. Ce qui est alors protégé, c'est le choix même de se marier ou non. La Cour lie sur ce point le droit de se marier avec le droit à la vie privée (« *right of privacy* ») en citant les précédents garantissant celui-ci, notamment *Griswold v. Connecticut* – violation du *due process* dans l'incrimination de l'accès à la contraception pour les couples mariés, *Lawrence*, et *Zablocki* – le droit fondamental de se marier est « d'une importance fondamentale pour les individus » et « fait partie du droit de *privacy* implicite dans la clause de *due process* du XIV^e amendement »²⁰³. Elle le rattache plus directement au droit à « l'autonomie individuelle »²⁰⁴. En définissant le mariage comme réservé aux couples composés d'un homme et une femme, les Etats privent l'individu de la liberté d'agir pour son propre compte en décidant s'il veut se marier ou non et avec qui. Cette intervention déclenche la protection de la clause de *due process*.

Les juges dissidents, en particulier Thomas et Roberts, fondaient leur analyse sur la revendication par les requérants d'un droit positif. Le droit de se marier revendiqué est, dans leurs opinions, vu seulement comme un droit positif (*positive entitlement*), nécessitant la reconnaissance de l'Etat, qui octroie en outre des bénéfices sociaux attachés au mariage : « les requérants ne demandent pas le respect de leur vie privée (*privacy*). Au contraire, ils revendiquent la reconnaissance publique de leurs relations et les prestations correspondantes »²⁰⁵. Ce que reprochent les

²⁰⁰ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 22 : “*the right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person*”. C'est pourquoi les couples de même sexe ne peuvent être privés « de ce droit et de cette liberté » (“*couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty*”).

²⁰¹ En ce sens NICOLAS P., “Fundamental Rights in a Post-*Obergefell* World”, 27 *Yale J. L. & Feminism* (forthcoming Jan. 2016)

²⁰² *FERCOT C.*, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », art.cit.

²⁰³ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978)

²⁰⁴ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 12-13

²⁰⁵ *Obergefell*, Opinion du juge Roberts, p. 18 : “*petitioners do not seek privacy. Quite the opposite, they seek public recognition of their relationships, along with corresponding government benefits*”.

conservateurs à la majorité, c'est de reconnaître que les clauses du XIV^e amendement peuvent servir « d'épée » et non seulement de « bouclier », c'est-à-dire de fondement pour revendiquer un droit à un droit non reconnu par la loi plutôt qu'une protection contre une ingérence dans l'exercice des droits existants. Et ce reproche découle du fait que les juges dissidents voient dans la décision de la Cour une « redéfinition » du droit fondamental de se marier, donc un nouveau droit. Cette critique principale les conduit à ignorer le fait que la Cour ne se fonde pas sur le « *right of privacy* » en ce qu'il constitue seulement un droit à ne pas subir d'ingérence étatique – un « *right to be left alone* » comme l'indique le juge Roberts²⁰⁶, mais en ce qu'il protège la possibilité de faire des choix intimes définissant l'identité et la vision du monde de l'individu, dans le prolongement de *Lawrence*.

La majorité mettait aussi en avant l'aspect positif du mariage, qui constitue un ensemble de responsabilités, droits et prestations sociales²⁰⁷. Sur ce point, c'est la clause d'égalité de protection, utilisée comme fondement dans les précédents portant sur les titulaires du droit de se marier, qui aide à fonder le droit fondamental de se marier. En effet, par contraste avec la clause de procédure régulière de droit, il est possible de considérer que la clause d'égalité a déjà fondé des obligations d'agir pour les Etats²⁰⁸ : par exemple l'obligation de garantir l'accès à des services. Dans l'arrêt *Boddie v. Connecticut* déjà évoqué, il s'agissait de la garantie d'un accès sans frais au juge pour divorcer. Il convient de préciser cependant que la clause d'égalité de protection n'impose pas l'action aux Etats, ce qui exclut une contradiction avec la lecture de la Constitution comme essentiellement négative. La clause d'égalité de protection n'impose pas aux Etats d'agir dans une matière, mais exige en revanche que lorsqu'ils le font, ils garantissent un égal accès. C'est à ce second stade qu'intervient l'obligation d'agir, celle-ci étant alors seconde, dérivée de l'obligation négative, pour faciliter l'utilisation par son titulaire de son droit négatif. La clause d'égalité de protection protège alors les individus en exigeant des interventions étatiques, y compris quand n'est pas en cause un droit constitutionnel, on l'a vu (ainsi par exemple un individu n'a pas de droit d'entrer à l'armée, mais a le droit de ne pas en être exclu sur le fondement de son genre).

Le caractère hybride de la liberté ou droit de se marier contribue à expliquer pourquoi la Cour s'est fondée à la fois sur le *due process* et sur l'égalité de protection dans sa jurisprudence sur le mariage. C'est déjà ce qu'avait fait la Cour suprême dans l'arrêt *Loving*. Comme le souligne Peter Nicolas, le mariage est considéré comme contenant un mélange de droits positifs et négatifs, rendant

²⁰⁶ Citant *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453–454, n. 10 (1972)

²⁰⁷ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 15, p. 16

²⁰⁸ En ce sens : BANDES S., “The Negative Constitution: A critique”, art.cit., p. 2276

l'invocation des deux clauses nécessaire pour protéger pleinement l'ensemble de droits qu'il est devenu²⁰⁹.

La décision *Obergefell* conduit donc à s'interroger sur la présentation de la Constitution fédérale comme « Constitution négative », déjà remise en cause par le développement de la clause d'égalité de protection qui impose des obligations positives. Elle fait apparaître clairement que la liberté protégée par la Constitution ne signifie décidément plus seulement la vie sans peur et sans violence, comme semble le regretter sur plusieurs pages le juge Thomas, pour lequel le *due process* ne protège, ou du moins ne devrait protéger, que la liberté individuelle au sens strict de liberté de circulation sans contrainte physique²¹⁰. Comme la Cour le confirme ici, la liberté de la clause de procédure régulière de droit désigne aussi les droits qui ne sont pas individuels au sens où seul l'individu est affecté, mais mettent en cause autrui – le mariage en est une illustration, la majorité le montre en insistant sur le rôle du couple, de la famille, de l'Etat. L'opinion de la Cour menée par le juge Kennedy redynamise aussi la clause de *due process* à l'aide de l'analyse de l'égalité de protection en précisant la place de la tradition dans le raisonnement sur le volet matériel de la clause.

II. Le droit fondamental de se marier protégé par une tradition vivante

Face à l'argument, classique²¹¹, de la définition traditionnelle du mariage invoquée par les Etats et les dissidents, trois réponses ressortent de la décision : la tradition est vivante, elle n'est qu'un élément du faisceau d'indices pour identifier un droit fondamental, et il convient de définir le droit fondamental en cause de manière large²¹². La décision *Obergefell* apporte donc, dans le contexte d'une jurisprudence hésitante dans l'identification de droits non écrits (A), des précisions sur la prise en compte de la tradition dans le raisonnement sur le fondement de la clause de *due process* (B).

²⁰⁹ NICOLAS P., "Fundamental Rights in a Post-*Obergefell* World", art.cit., p. 24 ("*Marriage as it has come to be known contains a mix of both negative and positive rights, making invocation of both clauses necessary to fully protect the basket of rights it has developed into.*")

²¹⁰ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Thomas, p. 4 s.

²¹¹ Le juriste français notamment a aussi été amené à s'interroger sur la portée d'une « tradition » (la tradition républicaine) imposant une définition hétérosexuée du mariage dans le débat animé provoqué par la loi sur le « mariage pour tous ». Était revendiquée l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, nécessitant une révision constitutionnelle et non une simple loi pour la reconnaissance du mariage homosexuel. Le Conseil constitutionnel a rejeté cet argument dans sa décision du 17 mai 2013 (cons. 21).

²¹² Nous reviendrons sur ce dernier point dans la seconde section de ce chapitre.

A. La difficulté : les hésitations d'une jurisprudence prudente pour identifier des « droits non énumérés »

La volonté de ne pas voir contestée la légitimité de la Cour par des accusations de « gouvernement des juges » après « l'ère *Lochner* » a conduit la Cour suprême à adopter une position de retenue dans la découverte de droits fondamentaux « non énumérés » (*unenumerated rights*) composant le volet matériel de la clause de *due process*. Il s'agissait de définir une méthode pour montrer une approche raisonnée et appliquant des critères connus. Car, comme le rappelle longuement le *Chief Justice* Roberts dans *Obergefell*, « la nécessité d'une retenue dans l'application du remède puissant que constitue le *due process* matériel est une leçon que la Cour a apprise à ses dépens »²¹³. La tradition, qui peut se définir ici comme l'héritage de l'histoire et se confondre avec elle, est au cœur de l'approche de la Cour vis-à-vis du *substantive due process* : elle y est conçue comme « fontaine de liberté et d'inspiration pour le juge »²¹⁴. C'est la raison pour laquelle la clause de *due process* a pu être considérée comme uniquement « *backward looking* », regardant vers le passé.

Le *due process* matériel a été défini par référence à la tradition, mais la jurisprudence a été hésitante sur la place de celle-ci dans le raisonnement. Deux éléments ont été dégagés : la clause protège les droits qui sont « tellement ancrés dans la tradition et la conscience du peuple qu'ils devaient être considérés comme fondamentaux », et/ou les droits « implicites dans le concept de liberté ordonnée »²¹⁵. Une partie du débat se concentre sur le caractère cumulatif ou alternatif de ces conditions.

Les juges dissidents dans *Obergefell* s'appuyaient sur la formulation de la méthode à suivre pour reconnaître un droit constitutionnel non écrit découlant de l'arrêt *Glucksberg*²¹⁶. Dans cette affaire, la Cour suprême avait refusé de découvrir un « droit fondamental au suicide assisté ». L'opinion de la Cour, délivrée par le Président Rehnquist et à laquelle s'était notamment joint le juge Kennedy²¹⁷, récapitulait la jurisprudence en indiquant qu'elle appelait un raisonnement en deux étapes. La première tenait à la définition précise (« *careful description* ») de la liberté revendiquée. Nous y reviendrons, il s'agit en réalité de l'étape la plus importante car plus la liberté est définie de manière restreinte, moins il y a de chance d'en trouver des formulations dans l'histoire et la tradition. La seconde étape exigeait du juge qu'il recherche si le droit de liberté en cause était

²¹³ “The need for restraint in administering the strong medicine of substantive due process is a lesson this Court has learned the hard way.” (p. 11 de son opinion dissidente, qui consacre plusieurs pages au reproche d'un gouvernement des juges)

²¹⁴ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 306

²¹⁵ Voir notamment *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 325, 326 (1937)

²¹⁶ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997)

²¹⁷ Ainsi que les juges O'Connor, Scalia et Thomas.

« objectivement profondément enraciné dans l’histoire et la tradition de cette Nation », *et* « implicite dans le concept de liberté ordonnée », de sorte qu’il n’y aurait « ni liberté ni justice s’il était sacrifié »²¹⁸. Seule une telle méthode permettait une décision « responsable », encadrant le juge dans son analyse du *due process*²¹⁹. Cet argument est repris dans *Obergefell* par le juge Alito²²⁰ et par le *Chief Justice* Roberts, qui rappelle que les juges doivent exercer « la plus grande prudence » dans la découverte de droits fondamentaux non écrits²²¹, et met en avant le double test de *Glucksberg* dont il estime que la Cour s’écarte au point de le renverser²²².

L’opinion de la Cour dans *Obergefell* ne semble cependant pas complètement renverser *Glucksberg*, mais en limiter l’application au droit fondamental qui était revendiqué, celui au suicide assisté, ce qui revient, il faut en convenir, à largement le neutraliser. Le juge Kennedy indique en effet que le test peut être approprié dans certains cas : « l’approche était peut-être appropriée pour le droit en question »²²³, ce qui n’exclut donc pas que le double test soit réutilisé par la Cour. Surtout, il convient de souligner que l’arrêt *Glucksberg* interprétait la jurisprudence antérieure dans un sens qui n’était pas le seul possible. C’est pourquoi même en souscrivant à la thèse selon laquelle l’arrêt *Glucksberg* est renversé, il ne peut être considéré que la décision *Obergefell* opère un revirement de jurisprudence²²⁴. D’autres arrêts avaient en effet retenu que les critères d’enracinement dans l’histoire et la tradition et de présence implicite dans le concept de liberté ordonnée n’étaient pas cumulatifs mais alternatifs. Comme le souligne le professeur Julie Nice²²⁵, c’était le cas dans l’opinion du juge Frankfurter dans la décision *Rochin v. California*²²⁶ mais aussi dans l’arrêt *Roe v. Wade*. L’arrêt *Obergefell* semble surtout s’inscrire dans la ligne de l’opinion individuelle du juge Souter dans *Glucksberg*, qui, plutôt que de se fonder uniquement sur l’histoire et la tradition,

²¹⁸ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997)

²¹⁹ « *responsible decisionmaking... that direct and restrain our exposition of the Due Process Clause* »

²²⁰ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Alito, p. 2

²²¹ *Obergefell*, page 11 de son opinion dissidente: “*Our precedents have accordingly insisted that judges “exercise the utmost care” in identifying implied fundamental rights, “lest the liberty protected by the Due Process Clause be subtly transformed into the policy preferences of the Members of this Court.” Washington v. Glucksberg, 521 U. S. 702, 720 (1997)*”

²²² “*It is revealing that the majority’s position requires it to effectively overrule Glucksberg, the leading modern case setting the bounds of substantive due process.*” (p. 19)

²²³ *Obergefell*, opinion de la Cour, p. 18 : “*that approach may have been appropriate for the asserted right there involved (physician-assisted suicide)*”

²²⁴ Il convient en effet de distinguer le renversement d’un précédent assez relativement récent et isolé de celui d’un précédent constituant le seul point de repère d’une jurisprudence établie. Le revirement de jurisprudence suit des conditions spécifiques même si la Cour suprême applique la règle du *stare decisis* de manière souple à ses propres précédents (sur ce point ZOLLER E., « Le revirement de jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006).

²²⁵ NICE J.A., “*Conjuring “Equal Dignity”: Mapping the Constitutional Dialogue To and From Same-Sex Marriage*”, art.cit., p. 386

²²⁶ *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 169 (1952)

s'interrogeait principalement sur l'imposition d'une restriction arbitraire, soutenue par aucun but légitime, étrangère à la clause de *due process*²²⁷.

Si la décision ne tranche pas explicitement la question, il semble en ressortir que la Cour peut voir un droit non écrit protégé par le *due process* du XIV^e amendement quand la liberté revendiquée est profondément ancrée dans la tradition et l'histoire de la Nation *ou* implicite dans le concept de liberté ordonnée. La Cour ne rejette pour autant pas la tradition dans son analyse des droits non énumérés.

B. Le choix de la Cour : la tradition, vivante, prise en compte comme indice plutôt que critère

La Cour n'écarte pas l'argument de la définition traditionnelle du mariage comme unissant un homme et une femme. Plutôt, elle le neutralise. D'abord en réduisant la tradition à un élément d'un faisceau d'indices pour identifier une liberté fondamentale, ensuite en la voyant comme une « chose vivante », selon l'expression connue du juge Harlan²²⁸, enfin en creux en faisant apparaître que la tradition peut constituer une « justification suspecte »²²⁹.

Parce que le droit américain, à l'exemple du droit anglais, est « imprégné d'histoire », le recours à l'histoire, à la tradition, est souvent perçu comme exigé par les circonstances²³⁰. Selon l'expression du juge Holmes, « la continuité avec le passé est seulement une nécessité, et non pas un devoir »²³¹, ce qui signifie qu'il s'agit pour le juge de trouver dans le passé les éléments auxquels il convient de donner de l'importance pour justifier une continuité et mieux comprendre le présent, sans que le passé soit un carcan car « nous sommes en danger si nous attribuons à l'histoire un rôle plus important qu'elle n'en a ». Le juge Holmes l'illustre avec l'image du dragon : « quand vous sortez le dragon de sa caverne pour l'exposer sur une plaine à la lumière du jour, vous pouvez compter ses griffes et ses dents, et seulement observer quelle est sa force. Mais le sortir de là est uniquement la première étape. La prochaine est soit de le tuer, soit de l'apprivoiser et d'en faire un animal utile »²³². Dans *Obergefell*, la Cour apprivoise le passé et en fait un animal utile, nous y reviendrons, ce qui équivaut, selon un autre point de vue adopté par les juges dissidents, à le tuer.

²²⁷ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 752 (1997)

²²⁸ *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 542 (1961) (“*That tradition is a living thing.*”)

²²⁹ Nous reprenons une expression du professeur Kim Forde-Mazrui, in “Tradition as Justification: The Case of Opposite-Sex Marriage”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 78, No. 1 (Winter 2011), p. 281-343, p. 318

²³⁰ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, *op.cit.*, p. 288

²³¹ “*continuity with the past is only a necessity and not a duty*” (cité par VLACHIOGIANNIS A., *op.cit.*, p. 286)

²³² HOLMES O.W., *The Path of the Law*, accessible en ligne : http://www.constitution.org/rev/owh/path_law.htm (traduction MASTOR W., « Que reste-il, aujourd'hui, de la *sociological jurisprudence* dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis ? », in JOUANJAN O. & ZOLLER E., *Le « moment 1900 »*, *Critique sociale et*

La Cour menée par le juge Kennedy limite d'abord la portée de la tradition. Elle précise que l'« histoire et la tradition guident la recherche mais n'en arrêtent pas les frontières »²³³, car une solution contraire reviendrait à « permettre au seul passé de gouverner le présent »²³⁴. La Cour reprend ici ce qu'elle avait déjà jugé dans *Lawrence*, qu'elle cite²³⁵. La décision *Obergefell* fait aussi écho au raisonnement qui avait conduit la Cour suprême de Californie à considérer qu'« eu égard à la substance et la signification de droit constitutionnel fondamental à fonder une famille, la Constitution de Californie doit être interprétée comme garantissant ce droit civil essentiel à tous les Californiens, qu'ils soient gays ou hétérosexuels, et aux couples du même sexe comme aux couples de sexes opposés »²³⁶. La Cour suprême californienne avait en effet rappelé que « la tradition seule [...] n'a généralement pas été considérée comme une justification suffisante pour perpétuer, sans autre contrôle, des restrictions ou des refus de reconnaître des droits constitutionnels fondamentaux » dans le contexte du droit constitutionnel de Californie²³⁷. La Cour confirme dans *Obergefell* qu'il en est de même s'agissant de la Constitution fédérale et s'inscrit sur ce point dans les pas du juge Holmes, qui écrivait qu'il est « révoltant de ne pas avoir de meilleure raison pour appliquer une règle de droit que le fait qu'elle existe depuis Henri IV »²³⁸. C'est la raison pour laquelle le fait qu'elle ait jugé dans *Windsor*²³⁹ que le mariage avait pendant longtemps été considéré comme ne pouvant concerner que des couples homme-femme ne l'empêche pas de juger ici que les homosexuels ont un droit fondamental de se marier.

La Cour emprunte aussi au juge Harlan, ce qui lui permet de contourner l'argument de la définition traditionnelle du mariage. L'emprunt réside dans le fait que la Cour considère la tradition comme « vivante » : si l'expression n'est pas employée, cela ressort du fait que la majorité prend la peine de consacrer la première partie de sa décision à l'histoire de l'institution du mariage et invoque la tradition et l'histoire pour montrer l'évolution dans l'institution du mariage, tenant notamment à la situation de la femme dans le couple²⁴⁰. Que la Cour considère la tradition

critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis, Ouvrage issu du colloque du Centre de Droit Public Comparé les 29 et 30 mai 2015, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 255-271, p. 265)

²³³ *Obergefell*, Opinion de la Cour p. 11 (« *history and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries* »)

²³⁴ *Ibid.* (« *allowing the past alone to rule the present* »)

²³⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 572 (2003)

²³⁶ Supreme Court of California, *In re Marriage Cases*, S147999 (2008) (traduction MASTOR W., « Du droit au mariage des couples homosexuels, *Cour Suprême de Californie, 15 mai 2008, In Re Marriage Cases, (S 147999)* », *Constitutions*, 2010, p. 84)

²³⁷ Supreme Court of California, *In re Marriage Cases*, S147999 (2008) (p. 66 de la version en ligne : « *Tradition alone, however, generally has not been viewed as a sufficient justification for perpetuating, without examination, the restriction or denial of a fundamental constitutional right.* »)

²³⁸ HOLMES O.W., *The Path of the Law* : « *It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV.* »

²³⁹ *U.S. v. Windsor*, p. 13

²⁴⁰ La Cour rappelle que le mariage avait pour fonction d'organiser « une entité juridique patriarcale », avant de mettre en avant les avancées : « lorsque les femmes ont acquis des droits légaux, des droits politiques et des droits

comme « vivante » ressort aussi du fait qu'elle ne conteste pas que le mariage a traditionnellement été lié à la procréation : elle montre seulement que ce lien n'est plus exclusif même s'il est étroit²⁴¹. La Cour suprême démontre donc que, comme l'indiquait Harlan dans sa dissidence dans l'arrêt *Poe v. Ullman*, l'histoire est faite de « traditions qui se sont développées et dont elle s'est éloignée »²⁴².

Enfin, la Cour neutralise l'argument de la définition traditionnelle du mariage en faisant apparaître la tradition comme une « justification suspecte ». Elle montre que cette définition traditionnelle du mariage ne justifie pas qu'on retienne une définition traditionnelle du droit fondamental de se marier, car elle ne justifie pas l'exclusion, comme nous le verrons, analyse caractéristique du principe d'égalité. En creux, l'argument de la tradition y est suspect parce que la tradition, sur laquelle se fondent les opposants à la reconnaissance du droit de se marier aux homosexuels – c'est-à-dire les défenseurs des lois étatiques déferées²⁴³ et les juges conservateurs²⁴⁴, peut être considérée comme utilisée comme prétexte. La justification par la volonté de préserver la définition « traditionnelle » du mariage est « suspecte » parce qu'elle cache quelque chose, à savoir la réprobation et la volonté de discriminer les homosexuels. La tradition, dernier rempart formulable dans le langage constitutionnel, est donc en quelque sorte jetée comme un voile sur les objectifs jugés inconstitutionnels par la Cour dans *Romer v. Evans* notamment, sur le fondement de la clause d'égalité de protection des lois. Cela est apparent dans le fait que les arguments des opposants au mariage pour les homosexuels reviennent à dire que le mariage ne peut être qu'entre un homme et une femme parce qu'il a toujours été compris ainsi, ce qui constitue un raisonnement circulaire. C'est ce que souligne le juge Breyer dans les débats devant la Cour, rappelant que les mêmes arguments étaient employés pour justifier la ségrégation²⁴⁵. Et c'était déjà la position du juge Stevens dans l'affaire *Bowers v. Hardwick*, dans laquelle il écrivait dans sa dissidence que « le fait qu'une majorité gouvernante dans un Etat a toujours considéré une pratique comme immorale n'est pas une raison suffisante pour maintenir une loi interdisant cette pratique »²⁴⁶. Si le droit fondamental est défini de manière à en exclure de nouveaux titulaires, ceux-ci ne peuvent

de propriété, et quand la société a commencé à comprendre que les femmes jouissaient personnellement de leur égale dignité, le principe de la couverture (*law of coverture*) [principe d'incapacité des femmes mariées] a été abandonné ». *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 6

²⁴¹ Le lien historique étroit entre le mariage et la procréation est difficilement contestable : LEFEBVRE-TAILLARD A., « Mariage », in ALLAND D. & RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadriga / Lamy-PUF, 2012, p. 996-1000, p. 996-997

²⁴² 367 U. S. 497, 542 (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.*”)

²⁴³ Oral arguments, p. 60, p. 70 notamment

²⁴⁴ *Obergefell*, opinion dissidente du juge Roberts, p. 2, 16

²⁴⁵ Oral arguments transcript, p. 42

²⁴⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 216 (1986) (“*the fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as immoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice; neither history nor tradition could save a law prohibiting miscegenation from constitutional attack*”)

logiquement pas le revendiquer, ce que la Cour souligne²⁴⁷. Une telle définition mène donc à la question de savoir pourquoi la définition exclut certains individus.

Après *Obergefell*, il semble que l'argument de la tradition soit relégué au mieux au rang d'indice dans l'appréciation de la garantie constitutionnelle de l'accès au droit revendiqué. La décision redynamise donc la clause de *due process*, dont on peut non seulement encore moins dire à présent qu'elle regarde seulement vers le passé, mais qui a pour effet, à défaut peut-être d'avoir pour fonction, de protéger aussi bien des droits positifs que des droits négatifs. Mais c'est au niveau du degré de généralité dans la définition des droits non écrits garantis par la clause de liberté du *due process* que la décision se démarque le plus.

Section 2 : Une qualification large (le droit fondamental de se marier) menant à raisonner sur l'exclusion plutôt que sur la requalification du droit

La décision *Obergefell* illustre ce qu'indiquait le juge Breyer dans *Les Entretiens de Provence* : « la manière dont nous qualifierons le « but » de la disposition constitutionnelle, le niveau d'abstraction que nous lui assignerons, aura un impact sur la solution du juge ». Celui-ci donnait même l'exemple du droit de se marier, qui pouvait être compris comme ne désignant aucun ou au contraire tous les cas cités : seulement entre homme et femme, seulement religieux, seulement dans l'optique de la procréation, ou entre homosexuels aussi²⁴⁸. La Cour suprême refuse ici de définir le droit fondamental revendiqué par les requérants de façon restrictive (I), et de voir une justification légitime dans l'exclusion des homosexuels (II).

I. Le refus de retenir la qualification de revendication d'un « droit fondamental au mariage homosexuel »

La Cour écarte une définition stricte du droit fondamental de se marier (A), ce qui place le débat sur l'exclusion d'individus du champ d'application du droit plutôt que sur la redéfinition de celui-ci (B), illustrant l'importance de la question de la qualification à retenir du problème constitutionnel en cause.

²⁴⁷ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 18 : “If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own justification and new groups could not invoke rights once defined”.

²⁴⁸ BADINTER R. & BREYER S. (à l'initiative de), *Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, 2003, p. 361-362

A. Une méthode de définition étroite du droit fondamental rejetée

L'opposition principale à notre sens entre la majorité et les dissidents réside dans la définition qu'ils retiennent du droit fondamental revendiqué par les requérants. D'un côté, les libéraux menés par Kennedy estiment qu'une définition large s'impose – le « droit de se marier » (*right to marry*), de l'autre les juges conservateurs estiment que les droits constitutionnels non écrits de la clause matérielle de *due process* doivent être entendus strictement.

Dans le précédent déjà évoqué de *Glucksberg*, la première étape résidait dans la « définition minutieuse » (« *careful description* »)²⁴⁹ du droit non énuméré revendiqué. La décision ne donnait pas de définition de ce que doit représenter une « *careful description* », mais l'expression semblait renvoyer à une exigence de qualification précise, ou étroite, puisque la majorité indiquait que la formulation correcte du droit en question n'était pas le « droit de mourir », le « droit de choisir sa mort » ou encore le « droit de contrôler ses derniers jours », mais plus spécifiquement le « droit de se suicider incluant lui-même un droit à l'assistance au suicide »²⁵⁰. La Cour suprême avait déjà préféré une méthode de définition étroite des droits constitutionnels non énumérés du *due process* dans l'arrêt *Michael H. v. Gerald D.*²⁵¹. Dans cette affaire relative à la reconnaissance de paternité par le père biologique d'un enfant né d'une mère mariée à un autre homme, la Cour avait jugé que le droit fondamental revendiqué n'existait pas dans la Constitution parce qu'il n'était pas ancré dans la tradition, en le définissant comme la revendication d'un « droit d'un père naturel d'un enfant conçu par adultère » plutôt que comme un droit plus large de « parentalité », approche adoptée par le juge dissident Brennan²⁵².

Les juges qui s'opposaient à la sanction d'inconstitutionnalité des dispositions étatiques imposant une définition hétérosexuée du mariage revendiquaient l'application de cette méthode de définition étroite. Ils estimaient en effet que les requérants demandaient la reconnaissance d'un nouveau « droit fondamental au mariage homosexuel » dans la Constitution²⁵³, et que le mariage protégé par la Constitution se définissait comme ne pouvant unir qu'un homme et une femme, étant

²⁴⁹ La traduction n'est pas aisée parce qu'elle implique de prendre parti sur ce que signifie l'expression.

²⁵⁰ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 703, 723 (1997) (“*the right to commit suicide which itself includes a right to assistance in doing so*”)

²⁵¹ 491 U.S. 110, 125-127 (1989)

²⁵² *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 139 (1989): “*Today's plurality, however, does not ask whether parenthood is an interest that historically has received our attention and protection; the answer to that question is too clear for dispute. Instead, the plurality asks whether the specific variety of parenthood under consideration - a natural father's relationship with a child whose mother is married to another man - has enjoyed such protection.*” (nous soulignons)

²⁵³ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 29 (“*It is one thing for the majority to conclude that the Constitution protects a right to same-sex marriage*”); Opinion dissidente du juge Alito, p. 2 s. (par exemple : “*The Constitution says nothing about a right to same-sex marriage*”).

caractérisé par son lien avec la procréation. Ce sont donc selon eux à la fois le droit revendiqué et le droit fondamental constitutionnel qui reçoivent une définition étroite.

C'est le cas particulièrement des juges Roberts et Alito dans la décision *Obergefell*²⁵⁴, qui consacrent plusieurs pages au lien entre mariage et procréation, comme l'avaient déjà fait les juges conservateurs dans l'arrêt *Windsor*²⁵⁵, et parviennent à la conclusion de la revendication d'un « nouveau droit » par les homosexuels qui souhaitent se marier²⁵⁶. Le même raisonnement avait été suivi par des juges de cours d'appel fédérales, en particulier le juge Niemeyer dans son opinion dissidente sur l'affaire *Bostic v. Schaefer* (pour laquelle la Cour suprême avait ensuite refusé de délivrer un *writ of certiorari*) : le droit revendiqué doit être qualifié « de la manière la plus étroite possible » (« *in its narrowest terms* ») et, parce que le droit au mariage a toujours été ancré dans la procréation dans la tradition américaine, le droit fondamental de se marier se définit comme le droit de se marier d'un homme et d'une femme, et exclut donc un droit constitutionnel au mariage homosexuel²⁵⁷. Il en était de même dans les cours de district : ainsi dans l'affaire *Jackson v. Abercrombie* la Cour de district d'Hawaii avait-elle rejeté l'argument selon lequel l'interdiction du mariage pour les couples homosexuels portait atteinte au droit fondamental de se marier, au motif que le droit revendiqué sur le fondement de la clause de liberté du *due process* devait être défini de manière « précise ». Appliquant cette approche, elle parvenait à la conclusion que les requérants revendiquaient un « droit au mariage entre personnes de même sexe », incompatible avec la définition traditionnelle du droit constitutionnel de se marier²⁵⁸.

S'agissant de l'argument selon lequel le droit fondamental de se marier repose sur le mariage comme lié à la procréation, il convient de souligner que cette approche pouvait trouver des fondements dans les précédents de la Cour reconnaissant le caractère fondamental du droit de se marier au sens de la clause de *due process*. C'était surtout le cas des arrêts précités *Meyer v. Nebraska* et *Skinner v. Oklahoma*, qui liaient expressément le mariage et le fait d'avoir des enfants, avec un lien de filiation biologique – notamment *Skinner*, qui concernait la castration chimique. C'était aussi le cas de l'arrêt *Loving*, qui citait *Skinner* au soutien de l'affirmation selon laquelle « le mariage est indispensable à notre existence et survie »²⁵⁹. Cela pouvait faire dire que la Cour avait expressément lié le mariage à la perspective de la procréation dans sa reconnaissance d'un droit

²⁵⁴ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 5 s. ; Opinion dissidente du juge Alito, p. 4 s.

²⁵⁵ *U.S. v. Windsor*, Opinion dissidente du juge Alito, p. 14 (“ [...] *there is no doubt that, throughout human history and across many cultures, marriage has been viewed as an exclusively opposite-sex institution and as one inextricably linked to procreation and biological kinship.*”)

²⁵⁶ Par exemple chez le juge Alito (p. 3) : “*What [those arguing in favor of a constitutional right to same sex marriage] seek, therefore, is not the protection of a deeply rooted right but the recognition of a very new right.*”

²⁵⁷ *Bostic v. Schaefer*, 760 F.3d 352, 389-90 (4th Cir. 2014)

²⁵⁸ *Jackson v. Abercrombie*, 884 F. Supp. 2d 1065, 1094-95 (D. Haw. 2012)

²⁵⁹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967) : “*Marriage is one of the "basic civil rights of man," fundamental to our very existence and survival.* *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535, 316 U. S. 541 (1942).”

constitutionnel de se marier. Mais d'un autre côté, la jurisprudence de la Cour suprême avait aussi reconnu un droit pour les couples mariés d'utiliser une contraception dans l'affaire *Griswold v. Connecticut*²⁶⁰, comme le souligne l'opinion de la majorité d'*Obergefell*²⁶¹, détachant ainsi le mariage de l'optique de la procréation.

C'est donc surtout en ce qu'ils retiennent une qualification très étroite du droit fondamental revendiqué par les requérants que les juges dissidents sont en désaccord avec la majorité, dont la position sur ce point n'était « pas une surprise »²⁶². Le juge Kennedy avait en effet déjà signifié qu'il ne se rangeait pas à la méthode selon laquelle le droit invoqué doit être défini de la manière la plus précise possible : dans l'affaire *Michael H. v. Gerald D.*, il s'était expressément démarqué du juge Scalia qui rédigeait l'opinion de la Cour en le rejoignant sur tous les points sauf sur l'affirmation, dans une note de bas de page, selon laquelle la Cour « se réfère au degré le plus précis auquel on peut identifier une tradition protégeant ou refusant la protection à un droit revendiqué »²⁶³. Il avait confirmé son opposition dans l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey* : « Il peut être tentant [...] de considérer que la clause de procédure régulière de droit ne protège que les pratiques, définies au plus haut degré de précision, qui étaient protégées contre les interférences gouvernementales par d'autres règles de droit quand le XIV^e amendement a été ratifié [...]. Mais cette approche serait incompatible avec notre droit »²⁶⁴.

Dans la décision *Obergefell*, la différence de position semble surtout due au fait qu'alors que la majorité se fonde à la fois sur la clause de liberté du *due process* et d'égalité de l'égalité de protection, utilisant celle-ci pour appliquer celle-là, les juges dissidents raisonnent visiblement de manière plus « compartimentée », sur le fondement de la seule clause de procédure régulière de droit.

²⁶⁰ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

²⁶¹ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 13

²⁶² NICOLAS P., « Fundamental Rights in a Post-*Obergefell* World », art.cit., p. 10

²⁶³ *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 132 (1989), Footnote 6: « We refer to the most specific level at which a relevant tradition protecting, or denying protection to, the asserted right can be identified ». Seul le juge Rehnquist s'était joint au juge Scalia sur cette note de bas de page, le juge Kennedy avait quant à lui rejoint la juge O'Connor qui rejetait cette approche dans son opinion individuelle (491 U.S. 110, 132).

²⁶⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 847-848 (1992) : « It is also tempting, for the same reason, to suppose that the Due Process Clause protects only those practices, defined at the most specific level, that were protected against government interference by other rules of law when the Fourteenth Amendment was ratified. See *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U. S. 110, 127-128, n. 6 (1989) (opinion of SCALIA, J.). But such a view would be inconsistent with our law. » (Opinion jointe des juges Kennedy, Souter et O'Connor)

B. Une méthode jugée injustifiée au regard de la clause d'égalité de protection des lois

La Cour suprême tendait déjà, avant *Obergefell*, à ne pas suivre une approche de définition étroite de la protection constitutionnelle revendiquée quand était en cause aussi l'égalité de protection²⁶⁵. La méthode retenue par les juges dissidents semble donc moins cohérente avec la jurisprudence antérieure portant sur le mariage et les droits des homosexuels.

S'agissant de la définition du droit fondamental de se marier, la décision de la Cour dans *Obergefell* rappelle qu'il n'a jamais été compris de manière étroite dans les arrêts déjà rencontrés reconnaissant une protection constitutionnelle par le XIV^e amendement. La Cour suprême ne s'est pas interrogée sur la protection constitutionnelle d'un « droit au mariage interracial » dans *Loving*, d'un « droit des prisonniers de se marier » dans *Turner*, ni d'un « droit des pères qui n'ont pas rempli leur obligation alimentaire de se marier » dans *Zablocki*²⁶⁶. Or, dans les trois cas la Cour se fondait, uniquement ou aussi, sur la clause d'égalité de protection. Dans *Loving* en particulier, où la Cour se fondait à la fois sur la liberté du *due process* et sur l'égalité de protection, elle ne consacrait pas de droit fondamental au mariage interracial, mais plutôt un droit au mariage dont ne pouvaient se voir refuser l'accès les personnes souhaitant épouser une personne d'une autre race²⁶⁷.

De même, lorsque la Cour s'est fondée sur la clause de *due process* dans la jurisprudence relative aux droits des homosexuels, avec en arrière plan le principe d'égalité comme nous l'avons vu, elle n'a pas adopté la méthode de qualification restrictive du droit revendiqué, au contraire. En effet, dans l'arrêt *Lawrence* la Cour suprême a renversé le précédent de *Bowers v. Hardwick*, notamment en ce qu'il retenait une définition étroite du droit invoqué par les requérants. Les deux affaires concernaient la même hypothèse de lois étatiques pénalisant la sodomie, mais alors que dans *Bowers* la Cour avait jugé qu'elle devait s'interroger sur la protection constitutionnelle d'un droit à la sodomie entre homosexuels consentants²⁶⁸, dans *Lawrence* la Cour juge qu'il convient plutôt de s'interroger sur la protection constitutionnelle d'un droit à l'intimité. La décision de la majorité dans *Obergefell* présente ainsi l'arrêt *Lawrence* comme reconnaissant un droit fondamental à l'intimité²⁶⁹.

Il en ressort que les juges doivent suivre une approche qui permet de qualifier le droit fondamental revendiqué de manière suffisamment précise pour qu'il ait un lien concret avec l'affaire portée devant eux, mais aussi de manière suffisamment générale pour ne pas méconnaître les

²⁶⁵ Cela est notamment rappelé par le professeur Susannah Pollvogt : POLLVOGT S.W., "*Obergefell v. Hodges*: Framing fundamental rights" (<http://ssrn.com/abstract=2624725>), p. 5

²⁶⁶ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 18

²⁶⁷ C'était d'ailleurs l'interprétation que retenait le juge Roberts lors de son audition de confirmation par le Sénat.

²⁶⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190 (1986)

²⁶⁹ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 14 (par exemple) : "*decisions concerning marriage are among the most intimate that an individual can make. See Lawrence, supra, at 574*"

principes qui animent les prescriptions constitutionnelles, comme le souligne le professeur Peter Nicolas²⁷⁰. Ici, l'analyse de la liberté du *due process* à la lumière de la clause d'égalité de protection des lois permet à la Cour de montrer qu'il n'est pas possible de définir un droit fondamental par ses titulaires mais qu'il convient de trouver une définition plus objective, plus « universelle »²⁷¹. La solution contraire revient à donner la réponse en posant la question, sans s'interroger sur le sens et la pertinence de la définition du droit fondamental au regard aussi de la clause d'égalité de protection, et donc sans permettre, comme la Cour le souligne, à de nouveaux groupes de se voir reconnaître une protection²⁷², ce qui aboutit à méconnaître la clause d'égalité de protection des lois.

Ce qui est en cause dans les affaires portant sur la constitutionnalité des législations étatiques réservant le mariage aux couples hétérosexuels, c'est la question de savoir si les homosexuels sont titulaires, en tant qu'ils sont homosexuels, du droit de se marier protégé par la Constitution. En se fondant sur les deux clauses du XIV^e amendement, c'est ainsi que raisonne la Cour : sur l'extension de la catégorie des titulaires du droit de se marier²⁷³. C'est donc aussi en ce sens qu'il est possible de parler de « méthode ouverte » de définition des droits fondamentaux protégés par la clause de *due process*, alors que les juges dissidents raisonnent sur la redéfinition du droit de se marier. Cette opposition renvoie à l'interrogation relative au changement de sens ou non d'une norme quand son champ d'application est modifié, sur laquelle nous reviendrons.

La Cour suprême juge qu'ici, contrairement à l'hypothèse de l'arrêt *Glucksberg*, elle n'est pas amenée à reconnaître un nouveau droit constitutionnel mais à déterminer si la Constitution garantit aux homosexuels un égal accès à un droit déjà reconnu, une institution déjà existante et protégée par le XIV^e amendement. C'est pourquoi la question qu'il faut se poser est simplement celle de savoir « s'il y a des justifications suffisantes pour exclure la catégorie en question de ce droit »²⁷⁴.

II. L'absence de raisons d'exclure : la différence de sexe ne fait pas partie de la définition du droit fondamental de se marier

La Cour suprême juge que, d'après la définition du droit fondamental de se marier retenue, les couples de personnes de sexes différents et ceux de personnes du même sexe sont dans des

²⁷⁰ NICOLAS P., "Fundamental Rights in a Post-*Obergefell* World", art.cit., p. 12

²⁷¹ Selon l'expression de Susannah Pollvogt : POLLVOGT S.W., "Marriage equality...", art.cit., p. 1060

²⁷² *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 18, déjà rappelé : "If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own justification and new groups could not invoke rights once defined".

²⁷³ *Obergefell*, Opinion de la Cour, par exemple p. 4 : "if the concept and lawful status of marriage were extended to two persons of the same sex".

²⁷⁴ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 18 ("asking if there was a sufficient justification for excluding the relevant class from the right".)

situations semblables, et doivent donc être traités de façon identique pour remplir les exigences du principe d'égalité. Elle parvient à cette conclusion aux termes d'un raisonnement caractéristique de l'analyse sur le fondement du principe d'égalité, qui amène à s'interroger sur la légitimité des différences de traitement (A), celle-ci étant appréciée par rapport au but de la protection constitutionnelle jusque là refusée (B).

A. L'adoption d'un raisonnement caractéristique de l'égalité : justifier les différences de traitement de situations semblables

Le principe d'égalité contient une obligation de justification de la norme. Aux Etats-Unis, cette obligation de justification semble partielle. Selon l'axiome d'Isaiah Berlin, « l'égalité n'a pas besoin de raisons, seule l'inégalité en a besoin » (« *Equality needs no reason, only inequality does so* »)²⁷⁵. Cela rend compte de ce qui doit être justifié, au sens de rendu juste, conforme aux normes et valeurs, si l'expression « égalité » est comprise comme « identité de traitement » et « inégalité » comme « différence de traitement ». En effet, il est possible de considérer, comme c'est le cas en droit allemand, que « l'égalité » est méconnue par une législation prévoyant un même traitement pour des situations différentes – l'identité comme la différence de traitement doit alors être justifiée (par une raison objective suffisante)²⁷⁶. Si l'obligation de justification semble partielle en droit américain, c'est parce qu'*a priori* seule la différence de traitement doit être justifiée (de façon différente selon le degré de contrôle appliqué par le juge), pas l'identité de traitement, pour remplir les exigences du principe d'égalité. Le droit américain se rapproche ici du droit français mais se distingue donc du droit allemand, comme aussi du droit de l'Union européenne²⁷⁷ et de celui de la Convention européenne des droits de l'Homme notamment²⁷⁸.

Il ressort de la décision *Obergefell* que la Constitution exigeait des Etats qu'ils justifient le traitement différent des couples homosexuels, qui s'avère être une inégalité, contraire à l'exigence constitutionnelle d'égalité de protection, en l'absence de justification.

²⁷⁵ BERLIN I., *Concepts and Categories, Philosophical Essays*, London, Pimlico, 1999 (1939), p. 84

²⁷⁶ JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit.*, p. 131 s.

²⁷⁷ C'est ce qui ressort de la définition du principe de non-discrimination, complémentaire du principe communautaire d'égalité : CJCE, *Italie c. Commission*, 17 juillet 1963 : « une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle [...] la discrimination matérielle aurait consisté à traiter, soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes », cité par HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, op.cit.*, p. 18 (voir aussi p. 255 s.)

²⁷⁸ CEDH, *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, n°34369/97. HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, op.cit.*, en particulier p. 288 s.

A la lecture de la décision, il semble aussi que la Cour justifie la similitude de traitement, l'égal accès au mariage, par la similitude de situation des couples homosexuels et hétérosexuels par rapport aux raisons pour lesquelles un droit de se marier est protégé. Si la Cour s'acharne à montrer que les couples de personnes du même sexe sont dans une situation semblable en fait, et même identique au regard du droit fondamental de se marier, faut-il en déduire que cela signifie en creux que le principe d'égalité exige un traitement différent pour des situations différentes ? Il y aurait alors un rapprochement avec le droit allemand, dans lequel l'article 3 de la Loi fondamentale signifie « l'obligation de ne pas traiter ce qui est essentiellement égal de façon arbitrairement inégale, ni ce qui est essentiellement inégal de façon arbitrairement égale », ce qui signifie que le principe d'égalité exige que les situations essentiellement différentes soient traitées de manière différente quand les traiter de la même manière serait arbitraire²⁷⁹. Il ne semble pas qu'il faille constater une telle « approche allemande » vis-à-vis du principe d'égalité dans *Obergefell*. Celle-ci n'est d'abord pas retenue par ceux à qui la Cour suprême donne tort. En effet, chez les opposants à la reconnaissance du droit de se marier pour les couples homosexuels l'idée n'est pas d'exiger, au nom du principe d'égalité, un traitement différent en raison de la situation différente qu'ils constatent, mais de dire que la différence de situation justifie le traitement différent, qui est donc légitime et ne méconnaît pas le principe d'égalité du XIV^e amendement. Cela est particulièrement apparent chez le juge Roberts qui adopte le test de base rationnelle de la clause d'égalité de protection des lois²⁸⁰. Le raisonnement demeure donc celui de la justification de la différence de traitement. Et, dans l'opinion de la Cour, le juge Kennedy prend en effet le temps de démontrer qu'il n'y a pas de différence de fait entre les couples de personnes du même sexe et les couples hétérosexuels et que c'est la raison pour laquelle ils doivent recevoir le même traitement. Mais il répond par là aux arguments déjà présentés des opposants au mariage pour les homosexuels, qui estiment que la différence de situation tenant à l'impossibilité pour un couple homosexuel d'avoir des enfants biologiques justifie la différence de traitement. Ces développements semblent donc réservés au cas d'espèce. Ils font tout de même écho à la jurisprudence dans laquelle la Cour suprême a imposé une différence de traitement à des situations qu'elle jugeait dissemblable, par exemple dans le champ de la procédure pénale. Ainsi, dans l'arrêt *Roper v. Simmons* la Cour a jugé, dans une opinion également délivrée par le juge Kennedy, que la peine de mort pour les criminels qui ont commis leur crime quand ils étaient mineurs (moins de dix-huit ans) était inconstitutionnelle²⁸¹. La décision ne se fondait pas sur la clause de l'égalité de protection des lois mais sur l'interdiction des traitements « cruels et inhabituels » du VIII^e amendement, applicable aux Etats par le biais du XIV^e amendement. La peine de mort était, pour la « catégorie » identifiée, une violation de la clause de « *cruel and unusual*

²⁷⁹ JOUANJAN O., *op.cit.*, p. 130

²⁸⁰ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, en particulier p. 24

²⁸¹ *Roper v. Simmons*, 553 U.S. 551 (2005)

punishment ». Mais mis à part la référence à une « catégorie » (*class*), le vocabulaire du raisonnement sur l'égalité n'y était pas employé, et la Cour ne raisonnait pas formellement sur le fondement du principe d'égalité. Si la différence de traitement était exigée par la Constitution en présence d'une situation jugée dissemblable, ce n'était donc pas présenté comme une exigence du principe d'égalité.

La décision de la majorité dans *Obergefell* montre que pour l'exigence de traitement identique, il n'est pas question d'identité des situations en fait mais de similitude. Ici, la similitude de situation entraîne une exigence de traitement identique en application de clause d'égalité de protection. Le fait que les couples homosexuels et hétérosexuels soient dans une même situation quand ils sont considérés par rapport au droit constitutionnel de se marier a pour conséquence qu'ils doivent recevoir un traitement identique, donc l'accès « dans les mêmes conditions » (« *on the same terms and conditions* ») au mariage. Il est intéressant de souligner que la Cour européenne des droits de l'Homme adopte une position différente sur ce point, ce qui explique sans doute aussi qu'elle n'ait pas été citée par la Cour suprême dans *Obergefell* alors que le juge Kennedy n'avait pas hésité à faire référence à sa jurisprudence sur les droits des homosexuels dans l'arrêt *Lawrence*²⁸². La Cour de Strasbourg juge depuis longtemps, comme le fait la Cour suprême dans *Obergefell* une nouvelle fois²⁸³, que les couples homosexuels sont dans une situation semblable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation²⁸⁴, et que, malgré la lettre de l'article 12 de la Convention qui pourrait sembler retenir une définition hétérosexuée du mariage²⁸⁵, les Etats peuvent reconnaître le mariage homosexuel. En revanche, elle laisse une marge d'appréciation aux Etats quant à l'organisation de cette reconnaissance, fondée sur l'absence de consensus sur le mariage homosexuel. La jurisprudence la plus intéressante sur la question du traitement correspondant à des situations semblables est son arrêt le plus récent dans le domaine des unions des couples homosexuels, *Oliari c. Italie*²⁸⁶, rendu après l'arrêt *Obergefell*. La Cour européenne des droits de l'Homme y juge que la similitude entre les couples hétérosexuels et homosexuels entraîne une exigence de traitement non pas identique mais semblable, ce qui aboutit à exiger des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme non qu'ils reconnaissent le mariage homosexuel, mais qu'ils mettent en place un type

²⁸² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 573 (2003) (citant l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* de 1981, condamnant le Royaume-Uni pour violation de l'article 8 relatif au droit à la vie privée et familiale en raison du maintien de la pénalisation des relations homosexuelles masculines en Irlande du Nord). Il faut toutefois souligner que ce recours au droit étranger a été vivement critiqué, notamment par le juge Scalia dans la décision et lors d'un débat avec le juge Breyer, et a fait l'objet d'une résolution de la Chambre des représentants en 2004, ce qui contribue aussi à expliquer cette absence de référence au droit de la CEDH.

²⁸³ Cela ressort en effet déjà de l'arrêt *Lawrence v. Texas* (2003) : même droit au respect de l'association intime.

²⁸⁴ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk, Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04

²⁸⁵ Article 12, Droit au mariage : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

²⁸⁶ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari c. Italie*, n°18766/11

d'union semblable pour reconnaître aux couples de personnes du même sexe un statut légal – la Cour consacre ainsi une sorte de « droit au partenariat civil pour tous ».

Dans la décision *Obergefell*, la Cour suprême juge quant à elle que la clause d'égalité impose un traitement identique des homosexuels et hétérosexuels parce que ceux-ci sont non seulement dans une situation essentiellement semblable, mais il n'y a pas de raisons objectives justifiant un traitement différent.

B. La légitimité de la différence de traitement : la similitude de situation déterminée par le recours au but du droit fondamental

Le principe d'égalité de la clause d'égalité des lois impose de traiter de la même façon les personnes se trouvant dans des situations semblables et faisant donc partie de la même catégorie essentielle. La décision *Obergefell* indique qu'il faut apprécier la similitude de situation, le rattachement ou non à une même catégorie, par rapport au sens et au but de la norme dont la protection est revendiquée. En l'occurrence, la similitude de situation des couples homosexuels est appréciée par rapport au droit fondamental de se marier déduit de la clause de liberté du *due process*. Parce que les raisons pour lesquelles le droit de se marier est constitutionnellement protégé s'appliquent avec la même force s'agissant des couples homosexuels, ceux-ci doivent se voir reconnaître un égal accès à l'institution du mariage.

La différence de situation est relative, et nécessite un critère de comparaison : les situations sont similaires ou singulières par rapport à quelque chose, la similarité est indéterminée en elle-même²⁸⁷. Le recours à un élément extérieur pour juger de la similitude ou non de situation découle du fait que, comme le souligne le professeur Olivier Jouanjan, « le principe d'égalité ne contient pas en lui-même la détermination de ce qui doit être considéré comme étant « essentiellement » égal, c'est-à-dire le principe ou la valeur, les raisons substantielles d'après lesquelles il convient d'assimiler ou, au contraire, de discriminer deux situations données pour conclure à la nécessité d'une égalité de traitement ou, au contraire, à la possibilité d'une inégalité de traitement »²⁸⁸. C'est « en ce sens que l'on peut dire que le principe général d'égalité est strictement formel »²⁸⁹. *In fine*, comme l'indique notamment le professeur Joanna Schmidt, la notion de différence de situation « ne peut être définie en termes purement objectifs. Elle comporte un

²⁸⁷ HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003, p. 9 ; déjà JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, *op.cit.*, p. 267 notamment.

²⁸⁸ JOUANJAN O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012

²⁸⁹ *Ibid.*

jugement de valeur sur les caractéristiques particulières d'un groupe ou sur son rôle social »²⁹⁰, et fait donc intervenir des concepts extra-juridiques, moraux²⁹¹. Ainsi, en droit américain la différence de situation est appréciée « soit en fonction du rôle social que la majorité des magistrats attribue à un groupe social, soit en fonction de ce qui semble « équitable » en faveur d'un groupe »²⁹². Interviennent quand même des paramètres juridiques dans la définition de la différence de situation. Dans la jurisprudence de la Cour suprême comme ailleurs, il s'agit de la référence au but de la norme.

Dans la décision *Obergefell*, l'appréciation de la similitude de situation est médiatisée par le recours au but du droit fondamental de se marier – donc par le recours au but de la norme de référence du contrôle de constitutionnalité, non au but des lois étatiques qui opèrent la catégorisation en distinguant les couples homosexuels et hétérosexuels.

Le recours au but du droit fondamental est ce qui a fait dire qu'il n'y avait pas d'autonomie du principe d'égalité et que celui-ci est « vide », sans essence. C'est notamment la thèse du professeur Peter Westen, qui donne l'exemple de la question du droit de vote des étrangers²⁹³ : le désaccord portant sur la question de savoir si le principe d'égalité est respecté quand le droit de vote est conditionné par le critère de la citoyenneté dépend de la pertinence attachée à la citoyenneté pour voter, qui seule peut déterminer si les citoyens et les résidents étrangers sont dans la même situation ou non et donc trancher entre des approches différentes de l'égalité – les citoyens et étrangers résidents ne sont pas dans la même situation, ou les citoyens et étrangers résidents sont dans la même situation²⁹⁴.

Ici, la Cour suprême identifie, dans ses développements portant sur la clause de *due process* du XIV^e amendement et en se fondant sur des critères se rattachant aux clauses de liberté du *due process* et d'égalité, quatre raisons pour lesquelles le droit de se marier est protégé constitutionnellement, qui servent de critères de comparaison.

La première raison pour laquelle le mariage est un droit fondamental découle du fait que « le droit au choix personnel concernant le mariage est un choix protégé par le concept d'autonomie

²⁹⁰ SCHMIDT J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n°1, 1987, p. 43-88, p. 75

²⁹¹ CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op.cit.*, p. 334 s.

²⁹² SCHMIDT J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique », *art.cit.*, p. 75.

²⁹³ Celui ci va jusqu'à dire que le recours au principe d'égalité est inutile, « superflu ». Dans l'exemple sur le droit de vote des étrangers résidents, il considère qu'une fois l'importance de la citoyenneté pour le droit de vote définie, le raisonnement peut s'achever là, la réponse est déjà donnée sans qu'il soit nécessaire de passer par le raisonnement sur le principe d'égalité selon lequel les personnes qui sont dans la même situation doivent être traitées de la même façon.

²⁹⁴ WESTEN P., "The empty idea of equality", *art.cit.*, p. 550

individuelle », protégé, comme il a déjà été rappelé, par la garantie constitutionnelle de liberté²⁹⁵. La seconde est que le mariage constitue une association intime sans pareille importance pour les individus. Cet élément du mariage est alors protégé par la garantie constitutionnelle de protection de la vie privée (*privacy*)²⁹⁶, et la Cour injecte aussi une analyse fondée indirectement sur le principe d'égalité en citant *Lawrence* comme protégeant le droit égal pour les couples de personnes du même sexe au respect de leur « association intime » et en considérant que ce droit est nécessaire mais pas suffisant puisque le passage d'un statut de hors la loi à celui de paria est seulement une étape²⁹⁷. La troisième raison pour laquelle le droit de se marier est protégé par la Constitution tient au fait qu'il « protège les enfants et les familles », et se trouve ainsi renforcé par d'autres droits qui lui sont liés de « l'éducation des enfants, procréation et éducation »²⁹⁸. Enfin, le mariage est un droit fondamental garanti par la Constitution car il constitue un socle de la société (« *a keystone of our social order* »)²⁹⁹.

Selon la majorité, la différence de sexe ne fait donc pas partie des raisons pour lesquelles le mariage est un droit fondamental, et surtout elle n'affecte aucune de ces raisons. La différence ou non de sexe des membres du couple ne constitue donc pas une différence essentielle de situation. Cela découle, comme le souligne le professeur Elisabeth Zoller, du fait que « la Cour a rejeté [l']interprétation biologique du principe d'égalité pour se placer sur le terrain de l'égalité sociale, l'égalité des conditions d'existence »³⁰⁰. La différence de sexe des membres du couple ne constitue donc pas un critère pertinent pour apprécier la similitude ou différence de situation. La Cour juge en effet que « les quatre principes et traditions exposés démontrent que les raisons pour lesquelles le mariage est fondamental aux termes de la Constitution s'appliquent avec la même force aux couples de personnes du même sexe »³⁰¹, qu'il n'y a « aucune différence entre les couples de même sexe et de sexes différents en ce qui concerne [le caractère fondamental du droit de se marier] »³⁰². Le fait que la Cour suprême juge qu'il lui revient de trancher la question de savoir si les couples de personnes du même sexe ou de personnes de sexes différents sont dans une situation semblable, sans qu'il soit possible de renvoyer cette appréciation au politique, comme ont pu le faire sur le même

²⁹⁵ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 12 (“*A first premise of the Court’s relevant precedents is that the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy*”)

²⁹⁶ La Cour cite en effet *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) : *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 13

²⁹⁷ En ce sens NICE J.A., “Conjuring “Equal Dignity”: Mapping the Constitutional Dialogue To and From Same-Sex Marriage”, art.cit., p. 379

²⁹⁸ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 14

²⁹⁹ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 16

³⁰⁰ ZOLLER E., « Chronique Cour suprême des Etats-Unis, session d’octobre 2014 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’Étranger*, novembre 2015, n° 6, p. 1649 s.

³⁰¹ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 12 : “*The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples.*”

³⁰² *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 17 : “*There is no difference between same and opposite-sex couples with respect to this principle.*”

sujet le Conseil constitutionnel³⁰³ ou encore la Cour de justice de l'Union européenne³⁰⁴, constitue un des points principaux de désaccord entre les juges de la majorité et les dissidents³⁰⁵.

Non seulement il n'y a pas de différence essentielle de situation vis-à-vis du droit fondamental qui pourrait justifier un traitement différent, mais la Cour considère aussi, en jugeant inconstitutionnelles les législations étatiques, qu'il n'y a pas de légitimité dans le traitement différent de situations qu'elle a jugées semblables. C'est donc à la fois à l'étape de la comparaison des situations et à celle de la justification de la différence de traitement que les lois échouent. La Cour ne le discute pas expressément, mais il faut déduire qu'il n'y a pas d'intérêt d'Etat à maintenir une différence de traitement en retenant une définition hétérosexuée du mariage. Sans lien avec la définition du droit fondamental, la différence de traitement réservée aux homosexuels n'est pas justifiée : le traitement est inégal pour être inégal. Les législations étatiques reposent sur l'idée selon laquelle les unions homosexuelles sont indésirables, or, comme l'indique la Cour, si ces opinions peuvent être entretenues par des personnes privées, la législation ne peut les refléter. Ce qui signifie, même si les mots ne sont pas dits par la Cour, qu'il y a discrimination inconstitutionnelle, découlant d'une « privation suspecte de liberté » selon l'expression du professeur Pamela Karlan³⁰⁶. Et l'absence d'imposition d'un degré de contrôle peut alors être interprétée comme découlant du fait que celui-ci n'est pas nécessaire quand est en cause l'hostilité envers une catégorie de la population, parce qu'il n'y a alors pas d'intérêt gouvernemental légitime qui puisse être invoqué : il y a déjà discrimination au sens fort, et non seulement différence de traitement, et cette discrimination ne peut être justifiée.

La décision *Obergefell* confirme que les Etats ne sont pas libres de déterminer les situations qui doivent être considérées comme essentiellement semblables pour être traitées de manière identique. La liberté d'appréciation des faits par le législateur étatique est ainsi encadrée par l'interprétation que la Cour suprême fait du XIV^e amendement.

³⁰³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 et Décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013

³⁰⁴ CJCE, 17 février 1998, *Grant c. South West Trains Ltd*, C-249/96 : jugeant que les Communautés européennes n'ont pas adopté de normes procédant à une telle assimilation (cité par HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, op.cit., p. 46)

³⁰⁵ Cette opposition renvoie à l'opposition relative à l'intervention de la Cour suprême dans le débat sur le mariage homosexuel, exposée en introduction.

³⁰⁶ KARLAN P.S., "Loving Lawrence", *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Research Paper No. 85, March 2004, p. 4 (qui l'emploie à propos de la décision *Lawrence*)

Conclusion de partie

L'arrêt *Obergefell* juge inconstitutionnelles les dispositions étatiques retenant une définition hétérosexuée du mariage sur le double fondement de la clause de *due process* et de la clause d'égalité protection, aux termes d'un raisonnement qui, comme le souligne le Président Roberts dans sa dissidence, s'éloigne de la méthode habituelle pour trancher les affaires d'égalité protection, mais demeure cohérent avec la jurisprudence antérieure, il le concède, dans la « synergie » retenue entre les deux clauses³⁰⁷. Celle-ci signifie que les clauses sont tellement liées que non seulement le sens de l'une aide à déterminer le sens de l'autre, mais la violation de l'une entraîne celle de l'autre.

La Cour adopte ici une lecture plus unitaire de la Constitution que ce qu'elle a pu faire dans sa jurisprudence antérieure. La violation manifeste du principe d'égalité – les dispositions étatiques sont inégales en elles mêmes³⁰⁸, revient à amoindrir la sphère de liberté qui entoure chaque individu – elle prive totalement les homosexuels d'un droit à la liberté en leur refusant le droit de se marier. La Cour suprême appréhende donc la première section du XIVe amendement dans sa quasi-totalité, de manière holiste plutôt que de manière fragmentée³⁰⁹.

La décision *Obergefell* n'oppose pas la liberté et l'égalité. Au contraire, les deux principes sont complémentaires. Bien sûr, les deux principes sont toujours complémentaires au départ : l'égalité n'a de sens qu'entre individus libres, la liberté est exercée entre égaux. Mais « quand ces deux principes sont effectifs, leur dialectique devient contradictoire, soit par poussées successives vers un déséquilibre ou l'autre, soit par un accent trop exclusif mis par principe et dès le départ sur l'une ou l'autre »³¹⁰. Ici, il semble que la Cour refuse la contradiction des principes de liberté et égalité qu'elle dégage en refusant de voir un déséquilibre qui résulterait de sa décision. L'opinion du juge Kennedy souligne en effet qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté des opposants au mariage homosexuel, qui peuvent toujours penser ce qu'ils veulent et le dire, ni d'atteinte à leur droit fondamental de se marier, par la reconnaissance de celui-ci aux homosexuels³¹¹.

L'égalité consacrée par *Obergefell* est une égalité libérale : au bout du compte, elle exige la neutralité de l'Etat. La décision de la Cour repose, de manière implicite, sur l'idée que les normes

³⁰⁷ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 23 : “The central point seems to be that there is a “synergy between” the Equal Protection Clause and the Due Process Clause, and that some precedents relying on one Clause have also relied on the other. Ante, at 20. Absent from this portion of the opinion, however, is anything resembling our usual framework for deciding equal protection cases.” (nous soulignons)

³⁰⁸ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 22 : “Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal (...)”

³⁰⁹ Du moins dans la totalité de ses clauses vraiment opératoires, et dont nous verrons qu'elles répondent, interprétées ainsi, à l'objectif de l'autre clause de la première section du XIVe amendement (*infra*, Partie 2).

³¹⁰ DELANNOI G., « Deux aspects complémentaires de la liberté », art.cit., p. 151

³¹¹ L'opinion de la Cour insiste sur le fait que selon elle, le mariage homosexuel ne « diminue » pas l'institution du mariage, au contraire : par exemple p. 4

morales (religieuses) ne peuvent justifier les législations étatiques discriminatoires, et en tout cas s'explique par cette considération. C'est ce que jugeait la Cour dans *Romer v. Evans*, affaire dans laquelle se posait déjà le rôle de la religion et de la morale dans le processus politique³¹² : la clause d'égalité implique l'obligation pour l'Etat d'être neutre quand les droits des personnes sont en cause. Comme l'avait dit la Cour dans l'affaire *Palmore v. Sidoti* à travers le juge Burger, « la Constitution ne peut contrôler les préjugés [des personnes privées] mais ne peut non plus les tolérer. Les partis pris privés sont peut-être hors de portée de la loi, mais la loi ne peut, directement ou indirectement, leur donner effet »³¹³. L'arrêt *Windsor* suggérait aussi que les Etats ne peuvent défendre la vision de la sexualité ou de la morale traditionnelle si celle-ci perpétue le statut secondaire, inégal, des homosexuels. La position de neutralité entraîne la conclusion que la Constitution promet la « liberté pour tous ». Pour la majorité, ce qui est au cœur de la décision, son sujet, ce n'est pas l'homosexualité, mais le mariage et l'égalité, alors que les dissidents se consacrent longuement à la question de la liberté religieuse.

C'est la raison pour laquelle ce qui est en cause est un droit à l'indifférence plutôt qu'un droit à la différence. Le principe d'égalité aux Etats-Unis peut être défini rapidement comme contenant à la fois une règle de négation des différences et une règle d'affirmation des différences³¹⁴. Comme l'indique le professeur Joanna Schmidt, « en tant que négation des différences, la règle de l'égalité présente [...] deux aspects : elle interdit d'une part, de créer certaines différences juridiques (consistant dans des atteintes aux droits fondamentaux) ; elle interdit, d'autre part, de tenir compte de certaines différences matérielles (consistant dans des classifications « suspectes ») ». La décision *Obergefell* nous semble être une application de cette égalité-négation des différences. L'idée qui sous-tend la décision est de voir les personnes derrière leur appartenance : comme souligné plus haut, c'est une des raisons expliquant le choix du double fondement du *due process* et de l'égalité protection des lois. La Cour consacre une égalité « personnelle », enracinée dans l'individu, pour reprendre l'expression du professeur Olivier Jouanjan³¹⁵. La doctrine américaine se partage entre ceux qui voient dans le principe d'égalité de l'égalité protection des lois une protection contre les classifications pour protéger l'individu en tant que personne distincte contre la réduction à l'appartenance à une catégorie, et ceux qui y voient une protection contre la subordination³¹⁶. Ici, la

³¹² Voir ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 752

³¹³ 466 U.S. 429, 433 (1984) : «*The Constitution cannot control such prejudices but neither can it tolerate them. Private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect.*»

³¹⁴ SCHMIDT J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique », art.cit.

³¹⁵ JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op.cit., p. 180

³¹⁶ Déjà souligné *supra*, chapitre 1 section 1 (II). Voir en particulier sur ce point SIEGEL R.B., « Equality Talk », art.cit., p. 1473

décision semble réunir les deux approches, quand elle fait référence, après l'égalité, à la dignité.

La Cour suprême reconnaît un droit à l'égalité de traitement, à l'égal accès à une institution étatique existante. Au bout du compte, celui-ci repose sur l'égalité de statut qu'elle constate, qui implique un droit au traitement comme égal. Il ne s'agit plus seulement de l'égalité politique mais également sociale. En consacrant une égalité en libertés, la Cour vise la liberté entre égaux. C'est peut-être ce droit égal à la liberté personnelle qui constitue la « dignité » protégée par la Constitution³¹⁷.

³¹⁷ NICE J.A., "Conjuring "Equal Dignity", art.cit., p. 395

Deuxième partie : L'EGALITE DE STATUT PAR UN PRINCIPE : L'EGALE DIGNITE

La Cour suprême ne se fonde pas seulement sur les deux clauses à la fois mais semble les unir sous un principe, celui d'égalité de dignité.

La notion de principe ne reçoit pas de définition arrêtée. Elle peut ici être définie sommairement comme caractérisant une norme (juridique) non écrite, sous-jacente, qui est soit préexistante au texte – l'origine étymologique l'indiquerait (*principium*, ce qui vient en premier), soit découle d'une lecture extensive des dispositions du système juridique, qui constitue le résultat de la prise en compte de valeurs, et généralement présentée comme préservant la cohérence et l'harmonie du système juridique³¹⁸.

La décision *Obergefell* repose surtout sur des principes constitutionnels : cela est mis en évidence par le recours à la notion de dignité et par les précédents sur lesquels se fonde la Cour, qui appliquent les principes d'autonomie ou encore de *privacy*³¹⁹. Ces principes ne sont pas exprimés expressément dans le texte de la Constitution mais sont présentés comme sous-jacents. Ils sont unis ici dans un principe d'égalité de dignité (chapitre 1). Le style de la décision et la méthode de raisonnement illustrent les interrogations sur le rôle de la Cour suprême et sur ce qu'est le droit constitutionnel américain (chapitre 2).

³¹⁸ Voir, entre autres, MORVAN P., « Principes », in ALLAND D. & RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, op.cit., p. 1203 s., et RAYNAUD P., « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps », *Le juge et le philosophe, Essais sur le nouvel âge du droit*, Armand Colin, 2009, p. 138 s.

³¹⁹ TRIBE L.H., "Equal Dignity: Speaking its Name", art.cit.

Chapitre 1 : L'UNIFICATION DES CLAUSES OPERATOIRES DU XIV^e AMENDEMENT POUR UNE « EGALE DIGNITE AUX YEUX DE LA LOI »

Le recours à la notion de dignité interpelle particulièrement le lecteur de culture juridique européenne et il convient, en étant conscient de cette culture juridique qui mène à une façon particulière d'appréhender le droit, de ne pas trahir, ou forcer une interprétation, tâche rendue plus difficile par le fait que la dignité est peu théorisée et le recours à ce concept peu analysé en droit américain, comme la doctrine américaine le reconnaît et regrette parfois³²⁰. L'expression « égale dignité aux yeux de la loi » n'apparaît en elle-même qu'à la fin de l'opinion de la majorité et n'est pas reprise dans le résumé de la décision (*syllabus*)³²¹. Mais la dignité était au cœur de la décision de la Cour : l'opinion de la Cour y fait référence plusieurs fois (une dizaine), de même que les dissidents, et les plaidoiries s'étaient également concentrées sur la dignité.

Les clauses de *due process* et d'égale protection ne sont pas seulement juxtaposées pour justifier le droit de se marier des homosexuels : l'opinion délivrée par le juge Kennedy semble à la fois les fondre dans un principe d'égale dignité qui les comprendrait toutes les deux³²², et faire découler de l'union des deux clauses un droit à l'égale dignité. C'est cet élément qui peut faire dire que, si la décision insiste sur la liberté dans la forme, ce qui en constitue le fondement est bien l'égalité³²³. La mobilisation de l'égale dignité conduit à s'interroger sur ce qu'est la dignité en droit constitutionnel américain, et à constater que cette notion s'avère assez fuyante. *Obergefell* confirme un renouvellement de la signification de cette notion connue (section 1), mais contestée (section 2), du droit américain.

Section 1 : La dignité d'*Obergefell* : une notion renouvelée du droit constitutionnel américain au service d'une égalité de statut

En droit américain « peu de mots jouent en droit constitutionnel moderne un rôle aussi central alors qu'ils n'apparaissent pas dans la Constitution que celui de dignité »³²⁴. La notion de dignité n'est en effet pas nouvelle, mais la décision *Obergefell* la renouvelle de deux manières. D'abord en présentant l'unité du concept de dignité, en montrant qu'il n'est pas contradictoire de la

³²⁰ Notamment MELTZER HENRY L., "The Jurisprudence of Dignity", 160 U. PA. L. REV. 169 (2011), p. 176, et BARAK A. (trad. KAYROS D.), *Human Dignity, The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 206

³²¹ Il convient de rappeler que celui-ci est fourni à titre indicatif. Aucune autorité de la chose jugée ne lui est attachée, il n'engage pas la Cour.

³²² En ce sens : TRIBE L.H., "Equal Dignity: Speaking its Name", art.cit.

³²³ En ce sens : YOSHINO K., "A new birth of freedom?: *Obergefell v. Hodges*", *Harvard Law Review*, vol. 129, p. 147-179, p. 148 (« made liberty the figure and equality the ground »)

³²⁴ MELTZER HENRY L., "The Jurisprudence of Dignity", art.cit., p. 169

penser comme « dignité-liberté » et « dignité-égalité », et en paraissant déduire des clauses un droit à l'égle dignité, même si celui-ci, renvoyant à l'égalité de statut, n'est pas autonome (I). Ensuite en ayant recours à la dignité pour servir une égale citoyenneté, dans le prolongement de la jurisprudence relative à l'égalité raciale, et plus profondément peut-être une égale humanité (II).

I. Une synthèse partielle des différentes conceptions de la dignité en droit américain

L'arrêt *Obergefell* illustre, notamment par la confrontation de l'opinion de la majorité et des opinions dissidentes, que le concept de dignité en droit américain donne lieu à plusieurs conceptions, mais, en se fondant sur le principe d'égle dignité, la Cour suprême indique que ces conceptions peuvent jouer de manière polyphonique plutôt que « cacophonique »³²⁵. La décision fait en effet un usage de la dignité dans différents sens déjà employés par la jurisprudence (A), qui permettent de révéler, et la décision *Obergefell* le confirme, la fonction principale de la dignité en droit constitutionnel américain : la garantie d'une égalité de statut (B).

A. Les objets de la dignité : un concept protéiforme

La dignité n'apparaît pas dans le texte de la Constitution des Etats-Unis, mais n'est pas pour autant inconnue en droit constitutionnel américain. Dans *Obergefell*, l'opinion de la Cour utilise le mot de dignité à neuf reprises, qui illustrent les différentes conceptions retenues de la dignité par la jurisprudence de la Cour suprême, et semble présenter, dans le prolongement de la jurisprudence relative aux droits des homosexuels, une nouvelle conception de la dignité qui résulte de l'union de la liberté et de l'égalité.

Si quelques Constitutions d'Etats fédérés font référence à la dignité, ce n'est pas le cas de la Constitution fédérale. Comme le souligne le professeur Elisabeth Zoller, « ni la Déclaration d'indépendance (1776), ni la Constitution fédérale (1787), ni le *Bill of Rights* (1791) ne mentionne le concept de dignité. Pourtant, celui-ci existait dans le droit des colonies à l'époque de la fondation des Etats-Unis. Il était en creux dans nombre d'institutions et de règles de la *common law* héritée d'Angleterre, laquelle fut adoptée comme droit commun par chacun des treize Etats qui s'unirent pour former « une Union plus parfaite », moyennant quelques ajustements pour l'adapter à la société égalitaire du Nouveau Monde (...) »³²⁶. Absente du texte de la Constitution, la dignité est considérée dans la jurisprudence, bien que ce soit contesté, comme imprégnant l'ensemble de la Constitution.

³²⁵ Selon l'expression de MELTZER HENRY L., "The Jurisprudence of Dignity", art.cit., p. 169

³²⁶ ZOLLER E., « Le concept de dignité dans le droit américain », *Mélanges Badinter*, à paraître

Son absence semble donc depuis longtemps être une « absence irradiante », pour reprendre l'expression du professeur Laurence Burgorgue-Larsen qui fait ce constat à propos de la dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³²⁷. C'est notamment ce qui ressort des opinions et écrits du juge Brennan, pour lequel la Constitution, et en particulier le *Bill of Rights*, « expriment un engagement audacieux à l'idéal de dignité protégé par le droit »³²⁸, et sont « une oraison sublime sur la dignité humaine »³²⁹.

La Cour suprême a pour la première fois fait référence explicitement à la dignité dans sa décision *Glasser v. United States* (1942) à travers l'opinion individuelle du juge Frankfurter, qui qualifiait les garanties du *Bill of Rights* « de clauses de sauvegarde de la liberté et de la dignité »³³⁰. A partir de cette première occurrence, la doctrine a souligné la diversité des recours à la dignité dans la jurisprudence : la notion a été utilisée, aussi bien par les juges libéraux que par les juges conservateurs d'ailleurs, au service de plusieurs clauses – dans l'application des amendements I, IV, V, VI, VIII³³¹, IX, XI, XIV et XV, dont la Cour suprême a jugé qu'ils étaient sous-tendus par l'idée de dignité³³², et a revêtu plusieurs sens. La dignité en droit américain se présente, à première vue, comme un principe interprétatif et non un droit autonome.

En s'appuyant notamment sur la typologie élaborée par le professeur Leslie Meltzer-Henry, régulièrement reprises par la doctrine, il est possible de distinguer schématiquement cinq conceptions de la dignité dans la jurisprudence de la Cour suprême, dont plusieurs sont reprises dans *Obergefell*.

S'agissant de celles qui ne semblent pas jouer dans la décision sur le mariage pour les homosexuels, la première est la dignité comme statut institutionnel, conception adoptée dans la jurisprudence relative à l'outrage à magistrat ainsi que dans celle relative à la doctrine des immunités souveraines, que ce soit des Etats étrangers ou des Etats fédérés³³³. Une autre conception

³²⁷ BURGORGUE-LARSEN L., « La dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit & justice, 2010, p. 55

³²⁸ Cité par MELTZER HENRY L., « The Jurisprudence of Dignity », art.cit., p. 171

³²⁹ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 224

³³⁰ ZOLLER E., « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions, n°4, 2014, p. 3

³³¹ C'est pour l'instant principalement dans ce cadre que la dignité est mobilisée, à la suite de l'arrêt *Trop v. Dulles*. Le professeur Elisabeth Zoller souligne ainsi que la dignité est une « notion centrale de la répression pénale » (art.cit.), et le juge Kennedy a saisi l'occasion de rappeler dans l'opinion qu'il rédigeait pour la Cour dans l'affaire *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551, 560 (2005)) que « le VIII^e amendement réaffirme le devoir du gouvernement de respecter la dignité de toute personne ».

³³² MELTZER HENRY L., « The Jurisprudence of Dignity », art.cit., p. 181

³³³ La Cour suprême s'est d'ailleurs fondée sur « l'égalité de dignité des Etats » pour trancher l'affaire du *Voting Rights Act* la même année que *Windsor* dans l'arrêt *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. _ (2013)

renvoie à « l'intégrité personnelle » comme dignité, et entre en jeu dans la jurisprudence relative à la diffamation et dans celle relative aux perquisitions notamment.

D'autres conceptions de la dignité sont reprises dans la décision *Obergefell*, à travers les différents précédents qu'elle cite. La première est la conception de la dignité comme égalité ou « dignité-égalité ». Celle-ci découle de l'abrogation des titres nobiliaires par la ratification de la Constitution, marque du rejet de la tradition anglaise des privilèges, et de manière plus générale de l'idée, partagée par les droits européens, selon laquelle les hommes sont dignes parce qu'ils ont un trait commun qui mérite la reconnaissance – historiquement d'abord parce qu'ils sont à l'image de Dieu, ensuite parce qu'ils sont dotés de Raison. Cette dignité est alors à la fois universelle et intangible, parce qu'elle est attachée à la personne humaine. C'est la dignité dont parle le juge Thomas dans *Obergefell*, nous y reviendrons. Cette conception de la dignité est apparente dans la jurisprudence relative à l'égalité raciale, dans laquelle la Cour suprême a souligné l'atteinte à la dignité dans la catégorisation d'individus. C'était déjà le cas dans l'affaire *Korematsu*³³⁴, et les juges Kennedy et Roberts s'étaient fondés sur cette conception dans l'arrêt *Parents Involved*, en retenant qu'« une catégorisation raciale est incompatible avec la dignité des individus dans notre société »³³⁵. Surtout, la conception de dignité-égalité est apparente dans plusieurs précédents cités par la Cour au soutien de sa solution dans *Obergefell* : dans l'affaire *Skinner v. Oklahoma*, le juge Jackson indiquait dans son opinion individuelle que, sans qu'il soit nécessaire de s'étendre sur ce point, il convenait de souligner qu'il y a des limites au pouvoir des Etats de se livrer à des expériences biologiques au mépris de la dignité d'une minorité³³⁶, et dans l'affaire *Windsor* la majorité menée par Kennedy faisait de nombreuses références à la dignité et la convoquait au service de l'égalité, en jugeant notamment que les législations étatiques reconnaissant le mariage homosexuel entendaient protéger l'égale dignité des personnes homosexuelles³³⁷. La dignité-égalité était distinguée chez le professeur Meltzer-Henry de la dignité « comme vertu collective », mais il semble pertinent de les rapprocher davantage ici car celle-ci se rattache à une même idée de dignité de la personne humaine, indisponible, selon laquelle une personne ne peut renoncer à sa dignité sans porter atteinte à la dignité de la personne humaine. Cette conception, qui renvoie aux exemples de l'esclavage ou de la prostitution par exemple, peut conduire à neutraliser la dernière conception de la dignité, rattachée à l'autonomie. La dernière conception de la dignité est cette dignité-liberté : l'homme est digne parce qu'il est autonome, il mérite le respect parce qu'il a une capacité de choix.

³³⁴ *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, 240 (1944). Etait en cause le regroupement forcé des Américains de descendance japonaise dans des camps d'internement. Le juge Murphy indique dans sa dissidence que, quels que puissent être ses buts, valider ce « traitement abject et ignoble de groupes minoritaires [qui consiste à classer les individus par leur race] revient à adopter le plus cruel des moyens trouvés par nos ennemis pour détruire la dignité de l'individu » (traduction ZOLLER E., « Le concept de dignité dans le droit américain », art.cit.)

³³⁵ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 797 (2007)

³³⁶ *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 546 (1942)

³³⁷ *Windsor v. US*, notamment p. 26

Il s'agit alors d'une « dignité personnelle » plutôt que d'une dignité de la personne humaine. C'est la conception retenue principalement dans deux arrêts, sur lesquels se fonde la Cour dans *Obergefell v. Lawrence*, consacrant la protection de la liberté des choix intimes et personnels³³⁸, et *Planned Parenthood v. Casey*, dans lequel la Cour jugeait inconstitutionnelle l'obligation pour une femme de prévenir son conjoint lorsqu'elle souhaite avorter, au motif que ce choix relève des choix centraux à l'autonomie de la personne et à sa dignité, au cœur de la liberté protégée par le XIV^e amendement. Dans cette ligne de jurisprudence, la Cour rattache à la dignité l'autonomie comme liberté d'effectuer des choix fondamentaux définissant la conception par l'individu « de l'existence, du sens, de l'univers et du mystère de la vie humaine »³³⁹, ce qui la rapproche de la liberté de conscience³⁴⁰, fréquemment rattachée à la dignité, et juge que les individus peuvent opérer des choix et « conserver leur dignité de personnes libres ». La liberté est alors appréhendée par le biais de la dignité : elle est conçue comme un attribut lié à la qualité de la personne dotée de dignité. C'est ce qui ressort de la décision *Obergefell* : la reconnaissance de liberté, celle de se marier, découle de la reconnaissance de dignité.

Le fondement de « l'égalité de dignité » dans *Obergefell* ne constitue donc pas une nouvelle formulation. Mais l'apport d'*Obergefell* réside dans le lien de la liberté et de l'égalité sous le principe d'égalité de dignité : la Cour ne se fonde pas sur la conception de dignité-égalité ou de dignité-liberté, mais semble inclure et la dignité-liberté, et la dignité-égalité, dans le principe d'« égale dignité ». L'égalité de dignité protège ici non seulement la liberté de faire des choix, mais implique le respect de ces choix et des personnes en tant qu'elles font ces choix (de se marier), et impose d'écarter l'orientation sexuelle des critères pris en compte. En permettant de mettre en évidence le lien entre la dignité, la liberté et l'égalité, la décision fait écho à « l'intime connexion »³⁴¹ entre les trois principes déjà soulignée en Europe. Cette connexion est particulièrement théorisée en droit allemand, dans lequel la dignité, le libre développement et l'égalité constituent le « trépied sur lequel repose le système global des valeurs de la Constitution »³⁴². Le lien y est présenté comme évident : dès lors que la dignité « garantit à tout être humain la qualité de sujet de droit », elle est « la matrice des deux autres principes » : « la liberté d'abord, puisqu'un sujet ne peut être qu'un sujet par principe libre, et l'égalité ensuite, puisque la dignité est une qualité de tout être humain »³⁴³. Et le droit de l'Union européenne avait aussi fait de l'égalité une composante de la dignité en la liant à

³³⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 567, 578-579 (2003)

³³⁹ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992) (“At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life.”)

³⁴⁰ En ce sens ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit. p. 819.

³⁴¹ Expression empruntée à JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op.cit., p. 171

³⁴² *Ibid.*, p. 170

³⁴³ JOUANJAN O., « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe », art.cit., p. 5 (et soulignant la parenté avec l'impératif catégorique kantien)

la liberté, en jugeant par exemple dans une affaire relative à l'égalité de traitement des travailleurs transsexuels que « tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger »³⁴⁴.

L'autre apport de la décision *Obergefell* à la réflexion sur la dignité en droit américain réside dans le fait que la majorité semble remettre en cause l'analyse retenue par une partie de la doctrine de la dignité comme ne constituant pas un droit mais tout au plus un « principe d'interprétation » ou une « valeur constitutionnelle »³⁴⁵. La jurisprudence de la Cour semble en effet utiliser la dignité plutôt comme un principe constitutionnel guidant l'interprétation quand elle juge que la dignité fonde les droits écrits et non énumérés des clauses de la Constitution, et en cela le droit américain se rapproche des droits de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁴⁶. Mais, ici, la Cour déduit des clauses du XIV^e amendement qui fondent son raisonnement un « droit » au respect de la dignité : « Ils réclament une égale dignité devant la loi. La Constitution leur garantit ce droit »³⁴⁷. Ce droit protégé par le principe d'égale dignité, c'est l'égalité de statut.

B. La fonction du principe de dignité : une garantie constitutionnelle de l'égalité de statut

Une certaine unité du concept de dignité du droit américain peut être trouvée dans la fonction de la dignité qui semble être première et est adoptée dans la décision *Obergefell*. En droit américain, et c'est ce que confirme *Obergefell*, la dignité renvoie à un statut, et la fonction du principe constitutionnel de dignité semble être la protection de ce statut. C'est la raison pour laquelle le juge Kennedy parle dans ses opinions sur le mariage des couples de personnes du même sexe de dignité « conférée par l'Etat », d'« améliorer » la dignité³⁴⁸. Il ne s'agit plus de statuts privilégiés comme ce à quoi renvoyait l'ancienne notion de *dignitas*, mais du statut de membre égal dans la société. La dignité semble se résumer « au droit de tout individu à être traité avec égale dignité et égal respect, quelles que soient les particularités du groupe auquel il se rattache »³⁴⁹. Cette lecture de la dignité comme constituant un statut, et du principe de dignité comme protégeant un statut, est apparente

³⁴⁴ Affaire *P. c. S. et Cornwall County Council*, C-13/94, 30 avril 1996 point 22, rappelée par DUBOUT E., « La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *La dignité saisie par les juges en Europe, op.cit.*, p. 89

³⁴⁵ Voir notamment BARROSO L.R., « Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse », 35 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012), p. 347

³⁴⁶ Voir DUBOUT E., « La dignité dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », art.cit., p. 91 ; GREWE C., « La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Conférence-débat du CDPC sur la dignité de la personne humaine, Cycle « Les valeurs du droit public », 2014, p. 3

³⁴⁷ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 28

³⁴⁸ Particulièrement dans *Windsor*, Opinion de la Cour, p. 18, p. 21 ; *Obergefell*, *Oral arguments transcript*, p. 73

³⁴⁹ ZOLLER E., « Le concept de dignité dans le droit américain », art.cit.

dans l'opinion de la Cour dans *Obergefell*, qui fait référence à la dignité comme protection de l'insertion de l'individu dans la société : la reconnaissance d'un égal accès au mariage pour les homosexuels respecte leur dignité non seulement parce que le mariage est le fruit d'un choix personnel mais parce qu'il leur confère le statut de couple marié inséré dans la société.

Cette lecture s'inscrit dans la ligne de jurisprudence utilisant la dignité pour faire obstacle à l'exclusion. Par exemple, dans l'arrêt *Trop v. Dulles* la Cour Warren invoquait le principe de dignité pour juger contraire à la clause de traitement cruel et inhabituel une loi sanctionnant les déserteurs de déchéance de nationalité au motif que celle-ci aboutissait à une « destruction complète du statut de l'individu dans une société organisée [...] détruisait la place de l'individu dans la cité qu'il a fallu des siècles pour établir [...] privait le citoyen de son statut dans la communauté politique nationale et internationale, [et] faisait violence aux principes cardinaux qui sous-tendent la Constitution »³⁵⁰. De même, dans la jurisprudence sur les droits des homosexuels et sur les droits des femmes, la Cour s'est fondée sur le lien qu'entretenaient les mesures avec la conception qu'elle entraînait du statut de l'individu dans la société³⁵¹.

En ce sens, le concept de dignité semble se confondre avec celui d'égalité. Le langage de la Cour dans *Obergefell* est parlant : elle conclut sur le droit à l'« égale dignité aux yeux de la loi » – donc égalité devant la loi, qui impose aux Etats de traiter tout individu avec égal respect, et elle fait référence au fait que la classification des individus viole l'égale dignité³⁵². La décision illustre donc l'argument selon lequel « le concept de dignité dans le droit américain s'absorbe tout entier et se confond avec l'idée d'égalité », car « ce n'est pas une valeur, un idéal vers lequel le droit doit tendre [...] mais un statut, une réalité sociale que le droit doit garantir »³⁵³. Le recours à la dignité dans *Obergefell* en lien avec l'égalité peut indiquer que, si la dignité peut être considérée comme un droit, un droit à l'égale dignité, il ne s'agit pas d'un droit autonome. En tout cas, la dignité ne fait pas l'objet d'une utilisation autonome, elle ne fonde pas à elle seule la décision. La dignité du droit américain n'a donc pas la même force que la dignité consacrée par les droits européens et en particulier le droit allemand.

La décision *Obergefell* confirme la réticence de la Cour suprême à consacrer la dignité de la personne humaine comme concept autonome, qui ne serait « pas attachée à un individu en particulier, mais qui est de portée universelle, qui n'est pas concrète, mais abstraite »³⁵⁴.

³⁵⁰ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101-102 (1958), traduit en partie et commenté in ZOLLER E., Les grands arrêts, op.cit., p. 299 s. (dont la traduction est tirée)

³⁵¹ C'est le cas dans *Lawrence* et dans *Planned Parenthood* notamment.

³⁵² *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 21 (sur les discriminations envers les femmes : « *These classifications denied the equal dignity of men and women* »)

³⁵³ C'est ce que retient le professeur Elisabeth Zoller (« Le concept de dignité dans le droit américain », art.cit.)

³⁵⁴ *Ibid.*

Si la dignité du droit américain semble pouvoir se réduire à une déclinaison du principe d'égalité, le recours à la notion d'égale dignité conduit à prolonger la jurisprudence de la Cour rendue sur le fondement de la clause d'égale protection des lois ou de la clause de *due process*. Cette égale dignité aux yeux de la loi que protège le XIV^e amendement dans cette union des clauses de liberté et d'égalité sous un principe d'égale dignité, c'est plus précisément une égale citoyenneté.

II. L'égale dignité : une égale citoyenneté et une égale humanité

L'égale dignité à laquelle la Cour reconnaît un droit dans *Obergefell* se confond avec le principe d'égalité au sens de l'égale liberté et de la liberté entre égaux, et permet de garantir une égale citoyenneté (A), voire une égale humanité (B).

A. L'égale citoyenneté : l'unification des clauses comme réponse à la neutralisation de la clause des privilèges et immunités

C'est ici qu'on peut considérer que c'est le caractère inadmissible de la variation dans la protection des droits des citoyens américains selon leur Etat de résidence qui fonde, implicitement puisque la Cour ne fait pas référence au fédéralisme ni à l'égale citoyenneté explicitement, l'inconstitutionnalité des dispositions litigieuses. La décision *Obergefell* s'inscrit dans un courant jurisprudentiel d'extension des clauses opératoires du XIV^e amendement qui contourne la neutralisation de la troisième clause du XIV^e amendement, celle des privilèges et immunités des citoyens, pour garantir une égale citoyenneté. Elle dépasse cette jurisprudence en unissant les deux clauses pour atteindre cet objectif.

La clause des privilèges et immunités, selon laquelle « aucun Etat ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des Etats-Unis », était destinée à protéger les droits des citoyens des Etats-Unis contre leurs Etats, c'est-à-dire tous les droits naturels et découlant du *Bill of Rights*³⁵⁵. La Cour suprême l'a rapidement « neutralisée » en jugeant que la clause ne protégeait que les droits attachés à la citoyenneté fédérale, interprétés de manière très restrictive, et non ceux qui découlaient de la qualité de citoyen de l'Etat, et qu'elle n'avait donc « pas pour objet d'instituer un contrôle sur le pouvoir que les gouvernements des Etats fédérés exercent sur les droits de leurs propres citoyens »³⁵⁶. Le fondement de la clause des privilèges et immunités pour protéger les droits des citoyens des Etats-Unis a donc été abandonné au profit de

³⁵⁵ ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 115

³⁵⁶ *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1872) (ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 101)

celui de la clause de *due process*, en particulier dans son volet matériel, et de la clause d'égalité protection des lois, notamment pour garantir une égale citoyenneté aux Noirs. Cela fait dire à une partie de la doctrine, plutôt textualiste, que la protection de la liberté et de l'égalité des citoyens pourrait être réunie sous la clause des privilèges et immunités plutôt que d'étendre les clauses de procédure régulière de droit et égale protection³⁵⁷.

Ce n'est pas la voie qu'emprunte la Cour dans *Obergefell*, en préférant se fonder sur les deux clauses à la fois et les réunissant sous l'égalité de dignité. Cette unification des clauses opératoires du XIV^e amendement sous le principe d'égalité de dignité parvient à ce que la clause des privilèges et immunités était originellement destinée à faire³⁵⁸, à savoir protéger une égale citoyenneté³⁵⁹ : l'égalité des droits (et responsabilités), la même participation, à la fois des homosexuels par rapport aux hétérosexuels, et des homosexuels des Etats dont les législations refusent le mariage des couples de personnes du même sexe et de ceux qui le reconnaissent. La décision *Obergefell* est dans la logique de la conception de la citoyenneté des amendements de la reconstruction, qui est celle d'une citoyenneté « indissociable du droit à la dignité », interdisant l'exclusion du groupe³⁶⁰. Elle prolonge *Lawrence*, qui selon le professeur Reva Siegel protégeait « le droit d'être traité comme membre à part entière de la société, pas exclu, subordonné ou dénigré »³⁶¹.

Comme le souligne le professeur Elisabeth Zoller, la citoyenneté suppose d'être considéré comme un membre respecté et responsable de la société organisée, de pouvoir participer à celle-ci par des échanges avec les autres citoyens³⁶². Le principe d'égalité de dignité, qui a valeur constitutionnelle³⁶³, « interdit à la société organisée de traiter un individu en membre d'une caste inférieure ou dépendante, ou en non-participant »³⁶⁴. Il ressort d'*Obergefell* que c'est précisément ce que protègent les deux clauses en garantissant un droit au mariage y compris pour les couples homosexuels. Il s'agit de garantir l'accès à « une institution centrale de la société », de leur permettre de participer à cette institution qui « demeure une pierre angulaire de la communauté nationale »³⁶⁵. La décision *Obergefell* fait référence à l'idée d'égalité de dignité à la fois dans le raisonnement consacré à l'identification du droit fondamental de se marier et dans celui portant sur

³⁵⁷ Défendant cette position : GREEN C.R., *Equal citizenship, Civil Rights, and the Constitution, The original sense of the privileges or immunities clause*, New York / London, Routledge, 2015, p. 5

³⁵⁸ En ce sens TRIBE L.H., "Equal dignity: speaking its name", art.cit., p. 20

³⁵⁹ GREEN C.R., *Equal citizenship, op.cit.*

³⁶⁰ Voir CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, op.cit.*, p. 264

³⁶¹ R.B. SIEGEL, citée par YOSHINO K., "Antihumiliation principle and same-sex marriage", 123 YALE L.J. 3076 (2014), p. 3083

³⁶² ZOLLER E., *Les grands arrêts, op.cit.*, p. 133

³⁶³ En ce sens KARST K.L., "The liberties of equal citizens : groups and the due process clause", 55 UCLA Law Review 99 (2007), p. 99-143

³⁶⁴ CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, op.cit.*, p. 260

³⁶⁵ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 17 ("It demeans gays and lesbians for the State to lock them out of a central institution of the Nation's society.") et p. 16 ("Marriage remains a building block of our national community"; "a great public institution, giving character to our whole civil polity")

la clause d'égalité de protection. Comme cela a déjà été relevé, la Cour se fonde sur le fait que le droit de se marier est particulier en ce qu'il permet d'accéder à d'autres droits, il constitue un « portail » (*gateway right*), et c'est pour cela qu'il est un « droit fondamental ». L'analogie peut être faite avec le droit de vote, qualifié de droit fondamental, ou l'éducation : dans sa décision *Brown*, la Cour se fondait notamment sur le fait que l'éducation est « le fondement même d'une bonne citoyenneté » pour juger que la ségrégation scolaire était contraire à la clause d'égalité de protection des lois, protégeant l'égalité des droits entre les citoyens et non seulement entre les élèves³⁶⁶. La majorité de Kennedy considère ici que refuser l'accès à l'institution du mariage, c'est refuser l'accès à « ce qui est dans les faits le socle de la citoyenneté moderne »³⁶⁷. C'est ce qu'avait retenu la Cour suprême californienne en 2008 : réserver le mariage aux couples hétérosexuels conduit à refuser le respect et la dignité attachés au mariage aux familles homosexuelles, ce qui « perpétue une vision des homosexuels et des couples homosexuels comme citoyens de seconde zone »³⁶⁸. Il ressort d'*Obergefell* que c'est à la fois parce qu'il y a égalité de citoyenneté et pour l'égalité de citoyenneté que le droit de se marier pour les homosexuels est garanti par la Constitution.

La décision *Obergefell* amène à souligner que la citoyenneté aux États-Unis se définit par les droits – comme l'indiquait le juge Harlan dans sa dissidence dans l'arrêt des *Civil Rights Cases*, elle est jouissance des droits civils³⁶⁹, et est faite surtout de droits (plus que de devoirs)³⁷⁰. Elle s'inscrit donc dans la tradition de *common law*, et du droit anglais dans lequel la citoyenneté est conçue comme une « citoyenneté d'appartenance ». *Obergefell* confirme aussi l'emprise du droit fédéral sur la définition par les États de la citoyenneté au sens de la participation à la société. C'est en ce sens aussi que la décision modifie l'équilibre du fédéralisme américain.

Le recours aux deux clauses et au principe de dignité peut être considéré comme permettant à la Cour à la fois de répondre à la neutralisation de la clause des privilèges et immunités, et de marquer le rôle que se reconnaît le juge. S'il intervient, c'est pour garantir une participation à la société. La Cour se limite alors à son rôle de juge constitutionnel comme protecteur des minorités en leur permettant la participation à la société dans les mêmes conditions que la majorité. *Obergefell* se situe là dans la logique de la jurisprudence relative à l'égalité raciale. Sur ces questions d'égalité

³⁶⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, 493 (1954), commenté in ZOLLER E., *Les grands arrêts*, *op.cit.*, p. 285 s., p. 292

³⁶⁷ NICOLAS P., « Fundamental Rights in a Post-*Obergefell* World », *art.cit.*, p. 25

³⁶⁸ *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384, 400, 402 (Cal. 2008) (« *perpetuating an understanding of gay individuals and same-sex couples as 'second-class citizens'* »). La Cour suprême du Massachusetts avait suivi le même raisonnement dans son arrêt *Goodridge*.

³⁶⁹ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883) (ZOLLER E., *Les grands arrêts*, *op.cit.*, p. 122 s.

³⁷⁰ ZOLLER E., « La citoyenneté aux États-Unis : une valeur en perpétuel devenir », Conférence-débat du CDPC sur la citoyenneté, Cycle « Les valeurs du droit public », 14 février 2013

entre les individus, la Cour ne tolère pas de différence dans la protection des droits des citoyens selon leurs Etats de résidence.

B. Le recours à la notion de dignité : une égale humanité ?

Le recours à la notion de dignité peut être interprété comme dépassant la notion d'égale citoyenneté et renvoyant à celle d'égale humanité. La question de l'apport du recours à la dignité se pose dès lors qu'est constatée le peu d'autonomie du concept de dignité par rapport au principe d'égalité.

Dans *Obergefell* comme dans les autres décisions faisant référence à la dignité, la Cour veut non seulement montrer que la Constitution protège un statut d'égal citoyen, mais aussi qu'elle le fait parce que les personnes bénéficiant de cette protection ont une commune humanité. Le juge Scalia le montre dans *Windsor*, en critiquant le fait que la majorité fasse passer les opposants au mariage homosexuel pour des « ennemis de la race humaine »³⁷¹.

La protection d'une égale citoyenneté repose sur l'idée d'une égale humanité, sur l'interdiction du déni d'humanité. Si on peut considérer que la Cour suprême force à la tolérance³⁷², c'est-à-dire à l'acceptation de la différence même sans approbation de celle-ci, c'est parce qu'on peut déduire du principe de dignité qu'il impose une égalité de reconnaissance, le constat selon lequel si l'on dépouille l'individu de « caractéristiques contingentes et accidentelles, il reste une qualité humaine essentielle qui mérite un certain respect »³⁷³. C'est peut-être ici que se trouve l'autonomie du principe de dignité : dans ce qu'il impose la reconnaissance. Et cette reconnaissance se concrétise par différents droits, et notamment ceux à des relations personnelles et sociales, qui sont constitutives de l'individu.

L'idée de la protection constitutionnelle d'une égale humanité se heurte cependant à la réticence de la Cour suprême de consacrer un principe constitutionnel de dignité de la personne humaine autonome et objectif.

³⁷¹ *Windsor v. US*, Opinion dissidente du juge Scalia, p. 21

³⁷² En ce sens notamment ZOLLER E., « Chronique Cour suprême des Etats-Unis, session d'octobre 2014 », art.cit.

³⁷³ Francis Fukuyama sur la dignité, cité par le professeur Xavier Bioy (« Le concept de dignité », art.cit., p. 35)

Section 2 : L'égalité de dignité : des critères et des critiques connus

La décision *Obergefell* se démarque dans le fait qu'elle associe la liberté et l'égalité par l'entremise de la dignité. Cependant, ni les critères d'identification d'une atteinte à l'égalité de dignité (I) ni les critiques du recours à la dignité (II) ne sont nouveaux. La décision en propose juste une nouvelle formulation.

I. Les critères de l'atteinte à l'égalité de dignité

Aux Etats-Unis, la dignité est éclatée. L'atteinte à la dignité ne fait pas l'objet d'un critère délimité comme elle le fait par exemple en droit allemand avec la « formule de l'objet »³⁷⁴. Dans *Obergefell* comme dans la ligne de jurisprudence dans laquelle s'inscrit la Cour, parce que la dignité revient à une égalité de statut, la Cour s'appuie sur les critères dégagés pour constater une violation de la clause d'égalité de protection des lois. Elle se fonde sur les effets des mesures plutôt que sur l'intention qui les motive, en préférant le critère de l'imposition d'un stigmate (A), qui la conduit à prendre en compte la réception du droit (B).

A. Les effets plutôt que l'intention : le stigmate plutôt que l'hostilité

La Cour suprême constate une atteinte au droit à l'égalité de dignité des couples homosexuels par les législations étatiques en ce qu'elles les humilient (*humiliate*), rabaissent (*demean*), leur imposent un stigmate (*stigmatize*). Les occurrences du vocabulaire de la stigmatisation ou humiliation sont nombreuses.

Ce critère revient à reprendre celui retenu par une des approches sur le fondement de la clause d'égalité de protection des lois. Les antinomies qui s'y rattachent ont déjà été abordées : la clause peut être lue comme ayant pour fonction l'interdiction de la subordination, ou celle de la classification, amenant à s'intéresser aussi aux effets d'une mesure ou seulement à l'objectif poursuivi.

La notion d'égalité de dignité fonde la lecture de la clause d'égalité de protection comme protégeant contre l'humiliation ou la subordination³⁷⁵. Elle opère donc un retour à une interprétation de la

³⁷⁴ Voir JOUANJAN O., « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions n°2, 2014, p. 4

³⁷⁵ La distinction subtile opérée par la doctrine entre l'interdiction de l'humiliation ou l'interdiction de la subordination nous semble sans incidence ici, puisque les deux approches peuvent être réunies comme désignant la protection de la dignité, comme chez YOSHINO K., « Antihumiliation principle and same-sex marriage », art.cit.

clause qui avait été oubliée (remplacée par le principe d'interdiction des classifications). La lecture de l'égalité de protection comme interdiction de la subordination se fonde sur le fait que le XIV^e amendement a été adopté pour renverser la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Dred Scott*³⁷⁶. En en renversant le dispositif, l'amendement aurait aussi renversé les motifs de la décision, selon laquelle les Noirs étaient considérés comme tellement inférieurs qu'ils n'avaient pas de droits que les Blancs doivent respecter, et aurait donc prohibé toute stigmatisation entreprise par les moyens du droit – ce qui trouve un écho dans l'opinion dissidente du juge Harlan dans l'arrêt *Plessy*, selon lequel il est de l'intérêt de tous que le gouvernement encourage l'égalité et ne tolère pas que « les graines de la haine soient plantées sous couvert de la loi »³⁷⁷. L'égalité de dignité renvoyant à l'égalité de statut, il en découle que ce qui est interdit n'est pas « la pensée impure » mais qu'elle garantit une protection contre « l'humiliation institutionnalisée », selon la théorie du professeur Bruce Ackerman³⁷⁸, et garantit une « pleine mesure de dignité pour tous »³⁷⁹. Cette approche se fonde particulièrement sur l'arrêt *Brown*, qui traduirait la Constitution dans ces mots : « tu n'humilieras point »³⁸⁰.

Selon le professeur Gwenaëlle Calvès, « placer la notion de stigmatisme au fondement de la clause d'égalité de protection des lois, c'est définir la discrimination comme déni d'humanité ou refus de reconnaissance »³⁸¹. Il ressort de la jurisprudence qu'une mesure impose un stigmatisme si elle identifie une personne par une caractéristique et en fait découler un statut d'infériorité. La jurisprudence demeure ambiguë sur le point de savoir si le stigmatisme est toujours ou non le fruit d'une volonté de stigmatiser³⁸², traduction de la querelle des approches par l'intention – il y a alors stigmatisme lorsque la mesure est motivée par la volonté d'exclure, un sentiment de supériorité ou d'animosité (*animus*), ou par l'effet – il y a stigmatisme dès qu'est constatée la relégation de l'individu au statut de citoyen de seconde zone³⁸³. La jurisprudence évite plutôt, et l'arrêt *Obergefell* le confirme, la prise en compte de l'intention, qui peut être considérée comme présumée mais cela signifie en tout cas que les requérants n'ont pas à prouver l'intention de discriminer.

Dans *Obergefell*, la Cour préfère se fonder sur le « stigmatisme » (*stigma*) subi plutôt que sur « l'animosité » (*animus*) révélée par la démarche du législateur. L'arrêt se démarque sur ce point de *Windsor*, dans lequel la même majorité semblait se fonder sur le fait que le Congrès avait fait preuve

³⁷⁶ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857)

³⁷⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 560 (1896) (“*The destinies of the two races in this country are indissolubly linked together, and the interests of both require that the common government of all shall not permit the seeds of race hate to be planted under the sanction of law.*”)

³⁷⁸ ACKERMAN B., *We the People: The Civil Rights Revolution*, op.cit., p. 128

³⁷⁹ TRIBE L.H., *American constitutional law*, Mineola NY, The Foundation Press, 1978, p. 1516

³⁸⁰ “*Thou shalt not humiliate*”: ACKERMAN B., *We the People: The Civil Rights Revolution*, op.cit., p. 154

³⁸¹ CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, op.cit., p. 260

³⁸² *Ibid.*, p. 269

³⁸³ En ce sens BARNES M.L. & CHEMERINSKI E., “*The Once and Future Equal Protection Doctrine?*”, art.cit., p. 1083

d'une intention malveillante et hostile. Elle avait relevé que, parce que traditionnellement la définition du mariage appartient aux Etats, l'intervention du Congrès par le vote du *DOMA* indiquait que la loi « cherchait à porter préjudice » aux couples homosexuels mariés³⁸⁴, que son but était un « simple désir de faire du mal »³⁸⁵. L'arrêt *Windsor* utilisait tout de même la rhétorique de l'humiliation³⁸⁶, et ne se concentrait pas uniquement sur le but mais aussi sur les « effets nécessaires » des mesures³⁸⁷, montrant par là qu'il n'était pas seulement question de savoir si les mesures étaient motivées par l'intention de blesser mais si elles le faisaient effectivement. Selon le professeur Bruce Ackerman, l'opinion délivrée par Kennedy traitait d'ailleurs la question des « buts suspects » de manière secondaire, et insistait plutôt sur les maux (*evils*) de l'humiliation institutionnalisée³⁸⁸. Ce constat peut en tout cas être repris à propos d'*Obergefell*, qui se concentre sur le préjudice subi par les couples d'homosexuels et leurs familles et ne fait plus référence directement à des intentions malveillantes animant les dispositions litigieuses.

Une explication de la différence d'approche réside dans le fait que le lien entre le refus de l'ouverture du mariage aux couples de personnes du même sexe et l'hostilité envers les homosexuels a pu être présenté comme fragile, parce que le mariage a toujours été réservé aux couples hétérosexuels, y compris dans des sociétés dans lesquelles l'homosexualité était acceptée – c'était l'argument du juge Alito lors des plaidoiries³⁸⁹, ou simplement parce qu'il est lié à la procréation³⁹⁰. S'oppose néanmoins à ces arguments le fait que les dispositions contestées étaient des constitutionnalisations de la définition hétérosexuée du mariage, en réaction aux mouvements de reconnaissance du mariage pour les homosexuels, et pouvaient donc difficilement être présentées comme neutres vis-à-vis des homosexuels. La différence d'approche entre *Windsor* et *Obergefell* s'explique donc plutôt par le fait que le jugement selon lequel le Congrès était animé d'une intention malveillante avait provoqué beaucoup des critiques des dissidents³⁹¹, et par la différence de contrôle opérée par la Cour face au législateur fédéral ou étatique.

La décision *Obergefell* se fonde donc sur le préjudice imposé, voire sur le préjudice subi. Le stigmatisme est en effet défini aussi par rapport au sentiment induit chez les victimes de la violation du

³⁸⁴ *Windsor v. US*, p. 20 (“*DOMA seeks to injure...*”)

³⁸⁵ Selon l'expression du juge Roberts dans son opinion dissidente, p. 2 (“*a bare desire to harm*”)

³⁸⁶ Les occurrences sont nombreuses (*disparage, injure, demean, humiliate, degrade, disrespect...*), comme l'ont relevé les dissidents (Opinion du juge Scalia, p. 21).

³⁸⁷ *Windsor*, Opinion de la Cour, p. 25 : “*the principal purpose and the necessary effect of this law are to demean those persons who are in a lawful same-sex marriage*” (nous soulignons)

³⁸⁸ ACKERMAN B., *We the people 3. The civil rights revolution*, Cambridge / London, Harvard University Press, 2014, p. 291

³⁸⁹ Oral arguments transcript, p. 14 s.

³⁹⁰ ESKRIDGE W.N., “Original meaning and marriage equality”, *Houston Law Review*, vol. 52(4), 2015, p. 101-154, p. 126

³⁹¹ En particulier du juge Scalia (p. 21).

principe d'égalité de dignité, ce qui signifie que la Cour s'appuie sur la réception du droit par les personnes visées.

B. La définition du stigmat : la prise en compte du discours du droit

Comme dans la décision *Brown*, dans laquelle la Cour suprême jugeait que la ségrégation en tant que telle est contraire à la clause d'égalité de protection des lois en se fondant sur un fait, le sentiment induit³⁹², mais sans aller aussi loin puisqu'il ne s'agit pas du seul fondement de l'inconstitutionnalité, dans *Obergefell* la Cour suprême prend en compte la réception du droit. Selon l'opinion de la Cour *Obergefell*, le stigmat réside dans l'exclusion qui porte préjudice en invitant à discriminer et empêchant les individus de se réaliser, et dans le sentiment d'humiliation qu'il provoque (pour les couples, leurs familles et les homosexuels en général).

La Cour constate une atteinte aux clauses du XIV^e amendement et au principe d'égalité de dignité dans ce que les Etats, en refusant l'accès aux homosexuels à une institution existante, invitent à discriminer en « enseignant que les gays et lesbiennes sont inégaux à de multiples égards »³⁹³. Cela passe par un recours à l'histoire : la Cour s'appuie sur la longue histoire de désapprobation des relations homosexuelles pour constater que le refus de leur ouvrir le mariage constitue un préjudice « grave et continu »³⁹⁴. Les commentateurs voient là une marque du réalisme de la Cour – compris comme un sens des réalités, non au sens du réalisme juridique, et on peut y voir une mise en œuvre de l'approche « co-constitutive » qui s'intéresse à la manière dont le droit façonne la société et la société le droit. L'opinion de la Cour indique que les définitions hétérosexuées du mariage, en déconsidérant les individus homosexuels, les empêchent de se réaliser et de se dépasser dans le mariage puisqu'elles constituent des obstacles pour les couples qui veulent « se définir dans le mariage »³⁹⁵. Elle fait écho à l'analyse développée dans la jurisprudence sur l'avortement qui retient que c'est à la femme de « définir son destin dans une large mesure selon ses conceptions de ses exigences spirituelles et de sa place dans la société »³⁹⁶. Cette approche peut aussi indiquer que le précédent de *Glucksberg* reste en place après *Obergefell* si le critère est

³⁹² CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, op.cit., p. 224

³⁹³ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 17 (“As the State itself makes marriage all the more precious by the significance it attaches to it, exclusion from that status has the effect of teaching that gays and lesbians are unequal in important respects.”)

³⁹⁴ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 22 (“Especially against a long history of disapproval of their relationships, this denial to same-sex couples of the right to marry works a grave and continuing harm.”)

³⁹⁵ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 14

³⁹⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 852 (1992), Opinion plurielle des juges O'Connor, Kennedy et Souter (“The destiny of the woman must be shaped to a large extent on her own conception of her spiritual imperatives and her place in society”.)

l'interdiction de l'humiliation ou stigmatisation : l'interdiction du suicide assisté n'invite pas à discriminer.

La prise en compte de la réception du droit revient à prendre en compte la « fonction sociale du droit », qui renvoie à l'attention accordée aux conséquences sociales des théories des juristes et de leurs pratiques³⁹⁷. Le professeur Wanda Mastor relevait avant la décision *Obergefell* un « héritage implicite » du « moment 1900 » dans les débats sur le mariage homosexuel : elle constatait un « réflexe de l'approche sociologique » dans l'importance accordée aux faits, aux conséquences sociales et à l'expertise³⁹⁸. Celle-ci ressort en effet des débats lors des audiences, des contributions des *amici curiae*, ainsi que de l'opinion de la Cour, qui rappelle que le mariage est une relation procurant un soutien mutuel, fondation de la vie familiale et de la vie en société. Quand la Cour relève que la différence de traitement rabaisse les couples de personnes du même sexe, elle s'intéresse à la signification sociale de l'action du législateur étatique, comme elle s'intéressait à la signification sociale de l'action du Congrès dans *Windsor*³⁹⁹. Dans *Windsor*, la Cour jugeait le *DOMA* inconstitutionnel parce qu'il « disait aux couples [homosexuels], et à tout le monde, que leur mariage valide autrement n'est pas digne d'être reconnu au niveau fédéral »⁴⁰⁰. L'arrêt *Obergefell* se situe dans la même ligne que *Windsor* dans la prise en compte du fait que le droit a une incidence sur les significations sociales⁴⁰¹.

En examinant l'atteinte à l'égalité de dignité à l'aune des critères de la clause d'égalité de protection des lois, la décision confirme le peu d'autonomie du principe de dignité du droit américain par rapport au principe d'égalité. La méthode de la Cour se fonde surtout sur la réception du droit par les exclus du mariage, et plus largement sur les effets de la mesure plutôt que l'intention de ses auteurs, ce qui lui permet de « présenter des victimes sans désigner directement de coupables », comme l'avait fait la Cour Warren dans l'arrêt *Brown*⁴⁰². Cela n'a pas empêché les vives critiques de son recours à l'égalité de dignité.

³⁹⁷ JOUANJAN O., « Avant-propos, Le souci du social : le « moment 1900 » de la doctrine et de la pratique juridiques », in JOUANJAN O. & ZOLLER E., *Le « moment 1900 », Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, op.cit., p. 13-19, p. 14

³⁹⁸ MASTOR W., « Que reste-il, aujourd'hui, de la *sociological jurisprudence* dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis ? », in JOUANJAN O. & ZOLLER E., *Le « moment 1900 », op.cit.*, p. 255-271, p. 269-270

³⁹⁹ En ce sens ACKERMAN B., *We the people 3. The civil rights revolution*, op.cit., p. 308 (« *this is a claim about the social meaning of Congress's action* »)

⁴⁰⁰ *Windsor v. U.S.*, Opinion de la Cour, p. 17 (« *tells those couples, and all the world, that their otherwise valid marriages are unworthy of federal recognition* »)

⁴⁰¹ Pour *Windsor*, souligné par SIEGEL R.B., « The Supreme Court, 2012 Term - Foreword: Equality Divided » (2013), *Faculty Scholarship Series. Paper 5001*, p. 90

⁴⁰² Sur *Brown* : CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, op.cit., p. 267

II. Les critiques du recours à la dignité

Le fondement de l'égalité de dignité dans l'opinion rédigée par Kennedy n'est pas surprenant. Outre le fait que les requérants y avaient fait référence⁴⁰³, comme les Cours qui avaient déjà été saisies de la question du mariage pour les homosexuels⁴⁰⁴, le juge Kennedy l'avait déjà employé à plusieurs reprises et se montre particulièrement sensible à la résonance du terme à l'international. C'est en ce sens que le recours au langage de la dignité dans la décision *Obergefell* n'est « pas accidentel » : il marque la volonté de la Cour d'utiliser le langage du droit constitutionnel contemporain⁴⁰⁵. La mobilisation du principe d'égalité de dignité fait cependant l'objet de critiques, qui s'expriment dans la décision chez les dissidents et en dehors de celle-ci chez les commentateurs : critiques générales (A) et critiques plus spécifiques à l'arrêt *Obergefell* (B).

A. Des critiques classiques : une notion sans fondement textuel et polysémique

Les premières critiques adressées au principe de dignité sont qualifiées ici de classiques parce qu'elles ne sont pas nouvelles. Elles peuvent être regroupées en deux catégories : les critiques du recours au principe de dignité tout court, et celles adressées à l'indétermination du principe.

S'agissant des premières, elles se subdivisent en critiques reposant sur un argument « formaliste », et critiques reposant sur un argument « idéologique »⁴⁰⁶. Les tenants d'une approche formaliste invoquent le fait que la dignité n'est pas consacrée par le texte de la Constitution. Ainsi par exemple du juge Roberts dans *Obergefell* : « il n'y a, après tout, aucune clause de « noblesse et dignité » dans la Constitution »⁴⁰⁷. L'argument plus idéologique qui soutient l'argument formaliste repose sur l'idée que la dignité ne devrait pas être mobilisée parce qu'elle ne s'inscrit pas dans la tradition juridique américaine, mais seulement dans la tradition européenne. La reconnaissance d'un principe de dignité risquerait de perturber l'équilibre du *Bill of Rights*, dont l'essence est de protéger la sphère de liberté de l'individu, particulièrement s'il en découle que la puissance publique peut imposer un comportement à l'individu pour le protéger contre lui-même⁴⁰⁸. Les critiques du recours à la dignité recourent en partie les critiques du recours au droit comparé ainsi que celles adressées à

⁴⁰³ Transcription des débats des audiences, p. 28 par exemple : “*The opportunity to marry is integral to human dignity. Excluding gay and lesbian couples from marriage demeans the dignity of these couples.*”

⁴⁰⁴ Par exemple la Cour suprême du Massachusetts : *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003)

⁴⁰⁵ TRIBE L.H., “Equal Dignity: Speaking its Name”, art.cit., p. 20

⁴⁰⁶ Nous reprenons l'expression de BARROSO L.R., “Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, 35 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012), p. 351

⁴⁰⁷ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 10 : “*There is, after all, no “Companionship and Understanding” or “Nobility and Dignity” Clause in the Constitution.*”

⁴⁰⁸ RAO N., “On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law”, 14 Colum. J. Eur. L. 201 (2008)

la pensée progressiste, qui s'éloigne du texte et met en avant des principes sous-jacents. Mais cette critique n'est pas reprise par les dissidents dans *Obergefell*. Le juge Thomas estime par exemple que la dignité est inscrite dans la tradition constitutionnelle américaine depuis la Déclaration d'indépendance, même s'il relève comme le juge Roberts qu'il n'y a pas de clause de dignité dans la Constitution⁴⁰⁹.

Le second volet de critiques se rapporte au contenu du principe : le principe de dignité serait au mieux inutile, au pire dangereux. Les premières visent une absence de substance de la dignité, qui serait une « formule vide sans contenu »⁴¹⁰, ou une reformulation de notions existantes et donc un concept inutile. Les secondes mettent en avant les dangers du principe de dignité : coquille vide, le risque est que le juge y mette sa morale personnelle, qu'il ne s'agisse que d'un « paravent rhétorique pour cacher le désarroi ou l'arbitraire du juge »⁴¹¹. Dans *Obergefell*, cette méfiance renvoie à la critique du gouvernement des juges et celle de l'absence de « principes » sur laquelle nous reviendrons⁴¹². Et si la coquille n'est pas vide, le contenu est malléable, comme en témoignent les invocations aléatoires de la dignité et ses différentes conceptions déjà soulignées.

Dans *Obergefell*, le désaccord sur ce que signifie la dignité est particulièrement apparent dans la confrontation de l'opinion de la Cour donnée par le juge Kennedy et de la dissidence du juge Thomas. Leurs opinions révèlent deux conceptions différentes de la dignité. Le juge Kennedy emploie la dignité de manière tout de même assez aléatoire pour désigner au bout du compte un statut, mais parfois simplement quelque chose de digne de reconnaissance. Le juge Thomas fait référence à la dignité humaine. Il considère donc, logiquement, que la dignité est « innée » (*innate*), naturelle, donc pas accordée par la puissance publique. Il prend la dignité dans son volet objectif, d'où ses lignes, très mal reçues, sur le fait que les esclaves et les déportés n'ont pas perdu leur dignité, pas plus que leur humanité. Mais il ressort aussi de son opinion qu'il ne peut y avoir d'atteinte à la dignité humaine, ce qui revient à refuser d'admettre un droit à la dignité, contrairement à l'approche de Kennedy. Pour le juge Kennedy, il y a bien un droit à la dignité, qu'il rattache en fait aux droits constitutionnels existants et qui permet de faire prévaloir ceux-ci – la dignité apparaît donc comme un principe hiérarchisant.

⁴⁰⁹ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Thomas, p. 2 : “the idea – captured in our Declaration of Independence – that human dignity is innate”; p. 16: “The flaw in that reasoning, of course, is that the Constitution contains no “dignity” Clause”.

⁴¹⁰ MELTZER HENRY L., “The Jurisprudence of Dignity”, art.cit., p. 174

⁴¹¹ Nous transposons l'expression de Constance Grewe (« La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », art. cit., p. 1)

⁴¹² *Infra*, Chapitre 2, Section 1, II.

Le constat du caractère malléable du principe et de l'imprécision de son contenu se traduit particulièrement dans *Obergefell* dans l'argument selon lequel la dignité est un principe insuffisamment limitatif.

B. Les critiques spécifiques : un principe insuffisamment limitatif ?

Dans *Obergefell*, la mobilisation de la dignité est contestée comme ne donnant pas de limite interprétative suffisante dans la définition des droits garantis par la Constitution. C'était déjà le cas dans *Windsor*, où le juge Scalia avait montré que les développements sur la dignité s'appliquaient aussi bien au *DOMA* qu'aux législations étatiques⁴¹³. Dans *Obergefell*, cette critique s'exprime chez le juge Roberts principalement, dans ses développements sur la polygamie.

Là encore, le nœud du problème réside au fond dans l'indétermination du concept de dignité auquel la Cour fait référence, mais aussi dans une certaine myopie, volontaire sans doute, des juges dissidents. Le juge Roberts s'appuie sur la dignité-autonomie identifiée par la majorité dans la première partie de la décision. Si la dignité renvoie à la possibilité de faire des choix et au respect dû à ces choix, le juge Roberts ne voit pas pourquoi il y aurait moins de « dignité » dans un mariage polygamique, unissant plusieurs adultes consentants qui souhaitent se marier. Il souligne qu'il n'y a pas de raisons, au regard du principe de dignité invoqué, pour lesquelles le caractère hétérosexué du mariage serait incompatible avec la dignité mais pas le fait qu'il soit réservé à seulement deux personnes. L'argument de la polygamie revient régulièrement dans les débats sur les droits des homosexuels : le juge Scalia l'avait déjà invoqué dans l'affaire *Romer v. Evans*⁴¹⁴, et la question renvoie plus largement à la constitutionnalité des lois fondées sur des considérations morales. Une réponse, assez faible il faut en convenir, à cette critique, est de considérer que le Président Roberts refuse de voir que la dignité-autonomie est intégrée dans la notion d'égalité de dignité, qui ne se résume donc pas à la liberté. Les critères du stigmatisé, le principe de non subordination d'un groupe, circonscrivent le principe d'égalité de dignité appliqué dans *Obergefell*, qui ne pourrait donc pas être invoqué au soutien d'une prétention de reconnaissance du mariage polygamique⁴¹⁵.

La doctrine a en tout cas souligné les possibilités qu'ouvrait l'approche par l'égalité de dignité dans *Obergefell* pour reconnaître de nouveaux droits constitutionnels, ce qui confirme la thèse des dissidents selon laquelle la décision se fonde sur un principe trop ouvert. Le principe de dignité

⁴¹³ *Windsor*, Opinion dissidente du juge Scalia, p. 23 (“Consider how easy (inevitable) it is to make the following substitutions in a passage from today’s opinion”).

⁴¹⁴ *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620, 648 (1996) (les juges Roberts et Thomas s'étaient joints à son opinion dissidente)

⁴¹⁵ En ce sens YOSHINO K., “A new birth of freedom?”, art.cit., p. 175

comme interdiction de la subordination ou humiliation pourrait ainsi être invoqué à l'encontre de la pratique du « *stop and frisk* », qui consiste à autoriser la police à arrêter et fouiller les personnes qui leur paraissent suspectes dans la rue, et visent surtout les personnes appartenant à une minorité raciale⁴¹⁶. Le raisonnement de l'égalité de dignité pourrait encore fonder un droit constitutionnel de résidence des enfants nés sur le territoire américain de parents résidant illégalement et permettre de juger inconstitutionnelles les lois étatiques interdisant la délivrance d'actes de naissance, aux motifs qu'elles priveraient ces enfants d'une participation effective dans la société, excluant, stigmatisant, reléguant au statut de citoyens de second rangs⁴¹⁷.

L'emploi de la notion de dignité dans la décision *Obergefell* fait écho à la jurisprudence internationale qui lie la question des droits des homosexuels aux principes de dignité comme de liberté et d'égalité, en Europe mais aussi dans les juridictions de *common law* d'Afrique du Sud ou du Canada⁴¹⁸. Les critiques de la mobilisation de la dignité dans la jurisprudence américaine illustrent un constat qui n'est pas spécifique aux Etats-Unis et auquel il est difficile de ne pas se joindre après cet arrêt *Obergefell* : « la dignité humaine est en passe de devenir la notion la plus agaçante de la littérature judiciaire, tant elle se prête à des utilisations variées. Elle est l'alibi et le caprice des juges, et, par conséquent, la bête noire de la doctrine. Il est difficile d'ouvrir une revue de droit public sans l'y voir surexploitée par les premiers, vilipendée par la seconde »⁴¹⁹. Si la notion est bien connue en droit américain parce que la jurisprudence y fait référence, son contenu et sa portée demeurent encore indéterminés.

Les critiques relatives au recours à la dignité par la Cour suprême et plus précisément dans *Obergefell* ouvrent plus largement sur les critiques que suscite l'approche retenue par la Cour dans l'opinion rédigée par le juge Kennedy.

⁴¹⁶ EMERSON B., "Equality and Federalism in U.S.-American Civil Rights Law: A Review of Two Recent Supreme Court Cases on Same-sex Marriage and Voting Rights", *ZaöRV* 74, 41-59 (2014), p. 59

⁴¹⁷ O'ROURKE A., "Substantive Due Process for Noncitizens: Lessons from *Obergefell*", *Legal Studies Research Paper Series Paper No. 2016 – 007*, *Michigan Law Review* (Forthcoming), p. 8 s.

⁴¹⁸ SIEGEL R.B., "Dignity and sexuality: Claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage", *I CON* (2012), Vol. 10 No. 2, p. 355–379, p. 374

⁴¹⁹ Philippe Martens, cité par Xavier Bioy in « Le concept de dignité », art.cit., p. 49

Chapitre 2 : PERSPECTIVES SUR LA METHODE DE RAISONNEMENT ADOPTEE

La croissance du rôle politique du juge est un fait bien connu, dénoncé ici par les dissidents qui reprochent leur activisme aux juges de la majorité. Dans le contexte de la Constitution rigide des Etats-Unis, le changement constitutionnel informel se présente comme indispensable et il a déjà été souligné que la Cour suprême des Etats-Unis avait un rôle central dans le développement et la protection des droits. Le contrôle de constitutionnalité des lois fait toujours face à la question de la légitimité, qui renvoie à la réévaluation constante du rôle du droit dans la politique démocratique. Contrairement à l'exemple français dans lequel de tels arguments sont présentés, il semble plus difficile de dire aux Etats-Unis que la légitimité résulte en partie de la possible révision (formelle) après coup de la Constitution : ce serait méconnaître la dynamique habituelle du système constitutionnel américain, dans lequel les révisions pour renverser une décision de la Cour suprême sont très rares⁴²⁰.

La Cour est un organe juridictionnel. Or, « quelle que soit la nécessité politique, sociale ou éthique de parvenir au « bon résultat », le juge tire sa légitimité de sa fonction d'interprète du droit, et il doit exercer cette fonction selon des procédures dont la validité est reconnue et admise par tous »⁴²¹. Le mécanisme de responsabilité démocratique que constitue la procédure d'*impeachment* ne suffit pas : il est considéré que le juge tire sa légitimité de ce qu'il applique le droit. La légitimité doit se donner à voir, la Cour suprême en est parfaitement consciente. Elle a ainsi indiqué dans l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey*, qu'elle « doit veiller à parler de telle sorte que le peuple puisse accepter ses décisions dans les termes qu'elle revendique, en les fondant sur de vrais principes, non sur des compromis concédés à la suite de pressions sociales et politiques qui n'ont, en tant que tels, aucun rapport avec les principes sur lesquels la Cour doit se prononcer »⁴²², et le répète ici : « les cours doivent faire preuve de jugement raisonné dans l'identification des droits des personnes qui sont si fondamentaux que l'Etat doit les respecter »⁴²³.

La Cour adopte dans *Obergefell* une approche qui a fait l'objet de débats, à la fois dans la décision et chez les commentateurs (section 1), ce qui révèle plus profondément des désaccords sur le rôle de la Cour constitutionnelle suprême et ce qu'est la Constitution (section 2).

⁴²⁰ Même si l'exemple qui remonte à la fin du XIX^e siècle du XIV^e amendement pour renverser l'arrêt *Dred Scott* peut être cité.

⁴²¹ CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op.cit.*, p. 226

⁴²² *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), traduction Elisabeth Zoller in *Les grands arrêts*, *op.cit.*, p. 743

⁴²³ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 10 : “it requires courts to exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect.”

Section 1 : Un style de démonstration de l'égalité critiqué

La décision *Obergefell*, dont on a dit qu'elle est aux homosexuels ce que *Loving* était pour les Noirs, s'inscrit en réalité davantage dans la ligne de la décision *Brown* que dans celle de *Loving* dans le style employé pour démontrer l'égalité, et c'est sur ce point qu'elle s'attire beaucoup de critiques. Même chez les commentateurs qui se sont réjouis de la solution, la décision délivrée par Kennedy revêt en quelque sorte des « vêtements discutables pour des opinions magnifiques »⁴²⁴. Ces critiques d'une protection non « judiciaire » de l'égalité seront discutées (II) après avoir présenté ce qui semblait être l'ambition de la Cour dans cet arrêt (I).

I. La Cour suprême, éducatrice de la société américaine par l'interprétation de la Constitution

Il convient de s'intéresser au style employé par le juge Kennedy, qui a fait couler beaucoup d'encre, car il révèle l'ambition de la Cour dans *Obergefell*. S'il est admis que, dans un système constitutionnel démocratique et libéral, la Constitution s'inscrit dans un projet d'autonomie sociale, alors le peuple doit pouvoir comprendre les enjeux constitutionnels. La décision *Obergefell* illustre le rôle politique que joue la Cour (B), qu'elle semble assumer en adoptant délibérément un style accessible aux non juristes (A).

A. Le choix de s'adresser aux citoyens

Si « dire le droit, c'est aussi chercher à persuader, convaincre » et « la profondeur de l'argumentation, l'effort rhétorique du juge révèlent ainsi l'idée qu'il se fait de sa fonction juridictionnelle »⁴²⁵, ici la Cour suprême, sous la plume du juge Kennedy, cherche visiblement à persuader le citoyen en adoptant une prose « universellement accessible et non technique » pour émouvoir le lecteur non aguerri⁴²⁶. Cette lecture permet d'expliquer le ton « lyrique » adopté – qui peut paraître assez surprenant, voire agaçant, les « accents singuliers, caractéristiques du style emphatique du juge Kennedy »⁴²⁷, comme quand il écrit que « le mariage répond à la peur universelle qu'une personne seule lance un appel et que personne n'y réponde » et « offre l'espoir

⁴²⁴ La décision a également fait l'objet de critiques relatives à l'importance du mariage sur laquelle insiste la Cour (par exemple p. 28 : “*No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family*”), au motif que la décision risquait d'exclure les couples non mariés et leur famille.

⁴²⁵ JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, op.cit.*, p. 328

⁴²⁶ TRIBE L.H., “Equal dignity: speaking its name”, art.cit., p. 23

⁴²⁷ FASSASSI I., « L'actualité constitutionnelle aux Etats-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/1, n° 105, p. 183-228, p. 215

de la compagnie, la compréhension et l'assurance que tant que les deux sont vivants, quelqu'un pourra s'occuper de l'autre »⁴²⁸. Cette volonté d'émouvoir le lecteur est également mise en évidence par le rappel des faits que la Cour suprême estime nécessaire pour montrer « l'urgence » de la situation. Alors que la Cour s'était contentée d'un bref rappel des faits dans l'affaire *Windsor*, ici elle consacre plusieurs paragraphes détaillés à la situation de plusieurs des requérants, de toute évidence choisis avec attention : infirmières ayant adopté un enfant malade, militaires ayant combattu au Moyen-Orient, conjoint d'un homme décédé d'une sclérose latérale amyotrophique, et explique qu'ils sont « tombés amoureux »⁴²⁹.

En s'adressant au citoyen, l'opinion délivrée par Kennedy s'inscrit dans la même entreprise que la Cour suprême dans l'arrêt *Brown*. La Cour y faisait le choix, délibéré comme en témoignent les commentaires du Président Warren⁴³⁰, de s'adresser en premier lieu au grand public, en évitant les « longues discussions legalistes de la jurisprudence antérieure » et « présentant ses arguments en paragraphes courts et accessibles »⁴³¹. Comme elle le faisait au sujet des Noirs dans la décision *Brown*, la Cour insiste ici sur les innombrables petites humiliations quotidiennes que subissent les homosexuels, pour *montrer* l'humiliation. C'est sans doute le style décrié de *Brown* qui avait permis à cette décision d'être au cœur du débat public, et d'être connue des Américains⁴³², et la décision *Obergefell* semble poursuivre le même objectif.

B. Le rôle politique de la Cour suprême

En tant que cour constitutionnelle, la Cour suprême des Etats-Unis « combine une fonction politique et une fonction judiciaire ordinaire », mais elle le fait « sous le masque d'une prétention que la seule fonction de la Cour soit judiciaire. Elle se perçoit, et elle est vue par le peuple américain, comme une cour ordinaire, qui n'a pas de rôle politique, mais dont la seule fonction est d'appliquer les lois, y compris la Constitution, qui est, comme le dit la fameuse clause de suprématie de la Constitution, la loi suprême du pays »⁴³³. La décision *Obergefell* semble conduire à nuancer cette affirmation, parce que la Cour suprême s'y montre consciente que ses décisions ne font pas que résoudre des cas et litiges (*cases et controversies*), mais aussi « enseignent » au peuple américain ce

⁴²⁸ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 14 (“*Marriage responds to the universal fear that a lonely person might call out only to find no one there. It offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other.*”)

⁴²⁹ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 4-6

⁴³⁰ Celui-ci avait indiqué qu'il souhaitait rédiger une opinion « courte, compréhensible par tous, non-technique, non passionnelle et, par-dessus tout, qui n'accuserait personne », et rêvait que son opinion soit diffusée dans la presse (ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 293).

⁴³¹ ACKERMAN B., *We the People: The Civil Rights Revolution*, op.cit., p. 134

⁴³² ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 293

⁴³³ ROGOFF M., « Le juge constitutionnel aux Etats-Unis », *Jus Politicum*, n°11, 2006, p. 13

qu'il est. En effet, elle souligne que, si elle jugeait constitutionnelles les législations étatiques, ce serait « enseigner à la Nation que ces lois sont conformes au pacte le plus fondamental de notre société »⁴³⁴.

Cette affirmation renvoie, selon le professeur Laurence Tribe, à l'idée selon laquelle la Constitution montre ce qu'est le peuple américain, ce qu'il a été et dans quelle direction il a choisi de se diriger. Le rôle de la Cour suprême qui l'interprète est alors de mettre en lumière les évolutions de la société et de montrer à celle-ci la manière de procéder pour former une union plus parfaite⁴³⁵. Selon cette lecture, qui est accréditée par le style « grand public » de l'opinion, la Cour assume son rôle d'éducatrice de la société pour approfondir la connaissance par le public de la Constitution, car comme l'écrivait le juge Breyer, « des mots de papier ne suffisent pas pour préserver une nation »⁴³⁶. C'est donc la Cour suprême qui se saisit de la tâche de « redéfinition culturelle » de la société⁴³⁷. La Cour remplit donc en partie dans *Obergefell* (mais sans aller aussi loin ici) le rôle que des auteurs comme Alexander Bickel entendaient lui faire jouer : celui-ci estimait que le rôle de la Cour est de discerner les valeurs durables⁴³⁸, et même d'être un « leader de l'opinion et non simple registre de cette dernière », faisant des « paris sur l'avenir » en conférant valeur juridique à des principes qui obtiendront un assentiment général dans un futur prévisible⁴³⁹.

Ce rôle politique s'inscrit dans le contexte des Etats-Unis où l'union est faite par le droit autour des idéaux ancrés dans la Constitution, même si la question du juge « porte-parole de la morale et de la conscience d'une nation », selon l'expression de Ronald Dworkin, dépasse le droit américain⁴⁴⁰. C'est tout le débat qui entoure la question du « pontificat laïc » du juge. Si certains peuvent louer le fait que le juge Kennedy dans l'opinion de la Cour « a dépassé la simple analyse juridique pour énoncer des vérités constitutionnelles fondamentales », et « ne s'est pas seulement adressée à ses pairs mais à la société toute entière et, surtout, aux générations futures », pour reprendre les mots du juge Brennan au sujet de l'opinion dissidente du juge Harlan dans l'arrêt *Plessy*, d'autres peuvent rappeler que le rôle du juge « est de faire tout son possible pour persuader [...] et ne pas pontifier » selon l'expression du juge Ginsburg⁴⁴¹, ce que ne fait pas la majorité de l'avis des dissidents, qui critiquent le fait que la Cour donne une leçon de morale aux opposants au mariage homosexuel.

⁴³⁴ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 26 : “Were the Court to uphold the challenged laws as constitutional, it would teach the Nation that these laws are in accord with our society’s most basic compact.”

⁴³⁵ TRIBE L.H., “Equal dignity: speaking its name”, art.cit., p. 27

⁴³⁶ BREYER S., *Making democracy work*, op.cit., p. XI

⁴³⁷ KARST K.L., *Law’s promise, Law’s expression, Visions of power in the politics of race, gender and religion*, New Haven / London, Yale University Press, 1993, p. 8

⁴³⁸ LAPORTE M., « La pensée constitutionnelle d’Alexander Mordecai Bickel, La difficulté contre-majoritaire et ses implications », *Jus Politicum*, n°14, 2015, p. 60

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 64

⁴⁴⁰ *Les Entretiens de Provence*, op.cit., p. 83

⁴⁴¹ GINSBURG R., “Speaking in a Judicial Voice”, 67 N.Y.U. L. REV. 1185 (1992), p. 1186

La décision a sans doute persuadé des citoyens, mais elle a été très critiquée par les juristes, qui ont invoqué le caractère non « judiciaire » de la protection de l'égalité.

II. Une protection non « judiciaire » de l'égalité ?

Dans l'arrêt lui-même, les dissidents ont critiqué le fait que la décision de la majorité reposait sur « les aphorismes mystiques d'un *fortune cookie* » plutôt que sur un raisonnement juridique⁴⁴², et était « indéfendable du point de vue du droit constitutionnel »⁴⁴³. Il convient donc de consacrer quelques lignes aux questions de savoir si l'opinion de la Cour est vide de méthode (A) et de principes (B).

A. Une opinion vide de méthode ?

Comme l'indique le professeur Laurence Tribe, dans l'ensemble la décision *Obergefell* a été reçue, même par ceux qui en applaudissent le résultat, comme « pleine de belle paroles » mais reposant sur « un raisonnement juridique léger » : « un coup de maître politique mais un raté doctrinal »⁴⁴⁴. La décision a donné lieu, sans surprise, à des débats tranchés entre des commentateurs qui contestent le style et plus profondément le raisonnement de la Cour, comme les dissidents dans la décision, et ceux qui tentent de démontrer sa rigueur juridique.

La méthode de raisonnement adoptée par la Cour présente, comme cela a déjà été mis en évidence, la particularité de reposer sur plusieurs fondements. Cette approche était déjà critiquée dans l'arrêt *Windsor* par les dissidents et par la doctrine, qui soulignaient l'impossibilité de déterminer le fondement principal de la décision, comme si celle-ci ne pouvait en avoir plusieurs. Ces critiques reposent sur une vision fragmentée de la Constitution – la Cour a en effet coutume de distinguer les requêtes fondées sur les revendications de liberté ou d'égalité⁴⁴⁵. Mais *Obergefell* n'était pas la première décision de la Cour empruntant cette méthode, se situant dans la ligne de l'arrêt *Loving*. Celui-ci n'avait pas fait l'objet de tant de critiques, sans doute parce que la Cour y avait été unanime. Une des principales faiblesses de la décision *Obergefell* est d'être contestée par

⁴⁴² *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Scalia, note de bas de page 8 p. 22 (“*The Supreme Court of the United States has descended from the disciplined legal reasoning of John Marshall and Joseph Story to the mystical aphorisms of the fortune cookie.*”)

⁴⁴³ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 10 : “*as a judge, I find the majority’s position indefensible as a matter of constitutional law.*”

⁴⁴⁴ TRIBE L.H., “Equal dignity: speaking its name”, art.cit., p. 16 (“*heavy on rhetoric and light on legal reasoning – a political masterstroke but a doctrinal dud*”)

⁴⁴⁵ FERCOT C., « Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », art.cit., p. 3

une partie de la Cour suprême elle-même. Le fait que la décision repose sur plusieurs fondements ne signe en tout cas pas en lui-même une absence de méthode.

Plus percutantes sont les critiques relatives au fait que la majorité s'est appuyée sur la notion de dignité, et a écarté les méthodes généralement suivies dans l'application des clauses de *due process* et d'égalité protection des lois. D'abord la méthode de définition d'un droit fondamental au sens de la clause de *due process* posée dans l'arrêt *Glucksberg*, alors que celui-ci entendait donner les « consignes pour une prise de décision responsable »⁴⁴⁶ et constituait, selon le juge Roberts, « la décision de principe moderne fixant les bornes du *due process* matériel »⁴⁴⁷. Ensuite et surtout, puisque la question du mariage pour les homosexuels était comprise comme mettant en jeu le principe d'égalité, formellement posé par cette clause, la méthode de la clause d'égalité protection des lois, qui aurait été un fondement plus orthodoxe et plus solide – on a vu qu'il avait les faveurs de la juge Ginsburg. La protection constitutionnelle des droits des homosexuels aurait été plus étendue : ici la réception de l'arrêt *Obergefell* fait encore écho à celle réservée à l'arrêt *Brown*, qui « n'[avait] pas dégagé le principe que beaucoup lui demandaient de consacrer, selon lequel toute différence de traitement fondé sur la race était contraire à la Constitution »⁴⁴⁸. Ces critiques ont déjà fait l'objet de développements et il est inutile de s'y attarder à nouveau. Il nous semble que la méthode du double fondement se situe dans la continuité d'une jurisprudence bien établie et n'est donc pas incohérente, et encore moins inexistante.

Il convient tout de même de souligner que le reproche peut être fait à la Cour de ne pas avoir dégagé avec clarté de principes qui pourraient être appliqués sans difficultés par les cours inférieures. Cela prolonge la critique du recours à la dignité : la Cour suprême n'apporte pas de lignes directrices claires dans l'application de la clause d'égalité protection des lois ni dans celle de *due process*, en les bouleversant toutes les deux et n'indiquant pas aux juridictions inférieures quand il convient de les appliquer ensemble. En d'autres termes, la décision de la Cour semble engendrer plus de confusion que de clarté, en se laissant une large marge de manœuvre pour l'avenir.

Certains commentateurs, qui regrettent le fait que la Cour suprême ne pose pas de lignes directrices claires pour les autres juges, concluent cependant que ce n'est pas nécessairement un problème en se fondant sur la réception de l'arrêt *Windsor* : « l'uniformité des solutions retenues par les Cours, malgré les opinions variables sur le degré de contrôle, suggère que les catégories

⁴⁴⁶ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997)

⁴⁴⁷ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 19 (“the leading modern case setting the bounds of substantive due process”)

⁴⁴⁸ CALVES G., « Le juge constitutionnel entre droit et politique : brève présentation de la querelle des « principes neutres » », *Jus Politicum*, n°5, 2010, p. 12

doctrinales formelles sont bien moins importantes dans ce contexte que les principes constitutionnels fondamentaux »⁴⁴⁹. L'idée serait que le dispositif, s'il est largement accepté postérieurement, relèguera au second plan les anomalies de raisonnement. Mais ce sont précisément ces « principes constitutionnels fondamentaux » dont le mode de détermination est contesté comme ne reposant pas sur des « principes neutres », le mot principe étant entendu au sens d'éléments guidant l'interprétation de la Constitution.

B. L'absence de « principes neutres » ?

L'analogie entre la décision *Obergefell* et l'arrêt *Brown* se poursuit. *Brown* avait été considérée comme une « décision mal pensée, insuffisamment étayée de précédents, et surtout vide, vide de tout principe authentiquement juridique »⁴⁵⁰, même comme « une pure démonstration de puissance de la part du judiciaire (*naked judicial power*) et une substitution par les juges de leurs propres idées politiques et sociales au droit établi »⁴⁵¹. Il faut rappeler que dans *Brown*, la décision était prise « sur le seul fondement des réalités sociales, les règles de droit n'y jou[a]nt pratiquement aucun rôle »⁴⁵². La décision *Obergefell* ne va pas aussi loin : contrairement à la Cour Warren, elle ne juge notamment pas, vu la différence de contexte, que les éléments d'histoire ne sont pas concluants (*inconclusive*), mais indique qu'ils ne sont pas suffisants. Les deux affaires renvoient à une même question : « jusqu'à quel point le juge, lorsqu'il interprète une disposition constitutionnelle, doit-il se montrer indifférent à la situation concrète des plaignants »⁴⁵³ ? Dans *Obergefell*, les dissidents, particulièrement dans l'opinion du juge Roberts, ont critiqué « un acte de volonté et non de jugement »⁴⁵⁴, ou encore l'absence de « principes neutres de droit constitutionnel »⁴⁵⁵.

Cette critique du juge Roberts, auquel se sont joints les juges Scalia et Thomas, fait écho à la polémique des « principes neutres », qui avait notamment pour objet l'arrêt *Brown*, née à la suite d'une conférence d'Herbert Wechsler intitulée « Vers des principes neutres en droit constitutionnel »⁴⁵⁶. Les opinions dissidentes renvoient en effet à la définition que fait Wechsler d'une décision ne reposant pas sur des principes : une décision partisane, intéressée, de circonstance

⁴⁴⁹ FRANKLIN C., « Marrying liberty and equality: the new jurisprudence of gay rights », art.cit., p. 872

⁴⁵⁰ ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 293

⁴⁵¹ CALVES G., « Le juge constitutionnel entre droit et politique », art.cit., p. 10 (citant le *Southern Manifesto*)

⁴⁵² ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 293

⁴⁵³ CALVES G., « Le juge constitutionnel entre droit et politique », art.cit., p. 2

⁴⁵⁴ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 3 : « *The majority's decision is an act of will, not legal judgment.* »

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 3 : « *it answers that question based not on neutral principles of constitutional law, but on its own "understanding of what freedom is and must become."* »

⁴⁵⁶ WECHSLER H., « Toward Neutral Principles of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 1 (Nov., 1959), p. 1-35

et opportuniste donc ne pouvant donner lieu à des solutions prévisibles (c'est notamment ce que souligne Roberts par le biais de l'exemple de la polygamie), et enfin une décision qui n'est pas justifiée par des raisons. Wechsler, et la doctrine du *Legal process* à sa suite, proposaient une troisième voie entre le formalisme juridique et le réalisme juridique : les juges ne sont pas isolés du politique car ils font des choix en valeurs : pour le fond, il n'y a pas de principes neutres et prédéterminés⁴⁵⁷, mais leur fonction n'est pas purement politique dans la mesure où leurs choix sont le fruit d'un raisonnement fondé sur des principes et non de l'opportunité – il doit au moins y avoir des principes neutres dans la procédure⁴⁵⁸. C'est une autre manière de dire que, si la question posée au juge est toujours politique (au sens large et non au sens étroit de la doctrine des « questions politiques »), la manière de construire la réponse ne doit pas l'être. La motivation juridique ne fait pas qu'habiller le pouvoir créateur du juge, il s'agit d'une discipline qui encadre son pouvoir : le juge raisonne pour atteindre le droit, et ce raisonnement doit se donner à voir.

Il ne semble pas qu'il faille souscrire à la présentation d'*Obergefell* comme une décision « vide de principes » : la Cour suprême démontre sa compréhension des normes de la Constitution – celles-ci tendent à protéger l'égalité et donc l'égalité de dignité, ainsi que sa méthode juridique pour les déterminer – l'entrelacement des deux clauses, le recours à la tradition comme élément d'un faisceau d'indices, le critère du stigmatisme. Même en considérant que sous les références formelles à la Constitution, les qualifications reflètent la perception par la Cour de la place qu'occupe l'intérêt protégé dans la société⁴⁵⁹, la décision *Obergefell* se fonde sur de nombreux précédents qui permettaient de considérer que la solution qu'elle apporte était prévisible, et en applique les principes déjà dégagés et donc connus et jugés suffisamment « neutres » auparavant. Si la Cour « veut », elle le fait de manière cohérente avec sa jurisprudence, en application de « lois » déjà posées. Là encore, la faiblesse de l'arrêt *Obergefell* apparaît dans l'absence de front uni présenté par la Cour, qui le distingue de l'arrêt *Brown*.

En critiquant la méthode de raisonnement de la majorité, les dissidents s'efforcent de montrer que la Cour fait preuve d'un activisme déraisonné et injustifié et usurpe par là le pouvoir du peuple. Le Président Roberts fait de multiples références à l'arrêt *Lochner*, « anti-précédent » par excellence car il ressuscite le spectre du « gouvernement des juges », et reprend le raisonnement du juge Holmes, en affirmant que la Constitution ne souscrit pas à une vision du mariage déterminée⁴⁶⁰. Cette critique serait sans doute plus crédible si le juge Roberts ne soutenait pas l'activisme judiciaire

⁴⁵⁷ S'agissant des clauses de *due process* et d'égalité de protection, Ronald Dworkin par exemple les présente comme rédigées « dans un langage abstrait à caractère franchement moral » (*Les Entretiens de Provence, op.cit.*, p. 99)

⁴⁵⁸ CALVES G., « Le juge constitutionnel entre droit et politique », art.cit.

⁴⁵⁹ SCHMIDT J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique », art.cit., p. 56

⁴⁶⁰ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 3

dans d'autres domaines⁴⁶¹. Pour le dire de manière un peu abrupte, l'arrêt *Obergefell* apporte au maximum une nouvelle illustration de la « géométrie variable » de l'activisme judiciaire de la Cour suprême.

Comme le souligne le professeur Martin Rogoff, « le génie du système constitutionnel des Etats-Unis est que des valeurs politiques, économiques, sociales et morales diverses peuvent être soutenues sur la base d'une interprétation constitutionnelle plausible »⁴⁶². Les critiques de l'approche suivie par la majorité renvoient plus fondamentalement à des visions différentes de l'interprétation constitutionnelle et donc de ce qu'est une Constitution.

Section 2 : L'égalité par le texte mais par-delà le texte de la Constitution

Le principe matériel d'égalité déborde du cadre formel du texte de la Constitution. La définition du contenu matériel du principe d'égalité par la jurisprudence est nécessaire en l'absence de critères formellement posés, et constitue alors un prolongement de la Constitution permis et requis par elle. L'interprétation de la Constitution comme garantissant aux couples homosexuels le droit de se marier dans les mêmes conditions que les couples hétérosexuels n'a pas fait l'unanimité. Elle a été retenue par les juges libéraux (Breyer, Ginsburg, Kagan, Sotomayor) et par le « *swing justice* » Kennedy, mais rejetée par les juges conservateurs Roberts, Thomas, Scalia et Alito. L'étude de cette décision est l'occasion de rappeler les grands débats qui agitent le constitutionnalisme américain et de voir comment ils jouent ici. Les désaccords apparaissent dans le type d'interprétation du texte de la Constitution (I) et la place accordée à celui-ci (II).

I. L'interprétation du texte : Constitution vivante ou originalisme ?

Les conservateurs et les libéraux poursuivent le même objectif de donner son plein effet à une norme constitutionnelle, mais celui-ci se traduit différemment. Il convient ici de tenter d'évaluer dans quelle théorie de légitimation la décision s'inscrit et quelle vision de la Constitution est retenue. La décision de la Cour dans *Obergefell* se laisse difficilement inscrire dans une doctrine d'interprétation, sans doute parce que les juges de la majorité menée par Kennedy ont des conceptions différentes. La Cour semble ainsi s'inscrire à la fois dans la théorie de la Constitution vivante (A), et de l'originalisme (B).

⁴⁶¹ Par exemple s'il n'avait pas voté en faveur de l'inconstitutionnalité du *Voting Rights Act* dans l'affaire *Shelby County* en 2013 : FASSASSI I., « L'actualité constitutionnelle aux Etats-Unis », art.cit., p. 218

⁴⁶² ROGOFF M., « Le juge constitutionnel aux Etats-Unis », art.cit., p. 15

A. Une Constitution vivante

La notion de Constitution vivante (*Living Constitution*) se présente aux Etats-Unis comme « indissolublement liée » à la lourdeur de la procédure formelle de révision de la Constitution américaine et à l'attitude judiciaire inhérente à la tradition de *common law*⁴⁶³, qui fait que « la Constitution n'est pas seulement une « loi » posée par le peuple mais aussi un « droit » dont le sens est progressivement « découvert » par le juge constitutionnel »⁴⁶⁴. La Constitution vivante renvoie à l'idée d'une Constitution document ou « organisme » vivant⁴⁶⁵, qui évolue, s'adapte aux valeurs morales et aux idéaux évolutifs du peuple américain, par le biais du juge qui mobilise les principes fondamentaux sous-jacents au texte pour interpréter, ou plutôt « construire »⁴⁶⁶, le sens de la Constitution⁴⁶⁷. Cette idée selon laquelle « la Constitution ne peut atteindre son but si sa signification n'est pas adaptée à une situation nouvelle »⁴⁶⁸ n'est pas spécifique au débat américain : il suffit de citer les exemples de la Constitution « arbre vivant » au Canada, du « droit vivant » en Europe ou de l'interprétation « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » de la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁶⁹.

Dans la composition actuelle de la Cour suprême, la Constitution vivante est notamment défendue par le juge Breyer, qui la déduit de sa conception du rôle du juge constitutionnel « d'interpréter la Constitution d'une façon qui fonctionne pour le peuple des États-Unis aujourd'hui », afin que celle-ci demeure « viable » (*workable*)⁴⁷⁰. L'opposition la plus connue est celle du juge Scalia, pour lequel la doctrine de la Constitution vivante cache l'arbitraire judiciaire et écarte complètement le texte⁴⁷¹.

L'arrêt *Obergefell* confirme le constat de « l'association de la notion de Constitution vivante à la protection accrue des libertés individuelles »⁴⁷² : il s'agit de faire des idéaux constitutionnels de liberté et d'égalité une réalité vivante, sinon la Cour suprême se résoudrait par sa propre passivité à « réduire la Constitution à une structure, magnifique bien sûr à regarder, mais totalement inapte

⁴⁶³ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 566

⁴⁶⁴ RAYNAUD P., « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps », art.cit. p. 151

⁴⁶⁵ Selon l'expression du juge Holmes dans *State of Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920) (“we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters”.)

⁴⁶⁶ L'interprétation, qui consiste à déterminer le sens des dispositions constitutionnelles, est distinguée de la « construction » (*constitutional construction*), qui désigne la traduction de ce sens dans une norme.

⁴⁶⁷ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 573

⁴⁶⁸ Dieter Grimm, in BADINTER R. & BREYER S. (à l'initiative de), *Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, op.cit., p. 33

⁴⁶⁹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Requête n°6833/74, point 41

⁴⁷⁰ BREYER S., *America's Supreme Court: making democracy work*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 73

⁴⁷¹ Voir notamment SCALIA A. & GARNER B.A., *Reading law, The interpretation of legal texts*, Thompson-West, 2012, p. 403 s.

⁴⁷² VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 228

à l'usage », selon l'expression du Président Marshall⁴⁷³. La majorité y retient en effet une conception évolutive de la liberté et de l'égalité pour reconnaître aux homosexuels le droit de se marier : elle indique que « la nature de l'injustice est telle qu'on ne peut pas toujours la voir à notre époque »⁴⁷⁴, que l'incompatibilité de dispositions définissant le mariage comme unissant un homme et une femme avec la Constitution est « maintenant manifeste »⁴⁷⁵. L'opinion de Kennedy poursuit ce qu'avait déjà souligné le juge Marshall dans son opinion dissidente sur l'arrêt *Cleburne* : « le principe constitutionnel d'égalité, tout comme [celui] de liberté [...], évoluent au cours du temps ; ce qui était jadis pensé comme relevant de l'« ordre naturel » des choses est, à un moment donné, perçu comme une contrainte artificielle et odieuse, qui brime et opprime l'homme »⁴⁷⁶.

En jugeant que la Constitution protège la liberté « telle que nous en apprenons le sens », la Cour reprend presque mot pour mot ce qu'elle avait retenu dans *Lawrence*, qui indiquait notamment que « tant que la Constitution survit, les personnes de chaque génération peuvent invoquer ses principes dans leur propre quête d'une plus grande liberté »⁴⁷⁷. La conception vivante de l'égalité n'est pas nouvelle non plus. La Cour suprême l'avait notamment adoptée dans la jurisprudence relative au droit de vote : dans l'arrêt *Harper*, le juge Douglas donnant l'opinion de la Cour avait jugé que « les notions qui déterminent un traitement égal à l'égard de la clause d'égalité de protection changent indubitablement »⁴⁷⁸.

Le recours à l'approche de la Constitution vivante n'est pas incompatible avec la prise en compte de l'histoire, au contraire. Il a été souligné que la Cour s'appuyait sur une « tradition vivante » dans la définition du droit fondamental de se marier. La Constitution étant entendue comme un document vivant, elle « ne peut pas être réduite à une étape de son développement

⁴⁷³ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 222 (1824): “leave [the Constitution] a magnificent structure indeed to look at, but totally unfit for use”, cité par VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, *op.cit.*, p. 168

⁴⁷⁴ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 11 : “The nature of injustice is that we may not always see it in our own times.”

⁴⁷⁵ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 17 : “...its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest”.

⁴⁷⁶ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 466 (1985) (“Constitutional principles of equality, like constitutional principles of liberty, property, and due process, evolve over time ; what once was a « natural » and « self-evident » ordering later comes to be seen as an artificial and invidious constraint on human potential and freedom”, traduit par CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, *op.cit.*, p. 271)

⁴⁷⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578-579 (2003)

⁴⁷⁸ *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663, 669-670 (1966) : « Pour déterminer quelles distinctions violent le principe constitutionnel de non-discrimination, nous ne sommes jamais confinés à des notions historiques d'égalité, pas plus que nous n'avons pas restreint la clause de *due process* à un catalogue figé, contenant ce qui était estimé, à un moment donné, être les limites des droits fondamentaux. [...] Les notions qui déterminent un traitement égal à l'égard de la clause d'égalité de protection changent indubitablement. Cette Cour a soutenu, en 1896, que les lois imposant la ségrégation raciale à l'espace public ne privaient pas les citoyens noirs de la protection et du traitement égaux que le XIV^e Amendement prescrit. [...] Sept de huit juges siégeant alors souscrivirent à l'opinion de la Cour ; ce faisant ils se ralliaient à des expressions de la définition du traitement inégal et discriminatoire qui paraissent étranges à un homme d'aujourd'hui » (trad. VLACHIOGIANNIS A., *op.cit.*, p. 187)

graduel [...] ses dispositions sont pleines de vitalité, expriment des réalités historiques et sont des guides pour l'avenir »⁴⁷⁹. La tradition vivante revient en réalité à ne prendre en compte qu'une partie de la tradition : ici, la Cour se concentre sur les développements les plus récents d'acceptation des homosexuels, tandis que les dissidents se concentrent sur la tradition plus ancienne, c'est pourquoi ils peuvent reprocher à la majorité de se détourner de l'histoire⁴⁸⁰.

Outre la tradition, la Cour s'appuie sur la réalité sociale, c'est-à-dire à la fois le contexte et le changement social, qui semble quasiment être une source de l'interprétation constitutionnelle, notamment quand la Cour parle d'« éclairages nouveaux » et de nouvelles compréhensions sociales qui « peuvent révéler des inégalités injustifiées au cœur de nos institutions fondamentales, auparavant considérées comme naturelles et non remises en cause »⁴⁸¹. Ces éléments indiquent que la préoccupation de la Cour est de justifier la légitimité de la Constitution aux yeux de la génération actuelle⁴⁸².

L'approche de la majorité est vivement critiquée par les dissidents, pour lesquels la décision de la Cour bouleverse le droit de se marier et l'interprétation des clauses, en inscrivant ses propres conceptions dans celles-ci. Les juges conservateurs ne se disent pas opposés à l'adaptation de la Constitution aux nouvelles circonstances, au fait que les institutions et les règles doivent changer quand « de nouvelles vérités sont dévoilées » ou que la société change. Simplement, ils estiment que cela doit passer par des révisions formelles de la Constitution pour lesquelles le peuple vote, et non par le juge, comme cela a été vu dans l'exposé du désaccord sur la question de « qui doit décider ». Leurs critiques font clairement apparaître le risque, ici consommé selon eux, que la Constitution vivante ne dégénère en « Constitution faite par le juge ». Plus fondamentalement, la critique qu'ils adressent à l'approche de Constitution vivante de la majorité repose sur la question de la place du texte dans le raisonnement, et donc de la force normative du texte de la Constitution⁴⁸³.

Malgré les éléments soulignés qui semblent indiquer que la majorité a retenu une approche de Constitution vivante, d'autres indiquent plutôt une légitimation de la solution par le recours à la doctrine de l'« *original meaning* ».

⁴⁷⁹ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, *op.cit.*, p. 292

⁴⁸⁰ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 22 (“*The Court today not only overlooks our country’s entire history and tradition but actively repudiates it, preferring to live only in the heady days of the here and now.*”; “*But to blind yourself to history is both prideful and unwise.*”)

⁴⁸¹ *Obergefell*, Opinion de la Cour p. 20 (“*new insights and societal understandings can reveal unjustified inequality within our most fundamental institutions that once passed unnoticed and unchallenged.*”)

⁴⁸² C'est la position que défend le juge Breyer, c'est ainsi que la Constitution demeure « viable » : BREYER S., *Making democracy work*, *op.cit.*

⁴⁸³ Voir *infra*, paragraphe II.

B. Un originalisme de circonstances

Des traces d'une approche fondée sur l'originalisme sont présentes dans le raisonnement de la majorité, et l'approche originaliste a été utilisée par la doctrine pour justifier la protection constitutionnelle du mariage homosexuel. A première vue il peut sembler paradoxal d'invoquer l'originalisme pour justifier le mariage homosexuel : il est incontestable, et incontesté⁴⁸⁴, que le mariage avait toujours été pensé et compris jusqu'à récemment comme ne pouvant unir qu'un homme et une femme. Mais l'argument originaliste est utilisé pour justifier l'interprétation de la Cour à un niveau plus élevé de généralité. Il prend la forme du recours à l'intention originaire, et de l'argument du retour au sens originaire du XIV^e amendement.

Il convient de rappeler que la doctrine de l'originalisme se subdivise entre la théorie de l'intention originaire (*original intent*) et celle du sens originaire (*original meaning*). Si le texte n'est pas clair, le sens doit être découvert en application de la première par référence à l'intention originaire de l'auteur du texte constitutionnel, ou plutôt de ses rédacteurs, les *Framers*, et pour la seconde par référence à la manière dont le texte était compris par le public au moment de son adoption⁴⁸⁵. La distinction est importante parce que les tenants de l'« *original meaning* », parmi lesquels compte le juge Scalia, rejettent la prise en compte de l'intention originaire⁴⁸⁶, qu'adopte le juge Thomas⁴⁸⁷.

S'il peut être considéré que l'opinion de la Cour use aussi de la théorie de l'originalisme, c'est parce que la Cour se fonde sur l'argument de l'intention originaire des *Framers* de laisser les juges adapter la Constitution par le choix de formuler les clauses de manière large et ouverte. Comme il l'avait déjà fait dans *Lawrence*⁴⁸⁸, le juge Kennedy indique ainsi que « les générations qui ont écrit et ratifié le *Bill of Rights* et le XIV^e amendement ne présument pas connaître toutes les

⁴⁸⁴ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 12 : “It cannot be denied that this Court’s cases describing the right to marry presumed a relationship involving opposite-sex partners.”

⁴⁸⁵ RAYNAUD P., « *Marbury v. Madison* et l'*original intent* : réflexions sur quelques débats contemporains », in ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003, Un dialogue franco-américain*, op.cit.

⁴⁸⁶ SCALIA A., “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, The Tanner Lectures on Human Values, Princeton University, March 8 and 9 1995, p. 112 (“What I look for in the Constitution is precisely what I look for in a statute: the original meaning of the text, not what the original draftsmen intended.”). Voir aussi ESKRIDGE W.N., “Original meaning and marriage equality”, *Houston Law Review*, vol. 52(4), 2015, p. 101-154, p. 107

⁴⁸⁷ Dans *Obergefell* : Opinion dissidente du juge Thomas, p. 2: “the majority invokes our Constitution in the name of a “liberty” that the Framers would not have recognized, to the detriment of the liberty they sought to protect.” Voir aussi p. 5, 6, 10 et 16 de son opinion.

⁴⁸⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578-579 (2003) (“Had those who drew and ratified the Due Process Clauses of the Fifth Amendment or the Fourteenth Amendment known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress.”)

dimensions de la liberté, et ont donc confié aux générations futures une charte protégeant le droit de toute personne de jouir de la liberté telle que nous en apprenons le sens »⁴⁸⁹. La Cour peut prétendre appliquer, non pas les visions étroites des constituants au regard de certaines pratiques sociales, mais leur conception large de la liberté et de l'égalité, pour justifier un accroissement des droits protégés par la Constitution.

Les juges de la majorité dans *Obergefell* ne se sont pas sentis aussi libres que la doctrine dans l'utilisation, ou manipulation, de la théorie de la signification originale. La décision peut donc être justifiée par un retour au sens original du XIV^e amendement, mais il s'agit d'un discours extérieur de légitimation et non de l'approche que retient la Cour. Des auteurs avaient en effet défendu la protection constitutionnelle du droit de se marier pour les couples homosexuels sur le seul argument de l'intention originale⁴⁹⁰. L'opinion de la Cour fait aussi référence aux droits non énumérés existant depuis toujours, immuables, et donc pas seulement à des droits créés en fonction de l'évolution de la société. Le sens original des clauses est donc mobilisé pour justifier un accroissement des droits : il a été montré que la Cour se fondait sur la prohibition de l'exclusion contenue dans les clauses. Ce qui est sous-entendu, c'est que ce n'est ensuite que le champ d'application de l'interdiction de l'exclusion qui évolue, mais pas le cœur de la prohibition. Mais la Cour le combine aux arguments fondés sur la Constitution vivante et l'intention originale.

La démarche consistant à prétendre appliquer les conceptions larges de la liberté et de l'égalité ancrée dès l'origine dans la Constitution semble assez artificielle. Elle exclut en tout cas l'idée d'une perfection de la Constitution : tout changement est considéré comme secondaire ou correspondant à l'esprit de la Constitution⁴⁹¹.

La décision *Obergefell* constitue une nouvelle illustration du fait que, dans le débat américain entre les tenants de l'originalisme et ceux de la Constitution vivante, « les conservateurs ont besoin de s'appuyer sur la volonté présente des citoyens pour défendre le passé et les « libéraux » ne peuvent faire accepter les conquêtes qui leurs sont chères [...] qu'en les présentant comme le fruit d'un développement quasi-naturel du droit américain »⁴⁹². L'utilisation alternative d'une théorie ou d'une autre à la fois dans la décision de la Cour suprême et chez les commentateurs donne l'impression d'une opposition assez stérile parce que chacune des théories peut être détournée. Mais comme le souligne Apostolos Vlachogiannis dans sa thèse, « les deux écoles

⁴⁸⁹ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 11 (“*The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning.*”)

⁴⁹⁰ Voir notamment ESKRIDGE W.N., “Original meaning and marriage equality”, art.cit.

⁴⁹¹ Sur ce point VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 234

⁴⁹² RAYNAUD P., *Le juge et le philosophe*, op. cit., p. 11.

d'interprétation opposées représentent en réalité deux visions différentes du constitutionnalisme » : « celle des originalistes prend la Constitution dans son acception classique et la conçoit comme un frein imposé à la volonté de la génération présente »⁴⁹³, tandis que celle de la Constitution vivante « pense la Constitution non comme une barrière mais comme le cadre de l'action gouvernementale et dans cette perspective, elle vise à absorber et ensuite canaliser le changement social et institutionnel »⁴⁹⁴.

La méthode d'interprétation de la Constitution amène à s'interroger sur la question qui lui est liée du poids normatif du texte de la Constitution.

II. Le texte, personnage secondaire en droit constitutionnel américain ?

La place du texte de la Constitution dans la décision *Obergefell* apparaît secondaire. Cela est mis en évidence par l'adoption d'une méthode de *common law* (A) et par le fait qu'elle assume que la perfection de la Constitution revient au juge (B).

A. La place du texte dans le raisonnement : une méthode de *common law*

La décision *Obergefell* semble adopter une méthode de *common law* au sens où le texte constitutionnel tient peu de place dans le raisonnement du juge, confirmant à notre sens les constats de la doctrine du constitutionnalisme de *common law*. Il ne s'agit donc pas de dire que la Cour retient ici une démarche de *common law* dans l'interprétation du texte si cette méthode est entendue comme l'interprétation du texte selon sa lettre et non son esprit, celle-ci caractérisant la méthode traditionnelle des juridictions de *common law* dans l'interprétation des lois⁴⁹⁵.

Les juges américains se divisent entre partisans d'une approche « textualiste » ou d'une approche « pragmatique » de la Constitution, donc une interprétation formaliste ou téléologique. Le textualisme renvoie à la manière d'interpréter les lois dans la tradition de *common law* : en cas de doute sur le sens de la loi il convient d'en appliquer la lettre ou de recourir à l'intention de ses

⁴⁹³ Par exemple SCALIA A., "Common-Law Courts in a Civil-Law System", art.cit., p. 89, p. 114 ("It surely cannot be said that a constitution naturally suggests changeability; to the contrary, its whole purpose is to prevent change – to embed certain rights in such a manner that future generations cannot take them away.")

⁴⁹⁴ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 25

⁴⁹⁵ Cette démarche est d'ailleurs rejetée dès le début du XIXe (notamment dans l'arrêt *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. 316, 407 (1819)) par le juge Marshall : « nous ne devons jamais oublier que c'est une Constitution que nous interprétons ».

auteurs, mais alors comprise comme une intention « objectivée », et non intention subjective⁴⁹⁶, ce qui revient à rechercher le sens originaire. Son pendant dans l'interprétation de la Constitution est l'originalisme⁴⁹⁷, exposé plus haut, qui est une méthode d'interprétation et construction fondée sur le texte de la Constitution. Ses défenseurs revendiquent le formalisme, comme le juge Scalia qui souhaitait « longue vie au formalisme. C'est ce qui fait qu'un gouvernement est un gouvernement des lois et non des hommes »⁴⁹⁸. Ainsi des juges qui condamnent le volet matériel de la clause de *due process* : dans *Obergefell* les opinions des juges Roberts, Scalia et Thomas en particulier⁴⁹⁹. Les juges dissidents dans *Obergefell* sont ceux qui se concentrent le plus sur le texte de la Constitution : cela a déjà été souligné à propos de l'insistance sur l'inexistence d'une clause de dignité, et, comme le Président Roberts, le juge Alito juge que la Constitution ne dit rien de la définition du mariage, et en déduit qu'elle revient donc aux Etats et que la Cour suprême n'a pas de titre pour se prononcer⁵⁰⁰. Cette approche ne semble pas moins « au service d'un programme politique » que celle qu'elle condamne, l'approche pragmatique⁵⁰¹.

Les pragmatiques, comme le juge Kennedy dans *Obergefell* et le juge Breyer de manière assumée, s'intéressent davantage à ce que le texte doit signifier, dans une approche téléologique au service d'une Constitution vivante. Ainsi, dans la pensée du juge Breyer le texte est la « boussole » de la « liberté active »⁵⁰². S'il y a fidélité au texte, celui-ci est vite dépassé car considéré comme ayant une texture très ouverte. Le texte joue un rôle bien moins important que les perceptions évolutives de ce que la Constitution requiert. C'est cette approche de *living constitutionalism* qui a eu pour effet que « la jurisprudence constitutionnelle s'est complètement autonomisée, surtout en matière de droits individuels, et a formé une sorte de corps autonome de *common law* qui, s'il ne s'agit pas de contredire le texte, semble souvent simplement l'ignorer »⁵⁰³.

Il nous semble que c'est ce que fait la majorité d'*Obergefell* en se fondant sur le droit des homosexuels à l'égalité de dignité, et en ne réservant au texte de la Constitution qu'une modeste place : celui-ci n'y fait qu'une « brève apparition »⁵⁰⁴ et est invoqué de manière symbolique, ce qui n'est pas original dans le contentieux de la constitutionnalité des lois⁵⁰⁵. Le droit de se marier pour les homosexuels est identifié par rapport aux précédents, et ceux-ci ne sont pas présentés comme

⁴⁹⁶ SCALIA A., « Common-Law Courts in a Civil-Law System », art.cit., p. 92

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 79

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 99

⁴⁹⁹ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 10 s. ; du juge Scalia p. 8 ; du juge Thomas p. 2-3

⁵⁰⁰ Par exemple : Opinion dissidente du juge Alito, p. 2

⁵⁰¹ MASTOR W., « Que reste-il, aujourd'hui, de la *sociological jurisprudence* dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis ? », art.cit., p. 270

⁵⁰² BREYER S., *Pour une démocratie active*, op.cit., p. 161

⁵⁰³ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 565

⁵⁰⁴ STRAUSS D.A., « Foreword : Does the Constitution mean what it says ? », *Harvard Law Review*, Vol. 129 No1, November 2015, p. 6

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 12

éclairant seulement le texte. Ainsi, le champ d'application du droit fondamental de se marier, et par conséquent semble-t-il sa signification, dépend de la détermination de la similarité ou différence entre les faits établis par les cas précédents et ceux du cas en présence. Et même si les juges conservateurs font référence au texte, ils traitent davantage des précédents.

La décision illustre donc l'idée qu'il existe, à côté de la Constitution écrite, une constitution non écrite développée par les juges à l'aide de la méthode de *common law*, dans un système dans lequel le texte est « plus ou moins traité comme un précédent »⁵⁰⁶. Elle accrédite ainsi à notre sens la thèse du professeur David Strauss, pour lequel le droit constitutionnel américain fait partie d'un système évolutionniste qui ne peut être compris qu'en utilisant le modèle interprétatif du *common law*. Cette lecture n'est pas seulement celle du professeur Strauss. Elle rejoint la critique adressée au *living constitutionalism* par le juge Scalia, qui y voit une nouvelle forme de *common law*, qu'il dénonce comme encore plus forte parce qu'elle prévaut même sur les lois promulguées par le législateur élu démocratiquement⁵⁰⁷. C'est encore une autre manière de dire plus simplement que la Constitution américaine est une « Constitution judiciaire », comme l'indiquait déjà Edouard Lambert, parce que l'œuvre des constituants de 1787 est recouverte par une glose judiciaire qui prévaut sur elle⁵⁰⁸. Cependant, plutôt que de le regretter, il est possible aussi de considérer que ces développements du droit constitutionnel américain marquent « la volonté de transposer dans la pensée et la jurisprudence constitutionnelle américaine la logique évolutive du *common law* et la souplesse de la Constitution britannique », faisant de la Constitution vivante américaine « le produit d'une synthèse moderne entre les deux grandes traditions constitutionnelles, la tradition anglaise de la constitution non-écrite et la tradition américaine de la constitution écrite »⁵⁰⁹.

Dans ce système, c'est le juge qui occupe une place principale, mais pas exclusive.

B. La perfection de la Constitution par le dialogue

La décision *Obergefell* contribue à montrer que le juge détient le rôle principal pour actualiser la Constitution, en l'adaptant à la société qu'elle régit désormais et provoquant un nouveau consentement, au-delà de sa tâche de garantie de la primauté de la Constitution.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 5

⁵⁰⁷ SCALIA A., "Common-Law Courts in a Civil-Law System", art.cit., p. 92 ("it is the common law returned, but infinitely more powerful than what the old common law ever pretended to be")

⁵⁰⁸ LAMBERT E., *Le gouvernement des juges (Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois)*, Paris, Dalloz, 2005 (1921), p. 59

⁵⁰⁹ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 565. En ce sens également RAYNAUD P., « La justice constitutionnelle : une approche philosophique ? », in *Le juge et le philosophe*, op. cit., p. 134

La doctrine a montré qu'« une nouvelle conception du pouvoir de *judicial review* semble avoir surgi récemment, une conception que l'on pourrait appeler 'modernisatrice' »⁵¹⁰. Selon celle-ci, qui ressort notamment des écrits du juge Breyer et que l'on peut discerner dans *Obergefell*, le regard des juges n'est pas tourné seulement vers le passé, comme l'imposerait la conception dominante défendue par les juges dissidents dans *Obergefell*, mais vers l'avenir, pour « accommoder, au lieu de limiter, les développements de l'opinion publique ». C'est ce que le professeur David Strauss appelle la « mission modernisatrice » du contrôle de constitutionnalité des lois⁵¹¹, qui est évidemment liée à la doctrine de la Constitution vivante. Dans *Obergefell*, l'opinion de la majorité assume cette tâche de modernisation de la protection en soulignant qu'il lui appartient de protéger la liberté et l'égalité « telles qu'on en apprend le sens ». Mais elle souligne le rôle premier du processus démocratique⁵¹², au sens du processus politique par l'élection et le vote, plaçant la Cour dans une logique de coopération.

L'opinion de Kennedy montre que les juges de la majorité retiennent une définition plus large de la démocratie américaine que les juges conservateurs dissidents, comme cela a été souligné dans l'étude du débat portant sur « qui doit décider ». Pour les conservateurs, la démocratie se définit comme le processus démocratique des élections et de la discussion dans l'espace public pour convaincre des électeurs et obtenir des révisions formelles. Il ne suffit pas de simplement convaincre les juges, pour reprendre l'expression du juge Scalia⁵¹³, qui considère ainsi que « la Constitution vivante serait mieux nommée la défunte démocratie »⁵¹⁴, et on retrouve cette idée dans les opinions de tous les dissidents dans *Obergefell* – notamment celle du Président Roberts qui estime que la Cour a « clos le débat » et « volé la décision au peuple »⁵¹⁵. Le juge n'a pas à intervenir dans un débat en cours, qui appartient au peuple. Au contraire pour les juges de la majorité, la démocratie est une démocratie constitutionnelle qui se définit donc plus largement comme un processus de discussion dans lequel les juges, le droit, ont une place. L'opinion du juge Kennedy souligne en effet l'existence de nombreux débats, entre acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux, référendums, législations, mais aussi procès, éléments qui méritent que leur soit accordé un poids constitutionnel⁵¹⁶. L'opinion de la majorité ne se concentre donc pas seulement sur les succès ou échecs législatifs. Cette position rejoint celle que défend en particulier le juge Breyer, qui estime que

⁵¹⁰ VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, op.cit., p. 530

⁵¹¹ STRAUSS D.A., "The Modernizing Mission of Judicial Review", 76 U. CHI. L. REV. 859 (2009)

⁵¹² *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 24 : « C'est souvent à travers le processus démocratique que la liberté est protégée dans nos vies. »

⁵¹³ SCALIA A. & GARNER B.A., *Reading law*, op.cit., p. 410

⁵¹⁴ *Ibid* : "The Living Constitution would better be called the Dead Democracy".

⁵¹⁵ *Obergefell*, Opinion dissidente du juge Roberts, p. 2 ("Supporters of same-sex marriage have achieved considerable success persuading their fellow citizens – through the democratic process – to adopt their view. That ends today. Five lawyers have closed the debate and enacted their own vision of marriage as a matter of constitutional law".)

⁵¹⁶ *Obergefell*, Opinion de la Cour, p. 10

« le droit surgit plutôt d'un processus démocratique complexe et interactif », dans lequel les juges jouent « un rôle limité » mais « en font partie », car ils participent à la « conversation »⁵¹⁷.

Les juges participent à la conversation parfois en l'initiant : ils contribuent à mettre en avant des questions de société, qui deviennent ensuite des préoccupations dont s'empare le débat public. C'est notamment l'hypothèse du « *backlash* » (réaction négative), qui dans le cas du mariage pour les homosexuels s'est réalisée avec la décision de la Cour suprême de Hawaii. Ici, la perfection de la Constitution est donc présentée comme le fruit d'un dialogue, rendu notamment possible par la forme fédérale. Le fédéralisme est « discrètement salué » dans *Obergefell*⁵¹⁸, à travers la mention du rôle précurseur de certains Etats, et la citation de précédents des cours suprêmes étatiques comme par exemple l'arrêt *Goodridge* de la Cour suprême du Massachusetts. Avec les décisions des cours fédérales, « cette jurisprudence aide à expliquer et formuler les principes sous-jacents sur lesquels [la] Cour doit désormais se prononcer »⁵¹⁹. Là encore, le texte de la Constitution n'a pas le premier rôle.

La décision *Obergefell* illustre la rhétorique habituelle de la minimisation de son rôle par le juge qui se reconnaît le plus de pouvoir. Les juges dissidents y dénoncent vigoureusement l'activisme judiciaire, tandis que les juges de la majorité le dissimulent en se présentant presque comme de simples registres.

⁵¹⁷ Stephen Breyer lors de son débat avec le juge Scalia, cité par BARON C.H., « La théorie de l'intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources juridiques étrangères dans le processus d'interprétation de la constitution aux Etats-Unis » (trad. POUR R.), in De BECHILLON *et al.* (dir.), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 109 s.

⁵¹⁸ FERCOT C., « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », art.cit., p. 8

⁵¹⁹ *Obergefell*, Opinion de la majorité, p. 9 : “*That case law helps to explain and formulate the underlying principles this Court now must consider.*”

Conclusion de partie

L'étude de l'arrêt *Obergefell* le confirme, on en revient toujours à la perception que le juge constitutionnel se fait de son office. La prise en compte par la Cour du « dialogue national » autour du mariage homosexuel et la volonté qui ressort du style de la décision rédigée par le juge Kennedy de s'adresser à l'ensemble des citoyens et non seulement aux juristes illustrent le « rôle dialogique du contentieux constitutionnel dans la société Américaine »⁵²⁰. La décision peut être présentée comme un succès de la pensée progressiste. Il a déjà été mis en évidence que celle-ci, en voulant adapter la Constitution, s'éloigne du texte et met plutôt en avant les principes qui lui sont sous-jacents, ce qui provoque en réaction un néo-conservatisme et un retour de l'originalisme. L'arrêt *Obergefell* en est une nouvelle illustration.

⁵²⁰ NICE J.A., "Conjuring "Equal Dignity", art.cit., p. 396

Conclusion : L'égalité inachevée

La décision de la Cour suprême jugeant inconstitutionnelles les définitions étatiques du mariage excluant les homosexuels voit une nouvelle fois le principe d'égalité mener à une extension de la liberté. Elle confirme que, quel que soit le système juridique, le principe d'égalité a une « importance particulière », « parce qu'il [amène] une à une les diverses libertés » : « si l'on part de cette idée, historiquement exacte, que les libertés d'aujourd'hui sont d'anciens privilèges graduellement étendus à tous, on voit que cette extension a été l'œuvre de l'idée d'égalité »⁵²¹. Mais cette égalité demeure inachevée.

Bien sûr, la décision améliore la garantie constitutionnelle des droits des homosexuels : celle-ci progresse sur le chemin qui mène de la discrimination grossière à l'égalité citoyenneté. Cependant, du point de vue de cette protection des droits des homosexuels, la décision n'est qu'un « travail inachevé » (« *unfinished business* »), qui laisse une « feuille de route incomplète »⁵²², en raison de l'absence d'identification explicite d'une discrimination et d'imposition d'un degré de contrôle. Cette absence laisse planer beaucoup d'incertitudes sur les solutions que retiendront à la fois la Cour et les juridictions inférieures, et ce d'autant plus que la Cour souligne sans le commenter que certains Etats interdisent l'adoption par des couples de personnes de même sexe, ce qui laisse une marge de manœuvre aux juridictions. Le fait que la jurisprudence relative au mariage des couples de personnes de même sexe se fonde en partie sur le principe d'égalité, même sans aller jusqu'à lui reconnaître le « rôle titre »⁵²³, indique tout de même que la question de l'accès au mariage n'est pas examinée de manière isolée, mais comme un élément continuateur de la discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle⁵²⁴. Mais les choix des juges de la Cour suprême ne permettent pas à la décision d'avoir l'effet dissuasif qu'il est possible d'imaginer pour une décision indiquant aux législateurs que leurs lois seront soumises à un contrôle juridictionnel suspicieux et rigoureux. C'est ce qui fait dire à certains commentateurs que la majorité menée par le juge Kennedy a « gaspillé » la chance de laisser une empreinte plus durable dans la jurisprudence relative à la protection des droits des homosexuels⁵²⁵.

⁵²¹ Maurice Hauriou, cité par MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op.cit., p. 300

⁵²² SOBEL S.L., "When *Windsor* Isn't Enough: Why the Court Must Clarify Equal Protection Analysis for Sexual Orientation Classifications", *Cornell Journal of Law and Public Policy*: Vol. 24: Iss. 3, Article 3 (2015), p. 531

⁵²³ Contrairement à ce que prévoient certains : TRIBE L.H. & MATZ J., "The constitutional inevitability of same-sex marriage", 71 *Md. L. Rev.* 471 (2012)

⁵²⁴ Voir *supra*. Et en ce sens FRANKLIN C., "Marrying liberty and equality: the new jurisprudence of gay rights", art.cit., p. 827

⁵²⁵ NICOLAS P., "*Obergefell*'s Squandered Potential", art.cit., p. 138

La décision *Obergefell* peut être considérée à l'aune de ce que rappelait le professeur Philippe Raynaud : « tout praticien ou historien du droit sait bien que la légitimation d'une cour quelconque se fait au travers d'une combinaison d'audace et de prudence où il faut savoir surprendre les parties en présence, découvrir des « principes » jusqu'alors méconnus, mais rétrospectivement évidents, et accepter des défaites apparentes pour mieux préparer les futurs « progrès du droit » »⁵²⁶. Il est possible de considérer que la période de décalage entre l'évolution des regards sur l'homosexualité et l'évolution du droit est longue, comparée à la situation d'autres groupes qui ont été historiquement désavantagés⁵²⁷, ou encore que la décision ne semble pas cohérente avec le minimalisme judiciaire : se fondant sur un droit fondamental de se marier au sens de la clause de *due process*, elle fait obstacle à ce que les Etats suppriment l'institution. En tout cas, cet arrêt de la Cour fournit une nouvelle illustration de la « transformation du droit par les résistances qu'il provoque »⁵²⁸. Il montre une nouvelle fois que « le droit constitutionnel américain est un mélange singulier de théorie et de contraintes institutionnelles »⁵²⁹. Le futur de l'égale protection est incertain : le discours sur la liberté et l'égalité aura sans doute des implications en dehors de l'hypothèse du mariage, mais la décision ne met pas fin au manque d'unité du principe d'égalité du droit constitutionnel américain, qui hésite toujours entre les différentes conceptions de l'égalité.

La décision de la Cour suprême, dans le choix de ne pas sanctionner d'inconstitutionnalité les lois sur le seul fondement d'une discrimination, dans celui de s'adresser au grand public, et même dans le fait qu'elle a fait l'objet d'opposition au sein même de la Cour, invite à une poursuite du dialogue sur le sujet des droits des homosexuels. Les juges s'y montrent conscients qu'ils ne peuvent produire le changement social « seuls »⁵³⁰. Faut-il voir dans la solution limitée de la Cour une invitation au législateur fédéral ? D'un côté, il faut souligner que la Cour suprême a expressément indiqué dans l'arrêt *Windsor* qu'elle ne jugeait pas inconstitutionnel le *DOMA* au motif qu'il sortirait des compétences du législateur fédéral. Cependant, il est permis de douter des capacités d'interventions du Congrès, même à le supposer volontaire, en raison du caractère limité du gouvernement fédéral. Si la section 5 du XIV^e amendement indique que « le Congrès aura le pouvoir de donner effet aux dispositions du présent article par une législation appropriée », et, comme l'indiquait le Président Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*, « on ne saurait supposer

⁵²⁶ RAYNAUD P., « La démocratie saisie par le droit », in *Le juge et le philosophe, Essais sur le nouvel âge du droit*, p. 170-171

⁵²⁷ NICOLAS P., « *Obergefell*'s Squandered Potential », art.cit., p. 140

⁵²⁸ SIEGEL R.B., « The Supreme Court, 2012 Term - Foreword: Equality Divided », p. 7

⁵²⁹ SUNSTEIN C.R., « Homosexuality and the Constitution », art.cit., p. 24

⁵³⁰ Comme ils l'étaient déjà dans l'arrêt *Brown* notamment : ZOLLER E., Commentaire sous l'arrêt *Brown*, in *Les Grands arrêts, op.cit.*

qu'une seule clause de la Constitution ait été conçue pour rester sans effet »⁵³¹, la Cour a néanmoins limité les prétentions du Congrès en la matière en jugeant inconstitutionnelles les lois fédérales visant à interdire la discrimination par les personnes privées au motif que le XIV^e amendement s'adresse aux Etats et non aux individus. Ces lois fédérales visant à combattre la discrimination ont ensuite été jugées constitutionnelles sur le fondement de la clause de commerce⁵³², mais ce fondement a vu son champ d'application restreint par l'interprétation donnée par la Cour dans l'arrêt *Lopez*, qualifié de « renaissance du fédéralisme » : la clause de commerce ne justifie l'action du Congrès que si c'est pour intervenir sur un sujet qui a un effet substantiel en matière économique, le reste étant de la compétence des Etats fédérés⁵³³.

Même si la Cour n'en dit pas grand-chose, la tension entre égalité et fédéralisme sous-tend l'arrêt *Obergefell* comme elle sous-tend l'ensemble de la jurisprudence relative aux droits et libertés : à l'égalisation des conditions des citoyens des Etats-Unis s'oppose le respect de l'autonomie des Etats fédérés, sans lequel il n'y a plus de fédéralisme, d'union dans la diversité. Les Etats-Unis, qui sont en raison de leur nature d'Etat fédéral en perpétuelle recherche d'équilibre entre l'unité et la division en factions, donnent un rôle central à la Cour suprême pour définir une Constitution qui parle à tout le monde et pour tout le monde, une Constitution qui ne protège pas seulement les droits des individus mais cherche à former une « union plus parfaite ».

La décision *Obergefell* impose un plancher, un « standard national minimum », en retenant que les Etats ne peuvent fermer le mariage aux couples de même sexe. Conformément à la logique fédérale, elle n'impose pas un plafond : les Etats fédérés demeurent libres d'offrir une protection plus complète à leurs citoyens⁵³⁴. Alors que s'agissant du mariage les Etats-Unis adoptaient plutôt une logique de « coordination » plus que d'« harmonisation », le mariage fait maintenant l'objet d'une « politique commune », pour reprendre le vocabulaire européen.

Ce nouvel équilibre provoque la résistance des Etats les plus hostiles à l'ouverture du mariage aux homosexuels. Comme les arrêts *Brown*, relatif à la ségrégation raciale, et *Roe v. Wade* relatif au droit à l'avortement⁵³⁵, la décision *Obergefell* génère une forte réaction négative (*backlash*). Dans un système fédéral, les autorités fédérées sont à la fois débitrices des droits fondamentaux reconnus au niveau fédéré et fédéral. Les doctrines de l'interposition et de la nullification sont rejetées depuis le XIV^e siècle par la Cour suprême, qui a imposé l'interprétation de la Constitution comme loi fondamentale contre la logique du pacte dont les Etats seraient des

⁵³¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 174 (1803) (“It cannot be presumed that any clause in the Constitution is intended to be without effect, and therefore such construction is inadmissible unless the words require it.”)

⁵³² *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 261-62 (1964)

⁵³³ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995)

⁵³⁴ La Cour suprême du Massachusetts le rappelait dans son arrêt *Goodridge* (*Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003))

⁵³⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

interprètes autorisés⁵³⁶. L'arrêt *Brown* l'avait rappelé : « le pouvoir judiciaire fédéral est suprême dans l'interprétation du droit de la Constitution et ce principe n'a jamais cessé d'être tenu par cette Cour et le pays comme la caractéristique permanente indispensable de notre système constitutionnel », « d'où il s'ensuit que l'interprétation donnée par cette Cour au Quatorzième amendement dans l'affaire *Brown* est la loi suprême du pays et que l'article VI de la Constitution la rend obligatoire pour les Etats »⁵³⁷. Cela n'empêche pas la multiplication des mesures étatiques pour contourner la décision *Obergefell*, fondées sur la liberté religieuse. Ainsi des propositions de lois pour permettre aux organisations confessionnelles (églises, écoles, associations), entreprises et particuliers de ne pas participer à des activités qu'ils jugent contraires à leur conviction religieuses, en refusant leurs services à un couple homosexuel souhaitant se marier par exemple, alors que la Cour a précisé dans sa décision que le Ier amendement protège seulement l'expression des convictions religieuses, ce qui semble faire obstacle à la prolifération de « clauses de consciences » qui mèneraient à neutraliser la solution de la Cour visant à garantir une « égale dignité »⁵³⁸.

L'approche originale de la Cour, fondée sur l'égalité et la liberté, est peut-être significative d'un nouveau développement de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Il y a des chances pour que la décision *Obergefell* constitue, à l'image de l'arrêt *Brown*, un « super-précédent » selon la catégorie identifiée par le professeur Bruce Ackerman, c'est-à-dire qu'elle fasse partie de ces arrêts de la Cour Suprême qui « cristallisent des points fixes dans la tradition constitutionnelle, et qui doivent, par conséquent, n'être ni renversés ni ignorés au cours du développement jurisprudentiel ». Il faudra voir comment elle est reprise par les juges. Car l'égalité, pas plus que la liberté, ne peut trouver refuge dans une jurisprudence qui doute⁵³⁹.

⁵³⁶ *Marbury v. Madison* ; *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6. Wheat.) 264 (1821)

⁵³⁷ Traduction ZOLLER E., *Les grands arrêts*, op.cit., p. 19

⁵³⁸ On peut souligner que la revendication de l'existence d'une clause de conscience avait également été présentée en France, et rejetée : Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013.

⁵³⁹ Nous paraphrasons la Cour suprême dans sa décision *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 844 (1992)

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

A. En anglais

FALLON R.H. Jr., *The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law and practice*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2013

HAMILTON A., MADISON J. & JAY J., *The Federalist Papers*, Yale University Press, 2009

ROSSUM R.A. & TARR G.A., *American constitutional law, Volume II The Bill of rights and subsequent amendments*, Westview Press, 9th ed., 2014

TRIBE L.H., *American constitutional law*, Mineola NY, The Foundation Press, 1978

B. En français

ALLAND D. & RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige/Lamy PUF, 4^e impr., 2012

HAMON F. & TROPER M., *Droit constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 36^e éd., 2015

ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 2^e éd., 1999

ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2010

ZOLLER E., *Le droit des États-Unis*, 2014, disponible sur le site du Centre de droit public comparé (http://www.u-paris2.fr/1396864022103/0/fiche_article/&RH=CDPC-ETUDES)

II. Ouvrages spécialisés & thèses

A. En anglais

ACKERMAN B., *We the People: The Civil Rights Revolution*, Cambridge MA / London, Belknap Press of Harvard University Press, 2014

BARAK A. (trad. KAYROS D.), *Human Dignity, The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015

BERGER R., *Government by Judiciary, The transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (MA) & London, Harvard University Press, 1977

BERLIN I., *Concepts and Categories, Philosophical Essays*, London, Pimlico, 1999 (1939)

BREYER S., *America's Supreme Court: making democracy work*, Oxford, Oxford University Press, 2010

GREEN C.R., *Equal citizenship, Civil Rights, and the Constitution, The original sense of the privileges or immunities clause*, New York / London, Routledge, 2015

KARST K.L., *Law's promise, Law's expression, Visions of power in the politics of race, gender and religion*, New Haven / London, Yale University Press, 1993

KLARMAN M.J., *From the closet to the altar, Courts, backlash and the struggle for same-sex marriage*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2013

PERRY M.J., *We the people: The fourteenth amendment and the Supreme Court*, New York Oxford, Oxford University Press, 1999

SCALIA A. & GARNER B.A., *Reading law, The interpretation of legal texts*, Thompson-West, 2012

SUNSTEIN C.R., *A Constitution of many minds, Why the Founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 3rd printing, 2011

B. En français

BADINTER R. & BREYER S. (à l'initiative de), *Les entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, 2003

BREYER S., *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit & justice, 2010

CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, Le problème de la discrimination positive*, Paris, coll. Thèses, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, LGDJ, 1998

COHEN TANUGI L., *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd., 2007

FERCOT C., *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral, Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Fondation Varenne, 2011

FROMONT M., *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013

HERLET-MOLINIE C., *Le contrôle de la Cour suprême sur l'égalité d'accès aux emplois aux Etats-Unis*, thèse Paris II, 2004 (non publiée)

HERNU R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003

JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1992

KERJAN L., *L'égalité aux Etats-Unis : mythes et réalités*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, coll. Histoire thématique des Etats-Unis, 1991

LAMBERT E., *Le gouvernement des juges (Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois)*, Paris, Dalloz, 2005 (1921)

MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997

RAYNAUD P., *Le juge et le philosophe, Essais sur le nouvel âge du droit*, Paris, Armand Colin, 2009

TOCQUEVILLE (de) A., *De la démocratie en Amérique*, édition électronique réalisée à partir de la 13^e édition de l'œuvre, 1835, par l'Université du Québec à Chicoutimi, (<http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.toa.dem1>)

VLACHIOGIANNIS A., *Les juges de la Cour suprême et la notion de Constitution vivante*, thèse Paris II, 2011 (version dactylographiée de la thèse désormais publiée)

ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003, Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003

III. Articles et contributions

A. En anglais

ABRAMS K. & GARRETT B.L., "Cumulative constitutional rights", University of Virginia School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 2015-42, August 2015 (<http://ssrn.com/abstract=2642640>)

BALKIN J., "Obergefell and Equality", BALKINIZATION (June 28, 2015, 1:58 PM), (<http://balkin.blogspot.com/2015/06/obergefell-and-equality.html>)

BANDES S., "The Negative Constitution: A critique", *Michigan Law Review*, Vol. 88, No. 8 (August 1990), p. 2271-2347

BARNES M.L. & CHEMERINSKI E., "The Once and Future Equal Protection Doctrine?", 43 *Conn. L. Rev.* 1059 (2011)

BARROSO L.R., “Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, 35 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 331 (2012)

BAUDE W., “Is originalism our law?”, *Columbia Law Review*, Vol. 115, No. 8 (2015), p. 2349-2408

BERLIN I., “Two Concepts of Liberty » (1958) in *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969 (en ligne)

BERNSTEIN D.E., “Bolling, Equal Protection, Due Process, and Lochnerphobia”, George Mason University School of Law, Law and Economics Working Papers Series, No. 05-14, July 2005

BHAGWAT A., “Liberty or equality?”, UC Davis Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 464, October 2015 (<http://ssrn.com/abstract=2673194>)

COOPER E.W., “The power of dignity”, 84 *Fordham L. Rev.* 3 (2015)

DAYS D.S., « Equality rights in the United States » in DE MESTRAL A. et al (dir.), *La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé*, Yvons Blais, 1986, p. 237-267

DIAMOND M., “The American Idea of Equality: The View from the Founding”, *The Review of Politics*, Vol. 38, No 3, Bicentennial Issue (Jul. 1976), pp. 313-331

ESKRIDGE W.N., “Original meaning and marriage equality”, *Houston Law Review*, vol. 52(4), 2015, p. 101-154

ESKRIDGE W.N., “Destabilizing Due Process and Evolutive Equal Protection”, Faculty Scholarship Series, Paper 1508 (2000) (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1508)

EMERSON B., “Equality and Federalism in U.S.-American Civil Rights Law: A Review of Two Recent Supreme Court Cases on Same-sex Marriage and Voting Rights”, *ZaöRV* 74, 41-59 (2014)

EYER K., “*Brown*, not *Loving*: *Obergefell* and the unfinished business of formal equality”, *Yale Law Journal Forum*, April 28, 2015

FORDE-MAZRUI K., “Tradition as Justification: The Case of Opposite-Sex Marriage”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 78, No. 1 (Winter 2011), p. 281-343

FRANKLIN C., “Marrying liberty and equality: the new jurisprudence of gay rights”, *Virginia Law Review*, vol. 100 No 5, September 2014, p. 817 s.

GREENAWALT K. “How empty is the idea of equality?”, *Columbia Law Review*, Vol. 83, No. 5 (Jun., 1983), pp. 1167-1185

GUNTHER G., “Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, *Harvard Law Review*, Vol. 86, No. 1 (Nov., 1972), p. 1-48

HELLMAN D., “Equal Protection in the Key of Respect”, 123 YALE L.J. 3036 (2014)

HOLMES O.W., *The Path of the Law*, version disponible en ligne à l’adresse http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm

JOSHI Y., “The Respectable Dignity of *Obergefell v. Hodges*”, *California Law Review*, Vol. 6, November 2015, p. 117-125

KARLAN P.S., “Equal Protection, Due Process, and the Stereoscopic Fourteenth Amendment”, 33 MCGEORGE L. REV. 473 (2002)

KARLAN P.S., “Loving Lawrence”, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 85, March 2004

KARST K.L., “The liberties of equal citizens : groups and the due process clause”, 55 UCLA Law Review 99 (2007), p. 99-143

KLARMAN M.J., “*Windsor* and *Brown*: marriage equality and racial equality”, *Harvard Law Review*, vol. 127, p. 127-160

KLARMAN M.J., “An Interpretive History of Modern Equal Protection”, 90 MICH. L. REV. 213, 238–39, 241–46 (1991)

LANDAU J., “Roberts, Kennedy and the subtle differences that matter in *Obergefell*”, *Fordham Law Review*, vol. 84, 2015

MELTZER HENRY L., “The Jurisprudence of Dignity”, 160 U. PA. L. REV. 169 (2011)

NICE J.A., “Conjuring “Equal Dignity”: Mapping the Constitutional Dialogue To and From Same-Sex Marriage”, University of San Francisco Law Research Paper 2016-04, in *Civil Rights Litigation Handbook*, Thompson Reuters, 2015, p. 373-402

NICE J.A. “Equal Protection’s Antinomies and the Promise of a Co-Constitutive Approach”, 85 Cornell L. Rev. 1392 (2000)

NICOLAS P., “*Obergefell*’s Squandered Potential”, 137 Cal. Law Rev. Vol. 6, 137-144 (Nov. 2015)

NICOLAS P., “Fundamental Rights in a Post-*Obergefell* World”, 27 Yale J. L. & Feminism (forthcoming Jan. 2016)

O’ROURKE A., “Substantive Due Process for Noncitizens: Lessons from *Obergefell*”, Legal Studies Research Paper Series Paper No. 2016 – 007, Michigan Law Review (Forthcoming) (<http://ssrn.com/abstract=2639380>)

POLLVOGT S.W., “*Obergefell v. Hodges*: Framing fundamental rights” (<http://ssrn.com/abstract=2624725>)

POLLVOGT S.W., “Marriage equality, *United States v. Windsor*, and the crisis in equal protection jurisprudence”, 42 HOFSTRA L.REV., 1045 (2014)

RAO N., “The trouble with dignity and rights of recognition”, *Virginia Law Review Online*, Vol. 99, No. 1, pp. 29-38 (August 2013)

RAO N., “On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law”, 14 Colum. J. Eur. L. 201 (2008)

ROBINSON R.K., “Unequal Protection”, 68 STAN. L. REV. 151 (2016)

SANDERS S., “Symposium: Sometimes it takes unelected Justices, not the political process, to give Americans the law they really want”, SCOTUSblog (Jun. 26, 2015, 8:58 PM)

SCALIA A., “The rule of law as a law of rules”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 56, No. 4, 1989

SCALIA A., “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, The Tanner Lectures on Human Values, Princeton University, March 8 and 9 1995

SIEGEL R.B., “Dignity and sexuality: Claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage”, I CON (2012), Vol. 10 No. 2, p. 355–379

SIEGEL R.B., “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over *Brown*”, 117 HARV. L. REV. 1470 (2004)

SIEGEL R.B., “The Supreme Court, 2012 Term - Foreword: Equality Divided” (2013), *Faculty Scholarship Series. Paper 5001* (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/5001)

SOBEL S.L., “When *Windsor* Isn’t Enough: Why the Court Must Clarify Equal Protection Analysis for Sexual Orientation Classifications”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*: Vol. 24: Iss. 3, Article 3 (2015)

STRAUSS D.A., “Foreword: Does the Constitution mean what it says?”, *Harvard Law Review*, Vol. 129 No 1, November 2015

STRAUSS D.A., “The Modernizing Mission of Judicial Review”, 76 U. CHI. L. REV. 859 (2009)

SUNSTEIN C.R. “The Supreme Court, 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided”, 110 HARV. L. REV. 4, 99 (1996)

SUNSTEIN C.R., “Sexual orientation and the Constitution: A note on the relationship between due process and equal protection”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, No. 4, 1988, p. 1161-1179

SUNSTEIN C.R., “Homosexuality and the Constitution”, *Indiana Law Journal*: Vol. 70: Iss. 1, Article 1 (1994) (<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol70/iss1/1>)

TRIBE L.H., “Equal dignity: speaking its name”, *Harvard Law Review Forum*, vol. 129, 2015, p. 16-32

TRIBE L.H., “The Constitution Writ Large, Part Two”, BALKINIZATION (July 14, 2015, 9:00 AM), (<http://balkin.blogspot.com/2015/07/the-constitution-writ-large-parttwo.html>)

TRIBE L.H. & MATZ J., “The constitutional inevitability of same-sex marriage”, 71 Md. L. Rev. 471 (2012)

WECHSLER H., “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 73, No. 1 (Nov., 1959), p. 1-35

WELLS C.E., “Obergefell v. Hodges”, *European Human Rights Law Review*, vol. 4, 2015, p. 406-412

WESTEN P., “The empty idea of equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, No 3, 1982, p. 537-596

YOSHINO K., “The New Equal Protection”, *Harvard Law Review*, vol. 124, 2011, p. 747-803

YOSHINO K., “A new birth of freedom?: *Obergefell v. Hodges*”, *Harvard Law Review*, vol. 129, p. 147-179

YOSHINO K., “Anti-humiliation principle and same-sex marriage”, 123 *YALE L.J.* 3076 (2014)

B. En français

BARANGER D., « Le serment des juges dans *Marbury v. Madison*, ou : qu’est-ce qu’obéir à une Constitution écrite ? », in ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003, Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003

BARON C.H., « La théorie de l’intention originelle, la sincérité dans la rédaction des opinions des juges et les références à des sources juridiques étrangères dans le processus d’interprétation de la constitution aux Etats-Unis » (trad. POUR R.), in De BECHILLON et al. (dir.), *L’architecture du droit, Mélanges en l’honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 109 s.

CALVES G., « Le juge constitutionnel entre droit et politique : brève présentation de la querelle des « principes neutres » », *Jus Politicum*, n°5, 2010

DELANNOI G., « Deux aspects complémentaires de la liberté : une relecture d’Isaiah Berlin », *Annuaire de l’Institut Michel Villey*, Vol. 5, 2013, p. 143-161

FASSASSI I., « L’actualité constitutionnelle aux Etats-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, 2016/1, n° 105, p. 183-228

FERCOT C., « 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

GREWE C., « La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », Conférence-débat du CDPC sur la dignité de la personne humaine, Cycle « Les valeurs du droit public », 2014

GROSSHOLZ C., « Le début n’est pas toujours la fin de l’histoire », *AJDA*, 2015, p. 1441

JOUANJAN O., « Egalité », in ALLAND D. & RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige/Lamy PUF, 4^e impr., 2012, p. 585-589

JOUANJAN O., « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions n°2, 2014

JOUANJAN O., « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, p. 44

JOUANJAN O., « Le Conseil constitutionnel, gardien de l’égalité ? », *Jus Politicum*, n°7, 2012

JOUANJAN O., « Avant-propos, Le souci du social : le « moment 1900 » de la doctrine et de la pratique juridiques », in JOUANJAN O. & ZOLLER E., *Le « moment 1900 », Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Ouvrage issu du colloque du Centre de Droit Public Comparé les 29 et 30 mai 2015, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 13-19

LAPORTE M., « La pensée constitutionnelle d'Alexander Mordecai Bickel, La difficulté contre-majoritaire et ses implications », *Jus Politicum*, n°14, 2015

LEFEBVRE-TAILLARD A., « Mariage », in ALLAND D. & RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige / Lamy-PUF, 2012, p. 996-1000

LOCHAK D., « La notion de discrimination », *Confluences Méditerranée*, n°48, Hiver 2003-2004, p. 13-23

MASTOR W., « Du droit au mariage des couples homosexuels, *Cour Suprême de Californie, 15 mai 2008, In Re Marriage Cases, (S 147999)* », *Constitutions*, 2010, p. 84

MASTOR W., « Que reste-il, aujourd'hui, de la *sociological jurisprudence* dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis ? », in JOUANJAN O. & ZOLLER E., *Le « moment 1900 », Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis*, Ouvrage issu du colloque du Centre de Droit Public Comparé les 29 et 30 mai 2015, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 255-271

MORANGE J., « Liberté », in ALLAND D. & RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige / Lamy-PUF, 2012, p. 945-952

MURRAT P., « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°39, avril 2013

RAYNAUD P., « *Marbury v. Madison* et l'*original intent* : réflexions sur quelques débats contemporains », in ZOLLER E. (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003, Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003

ROGOFF M., « Le juge constitutionnel aux Etats-Unis », *Jus Politicum*, n°11, 2006

SCHMIDT J., « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n°1, 1987, p. 43-88

ZOLLER E., « Chronique Cour suprême des Etats-Unis, session d'octobre 2012 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, mai 2014, n° 3, p. 817 s.

ZOLLER E., « Chronique Cour suprême des Etats-Unis, session d'octobre 2014 », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, novembre 2015, n° 6, p. 1649 s.

ZOLLER E., « *Due process of law* », in ALLAND D. & RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-PUF, 2012, p. 556-558

ZOLLER E., « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions, n°4, 2014

ZOLLER E., « La citoyenneté aux États-Unis : une valeur en perpétuel devenir », Conférence-débat du CDPC sur la citoyenneté, Cycle « Les valeurs du droit public », 14 février 2013

ZOLLER E., « Le concept de dignité dans le droit américain », *Mélanges Badinter*, à paraître

ZOLLER E., « Le juge et les faits sociaux au XXI^e siècle », in JOUANJAN O. & ZOLLER E., *Le « moment 1900 »*, *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Ouvrage issu du colloque du Centre de Droit Public Comparé les 29 et 30 mai 2015, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 355-376

ZOLLER E., « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, 2007

ZOLLER E., « Le revirement de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006

IV. Jurisprudence

A. Des juridictions fédérales

1. De la Cour suprême des États-Unis

Baker v. Nelson, 409 U.S. 812 (1970)

Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954)

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)

Brown v. Board of Education of Topeka 347 U.S. 483 (1954)

Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883)

Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985)

DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189 (1989)

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857)

Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973)

Gonzalez v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007)

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

Harper v. Virginia State Board of Elections, 509 U.S. 86 (1966)

Hollingsworth v. Perry, 133 S. Ct. 2652 (2013)

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944)

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819)

McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964)

Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989)

Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U.S. 701 (2007)

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)

Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961)

Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978)

Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996)

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)

Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969)

Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942)
Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872)
Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958)
Turner v. Safley, 482 U.S. 78
United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)
United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995)
United States v. Windsor, 133 S. Ct. 2675 (2013)
Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976)
Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997)
West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)
Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978)

2. Des juridictions fédérales inférieures

Bostic v. Schaefer, 760 F.3d 352 (CA4 2014)
DeBoer v. Snyder, 772 F. 3d 388 (CA6 2014)
Jackson v. Abercrombie, 884 F. Supp. 2d 1065 (D. Haw. 2012)
Perry v. Schwarzenegger, 704 F. Supp. 2d 921 (N.D. Cal. 2010)
Perry. v. Brown, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012)

B. Des juridictions des Etats fédérés

Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44
Goodridge v. Department of Public Health, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003)
In re Marriage Cases, 43 Cal.4th 757 (2008)

C. Jurisprudence étrangère

Conseil constitutionnel, décision du 13 août 1993 n° 93-325 DC
Conseil constitutionnel, décision du 28 janvier 2011 n° 2010-92 QPC
Conseil constitutionnel, décision du 17 mai 2013 n°2013-669 DC

CEDH, *Shalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n° 30141
CEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013, n°29381/09 et 32684/09

CJCE, 13-63, *Commission c. Italie*, 17 juillet 1963
CJCE, *P c. S et Cornwall County Council*, 30 avril 1996, C-13/94

V. Articles de presse

ROSEN J., “The Dangers of a Constitutional ‘Right to Dignity’”, *The Atlantic*, April 29th, 2015

VI. Autres sources

Rules of the Supreme Court of the United States, 2013

Communiqué de presse du Président des Etats-Unis du 26 juin 2015 (“Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality”), accessible en ligne : <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/06/26/remarks-president-supreme-court-decision-marriage-equality>

Second discours inaugural du Président des Etats-Unis, 21 janvier 2013, accessible en ligne : <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/01/21/inaugural-address-president-barack-obama>

Introduction	1
Première partie : L'EGALITE DES DROITS PAR L'INTERACTION DYNAMIQUE DES CLAUSES DE <i>DUE PROCESS</i> ET D'EGALE PROTECTION DES LOIS	14
Chapitre 1 : LA SOLIDITE DU DROIT DES COUPLES DE PERSONNES DU MEME SEXE DE SE MARIER : LA DOUBLE HELICE DU <i>DUE PROCESS</i> ET DE L'EGALE PROTECTION	16
Section 1 : La méthode de la clause d'égale protection contournée : une réponse aux faiblesses de la clause d'égale protection	16
I. Le refus de suivre la méthode rigide de la clause d'égale protection	16
A. L'absence d'identification d'une classification.....	17
B. L'absence d'imposition d'un degré de contrôle.....	21
II. Une réponse aux faiblesses de la clause : les antinomies de l'égale protection	23
A. Le critère de l'intention privilégié à celui de l'effet : le renversement de la protection dans la jurisprudence	24
B. L'hésitation entre protection d'une classe et interdiction d'une classification : l'égalité catégorielle ou individuelle	26
Section 2 : Une histoire d'approche « stéréoscopique » dans les « chemins détournés » de l'égalité	28
I. Liberté du <i>due process</i> et égalité de l'égale protection des lois : une proximité ancienne et renouvelée	28
A. Une proximité originelle de contenu.....	29
B. Une proximité renouvelée : des clauses qui jouent ensemble sans se confondre.....	31
II. La cohérence d'un double fondement dans la décision sur le mariage homosexuel	34
A. Le mariage, objet de l'égalité.....	34
B. L'égalité pour les homosexuels atteinte par des chemins parfois détournés.....	36
Chapitre 2 : LA METHODE MISE EN APPLICATION : L'EGALITE AU SERVICE DE LA LIBERTE ET LA LIBERTE AU SERVICE DE L'EGALITE.....	39
Section 1 : L'adoption d'une méthode « ouverte » pour définir une liberté fondamentale au sens de la clause de <i>due process</i> éclairée par le principe d'égalité.....	39
I. Le droit fondamental de se marier : la liberté du <i>due process</i> ne s'épuise pas dans les droits négatifs	39
A. Un élargissement de la protection du <i>due process</i> aux libertés positives ?.....	40
B. Un fondement renforcé des deux clauses pour un droit hybride.....	43
II. Le droit fondamental de se marier protégé par une tradition vivante	45

A. La difficulté : les hésitations d'une jurisprudence prudente pour identifier des « droits non énumérés ».....	46
B. Le choix de la Cour : la tradition, vivante, prise en compte comme indice plutôt que critère	48
Section 2 : Une qualification large (le droit fondamental de se marier) menant à raisonner sur l'exclusion plutôt que sur la requalification du droit	51
I. Le refus de retenir la qualification de revendication d'un « droit fondamental au mariage homosexuel ».....	51
A. Une méthode de définition étroite du droit fondamental rejetée.....	52
B. Une méthode jugée injustifiée au regard de la clause d'égalité de protection des lois .	55
II. L'absence de raisons d'exclure : la différence de sexe ne fait pas partie de la définition du droit fondamental de se marier	56
A. L'adoption d'un raisonnement caractéristique de l'égalité : justifier les différences de traitement de situations semblables	57
B. La légitimité de la différence de traitement : la similitude de situation déterminée par le recours au but du droit fondamental	60
Conclusion de partie	64
 Deuxième partie : L'EGALITE DE STATUT PAR UN PRINCIPE : L'EGALE DIGNITE	67
Chapitre 1 : L'UNIFICATION DES CLAUSES OPERATOIRES DU XIV ^e AMENDEMENT POUR UNE « EGALE DIGNITE AUX YEUX DE LA LOI ».....	68
Section 1 : La dignité d' <i>Obergefell</i> : une notion renouvelée du droit constitutionnel américain au service d'une égalité de statut	68
I. Une synthèse partielle des différentes conceptions de la dignité en droit américain	69
A. Les objets de la dignité : un concept protéiforme	69
B. La fonction du principe de dignité : une garantie constitutionnelle de l'égalité de statut	73
II. L'égalité de dignité : une égale citoyenneté et une égale humanité	75
A. L'égalité de citoyenneté : l'unification des clauses comme réponse à la neutralisation de la clause des privilèges et immunités.....	75
B. Le recours à la notion de dignité : une égale humanité ?	78
Section 2 : L'égalité de dignité : des critères et des critiques connus.....	79
I. Les critères de l'atteinte à l'égalité de dignité	79
A. Les effets plutôt que l'intention : le stigmatisme plutôt que l'hostilité	79
B. La définition du stigmatisme : la prise en compte du discours du droit	82
II. Les critiques du recours à la dignité	84

A. Des critiques classiques : une notion sans fondement textuel et polysémique	84
B. Les critiques spécifiques : un principe insuffisamment limitatif ?	86
Chapitre 2 : PERSPECTIVES SUR LA METHODE DE RAISONNEMENT ADOPTEE	88
Section 1 : Un style de démonstration de l'égalité critiqué	89
I. La Cour suprême, éducatrice de la société américaine par l'interprétation de la Constitution	89
A. Le choix de s'adresser aux citoyens	89
B. Le rôle politique de la Cour suprême	90
II. Une protection non « judiciaire » de l'égalité ?	92
A. Une opinion vide de méthode ?	92
B. L'absence de « principes neutres » ?	94
Section 2 : L'égalité par le texte mais par-delà le texte de la Constitution	96
I. L'interprétation du texte : Constitution vivante ou originalisme ?	96
A. Une Constitution vivante	97
B. Un originalisme de circonstances	100
II. Le texte, personnage secondaire en droit constitutionnel américain ?	102
A. La place du texte dans le raisonnement : une méthode de <i>common law</i>	102
B. La perfection de la Constitution par le dialogue	104
Conclusion de partie	107
Conclusion : L'égalité inachevée	108
Bibliographie	112