



Fédéralisme et mariage entre personnes du même sexe. Quelques enseignements après United States v. Windsor

Jorge Cagiao y Conde

► To cite this version:

Jorge Cagiao y Conde. Fédéralisme et mariage entre personnes du même sexe. Quelques enseignements après United States v. Windsor. *Ambigua. Revista de Investigaciones sobre género y estudios culturales*, 2014, 1, pp.16-34. <hal-01175781>

HAL Id: hal-01175781

<https://hal.science/hal-01175781v1>

Submitted on 17 Jul 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License



SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN DE
GÉNERO Y ESTUDIOS CULTURALES

Fédéralisme et mariage entre personnes du même sexe. Quelques enseignements après *United States v.* *Windsor*

Federalism and Same Sex Marriage. Some Lessons after the Windsor Case

Jorge Cagiao y Conde

Université François Rabelais de Tours (ICD)

jorge.cagiao@univ-tours.fr

Date de réception :
30/08/2013

Date d'évaluation :
09/10/2013

Date d'acceptation :
15/11/2013

Abstract:

The case *United States v. Windsor*, judged by the Supreme Court of the United States in June 2013, posed a double issue: first, the existence or not of constitutional basis for the federal definition of marriage (DOMA), a matter connected with federalism and the balance of power in the U.S. federal system, and second, the case question concerning the validity and federal recognition of same-sex marriages celebrated according to States' law. To the extent that the contemporary debate on the normative principles of federalism is in a phase of profound doubts and interrogations, it may be useful to analyze the key findings of Windsor on federalism, for the sake of a better understanding of the federal principle in advanced democracies. On the other hand, to the extent that federalism is, as we shall see, the key to Windsor judgment, we will try to explain how federalism can be considered an effective argument in the defense and promotion of same-sex marriage. Windsor's analysis should help, on the one hand, to a better understanding of what federalism means in democracy, and on the other, to clarify the terms of democratic debate on same-sex marriage, often more or less disconnected from some fundamental democratic principles (majority rule, separation of powers, etc.).

Key-words: federalism; same-sex marriage; Supreme Court of the United States.

Resumen:

El caso *United States v. Windsor*, fallado recientemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, planteaba una doble cuestión: primero, la existencia o no de base constitucional para la definición federal del matri-

monio (*DOMA*), cuestión conectada con el federalismo y el equilibrio de poderes en el sistema federal norteamericano, y, segundo, la cuestión de fondo relativa a la validez y el reconocimiento a nivel federal de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en alguno de los Estados federados que ya los reconocen. Teniendo en cuenta que el debate contemporáneo sobre los principios normativos del federalismo se encuentra en una fase de profundas dudas e incertidumbres, puede ser útil aquí analizar las conclusiones fundamentales de la Sentencia *Windsor* sobre el federalismo, en aras de un mejor entendimiento del principio federativo en las democracias avanzadas. Por otra parte, puesto que el federalismo es, como veremos, la clave de la sentencia *Windsor*, trataremos de explicar en qué medida el federalismo puede ser considerado un argumento eficaz en la defensa y promoción del matrimonio entre personas del mismo sexo. El análisis de *Windsor* debería contribuir, por una parte, a un mejor entendimiento de lo que el federalismo supone en democracia y, por la otra, a esclarecer los términos del debate democrático sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, a menudo desconectados de algunos de los principios democráticos fundamentales (gobierno de la mayoría, separación de poderes, etc.).

Palabras clave: federalismo; matrimonio entre personas del mismo sexo; Corte Suprema de los Estados Unidos.

Résumé :

L'affaire *United States v. Windsor*, jugée récemment par la Cour suprême des Etats-Unis, posait deux questions, auxquelles nous nous intéresserons ici : d'abord, l'existence ou non de base constitutionnelle pour la définition fédérale du mariage proposée par la loi *DOMA*, question à rattacher au fédéralisme et à l'équilibre des pouvoirs aux Etats-Unis, puis la question de fond de l'espèce portant sur la validité et la reconnaissance au niveau fédéral des mariages entre personnes du même sexe conclus dans les Etats fédérés où ils sont reconnus. Dans la mesure où les débats contemporains sur les principes normatifs du fédéralisme traversent une étape de profonds doutes et remises en question, il est important de voir quels sont les enseignements fondamentaux à tirer de l'arrêt *Windsor* de la Cour suprême des Etats-Unis en matière de fédéralisme, afin de mieux comprendre ce que le fédéralisme implique dans les démocraties avancées. D'autre part, et dans la mesure où le fédéralisme est, comme nous le verrons, la clé de *Windsor*, nous essaierons d'expliquer pourquoi le fédéralisme peut être considéré comme un argument fort dans la défense et la promotion du mariage entre personnes du même sexe. Notre analyse de *Windsor* devrait nous permettre, d'une part, de mieux comprendre le sens et la place du fédéralisme en démocratie, et d'autre part, de rappeler les justes termes du débat démocratique sur le mariage entre personnes du même sexe, souvent déconnecté de quelques-uns des principes démocratiques fondamentaux (gouvernement de la majorité, séparation des pouvoirs, etc.)

Mots-clés : Fédéralisme, mariage entre personnes du même sexe, Cour suprême des Etats-Unis.

0. Introduction

Dans l'affaire *United States v. Windsor*, la Cour suprême des Etats-Unis (CS) a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi fédérale (*Defense of marriage act*, 1996, *DOMA*) qui définissait le mariage comme l'union entre un homme et une femme, ne permettant par conséquent de bénéficier des avantages très nombreux (fiscalité, succession, etc.) prévus par la loi fédérale qu'aux seuls couples hétérosexuels mariés. Or Mme Windsor, partie défenderesse devant la CS, était bien mariée selon la loi fédérée de l'Etat de New York à son épouse lorsque celle-ci vint à décéder. La question litigieuse à résoudre par la CS était donc de savoir si *DOMA* pouvait réglementer et définir le mariage comme elle l'avait fait, en établissant une discrimination dans l'accès aux avantages fédéraux prévus par la loi à l'encontre des couples homosexuels mariés, ou bien si cette réglementation était inconstitutionnelle, ce qui reviendrait à reconnaître la validité du mariage de Mme Windsor au regard du droit fédéral et de la Constitution et, en conséquence, son droit égal aux prestations fédérales.

La décision de la CS dans *Windsor*, rendue le 26 juin 2013, était très attendue tant par les défenseurs du mariage entre personnes du même sexe, principaux intéressés et vainqueurs en l'espèce, que par les observateurs politiques et spécialistes du fédéralisme. L'issue a été telle qu'on pouvait l'attendre, la CS décidant de confirmer sa jurisprudence en matière d'équilibre de pouvoirs et de fédéralisme, en sanctionnant encore une fois l'interventionnisme du gouvernement fédéral dans une matière, le droit civil, qui est depuis les origines de la fédération américaine une compétence souveraine des Etats fédérés. Si la décision a pu faire quelques déçus, notamment dans le camp de ceux qui espéraient, sans doute de façon un peu optimiste, que la CS irait plus loin dans sa reconnaissance d'un droit égal au mariage pour les personnes du même sexe à l'échelle fédérale, elle rappelle cependant de manière claire et prudente les termes fondamentaux du débat aux Etats-Unis, mais sans doute peuvent-ils être repris dans d'autres contextes politiques. Ce balisage opportun réalisé par la CS éclaire idéalement aussi bien la question de l'équilibre des pouvoirs – la répartition des compétences – dans un système fédératif, ses principes normatifs et ses conséquences pratiques, que celle concernant, sur le fond de l'affaire (le mariage homosexuel), l'équilibre entre le politique et le judiciaire, d'une part, et entre démocratie et justice, de l'autre. *Windsor* nous offre donc une excellente opportunité, à la fois pour interroger les liens entre fédéralisme et démocratie et pour essayer de comprendre de quelle manière la logique du fédéralisme¹ peut aider à faire avancer la cause du mariage entre personnes du même sexe.

¹ Par « fédéralisme » nous entendons une forme particulière – et alternative à celle proposée par l'Etat – d'organiser juridiquement et territorialement le pouvoir politique de

Dans la première partie de cet article, nous nous intéresserons aux enseignements fondamentaux à tirer, en matière de fédéralisme, de la décision de la CS. Cela devrait nous permettre de mieux comprendre le sens du pluralisme politique en démocratie fédérative. Dans la deuxième partie, nous aborderons la question de fond de *Windsor* en essayant d'expliquer que, malgré les apparences – la CS donne raison aux Etats ayant fait le choix du mariage entre personnes du même sexe (13), mais également à tous les autres Etats plus conservateurs (37) ayant fait le choix de son interdiction ou de sa non-reconnaissance –, le fédéralisme est un instrument solide et efficace pour avancer dans le sens de la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe, tout en respectant le jeu démocratique, les préférences, les pratiques et les croyances des peuples, ainsi que le rythme choisi par chacun pour émuler (ou non) les pays les plus audacieux et avancés en la matière.

1. Fédéralisme et partage de la souveraineté : liberté et pluralisme aux Etats-Unis

En décidant de protéger la souveraineté des *States* face aux politiques interventionnistes du gouvernement fédéral, la CS des Etats-Unis a renoué depuis plusieurs décennies avec quelques-uns des principes fondateurs du fédéralisme américain ; elle a ainsi réaffirmé la limite qu'ils représentent aussi bien pour le législateur fédéral que pour les juges eux-mêmes (1.1). Sur un sujet aussi sensible et médiatisé que le mariage entre personnes du même sexe, *Windsor* était une belle opportunité pour la CS d'expliquer de nouveau le sens et les conséquences du fédéralisme, et de réaffirmer ainsi son rôle structurant fondamental dans la démocratie américaine. L'argumentaire de *Windsor* représente en ce sens une leçon magistrale de fédéralisme, qu'on peine d'ailleurs à bien saisir si l'on ne

plusieurs Peuples ou Etats. L'un des buts du fédéralisme serait d'assurer aux Peuples ou Etats fondateurs (ou partie) de la structure fédérative une large autonomie constitutionnelle et politique, de telle sorte qu'ils restent maîtres des politiques qu'ils souhaitent mettre en œuvre dans le cadre constitutionnel qu'ils ont choisi (le droit civil dans *Windsor*). Cette manière de comprendre les phénomènes fédératifs cherche à rompre – partiellement – avec la définition stato-centrée du fédéralisme proposée par la doctrine ou théorie dominante en droit public. La raison de cette prise de distance est simple à comprendre : la théorie dominante n'est pas une théorie scientifique du fédéralisme, mais une théorie idéologique ou de légitimation des systèmes fédératifs existants. En effet, la définition de la doctrine dominante tend à vider le fédéralisme de sa logique pluraliste, en imposant une interprétation et une évolution des systèmes fédératifs également stato-centrée (voir l'ouvrage désormais incontournable d'Olivier Beaud, 2007). Ce qui nous intéresse dans l'affaire *Windsor* c'est justement la logique fédéraliste (pluraliste) à l'œuvre dans l'argumentation de la CS, logique encore présente dans un fédéralisme national ou territorial (stato-centré) comme celui des Etats-Unis. « Fédéralisme » et « logique du fédéralisme » sont utilisés par conséquent dans un sens très différent de celui proposé par la doctrine dominante. Nous suivons en cela les travaux de Beaud (2007), de Zoller (2002) ou de Parent (2011) (droit constitutionnel), et de Requejo (2009), de Karmis (2005), de Norman (2005, 2006), de Máiz (2008) ou de Gagnon (2007, 2011) (philosophie politique), pour ne citer qu'eux .

tient pas suffisamment compte des particularités d'une démocratie fédérative (1.2).

1.1. Le fédéralisme : principe structurant fondamental de la démocratie américaine

Si l'issue de *Windsor* n'a pas surpris outre mesure les spécialistes du fédéralisme et les observateurs politiques c'est parce qu'elle s'inscrit dans une tendance fédéraliste lourde à la CS depuis maintenant un peu plus d'une trentaine d'années. En effet, depuis la nomination en 1972 du conservateur William H. Rehnquist à la CS, le fédéralisme est redevenu un sujet préoccupant se trouvant au centre des débats des 9 juges dans un certain nombre d'affaires importantes, surtout à partir des années 1990 (Vergniolle de Chantal, 2006 : 135 s.).

Il convient de rappeler que ce renouveau du fédéralisme aux Etats-Unis, par le biais de la jurisprudence de la CS, intervient relativement peu de temps après l'une des périodes (le *New Deal*) pendant lesquelles l'interventionnisme du gouvernement fédéral et sa progressive extension de compétences au détriment des Etats fédérés, par l'intermédiaire de la fameuse *Commerce Clause*, ont été particulièrement importants². Rappelons que la Clause de Commerce avait permis au Congrès des Etats-Unis de réguler nombre d'activités et de domaines ayant un rapport « substantiel » avec le commerce interne aux Etats, le caractère substantiel dudit rapport ayant été interprété le plus souvent favorablement à l'action du gouvernement fédéral. C'est ainsi à une interprétation beaucoup plus stricte et restrictive de la marge de manœuvre du Congrès des Etats-Unis, soit par le biais de ladite Clause de Commerce, soit par la clause 5 du 14^e amendement l'habilitant à intervenir par les lois appropriées (« The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article »), qu'on assiste depuis la fin du siècle dernier (Vergniolle de Chantal, 2006). En d'autres termes, comme on le verra, la défense du fédéralisme et de ses équilibres politiques et institutionnels implique désormais l'opposition de la CS à toute extension de compétences du niveau fédéral empiétant, de manière selon elle illégitime, sur la souveraineté du niveau fédéré (des Etats). Si certains seraient tentés d'y voir un détournement du vrai esprit fédéraliste (sous l'influence d'une CS de majorité conservatrice), force est de constater, à la lumière

² Il convient de rappeler également la très forte et progressive tendance centralisatrice du fédéralisme en démocratie depuis le xix^e siècle, et pendant une bonne partie du xx^e siècle encore. En effet, le triple processus dans lequel s'engagent les sociétés libérales à partir du xix^e siècle (nationalisation, libéralisation et démocratisation) aura comme conséquence un affaiblissement considérable de la logique pluraliste du fédéralisme, au profit d'une logique moniste et de plus en plus interventionniste de l'Etat. Cette tendance lourde du xix^e siècle s'aggraverait encore au xx^e siècle avec l'avènement de l'Etat de droit, et la mise en place de politiques économiques et sociales plus ou moins ambitieuses, à grande échelle (nationale), qui entraîneront une centralisation importante des ressources et des pouvoirs. C'est dans ce contexte favorable à la centralisation des pouvoirs qu'il faut replacer la jurisprudence fédéraliste de la CS aux Etats-Unis. Voir par exemple Robel & Zoller, 2000.

des travaux spécialisés dans la théorie du fédéralisme ces vingt ou trente dernières années, que ce qui préoccupe les spécialistes est plutôt l'affaiblissement ou la disparition de la logique pluraliste du fédéralisme dans les systèmes fédératifs (Zoller, 2002 ; Norman, 2006 ; Beaud, 2007 ; Gagnon, 2007, 2011 ; Requejo, 2009 ; Parent, 2011). En d'autres termes, les chercheurs spécialisés dans les aspects normatifs ou les fondements théoriques du fédéralisme semblent partager l'inquiétude et le diagnostic de la CS des Etats-Unis en matière de fédéralisme. Cette convergence de vues semble en tout cas assez révélatrice et est de nature à relativiser beaucoup le point de vue qui consiste parfois à attribuer à une CS conservatrice – et parce que conservatrice – des intentions politiques anti-fédéralistes ou non fédéralistes³. En bref, avec les éléments d'analyse dont nous disposons et nos connaissances actuelles en matière de fédéralisme, le caractère fédéraliste de la jurisprudence de la CS semble difficilement discutable.

On ne retiendra ici que deux exemples particulièrement illustratifs des implications – parfois étranges, voire choquantes – que le fédéralisme peut avoir dans une démocratie de démocraties⁴ comme les Etats-Unis.

Dans *United States v. Lopez*, la CS décida d'écarter en 1995 une loi fédérale qui interdisait le port d'armes de poing dans les secteurs scolaires, appliquant ainsi le droit fédéré au cas d'espèce, droit qui ne prévoyait pas ladite interdiction. En votant cette loi (*Gun-Free School Zones Act*, 1990), le Congrès des Etats-Unis cherchait à baisser la criminalité à l'école. Selon l'argumentaire des avocats de l'administration fédérale, cela aurait permis de créer un climat plus propice à l'apprentissage des élèves, qui devrait se répercuter dans une meilleure éducation des jeunes, qui seraient ainsi ultérieurement des professionnels plus performants. L'argument est convaincant, mais la CS le rejeta en expliquant qu'en l'absence de lien *substantiel* avec le commerce interétatique, l'intervention du législateur fédéral violait des parcelles « où les Etats ont toujours eu des titres historiques de souveraineté », et que si elle devait accepter les arguments mis en avant pour justifier cette intervention en particulier, rien ne ferait plus obstacle à toute intervention du Congrès sur la base d'un lien, aussi faible soit-il, entre activité individuelle et activité commerciale

³ On notera en passant que *Windsor* est une décision majoritaire (5 contre 4), avec 4 juges libéraux et un conservateur dans l'opinion majoritaire.

⁴ L'expression « démocratie de démocraties », qui rappelle celle de Montesquieu – « la république fédérative » comme une « société de sociétés » ([1748] 1995 : 287-288) –, veut souligner le pluralisme politique et juridique caractéristique du fédéralisme. Dans une démocratie simple (Etat simple ou unitaire), toutes les décisions importantes sont prises à la majorité (le gouvernement de tous par la majorité) au nom du seul peuple que la démocratie simple reconnaît. En revanche, dans une démocratie composée (Etat composé ou Fédération), les décisions importantes sont prises à la majorité tantôt à l'échelle fédérale, tantôt à l'échelle fédérée, produisant ainsi un pluralisme politique et normatif (plusieurs démocraties ou projets de société différents) au sein d'une structure politique et juridique commune (une démocratie fédérative).

pouvant avoir des effets sur plusieurs Etats⁵. Le bon sens, peut-on penser, aurait voulu que la CS valide le choix du législateur fédéral, mais ce serait alors considérer que les deux législateurs (fédéral et fédéré) étaient également compétents pour intervenir en la matière, ce que la CS n'accepte pas. Autrement dit, c'est une question juridique de forme (qui a la compétence ?), non pas de fond (quelle solution est la meilleure ou la plus juste ?), qui motive le choix de la CS.

Passons au deuxième exemple. L'immunité souveraine des Etats est l'un des aspects qui aux Etats-Unis montre le mieux les privilèges que le niveau fédéré peut avoir dans un système fédératif soucieux de son équilibre politique et institutionnel. L'immunité souveraine dont bénéficient les Etats (*States*) leur permet d'éviter un procès initié à leur encontre devant une cour fédérale, et même fédérée, par un citoyen d'un autre Etat, voire par un citoyen de leur Etat. C'est un mécanisme de droit international qu'on a ici à l'œuvre dans un système fédératif. En effet, comme chacun sait, un Etat souverain (la France ou l'Espagne) n'est pas obligé de comparaître et d'être jugé pour ses actes devant une juridiction étrangère, que ce soit à la demande d'un de ses ressortissants ou à la demande d'un étranger. Or le même principe est d'application aux Etats-Unis, tant et si bien que les Etats des Etats-Unis sont en matière d'immunité de juridiction aussi étrangers les uns envers les autres (et envers l'Etat fédéral) que la France envers l'Espagne, ou celle-ci envers l'Italie. Comme le dit la CS dans *Semiole Tribe v. Florida* :

The Act, passed by Congress under the Indian Commerce Clause, U.S. Const., Art. I, 10, cl. 3, imposes upon the States a duty to negotiate in good faith with an Indian tribe toward the formation of a compact, 2710(d)(3)(A), and authorizes a tribe to bring suit in federal court against a State in order to compel perfor-

⁵ « The Act exceeds Congress' Commerce Clause authority. First, although this Court has upheld a wide variety of congressional Acts regulating intrastate economic activity that substantially affected interstate commerce, the possession of a gun in a local school zone is in no sense an economic activity that might, through repetition elsewhere, have such a substantial effect on interstate commerce. Section 922(q) is a criminal statute that by its terms has nothing to do with "commerce" or any sort of economic enterprise, however broadly those terms are defined. Nor is it an essential part of a larger regulation of economic activity, in which the regulatory scheme could be undercut unless the intrastate activity were regulated. It cannot, therefore, be sustained under the Court's cases upholding regulations of activities that arise out of or are connected with a commercial transaction, which viewed in the aggregate, substantially affects interstate commerce. Second, 922(q) contains no jurisdictional element which would ensure, through case-by-case inquiry, that the firearms possession in question has the requisite Page II nexus with interstate commerce. Respondent was a local student at a local school; there is no indication that he had recently moved in interstate commerce, and there is no requirement that his possession of the firearm have any concrete tie to interstate commerce. To uphold the Government's contention that 922(q) is justified because firearms possession in a local school zone does indeed substantially affect interstate commerce would require this Court to pile inference upon inference in a manner that would bid fair to convert congressional Commerce Clause authority to a general police power of the sort held only by the States. » (*Lopez*).

mance of that duty, 2710(d)(7). We hold that notwithstanding Congress' clear intent to abrogate the States' sovereign immunity, the Indian Commerce Clause does not grant Congress that power, and therefore 2710(d)(7) cannot grant jurisdiction over a State that does not consent to be sued.

C'est sûrement la preuve la plus forte et évidente de la logique internationale (pluraliste) que l'on trouve dans un système fédératif comme l'américain, cette logique internationale étant, selon Zoller, l'un des traits caractéristiques du fédéralisme, toujours plus ou moins à cheval entre le droit public interne et le droit international public (Zoller, 2002 ; 2005).

Qu'est-ce que les exemples cités nous disent à propos du fédéralisme aux Etats-Unis ? C'est sans doute un aspect du fédéralisme américain qui a été très rarement mis en avant par la littérature spécialisée, surtout hors les Etats-Unis, mais les exemples montrent que le système fédératif américain, aussi consolidé (nationalisé) soit-il, conserve à la fois des parcelles de souveraineté étatique (*States*) considérables et des procédures (et une culture politique) qui garantissent une protection de cette souveraineté du niveau fédéré, qui seule semble capable de garantir un pluralisme et une autonomie politique cohérents. C'est ainsi qu'une des conséquences du fédéralisme est de devoir accepter des choix politiques divers (pluralisme) qui peuvent sembler parfois choquants, comme le cas des armes à l'école, ou autrefois le cas de la ségrégation, pour ne citer qu'eux. Nul doute aussi que l'image que le fédéralisme nous renvoie de la démocratie et de la nation n'est pas cette image archi-classique d'une nation une, qui ne parle que d'une seule voix, par le biais de ses élus nationaux. Au contraire, aux Etats-Unis, le peuple s'exprime par plusieurs biais : collectivement, comme un seul peuple, sur des questions importantes (la guerre, l'économie, etc.), et comme des peuples distincts (autant de peuples que d'Etats) sur d'autres questions importantes (l'éducation, le droit pénal, le droit civil, etc.). Et c'est aussi en très grande partie sur le principe du fédéralisme que *Windsor* se fonde, en mettant en évidence non seulement le rôle structurant du fédéralisme en tant que pacte (*compact*) entre sociétés distinctes, mais aussi sa place en tant que moyen de garantir la liberté individuelle et le pluralisme⁶. À notre sens, le *Chief Justice Roberts* ne se trompe pas quand il dit, dans sa *dissenting opinion*, que dans l'arrêt *Windsor*, « it is undeniable that its judgement [of the Supreme Court] is based on federalism » (*Windsor*, Roberts dissenting : 1)

1.2. *Windsor* : une décision fondée sur le fédéralisme⁷

Comme il a été dit, *Windsor* oppose une femme mariée avec une autre femme – décédée peu après que l'Etat de New York, leur lieu de

⁶ Sur le lien entre fédéralisme, pluralisme et protection des droits et libertés fondamentaux, voir Fercot (2011).

⁷ En un sens proche de notre lecture, on lira avec intérêt l'article de Fercot et Morri (2013).

résidence, avait décidé de reconnaître le mariage entre personnes du même sexe conclu dans un autre Etat (le Canada ici) – aux Etats-Unis, concrètement à la loi *DOMA*, votée par le Congrès en 1996. A la suite du décès de son épouse, le gouvernement des Etats-Unis, sur la base de *DOMA*, réclamait à Mme Windsor la somme de 363 000 dollars au titre des droits de succession que, selon l'administration fédérale, Mme Windsor devait régler dans la mesure où, selon la loi fédérale (*DOMA*), elle n'était pas mariée à Mme Thea Spyer, son épouse. En effet, *DOMA* ne reconnaissait comme mariage que l'union entre un homme et une femme (« the word "marriage" means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word "spouse" refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife », Section 3 *DOMA*). En bref, Mme Windsor était bel et bien mariée à Mme Spyer selon la loi de l'Etat de New York, mais elle n'était pas mariée à Mme Spyer selon la loi fédérale. C'est donc un cas évident de conflit de lois qu'on a ici, dans la mesure où c'est la détermination de la loi compétente en l'espèce qui seule nous permet de savoir si A) Mme Windsor était bel et bien la conjointe de la défunte Mme Spyer, et donc B) si elle devait s'acquitter de la somme réclamée par les autorités fédérales ou non. *Windsor* pose par conséquent la question de la loi compétente (fédérale ou fédérée) qui doit régir une relation privée, ici le mariage de Mme Windsor et de Mme Spyer, question qui renvoie directement à la problématique, centrale dans le fédéralisme, de la répartition des compétences entre les différents niveaux gouvernementaux : quel est le niveau compétent pour définir le mariage ? Voilà le point clé sur lequel la CS s'est prononcée dans *Windsor*.

La motivation de la CS en ce qui concerne le principe du fédéralisme est très claire, mais relativement et curieusement succincte. En grande partie aussi parce que, comme nous l'avons dit, sa jurisprudence précédente avait déjà suffisamment insisté sur les concepts et outils clés en la matière (la souveraineté partagée ou éclatée, l'absence de relation de commandement ou subordination entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, etc.), sur lesquels la CS n'a pas jugé utile de revenir et d'insister ici⁸. En lisant la motivation de l'arrêt, on a même parfois l'impression que les choses semblent si claires pour la CS qu'elle estime devoir s'attarder sur les autres implications importantes de l'affaire « quite apart from principles of federalism » (*Windsor* : 18). Ces principes apparaissent toutefois comme particulièrement perturbés ou violentés, comme la CS le dit un peu avant : « it is unnecessary to decide whether this federal intrusion on state power is a violation of the Constitution because it disrupts the federal balance » (*Windsor* : 18).

⁸ D'ailleurs, le rapport *amicus brief* rédigé par des universitaires chevronnés, spécialistes du fédéralisme aux Etats-Unis, est très clair également sur le rôle central du fédéralisme (la violation du principe du fédéralisme) dans cette affaire : « We agree that Section 3 of the Defense of Marriage Act (DOMA) is an unconstitutional and unprecedented incursion into States' police powers. » (*Amicus brief* : 2). Selon l'équipe de spécialistes, « it is sufficient to decide this case » (*Amicus brief* : 5).

En réalité, la réponse de la CS sur ce point ne laisse pas le moindre doute sur la loi compétente aux Etats-Unis pour définir le mariage. Voici l'essentiel de ses conclusions :

In order to assess the validity of that intervention it is necessary to discuss the extent of the state power and authority over marriage as a matter of history and tradition. State laws defining and regulating marriage, of course, must respect the constitutional rights of persons, see, e.g., *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967); but, subject to those guarantees, "regulation of domestic relations" is "an area that has long been regarded as a virtually exclusive province of the States." *Sosna v. Iowa*, 419 U. S. 393, 404 (1975). [...] The definition of marriage is the foundation of the State's broader authority to regulate the subject of domestic relations with respect to the "[p]rotection of offspring, property interests, and the enforcement of marital responsibilities." *Ibid.* "[T]he states, at the time of the adoption of the Constitution, possessed full power over the subject of marriage and divorce [...] [and] the Constitution delegated no authority to the Government of the United States on the subject of marriage and divorce." *Haddock v. Haddock*, 201 U. S. 562, 575 (1906); see also *In re Burrus*, 136 U. S. 586, 593–594 (1890) ("The whole subject of the domestic relations of husband and wife, parent and child, belongs to the laws of the States and not to the laws of the United States"). [...] The significance of state responsibilities for the definition and regulation of marriage dates to the Nation's beginning; for "when the Constitution was adopted the common understanding was that the domestic relations of husband and wife and parent and child were matters reserved to the States." *Ohio ex rel. Popovici v. Agler*, 280 U. S. 379, 383–384 (1930). Marriage laws vary in some respects from State to State. For example, the required minimum age is 16 in Vermont, but only 13 in New Hampshire. Compare Vt. Stat. Ann., Tit. 18, §5142 (2012), with N. H. Rev. Stat. Ann. §457:4 (West Supp. 2012). Likewise the permissible degree of consanguinity can vary (most States permit first cousins to marry, but a handful—such as Iowa and Washington, see Iowa Code §595.19(2009); Wash. Rev. Code §26.04.020 (2012)—prohibit the practice). But these rules are in every event consistent within each State. (*Windsor*: 16-18).

C'est donc parce que la loi compétente pour définir le mariage est la loi fédérée que la loi fédérale contraire est non seulement écartée ici, mais aussi jugée inconstitutionnelle. *DOMA* avait en effet comme conséquence directe d'annuler la souveraineté des Etats dans un domaine tradi-

tionnellement laissé sur leur compétence (« These actions were without doubt a proper exercise of its sovereign authority within our federal system, all in the way that the Framers of the Constitution intended » (*Windsor* : 19). Bien sûr, *Windsor* fait aussi le lien entre fédéralisme et liberté, la décision d'inconstitutionnalité de *DOMA* prenant d'ailleurs comme base la liberté individuelle et la violation du 5^e amendement constitutionnel (« *DOMA* is unconstitutional as a deprivation of the liberty of the person protected by Fifth Amendment of the Constitution », *Windsor* : 25). En effet, dans la mesure où la loi fédérale invalidait la décision du législateur fédéré de reconnaître la validité du mariage entre personnes du même sexe relativement au dispositif légal fédéral en matière de succession, fiscalité, rapprochement familial, etc., on pouvait conclure sans peine à une discrimination flagrante du gouvernement fédéral à l'égard de Mme *Windsor*, étant donné la distinction sans base constitutionnelle opérée par *DOMA* entre mariage valide (hétérosexuel) et invalide (homosexuel). Le préjudice pour Mme *Windsor* étant du reste assez facile à constater (financier et moral), il n'est pas étonnant que la CS ait profité de l'occasion pour épingle le législateur fédéral en soulevant l'injustice commise dès lors qu'il cherchait à faire tort (« to injure ») ceux-là même que les Etats fédérés (ici l'Etat de New York) avaient voulu protéger. C'est la question de la liberté et des droits individuels (protégés en l'espèce par le niveau fédéré) qui retient surtout l'attention de la CS, mais il ne faudrait pas oublier qu'il ne s'agit pas seulement de liberté individuelle, mais également de la liberté des Etats (le *self-government*), à la fois garante de la diversité (chaque Etat définit le mariage comme il l'entend) et contrepoids nécessaire sans lequel le gouvernement des Etats-Unis ne serait pas ce pouvoir aux compétences énumérées et limitées que voulurent les Pères Fondateurs (« the significance of state responsibilities for the definition and regulation of marriage dates to the Nation's beginning [...] », *Windsor* : 18).

Windsor se construit donc à partir d'un argument et d'une logique fédéralistes. Il convient de noter, du reste, que la discrimination constatée par la CS, qui fonde sa déclaration d'inconstitutionnalité de *DOMA*, n'aurait pas pu être appréciée dans un système dans lequel le droit fédéral aurait une forme de priorité ou de préférence sur le droit fédéré en matière de mariage⁹. Si la loi fédérale était compétente pour définir le mariage comme *DOMA* l'avait fait (union entre un homme et une femme), la CS n'aurait pas eu de base légale ou constitutionnelle claire¹⁰ pour apprécier une discrimination flagrante et une violation du 5^e amendement. Aussi

⁹ On peut penser à la règle de la primauté du droit fédéral – qui écarte le droit fédéré – dans les compétences concurrentes ou partagées entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, qui s'applique par exemple en Allemagne. Dans ce cas, la norme fédérale – régissant le mariage – s'appliquerait, et la norme fédérée existante ne s'appliquerait pas.

¹⁰ La CS aurait pu apprécier une discrimination flagrante, bien entendu, mais elle aurait alors dû interpréter le sens de la norme applicable au cas d'espèce (fédérale) comme étant inconstitutionnelle, pour une raison qu'il appartiendrait à la CS de motiver. Mais on peut penser, dans ce cas, que la logique suivie par la CS dans sa motivation n'aurait pas été fédéraliste.

l'argument de la liberté de *Windsor* ne fait-il sens qu'en prenant comme point de départ de son raisonnement la question centrale du fédéralisme et de la loi compétente pour régir et définir le mariage. En proposant une définition du mariage telle qu'elle pouvait heurter la définition proposée par un Etat, *DOMA* s'exposait à une violation tout d'abord d'une compétence souveraine des Etats (dans la mesure où tôt ou tard un Etat fédéré finirait par reconnaître le mariage entre personnes du même sexe) et, seulement après, du 5^e amendement ou des principes constitutionnels du *due process and equal protection*.

2. Le fédéralisme et sa défense du mariage entre personnes du même sexe

Les conclusions que l'on peut tirer de *Windsor* à propos de la position du fédéralisme sur le mariage entre personnes du même sexe peuvent paraître contradictoires de prime abord. En effet, la décision de la CS conforte Mme Windsor dans son bon droit aux prestations fédérales, ainsi que l'Etat de New York dans sa compétence souveraine de réguler et de définir le mariage comme l'union entre deux personnes de sexe égal ou différent. Vu sous cet angle, *Windsor* représenterait une victoire évidente pour les défenseurs du mariage entre personnes du même sexe. Cependant, il ne faudrait pas oublier que la décision de la CS conforte également le choix politique d'interdire ou de ne pas reconnaître le mariage entre personnes du même sexe fait à ce jour par une très large majorité d'Etats fédérés (37 sur 50). Il en ressort ainsi que le fédéralisme n'est en réalité ni pour ni contre le mariage entre personnes du même sexe. Il n'a d'ailleurs pas à se prononcer sur le fond du sujet (le caractère plus ou moins juste, bon ou souhaitable du mariage homosexuel). C'est d'une autre façon, plus indirecte et subtile, que le fédéralisme semble plaider en faveur du mariage entre personnes du même sexe. Il nous semble que *Windsor*, en n'interdisant pas le choix du mariage entre personnes du même sexe, ouvre la porte pour une défense et une extension progressive du mariage homosexuel, montrant ainsi le potentiel historique progressiste du fédéralisme (2.1), sans heurter ni ses propres principes (pluralisme) ni le fonctionnement normal des démocraties avancées, en laissant en conséquence au politique (démocratie) un choix qu'il ne revient pas au judiciaire de faire (2.2).

2.1. Les arguments du fédéralisme : pluralisme politique, innovation et émulation

On l'a vu : le fédéralisme n'a pas de réponse à apporter, pour ou contre, à la question du mariage entre personnes du même sexe. Il se contente de dire que, s'agissant d'un choix politique, il appartient aux différents peuples ayant une compétence en la matière de répondre à cette question, soit en ouvrant le mariage aux couples du même sexe, soit en leur interdisant de se marier. C'est la raison pour laquelle, aux Etats-Unis, les personnes du même sexe peuvent se marier dans l'Etat de New York, mais ne peuvent pas se marier dans l'Etat de Texas, tout comme, en de-

hors des Etats-Unis, les personnes du même sexe peuvent se marier en Espagne, mais ne peuvent pas se marier en Autriche. De ce point de vue, on peut constater que la différence ou la frontière entre *national* et *international* tend à disparaître, la possibilité de se marier et la reconnaissance d'un mariage dans un autre Etat dépendant toujours de la volonté politique de l'Etat compétent en matière de mariage de reconnaître la validité juridique du mariage sur son territoire. Cette manière subtile avec laquelle le fédéralisme efface la différence entre national et international montre encore une fois la logique internationale du fédéralisme, et on verra qu'il est important de le comprendre ainsi, car, à y bien regarder, le potentiel progressiste du fédéralisme agit aussi bien dans le domaine national (domaine historiquement propre à la démocratie) que dans le domaine international (la fameuse anarchie des souverainetés), dans ce qu'on pourrait appeler, avec Georges Scelle, « le fédéralisme juridique pur » (Scelle, 1932 : 32). C'est ici la question fondamentale du pluralisme qui doit nous permettre de comprendre la manière dont le fédéralisme œuvre favorablement à l'évolution des sociétés libérales avancées dans le sens du progrès, en le connectant également avec quelques-uns des principes démocratiques de base (gouvernement de tous par la majorité, protection des minorités, séparation des pouvoirs, etc.), sans lesquels d'ailleurs le pluralisme ne serait pas. Il suffirait d'imaginer notre monde actuel comme l'espace occupé par un seul peuple, gouverné à la majorité par son gouvernement élu, pour se faire une idée à peu près exacte de ce qu'advierait du pluralisme dans notre monde. Mais quelque chose de semblable arriverait sûrement dans le cadre territorial de chaque Etat si les peuples et sociétés pouvaient évoluer séparément, sans contact les uns avec les autres, rendant ainsi impossible la circulation d'idées et des expériences nouvelles venues d'ailleurs, l'évolution de chaque société ne reposant dès lors que sur ses seules forces internes. Il y a là à parier que les changements dans l'opinion publique seraient beaucoup plus difficiles et longs à intervenir, les majorités politiques ayant aussi de meilleures chances d'imposer durablement leur façon de voir. C'est dans les sociétés fermées que le pluralisme est le moindre et que la démocratie¹¹ peine à trouver sa place ; et c'est dans les sociétés ouvertes que le pluralisme trouve son terrain de prédilection. Naturellement, les sociétés, même les plus fermées, ne vivent pas dans des bocal, et l'opinion publique de chaque peuple évolue au gré d'un mouvement incessant d'influences endogènes (démocratie) et exogènes. Ce qui nous intéresse ici, afin de bien comprendre le rôle du fédéralisme comme agent favorable à l'évolution de l'opinion publique et des politiques concernant la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe, ce sont plutôt les influences exogènes.

¹¹ « Démocratie » ne signifie pas seulement « le gouvernement de tous par la majorité », mais aussi : la protection de minorités, la protection et la promotion du pluralisme, le constitutionnalisme et l'Etat de droit. Sur démocratie et fédéralisme, voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

Nombreux sont les débats de société sur lesquels l'opinion publique a pu évoluer de manière très significative au cours du siècle dernier. Que l'on pense à l'égalité raciale, au suffrage féminin et à l'égalité de sexes, à l'avortement, depuis peu au mariage entre personnes du même sexe, etc. : tous ces combats ont évolué dans le sens que l'on sait grâce en très grande partie à la compétition internationale sur le plan de la démocratie. En d'autres termes, si on peut parler d'un standard démocratique (toujours évolutif aussi), il ne fait pas de doute que c'est au fil des luttes sociales livrées et des changements intervenus dans quelques sociétés avant-gardistes, que ces acquis ont pu agir comme une forme de pression sur toutes les sociétés démocratiques, ou non démocratiques, en retard sur ces avancées sociales. Il suffirait pour s'en convaincre d'observer la vitesse à laquelle le mariage entre personnes du même sexe a pu être adopté en l'espace d'une dizaine d'années, y compris dans des sociétés majoritairement catholiques comme l'Espagne ou l'Argentine, ou dans des républiques assez frileuses, voire hostiles, en la matière, comme la France récemment. On est décidément entré dans une époque où le mariage entre personnes du même sexe permet de mesurer le pedigree démocratique d'une société. Même lorsque l'idée de reconnaître ce mariage peut déplaire, les Etats et les opinions publiques soucieux de leur réputation, sur le plan démocratique, n'ont guère le choix que de suivre l'exemple de leurs voisins les plus progressistes en la matière. La pression internationale joue en effet un rôle considérable dans l'évolution de l'opinion publique et des politiques nationales. Le cas très récent de la loi anti-gay russe, au moment même où la Russie accueillait les championnats mondiaux d'athlétisme, montre bien l'embarras dans lequel l'opinion publique internationale peut mettre un Etat pour peu qu'il se soucie un minimum de sa respectabilité en tant que démocratie, ce qui ne semble guère être le cas de la Russie, du moins pour le moment.

On pourrait multiplier les exemples. Ce qui nous intéresse c'est que l'on comprenne que le fédéralisme, par le pluralisme politique qu'il introduit dans un Etat démocratique, et par le pluralisme qui caractérise l'ordre international lui-même, en permettant aux différents gouvernements (niveau fédéré et fédéral, Etats dans l'ordre international) de faire les choix qu'ils préfèrent, agit à la fois comme un garant de ce même pluralisme et comme un moteur pour l'innovation politique et le progrès. Le fait que dans un Etat comme les Etats-Unis la majorité des Etats soient conservateurs en ce qui concerne la définition du mariage n'est qu'un point de détail si l'on pense qu'avant 2008, avec l'adoption du mariage entre personnes du même sexe dans l'Etat de Californie, tous les Etats définissaient le mariage comme l'union entre un homme et une femme, et qu'en l'espace de seulement 5 ans, 13 Etats et le district de Columbia ont franchi le pas en reconnaissant le mariage entre personnes du même sexe (6 Etats en l'espace d'un an !). Rien ne nous permet de prédire la vitesse à laquelle le mariage entre personnes du même sexe sera adopté par les autres Etats des Etats-Unis, ni d'ailleurs s'ils seront nombreux à le faire ou non, mais il est fort probable que le mariage entre personnes du même sexe (surtout

après *Windsor*) continuera à faire son chemin et à gagner d'autres Etats. Le même constat pourrait d'ailleurs être fait à l'échelle internationale, où en l'espace de dix ans le nombre d'Etats à avoir adopté le mariage entre personnes du même sexe a considérablement augmenté, le plus probable étant aussi qu'il continue de progresser dans d'autres Etats.

C'est en effet le rôle du fédéralisme d'agir en tant laboratoire où sont testées à petite échelle territoriale les politiques, expériences et pratiques qui s'imposeront demain à l'échelle nationale et internationale. C'était déjà l'un des desseins des *Founding Fathers* américains, en faisant le choix du fédéralisme, de privilégier une forme de démocratie de proximité et fort éclatée capable d'inciter les différents acteurs à tester localement leurs politiques (ce qui limite les dégâts si les politiques n'ont pas de bons résultats) et à les mettre ainsi en compétition, en pariant sur le fait que les politiques les plus performantes ou justes, plébiscitées par le peuple à l'échelle des *States*, pourraient ensuite s'imposer à l'échelle fédérale. C'est une façon intelligente de trier les politiques testées en fonction de leurs résultats, du degré de satisfaction et du soutien des citoyens, etc., et de s'assurer que seules les politiques performantes, qui comptent à la fois sur des résultats et sur le soutien des citoyens, auront de belles chances de se consolider et de durer. Et c'est par l'émulation de ces politiques performantes testées au niveau démocratique local, qu'elles pourront ensuite être adoptées (et adaptées) dans d'autres Etats. À y bien regarder, cela arrive constamment, les politiques jugées les plus séduisantes, performantes ou justes (l'école publique dans les pays nordiques, les politiques fiscales attractives pour les entreprises, etc.) étant le plus souvent copiées par d'autres Etats. Et tout comme autrefois ce fut le cas pour l'abolition de l'esclavage, le suffrage féminin, l'avortement, il semblerait que le fédéralisme politique dans des systèmes fédératifs comme celui des Etats-Unis, ou le « fédéralisme juridique pur » à l'œuvre dans l'ordre international, contribue aussi, à sa manière, à faire avancer la cause du mariage entre personnes du même sexe.

2.2. *Windsor* : une défense du mariage entre personnes du même sexe compatible avec les principes du fédéralisme et de la démocratie

Dans la première partie de cet article, nous avons expliqué brièvement la manière dont *Windsor* contribue au débat sur les principes du fédéralisme, en montrant que la défense de la souveraineté des Etats fédérés (le pluralisme politique) était la pièce clé de son argumentaire. Dans la section précédente, c'est sur les arguments que le fédéralisme apporte en défense du mariage entre personnes du même sexe que nous nous sommes penché. Il en ressort que le pluralisme, nécessaire en démocratie, mais encore plus en démocratie fédérative, contribue par le jeu de la compétition, de l'expérimentation et de l'émulation à la promotion indirecte des politiques les plus progressistes et porteuses, comme on peut penser que c'est le cas aujourd'hui du mariage entre personnes du même sexe. Le fédéralisme, avons-nous dit, tend vers cela sans se prononcer sur le

caractère souhaitable, bon ou juste du mariage entre personnes du même sexe, et en laissant la responsabilité de ce choix au jeu démocratique dans chaque société. Dans cette section, il sera question d'explorer rapidement les limites que le fédéralisme pose à l'intervention judiciaire dans la création de nouveaux droits fondamentaux ou constitutionnels, et donc à toute tentative de légitimation du droit égal au mariage en ayant recours à un discours type « droits de l'homme », ou « droits naturels »¹².

Nous n'avons pas l'intention de mettre en balance ici les arguments des défenseurs du mariage entre personnes du même sexe et de ses opposants. Notre position, favorable ou défavorable sur la question, n'a aucun intérêt non plus. Il nous suffit de dire que dans ce débat on trouve des arguments bons et, en tout cas, respectables, aussi bien d'un côté que de l'autre. Nous voudrions simplement mettre face à face les défenses de type jusnaturaliste ou moral que l'on trouve dans les deux camps. Pourquoi ? Principalement parce qu'il nous semble que dans le débat sur le mariage entre personnes du même sexe, ses défenseurs ne sont pas toujours conscients du caractère moral et idéologique de leur discours, alors que c'est l'une des attaques (discours moral, idéologique) les plus récurrentes contre le camp des opposants, lesquels chercheraient dans un ordre ultra-sensible et transcendant la raison du mariage hétérosexuel comme le seul possible, juste et bon (fondement religieux – donc anti-démocratique – du caractère naturel du mariage hétérosexuel, et anti-naturel et monstrueux du mariage homosexuel). Nous ne discutons pas que tel est le fondement, explicite ou implicite, du discours dominant dans le camp des opposants au mariage entre personnes du même sexe. Mais il convient de voir aussi que le discours rival, lorsqu'il prend la voie des droits naturels ou fondamentaux, tombe dans les mêmes travers moraux et anti-démocratiques, en voulant faire tendre l'ordre juridique positif vers un ordre de justice supérieur qui en réalité n'existe pas (ou qui n'existe que comme croyance). Voyons cela d'un peu plus près.

L'espoir, relayé par les médias et l'opinion publique favorable au mariage entre personnes du même sexe, que la CS pourrait constitutionaliser dans *Windsor* un droit égal au mariage, ou la déception, le lendemain de l'arrêt, parce que la CS a été, selon certains, trop timide en ne faisant qu'un petit pas en avant, alors qu'elle aurait pu faire beaucoup plus (par exemple donner valeur constitutionnelle au mariage entre personnes du même sexe, ou accorder le statut de droit fondamental au droit au mariage) sont l'illustration parfaite d'un discours qui, en voulant aller vite et loin, semble oublier des aspects fondamentaux de nos systèmes démocratiques.

¹² Notre position à l'égard des droits de l'homme suit l'essentiel de la critique de Kelsen (1999) à l'égard des théories du droit qui postulent l'existence d'un ordre juridique juste supérieur par rapport au droit positif. Comme le rappelle Herrera, le jusnaturalisme est une façon comme une autre de « placer le droit positif sous la dépendance d'un ordre supérieur dont la validité dépend » (Herrera, 2004 : 27). Pour aller plus loin dans le sens de cette critique, voir par exemple l'ouvrage cité de Herrera, ou celui de Jouanjan (2010).

Prenons la question de la constitutionnalisation du mariage pour tous. La CS pouvait-elle créer et consacrer un tel droit ? La règle de compétence favorable aux Etats fédérés en matière de mariage étant si claire, il aurait été difficile pour la CS de s'en soustraire, mais les Cours Suprêmes de Justice ont l'habitude de ce genre de manœuvres interprétatives, et les juristes reconnaissent aujourd'hui cette activité normative créatrice (ce pouvoir) des juges¹³. Il suffirait de penser à *Marbury* en 1803 (CS des Etats-Unis) pour comprendre que les juges suprêmes peuvent inventer et créer des normes constitutionnelles qui n'existent pas dans la Constitution. Nul doute donc que la CS aurait pu constitutionnaliser (*Constitutional Right*) le mariage pour tous, ce qui aurait eu comme conséquence directe l'interdiction, pour les Etats fédérés, de ne pas reconnaître le mariage entre personnes du même sexe. Pourquoi ne l'a-t-elle pas fait ? On ne peut pas le savoir. C'est vrai que cela aurait renversé brutalement sa jurisprudence fédéraliste précédente, mais ce genre de revirement s'est déjà produit par le passé aux Etats-Unis (Zoller, 2006 ; 2007). C'est vrai aussi que si la CS avait procédé de la sorte, on aurait eu probablement une levée de boucliers de la part des Etats fédérés, qui auraient même pu renverser la décision de la CS en faisant passer un amendement constitutionnel, comme cela se produisit à la fin du XVIII^e siècle, lorsque les Etats se mirent d'accord pour voter le 11^e amendement, qui renversait la décision de la CS *Chisholm v. Georgia* de 1793, dans laquelle la Cour avait affirmé qu'un Etat pouvait être poursuivi devant la CS, contre son gré, par un citoyen d'un autre Etat. L'amendement constitutionnel scella ainsi l'immunité de juridiction des Etats, déjà évoquée. Bref, la CS aurait pu aller plus loin dans sa décision, mais elle ne l'a pas fait. Les raisons à cela ne nous importent guère ici, et il serait d'ailleurs hasardeux de s'aventurer sur ce terrain. Mais on peut par contre affirmer que sa décision était la seule compatible tant avec les principes du fédéralisme (les compétences des Etats) qu'avec le principe démocratique, celui-ci voulant que les décisions importantes soient laissées entre les mains du politique (dans le respect du droit), et que les juges agissent avec prudence et modération (Cagiao y Conde, 2012). Dans la mesure où la règle de compétence était claire (*in claris cessat interpretatio*), et dans la mesure où l'Etat de New York, représentant du peuple de New York, s'était emparé de l'affaire en reconnaissant le mariage entre personnes du même sexe, c'est fort logiquement que la CS a conclu à une incursion illégitime et inconstitutionnelle du Congrès des Etats-Unis dans une parcelle traditionnellement réservée aux Etats. En réalité, dans cette affaire, la CS ne pouvait peut-être pas faire autre chose que ce qu'elle a fait. Si elle avait poussé sa défense du mariage entre personnes du même sexe jusqu'à créer une sorte de droit constitutionnel au mariage, son intervention aurait alors été aussi inconstitutionnelle (le fédéralisme, la souveraineté des Etats, etc.) et illégitime (sûrement plus car les 9 juges ne sont pas élus) que l'intervention fédérale condamnée par la CS dans *Windsor*. En poursuivant la justice (son idéal

¹³ Voir par exemple Troper (2011 : 113 s.).

de justice), la CS aurait alors sapé les fondements de la démocratie fédérative américaine.

Alors oui, effectivement, si on veut voir avancer rapidement le mariage entre personnes du même sexe aux Etats-Unis, on ne manquera pas de trouver la décision *Windsor* quelque peu décevante. Reste que dans un système fédératif qui laisse entre les mains du fédéré, parmi tant d'autres compétences, le soin de définir librement le mariage, les choses doivent se faire ainsi, dans le respect des principes du fédéralisme et dans le respect de la volonté démocratique des peuples ayant la capacité et la responsabilité de s'autogouverner, de leurs pratiques, de leurs valeurs et de leurs croyances, qu'elles soient plus progressistes ou plus conservatrices. Comme la CS a déjà pu l'affirmer, c'est en effet « une part du prix à payer » quand on vit dans un système fédératif¹⁴.

En ce début de xxi^e siècle, alors que la tentation est forte dans les démocraties libérales et dans certains contextes fédératifs en mal de repères fédéralistes (Union européenne, Canada, Espagne, etc.) de chercher des solutions globales et homogènes par le haut, imposées souvent en se souciant peu de la légitimité que seul donne à l'action politique le strict respect des procédures et des règles démocratiques, *Windsor* nous livre une décision fédéraliste exemplaire par son interprétation prudente et juste des normes constitutionnelles d'application dans cette affaire, un plaidoyer fédéraliste et démocratique en défense du mariage entre personnes du même sexe.

Références bibliographiques

Amicus Brief in United States v. Windsor. 570 US_2013.

BEAUD, Olivier. *Théorie de la Fédération*. Paris : PUF, 2007

CAGIAO Y CONDE, Jorge. « Autorité et conflit d'autorités en droit fédératif ». *L'Europe en formation. Revue d'études sur la construction européenne et le fédéralisme* 363 (printemps 2012) : 121-142.

FERCOT, Céline. *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral. Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*. Paris : LGDJ, Fondation Varenne, 2011.

FERCOT, Céline & Johann MORRI. « Les juges de Washington progressent à tâtons sur la question du mariage pour tous ». *Lettres Actualité-Droits-Libertés du CREDOF* (1^{er} août 2013) : 1-16.

GAGNON, Alain-G. *Au-delà de la nation unificatrice : Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*. Barcelone : Institut d'Estudis Autonòmics, 2007.

GAGNON, Alain-G. *L'âge des incertitudes. Essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*. Québec : Presses de l'Université de Laval, 2011.

HERRERA, Carlos Miguel. *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*. Québec : Presses de l'Université de Laval, 2004.

¹⁴ Cité par Le Bos (2010 : 171-172). L'ouvrage de Le Bos est un excellent travail mettant en évidence la relation entre fédéralisme, pluralisme et droit privé aux Etats-Unis.

- JOUANJAN, Olivier (coord.). *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*. Paris : PUF, 2010.
- KARMIS, Dimitrios & Wayne NORMAN. *Theories of Federalism. A reader*. New York : Palgrave Macmillan, 2005.
- KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit* [1934]. Paris : Bruylant-L.G.D.J., 1999.
- LE BOS, Yves-Edouard. *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*. Paris : Dalloz, 2010.
- Máiz, Ramón. *La frontera interior. El lugar de la nación en la teoría de la democracia y el federalismo*. Murcia : Tres Fronteras, 2008.
- MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois* [1748]. Paris : Gallimard, 1995.
- NORMAN, Wayne. *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*. Oxford University Press, 2006.
- PARENT, Christophe. *Le concept d'Etat fédéral multinational. Essai sur l'union des peuples*. Bruxelles : Peter Lang, 2011.
- REQUEJO, Ferran. *Fédéralisme multinational et pluralisme de valeurs. Le cas espagnol*. Bruxelles : Peter Lang, 2009.
- ROBEL, Laureen & Elizabeth ZOLLER. *Les états des Noirs. Fédéralisme et question raciale aux Etats-Unis*. Paris : PUF, 2000.
- SCELLE, Laureen. *Précis de droit des gens. Principes et systématique* [1932]. Paris : Dalloz, 2008.
- TROPER, Michel. *Le droit et la nécessité*. Paris : PUF, 2011.
- VERGNIOLE DE CHANTAL, François. *Le Fédéralisme américain en question : de 1964 à nos jours*. Dijon : EUD, 2006.
- ZOLLER, Elisabeth. « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats ». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de la Haye* 294 (2002) : 41-166.
- ZOLLER, Elisabeth. « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'Etat ». *Archives de philosophie du droit* 49 (2005) : 109-122.
- ZOLLER, Elisabeth. « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis ». *Cahiers du Conseil constitutionnel* 20 (juin 2006) : 104-109.
- ZOLLER, Elisabeth. « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des Etats-Unis ». *Cahiers du Conseil constitutionnel* 22 (juin 2007) : 146-152.

Jurisprudence

- Renvoi relatif à la sécession du Québec*. [1998] 2 RCS 217.
- Semiole Tribe of Florida v. Florida*. 000 U.S. U10198 (1996).
- United States v. Lopez*. 000 U.S. U10287 (1995).
- United States v. Windsor*, 000 U.S. 12-307 (2013).