HAL
open science

Mariage homosexuel : origines du conflit, principes d'identification et expiation judiciaire au XXI ème siècle

Anthony Castet

To cite this version:

Anthony Castet. Mariage homosexuel : origines du conflit, principes d'identification et expiation judiciaire au XXI ème siècle. Cycnos, 2016, Les guerres culturelles aux Etats-Unis, 32 (2), pp.81-96. hal-03152240

HAL Id: hal-03152240

https://hal.science/hal-03152240v1

Submitted on 22 Mar 2021

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.

Mariage homosexuel : origines du conflit, principes d'identification et expiation judiciaire au XXIème siècle

Anthony Castet

Université François Rabelais, Tours

Le jugement très attendu rendu dans l'affaire *Obergefell v. Hodges*, qui a légalisé le mariage homosexuel aux États-Unis le 26 Juin 2015, concrétise un principe cher à Alexander Hamilton, selon lequel la justice doit agir comme un rempart pour la protection des droits individuels et des libertés fondamentales.[1] Dans le cadre des guerres culturelles, l'égalité d'accès à l'institution du mariage est étroitement liée à la notion de polarisation politique et pose plusieurs questions centrales. Les droits fondamentaux peuvent-ils être soumis au principe de la démocratie directe ? Cette guerre culturelle contre les homosexuels n'a-t-elle pas mis en évidence la porosité du mur de séparation entre l'Église et l'État, en particulier sur la définition de l'autorité morale américaine ? Enfin, la Cour suprême a dû déterminer si la Constitution protégeait la liberté du mariage homosexuel établie par le Quatorzième Amendement pour mettre fin à une certaine confusion institutionnelle et un patchwork de lois inégales au sein de l'Union. Je souhaite démontrer que, loin d'être une invention savante ou un mythe fondé sur une simple fracture sociale de l'opinion publique, le mécanisme dynamique et efficace du concept de guerre culturelle est intrinsèquement lié au système des contre-pouvoirs, mais qu'il est aussi pertinent dans le domaine des sciences politiques, du droit constitutionnel, des sciences sociales, et même de la politique américaine. L'entrée de l'Amérique dans le XXIème siècle a connu une évolution dichotomique entre les progrès considérables accomplis en faveur des droits des homosexuels, qui ont ouvert la voie à une plus grande intégration politique, et une rechute chaotique dans la violence par les armes à feu, la brutalité policière, et le racisme. L'objectif de cet

[1] Hamilton considère que le pouvoir de *judicial review* doit servir de garde-fou contre les empiètements du pouvoir législatif influencé par les majorités populaires (« The Federalist No.78, 1788 », Section XII).

article est de montrer que les guerres culturelles contribuent à donner un retentissement croissant aux questions que soulève une minorité sexuelle dans la culture publique américaine, à travers le prisme d'une bataille judiciaire portant sur les droits constitutionnels des Américains LGBT.[2] Dans ce conflit où s'affrontent la morale religieuse et le droit constitutionnel, la Cour suprême des États-Unis a joué un rôle central en rappelant aux États de l'Union que la discrimination n'est en aucun cas un intérêt gouvernemental impérieux, et que la liberté religieuse ne peut servir de prétexte pour dénigrer certains citoyens américains et leur refuser des droits. Avant d'examiner le défi constitutionnel engagé par des couples homosexuels et des familles homoparentales, et ses conséquences, il sera important d'étudier les tenants et aboutissants de cette guerre culturelle contre l'homosexualité en s'appuyant sur l'histoire de la communauté LGBT pour explorer le phénomène de discrimination structurelle d'après-guerre, la révolution sexuelle, mais aussi le combat contre les lois interdisant le métissage et leur conjonction dans le mouvement pour l'égalité d'accès au mariage. Cela nous aidera à analyser la façon dont les conservateurs et les fondamentalistes chrétiens ont organisé un système de représailles considéré comme sain et fondé dans l'intérêt de la nation, alors que des militants LGBT et des avocats ont utilisé des témoignages authentiques de familles homoparentales comme outil pédagogique, afin de lutter contre des stéréotypes sans fondement. En fait, au cours des cinq dernières années, d'innombrables procès ont démontré que les parents homosexuels et hétérosexuels ne souhaitent que valoriser les atouts du mariage, afin de faire de la liberté matrimoniale la première étape sur le chemin de l'égalité réelle des Américains LGBT. En conséquence, l'opinion majoritaire du juge Kennedy dans l'affaire *Obergefell* est un exemple d'expiation judiciaire qui est le résultat d'une combinaison entre l'éthique humaine, le bon sens et le principe de réparation en justice.

La promesse d'égalité en vertu de la clause de protection égale ne peut être obtenue qu'en fournissant la preuve, requise par la magistrature, que les homosexuels ont été la cible de discrimination au cours de l'histoire. George Chauncey, professeur d'histoire américaine à

[2] Lesbiennes, Gays, Bisexuels et Trans.

l'université de Yale, affirme au cours du procès contre la Proposition 8[3] que la communauté LGBT a été historiquement affectée par « un processus continu de préjugés et d'hostilité » (Prop 8 Trial Transcript, vol. 2 : 361) notamment au XXème siècle, aggravé par une classification arbitraire et contestable de l'homosexualité comme maladie mentale jusqu'en 1973. Celle-ci porte une marque d'infamie qui ne fait que renforcer le sentiment de culpabilité et de honte des homosexuels persuadés que leur orientation sexuelle est défectueuse. L'absence totale d'identité collective à l'époque a contribué à les isoler et à développer une hostilité contre leur individualité, accentuée par une stigmatisation latente de leur « condition » (D'Emilio : 22) par les autorités.

En effet, le contrôle et le rejet de l'homosexualité ont été légalement mis en place dans les années 1930 pour devenir une pratique courante dans la sphère sociale et culturelle. Tous les établissements détenteurs d'une licence autorisant la vente d'alcool se voient obligés de refuser d'en vendre aux homosexuels et sont conduits en conséquence à chasser certains clients pour leur « comportement ostentatoire peu conventionnel » qui peut conduire à la fermeture de bars ou restaurants, par exemple. Tandis que des clients se retrouvent stigmatisés pour leur homosexualité, certains établissements indiquent clairement, dès l'entrée, ne pas servir les homosexuels. Bien que le pouvoir judiciaire statue en faveur des droits des homosexuels contre ces pratiques discriminatoires illégales dans les années 1950, le gouvernement de l'État de Californie parvient à contourner un jugement de la Cour suprême de ce même État[4] afin d'instaurer une politique brutale contre des bars et des restaurants étiquetés comme « établissements réservés aux pervers sexuels ». De nombreux officiers de police n'hésitent pas à recourir abusivement à la répression par des vagues d'arrestations massives pour ne laisser aucune chance aux homosexuels. Conduits au poste de police, ils sont poursuivis pour l'une (voire plusieurs) des infractions suivantes : trouble de l'ordre public, vagabondage, attentat à la pudeur, agression, racolage et même le fait de flâner. 50 000 homosexuels sont arrêtés entre 1924 et 1966 pour « mauvaise conduite » (Prop 8 Trial Transcript, vol. 2 : 364). Les homosexuels sont placés sous surveillance systématique par la police, qui bénéfice d'un appui non négligeable de la part d'institutions religieuses

---

[3] Lors des élections de novembre 2008, les Californiens ont approuvé à 52 % un amendement à la Constitution californienne qui affirmait que seul le mariage entre un homme et une femme était reconnu dans cet État.

[4] Dans l'affaire du Black Cat Cafe.

organisées civilement pour maintenir les bonnes mœurs de la population. Citons, par exemple, la *New York Society for the Suppression of Vice*, engagée contre le comportement homosexuel devenu de plus en plus manifeste dans la ville, mais aussi la *Watch and Ward Society* du Massachusetts, qui s'attaque aux bars pour homosexuels et aux lieux publics fréquentés par ces derniers. Les émeutes de Stonewall marquent l'apogée et la fin de cette banalisation de la persécution en juin 1969 à New York, car elles ont donné naissance au mouvement de libération homosexuelle, devenu ensuite le militantisme LGBT que l'on connaît aujourd'hui.

Néanmoins, la discrimination structurelle prend également de l'ampleur au sein du gouvernement fédéral. Une véritable chasse aux sorcières est instaurée et légitimée par la publication d'un rapport sénatorial qui vise sans ambiguïté l'emploi d'agents homosexuels et la façon de remédier à une menace qui met en péril la sécurité du pays et la tradition morale : *Employment of Homosexuals and Other Sex Perverts in Government.* Cette période historique du maccarthysme, connue aussi sous le nom de « Peur rouge » (*Red Scare*), vise à chasser tous les sympathisants communistes du gouvernement américain et à définir comme criminelles leurs opinions politiques. Dans le même temps, le gouvernement lance une campagne anti-homosexuelle, connue sous le nom de « Peur violette » (*Lavender Scare*[5]*)*. Le président Eisenhower promulgue en 1953 le décret 10450 intitulé *Security requirements for Government employment* qui a pour effet d'autoriser la purge contre les employés fédéraux considérés comme des pervers sexuels qui, du fait de leur mode de vie, sont susceptibles de divulguer des renseignements sensibles à un ennemi prêt à dénoncer l'homosexualité de leurs informateurs. Ces deux textes sont, encore aujourd'hui, la preuve irréfutable que le gouvernement était hostile aux homosexuels et déterminé à discriminer, à bafouer leurs droits et libertés fondamentales au nom de la « sécurité nationale » érigée de manière arbitraire en un intérêt impérieux. Plus grave encore, ces documents font de nombreux amalgames et comparent les homosexuels à des pédophiles, des prédateurs et des corrupteurs des bonnes mœurs. En fin de compte, le département d'État limoge plus d'homosexuels que de communistes. Les homosexuels craignent de plus en plus de perdre leur emploi, et leur sexualité, qui est toujours criminalisée en vertu des lois contre la

[5] Expression attribuée à l'historien David K. Johnson, dans son étude sur la persécution des gays et des lesbiennes pendant la guerre froide.

sodomie, est menacée.

C'est également dans le cadre de la révolution sexuelle et la progression significative de la laïcité au niveau institutionnel[6] que l'Amérique assiste à la coalescence d'une multitude de factions politiques chrétiennes, bien organisées et bien financées, donnant naissance à une nouvelle droite, la Droite religieuse, dès la fin des années 1970. Avec le soutien de nombreuses Églises, Anita Bryant, baptiste, lance une véritable croisade contre les homosexuels en organisant une campagne pour l'abrogation de l'ordonnance municipale 77-4[7] du comté de Dade en Floride. Bryant, fière du succès de sa campagne, s'engage ensuite dans une autre bataille référendaire en Californie, au côté du sénateur Briggs, pour écarter des écoles les professeurs homosexuels, accusés de prosélytisme, à l'automne 1978.

Nancy Cott, professeure d'histoire et spécialiste de l'histoire du mariage aux États-Unis, considère la révolution sexuelle comme une transition historique majeure favorable à une conception égalitaire des rôles masculin et féminin dans le mariage. Durant ces changements, l'État se montre résolu à légiférer vers plus d'équité entre les sexes avec la promulgation du *Civil Rights Act* de 1964 et en particulier, dans la section VII, ce qui concerne la division sexuelle du travail. D'autres facteurs propices à cette révolution des mentalités y sont identifiés, comme la fin de la suprématie de la « doctrine de la couverture » (the *doctrine of coverture)*, dans laquelle la reconnaissance légale de la femme ne se fait qu'à travers son mari. Le combat pour les droits des femmes a également permis l'évolution progressive d'un rôle exclusif des époux vers plus de neutralité et d'égalité. L'obtention du droit de vote des femmes en 1920 a bouleversé une conception du mariage régie selon le principe de la gouvernance, qui faisait des hommes les supérieurs légitimes des foyers traditionnels. Cott considère que la libéralisation du mariage a servi de « dispositif heuristique » (Prop 8 Trial Transcript, vol. 2 : 333) pour permettre aux hommes et aux femmes d'identifier de nouvelles libertés correspondant à ce que le juge Kennedy qualifie d'autonomie individuelle. Cette évolution a donc permis de mettre fin historiquement à une institution du mariage souvent formatée par la

---

[6] Avec l'interdiction des « prières officielles » dans les écoles et la légalisation de l'avortement par la Cour suprême.

[7] Cette disposition municipale, parmi quarante autres à travers le pays, interdit toute discrimination des homosexuels à l'embauche, au logement et à l'accès aux services publics.

norme religieuse sur la question des rôles respectifs des deux sexes. Dès janvier 1970, Ronald Reagan approuve le divorce par consentement mutuel en Californie. Les dénominations protestantes majoritaires du pays expriment haut et fort l'horreur que leur inspirent ces pratiques devenues de plus en plus courantes telles que les relations sexuelles préconjugales, l'infidélité et l'adultère. Les religieux conservateurs décident alors de se battre contre la « désinstitutionnalisation » du mariage et, notamment, contre le mariage interracial.

La lutte contre la ségrégation et les lois interdisant le métissage permet à la communauté LGBT, en observant le parallèle entre la discrimination raciale et celle fondée sur l'orientation sexuelle, de mettre en lumière le fardeau illégitime que fait peser sur eux une hiérarchie prétendument naturelle, conforme au dessein de Dieu, qui consacrerait la supériorité de la race blanche et de l'hétérosexualité. Les couples interraciaux et les couples de même sexe sont attaqués de la même façon avec de prétendues preuves biologiques justifiant leur statut juridique inférieur. Les Afro-Américains et les homosexuels partagent le même objectif : faire valoir leur droit de recourir à la clause « d'égale protection des lois » en dépit de leurs différences liées à leur couleur de peau et à leur orientation sexuelle. En fin de compte, l'affaire *Loving*[8] permet de fournir le cadre juridique et constitutionnel pour déposer un recours contre la Proposition 8 de la Californie, qui définit le mariage comme l'union entre un homme et une femme. Pour protéger la sainteté du mariage, de nombreuses interdictions constitutionnelles ont été approuvées par référendum, qui désignent insidieusement un groupe minoritaire comme étant moralement inférieur, en proposant parfois des compromis quelque peu limités. Ce processus d'infériorisation est le fondement même de cette guerre culturelle contre l'homosexualité qui inclut d'autres caractéristiques distinctives que nous proposons d'étudier.

Tout d'abord, la bataille en faveur du mariage traditionnel a démontré que la plupart des fondamentalistes avaient instrumentalisé la religion pour en faire une force contre la communauté LGBT. La brèche dans le mur de séparation entre l'Église et l'État a été particulièrement visible lors de la campagne pour le passage de la Proposition 8 en Californie, qui a été la plus financée en 2008, à l'exception de l'élection présidentielle. Le juge Walker admet que cette campagne s'est appuyée

[8] Le 12 juin 1967, les lois interdisant le mariage interracial sont déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême des États-Unis.

sur des spéculations, des caricatures et des messages aberrants tout en entretenant un climat de peur irrationnelle que l'État ne pouvait en aucun cas cautionner (Prop 8 Trial Opinion : 133-137). Gary Segura, professeur de politique américaine, la décrit comme la déclaration d'une guerre idéologique ouverte par le camp religieux lorsque les premières publicités en faveur du « oui » ont joué sur les craintes des hétérosexuels vis-à-vis de leur mariage et leurs enfants :

> There [are] references to children, [...] to taking your religious liberty away, [...] to churches being discriminated against or facing some form of government repression. [These videos] really do present gays and lesbians as a very serious threat to all sorts of aspects of American life. (Prop 8 Trial Transcript, vol. 8 : 1856-1857)

Les couples de même sexe sont devenus la cible d'une stigmatisation, fondée sur des préjugés injustes, qui niait leur humanité et leurs compétences parentales dans le but de susciter de l'hostilité à leur égard en raison de leur sexualité. Au cours du procès, les avocats s'engagent à défendre les liens sacrés du mariage, argument des couples hétérosexuels devant la Cour fédérale. Pourtant, les obligations telles que le respect mutuel, l'amour, la fidélité, l'aide mutuelle et le confort s'appliquent aussi véritablement aux couples de même sexe. Néanmoins, la déclaration liminaire de Charles Cooper, en faveur de la Proposition 8, est un plaidoyer à l'intention de la majorité hétérosexuelle appelant à conserver une institution religieuse vénérable, consacrée à la préservation du genre humain et de la stabilité sociale (Prop 8 Trial Transcript, vol. 1 : 55-74). Le mariage traditionnel doit rester une institution hétérosexuelle, car la préservation du lien unique entre les hommes et les femmes a toujours été essentielle pour faire progresser la civilisation humaine et parce que la procréation, qui est de l'intérêt de l'État, est biologiquement incompatible avec l'homosexualité. Pourtant, la stérilité de George Washington lui a permis de se marier deux fois et les couples de même sexe ont été en mesure de procréer dans une relation antérieure ou par le biais de différentes techniques médicales. Ce que Cooper semble sous-entendre, c'est que le mariage homosexuel dévaluerait le mariage hétérosexuel et aurait un impact sur sa solidité ainsi que sur la procréation naturelle, bien qu'il n'ait aucune preuve empirique pour le démontrer.

Cela explique que des fonctionnaires d'État s'érigent en véritables

« soldats chrétiens » pour défendre leurs croyances religieuses et le mariage traditionnel. Certains d'entre eux, comme Kim Davis, greffière du Kentucky, ont attiré l'attention des médias nationaux en décidant de ne pas appliquer l'arrêt de la Cour suprême en faveur du mariage homosexuel. La décision de Kim Davis de ne pas délivrer de licences de mariage aux couples de même sexe est symptomatique de cette Amérique enracinée dans des convictions religieuses si profondes qu'elle en devient déconnectée de toute réalité jusqu'à renier les principes les plus essentiels d'un État de droits et de devoirs. La menace de la théocratie met en évidence la nécessité que la liberté religieuse soit encadrée par le judiciaire, voire le législatif. La demande faite en urgence par les avocats de Davis à la Cour suprême de bénéficier d'une exception à la règle pour incompatibilité religieuse illustre parfaitement la difficulté d'imposer nettement la séparation de l'Église et de l'État. Davis ancre son refus de marier des couples homosexuels dans sa liberté religieuse, protégée par le Premier Amendement, prétextant que ses ancêtres étaient venus aux États-Unis pour y chercher un refuge contre des persécutions religieuses : « Davis seeks that asylum for her conscience, from this Court » (Emergency Application : 10-11). La légalisation du mariage homosexuel s'inscrirait dans un contexte identique à celui de l'époque coloniale, lorsque les colons ont fui en direction de l'Amérique pour y pratiquer leur foi en paix. Pourtant, les allégations d'obstruction et d'entrave à la pratique de sa religion sont pour le moins ténues et sans fondement.

Depuis la légalisation du mariage homosexuel, les Républicains sont engagés dans une nouvelle bataille politico-religieuse dans les législatures d'État qu'ils contrôlent, pour dénoncer les prétendues immixtions intempestives du gouvernement dans les actions d'individus aux convictions religieuses sincères. Ces États sont situés dans la *Bible Belt*[9] mais aussi dans la région du Midwest. Les conservateurs y déposent des initiatives appelées « *Religious Freedom Bills* » pour protéger les individus de l'obligation d'agir ou de prendre des décisions contraires à leurs croyances religieuses, et vont jusqu'à autoriser des entreprises ou des commerçants à ne pas servir la clientèle homosexuelle. Ces projets de loi ont été adoptés notamment dans le Kentucky,[10] mais aussi dans le

[9] Ceinture d'États américains où l'on trouve de nombreux fondamentalistes chrétiens.

[10] KRS 446 (2013) a fait l'objet d'un amendement approuvé au printemps 2016 pour protéger les croyances religieuses des commerçants et des entreprises.

Mississippi en avril 2016.[11] Dans cet État, cette loi prévoit notamment la possibilité pour les organisations religieuses de licencier des individus pour des comportements portant atteinte à leurs croyances morales ou religieuses, tandis que les professionnels de santé peuvent refuser toute consultation ou réassignation sexuelle par voie chirurgicale à des individus dont le mode de vie est contraire à leurs croyances religieuses. Le recours à des « *bathroom bills* », c'est-à-dire des projets de loi destinés à restreindre l'accès des transsexuels aux toilettes publiques qui correspondent à leur identité de genre, s'intègre dans une stratégie plus insidieuse (« *preemption* ») qui consiste à faire barrage à des ordonnances protectrices des droits LGBT, pour permettre à l'État de garder la main sur ces questions liées à l'intimité et à la morale. Le cas de la Caroline du Nord, par la promulgation de la loi HB2, est un exemple révélateur, selon Lisa Graves,[12] d'un processus d'obstruction qui vise à empêcher toute évolution démocratique dans les villes et les municipalités qui font le choix d'une politique destinée à protéger les droits de la communauté LGBT (Graves).

Enfin, la dernière particularité de cette guerre culturelle contre l'homosexualité est que les droits LGBT sont souvent soumis au contrôle et à l'approbation du peuple par le principe de la démocratie directe. Kenneth Miller, spécialiste en études gouvernementales, avertit que les initiatives populaires doivent être utilisées avec prudence car elles attaquent et stigmatisent les droits des minorités dans le but de retirer à des individus leurs droits fondamentaux, qu'ils venaient parfois d'acquérir : « direct democracy has, at times, deepened factional divides and threatened minority and individual rights by putting those rights to a direct popular vote » (Miller : 217-218). Une forte majorité lance des appels au référendum de manière abusive pour « obtenir le droit de ne pas reconnaître les couples de même sexe » (Prop 8 Trial Transcript, vol. 2 : 428) afin que ce droit soit approuvé démocratiquement. Par conséquent, les initiatives populaires ont renforcé la polarisation, l'inégalité de traitement, et n'ont pas réussi à proposer un compromis satisfaisant aux couples de même sexe. Est-il donc constitutionnel d'utiliser la stratégie de l'amendement afin de priver les couples homosexuels de la procédure légale régulière et de l'égale protection des

[11] HB 1523 (2016)

[12] Lisa Graves est directrice du *Center for Media and Democracy*, une organisation de surveillance qui revendique un journalisme d'investigation pour dénoncer des injustices et la corruption.

lois alors qu'ils réclament les mêmes droits que les hétérosexuels ? L'adoption d'une trentaine d'interdictions constitutionnelles du mariage homosexuel, voire des unions civiles dans certains cas, a créé, selon le président Obama, un « patchwork insensé » et discriminatoire où les droits civiques des Américains LGBT sont différents selon l'endroit où ils vivent. Certains spécialistes admettent que cette stratégie aurait non seulement contribué à la réélection du président Bush en 2004 mais avait aussi pour objectif d'empêcher que la justice ne se saisisse de la question du mariage homosexuel. Néanmoins, la Cour suprême va rendre trois arrêts entre 2013 et 2015.

Dans son opinion majoritaire concernant l'affaire *Obergefell*, le juge Kennedy indique clairement que des objections populaires (par référendum) ne constituent pas un critère satisfaisant du *standing* (c'est-à-dire l'intérêt à agir ou non de la Cour), en particulier lorsque des droits fondamentaux ne peuvent pas être soumis à l'approbation d'un vote (*Obergefell* : 24). Son argument rejoint la préoccupation de James Madison au sujet de l'influence grandissante d'une majorité puissante contre des groupes minoritaires considérés comme impopulaires. Camille Froidevaux-Metterie, professeure de sciences politiques, affirme que les Pères fondateurs redoutent le pluralisme religieux comme une source évidente d'antagonisme (Froidevaux-Metterie : 39). Ce désir d'éviter une majorité tyrannique explique ainsi la mise en œuvre de la conception madisonnienne de la démocratie en Amérique et en particulier du système des contre-pouvoirs. En d'autres termes, Kennedy rejette les critiques de ses détracteurs conservateurs en faisant valoir que la Cour suprême agit comme un « gouvernement des juges ». Protéger le mariage traditionnel n'empêche pas des individus lésés de faire appel à la justice, surtout quand une interdiction constitutionnelle règle la question de manière définitive ou quand la législature d'État considère qu'elle n'a aucun intérêt à agir dans la protection de familles homoparentales.

Au contraire, la Cour suprême semble avoir servi de contrepoids devant le refus des États de reconnaître les mariages de même sexe célébrés en dehors de leurs frontières, ainsi que face à la contradiction évidente entre le droit fédéral interdisant la reconnaissance légale des unions homosexuelles jusqu'en 2013 et des lois d'État qui autorisent désormais le mariage homosexuel. Dans l'arrêt *Windsor* (2013), la décision de la Cour d'abroger la section 3 de la loi du *Defense of Marriage Act* (DOMA), qui définit le mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme, a eu pour effet de créer un effet domino ouvrant

la voie à la possibilité, pour les couples homosexuels, de contester la constitutionnalité des interdictions du mariage homosexuel qui s'appuyaient sur cette définition. Cela explique pourquoi, au cours des deux dernières années, en utilisant la technique de la percolation, la Cour a agi avec précaution en refusant de prendre des décisions prématurées sur une institution aussi fondamentale que le mariage. Kennedy souhaite favoriser les prérogatives des États pour qu'ils légifèrent sur la question ou bien permettre aux couples de même sexe de saisir les tribunaux fédéraux. Anne Deysine, juriste et politologue, fait valoir que cette méthode pragmatique permet à la Cour de respecter le fédéralisme en laissant les États mettre en place tous les dispositifs nécessaires favorables à l'égalité des droits des couples homosexuels ou permettre aux tribunaux inférieurs d'agir comme des « laboratoires jurisprudentiels » (Deysine : 251, 218).

En fait, cette guerre culturelle met en évidence le conflit entre fédéralisme vertical et fédéralisme horizontal. Autrement dit, par le biais du fédéralisme vertical, tous les « mini-DOMAS » et les « super-DOMAS » approuvés par référendum et inscrits dans les constitutions des États devraient être déclarés inconstitutionnels *a posteriori*. Mais plus important encore, le principe du fédéralisme horizontal contraignant les États à céder une partie de leur autorité, garantit que la Constitution fédérale accorde les mêmes droits à tous les citoyens américains quels que soient leur race, leur sexe ou leur orientation sexuelle, qu'ils viennent de Californie ou du Michigan. En d'autres termes, les États interdisant le mariage homosexuel devraient reconnaître la validité d'un certificat de mariage délivré à un couple homosexuel dans un autre État de l'Union. Au lieu de cela, ils persistent à ignorer la célébration d'unions homosexuelles et affirment que l'égalité est parfaitement respectée entre les nouveaux habitants et les résidents actuels qui sont tous privés du droit fondamental de se marier avec un individu du même sexe.

Outre les questions techniques soulevées dans cette guerre culturelle contre le mariage homosexuel, l'intervention de la justice met aussi en lumière une certaine lenteur de la Cour suprême lorsqu'il s'agit de renverser des jugements précédemment établis, comme l'arrêt *Plessy v. Ferguson* (1896) qui avait établi la légalité de la ségrégation raciale. Il est intéressant de noter que le raisonnement de Thed Olson durant le procès contre la Proposition 8 visait justement à redéfinir le statut des partenaires domestiques en vertu de la nouvelle doctrine « *separate but unequal* » en référence à l'arrêt *Plessy*. Ce parallèle devait rappeler aux

juges fédéraux que la Constitution ne permet pas des classifications illégitimes des Américains et que la question de la race reste encore aujourd'hui, selon Andrew Hartman, « a festering wound on the soul of America » (Hartman : 103). Au cours des vingt dernières années, la Cour suprême des États-Unis a accepté d'examiner cinq affaires en rapport avec l'égalité des droits de la communauté LGBT par ordonnance de recevabilité.[13] Elle a annulé l'arrêt rendu dans l'affaire *Bowers* (1986) dans *Lawrence v. Texas* (2003) après avoir déclaré les lois contre la sodomie inconstitutionnelles à travers le pays. Cela montre que même si l'égalité d'accès à l'institution du mariage est un sujet central dans le débat politique et judiciaire depuis 2004, la Cour suprême des États-Unis a également refusé d'examiner d'autres affaires similaires, ce qui montre qu'elle reste « maîtresse de son agenda » (Deysine : 97). Dans l'ensemble, les tribunaux des États et les tribunaux fédéraux ont statué en faveur de la protection des droits fondamentaux. Les juges ont utilisé le principe de légalité processuelle et se sont appuyés sur un examen strict ou un examen de base rationnelle. Une fois cette norme de contrôle judiciaire établie, les juges ont déterminé si une loi, jugée discriminatoire, était inconstitutionnelle par rapport à la clause d'égale protection des lois en vertu du Quatorzième Amendement. Pour montrer que la garantie d'une procédure régulière n'a pas été respectée, c'est-à-dire que des amendements constitutionnels contre le mariage homosexuel ont représenté une intrusion gouvernementale déloyale qui a privé le plaignant de « la vie, la liberté et la propriété », la Cour devait établir la preuve qu'historiquement le mariage a toujours été un droit fondamental indépendamment de l'orientation sexuelle. Dans l'affaire *Lawrence*, Kennedy s'appuie sur le principe du *substantive due process*[14] pour affirmer que la sexualité dans la sphère privée est une liberté fondamentale protégée contre toute ingérence gouvernementale : « Persons in a homosexual relationship may seek autonomy [...], just as heterosexual persons do » (*Lawrence* : 13). La Cour se prononce quatorze fois à partir de 1888 pour définir le mariage comme un droit fondamental. Néanmoins, dans l'affaire *Obergefell*, Kennedy ne se réfère à aucune norme de contrôle judiciaire. Il affirme que des amendements constitutionnels interdisant le mariage homosexuel représentent un

[13] Writ of certiorary.

[14] Selon ce principe, les tribunaux doivent déterminer les libertés fondamentales « implicites dans le concept de liberté organisée par les lois » pour protéger les individus contre toute ingérence du gouvernement.

préjudice incontestable pour les couples homosexuels puisque leurs relations sont avilies et jugées indignes des protections et des droits fédéraux. Même s'il aurait pu considérer l'orientation sexuelle des plaignants comme « classification suspecte[15] », Kennedy rappelle à la nation que les convictions morales religieuses fondées sur la tradition ou sur des suppositions ne sont pas des motifs suffisants pour légiférer contre une communauté ciblée à cause de sa différence.

En conclusion, cette guerre culturelle contre l'homosexualité a non seulement alimenté l'homophobie et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais a aussi contribué à accroître le rôle de la Cour suprême comme ultime arbitre de ce conflit. L'intervention de la justice a été rendue nécessaire en partie parce que l'exécutif et le législatif n'ont pas réussi à se mettre d'accord pour régler la question de l'égalité des droits et des protections en faveur des familles homoparentales. Cette guerre a également mis l'accent sur l'accroissement des tensions entre un gouvernement fédéral fort et les droits des États ainsi que le mécanisme subtil mais efficace du système « des freins et des contrepoids ». Selon la Cour, une opinion publique hostile aux homosexuels ne peut pas interférer avec les prérogatives de la troisième branche du gouvernement, tandis que les droits fondamentaux ne peuvent être soumis au vote populaire, en particulier lorsque des groupes minoritaires ont été historiquement traités comme moralement inférieurs. Les militants conservateurs et religieux affirment au contraire que les couples de même sexe veulent changer l'institution du mariage et acquérir de nouveaux droits dans la Constitution, alors qu'en fait ces derniers cherchent à bénéficier des mêmes droits et être soumis aux mêmes obligations que les hétérosexuels. Le point de vue du juge Shelby de l'Utah semble aller dans une nouvelle direction, celle de l'expiation judiciaire : « It is not the Constitution that has changed but the knowledge of what it means to be gay or lesbian » (*Kitchen* : 42). C'est une évolution des mentalités à l'égard de l'homosexualité qui a permis d'adapter les lois du pays. Malgré une telle avancée juridique, les Républicains conservateurs encensent

---

[15] Comme le rappelle Joanna Schmidt, « [les] présomptions d'inconstitutionnalité frappant les classifications "suspectes" ou "quasi-suspectes" ont été élaborées afin d'éliminer les discriminations raciales et celles reposant sur certains préjugés sociaux » (Schmidt : 75). L'orientation sexuelle pouvant faire l'objet de discrimination devrait être considérée comme « *suspect class* ».

toujours les rôles de genre, les privilèges hétérosexuels et les classifications raciales, et ces questions sont parties intégrantes de leur programme politique et social en faveur de la bonne vie. Néanmoins, dans cette guerre culturelle, un consensus est encore possible malgré le poids des idéologies. En effet, Thed Olson et David Boies, farouchement opposés dans *Bush v. Gore*, sont parvenus à s'unir pour lutter contre la Proposition 8 en Californie. Trouver des compromis sur d'autres sujets sensibles issus des guerres culturelles sera crucial, non seulement pour honorer l'égalité réelle « comme fait et comme résultat[16] », mais aussi pour préparer les changements sociologiques inévitables de l'Amérique au XXIème siècle sans lesquels la stabilité et la prospérité de la nation pourraient être compromises face à la menace du terrorisme islamiste.

Bibliographie

Sources primaires

Emergency Application to Stay Preliminary Injunction Pending Appeal. *Davis v. Miller* (...). Addressed to Justice Kagan. August 28, 2015 ; 1-50. Consulté le 3 septembre 2015. URL : https://www.liberty.edu/media/9980/attachments/2015/082815_Application_to_Stay_Order_Pending_Appeal.pdf

HAMILTON, Alexander. « Le Fédéraliste, n°78, 1788 ». *The Penguin Guide to the US Constitution*. Éd. Richard BEEMAN. New York : Penguin Books, 2010 : 112-113.

Presidential Executive Order 10450. *Security requirements for Government employment.* 27 avril 1953. Consulté le 15 janvier 2016. URL : http://www.ncsc.gov/publications/policy/docs/EO_10450.pdf

Prop 8 Trial Transcript. *Perry v. Schwarzenegger*. United States Northern District of California. No C 09-2292 VRW. January 11th, 2010. Volume 1 ; 1-213.

Prop 8 Trial Transcript. *Perry v. Schwarzenegger*. United States Northern

[16] Le président Johnson déclara le 4 juin 1965 devant les étudiants de l'université Howard : « Nous ne sommes pas en quête de l'égalité comme droit ou comme théorie, mais de l'égalité comme fait et de l'égalité comme résultat » (Sorman).

District of California. No C 09-2292 VRW. January 12th, 2010. Volume 2 ; 214-457.

Prop 8 Trial Transcript. *Perry v. Schwarzenegger*. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. January 21st, 2010. Volume 8 ; 1742-2008.

Prop 8 Trial Opinion. *Perry v. Schwarzenegger*. United States Northern District of CA. No C 09-2292 VRW. Opinion by Judge Walker. August 4th, 2010.

Supreme Court of the United States Justices. "Lawrence v. Texas". Decision rendered on June 26th, 2003. Consulté le 15 octobre 2015. URL : http://www.law.cornell.edu/wex/lawrence_v._texas_2003

Supreme Court of the United States Justices. "Obergefell v. Hodges". Decision rendered on June 26th, 2015. Consulté le 3 juillet 2015. URL : http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

U.S. District Court for the District of Utah. "Kitchen v. Herbert". December 2013. Consulté le 3 juillet 2016. URL : https://www.ca10.uscourts.gov/opinions/13/13-4178.pdf

U.S. Senate Report, 81st Congress. *Employment of Homosexuals and Other Sex Perverts in Government*. 1950. Consulté le 15 janvier 2016. URL : http://www.mwe.com/info/mattachineamicus/document14.pdf

Sources secondaires

D'EMILIO, John. *Sexual Politics, Sexual Communities : The Making of a Homosexual Minority in the United States, 1940-1970.* Chicago : University of Chicago Press, 1983.

DEYSINE, Anne. *La Cour suprême des États-Unis : Droit, politique et démocratie*. Paris : Dalloz, 2015.

FROIDEVAUX-METTERIE, Camille. *Politique et religion aux États-Unis*. Paris : Repères, 2009.

GRAVES, Lisa. « From Fracking Bans To Paid Sick Leave : How States Are Overruling Local Laws ». *NPR Fresh Air*. April 6, 2016. Podcast écouté le 5 mai 2016. URL : http://www.npr.org/2016/04/06/473244707/from-fracking-bans-to-paid-sick-leave-how-states-are-overruling-local-laws

HARTMAN, Andrew. *A War for the Soul of America : A History of the Culture Wars*. Chicago : University of Chicago Press, 2015.

JOHNSON, David. *The Lavender Scare : The Cold War Persecution of Gays and Lesbians in the Federal Government*. Chicago : The University of Chicago Press, 2004.

MILLER, Kenneth. *Direct Democracy and the Courts.* New York : Cambridge University Press, 2009.

SCHMIDT, Joanna. « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique ». *Revue internationale de droit comparé* 39-1, 1987 ; pp. 43-88.

SORMAN, Guy. « Cette Amérique qui a voté, un voyage avec Guy Sorman. Étape XVI : Le problème noir est fini ». *L'Économiste* 1893, 2004. Consulté le 15 avril 2016. URL : http://www.leconomiste.com/article/cette-amerique-qui-vote-un-voyage-avec-guy-sormanbretape-xvi-le-probleme-noir-est-fini