

Journal of Civil Law Studies

Volume 8

Number 1 *Les unions (il)légalement reconnues:*

approches internationales

(Il)legally Recognized Unions: International

Approaches

La Roche-sur-Yon (France)

Article 10

10-5-2015

Mariage et union de personnes de même sexe aux États-Unis : une affaire compliquée par le fédéralisme

Olivier Moréteau

Louisiana State University Law Center, olivier.moreteau@law.lsu.edu

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls>



Part of the Civil Law Commons

Repository Citation

Olivier Moréteau, *Mariage et union de personnes de même sexe aux États-Unis : une affaire compliquée par le fédéralisme*, 8 J. Civ. L. Stud. (2015)

Available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol8/iss1/10>

This Conference Proceeding is brought to you for free and open access by the Law Reviews and Journals at LSU Law Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Journal of Civil Law Studies by an authorized editor of LSU Law Digital Commons. For more information, please contact kreed25@lsu.edu.

**MARIAGES ET UNIONS DE PERSONNES DE MEME SEXE
AUX ÉTATS-UNIS: UNE AFFAIRE COMPLIQUEE PAR LE
FEDERALISME**

Olivier Moréteau*

Abstract	163
Résumé.....	164
I. Introduction	165
II. Les termes du débat.....	170
A. Le paradoxe du conservatisme social	170
B. Les tensions du catholicisme institutionnel.....	171
C. La troisième voie.....	172
III. Promenade aux États-Unis : la diversité dans tous ses états. 173	
A. D’abord le Massachusetts	173
B. Puis la Californie.....	175
C. Pendant ce temps en Louisiane	176
IV. Vers un dénouement judiciaire à Washington	181

ABSTRACT

In the United States of America, because of federalism, the power to legislate on marriage and to decide who can marry and with whom, belongs to the legislature of the individual states. However, state legislative power may be curbed by state constitution (under the control of state courts and possible review

* Professor of Law, Russell B. Long Eminent Scholars Academic Chair, Director of the Center of Civil Law Studies, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University; Directeur honoraire de l’Institut de droit comparé Édouard Lambert, Lyon, France. Ce texte reprend une communication présentée à la Journée d’études « Les unions (il)légalement reconnues: approches internationales », Université de Nantes, La Roche-sur-Yon, 6 décembre 2013, et développe une conférence donnée devant les étudiants de l’Institut de droit comparé Édouard Lambert, Lyon, 28 novembre 2014. L’auteur remercie Diego Anguizola et Sara Vono pour leur aide.

by the state supreme court) and the United States Constitution (under the control of federal courts and possible review by the United States Supreme Court). The question whether homosexual couples have access to marriage was bound to become a constitutional issue. More and more states opened marriage to same-sex couples, either amending their legislation or by the effect of judicial review of restrictive legislation, found unconstitutional at state or federal level. In the meantime, other states remained adamantly opposed, some of them amending their constitution to make same-sex marriage unconstitutional at least within the state. Dealing with a flow of appeals, though mostly holding any ban to same-sex marriage unconstitutional, U.S. Circuit Courts of Appeals ended up being divided, forcing the U.S. Supreme Court to make a decision. With a short majority of five to four, same-sex marriage was made legal nationwide. While showcasing the American dimension of a social debate, this article explains how federalism made this a complex legal issue and development.

RESUME

En raison de l'organisation fédérale des États-Unis, le droit du mariage relève de la compétence législative des états, qui sont en principe libres de fixer les règles relatives à qui a le droit de se marier et avec qui. Le pouvoir législatif de chaque état doit cependant s'exercer dans les limites de ce qu'autorise la constitution de l'état (avec un contrôle de constitutionnalité des cours de l'état et au niveau ultime de la Cour suprême de l'état) et la Constitution fédérale (avec un contrôle de constitutionnalité des cours fédérales et au niveau ultime de la Cour suprême des États-Unis). L'accès au mariage des couples homosexuels n'a pas manqué de devenir une affaire constitutionnelle, les états étant de plus en plus nombreux à admettre les unions de même sexe, en modifiant la loi ou en reconnaissant judiciairement l'inconstitutionnalité du refus d'accès au mariage aux couples de même sexe, alors que d'autres proclamaient leur attachement au mariage hétérosexuel, parfois en modifiant leur constitution afin d'affirmer l'inconstitutionnalité du mariage homosexuel au moins au niveau étatique. En raison des divergences d'opinion des cours

d'appel fédérales en majorité favorables au mariage de même sexe, la Cour suprême fut acculée à se prononcer pour décider, avec une courte majorité d'une voix, qu'interdire l'accès au mariage aux homosexuels est contraire à la Constitution des États-Unis. Tout en mettant en évidence la dimension américaine de ce débat de société, cet article explique comment le fédéralisme a compliqué les données du problème et le processus qui a conduit à une solution.

I. INTRODUCTION

Vus de l'extérieur, les États-Unis sont perçus comme un monde assez homogène, dont les séries télévisées nous offrent une image stéréotypée. De l'intérieur, c'est un milieu d'une grande diversité où toutes les cultures du monde se combinent et se recombinent et où l'on trouve les positions les plus extrêmes et les plus inattendues¹. Berceau de la révolution sexuelle, les États-Unis sont aussi un univers de conservatisme social. Même si les couples non mariés sont de plus en plus nombreux, surtout parmi les jeunes, il reste mal vu, en bien des lieux et milieux, pour un couple de vivre ensemble sans être marié. Et pourtant il n'y a pas de honte à s'afficher avec sa liaison du moment (*date*), de parler librement de ses liaisons passées, et même de les inviter toutes à son premier, deuxième ou troisième mariage.

Quant à l'homosexualité, elle s'affiche volontiers dans les villes, mais jusqu'en 2003, la sodomie était punie par la loi pénale dans plusieurs états, même quand elle était pratiquée à l'abri des regards entre adultes consentants². Les LGBT (*lesbian, gay,*

1. BERNARD-HENRI LEVY, *AMERICAN VERTIGO* (Grasset 2006).

2. Dans l'arrêt *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), la Cour suprême des États-Unis déclara que les lois qui sanctionnent pénalement la sodomie pratiquée en privé entre adultes consentants portaient atteinte au droit à l'intimité sexuelle, constitutionnellement protégé sur la base du 14^e Amendement (*substantial due process*). Cette décision eut pour conséquence d'invalider les lois sur la sodomie au Texas et dans treize autres états.

bisexual, transgender) sont aujourd'hui encouragés à faire leur *coming out*. Les partenariats entre compagnons de même sexe furent autorisés dès 1999 en Californie³ et le Massachusetts fut le premier état à légaliser le mariage entre personnes de même sexe, suite à une décision judiciaire rendue fin 2003⁴. Dans le même temps, plusieurs états, dont la Louisiane, modifièrent leur constitution pour interdire les partenariats ou les unions entre personnes de même sexe⁵, et le Président Bill Clinton signa une loi fédérale excluant les bénéficiaires fédéraux aux conjoints de même sexe⁶. En droit des États-Unis, la validité et la reconnaissance des unions de même sexe ne résultent pas de l'adoption d'une ou deux lois mais sont le fruit d'une longue évolution dialectique combinant activité législative et recours judiciaires. Lorsque j'ai présenté ce papier à La Roche-sur-Yon le 6 décembre 2013, 14 des 50 états reconnaissaient le mariage entre personnes de même sexe, alors accessible à 33% de la population. Le nombre avait atteint 25 lors de ma présentation à Lyon le 28 novembre 2014, et est de 36 alors que ce texte est révisé pour la publication.

Revenons à décembre 2013 : six états reconnaissaient alors les unions avec le même effet que le mariage, en même temps qu'environ vingt états, dont la Louisiane, avaient une disposition dans leur constitution interdisant le mariage ou les unions de même sexe. Le 26 juin 2013, la Cour suprême des États-Unis avait déclaré inconstitutionnel (contraire à la Constitution fédérale) l'article 3 du Defense of Marriage Act, loi fédérale de 1996, disposition par laquelle le Congrès interdisait à l'administration fédérale de reconnaître les mariages entre époux de même sexe⁷. La Cour suprême laissait cependant intacte la disposition de la même loi autorisant les états à ne pas leur reconnaître d'effets et

3. Domestic Partnership Act of 1999, CAL. FAM. CODE, § 297 (West 1999).

4. *Infra* III-A.

5. *Infra* III-C.

6. Defense of Marriage Act 1996, 110 Stat. 2419.

7. United States v. Windsor, 133 S.Ct. 2675 (2013).

évitait de se prononcer sur la validité du mariage de même sexe en Californie⁸.

Pour comprendre, il faut se souvenir que les États-Unis se sont constitués en une fédération d'états autonomes sinon pleinement souverains, qui se réservèrent une large compétence législative quand ils acceptèrent de devenir des états fédérés⁹. Adoptée par les treize états d'origine en 1787, la Constitution en fédère aujourd'hui cinquante, suite aux élargissements successifs de l'Union. L'État fédéral est principalement chargé de la sécurité extérieure, de l'armée, de la politique étrangère, de la monnaie. Toutes les compétences législatives qui ne sont pas déléguées au Congrès, dont la presque totalité du droit civil, restent entre les mains de la législature des états. Certains domaines sont partagés. Ainsi le droit pénal relève-t-il en principe des états mais le Congrès peut créer des infractions fédérales dans ses domaines de compétence. Le droit commercial est de la compétence des états, mais la Constitution permet au Congrès de légiférer en matière de commerce interétatique et international et de droit des faillites. Les états peuvent légiférer lorsque le Congrès ne le fait pas (compétence résiduelle), mais la loi fédérale l'emporte sur la loi de l'état en cas de contrariété de solution (primauté du droit fédéral, dérivé de la *supremacy clause* (*preemption*))¹⁰.

Chaque état a sa constitution, laquelle ne saurait contredire la constitution fédérale. Toute disposition constitutionnelle ou législative d'un état contredisant la loi fédérale peut être annulée par la Cour suprême des États-Unis, qui vérifie aussi la constitutionnalité des lois et règlements fédéraux¹¹. Chaque état a un système institutionnel complet, avec pouvoir législatif, exécutif et judiciaire. La loi est votée par la législature et promulguée par le gouverneur, elle est appliquée par les tribunaux de l'état à la tête

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

9. ÉLISABETH ZOLLER, LE DROIT DES ÉTATS-UNIS (PUF 2001).

10. U.S. Const. Art. VI, § 2.

11. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

desquels se trouve une Cour suprême de l'état. En principe les Américains sont soumis à la loi de leur état de résidence, mais ils peuvent faire appel aux tribunaux fédéraux en cas de violation de leurs droits fondamentaux protégés par la Constitution des États-Unis. Quand ils ont un litige important avec un résident d'un autre état, ils ont le choix de saisir ou bien le juge d'un état qui se reconnaît compétent, ou bien le juge fédéral¹², qui doit alors déterminer la loi applicable et appliquer cette loi de l'état comme le ferait un juge de ce même état¹³. Par exemple, dans un litige entre un résident du Kansas et une société immatriculée dans le Delaware, si le juge fédéral saisi détermine que la loi du Kansas est applicable au litige, il doit l'appliquer, ainsi que toute la jurisprudence développée par les cours du Kansas¹⁴. Une cour fédérale n'applique donc pas que du droit fédéral, elle applique aussi le droit des états. En revanche, quand un litige relève de la loi fédérale, celle-ci sera appliquée aussi bien par le juge des états que par le juge fédéral.

La coexistence du droit fédéral et du droit des états, d'une part, et des juridictions fédérales et étatiques d'autre part, rend les chevauchements inévitables et complique l'administration de la justice. Dans nombre d'affaires, les avocats américains passent plus de temps à déterminer le juge compétent et la loi applicable qu'à argumenter sur le fond du litige.

Cela explique qu'il ne peut y avoir de réponse législative unique aux unions de même sexe : le Congrès n'est pas compétent pour légiférer sur la question de qui peut ou non avoir accès au mariage. Le seul organe fédéral qui puisse unifier le droit en la matière, du moins dans une certaine mesure, est la Cour suprême des États-Unis, par exemple en jugeant que l'interdiction ou la limitation de l'accès au mariage aux gens de même sexe violerait le principe de l'égalité de traitement (*equal treatment*) proclamé

12. 28 U.S.C.A. § 1332.

13. § 34 du Judiciary Act 1789, 28 U.S.C.A. § 725.

14. *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

par le 14^e Amendement de la Constitution. Une telle décision sera vraisemblablement rendue dans les semaines qui suivront la publication de cet article. À supposer qu'elle le soit, le droit du mariage et de la famille continuera quand même à relever de la compétence des états. La compétence fédérale restera limitée en la matière, nous y reviendrons.

Supposons qu'aujourd'hui un couple valablement marié en Californie déménage et vienne résider en Floride. Le certificat de mariage (*marriage license*) sera reconnu en Floride comme dans tout autre état de l'Union, la Constitution obligeant les états à reconnaître à première vue tout acte officiel valablement accompli dans un autre état (*full faith and credit*)¹⁵. Les choses se compliquent si le couple est de même sexe et vient s'installer dans un état dont la constitution interdit non seulement de célébrer des mariages de même sexe, mais aussi de reconnaître les effets de tels mariages pourtant valablement conclus dans un autre état. C'est le cas par exemple de la Louisiane¹⁶. Ce couple californien sera donc valablement marié dans certains états (y compris en Floride depuis le 6 janvier 2015¹⁷) et pas dans d'autres. Tel est le désordre qui règne depuis plusieurs années aux États-Unis, en raison même du fédéralisme. Nous verrons pourtant que la Constitution fédérale porte aussi le remède aux problèmes qui seront exposés, mais que la mise en œuvre des solutions prend du temps.

La bonne nouvelle est que la durée favorise le débat qui doit nécessairement avoir lieu avant de trancher les délicats problèmes de société. Le débat d'idée en la matière est largement commun à l'ensemble des pays occidentaux, pour nous limiter à ceux-ci. La première partie de cet article n'en abordera que la dimension américaine. La deuxième partie promènera le lecteur dans diverses régions des États-Unis, pour mettre en évidence les tensions entre

15. U.S. Const. Art. IV, § 1.

16. *Infra* III-C.

17. Par l'effet d'une injonction d'une Cour de district fédérale, dans l'arrêt *Brenner v. Scott*, 999 F. Supp. 2d 1278 (N.D. Fla. 2014), rendu le 21 août 2014 ; un appel est en cours devant la Cour d'appel fédérale pour le 11^e Circuit.

partisans et opposants au mariage de même sexe et la manière dont elles s'expriment dans le débat législatif et judiciaire. La troisième partie présentera les options ouvertes pour l'avenir, à l'heure où la Cour suprême s'apprête à trancher sur le fond de l'affaire.

II. LES TERMES DU DEBAT

Cette section ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle reflètera trois points de vue rencontrés par l'auteur au fil de ses lectures, dont certains peuvent sembler paradoxaux.

A. Le paradoxe du conservatisme social

On imagine volontiers les conservateurs américains dans une posture de lutte contre le mariage homosexuel. Il serait facile de trouver des positions en ce sens de politiciens et intellectuels liés au parti républicain. Le discours du P^r Dale Carpenter, professeur à la Law School de l'Université du Minnesota, est à cet égard déroutant¹⁸. Cet auteur fait la promotion du mariage de même sexe dans une perspective néo-conservatrice. Son discours montre l'évolution du mariage avec le passage d'une vision monolithique vers une approche pluraliste. Il montre toutefois que même si la société est passée d'une conception très conservatrice d'un mariage durable et souvent arrangé vers une conception ouverte au mariage d'amour et plus facilement dissoluble, l'union matrimoniale reste dans la société actuelle un facteur de stabilité économique et sociale. Statistiquement, les enfants de couples mariés font plus souvent des études, accèdent plus facilement à des emplois stables et bien rémunérés et errent moins sur les chemins de la délinquance. Il y a plus de stabilité économique et donc moins de recours à l'État providence dans la famille mariée que dans les familles monoparentales. Comme les néoconservateurs cherchent à diminuer la dépense publique, ils doivent logiquement, d'un point

18. Dale Carpenter, *A Traditionalist Case for Gay Marriage*, 50 S. TEX. L. REV. 93 (2008).

de vue pratique, être favorables au mariage homosexuel, qui stabilisera une partie supplémentaire de la population.

Le fait que des dizaines de milliers d'enfants soient élevés dans des familles homosexuelles est une réalité sociale qui doit être prise en compte, quel que soit le jugement moral que l'on porte sur la question. Les considérations pratiques doivent l'emporter sur les jugements de valeur, ce qui est typique de la culture américaine, de même qu'au final, dans une société qui repose sur l'individualisme, les choix personnels ont plus de valeur que les décisions collectives.

B. Les tensions du catholicisme institutionnel

Dans un essai très controversé publié dans un magazine catholique, l'essayiste Joseph Bottum, qui collabore aussi avec le Wall Street Journal, explique que le combat de l'Église catholique contre le mariage homosexuel est perdu d'avance¹⁹. Selon lui, l'Église catholique aurait tort de s'engager dans ce combat alors qu'elle devrait accepter la pleine sécularisation du mariage. Il analyse comment la sécularisation du mariage est en cours depuis le mouvement des Lumières.

Même s'il est évident que le magistère catholique n'accepte pas cette vue et ne révisé pas ses positions, la pastorale du pape François ne met plus l'accent sur ce que l'Église s'attachait à condamner (rapports sexuels hors mariage, divorce, avortement, remariage des catholiques etc.) mais sur l'essence du message d'amour de l'Évangile qui est de laisser de côté le troupeau pour s'occuper de la brebis égarée : « il y aura de la joie dans le ciel pour un seul pécheur qui se convertit plus que pour quatre-vingt-dix-neuf justes qui n'ont pas besoin de conversion »²⁰.

Si l'homosexualité n'est pas en elle-même un péché, vivre dans les actes sa tendance homosexuelle est aux yeux de l'Église

19. Joseph Bottum, *The Things We Share, A Catholic's Case for Same-Sex Marriage*, COMMONWEAL, 23 août 2013.

20. Luc 15, 7.

catholique une conduite immorale²¹. S'il est peu pensable de voir l'Église catholique évoluer sur ce point, l'accent mis sur la miséricorde fait évoluer le regard vers la compréhension plutôt que le rejet. Une pastorale de la miséricorde vide moins les églises que celle du doigt dénonciateur. Ce tournant ne change pas le regard que le catholicisme institutionnel porte sur le péché. De même, il est peu probable que l'analyse de Joseph Bottum conduise la hiérarchie catholique à embrasser pleinement la sécularisation du mariage qui reste qualifié de sacrement et symbolise l'union de la chrétienté à son créateur.

C. La troisième voie

Terminons ce bref survol avec l'ouvrage d'un maître en philosophie politique, professeur à Harvard. Michael J. Zandel nous fait comprendre, dans un ouvrage sur la justice²², que la société n'est pas confrontée à une alternative, mais à un choix à trois branches. On ne peut répondre convenablement à la question de savoir si la société doit ou ne doit pas ouvrir le mariage aux gens de même sexe sans explorer une troisième voie. La société pourrait en effet décider de se désengager du processus et de ne plus reconnaître le mariage, se posant ainsi la question de fond : pourquoi reconnaître le mariage ? Cette analyse fait apparaître le mariage comme un brevet d'honorabilité, une reconnaissance particulière donnée à certains couples.

Qu'est ce qui justifie ce brevet d'honorabilité conféré aux seuls gens mariés ? Il s'agissait autrefois de la procréation et de la transmission des patrimoines de génération en génération. Aujourd'hui, le mariage est de plus en plus dissocié de la procréation. Non qu'il ne la favorise, mais celle-ci est de plus en

21. Lettre aux évêques de l'Église catholique sur la pastorale à l'égard des personnes homosexuelles, Congrégation pour la Doctrine de la Foi, 1er octobre 1986, J. Ratzinger.

22. MICHAEL J. SANDEL, JUSTICE: WHAT'S THE RIGHT THING TO DO? 253-60 (Farrar, Straus and Giroux 2010).

plus assurée hors mariage. En outre, les États-Unis acceptent assez facilement la maternité de substitution, ce qui a par ailleurs pour effet d'ouvrir la procréation aux couples homosexuels. Il semble que les valeurs aujourd'hui privilégiées dans le mariage soient l'amour et la promesse de fidélité, au moins autant que dure le mariage, ainsi que le devoir de secours et d'assistance qui est intrinsèquement lié à l'institution matrimoniale.

Si amour, fidélité et assistance sont les engagements justifiant la promotion du mariage, pourquoi le refuser aux couples homosexuels qui préfèrent une stabilité responsable au vagabondage sexuel ? Pourquoi ne pas leur permettre de s'engager et recevoir le brevet d'honorabilité autrefois réservé à ceux qui assuraient la continuité des générations ? Cette reconnaissance ne devient-elle pas encore plus importante lorsqu'il y a prise en charge et amour de l'enfant conçu ou adopté par l'autre ?

Du fait de sa diversité ethnique et religieuse, la société américaine n'évolue pas en un seul bloc sur le chemin de la reconnaissance des couples de même sexe, comme nous allons le voir en explorant certains états. Certaines tribus amérindiennes sont d'ailleurs les premières à accepter les unions de même sexe, comme par exemple les Atakapas-Ishak du sud de la Louisiane et du Texas.

III. PROMENADE AUX ÉTATS-UNIS : LA DIVERSITÉ DANS TOUS SES ÉTATS

Nous traverserons les États-Unis d'Est en Ouest, de Boston à San Francisco, puis descendrons vers le Sud jusqu'à la Louisiane, non sans faire référence à d'autres états de l'Union.

A. D'abord le Massachusetts

Foyer du puritanisme et de la mentalité WASP (White Anglo Saxon Protestant), le Commonwealth du Massachusetts est aussi un état démocrate aux idées progressistes ou libérales au sens

américain du terme. Le mariage entre époux de même sexe fut rendu possible par l'effet d'une décision judiciaire rendue le 18 novembre 2003 par la Cour suprême de l'état²³, ce qui fit du Massachusetts le premier état à ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Toutefois, jusqu'aux années récentes, les couples de même sexe valablement mariés à Boston ne voyaient pas leur mariage reconnu quand ils venaient s'installer dans les autres états.

Tous les états de Nouvelle-Angleterre emboîtèrent le pas au Massachusetts, suivi ensuite d'autres états de la côte Est, tels que l'état de New York, le New Jersey, le Maryland, le Delaware, et le District of Columbia, siège de la capitale fédérale. La Pennsylvanie fut le dernier état de la région à suivre le mouvement²⁴.

Certains de ces états et quelques autres choisirent la voie législative pour autoriser le mariage aux couples de même sexe. Le Connecticut entérina une évolution d'abord judiciaire en modifiant la loi²⁵. On citera aussi les lois adoptées par le District of Columbia²⁶, et les états suivants : Delaware²⁷, Hawaï²⁸, Illinois²⁹, Maine³⁰, Maryland³¹, Minnesota³², New Hampshire³³, New York³⁴, Rhode Island³⁵, Vermont³⁶ et Washington³⁷.

23. *Goodridge v. Dep't of Pub. Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

24. *Whitewood v. Wolf*, 992 F. Supp. 2d 410, 431 (2014): le juge fédéral Jones jugea, le 20 mai 2014, que la loi de l'état sur le mariage, modifiée en 1996 pour interdire le mariage homosexuel, viole la Constitution fédérale (*due process* et *equal treatment*).

25. Public Act No. 09-13 (2009), supprimant toute référence à la différence de sexe dans les textes de loi relatifs au mariage.

26. Religious Freedom and Civil Marriage Equality Amendment Act 2009.

27. Act to amend Title 13 of the Delaware Code Relating to Domestic Relations to Provide for Same-Gender Civil Marriage and to Convert Existing Civil Unions to Civil Marriages (2013). Notons que cette loi étend les effets du mariage aux unions civiles entre gens de même sexe.

28. Hawaii Marriage Equality Act of 2013.

29. Loi signée le 20 novembre 2013 entrée en vigueur le 1^{er} juin 2014.

30. Loi signée le 6 mai 2009, la première en date aux États-Unis à légaliser le mariage de même sexe.

31. Civil Marriage Protection Act 2012.

32. Loi signée le 14 mai 2013 prenant effet le 1^{er} août 2013.

33. Les unions civiles entre gens de même sexe, rendues possibles en 2008, furent transformées en mariage à compter du 1^{er} janvier 2011.

34. Marriage Equality Act (New York) 2011.

35. Loi du 2 mai 2013, en vigueur le 1^{er} août 2013.

B. Puis la Californie

L'état phare de la libération sexuelle, foyer du progressisme américain, fut le second à autoriser le mariage entre personnes de même sexe. Le 16 juin 2008, la Cour suprême de Californie déclara qu'interdire le mariage aux couples de même sexe était une violation de la constitution de l'état³⁸. La constitution californienne contient une clause de traitement égalitaire, calquée sur celle contenue au 14^e Amendement de la Constitution fédérale³⁹.

Toutefois, contrairement au Massachusetts, cet arrêt ne marqua pas la fin de la lutte. Durant cette même année 2008, les opposants au mariage homosexuel firent passer, par référendum d'origine populaire, la « Proposition 8 » visant à modifier la constitution, afin de limiter le mariage à l'union de l'homme et de la femme⁴⁰. La modification fut attaquée par des couples homosexuels devant la juridiction fédérale pour violation du 14^e Amendement de la Constitution fédérale, le gouverneur de l'état étant le défendeur désigné dans cette action. La District Court (juridiction fédérale de première instance) déclara la modification faite sur la base de la Proposition 8 inconstitutionnelle⁴¹. Par la voie d'une injonction, elle ordonna à l'administration de l'état de reconnaître les mariages entre époux de même sexe. L'administration de l'état accepta la décision, mais appel fut interjeté par les partisans et promoteurs de la fameuse Proposition 8.

Même si l'enjeu du litige était la validité du mariage de gens de même sexe, la bataille juridique devint purement procédurale : les partisans de la modification constitutionnelle avaient-ils le droit

36. Marriage Equality Act (Vermont) 2009.

37. Loi signée le 13 février 2012, confirmée par référendum populaire le 6 novembre et en vigueur le 6 décembre 2012.

38. *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757 (Cal. 2008).

39. Constitution de Californie, art. I, § 31(a).

40. Proposition 8, d'ajouter les mots suivants à la constitution de l'état: « Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California ».

41. *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921, 1004 (N.D. Cal. 2010).

d'interjeter appel ? La réponse à cette question technique n'était pas si simple. La Cour d'appel fédérale (9^e Circuit) pensa que la réponse relevait du droit californien et non du droit fédéral, et préféra poser une question préjudicielle à la Cour suprême de l'état⁴². Cette dernière déclara que les appelants avaient le droit d'agir au regard de la loi locale⁴³, décision qui fut acceptée par la Cour d'appel fédérale. Toutefois, sa décision relative au droit de faire appel fut attaquée devant la Cour suprême des États-Unis, laquelle jugea que la question de la qualité pour interjeter appel relevait du droit fédéral, et que dans son opinion les partisans de la Proposition 8 n'avaient pas le droit d'interjeter appel⁴⁴. Il résulta de cette saga judiciaire que le jugement de la Cour de district devint définitif : les homosexuels californiens pouvaient de nouveau se marier, mais cela en vertu d'une jurisprudence fédérale ayant valeur de jugement de première instance.

Toutes les décisions rendues à un niveau supérieur dans cette affaire ne portaient en effet que sur un point de procédure et non sur la question de fond, à savoir si l'interdiction du mariage gay violait ou non la Constitution fédérale. La Cour suprême ne se prononça que sur le droit de faire appel, en s'abstenant, dans un jugement rendu par une courte majorité de cinq contre quatre⁴⁵, de se prononcer sur la conformité de l'interdiction du mariage gay au 14^e Amendement.

C. Pendant ce temps en Louisiane

La Louisiane est le seul état de l'Union à n'avoir pas adopté pleinement la common law. Peu après la cession par la France en 1803, l'extrémité sud du vaste territoire acheté par les États-Unis fut organisée en Territoire d'Orléans, pour devenir le 18^e état de

42. Perry v. Schwarzenegger, 628 F.3d 1191, 1193 (9th Cir. 2011).

43. Perry v. Brown, 52 Cal. 4th 1116, 1127 (Cal. 2011).

44. Hollingsworth v. Perry, 133 S.Ct. 2652 (2013), décision dans laquelle toutes les étapes précédentes sont résumées; rendue le 26 juin 2013.

45. L'opinion de la majorité fut rendue par le Chief Justice Roberts.

l'Union sous le nom de Louisiane en 1812. La population locale exigea le maintien du droit civil, qui avait été appliqué pendant la colonisation française puis espagnole. Un code fut adopté en 1808, refondu en 1825 puis révisé en 1870⁴⁶. A l'occasion d'une révision récente (le Code civil louisianais est révisé titre par titre depuis le milieu du XX^e siècle), l'article 86 fut réécrit dans les termes suivants : « Le mariage est une relation juridique entre un homme et une femme créée par un contrat civil. Cette relation et ce contrat sont soumis à des règles spéciales prévues par la loi »⁴⁷.

La Louisiane est un état conservateur dominé aujourd'hui par le parti républicain. L'auteur a entendu le président du parti démocrate de l'état dire, sur le ton de la plaisanterie, qu'en Louisiane, il est plus embarrassant d'admettre qu'on est démocrate que de faire son *coming out* et avouer qu'on est gay. Cela ne veut pas dire que la culture locale soit favorable aux homosexuels. À Baton Rouge, capitale de l'état, le sheriff fit arrêter douze hommes entre 2011 et 2013, après qu'ils aient accepté d'avoir des relations intimes avec un agent ne portant pas l'uniforme, venu les provoquer en faisant mine de les séduire dans un parc. Le chef d'accusation était la violation de la loi réprimant la sodomie, pourtant déclarée inconstitutionnelle dix ans plus tôt par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Lawrence v. Texas*⁴⁸. Le sheriff donna pour excuse que la loi était toujours dans le code pénal, comme d'ailleurs dans une douzaine d'autres états du Sud des États-Unis⁴⁹. En 2014, la législature de l'état refusa d'abroger

46. Olivier Moréteau, *Le Code civil de Louisiane, traduction et retraduction*, 28 INTERNATIONAL JOURNAL FOR THE SEMIOTICS OF LAW 155 (2015).

47. Loi de 1987, n° 886, §1, en vigueur le 1^{er} janvier 1988 (traduction du Centre de droit civil, Louisiana State University, <http://www1.law.lsu.edu/clo/louisiana-civil-code-online/>).

48. *Supra* note 2.

49. <http://nation.time.com/2013/07/31/louisiana-sodomy-sting-how-invalidated-sex-laws-still-lead-to-arrests/>.

la disposition litigieuse, pourtant inapplicable quand les rapports ont lieu à l'abri des regards entre adultes consentants⁵⁰.

La Louisiane a une histoire de résistance au progrès ou au changement pourtant inévitable. L'état résista à l'abolition de l'esclavage alors que celui-ci était non seulement contraire aux droits de l'homme mais que son maintien avait perdu toute pertinence économique. La Louisiane résista à la déségrégation, la législature votant en 1960 des lois manifestement contraires à la Constitution fédérale telle qu'interprétée dans l'arrêt *Brown v. Department of Education*⁵¹. En 2004, la constitution louisianaise fut modifiée pour renforcer la prohibition du mariage entre personnes de même sexe pourtant déjà affirmée aux articles 86 et 89 du Code civil⁵². L'amendement de 2004 ne fait pas que limiter le mariage à l'union de l'homme et de la femme, il interdit la reconnaissance par les autorités louisianaises de tout mariage entre époux de même sexe pourtant valablement conclu dans un autre état⁵³, au mépris de la règle de *full faith and credit* exposée en introduction⁵⁴.

Une affaire est actuellement en cours devant les juridictions de l'état de Louisiane, suite à un jugement autorisant l'adoption de

50. Michelle Millhollon, *Louisiana House Rejects Repeal of Unenforceable Law*, THE ADVOCATE, 22 avril 2014 (la proposition d'abrogation fut rejetée par 67 voix contre 27 à la Chambre des représentants).

51. *Brown v. Bd. of Educ. of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); lire sur la question RACHEL L. EMANUEL & ALEXANDER P. THUREAUD, *A MORE NOBLE CAUSE: A. P. THUREAUD AND THE STRUGGLE FOR CIVIL RIGHTS IN LOUISIANA* (LSU Press 2011).

52. Loi de 1987, §1.

53. Defense of Marriage Act 2004, article XII, §15 de la Constitution de Louisiane:

Marriage in the state of Louisiana shall consist only of the union of one man and one woman. No official or court of the state of Louisiana shall construe this constitution or any state law to require that marriage or the legal incidents thereof be conferred upon any member of a union other than the union of one man and one woman. A legal status identical or substantially similar to that of marriage for unmarried individuals shall not be valid or recognized. No official or court of the state of Louisiana shall recognize any marriage contracted in any other jurisdiction which is not the union of one man and one woman.

54. *Supra* I.

l'enfant biologique d'une femme mariée par son épouse⁵⁵. Les deux femmes s'étaient mariées en Californie puis s'étaient installées dans la ville de Lafayette en Louisiane, où la demande d'adoption intrafamiliale de l'enfant alors âgé de 9 ans fut introduite. Conçu par insémination artificielle avec donneur anonyme, le garçon avait été élevé dès la naissance par les deux femmes. La procédure d'adoption intrafamiliale suppose la reconnaissance de la validité du mariage formé en Californie et va donc à l'encontre de l'amendement constitutionnel de 2004. L'Attorney General de Louisiane obtint l'annulation de l'adoption et le renvoi à l'audience, car il n'avait pas été appelé à soumettre ses conclusions⁵⁶. La Cour du 15^e district judiciaire de Louisiane (Lafayette) valida finalement l'adoption, en déclarant l'article XII section 15 de la constitution de l'état (amendement de 2004) et les articles 86 et 89 du Code civil contraires au 14^e Amendement de la Constitution fédérale (*Due Process* et *Equal Protection Clauses*). Les mêmes textes violent aussi l'article IV, section 1 de la Constitution des États-Unis (*Full Faith and Credit*)⁵⁷. Un appel suspensif a été interjeté par l'Attorney General, renvoyant l'affaire directement devant la Cour suprême de Louisiane, seule compétente pour réviser un jugement déclarant que le droit de l'état est inconstitutionnel. La cause fut plaidée en Cour suprême le 29 janvier 2015, et le jugement est en délibéré⁵⁸. Dans le même temps, la décision d'un juge fédéral refusant de reconnaître l'inconstitutionnalité du droit louisianais était frappée d'appel⁵⁹, le

55. In re Adoption of N.B., No. 2013-0052 D2 (La. 15th J. Dist. Ct. Feb. 5, 2014).

56. In re Adoption of N.B., 140 So. 3d 1263 (La. Ct. App. 3d Cir. 2014), rendu le 11 juin 2014.

57. Costanza v. Caldwell, No. 2013-0052 D2 (La. 15th J. Dist. Ct. Sept. 22, 2014).

58. *Id.* Les débats sont disponibles sur YouTube (<https://www.youtube.com/watch?v=L6-uQsB1yB8&feature=youtu.be>), mon collègue de LSU le Pr Paul Baier plaidant les arguments constitutionnels en faveur de l'adoption.

59. Robicheaux v. Caldwell, 2 F. Supp. 3d 910 (E.D. La. 2014); rendu le 3 septembre 2014.

jugement du juge Feldman ayant été discuté devant la Cour d'appel fédérale pour le 5^e Circuit le 9 janvier 2015⁶⁰.

La Louisiane pourrait évoluer vers l'admission du mariage homosexuel par une décision de sa propre Cour suprême sur le fondement de la Constitution des États-Unis, sauf à préférer attendre la décision de la Cour suprême fédérale, ce que les juges ont envisagé de faire durant les débats. Dans cinq autres états du Sud ou du Centre, dont la Géorgie, le Tennessee, le Kentucky, l'Ohio, le Michigan, le Nebraska et le Dakota du Nord, la constitution de l'état limite le mariage à l'union de l'homme et de la femme. Ces états étaient une vingtaine il y a deux ans, mais les choses ont évolué suite à des décisions de cours fédérales. Ainsi, au Texas, la prohibition constitutionnelle a été déclarée inconstitutionnelle par un juge fédéral de première instance et l'appel vient d'être entendu par la Cour d'appel fédérale (5^e Circuit), à La Nouvelle-Orléans⁶¹. En Alabama, des refus de reconnaissance de statut d'époux ont été attaqués avec succès devant des juridictions fédérales⁶², mais les comtés qui refusent toujours de reconnaître la validité de mariages valables dans d'autres états viennent de recevoir le soutien de la Cour suprême de l'état⁶³.

C'est donc finalement dans le district fédéral, à Washington, que la fin de la partie va se jouer.

60. http://www.ca5.uscourts.gov/OralArgRecordings/14/14-31037_1-9-2015.mp3.

61. De Leon v. Perry, 975 F.Supp.2d 632 (W.D. Tex. 2014).

62. Searcy v. Strange, No. 14-0208-CG-N, 2015 WL 328728 (S.D. Ala. 2014); Strawser v. Strange, 44 F. Supp. 3d 1206 (S.D. Ala. 2015).

63. Le 3 mars 2015, la Cour suprême de l'Alabama a été la première Cour suprême d'état à s'opposer à l'ordre donné par un juge fédéral de reconnaître les mariages de même sexe et délivrer des certificats de mariage, au nom de la défense des droits des états (Campbell Robertson, *Alabama Court Orders a Halt to Same-Sex Marriage Licenses*, NEW YORK TIMES, 3 mars 2015) : Ex parte State ex. rel. Alabama Policy Institute, No. 1140460 (Ala. 2015).

IV. VERS UN DENOUEMENT JUDICIAIRE A WASHINGTON

La contradiction existe entre les cours d'appel des différents circuits, situation qui rend inévitable la saisine de la Cour suprême, qui est libre d'accepter ou refuser les recours, en décidant ou non d'ordonner la transmission du dossier par une ordonnance de *certiorari*. Alors que la plus haute juridiction fédérale a jusqu'ici tergiversé et renoncé à se prononcer sur le fond, sa décision est devenue inévitable.

La Cour suprême s'était déjà prononcée par deux fois le 26 juin 2013, dans deux décisions dont une seulement constitue une avancée vers la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe. Le premier arrêt mettait une fin favorable à l'affaire californienne, mais sur la simple base de règles de procédure. La Cour jugea qu'il était trop tôt pour prendre position sur le fond s'agissant de la validité et de la reconnaissance du mariage dans le droit des états⁶⁴. Le second arrêt était relatif à l'application du droit fédéral⁶⁵.

Deux femmes s'étaient mariées en Ontario, Canada, en 2007, avant de venir s'installer aux États-Unis dans l'état de New York. L'une d'elles décéda, léguant par testament tous ses biens à sa veuve, Edith Windsor. Celle-ci demanda au fisc fédéral le bénéfice de l'exonération d'impôt prévue pour le conjoint survivant. Ce bénéfice lui fut refusé en vertu des dispositions de la loi fédérale, le Defense of Marriage Act de 1996, qui limite la définition du terme « époux » à une personne de sexe opposé eu égard à l'application de la loi fédérale⁶⁶. Edith Windsor paya l'impôt

64. *Supra* III-B; *see* Hollingsworth v. Perry, 133 S.Ct. 2652 (2013).

65. *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013).

66. Defense of Marriage Act 1996, § 3, 110 Stat. 2419, modifiant le Dictionary Act, titre 1, § 7 du United State Code:

In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, 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.

demandé mais engagea une action contre les États-Unis pour violation de la Constitution fédérale. Elle eut gain de cause en première et seconde instance, la Cour d'appel du 2^e Circuit confirmant l'ordre de remboursement de l'impôt, ayant constaté l'inconstitutionnalité de la disposition du Defense of Marriage Act. Par une courte majorité de cinq contre quatre, la Cour suprême confirma la décision attaquée, les trois femmes de la Cour se rangeant au jugement majoritaire rendu par Justice Kennedy⁶⁷.

L'effet contesté du Defense of Marriage Act était de priver les couples homosexuels valablement mariés selon le droit d'un état des droits et avantages que la loi fédérale confère aux époux à condition qu'ils soient mari et femme, notamment en matière fiscale ou sociale. Car si les états fédérés (ou étrangers, comme en l'espèce) établissent le droit du mariage et disent qui peut se marier, l'état fédéral taxe les résidents des États-Unis et leur donne accès à des programmes fédéraux, par exemple en matière de santé. En limitant la définition du mariage à l'union de l'homme et de la femme, la loi fédérale violait la clause d'égalité de traitement contenue au 14^e Amendement de la Constitution.

La conséquence de l'arrêt *Windsor* était que depuis juin 2013, les époux de même sexe peuvent être reconnus comme foyer fiscal au regard de l'impôt fédéral sur le revenu, ou comme couple marié au regard des programmes fédéraux favorisant la prise en charge des dépenses de santé, et cela que leur état de résidence reconnaisse ou non les unions de même sexe.

L'ultime verrou restait donc la question litigieuse de la constitutionnalité des lois des états qui limitent l'accès au mariage ou aux partenariats civils aux gens de sexe différent, au regard du 14^e Amendement.

Plusieurs cours d'appel fédérales se sont prononcées sur la question mais leurs avis divergent. Les 4^e, 7^e et 10^e Circuits ont

67. Les juges Ginsburg, Kagan et Sotomayor, avec l'appui du juge Breyer. Le Chief Justice Roberts et les juges Alito, Scalia et Thomas émirent des opinions dissidentes.

tranché en faveur de l'inconstitutionnalité des restrictions. Le 6 octobre 2014, la Cour suprême a refusé de se saisir des appels de leurs décisions, ce qui peut être vu comme un signal dans le sens de la reconnaissance⁶⁸. En revanche, elle a accepté d'entendre les appels de quatre arrêts de la Cour d'appel fédérale pour le 6^e Circuit (Kentucky, Michigan, Ohio, Tennessee) qui ont validé les lois restreignant l'accès au mariage. Ces quatre affaires furent réunies en une seule, *Obergefell v. Hodges*, inscrite à la date du 28 avril 2015.

Il eut été naïf de s'attendre à une décision unanime, comme dans l'arrêt *Loving v. Virginia* qui mit fin en 1967 à l'interdiction du mariage interracial dans les états du Sud⁶⁹.

L'affaire *Windsor* de 2013⁷⁰ fut tranchée à une courte majorité de quatre contre cinq, le résultat reposant sur le *swing vote* du juge Kennedy qui fait souvent basculer la majorité quand la Cour suprême est divisée : dans les plus grandes démocraties, les décisions les plus importantes dépendent parfois du choix d'un seul homme. Une majorité plus forte en 2015 aurait renforcé l'autorité de la décision. Avec la même courte majorité de quatre contre cinq, la Cour suprême ne s'est pas opposée à une évolution devenue inéluctable⁷¹.

L'opinion de la Cour, délivrée par Justice Kennedy⁷², conclut dans les termes suivants :

Nulle union n'est plus profonde que le mariage, en ce qu'il incarne les idéaux les plus élevés d'amour, de fidélité, de dévotion, de sacrifice et de famille. En formant une union maritale, deux personnes s'élèvent au-dessus de ce qu'elles étaient auparavant. Comme certains des requérants le

68. Les appels concernaient l'Indiana, l'Oklahoma, l'Utah, la Virginie et le Wisconsin, portant à 24 le nombre des états acceptant le mariage de même sexe (plus le District of Columbia), le nombre devant monter à 30 dans les semaines suivantes. Adam Liptak, *Supreme Court Delivers Tacit Win to Gay Marriage*, NEW YORK TIMES, 6 octobre 2014.

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

70. *Windsor*, 133 S.Ct. 2675.

71. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

72. Avec l'appui des Justices Ginsburg, Breyer, Sotomayor et Kagan.

démontrent dans ces affaires, le mariage incarne un amour durable même au-delà de la mort. Ce serait mal comprendre ces hommes et ces femmes que de dire qu'ils manquent de respect pour l'idée de mariage. Leur plaidoyer révèle qu'ils le respectent, et même si profondément qu'ils y recherchent leur propre épanouissement. Leur espoir est de ne pas être condamnés à vivre dans la solitude ni exclus de l'une des plus anciennes institutions de la civilisation. Ils demandent l'égalité de dignité devant la loi. La Constitution leur accorde ce droit⁷³.

Plusieurs opinions dissidentes furent émises⁷⁴, celle de Justice Scalia étant particulièrement virulente, reprochant à la Cour de se substituer à la volonté populaire. La discussion qui précède montre pourtant la faiblesse de l'argument démocratique dans un système où elle ne peut se manifester que dans les limites de chaque état. Ce serait condamner les citoyens des États-Unis à vivre dans un étrange pays où le même couple pourrait être tantôt marié, tantôt en concubinage, selon l'état dans lequel il réside, avec tous les inconvénients possibles s'agissant de la situation des enfants. Que l'on soit ou non favorable au mariage homosexuel, il était raisonnable de donner le dernier mot à la Cour suprême, et la décision prise est la seule à donner sens à l'Union, que l'on vise la fédération ou le mariage.

Voyant qu'ils perdent la partie, les conservateurs font passer, dans certains états, des lois supposées renforcer la liberté religieuse⁷⁵, dont les termes alambiqués pourraient permettre à ceux dont les convictions religieuses s'opposent au mariage de même sexe, de refuser de vendre des produits ou fournir des services à l'occasion du mariage d'un couple de même sexe. Les opposants au mariage de même sexe font feu de tout bois, mettant en avant les droits des états et la liberté religieuse. L'histoire

73. *Id.*

74. Par Justices Alito, Scalia, Thomas et Chief Justice Roberts.

75. Voir par exemple, en Indiana, le Religious Freedom Restoration Act 2015. L'Arkansas fait de même, et le gouverneur de Louisiane a soutenu un projet similaire qui, ayant été rejeté lors de la session parlementaire de printemps 2015, a été partiellement mis en œuvre par la voie administrative.

américaine montre que si la justice finit normalement par triompher, les partisans des causes perdues déposent rarement les armes et continuent longtemps le combat.